

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

NUEVA ÉPOCA
TOMO XXXVI
2020



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,
RELACIONES CON LAS CORTES
Y MEMORIA DEMOCRÁTICA

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: 45,00 € (más gastos de envío).

CONSEJO DE REDACCIÓN:

Secretariado: Departamento de Filosofía del Derecho y Política;
Facultat de Dret, Universitat de València, Av. dels Tarongers, S/N,
46022 VALENCIA
E-mail: afd@mjusticia.es

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia
(Centro de Publicaciones)
C/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID
Tels.: 91 390 20 91 / 21 49

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 XXXVI
2020

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,
RELACIONES CON LAS CORTES
Y MEMORIA DEMOCRÁTICA
Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2020

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 centro 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.



<http://cpage.mpr.gob.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): 090-20-128-0 (edición en papel)

090-20-129-6 (edición en línea, pdf)

NIPO (M.º de Justicia): 051-15-010-1 (edición en papel)

051-15-049-6 (edición en línea, pdf)

Depósito Legal: M-11151-1958

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

PRESENTACIÓN DEL *AFD* 2020

El volumen XXXVI (nueva época) del Anuario de Filosofía del Derecho incluye en la primera sección algunas de las ponencias que fueron presentadas en las XXVII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política (SEFJP) celebradas en la Universidad de Valladolid, los días 6 y 7 de mayo de 2019, bajo el tema «Debates en el modelo democrático y en el Estado de Derecho». El Anuario de Filosofía del Derecho acude nuevamente a la cita con la tradición de recoger aquellos debates que se presentan bianualmente en dichas jornadas. En consecuencia, esta revista, publicada por el Ministerio de Justicia y respaldada académicamente por la mencionada sociedad, continúa promoviendo el papel crucial de la filosofía jurídica y política como disciplina académica y, al mismo tiempo, deja constancia del fructífero producto de reunir a especialistas de este campo de conocimiento para exponer y difundir los resultados de sus investigaciones. El Anuario constituye, sin duda, una plataforma idónea para difundir las innovaciones y avances en esta especialidad, con el valor añadido que supone encuadrarse en el marco de la SEFJP y nutrirse de sus relaciones con otras sociedades nacionales e internacionales.

En esta ocasión, en este primer apartado, se integran trabajos de diferentes profesores y profesoras bajo el tema general de las jornadas. En estos estudios se abordan cuestiones que invitan a un diálogo abierto sobre cuestiones como el peso de los derechos humanos desde la doble consideración de que toda sociedad es un tejido de textos entre los que el jurídico ocupa un papel destacado y la idea de que cada vez más nuestra sociedad tiende a identificarse con el mercado, como analiza el trabajo de María José González Ordovás. El papel de las nuevas derechas y la libertad de enseñanza, con especial atención a los recientes casos de Brasil y Alemania, es el eje vertebrador del trabajo de Mario G. Losano. Por su parte, la aportación de Ana María Marcos del Cano, analiza la doble naturaleza del derecho a la educación, tanto

como derecho de libertad como derecho de prestación, ahondando en esa cuestión como base de una igualdad efectiva y real. Antonio Manuel Peña Freire propone una reflexión sobre la existencia de una constitución del Estado de derecho formada por un conjunto de valores y principios sustancialmente morales y originariamente jurídicos, que están en relación con dimensiones constitutivas del derecho y no con exigencias contingentes planteadas al mismo desde una moralidad externa. Esta parte se cierra con una revisión sobre el debate entre el positivismo legalista y el neoconstitucionalismo, con la propuesta de Sonia Esperanza Rodríguez Boente, que se alinea con el positivismo legalista como una teoría que permite defender en mayor medida el principio de imperio de la ley y la libertad humana.

El segundo de los apartados de este volumen dedicado a los Estudios de Teoría y de Filosofía del Derecho contiene catorce artículos que dan buena cuenta de los múltiples ámbitos de atención del área de conocimiento y de la riqueza de las investigaciones que desde ella se generan. La gran variedad de trabajos que se recogen en esta sección se ocupa de temas de actualidad como la justicia transicional desde un enfoque restaurativo de Emilia Bea Pérez; el marketing político y el fenómeno de la desinformación en el contexto electoral de Ana Garriga Domínguez, el derecho a la salud de Carlos Lema Añón y el modelo parlamentario de protección de derechos como alternativa al modelo judicial de Ramón Ruiz Ruiz. De igual modo, se recogen contribuciones que provienen de enfoques y perspectivas distintas con el propósito de facilitar una reflexión y un intercambio enriquecedor sobre cuestiones atinentes a aspectos de la cultura jurídica moderna como el fenómeno de la *Escritura de la Ley* y sus marcas, y su borrado o *desescritura* en el trabajo de José Calvo González; la capacidad generativa del derecho para dar respuesta a problemas, si como mantiene Jesús Ignacio Martínez García responder es en mayor o menor medida inventar; y sobre la teoría del derecho centrada en la tríada vida-historia-política según la propuesta de Daniel García López.

Otro bloque de estudios, en esta segunda parte, lo integran aquellos que establecen una conexión entre la filosofía del derecho y la filosofía política, y otras disciplinas, en este caso el derecho penal, mostrando así la riqueza del intercambio y la interconexión entre materias con importantes vínculos. Entre ellos se encuentra el artículo relativo a la negación práctica de la doble naturaleza jurídica de la legalidad penal de María Perandones Alarcón, y el trabajo sobre la corrupción como delito en el pensamiento del siglo xx y su conformación ideológica en el siglo pasado de Manuel Luis Ruiz Morales. Asimismo, es oportuno destacar las contribuciones que proponen una relectura de algunos autores clásicos como Platón, Grocio, Hobbes, Locke, Kant o Marx, y de postulados teóricos menos conocidos de la historia del pensamiento jurídico en el ámbito de la filosofía del derecho y la filosofía política. Aquí se incluyen aportaciones como la de Jorge Greco Blanco sobre el filósofo-rey y el imperio de la ley, analizando las aportaciones de Pla-

tón al *rule of law*; José López Hernández a propósito de la teoría pura del Estado de Kant; Raquel Lucía Pérez Bitro que ahonda en los precursores de la concepción kantiana de la paz; Eugenio Munielo Paz acerca del derecho público y privado en el pensamiento de Marx; y Jorge Urdanoz Gauza entorno a la evolución del principio de mayoría en la modernidad con referencias a Grocio, Hobbes y Locke.

Por otra parte, bajo el rótulo de crítica bibliográfica se presenta un conjunto de reflexiones sobre libros dedicados a materias filosófico-jurídicas o afines que quiere ser una invitación a la lectura atenta y a la reflexión crítica. Se recogen seis reseñas sobre publicaciones que reflejan la pluralidad de intereses de las y los lectores. Como viene siendo práctica habitual de nuestra revista, en estas recensiones se ha tratado de reflejar, aunque sea parcialmente, la producción literaria iusfilosófica con la finalidad de ir consolidando un espacio de referencia en el que encontrar publicaciones de relevancia.

En la sección destinada a las noticias se dan a conocer algunas actividades académicas sobre filosofía jurídica y política. Entre ellas se recoge la crónica de las mencionadas XXVII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, que se celebraron en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid durante los días 6 y 7 de mayo de 2019, de las que da cuenta Javier García Medina; la referencia al II.º Simposio Internacional *La Cultura literaria del Derecho*, cuyos ejes temáticos fueron en esta ocasión ‘Escritura, Derecho, Memoria’, organizado por la Cátedra Abierta de Derecho y Literatura de la Universidad de Málaga, coordinada desde el Área de Filosofía del Derecho de su Facultad de Derecho, los días 18 y 19 de octubre 2019, que nos comenta Cristina Morales Segura; y el resumen del VI Congreso El Tiempo de los Derechos, organizado por la Red «El Tiempo de los Derechos», que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, los días 4 y 5 de noviembre de 2019 que refiere Rafal de Asís Roig.

La sección dedicada a las necrológicas pretende, una vez más, ser un homenaje a profesores que han dejado tras ellos un importante legado, una significativa herencia intelectual y académica. En esta ocasión el recuerdo al profesor Amedeo Giovanni Conte, catedrático emérito de Filosofía del Derecho en la Universidad de Pavía y socio de la Accademia Nazionale dei Lincei (departamento de Ciencias Morales) nos lo brinda Paolo di Lucia; y la memoria del profesor Werner Krawietz, catedrático emérito de Filosofía del Derecho y Sociología Jurídica de la Westfälische Wilhelms Universität de Münster se evoca por María José García Salgado.

Finalmente quisiera mostrar, una vez más, mi agradecimiento al Consejo Asesor, al Consejo de Redacción y a todas aquellas personas que de una u otra manera, con sus trabajos o evaluaciones, han colaborado en este número, todas ellas hacen posible que el Anuario sea una revista de referencia en el ámbito iusfilosófico. Asimismo, me gustaría terminar esta nota introductoria con una invitación abierta a participar

en este foro que es el Anuario de Filosofía del Derecho, con contribuciones capaces de incidir de forma crítica y rigurosa en temas fundamentales y de evidenciar la gran riqueza del área de conocimiento.

Enero 2020

ÁNGELES SOLANES CORELLA
Directora del AFD

SUMARIO

	Pág.
PRESENTACIÓN DEL AFD 2020: ÁNGELES SOLANES CORELLA (Directora del Anuario)	5
I. MONOGRÁFICO. XXVII JORNADAS DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y POLÍTICA «DEBATES EN EL MODELO DEMOCRÁTICO Y EN EL ESTADO DE DERECHO» (UNIVERSIDAD DE VALLADOLID, 6 Y 7 DE MAYO DE 2019)	
GONZÁLEZ ORDOVÁS, María José, <i>Sobre el peso de los derechos humanos en los momentos de ingravidez jurídica</i> (Universidad de Zaragoza)	15
LOSANO, Mario G., <i>Las nuevas derechas y la libertad de enseñanza: los recientes casos de Brasil y Alemania</i> (Accademia delle Scienze, Torino, Italia)	43
MARCOS DEL CANO, Ana María, <i>El derecho a la educación como base de una igualdad efectiva y real</i> (Universidad Nacional de Educación a Distancia)	65
PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, <i>La constitución del Estado de derecho</i> (Universidad de Granada)	87
RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza, <i>Crónica de una guerra encubierta: los derechos fundamentales derrotados</i> (Universidad de Santiago de Compostela)	111
II. ESTUDIOS DE TEORÍA Y DE FILOSOFÍA DEL DERECHO	
BEA PÉREZ, Emilia, <i>La justicia transicional desde un enfoque restaurativo. Una mirada al proceso sudafricano veinticinco años después</i> (Universitat de València)	139
CALVO GONZÁLEZ, José, <i>Lex et scribendi actu: dominación colonial y escritura de la ley</i> (Universidad de Málaga)	179

	Pág.
CREGO, Jorge, <i>Del filósofo-rey al imperio de la ley. Una evaluación de las aportaciones de Platón al rule of law</i> (Universidad Internacional de La Rioja).....	195
GARCÍA LÓPEZ, Daniel J., <i>Desterritorializar el dispositivo de la teoría del derecho. Hacia una ontología político-jurídica de la actualidad</i> (Universidad de Granada)...	225
GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana, <i>Reflexiones sobre el marketing político y el fenómeno de la desinformación en el contexto electoral</i> (Universidad de Vigo).....	251
LEMA AÑÓN, Carlos, <i>La revolución de los determinantes sociales de la salud: derecho a la salud y desigualdad</i> (Universidad Carlos III de Madrid).....	289
LÓPEZ HERNÁNDEZ, José, <i>La teoría pura del Estado de Kant</i> (Universidad de Murcia).....	319
MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio, <i>La respuesta jurídica</i> (Universidad de Cantabria)	347
MUINELO PAZ, Eugenio, <i>Derecho público y Derecho privado en el pensamiento de Marx</i> (Universidad Complutense)	373
PERANDONES ALARCÓN, María, <i>Sobre la negación práctica de la doble naturaleza jurídica de la legalidad penal</i> (Ilustre Colegio de Abogados de Madrid).....	393
PÉREZ BRITO, Raquel Lucía, <i>Los precursores de la concepción Kantiana de la paz</i> (Universidad de La Laguna).	411
RUIZ MORALES, Manuel Luis, <i>La corrupción como delito en el pensamiento del siglo xx. Su conformación ideológica en el siglo pasado</i> (Universidad de Cádiz).....	447
RUIZ RUIZ, Ramón, <i>El modelo parlamentario de protección de derechos como alternativa al modelo judicial</i> (Universidad de Jaén).....	465
URDÁNOZ GANUZA, Jorge, <i>La forja del principio de mayoría en la modernidad. De Hobbes a Chuck Norris</i> (Universidad Pública de Navarra).....	495

III. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

BELLOSO MARTÍN, Nuria, «El debate sobre la tutela institucional: generaciones futuras y derechos de la naturaleza», <i>Cuadernos de la Cátedra Democracia y Derechos Humanos</i> núm. 14, Universidad de Alcalá-Defensor del Pueblo, 2018 (María Valeria Berros, Universidad Nacional del Litoral-Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas. Argentina).....	521
CALVO GONZÁLEZ, José, <i>La destreza de Judith. Estudios de cultura literaria del derecho</i> , Granada, Comares, 2018 (Jose Antonio García Sáez, Universitat de València)	527

	Pág.
CUADROS AGUILERA, Pol, <i>La donación de sangre. Historia y crítica de su regulación</i> , Pamplona, Aranzadi (Martí Colom Nicolau, Universitat de Barcelona).....	530
GARCÍA AMADO, Juan Antonio (coord.), <i>Conflictos de derechos: problemas teóricos y supuestos prácticos</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2019 (Walter Reifarth Muñoz, Universidad de Salamanca).....	536
GIL RUIZ, Juana María, <i>El convenio de Estambul como marco de Derecho antisubordinatorio</i> , Madrid, Dykinson, 2018 (María José Añón Roig, Universitat de València)	541
MARCOS DEL CANO, Ana María/DE LA TORRE DÍAZ, Francisco Javier (eds.), <i>Y de nuevo la eutanasia. Una mirada nacional e internacional</i> , Madrid, Dykinson, 2019 (Elena Atienza Macías, Universidad del País Vasco).....	547
 IV. NOTICIAS	
<i>Crónica de las XXVII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política</i> , Javier García Medina (Universidad de Valladolid).....	553
<i>Escritura, derecho, memoria. II Simposio Internacional La Cultura literaria del Derecho</i> , Cristina Morales Segura (City University of New York).....	556
<i>VI Congreso El tiempo de los derechos, Sevilla</i> , Rafael de Asís Roig (Universidad Carlos III de Madrid).....	560
 V. OBITUARIO	
<i>Recuerdo de un maestro: Amedeo Giovanni Conte</i> , Paolo di Lucia (Università degli Studi di Milano), traducción: <i>Ferdinando Achille Insanguine Mingarro</i> (Università di Palermo).....	565
<i>In memoriam, Dr. H. C. Mult. Werner Krawietz (1933-2019)</i> , María José García Salgado (Universidad de Oviedo).....	577

I

MONOGRÁFICO

XXVII JORNADAS DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y POLÍTICA
«DEBATES EN EL MODELO DEMOCRÁTICO
Y EN EL ESTADO DE DERECHO»

(Universidad de Valladolid, 6 y 7 de mayo de 2019)

Sobre el peso de los derechos humanos en momentos de ingravidez jurídica¹

On the weight of human rights in moments of legal weightlessness

M.^a JOSÉ GONZÁLEZ ORDOVÁS
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

El presente trabajo parte de dos premisas que se desarrollan a lo largo del mismo. La primera parte de la idea de que toda sociedad es una trama o tejido de textos entre los que el jurídico ocupa un papel destacado y, a su vez dentro del él el trabajo se detiene en el discurso de los derechos humanos cuyo protagonismo y centralidad se analiza a la luz de los cambios que la globalización del derecho trae consigo. La segunda parte de la consideración de que cada vez más nuestra sociedad tiende a identificarse con el mercado. El mercado quiere y requiere herramientas jurídicas ligeras y flexibles capaces de adaptarse a sus necesidades. El mercado tiende a limitar o anular cuantos obstáculos frenen o dificulten su lógica natural de producción de riqueza. En ese contexto ha de analizarse si los derechos humanos son percibidos como cargas u obstáculos y, en su caso, cuál es el horizonte y futuro próximo de los mismos.

Palabras clave: *Derechos humanos, globalización, texto jurídico, mercado, modernismo, posthumanismo.*

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación DER 2017-82173-R GLOBALFUENJUR del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación orientado a los Retos de la sociedad del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad. En las referencias bibliográficas no escritas en castellano donde no conste el traductor la traducción ha sido hecha por la autora.

ABSTRACT

This work is based on two premises that are developed throughout it. The first part of the idea that every society is a plot or fabric of texts among which the legal plays a prominent role and, in turn, within it the work stops in the discourse of human rights whose protagonism and centrality analyzes in light of the changes that the globalization of law brings with it. The second part of the consideration that more and more our society tends to identify with the market. The market wants and requires light and flexible legal tools capable of adapting to their needs. The market tends to limit or cancel all obstacles that slow or hinder its natural logic of wealth production. In this context, it must be analyzed if human rights are perceived as burdens or obstacles and, where appropriate, what are their horizon and future.

Keywords: Human rights, globalization, legal text, market, modernism, posthumanism.

SUMARIO: 1. SOCIEDAD, TEJIDO, TEXTO: LA DEFENSA DE UNA PREMISA MAYOR: 1.1 *El texto de la sociedad moderna fue jurídico, ¿y el de hoy?* 1.2 *¿Cómo es el texto contemporáneo?, ¿quién lo dicta?* – 2. *¿HACIA O ANTE UN DERECHO HOSTIL A LOS DERECHOS HUMANOS?:* 2.1 *Los derechos humanos como distorsiones para el mercado.* 2.2 *Obstáculos para los derechos humanos.* – 3. *AÚN ALGUNOS INTERROGANTES MÁS:* 3.1 *¿Cuántos leviathanes admite una época de ligereza?* 3.2 *¿Cómo sustentar los derechos humanos en una época posthumanista?*

SUMMARY: 1. SOCIETY, TEXT: THE DEFENSE OF A MAJOR PREMISE: 1.1 *The text of modern society was legal, and today?* 1.2 *What is the contemporary text? Who dictates it?* – 2. *TOWARDS OR BEFORE A LAW HOSTILE TO HUMAN RIGHTS?:* 2.1 *Human rights as distortions for the market.* 2.2 *Obstacles to human rights.* – 3. *SOME MORE QUESTIONS:* 3.1 *How many leviathans admits a time of lightness?* 3.2 *How to sustain human rights in a posthumanist era?*

1. SOCIEDAD, TEJIDO, TEXTO: LA DEFENSA DE UNA PREMISA MAYOR

La premisa de la que parte este análisis y de la que, en buena medida, derivan sus conclusiones es la de que una sociedad existe y su identidad es diferente de la de los individuos que la componen porque un «tejido de discursos entrelazados» le ha dado soporte y vida. El término latino *textum* nos da noticia de ello, en realidad las

palabras texto y tejido compartirían el mismo origen e idea: sentidos entrelazados que crean una trama o entramado que sostiene cuanto alberga. La sociedad, cada sociedad, sería un texto que evita la dispersión caótica de pensamientos, visiones y percepciones dotando de coherencia al conjunto. En ese sentido puede decirse que sociedad es sinónimo de «arquitectura invisible» formada de discursos religiosos, políticos y culturales que engloban todo lo humano, una arquitectura que instituye y moviliza al mismo tiempo que sustenta a la sociedad y a sus procesos sociales y normativos pues es dicho andamiaje de textos y representaciones el que confiere identidad e idiosincrasia a cada sociedad. Occidente cuenta con sus textos del mismo modo que Oriente dispone de los suyos². Según esta perspectiva, «plantear la sociedad como texto o entrelazamiento de discursos, es considerar que el poder de tejer la relación social se inscribe en una problemática de ‘campo de batalla’, de ‘teatro’ o de ‘mausoleo’ donde se construye la identidad social»³.

Así, cada texto, cada sociedad habría erigido su propio «imperio de la verdad»⁴ hilvanando mitos fundadores, referentes simbólicos, ficciones, normas e instituciones. En ese sentido podría decirse que somos «herederos de cierta manera de construir la razón para vivir»⁵. Por otra parte, cada época ha de aportar su contribución a ese «imperio de la verdad» entrelazando con los antiguos los discursos nuevos, puesto que en caso contrario, si no lo hace, si no lo refuerza, si solo vive del pasado, si el «imperio de la verdad se resquebraja, descompone o desintegra» la sociedad se convierte en prisionera de discursos propios pero envejecidos o desactualizados y puede entrar en crisis. Si la sociedad no es capaz de integrar en su texto los nuevos discursos, si sociedad y texto no están armonizados o son incoherentes el riesgo de anomia es claro.

1.1 El texto de la sociedad moderna fue jurídico, ¿y el de hoy?

No es posible, recomendable, ni tampoco necesario, tratar de definir en este marco qué cosa fue o sea la Modernidad y qué represente para el Derecho, semejante tarea resultaría colosal y con toda probabilidad farragosa y poco provechosa en lo que aquí interesa. A nuestros efectos seguramente baste con señalar que la Modernidad, y con ella todas sus derivaciones jurídicas, se identifica con la existencia de una

² «Occidente, como las otras civilizaciones fabrica las palabras del destino», LEGENDRE, P., *La fabrique de l'homme occidental*, París, Éditions Mille et une nuits, 1996, p. 24.

³ LEGENDRE, P., *De la société comme texte. Linéaments d'une anthropologie dogmatique*, París, Fayard, 2001, p. 182.

⁴ LEGENDRE, P., *Lo que Occidente no ve de Occidente. Conferencias en Japón*, tr. I. Agoff, Buenos Aires, Amorrortu, 2008, p. 58.

⁵ *Ib.*, p. 46.

autoridad formal y jerárquica de la que dimanan normas e instituciones que sustancian recíprocamente una dominación y una racionalidad formal y material del Derecho⁶.

De ahí que no resulte extraño que Pietro Barcellona, calificara a la sociedad moderna como una sociedad jurídica, lo que significaría desde el punto de vista aquí sostenido que el texto de la sociedad moderna sería, sobre todo, un texto jurídico. Al respecto habrían de hacerse, al menos, dos consideraciones. La primera, menos controvertida, se centraría en el sujeto y consistiría en afirmar que la nuestra ya no es la sociedad moderna en el sentido clásico del término. La segunda, la que atañe al predicado, resulta mucho menos pacífica: ¿podemos afirmar que la nuestra es una «sociedad jurídica»? Si nos atenemos a lo que el profesor Barcellona entiende por tal, parece que no. «La sociedad moderna se presenta como una sociedad jurídica –dice Barcellona–. Con tal expresión no se quiere indicar simplemente el fenómeno por el cual toda sociedad, instituyéndose, se da reglas de vida y de organización, ni simplemente el hecho de que algunas de estas reglas sean consideradas más vinculantes que otras. Esto no distinguiría la Modernidad de otra época histórica ni al Derecho Moderno de otras formas de regulación coactiva de los comportamientos humanos (...) Con tal expresión se quiere indicar cómo el Derecho representa la «significación» de la Modernidad y como la una no es representable sin el otro, en el sentido de que el significado nuclear en torno al cual la Sociedad Moderna es instituida no resulta representable, ni susceptible de ponerse como principio organizador de las relaciones humanas fuera del Derecho Moderno»⁷.

No es fácil datar el fin de la Modernidad⁸ como etapa y tampoco resulta sencillo dar nombre a su sucesora. La perseverancia de los prefijos han sido buena muestra de ello: pos modernidad, trasmodernidad, ultramodernidad... prefijos que hasta la generalización del uso de la palabra globalización, o mundialización preferido en la cultura francesa, fueron coexistiendo sin ser capaces de acabar de apejar al término Modernidad. Curiosamente con globalización se apela a una acción sobre el elemento espacial (el globo, la tierra) que conduce a su consideración forzosa como unidad arrebatando poder a los enclaves

⁶ Max Weber fue uno de los autores que antes sugirió esa relación entre Modernidad y formalismo, clave para la superación y abandono de las redes informales subyacentes en la creación del Derecho propia de épocas pasadas y muy especialmente presentes en la Edad Media (*lex mercatoria*). Al respecto cfr., entre otros pasajes, WEBER, M., *Economía y Sociedad. Esbozo de Sociología comprensiva* I, 2.^a ed., tr. J. Medina *et alii*, México, F. C. E., 1994, pp. 603-621.

⁷ BARCELLONA, P., y CAMARDI, C., *Diritto privato e società moderna*, Napoli, Jovene Editore, 1996, p. 27.

⁸ Eso en el caso de que no compartamos la idea de Bruno Latour de que en realidad nunca fuimos, modernos porque la Modernidad es una construcción que nunca se llegó a vivir realmente dada la imposibilidad del cumplimiento de su objeto: clarificar y distinguir. Cfr. LATOUR, B., *Nous n'avons jamais été modernes. Essai d'anthropologie symétrique*, París, La Découverte, 1991.

y distancias físicas para otorgárselo a los intercambios, intercambios de personas, de mercancías, de mensajes... La incidencia de la globalización en los ámbitos más diversos: jurídico, económico, financiero, social, cultural... es de tal calibre que nos obliga a «reinterpretar las herencias de la Modernidad»⁹. Entendemos que el de los derechos humanos es uno de los discursos esenciales de nuestro texto, del texto al que antes hacíamos referencia, el que da soporte a la sociedad entera pero también que los derechos humanos son parte de esa herencia que algunos llaman a reinterpretar o adaptar y respecto a los cuales coexisten distintos afanes de reinterpretación entre los que el conflicto no puede ser descartado.

1.2 ¿Cómo es el texto contemporáneo?, ¿quién lo dicta?

Al partir de la premisa planteada inicialmente en virtud de la cual cada sociedad es un texto, el texto que instituye su cultura, trataremos de analizar cómo es nuestro texto, el texto de la sociedad occidental contemporánea. La cuestión según la plantea Pierre Legendre es: «¿dónde está (hoy) lo normativo para Occidente?»¹⁰. Pues bien, admitiendo que la nuestra ya no es una sociedad moderna y que, en consecuencia, dejó de ser la sociedad eminentemente jurídica que fue, sabemos que el Derecho, aun cuando su peso sea otro, veremos si menor, sigue formado parte de ese texto en fase de redacción que hoy conocemos como globalización. Es posible que ese tejido en que la sociedad consiste haya adaptado su trama y que donde antes hubo bordado haya ahora pespuntos, hilvanes o zurcidos pero el hilo jurídico sigue presente pues, como veremos, no puede no estarlo.

A decir verdad no hay desacuerdo en la doctrina a la hora de caracterizar ese Derecho, la práctica totalidad coincide en la designación de sus principales rasgos: el *soft law* y la emergencia de una nueva *lex mercatoria* son unánimemente aceptados entre los especialistas. Sin embargo, cosa distinta es hallar acuerdos sobre el alcance de los efectos del Derecho resultante.

Los rasgos que atraviesan al nuevo Derecho podrían resumirse en:

1. La contractualización, efecto del denominado contractualismo, entendido como ideología que concibe el contrato como la forma de relación civilizadora más perfecta¹¹.
2. La densificación normativa y

⁹ LEROY, E., *Le jeu des lois. Une anthropologie dynamique du Droit*, París, LGDJ, 1999, p. 12.

¹⁰ LEGENDRE, P., *Lo que Occidente no ve de Occidente*, op. cit., p. 102.

¹¹ «Esa creencia en la misión civilizadora del contrato es uno de los más poderosos motores del Derecho contemporáneo. Y, como nos muestra el Derecho comparado, es de factura profundamente occidental», SUPLOT, A., *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, París, Seuil, 2005, p. 137.

3. La horizontalidad en la que se traduce una opaca multiplicación de contratos y normas.

La combinación de esos tres rasgos supone una mayor presencia de las formas de derecho privado tanto en el ámbito que le es propio, el estrictamente privado, como en el público debido a la consiguiente extensión de la regulación privada y la contractualización de la regulación pública, ámbito en el que, a diferencia de otros tiempos, el contrato es asumido como el mejor medio para lograr una regulación de los comportamientos que hoy se prefiere y/o requiere flexible. La imbricación de ley y contrato es actualmente tan estrecha que ya no sería correcto plantear su relación en términos de oposición o disyuntiva sino que, como señala Pontier¹², lo que ahora existe entre ley y contrato es una «escala de continuidad» produciéndose entre ellos una cohesión de las conductas que hace prácticamente imposible mantener ese razonamiento binario tan del gusto de los juristas, una «escala de continuidad» que termina por suponer una «inflexión en profundidad en los modos de regulación de las sociedades contemporáneas»¹³. El «Gobierno por contrato» genera lo que Gaudin califica de «teatralidad opaca»¹⁴, una puesta en escena del Derecho que origina una corriente de fondo que nos interpela sobre la continuidad y supervivencia de los valores promovidos por aquella otra forma de gobernar mediante normas generales y vinculantes a cuyo ocaso asistimos.

Ese movimiento contractualizador al que hacemos referencia tras pasa con mucho lo estrictamente formal o procedimental para formar parte de «una evolución de la regulación jurídica» que es «signo de la emergencia de un nuevo modo de regulación política»¹⁵ y es precisamente su doble naturaleza jurídico-política lo que le confiere especial importancia.

En cuanto al segundo de los rasgos, la densificación normativa, no debe ser entendida como un fenómeno meramente cuantitativo puesto que va más allá de una notable proliferación o inflación de disposiciones jurídicas. Junto a la dimensión cuantitativa la densificación posee otra cualitativa puesto que opera también a través de «variaciones sustanciales de ciertas normas establecidas, de su cualidad, su naturaleza, su contenido, su ámbito de aplicación, su fuerza vinculante, su alcance...». Baste pensar en el hecho de que «simples reglas de Derecho pueden transformarse en principios generales o fundamentales pudiendo incluso adquirir valor constitucional o supraconstitucional. Asis-

¹² PONTIER, J. M., *Le doit admistratif et la complexité*, París, AJDA, (2000), p. 187.

¹³ CHEVALLIER, J., «Contractualisation et régulation», en Chassagnard-Pinet, S. y Hiez, D. (Dir.), *La contractualisation de la production normative*, París, Dalloz, 2008, p. 93.

¹⁴ GAUDIN, J. P., *Gouverner par contrat*, 2.^a ed., París, Les presses de Sciences Po, 2007, p. 38.

¹⁵ CHASSAGNARD-PINET, S., y HIEZ D., «Le système juridique français à l'ère de la contractualisation», en Chassagnard-Pinet, S., y Hiez, D. (Dir.), *La contractualisation de la production normative*, op. cit., p. 25.

tiendo de ese modo a un reforzamiento de su normatividad, a un crecimiento de su densidad normativa, de su autoridad y de su obligatoriedad»¹⁶. Todo lo cual acaba produciendo una horizontalidad que desmiente la preponderancia del paradigma de la pirámide.

Y aún habría un cuarto factor, éste de naturaleza estrictamente política, que incidiría en la generación del nuevo modelo de derecho ahondando en sus porqués públicos pues en dicho proceso no resulta en absoluto ajena la actual crisis de representatividad política, crisis que «lleva a los ciudadanos a reivindicar una participación más directa en el debate público», por distintas vías y con diferente alcance pero ocasionando, en cualquier caso, que la «deliberación salga del Parlamento para extenderse al conjunto del cuerpo social»¹⁷. El efecto último de todo ello: una refeudalización¹⁸ de los vínculos sociales, económicos y sobre todo jurídicos en virtud de la cual las relaciones de dominación, como si de una demostración más de la ley de Lavoisier se tratase, no se crean ni destruyen, únicamente se transforman en la medida en que esos elementos que constituyen tales lazos de dominación se disponen de otro modo.

En ese contexto el Derecho tiende a verse «cada vez menos como el producto de una voluntad política» y más como un «mecanismo de construcción social»¹⁹ y todo conduce a «una redefinición del vínculo político»²⁰ de la que, lógicamente, los derechos humanos no quedan al margen. Sabemos que ni las fuentes, ni el razonamiento ni la temporalidad del Derecho son los mismos, pero ¿y los valores?, ¿y los principios?, ¿se mantienen?, ¿pueden seguir haciéndolo pese a todo?

La soberanía sufre erosiones provenientes del interior y el exterior, arremetidas por parte de «imperios privados»²¹ contra el Estado si decide destinar su poder a frenar los intercambios intrínsecos al libre

¹⁶ BERGEL, J.-L., THIBIERGE, C., *et alii*, *La densification normative. Découverte d'un processus*, París, Mare & Martin, 2013, p. 19.

¹⁷ CHASSAGNARD-PINET, S., y HIEZ, D., «Le système juridique français à l'ère de la contractualisation», *op. cit.*, p. 33.

¹⁸ Son muchos los autores que aprecian en el presente una feudalización de nuevo cuño, es el caso de MINC, A., *Le nouveau Moyen Age*, París Gallimard, 1993 (*in totum*); LEGENDRE, P., *Le désir politique de Dieu*, París Fayard, 2005, p. VIII, o SUPLOT, A., *Homo juridicus*, *op. cit.*, 2005, p. 166, entre otros.

¹⁹ ATIENZA, M., «Constitucionalismo, globalización y Derecho», en VV. AA., *La globalización en el siglo XXI: retos y dilemas*, Vitoria, Federación de Cajas de Ahorros Vasco-Navarras, 2008, p. 221.

²⁰ CHEVALLIER, J., *L'État post-moderne*, París, LGDJ, 2017, p. 205.

²¹ Sin rodeos Pierre Legendre se refiere a ellos: «por el entrelazamiento de discursos se ha creado el andamiaje de una nueva hermenéutica social, el paradigma del mercado, entendido como sustituto del Estado, que ha hecho posible el desarrollo (...) de la refeudalización del planeta por la vía de empresas transcontinentales –equivalentes a imperios privados, pudiendo constreñir al Estado a adoptar formas, variables y lealtades–, tanto como la extensión de un anarquismo rampante bajo la égida de aparatos médico-bio-científicos suministradores de prestaciones comercializadas (...) con la eficacia como principio ético», LEGENDRE, P., *Le désir politique de Dieu*, *op. cit.*, pp. VIII-IX.

mercado pero un Estado del que, al mismo tiempo, se exige que proteja y blinde sus fronteras a potenciales flujos de migración no deseada. Ese Estado menos soberano que nunca es a la vez la última fortaleza de la globalización. Por paradójico que parezca es esa protección selectiva de los límites del Estado la que garantiza el desenvolvimiento de un modelo económico donde el mercado, entendido como paradigma y estrategia, encarna la actualización del derecho natural²².

Y entre tanto ¿qué sucede con la capacidad normativa del Estado? La descomposición subjetiva y social y la desestructuración del montaje dogmático²³ sumadas al efecto expansivo y colonizador del Derecho privado antes mencionado y que se evidencia tanto en la esfera pública como en la privada, en la nacional como en la internacional, influyen notablemente en la capacidad normativa del Estado. Ferrajoli plantea la cuestión en términos nada halagüeños:

«La crisis del Estado nacional y el déficit de democracia y de Estado de derecho que caracteriza a los nuevos poderes extra y supraestatales (...) exigen repensar el Estado dentro del nuevo orden internacional y el nuevo orden internacional sobre la base de la crisis del Estado. Esto comporta, ante todo, tomar nota de la ausencia de una esfera pública internacional a la altura de los nuevos poderes extra y supraestatales.»²⁴

Entendiendo por «esfera pública» el conjunto de instituciones y funciones destinadas a la tutela de intereses generales como la paz, la seguridad y los derechos fundamentales, que constituyen el espacio y el presupuesto tanto de la política como de la democracia.

De hecho, «el principal efecto de la crisis del Estado en el plano internacional ha sido la producción de un vacío de derecho público. Esto es, la ausencia de reglas, de límites y vínculos que garanticen la paz y los derechos humanos frente a nuevos poderes transnacionales, públicos y privados, que han depuesto a los viejos poderes estatales o que, en todo caso, han conseguido liberarse de sus funciones de gobierno y de control (...). La propia globalización de la economía puede ser identificada, en el plano jurídico, con este vacío de derecho público internacional capaz de disciplinar los grandes poderes económicos transnacionales. Obsérvese que no se trata de un vacío de derecho, que no puede existir nunca, sino de un vacío de derecho público que inevitablemente ha sido colmado con un plexo normativo de dere-

²² Que la lógica mercantil ha sobrepasado la esfera privada para adentrarse también en la pública lo demuestra, entre otros, el hecho de que incluso los Estados son tratados y percibidos como «marca». Pese a que la Secretaría de Estado de la España Global creada por R. D. 1271/2018, de 11 de octubre haya asumido las competencias que antes fueran de la «marca España» se sigue recurriendo a esa expresión tanto para referirse como para promocionar a España como producto de consumo dentro y fuera de sus fronteras.

²³ Al respecto cfr. LEGENDRE, P., *Lo que Occidente no ve de Occidente*, op. cit, p. 102.

²⁴ FERRAJOLI, L., *Razones jurídicas del pacifismo*, tr. G. Pisarello, Madrid, Trotta, 2004, pp. 141-143.

cho privado, es decir, por un derecho de producción contractual que ha pasado a sustituir a las fuentes jurídicas tradicionales y que refleja, con frecuencia, la ley del más fuerte»²⁵.

Y como resultado de todo ello una «anomia generalizada» producto de la «regresión» que genera esa falta de reglas vinculantes a escala inter y transnacional²⁶. Así las cosas, la incógnita va siendo despejada: el dictado del texto corresponde hoy principalmente al mercado, lo cual significa que en realidad se trata de un texto sin autor o, como explica Ferrarese, de un Derecho de autoría colectiva, desconocida y anónima. La punta del iceberg de tal Derecho se hallaría en el Derecho transnacional, generalmente de origen privado, de hecho «hoy muchas relaciones comerciales entre sujetos económicos pertenecientes a países distintos, que en otro tiempo estuvieron reguladas por el llamado Derecho internacional privado, pasan a ser reguladas por los llamados «contratos *ing*», como *leasing*, *factoring*, *franchising*, etc. Esas fórmulas contractuales tan recurrentes en nuestra vida cotidiana carecen de autor cierto e identificable, son el fruto de una creatividad difusa entre varios sujetos económicos cuyos ajustes han sido logrados gracias a una competencia jurídica difusa o en *law firms*, auténticas y verdaderas «empresas del Derecho» en su mayoría al servicio de los sujetos económicos»²⁷.

Respecto a tan novedoso Derecho habrá de determinarse si, como afirma Legendre, «el cuadro estructural de Occidente sigue ahí aunque sus contenidos estén en crisis» y si «el colapso de sus últimos sedimentos normativos no significa romper la línea de encadenamientos dogmáticos.» Lo que parece fuera de dudas es que el «Derecho (...) no será ya lo que era»²⁸.

2. ¿HACIA O ANTE UN DERECHO HOSTIL A LOS DERECHOS HUMANOS?

Cuando texto y contexto se hallan sometidos a los vaivenes del mercado la «geografía de las instituciones resulta móvil e incierta»²⁹ y, en consecuencia, los interrogantes se multiplican: ¿qué derechos humanos?, ¿cómo los derechos humanos?

²⁵ Ib. En idéntico sentido el profesor Prieto Sanchís apostilla: «No parece que entendida en este sentido la globalización camine en la misma dirección que el constitucionalismo y los derechos; más bien al contrario, este aspecto de la globalización reduce la fuerza de los derechos en beneficio del poder, aunque sea muchas veces un poder informal o privado», PRIETO SANCHÍS, L., *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, p. 233.

²⁶ *Ib.*, p. 142.

²⁷ FERRARESE, M. R., *Prima lezione di diritto globale*, Roma, Laterza, 2012, p. 56.

²⁸ ATIENZA, M., «Constitucionalismo, globalización y Derecho», *op. cit.*, pp. 209 y 221.

²⁹ FERRARESE, M.^a R., *Prima lezione di diritto globale, op. cit.*, p. 75.

Hallándonos como, a mi juicio, nos hallamos más cerca de Nietzsche que de Kelsen, más próximos al nihilismo jurídico que a la pirámide normativa, muertas o debilitadas las referencias, en ausencia de Filosofías de orden³⁰ capaces de dotar de un sentido consentido global a la vida pública: ¿cómo sostener los sistemas jurídicos?, ¿cómo crear sistemas jurídicos?

El Derecho siendo práctica, teoría y técnica es también manifestación y articulación de voluntad de poder o, por mejor decir, de voluntad de poderes –necesariamente hoy en plural–, y poderes no siempre convergentes. El Derecho con su ineludible atadura de forma y fondo se halla hoy en medio de la quimérica aspiración de lograr una forma jurídica adecuada para una sociedad que, al tiempo que tiende a la globalización, no dispone de más sentido compartido que los derechos humanos y estos, por motivos bien económicos, bien políticos, bien culturales o bien estratégicos, pasan por horas bajas. Pues pese a la originaria vocación universalista de los derechos humanos difícilmente puede hoy entreverse un rumbo global claro: a duras penas en lo que concierne a su fundamento teórico³¹ y en absoluto en lo tocante a su garantía y eficacia.

³⁰ Lipovetsky lo plantea en términos parecidos: «¿Hacia dónde van nuestras democracias desembarazadas de toda ‘religión civil’, de toda fe en los proyectos colectivos? (...) ¿qué puede mantener unidas a sociedades que carecen del sentimiento individual de obligación hacia el conjunto social?», LIPOVETSKY, G., *El crepúsculo del deber. La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos*, 5.^a ed., tr. J. Bignozzi, Barcelona, Anagrama, 2000, p. 204.

³¹ Sirva como ejemplo no menor el tratamiento dado por la Conferencia Islámica a los derechos humanos en la Declaración de derechos humanos en el Islam de El Cairo en 1990, primero, y en el Comunicado Final de la XI Cumbre de la Conferencia Islámica de 2008 en Dakar, después.

La primera establece la ley de la Sharía como «la única fuente de referencia» para la protección de los derechos humanos en países islámicos (las alusiones son constantes, véanse por ejemplo el Preámbulo o los artículos 1, 2, 7 y 8 entre otros), dándole por tanto supremacía sobre la Declaración Universal de Naciones Unidas de 1948. Los peligros de dicha declaración fueron enumerados en una Declaración conjunta a la atención de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU (Organización de Naciones Unidas) por parte del Secretario General de la Comisión internacional de juristas, Adama Dieng, jurista senegalés musulmán que alertó a la comunidad internacional de sus graves implicaciones:

- «Amenaza gravemente el consenso intercultural en el que se basan los instrumentos internacionales de derechos humanos;
- Introduce, en nombre de la defensa de los derechos humanos, una discriminación intolerable contra no musulmanes y mujeres;
- Revela un carácter deliberadamente restrictivo con respecto a ciertos derechos y libertades fundamentales, hasta el punto de que ciertas provisiones esenciales se encuentran por debajo de las normas jurídicas en ejercicio en algunos países musulmanes;
- Confirma, con el pretexto de la «Sharía islámica (ley)», la legitimidad de prácticas como el castigo corporal, que vulneran la integridad y la dignidad del ser humano», en LITTMAN, D. G., «Los derechos humanos universales versus derechos humanos en el Islam», www.gees.org 12 de abril de 2005 (Grupo de estudios estratégicos) (consultado el 11 de marzo 2019).

En ese contexto la vocación tardía del Derecho moderno a regularlo todo se enfrenta hoy a imponderables que la globalización ha traído consigo y para los que, caso de hallar respuesta, difícilmente será a tiempo y difícilmente global. Y, no obstante, es ahora más que nunca cuando la respuesta debiera ser global pues globales son los problemas sociales y jurídicos más graves y acuciantes.

Resultaría heroico que el Derecho fuese capaz únicamente por sí mismo de generar voluntades y lealtades. Como la correa de transmisión de valores que es, el Derecho impregna todos sus actos y normas con valores sociales consignándolos en su recorrido a cuantas relaciones conoce y regula. Sin embargo, pese a su reconocida capacidad autopoiética, el Derecho precisa de ciertos compromisos morales a cuya creación puede contribuir pero en modo alguno generar *ex novo*. Para una parte importante de la sociedad contemporánea esos compromisos morales no son otros que la protección y salvaguarda de los derechos humanos pero estos, lejos de haberse convertido, como se esperaba, en el denominador común de la Humanidad están pasando a formar parte del contingente de lo negociable en algunos casos, e incluso de lo impugnable en otros.

Así las cosas parece llegado el momento de considerar si acaso no son contradicciones estructurales las que sustentan el sistema jurídico y descargan sobre él debilidades o aporías no siempre resolubles. A diferencia de la dinamizadora presencia de la dialéctica como elemento ontológico y herramienta epistemológica irrenunciable, las contradicciones a las que nos referimos socavarían la coherencia interna requerida para un mínimo de legitimidad y seguridad jurídica con sus respectivas implicaciones en el ámbito de la eficacia, de hecho, abundando en esa línea podría decirse que cada vez en mayor medida el Derecho actual «responde a un enfoque procedimental e inmanentista de la razón jurídica, que elude preguntarse sobre su justificación última, y centra sus objetivos en concierto de voluntades a través de procedimientos discursivos para llegar a consensos normativos. Se elude, así, cualquier justificación del Derecho más allá del concierto racional de voluntades normativas, asumiendo un escepticismo epistemológico sobre la posibilidad de conocer la verdad (...). Al mismo tiempo se da la paradoja del reconocimiento de valores superiores, principios y derechos fundamentales asumidos por el constitucionalismo democrático contemporáneo, cuya justifi-

El segundo, en el apartado 169 *in fine* del Comunicado Final de la XI Cumbre de la Conferencia Islámica reitera «el derecho de los Estados a suscribir sus especificidades religiosas, sociales y culturales y apela a no utilizar la universalidad de los derechos humanos como pretexto para inmiscuirse en los asuntos internos de los Estados menoscabando su soberanía nacional» así como «el derecho de cada Estado a emitir reservas respecto a los instrumentos internacionales de los derechos del hombre en el marco de sus derechos soberanos», www.webislam.com (visitado 11 de marzo de 2019).

cación última es de carácter transubjetivo y excede cualquier fundamento inmanente de carácter subjetivo»³².

El dilema pues está servido. Se diría que, en alguna medida, nos hallamos obligados a optar entre Irti o Giddens. Para el primero, Irti, la indubitada necesidad de Derecho se da a la vez que la contingencia y arbitrariedad de sus contenidos, «la pérdida de todo centro», o dicho de otro modo, la desaparición de la «verdad» como referente jurídico impiden que el Derecho sea capaz de marcar y reconocer su propio camino. «La nada rodea al mundo del Derecho: ninguna norma parece necesaria e incondicionada», el resultado es atomizador, la existencia de tantas lógicas como Derechos, a saber, nociones y conceptos que pueden ser utilizados respecto a una norma o grupo de normas pero que como estas también son variables, relativas o precarias», puro «nihilismo jurídico»³³. El jurista no puede traer del exterior una racionalidad sistemática (...) el desorden del mundo es mucho más fuerte e impetuoso que las sutilidades metodológicas del jurista»³⁴. Presionado desde fuera el Derecho repercute en sus normas, conceptos, teorías, práctica y razón profundas transformaciones que, más allá de la incesante variabilidad de los contenidos, afectan a su naturaleza y función. Es en ese contexto en el que «se demanda hoy al jurista sinceridad y honestidad. No ocultar sino desvelar; no cubrir sino dejar al desnudo; no pretender un sentido global y unitario sino aceptar las múltiples acciones del hombre indefinidas e inesperadas»³⁵.

Las dudas de Giddens no son muy diferentes a las de Irti pero sí lo son sus respuestas: «¿podemos vivir en un mundo donde nada es sagrado?» ¿Es ello predicable en todo lugar y de toda cultura del mundo globalizado?, ¿acarrea ello repercusiones para el Derecho?, ¿cuáles? El propio Giddens se responde: «No, no creo que sea posible (vivir en un mundo en el que nada es sagrado). «La tolerancia y el diálogo pueden estar guiados por valores de alcance universal (...) Necesitamos compromisos morales (...) Deberíamos estar dispuestos a hacer una defensa activa allí donde estos valores estén poco desarrollados o en peligro»³⁶.

Disyuntiva más o menos explícita que, sumada a las profundas transformaciones jurídicas habidas y en curso, ha llegado a provocar

³² ALISTE SANTOS, T. J., «Crisis de los presupuestos epistemológicos de la Justicia en el mundo actual», en T. J. Aliste Santos y M. L. López Huguet (Coords. y Edis.), *La globalización jurídica. Líneas de manifestación en el derecho contemporáneo*, Barcelona, Atelier, 2017, p. 319.

³³ IRTI, N., *Le nihilisme juridique*, trs. P. Alvazzi y N. Hakim, París, Dalloz, 2017, pp. 110 y 98.

³⁴ *Ib.*, p. 99.

³⁵ *Ib.*, p. 100.

³⁶ GIDDENS, A., *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, tr. P. Cifuentes, Madrid, Taurus, 2000, pp. 62 y 63.

cierta angustia³⁷ entre los juristas más aferrados a la tradición, sin embargo, no puede avalarse que el fin de un tipo de Derecho signifique el fin del Derecho, la propia «constitución normativa del ser humano»³⁸ y la necesaria organización de sus relaciones y conflictos hacen inviable su desaparición. Otra cosa es que el «darwinismo normativo» y la «debilidad selectiva» que caracteriza al nuevo Derecho desbaraten buena parte de las teorías fundacionales del Estado y los derechos, pero ello no supone ni la desaparición del Estado (demasiado importante en su papel de protector de las fronteras frente a migraciones no deseadas) ni, menos aún, la del Derecho, aun a pesar del riesgo de cortocircuitos en el sistema a causa de las hipernomias, antinomias y anomias propiciadas por la globalización. En cambio, lo que sí parece avistarse es «el final de ciertas reglas e instituciones jurídicas consideradas no aptas para adaptarse a la evolución de la economía mundial. En el fondo se trata de la tarea de enmarcar las líneas económicas dominantes en una concepción evolutiva del derecho natural que hace su aparición en nuestros días a través de la idea del derecho global»³⁹.

La cuestión es: ¿son los derechos humanos parte de esas reglas? Interrogante directamente vinculado con algunas de las críticas que, desde ciertas corrientes de pensamiento económico, los consideran estorbo o rémora para la rentabilidad económica y la eficiencia empresarial.

2.1 Los derechos humanos como distorsiones para el mercado

Entra de lleno en la lógica de crecimiento expansivo de la globalización la supresión o aminoramiento de todos aquellos factores que puedan paralizar o entorpecer el «correcto» funcionamiento del mercado y con él el de la Economía. Identificados los derechos humanos como un pesado lastre de nuestro «texto» que puede frenar el desenvolvimiento y desarrollo de un mercado fluido y libre de cortapisas, la solución puede pasar por «aligerar» su peso, reducir su impronta.

No parece probable que la derogación de los derechos humanos forme parte de ninguna estrategia encaminada a reducirles peso o importancia, al menos no a corto plazo y al menos no de forma manifiesta. Denunciarlos o negarlos para optimizar el funcionamiento del mercado sería una temeridad, una temeridad innecesaria en realidad pues, hecha abstracción de la fundamentación moral y jurídica que los

³⁷ MORÉTEAU, O., *Le juriste français entre ethnocentrisme et mondialisation*, op. cit., p. 25.

³⁸ SUPLOT, A., *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, op. cit., p. 37.

³⁹ VANNAKOPOULOS, C., «Un État devant la failleté: entre droit et non-droit», en J. Arlettaz y R. Tinière (Dir.), *Fragmentation du Droit*, op. cit., pp. 177 y 180.

sostiene, no debe olvidarse que los derechos no solo dejan de surtir efectos cuando al ser derogados desaparecen del sistema jurídico. Los derechos, como sugería el profesor Prieto Sanchís, pueden ser derrotados⁴⁰ y para ello nada más eficiente que sembrar el ordenamiento jurídico, igual el interno que el internacional, de planteamientos teóricos y técnicos que lo provean de obstáculos que impidan o limiten las condiciones de posibilidad de los derechos y, en consecuencia, minen una eficacia computada como una merma de la rentabilidad. Y si bien es cierto que desde Buchanan y otros defensores de la *Public choice theory* no han faltado autores ni ideas que hayan apoyado ese punto de vista, ha sido con la globalización cuando la peligrosa identificación entre derechos humanos y derechos del mercado se está viendo consolidada. «La empresa aparece como sujeto de derechos humanos tanto como los seres humanos mismos, y aparece la tendencia de reducir los derechos humanos claves a derechos que los seres humanos tienen en común con las colectividades privadas. Al ser a la vez derechos humanos de personas y de colectivos privados, no pueden ser sino derechos del ser humano como propietario. Por tanto aparece la tendencia a identificar derechos humanos y derechos del propietario (...) derechos humanos y derechos del mercado»⁴¹. Derechos sobre los que disponer y componer un mercado percibido y ensalzado como sociedad civil perfeccionada. Tal identificación va acompañada de un proceso de totalización del mercado favorecido por la globalización de los intercambios y cuyo definitivo triunfo depende de la progresiva constitución de un poder en manos de «burocracias privadas» cuya naturaleza y razón es del todo coherente con la lógica y dinámica de nuestro sistema económico: la expansión y el crecimiento continuados. A título demostrativo basta pensar en el proyecto interrumpido pero latente de un Acuerdo Multinacional de Inversiones (AMI) cuyo propósito no era otro que el de dar carta de naturaleza legal a una tendencia avalada entretanto por la fuerza de los hechos. Los Estados Unidos de América instaron a la negociación de tal acuerdo en el marco de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), las conversaciones mantenidas inicialmente en secreto se iniciaron en 1995, con el propósito de concluir un acuerdo en 1997, extremo que no fue posible a causa del contundente y explícito rechazo de algunos sectores de la sociedad civil⁴² alerta-

⁴⁰ PRIETO SANCHÍS, L., «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial», *AFDUAM*, núm. 5, (2001), p. 212.

⁴¹ HINKELAMMERT, F., *El nihilismo al desnudo. Los tiempos de la globalización*, Santiago de Chile. LOM Ediciones, 2001, pp. 228 y 232.

⁴² «Imaginen un tratado de comercio autorizando a las empresas multinacionales y a los investigadores a llevar a los tribunales de Justicia a los gobiernos para resarcirse por los daños e intereses en compensación a toda política o acción pública que hubiera tenido por efecto disminuir sus ganancias. Esto no es el argumento de una novela de ciencia ficción sobre el futuro totalitario del capitalismo. Es tan solo el contenido de una de las cláusulas del Tratado a punto de ser firmado, pero desconocido: Acuerdo Multilateral sobre Inversiones (AMI). El director general de

dos por su escasa/nula consideración a los derechos humanos a juzgar por los principios sobre los que se sustentaba el AMI:

- Ninguna restricción a la entrada de inversiones (salvo en materia de defensa),
- Ninguna condición,
- Ningún requisito de ejecución.

El AMI no pasó de ser un proyecto porque el 15 de octubre de 1998 el Gobierno Francés anunciaba su retirada de las negociaciones como resultado de la creciente presión existente en Francia en contra de dicho Acuerdo. A consecuencia de ello y de las críticas provenientes de otros países⁴³ el 3 de diciembre de 1998 la OCDE comunicaba que se habían suspendido los debates en torno al AMI, no obstante varios de los países participantes, con EE.UU. a la cabeza, ante la posibilidad de que los avances de las conversaciones quedasen diluidos, continuaron con su campaña en torno a la conveniencia de retomar las discusiones en el marco de la Organización Mundial de Comercio (OMC). A día de hoy el AMI, en tanto que acuerdo de liberalización radical de la economía, sigue en la agenda de algunos países mientras, y por el momento, sus objetivos han sido desplazados hacia proyectos algo menos ambiciosos. La aparición de esos nuevos poderes «constituyentes» obliga a la reflexión dada su especial afectación sobre los derechos humanos⁴⁴.

2.2 Obstáculos para los derechos humanos

Las perspectivas desde las que es posible identificar primero y clasificar después los principales obstáculos con que se encuentran los derechos humanos son muchas y variadas. A modo de ejemplo y sin ánimo de exhaustividad, puesto que dejamos de lado todo lo relativo al ámbito jurisdiccional, nos limitaremos únicamente a dos: el primero de índole jurídica y el segundo económica si bien es verdad que ambos están estrechamente vinculados.

la Organización Mundial del Comercio (OMC), M. Renato Ruggiero, ha descrito con precisión la naturaleza del Acuerdo: «Estamos escribiendo la Constitución de una economía mundial unificada», WALLACH, L. M. (Director del *Public Citizen's Global Trade Watch*), «Le nouveau manifeste du capitalisme mondial», en *Le Monde diplomatique*, febrero de 1998.

⁴³ Amnistía Internacional de Australia hizo pública una denuncia del proyecto de Tratado, junto con una demanda de información al Gobierno Australiano porque, según dicha O. N. G., firmar ese acuerdo sería contrario a la Constitución Australiana y a la Declaración de los derechos humanos. Al respecto, cfr. «El AMI, Acuerdo Multilateral sobre Inversiones, ¿una amenaza a los derechos sociales, al medio ambiente y a la democracia?», *Papeles Cristianisme i Justícia*, núm. 22, diciembre (1998).

⁴⁴ DE OCÓN, G. T., y UTRERA GARCÍA, J. C., «Los nuevos poderes constituyentes. Reflexiones en torno al Acuerdo Multilateral de Inversiones», *Revista A distancia*, núm. 2 (1998), pp. 112-117.

Uno: la denominada competición regulativa (*Regulatory competition*), o carrera entre distintos centros políticos por atraer recursos económicos a través de cambios sustanciales en sus respectivos ordenamientos jurídicos, ha abierto el camino de una inquietante pendiente resbaladiza. Sin un organismo o instancia normativa que ponga límites, esto es, salvo que un poder reconocido como tal por los diversos agentes del mercado «marque las reglas del juego estableciendo los mínimos que han de respetar todos los jugadores» asistiremos a una plausible multiplicación de los efectos de una descarnada globalización: «progresivo empeoramiento de las condiciones del mercado laboral, incremento de las agresiones medioambientales, imparable desmembración de la fuerza sindical...»⁴⁵. Parece indudable que la eficiencia como principio y la competitividad como valor superior llegan desde la Economía para orientar al Derecho a la consecución de los mismos fines.

Dos: la aparición de Zonas Francas Industriales o, más correctamente, Empresas denominadas de Procesamiento de Exportaciones (ZPE) pues en realidad no son espacios por donde transiten los artículos sino donde se fabrican. «Las empresas que se establecen en ellas son capaces de elaborar sus productos como si estuvieran en su país de origen (...) y con algunas ventajas nada desdeñables»⁴⁶:

Así las Zonas de Procesamiento de Exportación⁴⁷:

- Hacen posible la importación exenta de derechos de aduana.
- Agilizan los trámites burocráticos gubernamentales, haciendo posible la realización en una sola etapa de las gestiones de obtención de permisos, solicitudes de inversiones, etc. Además, en ellas la legislación laboral suele ser más flexible que la aplicable a la mayor parte de las empresas en el mercado interno.
- Reciben amplias concesiones tributarias a largo plazo.
- En ellas los servicios y la infraestructura de comunicaciones son más avanzados que los de otras partes del país. Habitualmente se conceden subvenciones a los servicios públicos y a los arrendamientos.
- Las empresas de las zonas pueden ser nacionales, extranjeras o en participación. La inversión extranjera directa cumple un papel destacado.

⁴⁵ DE MIGUEL BERIAIN, I., *El poder de la globalización. Análisis de una metamorfosis*, Granada, Comares, 2008, pp. 5 y 123-125. A esa competición regulativa ha de sumarse la competición fiscal entre los Estados. «En un mundo globalizado compiten las empresas fundamentalmente, pero también las regiones y los Estados (...) los sistemas fiscales de los Estados compiten entre ellos (...) en los últimos diez años (...) en los países de la OCDE el tipo del impuesto de sucesiones ha caído de una media del 43 % al 32 %», DE LA DEHESA, G., *Comprender la globalización*, Madrid, Alianza Editorial, 2007, pp. 188-190.

⁴⁶ *Ib.*, p. 125.

⁴⁷ Documentos.bancomercial.org/curated/es Informe elaborado por Dorşati Mondani para el Banco Mundial (bancomudial.org/publicaciones/documentos). Última visita 25-3-2019.

Recurrimos a la descripción hecha por Naomi Klein hoy ya «clásica»: «Independientemente del país donde se hallen las ZPE, la condición de los trabajadores tiene una sorprendente similitud: la jornada laboral es larga; hasta catorce horas en Sri Lanka, doce en Indonesia, dieciséis en China del Sur y doce en Filipinas. La gran mayoría del personal se compone de mujeres, siempre jóvenes y que siempre trabajan para subcontratistas de Corea, Taiwan o Hong Kong. Los contratistas reciben pedidos de empresas de EE. UU., Gran Bretaña, Japón, Alemania o Canadá. La gestión del personal es de corte militar, los supervisores son a menudo arbitrarios, los sueldos están por debajo del nivel de la supervivencia y el trabajo es poco cualificado y tedioso. En tanto que modelo económico, las zonas de procesamiento de las exportaciones de la actualidad se parecen más al de las franquicias de hamburgueserías que al del desarrollo sostenible, tan diferentes de los países que las acogen. Estos reductos de industria pura se ocultan tras un manto de transitoriedad: los contratos van y vienen sin aviso previo; los trabajadores son predominantemente inmigrantes, alejados de sus lugares natales y con pocas relaciones con las ciudades o las provincias donde se hallan las zonas; el trabajo mismo es a corto plazo y a menudo no se renueva»⁴⁸.

A resultados de todo ello, resuelta cualquier duda a propósito del triunfo del capitalismo como sistema económico lo que quizás hoy debiéramos plantearnos es: capitalismo sí, pero ¿cuál?, ¿qué capitalismo? ¿Uno que reconozca el peso específico de los derechos humanos y los fortalezca o uno que los debilite para enflaquecer las distorsiones que sobre ese escenario «perfecto» y perfeccionado llamado mercado pudieran llegar a proyectar? La línea divisoria entre un tipo de capitalismo y otro, además de las debidas consideraciones de democracia y justicia, puede suponer una nueva frontera entre el orden y el caos. Incluso Fukuyama, conocido y polémico liberal, advierte que «el problema de la mayoría de democracias liberales es que no pueden dar por sentadas sus condiciones culturales previas»⁴⁹. En esa línea y en atención al contexto en que nos hallamos no debemos dar por sentado que el peso de los derechos humanos siga siendo indefinidamente el mismo cuando, a la vista de las muestras presentadas nada apunta a que vaya a ser así.

Nos preguntábamos antes si caminamos hacia un Derecho hostil a los derechos humanos o si nos encontramos ya ante él, desde luego en este caso la importancia de las preposiciones no es menor, la diferencia estriba fundamentalmente en la perspectiva desde la que se analiza y valora tanto el papel asignado al Estado como a las organizaciones internacionales de Derecho Público.

⁴⁸ KLEIN, N., *No Logo. El poder de las marcas*, tr. A. Jockl, Barcelona, Paidós, 2001, p. 249.

⁴⁹ FUKUYAMA, F., *La gran ruptura. Naturaleza humana y reconstrucción del orden social*, tr. L. Paredes, Barcelona, Ediciones B, 2000, p. 24.

3. AÚN ALGUNOS INTERROGANTES MÁS

3.1 ¿Cuántos leviatanes admite una época de ligereza?

Todo en nuestra sociedad tiende a la ligereza, todo se quiere, prefiere y pretende ligero. Nada pesado tiene un sitio garantizado, únicamente lo ligero parte con ventaja. La sociedad global de las telecomunicaciones y la información ha otorgado carta de naturaleza a lo virtual y hecho menos necesaria y hasta parcialmente suprimible la materialización adquiriendo de ese modo todo lo grávido el riesgo de convertirse en estorbo. Es en esa trama que es texto y tejido donde ha de entenderse que los derechos humanos suponen una carga demasiado pesada para los convencidos de que cuanto mayor sea la ligereza insuflada al mercado mejor será su funcionamiento. Por supuesto la ligereza no es intrínsecamente nociva, más bien al contrario, de hecho no es preciso proclamarse nietzscheano para acordar con él que «lo bueno es ligero», que «todo lo divino camina con pies delicados»⁵⁰. El inconveniente llega cuando la ligereza, como en el caso en la globalización, se convierte en volatilidad. El peligro, dice Lipovetsky, no es la ligereza «sino su hipertrofia, cuando invade la vida y asfixia las demás dimensiones esenciales: la reflexión, la creación, la responsabilidad ética o política»⁵¹.

Dada su originaria vocación de universalidad, pensar los derechos humanos implica necesariamente pensar más allá del Estado y ello, que en principio tendría una vía expedita por mor de la globalización, no está exento de fuerzas contrarias y dificultades que van en aumento debido al debilitamiento de los Estados y la aparición y reforzamiento de entidades supra, inter y transnacionales privadas. Nuevos poderes constituyentes, nuevos leviatanes emergen con la globalización. La cuestión es: ¿aglutinan entre todos ellos el mismo poder que antes dispusiera mayoritariamente el único Leviatán, el Estado?, ¿se trata de una nueva aplicación de la ley de Lavoisier de modo que los nuevos poderes no han sido creados ni destruidos, sino que son el resultado de la transformación/descomposición del poder previo monopolizado por el Estado? De ser así, los poderes emergentes, públicos y privados, se habrían dividido, y por tanto repartido, serían más poderes. Sí, pero poderes menos poderosos en un cálculo de suma cero o de vasos comunicantes. Lo más relevante, de cara a lo que nos ocupa, sería la coordinación entre esa multiplicidad algo opaca y difusa de poderes en lo relativo a la garantía de unos derechos humanos cuyo futuro en un entramado jurídico y político tan fragmentario puede seguir com-

⁵⁰ NIETZSCHE, F., «El caso Wagner», tr. S. P. Koch, *Alea. Revista de Filosofía*, núm. 2 (2000), p. 14.

⁵¹ LIPOVETSKY, G., *De la ligereza. Hacia una civilización de lo ligero*, tr. A. P. Moya, Barcelona, Anagrama, 2016, pp. 339 y 335.

plicándose⁵². El progresivo debilitamiento de la capacidad reguladora de las instituciones públicas y el correlativo fortalecimiento de las privadas tiene, a tenor de los ejemplos expuestos, un irrefutable efecto sobre el discurso y garantías de los derechos humanos, ese discurso tan importante en el texto occidental.

La internormatividad, de la que ya nos hablaba Carbonnier, y la interlegalidad de la que nos da noticia Boaventura de Sousa Santos juegan en la globalización un papel destacado dada la porosidad y permeabilidad observable entre los órdenes jurídicos coexistentes. La internormatividad nos sitúa en una perspectiva necesariamente pluralista de la normatividad en la medida en que «postula la coexistencia de órdenes o sistemas normativos diferenciados, paralelos, complementarios o antagonistas.» En concreto habría dos posibles formas de manifestación de la internormatividad: o bien por «la transferencia de una regla o norma de un sistema jurídico a otro», o bien, «por la dinámica de contactos de distintos sistemas normativos, relaciones de poder, modalidades de interinfluencia o interacción que pueden ser observadas entre dos o más sistemas normativos»⁵³.

Por lo que se refiere a «interlegalidad», es un término empleado Boaventura de Sousa Santos por primera vez en 1990 en el contexto del pluralismo jurídico, dentro del marco de la fenomenología del sujeto de derecho. Se trata de un concepto al que Santos recurrirá después con frecuencia:

«El análisis del pluralismo jurídico nos revela que, en cuanto sujetos de derecho, vivimos en diferentes comunidades jurídicas organizadas en redes de legalidad, ora paralelas, ora sobrepuestas, ora complementarias, ora antagónicas. Nuestra práctica social es, así, una configuración de derechos. Cada uno de los cuales tiene una especialidad y una temporalidad propias. Pero, dado que las especialidades son porosas y se interpenetran y que los diferentes derechos no son sincrónicos, las configuraciones de sentidos jurídicos que ponemos en acción en los diferentes contextos de nuestra práctica social son frecuentemente complejas mixturas, concepciones jurídicas discrepantes respecto a normas de generaciones diferentes, unas nuevas, otras viejas, unas emergentes, otras en declive, unas autóctonas, otras importadas, unas espontáneas, otras impuestas. Tal vez más que en ninguna otra época, vivimos en un tiempo de porosidades y, por tanto, también de porosidad jurídica, de un derecho poroso constituido por múltiples redes de nos fuerzan a constantes transiciones y transgresiones. La vida socio-jurídica de fin de siglo está pues constituida por la intersección de diferentes líneas de fronteras jurí-

⁵² IRTI, N., *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2005, p. 62. Dentro de esa tendencia a la fragmentación quedarían pues incluidas tanto la soberanía como la de su capacidad normativa.

⁵³ GUY, R., «Les phénomènes d'internormativité: faits et obstacles», en BELLEY, J.-G., *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, París, LGDJ, 1996, pp. 26-28.

dicas, fronteras porosas y, como tal, simultáneamente abiertas y cerradas. A esta intersección denomino interlegalidad, la dimensión fenomenológica del pluralismo jurídico»⁵⁴.

Por cuanto suponen y repercuten en la teoría y praxis de los derechos humanos destacaremos algunos efectos de tal internormatividad e interlegalidad:

1. Se propicia la volatilización de la dicotomía o división binaria entre jurídico y no jurídico anunciada ya por Carbonnier a quien se debe la lúcida distinción entre Droit et Non-Droit (Derecho y No-Derecho) que, lejos de tratarse de un distingo inamovible, da idea de que la juridicidad es una condición que puede variar. El propio Carbonnier admite que junto al Derecho se dan otras especies de «sous-Droit» (sub-Derecho) y de «infra-juridique»⁵⁵ (infrajurídico) cuya existencia no debiera sorprendernos en la medida en que «el Derecho no es ese absoluto con el que a menudo soñamos», carece de ese «baño de bronce que describen los juristas dogmáticos (...) ganaría en respeto si se mostrase tal y como es de verdad, carne y no metal, participando de nuestras debilidades, humano, demasiado humano»⁵⁶. Idea reforzada después por Michel Troper para quien «es necesario rechazar cualquier definición del Derecho fundada sobre las propiedades esenciales del objeto»⁵⁷. Y es que no resulta posible, o cuando menos no lo es hoy, concretar cuáles son o debieran ser tales propiedades esenciales del Derecho.

2. Contribuyen a aumentar la ya de por sí creciente dificultad para discernir entre categorías jurídicas consideradas clásicas y casi imperturbables y que globalización acaba por disolver. Piénsese, por ejemplo, las distinciones entre Derecho público y privado; nacional e internacional en torno a las cuales se vertebraba axiológica y procedimentalmente el concepto y discurso de los derechos humanos. Incluso la que tradicionalmente ha venido contraponiendo subsunción frente a ponderación en necesaria revisión a consecuencia del proceso de densificación normativa antes citado.

3. Impulsan la aparición y consolidación de un continuum normativo. El Derecho se constata como algo gradual⁵⁸ de modo que en

⁵⁴ SANTOS, B. de Sousa, «O Estado e o Direito na transição Pos-Moderna: para um novo senso comum sobre o Poder e o Direito», *Revista Crítica de Ciências Sociais*, núm. 36 (1990), p. 36. El mismo texto «Stato e Diritto nella transizione post-moderna. Per un nuovo senso comune giuridico», también puede encontrarse en *Sociologia del Diritto*, núm. 3 (1990).

⁵⁵ CARBONNIER, J., *Sociologie juridique*, 2.^a ed., París, P. U. F., 2004, p. 360.

⁵⁶ CARBONNIER, J., *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8.^a ed., París, LGDJ, 1995, pp. 92 y 93.

⁵⁷ TROPER, M., *Pour une théorie juridique de l'État*, París, P. U. F., 1994, p. 167.

⁵⁸ Al respecto cfr. OST, F., y VAN DE KERCHOVE, M., *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 188, y LATOUR, B., *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, París, La Découverte, 2004, p. 273.

el tránsito de lo jurídico a lo no jurídico lo que se observa no es una barrera nítida y clara sino un progresivo y fino «degradado». Fenómenos como la contractualización e ideologías como el contractualismo⁵⁹ en el que aquella se inspira, directamente imbuidos de las aludidas internormatividad e interlegalidad, contribuyen a la creación de un *continuum* jurídico en virtud del cual las normas jerarquizadas-formales fundamentalmente públicas y las de aparición espontánea-informales básicamente privadas o bien mantienen entre sí una frontera borrosa, o bien se suceden sin solución de continuidad.

A raíz de ello y de la consiguiente coexistencia de distintos paradigmas jurídicos que, representados por la pirámide y la red, encarnan diferentes formas de creación, interpretación y aplicación del Derecho se incrementa una complejidad jurídica siempre garantizada, pero agravada ahora por la obligada y difícil coordinación entre los distintos ordenamientos jurídicos y más aún, entre las distintas formas de concebir el Derecho. Entramado que se traduce en la extensión y acentuación de:

- Hipernomias (hipertrofia normativa);
- Antinomias (contradicciones normativas) y
- Anomias (disociación entre normas y valores vigentes) problemas jurídicos de difícil o, en el peor de los casos, de imposible resolución de las que, por supuesto, no quedan libres los derechos humanos.

La fuerza expansiva de un derecho informal, flexible, cambiabile y blando (*soft law*) no puede dejar indemne a un Derecho previo que representa y encarna todo lo contrario: formalismo, fijeza, seguridad y dureza (*hard law*). En este punto la pregunta bien podría ser: ¿pero tan importante es la forma que adopta el Derecho?, ¿acaso es la forma garantía de algún significado? Y lo cierto es que en el Derecho, aunque no solo, la forma nos da noticia sobre las dinámicas internas ocultas a primera vista por lo que el análisis de la forma y su nexo con el contenido no debe ser descuidado. Lo cual resulta especialmente válido en lo que concierne a los derechos humanos donde forma y fondo resultan insolubles.

¿Ponen en peligro a los derechos humanos los factores antes apuntados: el mercado, el derecho por él preferido, la globalización en suma?, ¿podrán subsistir en un mundo líquido y esencialmente ligero?, ¿su fundamentación y configuración ha de ser adaptada a los nuevos tiempos?, ¿sería ello una traición?, ¿una muestra de debilidad o de inteligencia?, ¿cómo afecta todo ello a su papel de legitimación del sistema jurídico?

⁵⁹ Para un análisis más detallado sobre contractualización y contractualismo cfr. GONZÁLEZ ORDOVÁS, M.ª J., «Hacia una nueva racionalidad jurídica. Formas y fondo del Derecho contemporáneo», en M.ª José González Ordovás (Ed.), *Algunas críticas y un poscriptum a la Teoría imperfecta del Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019 (en prensa).

Tal vez antes de nada sea preciso reparar en los límites posibles de ese Derecho informal y espontáneo y en los de ese Derecho formal y jerárquico del que, en lo sustancial, seguirían dependiendo los derechos humanos y cuyo futuro nos inquieta. Alejado de cualquier sospecha o tentación hiperreguladora, Fukuyama confirma que ni toda sociedad, ni para todo ámbito se puede confiar en que el orden social recaiga por completo en las normas y soluciones de orden espontáneo, esto es, en la autorregulación y tipo de Derecho que, propiciado por las dinámicas globalizadoras, no deja de incrementar su presencia y peso. Las variables que limitarían su potencial regulativo son heterogéneas y todas ellas a considerar desde el punto de vista de la globalización:

– El tamaño de la organización social: «cuando los grupos crecen más, el sistema empieza a desmoronarse (...) el control y la obligatoriedad del cumplimiento resultan cada vez más costosos y están sujetos a economías de escala (...) Éste es el punto histórico en que deben intervenir la policía, los tribunales y otros instrumentos de autoridad jerárquica»⁶⁰.

– Los límites: «para que se produzca el orden espontáneo es importante establecer límites claros de pertenencia al grupo»⁶¹.

– La interacción repetida: solo en los grupos con poca o nula movilidad social donde los lazos de proximidad permanecen, la autorregulación es espontáneamente respetada⁶².

– Normas comunes previas: la aparición de normas espontáneas o autorregulación está vinculada a precedentes culturales comunes⁶³.

– El poder y la justicia. Este, que es el factor que más nos interesa, especula sobre cuándo debe intervenir una autoridad jerárquica y «constituye el motivo central que ha separado a la izquierda de la derecha a lo largo de la historia.» El cuándo y el hasta dónde debían intervenir las normas jerárquicas limitando o prohibiendo los resultados de las normas informales o autorregulación: el trabajo infantil, los mercados no regulados o inestables, la falta de seguridad en el trabajo serían algunos de los supuestos. «Salvo los liberales más extremistas –afirma Fukuyama– la mayoría de la gente estaría de acuerdo en que la intervención del Estado suele ser necesaria para resolver una gama de problemas que son graves desde el punto de vista moral y no susceptibles a la corrección espontánea»⁶⁴. Parece evidente que los derechos humanos encajarían aquí y, en ese sentido, constituirían un límite claro al Derecho blando. Es muy probable que, en un plazo aún por determinar, la mayor dificultad provenga del

⁶⁰ FUKUYAMA, F., *La gran ruptura. Naturaleza humana y reconstrucción del orden social*, op. cit., p. 272.

⁶¹ *Ib.*, p. 273.

⁶² *Ib.*, p. 273.

⁶³ *Ib.*, pp. 273-275.

⁶⁴ *Ib.*, pp. 276 y 277.

establecimiento y fijación del catálogo de derechos humanos que hayan de actuar como cortafuegos frente a la creciente capacidad normativa informal del mercado.

– «La falta de transparencia de las normas informales sirve a menudo para ocultar el origen en relaciones involuntarias de poder»⁶⁵.

– La persistencia de las malas elecciones: cabría racionalmente esperar que en el caso de que las normas informales resultasen injustas, ineficaces o contraproducentes su desaparición serían tan espontánea como su aparición. Sin embargo, «las normas perjudiciales, ineficaces o contraproducentes pueden persistir en un sistema social durante generaciones debido a la influencia de la tradición, la socialización y el ritual.» También entonces las normas jerárquicas han de hacer acto de presencia.

De todo ello se infiere que «el orden espontáneo no constituirá jamás orden por sí mismo en ninguna sociedad»⁶⁶. La cuestión es si, como sostienen Hayek o Fukuyama⁶⁷, la autoridad jerárquica representada por los gobiernos y el derecho formal ha de ser un mero complemento del orden normativo espontáneo algunos de cuyos resultados deberá restringir o proscribir aquél o, si por el contrario, éste último, el informal complementará al primero, formal. Parece claro que cuanto mayor sea el peso del Derecho denominado formal o jerárquico, mayor podrá ser el de los derechos humanos, directamente provenientes de aquél y, por contra, menor será su peso si el Derecho informal continua ampliando su ámbito de acción e influencia pues menor será también el peso y papel del Estado garante de tales derechos.

De lo visto hasta aquí se desprende, en primer lugar, que la globalización se identifica cada vez más con un tipo de Derecho un derecho informal, flexible o blando, por emplear varias de las denominaciones en uso. Y, en segundo, que lo que la globalización puede hacer con los derechos humanos y por extensión con la democracia no es un tema definitivamente definido y cerrado. Para empezar porque no existe algo así como un mando mundial conspirador a la sombra que unánime y coordinadamente mueva los hilos de la globalización esta, como cualquier otra época histórica, está sujeta al juego dinámico de fuerzas en conflicto e intereses en acción. Pero además porque, si bien es verdad que en el caso de que la globalización se siga desarrollando como lo ha hecho hasta ahora abordando por separado los problemas de eficiencia y equidad continuará re-produciendo «una privación de

⁶⁵ *Ib.*, p. 277.

⁶⁶ *Ib.*, p. 280.

⁶⁷ HAYEK, F., *Derecho, legislación y libertad*, vol. I, *Normas y orden*, 2.^a ed., tr. J. C. Herrán, Madrid, 1985, pp. 88-89, y FUKUYAMA, F., *La gran ruptura. Naturaleza humana y reconstrucción del orden social*, *op. cit.*, p. 280.

derechos civiles y políticos»⁶⁸, también ha de tenerse en cuenta que las resistencias y los movimientos que todo ello está provocando en la sociedad civil sugieren que la última palabra no está dicha.

3.2 ¿Cómo sustentar los derechos humanos en una época poshumanista?

Lejos de la polémica que a menudo le acompaña, Finkielkraut asegura refiriéndose a nuestro tiempo que ante todo «teme que el futuro le defraude» y por ello se ha jurado «no dejarse engañar más.» Su idea de que «ninguna causa actual le parece universalizable» pesa especialmente entre las razones de ese miedo a ser timado⁶⁹.

Con ese recelo en el trasfondo, analizaremos las tres evidencias que condicionan nuestras conclusiones, una del ámbito estrictamente jurídico, otra vinculada con el económico y la tercera con el antropológico. En cuanto a la primera, a la vista de que el Derecho «puede asumir formas muy distintas»⁷⁰ no hay más opción que la de pensar el Derecho en movimiento, un movimiento que afecta tanto a su «configuración interna» como al «lugar que ocupa en el seno del orden social»⁷¹. La segunda incluiría las repercusiones provenientes de las desestabilizaciones de Estados, regiones y territorios generadas por la dinámica de flujos económicos y financieros globales. Y la tercera, la creciente identificación del hombre con un *homo oeconomicus* cuyas decisiones pasan cada vez más por el tamiz del principio de eficiencia.

De las derivaciones que dimanen de todo lo planteado hasta ahora no parece extraño que pese a la resistencia de autores como Wolff,⁷² otros, desde posicionamientos teóricos muy distintos, se refieran a este tiempo nuestro como una etapa poshumanista, Legendre⁷³ y muy especialmente Sloterdijk son un ejemplo. Ambos coincidirían en el diagnóstico: la poshumanidad, una poshumanidad que, para el francés, traería causa de la derrota de los valores de Occidente en la lucha

⁶⁸ STIGLITZ, J. S., *El malestar en la globalización*, tr. C. Rodríguez Braun, Madrid, Punto de Lectura, 2007, p. 431.

⁶⁹ FINKIELKRAUT, A., *La humanidad perdida. Ensayo sobre el siglo xx*, tr. T. Kauf, Barcelona, Anagrama, 1998, p. 135.

⁷⁰ ATIENZA, M., «Constitucionalismo, globalización y Derecho», *op. cit.*, p. 222.

⁷¹ CHEVALLIER, J., «Avant-propos», en C. Thibierge *et alii*; *La densification normative. Découverte d'un processus*, *op. cit.*, p. 7.

⁷² Los presupuestos desde los que parte Francis Wolff para elaborar su planteamiento sobre moralidad y humanidad son más de carácter epistemológico que sustantivo. El hombre, dice Wolff, es un animal necesariamente moral porque actúa no solo según sus deseos sino también en función de sus valores. Que el hombre actúe moralmente no significa que actúe bien, se puede discrepar de sus valores y es justamente eso, el hecho de que los valores pertenezcan al orden de lo discutible (...) lo que les hace universalizables en el sentido mínimo de que son comunicables y compartibles», WOLFF, F., *Notre humanité. D'Aristote aux neurosciences*, París, Fayard, 2010, pp. 366 y 367.

⁷³ LEGENDRE, P., *Le désir politique de Dieu*, París Fayard, *op. cit.* p. II.

sostenida entre textos, mientras que para el alemán provendría de la desaparición de la sociedad literaria (basada en textos) en que se fundamentó y consistió Occidente y por tanto en el correlativo desvanecimiento de su principal producto: el humanismo.

«¿Qué otra cosa –se pregunta Sloterdijk– son las naciones modernas sino eficaces ficciones de públicos lectores que, a través de unas mismas lecturas se han convertido en asociaciones de amigos que congenian? (...) Ciertamente, entre 1789 y 1945 los humanismos nacionales amigos de la lectura vivieron su momento de esplendor (...) El poder de los maestros y el papel clave de los filólogos en esa época tenían su razón de ser en su conocimiento privilegiado de esos autores merecedores de consideración como emisores de los escritos fundacionales de la comunidad. En sustancia, el humanismo burgués no era otra cosa que el pleno poder para imponer a la juventud los clásicos obligatorios y para declarar la validez universal de las lecturas nacionales y, naturalmente, también la validez nacional de las lecturas universales.» Pero «con las últimas revoluciones de las redes informáticas, en las sociedades actuales la coexistencia humana se ha instaurado sobre fundamentos nuevos (...) Las sociedades modernas ya solo marginalmente pueden producir síntesis políticas y culturales sobre la base de instrumentos literarios, epistolares, humanísticos (...) La era del humanismo moderno como modelo (...) ha pasado»⁷⁴.

Podrá argüirse contra esas palabras de Sloterdijk que es tan pesimista como sus maestros Nietzsche y Heidegger, sin embargo nada de ello hay en Legendre, que también califica como poshumanista a nuestra sociedad. Así las cosas, las líneas de fuga parecen innegables: los ataques contra los derechos humanos provenientes de otros textos-culturas, su consideración como estorbos u obstáculos por parte de las versiones más economicistas de nuestro texto-cultura o las impedimentos advertidos por Sloterdijk para fortalecer los textos humanistas no hacen sino avalar la necesidad de fortalecer la fundamentación de unos derechos humanos que parecen haberse convertido en el último refugio de las aspiraciones del Derecho de la Modernidad.

Ese fin del humanismo al que ambos se refieren que «tanto en el fondo como en la forma (...) supone el compromiso de rescatar a los hombres de la barbarie»⁷⁵ puede tener mucho que ver con la debilidad no accidental de los derechos humanos. Algunos interrogantes descarnados se abren camino hasta nosotros y nos enfrentan a nuestras contradicciones: huérfanos del humanismo humanitario de la Modernidad, ante la posibilidad de la vuelta del *homo inhumanus*, ¿qué peso es el reservado para los derechos humanos? y si ellos fracasan, ¿quién amansará al ser humano?⁷⁶.

⁷⁴ SLOTERDIJK, P., *Normas para el parque humano*, tr. T. Rocha Barco, Madrid, Siruela, 2000, pp. 27, 28 y 29.

⁷⁵ *Ib.*, p. 31.

⁷⁶ *Ib.* pp. 33 y 52.

En realidad eso, a lo que ambos autores denominan posthumanismo, vendría a coincidir con lo que años atrás Lipovetsky había bautizado como postmoralismo, esa sociedad donde el post-deber produce anomia al mismo tiempo que la normalización generándose la paradójica coexistencia de «un proceso desorganizador y de un proceso de reorganización ética que se establecen a partir de normas en sí mismas individualistas», una etapa donde las democracias son más de individuos que de ciudadanos y donde el caos es organizador⁷⁷.

Ante el desgaste del andamiaje ético-jurídico al que avocan tales factores, «es necesario –alerta el profesor Abélès– volver a encontrar una consistencia, algo como la quinta esencia de lo social (...) algo estable en la tormenta»⁷⁸. Pero no es esa tarea fácil pues, más allá de las seguras complejidades que acompañan al Derecho en su labor de instituir la vida acomodando y acomodándose a las novedades que la globalización trae consigo, no es posible inhibirse a los profundos cambios de índole cultural y antropológico subyacentes.

Una de las cuestiones de fondo tan incómoda como ineludible deja abierta una dura duda sobre el futuro: si la modernidad ha pasado, si al pasar la modernidad el humanismo ha pasado con él, ¿qué hará humano al hombre?, ¿podemos permitirnos prescindir de los valores compartidos encarnados en los derechos humanos? Existe en el fondo de todo una realidad latente que la globalización apenas esconde y a la que antes o después habrá que enfrentarse: si los hombres se han convertido en superfluos para algunos sistemas políticos⁷⁹, sociales y económicos⁸⁰, ¿por qué habrían de ser menos superfluos los derechos de los que esos hombres superfluos son la razón de ser?

Los sistemas jurídicos, o lo que es igual, los discursos jurídicos de nuestro texto, refugio de valores fluctuantes, en ausencia de cualquier forma de trascendencia y en ese sentido abandonados a su suerte, se enfrentan, como ya ocurriera en otras épocas, a retos casi casi épicos puesto que, muy difícil de encubrir, asoma una contradicción de fondo: ¿cómo dar respuesta a los exigentes requerimientos jurídicos y morales de los derechos humanos a través de los débiles deberes propios de la sociedad del individualismo metodológico?

⁷⁷ LIPOVETSKY, G., *El crepúsculo del deber. La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos*, op. cit., pp. 15 y 203.

⁷⁸ ABÉLÈS, M., *Penser au-delà de l'État*, París, Belin, 2014, p. 104.

⁷⁹ Esa es una de las ideas sustentadas por Hannah Arendt en *Los orígenes del totalitarismo*.

⁸⁰ Es Ulrich Beck quien ya en 2005 utilizaba ese término para referirse al modo en que son percibidos algunos ciudadanos. En «La revuelta de los superfluos» abordaba las causas y efectos de las revueltas urbanas de los suburbios de París: «los nuevos ricos de la globalización ya no necesitan a los pobres» muchos de los cuales se encuentran con «una vida sin horizontes en los suburbios de las grandes metrópolis», BECK, U., *El País*, 27-11-2005.

No es fácil ocultar la duda que recorre este trabajo e hilvana sus reflexiones, ¿acaso es posible que, ante una realidad empecinada en dudar de un pasado del que por momentos reniega, nuestro texto-cultura ya no vaya a ser útil de aquí en adelante?, ¿le lleva ello a aceptar que su peso sea menor?, ¿ha de adaptarse o ha de mantener firme una lucha por los derechos humanos que simboliza la lucha por el Derecho? Muchos serán los factores que inclinarán la balanza hacia un lado u otro: los conflictos de voluntades, la correlación de fuerzas políticas y la defensa de intereses económicos decidirán si el Derecho que está por venir traicionará o no nuestro testamento y legados. Pero además y orientando a todos ellos, las representaciones que los hombres tengan de lo que es y supone su humanidad pues según cuál sea la idea de humanidad recogida en los textos-cultura será el discurso jurídico cuya protección y garantía hacia los derechos humanos depende, por definición, de la noción de humanidad defendida⁸¹. Las irrupciones y críticas dirigidas a un Derecho algo marchito en tránsito hacia otro paradigma no parece que vayan a alterar el hecho de que «el Derecho no es un fenómeno social ordinario» puesto que en sí mismo contiene la promesa de colaborar a instituir un mundo conforme a las concepciones «autorizadas» en el texto tenido como propio. No en vano, si alguna esencia tiene el Derecho es, como dijera Carbonnier, la de «relacionar el futuro con el pasado»⁸² aun cuando haya que hacerlo, según ya viera Kundera, avanzando en la niebla⁸³ y en la época en que la hegemonía de la razón privada bendice «la euforia de un presente puro»⁸⁴.

⁸¹ Al respecto cfr. WOLFF, F., *Notre humanité. D'Aristote aux neurosciences*, op. cit., pp. 19 y 367.

⁸² CARBONNIER, J., *Droit Civil. Introduction*, París, PUF, 2004, p. 25.

⁸³ «El hombre es aquel que avanza en la niebla», KUNDERA, M., *Les testaments trahis*, París, Gallimard, 1993, p. X.

⁸⁴ LIPOVETSKY, G., *El crepúsculo del deber. La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos*, op. cit., pp. 70 y 71.

Las nuevas derechas y la libertad de enseñanza: los recientes casos de Brasil y Alemania

MARIO G. LOSANO¹

RESUMEN

La elección de Jair Messias Bolsonaro como Presidente de la República de Brasil el 28 de octubre de 2018 marcó un radical cambio de rumbo en la política brasileña. En particular, a partir de los días anteriores a la elección definitiva del Presidente, la Justicia Electoral y la policía intervinieron en las universidades para bloquear hipotéticas actividades de «propaganda electoral ilícita». En paralelo se discuten proyectos de ley sobre la «Escuela sin Partido», que instiga los alumnos de las escuelas primarias y secundarias a delatar, grabando con el móvil, a los profesores que «adoctrinen» políticamente los alumnos. Un proyecto parecido existe también en Alemania, fomentado por el partido de extrema derecha Alternative für Deutschland (AfD). También en Italia han habido intentos de censura a la enseñanza escolar, si bien únicamente en casos individuales.

Palabras clave: Bolsonaro, Jair Messias, Constitución de Brasil de 1988, libertad de enseñanza, libertad de opinión, represión política en la universidad, Escola sem Partido en Brasil, Neutrale Schule en Alemania, enseñanza y propaganda política en Italia.

ABSTRACT

The election of Jair Messias Bolsonaro as President of the Republic of Brazil on October 28, 2018 marked a radical change of direction in Brazilian

¹ Texto original en italiano, traducido por Jose Antonio García Sáez.

politics. In particular, from the days before the final election of the President, the Electoral Court and the police intervened in universities to block any hypothetical activities of «illegal electoral propaganda». In parallel, drafts on the «School without Party Act» are discussed, which instigates students in primary and secondary schools to report, recording with their cell phones, teachers who «politically indoctrinate» them. A similar project also exists in Germany, promoted by the far-right party Alternative für Deutschland (AfD). Also in Italy there have been attempts of censorship in schools, although only in individual cases.

Keywords: Bolsonaro, Jair Messias, Brazilian Constitution 1988, freedom of education, freedom of opinion, political repression in the university, Escola sem Partido in Brasil, Neutrale Schule in Germany, education and political propaganda in Italy.

SUMARIO: 1. LA ELECCIÓN DE JAIR BOLSONARO COMO PUNTO DE INFLEXIÓN EN LA POLÍTICA BRASILEÑA. – 2. LOS TRIBUNALES ELECTORALES Y LAS UNIVERSIDADES BRASILEÑAS: ¿ACTIVIDAD EDUCATIVA O PROPAGANDA ELECTORAL? – 3. LA RESPUESTA DE LOS DOCENTES A LAS INJERENCIAS EN LA UNIVERSIDAD. – 4. LA «ORDEN VERBAL» ADQUIERE FORMA ESCRITA: LA ORDENANZA DEL 23 DE OCTUBRE DE 2018. – 5. LA DECISIÓN DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. – 6. EL COLEGIAL COMO DELATOR: EL «PROGRAMA ESCUELA SIN PARTIDO». – 7. EL PROYECTO «ESCUELA NEUTRAL» DE ALTERNATIVE FÜR DEUTSCHLAND EN ALEMANIA. – 8. Y EN ITALIA SE ENSAYA EL TERRENO.

1. LA ELECCIÓN DE JAIR BOLSONARO COMO PUNTO DE INFLEXIÓN EN LA POLÍTICA BRASILEÑA

La subida al poder de Jair Messias Bolsonaro, en las elecciones del 2018, es una novedad nacional que se enmarca en una tendencia internacional en constante expansión. Es una novedad porque rompe con el recorrido de treinta años de una política fundada en la constitución democrática de 1988, llevando al poder a un grupo declaradamente de derecha; y lo que es más, llevándolo por la vía democrática, mediante una victoria electoral tan sólida como sorprendente. No supone, en cambio, ninguna novedad en el plano internacional, porque se enmarca en la progresiva expansión y consolidación de gobiernos de derecha en Rusia con Putin, en los Estados Unidos con Trump, o en la Unión Europea con los cuatro Estados soberanistas del grupo de Visegrád (Polonia, Hungría y Checoslovaquia, después dividida consensualmente en dos Estados en 1993) y con presencias emergentes e inquietantes, como Matteo Salvini en Italia, Marine Le Pen en Francia, o *Alternative für Deutschland* en Alemania.

Las elecciones brasileñas de 2018 –y en particular las represiones concomitantes con la segunda vuelta electoral de octubre ese año– han sido una muestra clara de este cambio político. Pude seguir en primera persona algunos de aquellos eventos porque en aquellos días me encontraba en varias universidades de Brasil, y me pareció oportuno consolidar en un libro tanto el relato de aquellos eventos, como algunos de los documentos más relevantes². Era inevitable que la atención se concentrara en las intervenciones sobre la libertad de expresión, de enseñanza y de reunión. Aunque la campaña electoral había estado marcada por unos propósitos belicosos no solo contra la universidad y la izquierda a la que acusaban de controlarla. Ahora –pasados los primeros seis meses de gobierno desde la toma de posesión del nuevo presidente el primero de enero de 2019– se hace posible ver hasta qué punto aquellos propósitos comienzan a cobrar cuerpo por un presidente victorioso, pero con una base parlamentaria de dimensiones considerablemente inferiores a la de los precedentes gobiernos de Luiz Inácio Lula da Silva, de Dilma Rousseff y de Michel Miguel Temer.

A estos nuevos órganos parlamentarios y gubernativos les es confiada ahora la realización de un programa de gobierno que no ha sido presentado como un todo orgánico, sino que ha ido delineándose a través de indicaciones sectoriales, con frecuentes oscilaciones y con específicas medidas concretas. Las dirección en la que parece moverse el nuevo equipo del gobierno brasileño viene marcada por los eventos que tuvieron lugar en las universidades durante la segunda vuelta electoral, es decir, durante el recuento que llevó a Jair Bolsonaro a la victoria.

2. LOS TRIBUNALES ELECTORALES Y LAS UNIVERSIDADES BRASILEÑAS: ¿ACTIVIDAD EDUCATIVA O PROPAGANDA ELECTORAL?

El 23 de octubre de 2018 los periódicos publicaron la noticia de que, en los tres días precedentes, la policía y los funcionarios de los tribunales electorales habían intervenido en varias universidades públicas para impedir que se difundiese «propaganda electoral». En efecto, la Ley Electoral brasileña establece una detallada serie de limitaciones a las contribuciones a favor de un candidato y, en particular, el apartado II, se aplica a las universidades³.

² LOSANO, M. G., *La libertà d'insegnamento in Brasile e l'elezione del Presidente Bolsonaro*, Mimesis, Milano 2019, 221 pp., con documentos dictados por la autoridad judicial y extractos de la prensa brasileña.

³ Artículo 24 de la Ley 9.504/97: «Está prohibido a los partidos y a los candidatos recibir directa o indirectamente donaciones en dinero o bienes intercambiables por dinero, incluida en forma de publicidad de cualquier género, proveniente de: I. Entes

Nótese que la segunda votación, entre Bolsonaro y el candidato del *Partido dos trabalhadores*, Fernando Haddad⁴, tuvo lugar aproximadamente una semana después, esto es, el 28 de octubre de 2018: los sondeos indicaban con claridad que el vencedor sería Bolsonaro, aunque formalmente la partida estaba todavía abierta y la campaña electoral estaba adquiriendo tonos cada vez más hostiles.

Aquella intervención en las universidades fue una operación de gran envergadura, porque las universidades involucradas se encontraban diseminadas por todo Brasil: «Más allá de las acciones de la justicia electoral en 20 universidades de 12 Estados, en los últimos días se registraron intervenciones que limitaron la libertad de expresión en 14 campus de 11 Estados, que, sin embargo, no fueron llevados a cabo por funcionarios de los tribunales electorales regionales. Los autores de estas intervenciones fueron policías, personas que se presentaron como funcionarios de la justicia electoral, personas no identificadas o vigilantes de las universidades»⁵.

Los funcionarios de los tribunales electorales y la policía que los acompañaba afirmó que era «propaganda electoral» el contenido de las clases, los encuentros sobre el fascismo o los carteles colocados sobre las fachadas de algunas universidades. En Rio de Janeiro sobre la fachada de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal Fluminense (UFF) se exhibía un cartel de casi tres metros por dos con las únicas palabras «Derecho UFF Antifascista». ¿Era eso propaganda antibolsonarista? Según los tribunales electorales, sí, lo que condujo a algunos docentes a una conclusión irrefutable: «Bolsonaro ha sido declarado fascista en base a un acto judicial»⁶, porque (como observó otro profesor) «si la justicia electoral sostiene que se trata de propaganda contra el candidato Jair Bolsonaro, automáticamente está sosteniendo que Bolsonaro es fascista».

Aquella imagen y aquel lema, sin embargo, no tenían relación con las elecciones, sino que habían surgido en un contexto académico completamente diferente. El lema «Derecho UFF Antifascista» aparecía sobre fondo naranja, que es el color de los equipos deportivos de esa universidad. De hecho, originalmente el cartel se había expuesto no para dirigirse contra Bolsonaro en las elecciones, sino para responder a

o gobiernos extranjeros; II. Órganos de la administración pública directa o indirecta, o bien fundaciones financiadas con fondos de origen público». Traducción propia del texto de la Ley Electoral brasileña (<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/lei-das-eleicoes/lei-das-eleicoes-lei-nb0-9.504-de-30-de-setembro-de-1997>).

⁴ El profesor universitario Fernando Haddad, candidato a la presidencia por el *Partido dos Trabalhadores*, había sido previamente Ministro de Educación en los gobiernos de Luiz Inácio Lula da Silva así como en el periodo de Dilma Rousseff. Entre 2013 y 2017 fue alcalde de São Paulo.

⁵ BORGES, H., ALTINO, L., «Estudantes fazem protesto no TRE do Rio», *O Globo*, 27 octubre 2018, p. 4.

⁶ Declaraciones del profesor Gilberto Bercovici en «Carta Capital», 7 noviembre 2018, p. 23.

un gesto racista: «Los estudiantes del grupo deportivo de la Facultad de Derecho habían confeccionado el cartel cuatro meses antes, después de que algunos estudiantes de la Pontificia Universidad Católica (PUC) de Rio de Janeiro ofendieran a algunos estudiantes negros de otras facultades durante los «Juegos Jurídicos» de 2018»⁷. El cartel fue retirado de la fachada de la Universidad Federal Fluminense el 25 de octubre, tras una inspección llevada a cabo el día 23.

Aquella intervención represiva tuvo lugar de una manera que fue definida por estudiantes y profesores como «extraña», porque fue acompañada por «preguntas sobre aquello que los profesores decían en las clases, además de carecer de una orden escrita»⁸. De hecho, los funcionarios «no tenían una orden de secuestro, sino que nos informaron de que se trataba de una «orden verbal» de la jueza Maria Aparecida, quien sostenía que aquel cartel era «una propaganda política negativa»». Es más: «los mismos agentes parecían confundidos, a juzgar por el modo en el que entraron en el aula [...] requisando adhesivos sin emitir un parte. Como si confundieran el aula con un «espacio subversivo» de tiempos pasados»⁹, es decir, con los tiempos de la dictadura militar.

El debate suscitado por estas intervenciones despierta también una perplejidad jurídica: los funcionarios del Tribunal Regional Electoral de Rio de Janeiro se habían presentado en la universidad manteniendo que actuaban en base a una «orden verbal». Un argumento ciertamente poco sostenible en una facultad de derecho, como no deja de subrayar la reconstrucción de los hechos realizada en la denuncia administrativa hecha por los docentes de la Universidad Fluminense: la denuncia explica la forma en la que transcurrieron las intervenciones represivas y, en esa medida, permite apreciar los argumentos del auto del Supremo Tribunal Federal que niega el fundamento jurídico de aquellas intervenciones.

3. LA RESPUESTA DE LOS DOCENTES A LAS INJERENCIAS EN LA UNIVERSIDAD

Ante la patente ilegalidad de la «orden verbal» los docentes de la Universidad Fluminense que habían asistido a la acción del Tribunal Regional Electoral presentaron una denuncia interna formal¹⁰: «tras el

⁷ PADUAN, R., «Rompante autoritário», *Veja*, 7 noviembre 2018, p. 64.

⁸ «Repúdio contra retirada de bandeira antifascista na UFF», *Jornal do Brasil*, 25 octubre 2018, p. 6, con tres fotos que muestran el proceso de retirada del cartel.

⁹ ANGEL, H., «Occupação na Universidade», *Jornal do Brasil*, 25 octubre 2018, Caderno B, p. 3.

¹⁰ El texto se encuentra traducido al completo en el Apéndice II: *Denuncia amministrativa dei docenti universitari*, 23 octubre 2018, en LOSANO, *La libertà d'insegnamento in Brasile*, cit.

secuestro del cartel [el Decano de la Facultad, Wilson] Madeira dijo haber ido a la sede del Tribunal Regional Electoral a Niterói para retirar una copia de la orden; pero no existía ningún documento oficial que ordenara el secuestro del cartel. La *“Faculdade de Direito da UFF”* registrará una petición al Rectorado con el fin de que la Procuraduría de la Universidad¹¹ emprenda una acción para oponerse a la retirada del cartel. Madeira afirma: “No puede más que concluirse que se ha procedido de forma inadecuada: ¿cómo es posible que alguien entre en una universidad federal para secuestrar un cartel que no menciona ni siquiera a un partido o un candidato? Es una afrenta, una ofensa a la constitución”¹².

La denuncia redactada por los tres profesores de la Facultad de Derecho de la UFF tiene el valor de un testimonio directo: «Frente a este control, algunos estudiantes y profesores presentes –en particular los docentes André Nicolitt, Enzo Bello y Paulo Corval– comenzaron de inmediato a seguir a los agentes electorales». Se trata de un documento interno de la universidad, que los testimonios de la intervención de los agentes remitieron al Rectorado con el fin de que fueran adoptadas las medidas consideradas oportunas, sobre todo ante la «extravagante» orden verbal.

Los tres profesores y algunos estudiantes siguieron las actividades de los agentes, cuyas atenciones se concentraban en «un cartel colgado por los estudiantes (cartel naranja y negro, que son los colores del equipo deportivo de la universidad) con las palabras «Derecho UFF» y «Antifascista»».

Aunque en el mencionado cartel no exista nada que constituya la propaganda irregular prohibida por la Ley 9.504/97 [Ley Electoral], los controladores decían actuar en cumplimiento de la «orden verbal» y mandaron a algunos funcionarios y estudiantes la retirada del cartel [...]. Esta acción –con fuertes connotaciones arbitrarias– llamó rápidamente la atención de todo el cuerpo estudiantil de la facultad, así como de otros docentes que (de forma pacífica y ordenada, sin ejercer ninguna presión sobre los agentes de control) se unieron para participar de la acción fundada sobre la extravagante «orden verbal» [...]. A continuación, el profesor Enzo Bello y algunos representantes de los estudiantes se dirigieron a la sede de la Justicia Electoral para obtener las indicaciones del procedimiento y de la decisión (si es que existían) o de la orden sobre la que se fundaba aquella intervención, así como para conocer la identidad de los agentes.

¹¹ La «Procuraduría da Universidade» (Procuraduría de la Universidad) es una oficina que no tiene un equivalente en la organización universitaria italiana ni española, en la cual la eventual acción judicial es asumida por el Rector (que representa a la universidad en el exterior).

¹² La cursiva es mía.

En realidad, las fuerzas de la derecha, convencidas ya de la victoria electoral, se encontraban buscando pretextos para intervenir. En la Universidad Estatal de la Paraíba (UEPB) fue secuestrado un cartel con el lema «+livros -armas», en el cual es ciertamente imposible suponer que se esconda alguna propaganda electoral.

Esta búsqueda de pretextos es típica de la tensión de aquellos días. Según un diario de Niterói, los estudiantes de aquella Facultad de Derecho habían sido amenazados por simpatizantes de Bolsonaro, que en un mensaje difundido a través de las redes sociales mostraban como atacar la facultad: se proponía reunirse discretamente en grupo y mandar por delante únicamente a dos provocadores, de modo que una vez provocada la reacción de los estudiantes, se interviniera por la fuerza¹³.

4. LA «ORDEN VERBAL» TOMA FORMA ESCRITA: LA ORDENANZA DEL 23 DE OCTUBRE DE 2018

El Decano de la Facultad de Derecho, Wilson Madeira, «afirma que los funcionarios del tribunal, después de haber quitado el cartel, entraron en las aulas pidiendo información a los profesores sobre el contenido de sus cursos. Madeira y otros representantes de la facultad acudieron al Tribunal Regional Electoral en los días martes, miércoles y jueves [23, 24 y 25 de octubre de 2018] para poder ver la decisión del Tribunal Electoral, pero sin resultados. La ordenanza de la jueza fue publicada solamente ese jueves [25 de octubre]¹⁴». A partir de ese momento, la orden dejó de ser verbal para existir como un texto oficial digno de análisis¹⁵.

Así, la orden se materializó tres días después de la intervención, aunque lleve la fecha del día en el cual sucedió el primer secuestro del cartel.

Sobre la base de los artículos 37 y 73 de la Ley Electoral, la jueza explica la razón de su intervención con un lenguaje más bien cauteloso respecto de la propia naturaleza del acto judicial en cuestión: la ordenanza a examen es de hecho una decisión cautelar, es decir, una decisión tomada antes de la verdadera sentencia con el fin de evitar

¹³ ERTHAL, L. A., *TRE e PM invadem a UFF sem mandado*, 24 octubre 2018 (<http://www.todapalavra.info/single-post/2018/10/24/TRE-e-PM-invadem-a-UFF-sem-mandado>). *TRE* responde a las siglas de «Tribunal Regional Electoral» y *PM*, a «Policía Militar».

¹⁴ BORGES, H., ALTINO, L., «TREs proíbem atos políticos em universidades», *O Globo*, 26 octubre 2018, p. 7.

¹⁵ El texto completo de este documento está traducido en el Apéndice I. *Ordinanza del Tribunale Regionale Elettorale di Niterói*, 23 octubre 2018, en LOSANO, *La libertà d'insegnamento in Brasile*, cit.

un acontecimiento dañoso (punto 8), a la espera de que se produzca una decisión definitiva.

La acción se lleva a cabo con «el objetivo de impedir o de hacer cesar prácticas susceptibles de ofender los bienes jurídicos protegidos por la legislación electoral, aunque se haga a través de una acción cautelar». Se constata que los elementos informativos confiscados a los varios denunciantes aportan efectivamente una seria plausibilidad jurídica a la tesis según la cual se estarían realizando actos de propaganda electoral irregular, prohibidos en la UFF de Niterói, en la medida en que revelan fortísimos indicios de una posible práctica de comportamientos prohibidos por los artículos 37 *caput* y § 2.º, y 73.I de la Ley Electoral, consistentes en la cesión y en el uso de un bien público con finalidades político-electorales.

El debate interpretativo conduce a los artículos explícitamente citados por la jueza que, sobre la base de su propia interpretación concluye: «Los elementos informativos confiscados a los varios denunciantes aportan efectivamente una seria plausibilidad jurídica a la tesis según la cual es estarían realizando actos de propaganda electoral irregular, prohibidos en la UFF de Niterói» (Punto 9). En particular, «el material impreso revela una propaganda electoral negativa que conlleva un daño cotidiano para la campaña de Jair Bolsonaro» (Punto 12).

En realidad, es propaganda electoral solamente el enunciado que señala a un candidato y que pide el voto para él; cualquier otro enunciado político –también en la universidad– es el ejercicio de un derecho fundamental. Esta providencia cautelar levantó, por lo tanto, numerosas críticas, puesto que los artículos en los que se basa (arriba citados) se refieren a la *propaganda electoral*, cuando, en cambio, la acción represiva a afectado a varios *derechos fundamentales*, desde la autonomía universitaria hasta la libertad de enseñanza y de expresión. En particular, en Brasil la autonomía universitaria está reconocida por la constitución de 1988 en su artículo 207: «Las universidades disfrutan de autonomía educativo-científica, administrativa y de gestión financiera y patrimonial, y obedecerán al principio de la indisolubilidad entre enseñanza, investigación y desarrollo. § 1.º Las universidades tienen la facultad de contratar profesores, técnicos y científicos extranjeros, según lo establecido en la ley. § 2.º Lo dispuesto en el presente artículo se aplica a las instituciones de investigación científica y tecnológica».

Los derechos constitucionales no pueden resultar vaciados por las normas de una ley ordinaria, como es el caso de la Ley Electoral. Estas consideraciones críticas reaparecen en varios documentos y, en particular, en la sentencia final del Supremo Tribunal Federal, que es la corte de casación brasileña.

5. LA DECISIÓN DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Frente la ordenanza represiva aquí examinada se interpuso una recomendación administrativa para garantizar la «plena autonomía educativo-científica» de las universidades (26 de octubre de 2018), así como una neta toma de posición del Supremo Tribunal Federal en la tutela de las libertades no solo universitarias (27 de octubre de 2018).

La Abogacía Pública estatal había emanado el 24 de octubre de 2018 una recomendación administrativa que aconsejaba «a los rectores de las universidades federales y públicas, esto es, en general [a las universidades] públicas y a cualesquiera otras instituciones de educación superior, que en el ejercicio de su autonomía educativo-científica garanticen la libre iniciativa de su propio cuerpo docente, de los propios estudiantes y de los propios funcionarios en la promoción y el ejercicio del principio de autonomía universitaria, frente a cualquier tipo de manifestaciones de ideas que se encuentren en armonía con los pilares constitucionales de la democracia, la libertad, la justicia, la solidaridad, la diversidad y de los otros derechos fundamentales»¹⁶. Esta preocupación encuentra una respuesta ya el 26 de octubre de 2018 en la decisión del Tribunal Regional Electoral: una velocidad que una vez más demuestra la preocupación de la magistratura frente al peligro de los derechos fundamentales de la democracia. Como se lee en la apertura de este documento, se trata de «una acción constitucional de *habeas corpus*, que inicialmente afronta el actual escenario político en la víspera de las elecciones»¹⁷.

La intensa actividad judicial de los días previos a la segunda vuelta de las elecciones presidenciales concluye con la ordenanza del Supremo Tribunal Federal del 27 de octubre de 2018: han pasado *solo cuatro días* desde la intervención de los agentes en la Universidad Federal Fluminense. La decisión del Tribunal Supremo refuta sobre todo los fundamentos jurídicos de la «orden verbal» posteriormente puesta por escrito. Pero su importancia va mucho más allá de la solución para la concreta controversia, porque –reafirmando la obligación que un poder del Estado tiene de respetar los límites constitucionales– confirma la insustituible función del equilibrio entre los tres poderes del Estado en la conservación de la democracia liberal. En efecto, frente a las injerencias en las actividades universitarias –injerencias graves

¹⁶ Esta recomendación administrativa es producida como garantía de la «plena autonomía educativo-científica» de las universidades. El texto integral de este documento está traducido en el Apéndice III. *Raccomandazione amministrativa ai Rettori*, 26 octubre 2018, en LOSANO, *La libertà d'insegnamento in Brasile*, cit.

¹⁷ La decisión del Supremo Tribunal Federal en la tutela de las libertades no únicamente universitarias se encuentra traducida integralmente en el Apéndice V. *Decisione del Supremo Tribunale Federale*, 27 ottobre 2018, en LOSANO, *La libertà d'insegnamento in Brasile*, cit.

aunque sean sectoriales— se acaba debatiendo en última instancia sobre la propia democracia liberal, representativa y parlamentaria.

La magistrada Cármen Lúcia abre la «Acción por la falta de observancia de un precepto fundamental» asumiendo los hechos tal y como se derivan de los documentos hasta aquí examinados. Cita en extenso el artículo de la Ley Electoral que prohíbe el uso de edificios públicos para la propaganda electoral, artículo sobre el que se basaron las intervenciones represivas en las universidades; reclama las precedentes tomas de posición de su propio tribunal por la «construcción de espacios de libertad en el respeto del sentimiento democrático que anima las instituciones de la República»; sostiene «que existe *periculum in mora* en la suspensión de los actos impugnados», porque las averiguaciones y los secuestros en las universidades podrían repetirse en cada momento. De ahí la necesidad de emanar una providencia cautelar que suspenda las intervenciones y los secuestros con efecto inmediato, reenviando a la sesión plenaria del Tribunal Superior la decisión definitiva del caso.

Los fundamentos jurídicos (pero inevitablemente también políticos) de las decisiones se encuentran expuestos en los puntos 8 a 14 de la sentencia, bajo el título *Libertades públicas y proceso electoral democrático*. A continuación se establece la conexión entre los específicos eventos de las universidades y la vida democrática del Estado en general: «En un Estado democrático el proceso electoral se funda en los principios de la libertad de manifestación del pensamiento, de la libertad de información, de enseñanza y de aprendizaje, así como en la libertad de elegir entre las diversas opciones políticas: en perfecta compatibilidad con ellos, existe el principio de la autonomía universitaria, que también se encuentra garantizado constitucionalmente» (Punto 8).

En las intervenciones represivas en las universidades, entonces, la violación de los derechos fundamentales ha ocurrido sin fundamento formal (existía solamente una «orden verbal»), pero sobre todo ha ocurrido en base a una interpretación —equivocada y poco atinada— de la norma que prohíbe la propaganda electoral en los edificios públicos (Punto 10). La interpretación correcta de las normas electorales debe seguir otra vía: «Las normas jurídicas que prohíben ciertas actividades durante el periodo electoral deben ser interpretadas en función de su finalidad y dentro de los límites por ellas establecidos, así como dentro del respeto de los principios constitucionales». Si no se sigue este principio, «lo que ocurre no es el abuso de quien se expresa, sino el abuso de quien limita la libertad de expresión» (Punto 11).

En la lesión general de los principios democráticos se sitúa también la específica lesión de los derechos de la universidad, en particular de su derecho a la autonomía, que en Brasil se encuentra reconocido constitucionalmente: «Las prácticas seguidas por las intervenciones que se examinan —intervenciones que podrían repetirse dañando las garantías de libertad, además de carecer de fundamento jurídico— no

limitan los derechos de los candidatos, sino el libre pensamiento de los ciudadanos» (Punto 11). Y «libre pensamiento» significa también disenso: «Las universidades son espacios de libertad y de liberación personal y política. El propio nombre de «universidad» remite a la pluralidad y al respeto de las diferencias y de las divergencias para llevar a la formación de un consenso que resulta legítimo solamente cuando dimana de manifestaciones libres. El disenso es propio de las libertades individuales; y no por ello las personas que disienten se convierten en enemigas. Las personas critican; y no por eso se convierten en *personae non gratae*. La democracia no es unanimidad. Ni el consenso es imposición» (Punto 13).

Extrayendo las conclusiones de estas premisas, el lenguaje de la jueza Carmen Lúcia se vuelve solemne pero afilado: «De esta forma las libertades civiles, individuales y políticas han sido profanadas con una agresión incompatible con el principio democrático y con el modelo de Estado de derecho vigente en Brasil» (Punto 12).

Sobre la base de las consideraciones hasta aquí recogidas, el dispositivo de la decisión suspende los efectos de la ordenanza del Tribunal Electoral que había provocado las intervenciones represivas en las universidades:

«La toma de posición del Supremo Tribunal Federal está destinada a asumir una creciente importancia en los debates –también políticos– que están por venir. De hecho, más importante que la sentencia en sí, fue el tono adoptado por los jueces. El caso es considerado como extremadamente grave, como un atentado a los valores del Estado de derecho, como una cesión al autoritarismo y a la tiranía. Desde el punto de vista procesal, el objeto de este juicio preliminar era la libertad académica y de enseñanza en la universidad, esto es, la libertad de pensar, de enseñar y de tomar posición en el ámbito de la enseñanza superior. Pero se ha lanzado un mensaje de mucho más calado. La libertad de expresión ha resultado subrayada como un valor presente en una serie de otras garantías para los periodistas, para las imprentas, para los profesores, escuelas, universidades, movimientos sociales, partidos políticos, escritores y artistas. Y, cosa igualmente importante, el poder judicial «actuó con la rapidez y, así mismo, el Tribunal Supremo reaccionó con la fuerza y la energía necesarias en la tutela de la Constitución, dando un paso importante en la construcción de una defensa de la libertad contra la opresión»¹⁸.

Una valoración global de la sentencia aquí examinada se encuentra en la entrevista a Floriano de Azevedo Marques, el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo (USP) que no permitió a la policía pasar el umbral de la Facultad: «Estado: ¿Qué importancia tiene esta decisión del STF sobre la libertad de expre-

¹⁸ MACHADO DE ALMEIDA, E., GLEZER, R., «Decisão do SFT sobre ações em universidades foi ágil e contundente», *Folha de S. Paulo*, 2 noviembre 2018, p. B2.

sión, de reunión y de enseñanza en las universidades? *Azevedo Marques*: Es paradigmática. Los sistemas democráticos se fundan sobre dos verdades. La primera es que quien gana las elecciones debe ejercer el poder y se encuentra legitimado para realizar su programa. La segunda es que la victoria electoral no autoriza a violar ciertas garantías que tienen un valor estructural para estas sociedades. Y una de ellas es, desde el siglo XIX, la libertad de enseñanza y de pensamiento. No importa de dónde provenga esta amenaza –si del Ejecutivo, del Legislativo o del Judicial– o bien si se trata de una amenaza que viene de funcionarios públicos o de particulares, como ha apuntado con acierto Gilmar Mendes¹⁹. Esta decisión del STF adquiere una gran importancia en razón del momento en el que ha sido dictada, por haber sido tomada por unanimidad y por la contundencia de sus argumentaciones»²⁰.

El equilibrio de este contraste resulta en su conjunto positivo para la democracia brasileña, porque el interior del sistema estatal ha operado de manera tal que ha podido tutelar los principios fundamentales de la democracia. El equilibrio entre los tres poderes y el patriotismo constitucional ha restablecido el equilibrio, *al menos por ahora*: «La Procuraduría de la República fue rápida en recurrir ante el Supremo Tribunal Federal, que en solo 24 horas dictó la providencia cautelar (*liminar*) suspendiendo las intervenciones represivas. A su vez, el Plenario de ese tribunal se mostró firme y cohesionado (como raramente ocurre) en el rechazo de los excesos de los jueces electorales. Se trata de una dinámica que conduce a una conclusión deseable: en una democracia, cuando las personas fallan, las instituciones actúan para corregirlas. Así ha ocurrido, y así esperamos que continúe ocurriendo»²¹.

6. EL COLEGIAL COMO DELATOR: EL «PROGRAMA ESCOLA SEM PARTIDO»²²

Para hacerse una idea de las directrices del gobierno de extrema derecha que ha asumido el cargo en Brasil en el clima que hasta aquí se ha descrito, puede ser útil recordar que Jair Bolsonaro ya había presentado durante la campaña electoral un programa de reforma de la educación y de la cultura articulado en siete puntos:

¹⁹ Gilmar Mendes es el juez que condenó el comportamiento de la diputada electa del PSL, Ana Campagnolo, ideóloga de un servicio *on line* para denunciar a los profesores.

²⁰ GODOY, M., «Decisão do STF garante a democracia», *O Estado de S. Paulo*, 5 noviembre 2018, p. A8.

²¹ PADUAN, R., «Rompante autoritário», *Veja*, 7 noviembre 2018, p. 64.

²² Para ulteriores detalles, cfr. LOSANO, *La libertà d'insegnamento in Brasile*, cit., el § 13. *I progetti di legge sulla «Scuola senza Partito»*.

- «Aprobación de la “Escuela sin partido”:
- Pago mensual en las universidades públicas;
- Beca para quien se matricule en las nuevas escuelas privadas, elementales y medias [reproduciendo el modelo impuesto por Pinochet en Chile];
 - Regreso en la enseñanza de las escuelas de la asignatura «moral y educación cívica»;
 - Fin de las cuotas reservadas a las minorías en las universidades y en el sector público;
 - Restricciones en el uso de los fondos en los “Sistemas S”²³: estos entes podrán invertir solamente en la educación técnica y ya no en eventos culturales o patrocinios deportivos;
 - Reforma de la Ley Rouanet [es la “Ley Federal de Incentivo a la Cultura”, Ley núm. 8.313 del 23 de diciembre de 1991] para impedir a los artistas consolidados el acceso a incentivos fiscales»²⁴.

Tras las elecciones, Bolsonaro atenuó algunas de sus afirmaciones en varios ámbitos, pero no en el de la educación: «Las propuestas más repetidas durante la campaña electoral fueron «eliminar la ideología de Paulo Freire» de las escuelas y de los cursos de formación profesional, dando prioridad a la enseñanza de «matemáticas, ciencias o portugués, sin adoctrinamiento ni sexualización precoz». Temas polémicos que ciertamente provocarán debates cada vez más intensos a la medida que el gobierno trate de llevarlos a la práctica»²⁵. No estamos hablando de modificaciones legislativas sencillas: en algunos casos requerirían una reforma constitucional (que exige el voto de las tres quintas partes de los parlamentarios), mientras que en otros casos, incluso si se aprobaran, podrían ser declaradas inconstitucionales por el Supremo Tribunal Federal.

Para la universidad están previstas diversas reformas, entre las cuales está la introducción de nuevas asignaturas. Aunque el camino para su aprobación no parece fácil. Ya el 22 de noviembre de 2018 es nombrado como ministro de educación el filósofo de origen colombiano Ricardo Vélez Rodríguez, profesor emérito de la «Escola de Comando e Estado Maior do Exército»²⁶ y defensor del proyecto «Escuela sin Partido». Elección sugerida a Bolsonaro por su «gurú». Así llama la prensa brasileña al filósofo no académico Olavo de Carvalho, teórico de extrema derecha emigrado a los Estados Unidos cuando fue elegido por primera vez el «comunista» Lula; desde allí imparte cursos por

²³ El artículo 149 de la Constitución brasileña prevé nueve tipos de cargas o contribuciones, que se reparten entre varios entes para incentivar la formación profesional, la escuela y la cultura.

²⁴ CARTA, M., «A caminho do hospício», *Carta Capital*, 14 noviembre 2018, p. 17.

²⁵ GOIS, A., «Educação: escola sem partido é a principal bandeira», *O Globo*, 29 octubre 2018, p. 19.

²⁶ *Ibid.*

internet que son un éxito en Brasil²⁷. En definitiva, un personaje que valdría la pena investigar a fondo. Pero Ricardo Vélez Rodríguez debió ser sustituido en abril de 2019 por falta de experiencia e incapacidad en la gestión. Le ha relevado en el cargo el actuar ministro Abraham Bragança Weintraub, profesor universitario de economía, cuyo primer acto de gobierno fue el recorte en un 30% del financiamiento de las universidades federales.

Pero volvamos al proyecto «Escuela sin Partido». Afecta a todos los niveles de la vida académica brasileña y goza del apoyo del «clan» de los Bolsonaro, favorable a traducirlo en una ley: «Sus hijos –escribe un importante periódico– estuvieron entre los primeros en presentar ante el órgano legislativo de Rio de Janeiro, en el 2014, los proyectos de ley del movimiento *Escola sem Partido*»²⁸.

El proyecto «Escuela sin Partido» se propone impedir el «adoc-trinamiento» político a los estudiantes: pero el «adoc-trinamiento» político que pretende impedir no es el adoc-trinamiento en general, sino el de «izquierda» o el de los «comunistas», incluyendo en estos términos todo aquello que no coincida con las ideas de quien hoy detenta el poder.

La subida al poder de la derecha brasileña ha llevado a que se presenten en los parlamentos estatales y en los consejos municipales cerca de 60 proyectos legislativos inspirados en la «Escuela sin Partido». Proyectos de ley de este tipo han sido aprobados en el Estado de Alagoas y en los municipios de Jundá y Curitiba, aunque han sido suspendidos por los tribunales. No puede excluirse la posibilidad de que el Supremo Tribunal Federal anule por inconstitucionales las leyes en discusión en el Parlamento, más aún a la vista de la posición adoptada por ese órgano en la condena a las intervenciones de la policía en las universidades en los días previos a la segunda vuelta electoral.

A pesar del número de proyectos legislativos presentados en cada nivel y de los recursos que los suspenden o los anulan, es posible hacer una síntesis de todos ellos, puesto que son muy similares entre sí, en la medida en que reproducen casi literalmente las indicaciones del movimiento «Escuela sin Partido». En particular, justamente por-

²⁷ DE CARVALHO, O., *O mínimo que você precisa saber para não ser um idiota*, Record, Rio de Janeiro-São Paulo 2018, 612 pp. (recopilatorio de artículos breves extraídos de la prensa diaria). Sitio web no oficial: www.olavodecarvalho.org; *vid.* también: www.seminariodefilosofia.org.

²⁸ SOARES, J., PRADO, T., «Entre ciúmes e disputas, um clã no comando do país», *O Globo*, 29 octubre 2018, p. 14; una página completa resume la carrera del «clan», con un gráfico de su evolución política. Cfr. también RESEDE, C., PENNAFORT, R., «Polêmicos, três filhos replicam o estilo do padre», *O Estado de S. Paulo*, 29 octubre 2018, p. A22; y, en la misma página, sobre la tercera mujer de Bolsonaro, Michelle: *A trajetória da futura primeira-dama*. Sobre la completa campaña electoral (la cual «se desarrolla con una dosis de familiarismo amoral»): DE MASI, D., «Parenti & soldati così Bolsonaro blinda il Brasile», *Il Fatto Quotidiano*, 1 diciembre 2018, p. 15.

que se reconducen a un único modelo, tienen como elemento común la reproducción del manifiesto que ese movimiento pretende colgar en cada centro de enseñanza.

«Deberes del profesor.

1. El profesor no se aprovechará de la obligatoriedad de la presencia (*audiência cativa*) de los estudiantes para promover sus intereses, opiniones, concepciones o preferencias ideológicas, religiosas, morales o partidistas.

2. El profesor no favorecerá ni perjudicará o constreñirá a los estudiantes por sus convicciones políticas, ideológicas, morales, religiosas, o por su ascendencia.

3. El profesor, en clase, no hará propaganda político-partidista ni incitará a sus estudiantes a participar en manifestaciones, actividades públicas o marchas.

4. Cuando trate cuestiones políticas, socio-culturales y económicas, el profesor presentará a los alumnos de la manera justa –es decir, con igual profundidad y seriedad– las principales versiones, teorías opiniones o perspectivas que aborden el tema.

5. El profesor respetará el derecho de los padres de los estudiantes referida a que sus hijos reciban una educación religiosa y moral que concuerde con sus convicciones.

6. El profesor no permitirá que, en el aula, los derechos garantizados en los puntos precedentes sean violados por acciones de los estudiantes o de terceros»²⁹.

En la web del movimiento se lee: «El Programa *Escola sem Partido* es una propuesta de ley que hace obligatoria en todas las aulas de la enseñanza elemental y media la exposición de un manifiesto», cuyo contenido ha sido reproducido arriba. Este control sobre los contenidos –que no resulta impropio definir como censura– ha sido compartido por la derecha, y no únicamente la brasileña. Así como el tribunal electoral anticipó la censura sobre el contenido de los carteles, las lecciones y los congresos, los filobolsonaristas han anticipado el futuro «brave new world» de la enseñanza.

Resulta paradigmático el caso de Ana Caroline Campagnolo, una joven maestra de historia electa como diputada estatal en el partido de Bolsonaro gracias a una campaña basada en las ideas de la *Escola Sem Partido*. El día de la victoria de Bolsonaro, difundió en internet un vídeo pidiendo que «los estudiantes gravaran en clase a sus profesores y denunciaran las conductas que consideraran «ideológicas»» y que «le enviaran los vídeos a su móvil, con el nombre del profesor, de la escuela y de la ciudad». Nótese que ya «en un vídeo difundido en el 2016, Bolsonaro pide a los estudiantes que adopten esta conducta». Pero «en el estado de Santa Catarina una ley prohíbe a los estudiantes entrar en clase con un móvil. Para sortear la prohi-

²⁹ *Folha de S. Paulo*, 8 noviembre 2018, p. B1.

bición, Ana Caroline sugirió que los estudiantes llevaran grabadoras o cámaras de vídeo»³⁰.

El Ministerio Público de ese estado reaccionó a esa petición requiriendo el resarcimiento «por daños morales colectivos. El valor será calculado en base al número de los *followers* en Facebook que, según el Ministerio Público, son cerca de 71.515». Entre otras cosas, pide que el poder judicial, «de forma urgente, obligue a la diputada electa a abstenerse de ejercer de manera formal o informal cualesquiera actividades de control ideológico respecto de las actividades de los profesores y de los estudiantes de las escuelas públicas y privadas»³¹. En el 2016, la diputada había ya citado a juicio a una profesora suya de la universidad por «persecución ideológica», pero los jueces rechazaron su petición. Y de repente surgió la némesis: Ana Caroline «fue denunciada por un ex-alumno que publicó una foto en la que la diputada, en clase, iba vestida con una camiseta con el retrato de Bolsonaro. En otras palabras, Ana Caroline está en contra del adoctrinamiento cuando lo realizan los otros, pero no cuando lo realiza ella. Ahora el Ministerio Público a solicitado que sea condenada a pagar 70.000 *reais* por daños morales colectivos»³².

En el pasado, el proyecto de ley del 2015³³ establecía en su artículo 1: «la inclusión entre las líneas directivas y las bases de la educación nacional del «Programa Escola sem Partido»». De haber sido aprobado, hubiera modificado de forma radical la ley de 1996 que regula el funcionamiento del sistema educativo brasileño³⁴. Pero la disposición más alarmante es la contenida en el artículo 7: «Las *Secretarias de educação* dispondrán de un canal de comunicación para recibir las reclamaciones por las violaciones de la presente ley, garantizando el anonimato». Esta incitación a la delación anónima –más allá de ser una característica de los regímenes más nefastos– proporciona a los estudiantes un instrumento no susceptible de control para chantajear a los profesores con los que, por cualquier motivo, puedan haber existido tensiones o animosidades. Las consecuencias de la delación anónima son, de hecho, graves, puesto que el mismo precepto prevé que las denuncias «sean trasladadas al órgano del Ministerio Público encargado de defender los intereses de los menores, y bajo pena de responsabilidad». En otras palabras, los órganos que reciban la denuncia anónima pueden a su vez ser denunciados por omisión si no actúan de oficio; si

³⁰ CAFARDO, R., LINDNER, J., «MP investiga pedido da deputada por imagens de aulas», *O Estado de S. Paulo*, 30 octubre 2018, p. A6.

³¹ «PM abre ação contra assédio a professores», *Jornal do Brasil*, 31 octubre 2018, p. 4.

³² PADUAN, R., «Rompante autoritário», *Veja*, 7 noviembre 2018, p. 64; en esta página, la fotografía muestra a la diputada en una armería.

³³ *Projeto de Lei núm. 867, de 2015, do Sr. [Lucas] Izalci* (<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1317168.pdf>).

³⁴ *Lei núm. 9.394 de 20 de dezembro de 1996: Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional* (http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/lei9394_ldbn1.pdf).

la denuncia no se traslada al Ministerio Público, el órgano es a su vez denunciado: los pequeños delatores crecen. Se construye de esa manera un sistema perfecto para intoxicar el ambiente educativo.

Con el artículo 8, estas limitaciones salen de las aulas y crean un sistema de censura que se extiende a las editoriales («Las disposiciones de esta ley se aplican también, donde sea posible, I. A los libros de texto y a los materiales complementarios»), a los organismos públicos que preparen cuestionarios o temas para las oposiciones («II. A las pruebas para acceder a la enseñanza superior; III. A las oposiciones para la carrera docente») y, en definitiva, también a las universidades («IV. A las instituciones de educación superior, respetando lo dispuesto por el artículo 207 de la Constitución federal»). En este contexto, la apelación a respetar la Constitución resulta menos superflua de lo que pueda parecer a simple vista, puesto que la «autonomía educativo-científica» que la universidad tutela es el obstáculo contra el que se chocan las limitaciones propuestas por todos los proyectos de ley inspirados en la «Escuela sin Partido».

7. EL PROYECTO «ESCUELA NEUTRAL» DE *ALTERNATIVE FÜR DEUTSCHLAND* EN ALEMANIA

El proyecto «Escuela sin Partido» de los bolsonaristas surge de una semilla traída por el aire del tiempo, y esta semilla viene y ha arraigado también en Alemania. Aquí hace tiempo que van cobrando cuerpo movimientos y partidos de extrema derecha: «*Alternative für Deutschland*» (AfD, que se propone como alternativa no solo a las izquierdas, sino a la propia democracia parlamentaria) y «Pegida», que representa a los «Patriotas Europeos contra la Islamización de Occidente»³⁵.

Aunque las elecciones del 26 de mayo de 2019 no han supuesto la victoria de las derechas, hace tiempo que en Alemania se han ido multiplicando señales alarmantes: no únicamente con ataques e incendios contra los centros de acogida o los albergues de los migrantes, sino también contra personalidades etiquetadas como «de izquierda», que en realidad son a menudo políticos conservadores, pero favorables a la política migratoria de Angela Merkel.

Afuera de Alemania se ha hablado poco, pero los datos difundidos en la principal cadena pública alemana (ARD) son alarmantes: «El 48% de los alcaldes han sido intimidados al menos una vez por militantes de la ultra derecha xenófoba, mientras que el 8% ha recibido concretas amenazas de muerte» por «haber acogido en sus comunida-

³⁵ Mientras que *Alternative für Deutschland* es un partido fundado en el 2013, hoy presente tanto en los parlamentos regionales como en el federal; Pegida es un movimiento fundado en el 2014, cuyo programa político es claro ya desde su nombre: «Patriotische Europäer gegen die Islamisierung des Abendlandes».

des el número de refugiados que se les asignaban de acuerdo con la ley»³⁶. En el 2018 la asociación de ayuntamientos alemanes ha registrado 1.200 agresiones por motivos políticos contra los titulares de puestos públicos. Concretamente, un millar de ediles de pequeños pueblos han estado en la mira, y ese gran número hace imposible que puedan ser protegidos con una escolta. No se trata únicamente de militantes socialdemócratas, como se puede comprobar a la vista de los acontecimientos más recientes.

El 2 de junio de 2019 un neonazi asesinó en Kassel, una ciudad de Hesse de unos 200.000 habitantes, a Walter Lübcke, político socialcristiano del Land de Hesse conocido por su política de apertura a los refugiados y por sus críticas a Pegida³⁷.

En julio de 2019 Franz Hofstetter —el edil conservador de Taufkirchen, un municipio de unos 10.000 habitantes de Baviera— es nuevamente amenazado de muerte: de hecho este representante del partido socialcristiano (electo con el 93% de los votos) recibe estas amenazas desde hace ya 14 años³⁸.

También en julio de 2019, Dieter Gummer, «alcalde socialdemócrata de Hockenheim [20.000 habitantes], en el Land de Baden-Württemberg sufrió una agresión por parte de un desconocido que había llamado al timbre de su casa»³⁹. El edil abrió la puerta y recibió un golpe que le mandó al hospital, mientras que el agresor pudo huir.

Por último, en julio de 2019, las amenazas de muerte llegaron también al administrador delegado de Siemens, una de las empresas más emblemáticas de Alemania: Joe Kaeser es un alto directivo atípico, ya que «critica las manifestaciones racistas de Alice Weidel, la co-presidente de los diputados de AfD en el Bundestag [...]. Cancela su participación en una conferencia de inversores en Riad tras el brutal asesinato de Jamal Khashoggi en las instalaciones del consulado saudí de Estambul. Y por último defiende a Carola Rackete, la capitana del Sea Watch»⁴⁰. Justamente después de un *twit* favorable a Carola Rackete, recibió un e-mail que le amenazaba con hacer de él «el

³⁶ RAUHE, W., *Sindaci pro-migranti nel mirino dei neonazisti*, «La Stampa», 24 julio 2019, p. 11. «ARD» son las siglas de *Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland* (Consortio de emisoras de radiodifusión pública de la República Federal Alemana).

³⁷ *Tod auf der Terrasse*, «Der Spiegel», 3 junio 2019 (<https://www.spiegel.de/panorama/justiz/kasseler-regierungspraesident-walter-luebcke-tod-auf-der-terrasse-a-1270593.html>).

³⁸ KAGERMEIER, E., «Wir töten dich», «Die Zeit», 22 julio 2019 (<https://www.zeit.de/politik/2019-07/hass-gegen-politiker-rechte-gewalt-rechtsextremismus-neonazis>).

³⁹ VALENTINO, P., *Un altro sindaco aggredito in Germania: è grave*, «Corriere della Sera», 17 julio 2019, p. 15.

⁴⁰ VALENTINO, P., «Fimirai ucciso come meriti», «Corriere della Sera», 16 julio 2019, p. 13; y en el subtítulo: «El jefe de Siemens amenazado por los neonazis» y «Joe Kaeser, en la primera línea de la defensa de los derechos (ante el silencio de sus compañeros)».

próximo Lübcke». La dirección del remitente no dejaba lugar a dudas: adolf.hitler@nsdap.de⁴¹.

A mi juicio, el punto de ruptura simbólico entre la política de acogida y el giro a la derecha estuvo marcado por los acontecimientos de Chemnitz de agosto de 2018. Con ocasión de la visita a Dresde de la canciller Merkel el 16 de agosto, dos movimientos de extrema derecha –*Alternative für Deutschland* y Pegida– organizaron una manifestación de protesta contra la política del gobierno sobre la inmigración. Como en otras ocasiones similares, los manifestantes exhibían eslóganes como «Prensa mentirosa» o «Traidores del pueblo» (*Lügenpresse, Volksverräter*), derivaciones directas del nacionalsocialismo.

En este ambiente, los operadores de la televisión pública ZDF (*Zweites Deutsches Fernsehen*, Segundo Canal Alemán) se encontraban retransmitiendo la manifestación cuando uno de los manifestantes acusó al operador de dirigir la cámara directamente a él y de violar de esa forma su privacidad. Surgió una discusión entre un periodista y el manifestante, tras la cual tanto uno como otro presentaron una denuncia ante la policía, que acabó por identificar tanto a los operadores de la ZDF como al manifestante. Los operadores estuvieron parados poco menos de una hora, mientras que «el manifestante de Pegida resultó ser –como titulaba *Die Zeit*– un funcionario de la policía del Land de Sajonia», que participaba en la manifestación como un ciudadano privado, puesto que se encontraba de vacaciones⁴².

Ante al bloqueo de la emisión televisiva, la *Frankfurter Rundschau* tituló «Ataque a la libertad de prensa»⁴³: de hecho el bloqueo de los periodistas de la ZDF por poco menos de una hora había impedido grabar una parte relevante de la manifestación. En los mismos términos se expresaba el redactor jefe de la ZDF, Peter Frey, que lamentaba «una clara limitación de la libertad de crónica». Las dos principales asociaciones de los periodistas alemanes adoptaron inmediatamente una contundente posición de protesta: «Asusta e inquieta que se haya convertido ya en una realidad cotidiana la sistemática violación de los derechos de los periodistas durante el desarrollo de grandes manifestaciones»⁴⁴.

⁴¹ FINKENZELLER, K., MACHO, A., *Ermittlungen wegen Morddrohung gegen Siemens-Chef Kaeser*, «Wirtschaftswoche», 12 julio 2019, (<https://www.wiwo.de/unternehmen/industrie/strafanzeige-erstattet-ermittlungen-wegen-morddrohung-gegen-siemens-chef-kaeser/24584190.html>).

⁴² *Pegida-Demonstrant arbeitet für sächsisches Landeskriminalamt*, «Die Zeit», 22 agosto 2018 (<https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2018-08/dresden-pegida-demonstrant-zdf-angriff-polizei-angestellter>).

⁴³ *Frankfurter Rundschau*, 20 agosto 2018 (<http://www.fr.de/kultur/netz-tv-kritik-medien/medien/pegida-demo-in-dresden-eingriff-in-die-pressefreiheit-a-1566626>).

⁴⁴ HAB, C., responsable federal de la *Deutsche Journalistinnen und Journalistenunion* (DJU), citado de la «Frankfurter Rundschau», 20 agosto 2018, cfr. nota precedente.

Aunque AfD sea un partido totalmente nuevo en el panorama político alemán, en las últimas elecciones regionales en Baviera del 14 de octubre de 2018, y en las de Hesse del 28 de octubre de 2018, ha sobrepasado a los partidos tradicionales y ha puesto en apuros a la propia coalición gubernativa federal⁴⁵. En octubre de 2018, mientras que en Brasil se afirmaba Bolsonaro, en Alemania AfD dirigía su mirada hacia los profesores con la operación denominada «Escuela Neutral» (*Neutrale Schule*), en no pocos aspectos muy parecida a la «Escuela sin Partido».

Concretamente, «coincidiendo con inicio del nuevo curso escolar el grupo de parlamentarios de AfD en Hamburgo ha abierto un portal *on line* invitando a los estudiantes y a los padres a denunciar las acciones o afirmaciones de los docentes contra la AfD. La AfD de Berlín tiene el proyecto de un portal de este tipo, y en esta dirección se mueven también los grupos parlamentarios de los Länder de Brandemburgo, Baviera, Brema, Sajonia y Sajonia-Anhalt. En Baden-Württemberg se abrió un portal de este tipo, pero inmediatamente se hizo inaccesible; en él (a diferencia de lo que ocurre en Hamburgo) debían ser indicados también los nombres de los profesores»⁴⁶.

8. Y EN ITALIA SE ENSAYA EL TERRENO

También en Italia los partidos de derecha están creciendo y, en las elecciones europeas del 26 de mayo de 2019, la «Lega Salvini Premier» (LSP: ahora los partidos toman el nombre de una persona, no de una ideología) alcanzó el 34,26% con más de 9 millones de votos, convirtiéndose así en el mayor partido italiano.

En aquel mayo de 2019 tuvieron lugar dos casos que no son de la envergadura y la gravedad de la *Escola sem Partido* o de la *Neutrale Schule*, pero que parecen globos sonda de la derecha italiana para comprobar hasta dónde puede provocarse la intervención en la libertad de enseñanza y de opinión en la escuela. Ambos casos tuvieron lugar en Sicilia con ocasión del Día de la memoria, que se celebra el 27 de enero para conmemorar a las víctimas del Holocausto, puesto que ese día del año 1945 los soldados de la Unión Soviética liberaron a los internados de Auschwitz.

En Palermo, el 11 de mayo de 2018 una profesora es «suspendida 15 días, con el sueldo reducido a la mitad, por no haber vigilado el trabajo de sus alumnos de catorce años, que en la Jornada de la

⁴⁵ Para una primera síntesis de este cambio en el eje político de Alemania, reenvío a LOSANO, «Germania, agosto 2018: manifestazioni neonaziste, privacy e libertà d'informazione», *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018, pp. 673-688.

⁴⁶ STEFFEN T., LUIGI, J., «Verpetz deine Lehrer», *Zeit Online*, 12 octubre 2018 (<https://www.zeit.de/gesellschaft/schule/2018-10/afd-lehrerpranger-url-afd-lehrerpranger-online-denunziation-eltern-schueler>).

memoria del pasado 27 de enero presentaron una videoproyección en la cual hacían un paralelismo entre la promulgación de las leyes raciales de 1938 y el «Decreto seguridad» emitido por el Ministro del Interior Matteo Salvini»⁴⁷. En el vídeo la imagen de portada del *Corriere della Sera* (que en 1938 anunciaba las leyes raciales) se ponía junto a la fotografía de Salvini (que enseñaba su «Decreto de Seguridad», en uno de los *selfies* o similares de su infinita campaña propagandística). Ningún comentario lesivo. ¿Hubiera debido la profesora censurar el vídeo?

«Habíamos hecho en enero —explican los estudiantes— una investigación tras haber leído libros de distinta orientación, los textos de las leyes raciales, el «Decreto seguridad» contestado incluso por el periódico cercano al Vaticano «Avvenire», y documentos encontrados en internet». A profesora vio únicamente el guion del vídeo, no el vídeo mismo. Concluyen los estudiantes: «Si acusan a la profesora de no haber supervisado, significa que debía censurar nuestro trabajo y que por eso ha sido castigada. Pero esto *sería* una deriva autoritaria»⁴⁸. Y en la escuela intervenía también la policía política (la División de Investigaciones Generales y Operaciones Especiales, *Digos*)⁴⁹.

Más allá de las manifestaciones de los estudiantes, la profesora recibió el apoyo de las senadoras vitalicias Liliana Segre y Elena Cattaneo; el *Partito Democratico* recogió 57.000 firmas de apoyo; el *Guardian* de Londres comentaba el caso y en Túnez tenía lugar una manifestación de solidaridad. Más tarde los ministros Salvini, del Interior, y Marco Bussetti, de Educación (perteneciente al mismo partido de Salvini), se han servido de palabras conciliadoras, los quince días de suspensión han pasado, la profesora ha vuelto a la escuela y el debate se ha disuelto en el periodo estival.

En otro caso siciliano, salido a la luz en concomitancia con el precedente pero que alcanzó notoriedad en marzo de 2019, se entrecruzan la hiperprotección por parte de los padres con los profesores y las acusaciones políticas. La denuncia surge por parte de una madre por una bofetada (no acertada) recibida por su hijo y por haberle hecho leer en clase el *Diario* de Anna Frank en el Día de la memoria, aproximando así «a los niños a conceptos «comunistas»»⁵⁰. De ahí surge un

⁴⁷ *La Repubblica*, 16 mayo 2019 (https://palermo.repubblica.it/cronaca/2019/05/16/news/palermo_a_scuola_un_video_accosta_salvini_al_duce_sospesa_una_docente-226386257).

⁴⁸ CAVALLARO, F., «La prof sospesa verso il ritorno. I suoi allievi: lei non c'entra», *Corriere della Sera*, 19 mayo 2019, p. 14. «Avvenire es el periódico de la Conferencia Episcopal Italiana.

⁴⁹ CAVALLARO, F., «Digos all'istituto dopo il video che evoca il Duce», *Corriere della Sera*, 18 mayo 2019, p. 6.

⁵⁰ «En la denuncia a la directora, la madre del niño escribió: "Pega a mi hijo, le obliga a estar de pie, le impide comer el almuerzo y trata temáticas políticas en clase con conceptos *comunistas*"» (ALBANESE, F., «Legge in classe Anna Frank, maestra sospesa. Il Miur smentisce», *La Stampa*, 21 maggio 2019, p. 16).

proceso judicial que es resumido por el abogado de la profesora en estos términos: «La directora de la escuela ha tenido en cuenta las declaraciones de la madre [...], considerando inidóneo su método de enseñanza, puesto que los niños de tercero de primaria no tienen una conciencia estructurada y son susceptibles de emular lo que ven. Cosa a la que nosotros hemos respondido con un recurso ante el juzgado de lo laboral de Catania». En su declaración a propósito del “plagio político” la directora habla de “gran riesgo de emulación en mentes que todavía no se han desarrollado totalmente, al hacerles participar de acontecimientos funestos”, pero sobre ello se remite “al juicio de la maestra”. La docente ha denunciado por difamación tanto a la directora de la escuela como a los padres»⁵¹.

La represión en las universidades en el momento de las elecciones puede ser un símbolo de la nueva dirección de Brasil. Al mismo tiempo que se anuncia una reforma del Ministerio de Educación, el Ministerio del Trabajo ha sido abolido; se encuentran asediadas las tierras indígenas en el Amazonas; se ha abierto un debate sobre la liberalización de las armas; etc. Pero lo que más debe preocupar a las democracias liberales es que Brasil únicamente se está adaptando a un modelo político cada vez más difundido a nivel mundial.

⁵¹ ALBANESE, F., *La Stampa*, cit.

El derecho a la educación como base de una igualdad efectiva y real

The right to education as a basis of effective and real equality

ANA M.^a MARCOS DEL CANO
UNED

RESUMEN

En este trabajo se analiza la doble naturaleza del derecho a la educación consagrado en el artículo 27 de la Constitución, tanto como derecho de libertad como derecho de prestación. A su vez, se exponen los objetivos y fines del Proyecto de reforma de Ley de Educación aprobado en 2019, que inciden fundamentalmente en garantizar un sistema educativo basado en la equidad, como medio para lograr una igualdad efectiva y real. Para continuar, se ofrece una mirada retrospectiva, acerca de qué filosofía sustenta los distintos sistemas educativos que ha habido a lo largo de la historia, haciendo especial hincapié en el Siglo XIX, el siglo llamado de la educación. Y, como conclusión, se hace referencia a cómo la fenomenología afronta el acto de educar, teniendo en cuenta la relación entre educando y educador, y desde ahí los fines y retos de la educación en la actualidad.

Palabras clave: *educación, igualdad, equidad, filosofía, fenomenología.*

ABSTRACT

In this paper, the double nature of the right to education enshrined in article 27 of the Constitution, as well as the right to freedom as a right of

benefit. In turn, the objectives and purposes of the Education Law reform Project approved in 2019 are exposed, which fundamentally affect guaranteeing an educational system based on equity, as a means to achieve effective and real equality. To continue, I offer a retrospective look about which philosophy supports the different educational systems that have existed throughout history, with special emphasis on the 19th century, the so-called century of education. In conclusion, refers to how phenomenology faces the act of educating, taking into account the relationship between professor and student and from there the goals and challenges of education today.

Keywords: *education, equality, equity, philosophy, phenomenology.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN ESPAÑA: NATURALEZA JURÍDICA BIFRONTE Y CUESTIONES CONTROVERTIDAS. – 3. OBJETIVOS Y DESARROLLO NORMATIVO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL PROYECTO DE LEY DE EDUCACIÓN. – 4. CONSIDERACIONES ACERCA DE LOS FINES DE LA EDUCACIÓN: MIRADA RETROSPECTIVA Y ACTUALIZADORA. – 5. REFLEXIONES A MODO DE CONCLUSIÓN DESDE LA FENOMENOLOGÍA.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. – 2. THE RIGHT TO EDUCATION IN SPAIN: DUAL NATURE OF THE RIGHT AND CONTROVERSIAL ISSUES. – 3. OBJECTIVES AND NORMATIVE DEVELOPMENT OF THE PRINCIPLE OF EQUALITY IN THE EDUCATION LAW PROJECT. – 4. CONSIDERATIONS ABOUT THE AIMS OF EDUCATION: RETROSPECTIVE AND UPDATING. – 5. REFLECTIONS BY WAY OF CONCLUSION FROM PHENOMENOLOGY.

1. INTRODUCCIÓN

Dentro del marco de las XXVII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social, en la mesa-debate sobre los desarrollos normativos en relación con la igualdad, abordé el análisis y discusión del *Proyecto de Ley de educación aprobado en febrero de 2019*¹, lo que en ese momento se configuraba ya como la nueva Ley Orgánica de Educación, a la vista de los resultados electorales, pero que a la hora de escribir este trabajo permanece en la incertidumbre. La clave de la reforma

¹ En menos de 8 meses de Gobierno del PSOE, se propuso la derogación de la tan denostada LOMCE de 2013, la denominada Ley Wert.

ha sido el logro de la equidad en el sistema educativo, en el que se apuesta por la coeducación² y la educación inclusiva³.

Y es que como indica la *Resolución del Parlamento Europeo de 27 de septiembre de 2007 sobre eficiencia y equidad en los sistemas europeos de educación y formación* –2007/2113 (INI)– se constata cada vez más que la mayor parte de los sistemas existentes en educación y formación reproducen y acentúan las desigualdades ya preexistentes y, que, por otro lado, las desigualdades en materia de educación y formación, acarrear elevados costes ocultos. Además, la educación es una de las vías más eficaces para lograr la igualdad. Al menos hasta ahora así ha sido, el modo de prosperar en la sociedad, de superar desigualdades de origen y lograr cierto equilibrio entre los distintos grupos sociales era y es, en muchos casos, a través de la educación y la formación, entendida como escalera social, como herramienta capaz de impedir que la pobreza se herede.

² Véase sobre la problemática concreta de la coeducación: RYAN, E./DE LEMOS, S. (coords.), *Coeducación: propuestas para alcanzar la igualdad de género desde las aulas*, Editorial Universidad de Granada, Granada, 2010; CASTILLA, A. B., «Coeducación: pautas para su desarrollo en centros educativos», en *EA, Escuela abierta: revista de Investigación Educativa*, núm. 11, 2008, pp. 49-85; CABEZA, A., «Importancia de la coeducación en los centros educativos», en *Pedagogía Magna*, núm. 8, 2010, pp. 39-45.

³ Así se establece en el artículo 24 de la *Convención de los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas*, lo que dota de un nuevo contenido al artículo 27 de la CE en relación con el artículo 10.2: 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida, con miras a: a) Desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima y reforzar el respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la diversidad humana; b) Desarrollar al máximo la personalidad, los talentos y la creatividad de las personas con discapacidad, así como sus aptitudes mentales y físicas; c) Hacer posible que las personas con discapacidad participen de manera efectiva en una sociedad libre. 2. Al hacer efectivo este derecho, los Estados Partes asegurarán que: a) Las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad, y que los niños y las niñas con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivos de discapacidad; b) Las personas con discapacidad puedan acceder a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás, en la comunidad en que vivan; c) Se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales; d) Se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva; e) Se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión. Véase PARRA, C., «Educación inclusiva: un modelo de educación para todos», en *ISEES: Inclusión Social y Equidad en la Educación Superior*, núm. 8, 2010 (ejemplar dedicado a: Reconocimiento de la diversidad, prácticas y retos educativos en la Educación Superior), pp. 73-84; RAPPOPORT, S., y otros, «Comprendiendo los sistemas de apoyo para la inclusión: tres experiencias inspiradoras», en *Cultura y Educación: Culture and Education*, vol. 31, núm. 1, 2019, pp. 135-151; DETTORI, F., «La integración de alumnos con necesidades educativas especiales en Europa: el caso de España e Italia», en *Revista De Educación Inclusiva*, 4.3 (2011), pp. 67-78.

Actualmente, en el ámbito de lo educativo existe una honda preocupación que viene dada por las grandes y rápidas transformaciones en las que está inmersa nuestra sociedad⁴, a saber, por la movilidad actual tan fuerte, las realidades multiétnicas, multiculturales, la transformación del modelo productivo a lo digital, la variabilidad de paradigmas y referencias sobre las que asentar los modelos educativos, sobre qué se debe enseñar, en muchas ocasiones dejado al albur del partido político que gobierne⁵.

De acuerdo con datos de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), Base de Datos de PISA (Programa Internacional de Evaluación de Alumnos), España tenía, en 2009, uno de los sistemas educativos más equitativos, pasando en 2015, a convertirse en uno de los pocos países en los que la equidad del sistema ha empeorado⁶. Las indicaciones de la propia OCDE establecen que hay que redoblar los esfuerzos para mejorar la equidad, entendiendo por tal no la homogeneidad, sino dar a cada uno lo que precisa en función de sus condiciones personales como el género, el origen étnico o las discapacidades.

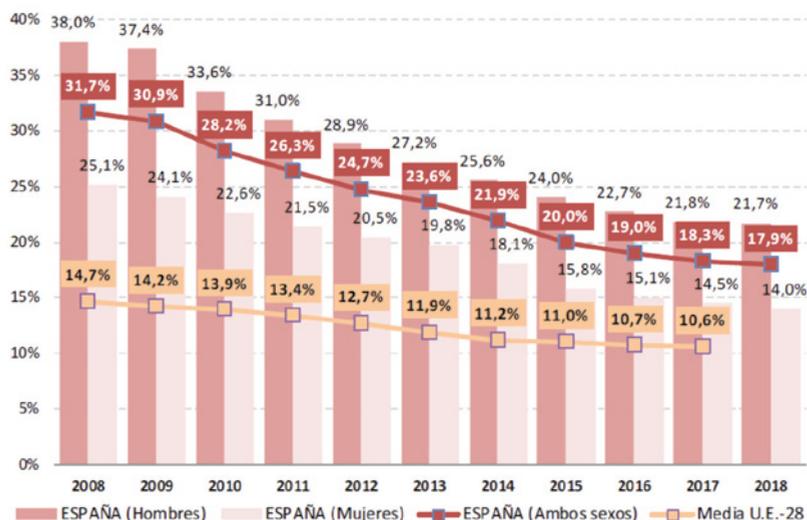
Y es que el origen social continúa siendo el factor que más influye en la educación y el aprendizaje. Los grupos sociales más desfavorecidos son los que menos formación han recibido y los que tienen más dificultades para acceder a ella y, por lo tanto, los que más rápido abandonan. La tasa de abandono en España en 2018 fue del 17,9%; en el 2017 del 18,3%, mientras que en Europa la media es del 10,6%. Pero esa desigualdad no viene solo motivada por las condiciones económicas, cualquier otra diferencia que genere marginación provoca un desequilibrio

⁴ Así, se afirma en la *Resolución del Parlamento Europeo de 27 de septiembre de 2007, sobre eficiencia y equidad en los sistemas europeos de educación y formación 2007/2113 (INI)*, cuando establece que es necesario hacer hincapié en el aumento de la eficiencia de los sistemas educativos, teniendo en cuenta los recortes públicos, los desafíos de la globalización, los cambios demográficos y la innovación tecnológica, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.CE.2008.219.01.0234.01.SPA#CE2008219ES.01030001> (consultada el 16-10-2019).

⁵ Así, por ejemplo, en Brasil, Bolsonaro ha sorprendido con el decreto del fin de las Facultades de Filosofía y Sociología. Sostiene que la educación pública debe ser solo para enseñar a leer, escribir, contar y aprender un oficio, que el dinero de los contribuyentes debe ir en recursos que retornen a los ciudadanos, como Veterinaria (sic), Medicina, Ingeniería... etc. Véase en <https://www.revistaforum.com.br/bolsonaro-decreta-fim-das-faculdades-de-filosofia-e-sociologia-objetivo-e-focar-em-areas-que-gerem-retorno-imediato/?fbclid=IwAR0edhq3EwL5ashHeHyNZXTpVlq8S2A1EMmPuTcod7hKNGVKKcTqsQFy3xM> (consultada el 28 de abril de 2019). No sabemos hasta qué punto podrá hacer esto, cuando en Brasil como aquí, rige, como en España, el principio constitucional de autonomía universitaria. Qué necesario es que el texto constitucional recoja la libertad de enseñanza, para garantizar el pluralismo. Imaginémosnos que en España quien gobernase pudiera monopolizar el contenido de la enseñanza.

⁶ Salvando el caso honroso de la Comunidad de Castilla y León que logró los mejores resultados de todas las Comunidades Autónomas españolas, llegándole a llamar ya «la Finlandia española». Véase el amplio estudio realizado desde la praxis de los gestores y políticos de la Consejería de Educación de Castilla y León, en REY, F./JABONERO, M. (coords.), *Sistemas educativos decentes*, Valladolid, Fundación Santillana-Junta de Castilla y León, 2018, p. 13.

de origen que va a influir en el desarrollo posterior del estudiante (de raza, género, religión, aptitudes físicas o intelectuales).



Fuente: EPA y Eurostat

Así, a modo de ejemplo, en enero del año 2019, el presidente francés, E. Macron, anunció su plan contra la pobreza que incluye la inversión de 8.000 millones de euros para formación y educación, escalonados en 4 años. Su fundamento es precisamente que solo así se podrá salir de la pobreza, de vivir siempre de un modo asistencial. En Francia, en la actualidad, hay legalmente 8,8 millones de pobres, 14 % de una población de 67 millones de personas⁷.

⁷ El 1 de enero de 2019 entra en vigor el plan contra la pobreza de Macron: <https://www.france24.com/es/20181231-francia-pobreza-plan-emmanuel-macron> (consultado el 17-6-2019).

Propuestas:

- Crear 30.000 nuevas plazas en las guarderías, en zonas prioritarias.
- Creación de guarderías especialmente concebidas para favorecer el trabajo de las madres con problemas.
- Más ayudas a las guarderías existentes, con el fin de «facilitar» y «mejorar» la integración.
- Ayudas a las familias con niños en los barrios con problemas.
- Imponer la «formación obligatoria» de los 16 a los 18 años, para intentar reducir el paro precoz.
- «Acompañamiento» de los jóvenes mayores de 18 años con dificultades y asistencia social en los barrios con problemas.
- Creación de nuevos centros de inserción social.

https://www.abc.es/internacional/abci-macron-anuncia-plan-nacional-contrapobreza-presupuesto-8000-millones-euros-201809131313_noticia.html

Y esta, por otro lado, es una exigencia que ya ha puesto de manifiesto en varias ocasiones nuestro Tribunal Constitucional cuando sostiene que hay que garantizar la igualdad y la equidad en el acceso a la educación, pues es la condición de ejercicio de otros derechos⁸. Se exige una igualdad necesaria e irrenunciable tanto en su reconocimiento formal, como en las condiciones precisas para su realización efectiva. Asimismo, esa igualdad debe darse en los centros de enseñanza, de manera que, si ninguna de las facultades esenciales que configuran el derecho a la educación en libertad puede venir negada, impedida o dificultada por el propio sistema con respecto a determinadas personas, tampoco los centros de enseñanza pueden privar o limitar ninguna de esas facultades a sus titulares en atención a circunstancias personales o sociales.

Desarrollaré el trabajo en los siguientes núcleos:

1. En un primer momento, abordaré la configuración jurídica del derecho a la educación en nuestro ordenamiento jurídico;
2. A continuación, haré una referencia a los objetivos y fines del Proyecto de Ley de Educación de 2019;
3. En un tercer paso, haré un breve *excursus histórico* acerca de cuáles han sido los fines y los objetivos de la educación;
4. En un último paso, realizaré unas consideraciones a modo de conclusión, desde la fenomenología.

2. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN: NATURALEZA JURÍDICA BIFRONTE

El artículo 27 de la Constitución de 1978⁹ fue uno de los más difíciles en su redacción y es el más prolijo de los derechos fundamentales con sus diez apartados, realizado así conscientemente, con el fin de

⁸ Así dice: «la igualdad entendida como el acceso de todas las personas a la educación constituye un logro irrenunciable, en un Estado democrático y constituye el más importante factor de progreso político y social». Véanse SSTC 86/1985 y 195/1989. En la doctrina, DE LOS MOZOS, I. M., «Exigencias de la igualdad en la educación y legitimidad de especializaciones no discriminatorias», *Persona y Derecho*, 50, 2004, pp. 277-324, en p. 279: El derecho a la educación es un derecho humano con una importancia especial, desde el punto de vista de la igualdad real, por cuanto se trata de un derecho cuya efectividad –plena o no– puede condicionar el ejercicio de otros muchos derechos en la vida social. Teniendo en cuenta la finalidad fundamental de la educación y su relevancia para la integración social (art. 27.2 CE), se trata de un derecho que, sin dejar de tener sustantividad propia, en la práctica puede convertirse en condición de ejercicio de otros muchos derechos».

⁹ Artículo 27.

1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.
2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.

dejar muchas posibilidades abiertas. Fiel reflejo de esa tensión es la historia constitucional y política de España entre los defensores del derecho a la educación y de la libertad de enseñanza, lo que ha impedido el tan deseado pacto educativo¹⁰.

Ya en su propia denominación se da una cierta confusión, quizá pretendida. El mismo artículo 27 de la CE cuando habla de derecho a la educación y de libertad de enseñanza, utiliza los términos de modo confuso e intercambiable, de modo que parece que fueran sinónimos, cuando no lo son. Si enseñar es instruir, transmitir conocimientos; educación (del latín *e-ducere*), significa conducir, formar a los estudiantes con una determinada orientación. Sin embargo, cuando el artículo 27 de la CE habla de libertad de enseñanza se está refiriendo, por un lado, a la elección de la misma en función de un ideario o modelo pedagógico, entonces tendría que hablar de libertad de educación y cuando se refiere al derecho a la educación, se está refiriendo al derecho a recibir una instrucción (debería haber hablado del derecho a la enseñanza). Pero además, si a eso le unimos que el derecho a la educación no consagra un derecho solo, sino un conjunto de derechos, un haz de derechos diversos no siempre de fácil armonización, su regulación jurídica se va a complejizar.

Pero es que además, desde el punto de vista de su naturaleza, estamos, por un lado, ante un derecho de libertad, y así está recogido en el artículo 27 dentro del Capítulo II del Título I, otorgándole las máximas garantías constitucionales como derecho fundamental; y, por otro lado, se trata de un derecho prestacional, entendido como derecho social, que le ha llevado incluso a que algunos autores hablen de

3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.

5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.

6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.

7. Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca.

8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes.

9. Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca.

10. Se reconoce la autonomía de las Universidades, en los términos que la ley establezca.

¹⁰ Véase CÁMARA VILLAR, G., «Las necesidades del consenso en torno al derecho a la educación en España», en *Revista de Educación*, 344, septiembre-diciembre 2007, pp. 61-82.

«superderecho»¹¹. Su lado prestacional no ha implicado que se entienda la enseñanza como «servicio público» de un modo exclusivo y, de hecho, en nuestro país se ha consolidado, con más o menos fricciones, el modelo de convivencia entre colegios públicos, concertados y privados. La discrepancia se ha concentrado en dos polos: educación pública, gratuita, obligatoria y laica, por un lado, y educación privada/concertada y confesional, unida a la creación de centros y de fijación de ideario, por otro. Esta situación, unida a la competencia educativa que han asumido las CCAA, ha venido a complejizar la implementación de este derecho¹², si bien se ha llegado a instaurar, por un lado, la garantía del pluralismo educativo frente al monopolio estatal, y además, un pluralismo que no solo es externo (diversidad de ofertas de centros educativos), sino también interno (en cuanto a opiniones e ideas entre los profesores, avalado por la libertad de cátedra).

Este es el modelo elegido por las leyes que jalonan nuestra historia legislativa educativa en la etapa constitucional [*Ley Orgánica de Derecho a la Educación* (LODE, 1985); *Ley Orgánica Ordenación General del Sistema Educativo* (LOGSE, 1990); *Ley Orgánica de Calidad de Educación* (LOCE, 2002); *Ley Orgánica de Educación* (LOE, 2006); *Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa* (LOMCE, 2013)]. Cada una ha respondido a la diferente ideología de los dos partidos políticos que se han alternado en el Gobierno del Estado, el PSOE y el PP.

La naturaleza bifronte de este derecho responde claramente a la necesidad del consenso para aprobar no solo este artículo sino toda la Constitución. Era imprescindible recoger la perspectiva de quienes consideran que es responsabilidad del Estado la creación, gestión y control de un sistema educativo público, obligatorio, general y gratuito, y al margen de las convicciones religiosas¹³. Y por el otro lado, garantizar la libertad de enseñanza que recoge la postura de quienes consideran que el Estado debe garantizar una pluralidad en lo que son

¹¹ En este sentido, COTINO HUESO, L., *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 106, quien habla de un «superderecho»; DE LOS MOZOS, *op. cit.*, 2004, p. 280.

¹² Véase sobre esto, VIDAL PRADO, C., *El derecho a la educación en España. Bases constitucionales para el acuerdo y cuestiones controvertidas*, Madrid, Marcial Pons, 2017, pp. 27 ss.

¹³ Esta naturaleza trae causa ya de lo establecido en la segunda mitad del siglo XVIII, período de gran desarrollo de la teoría de la educación, por parte de los filósofos, y donde se producirá el paso de la discusión teórica al mundo del derecho, aunque su estatus jurídico será objeto de polémicas durante todo el siglo XIX. El derecho a la educación no tendrá el mismo tratamiento ni carácter que otros derechos y libertades prontamente reconocidos en las declaraciones de derechos. Y es que el derecho a la educación no pertenece a la primera generación de derechos, sino que alcanzará carta de naturaleza dentro de los derechos económicos, sociales y culturales. Ya se evidencia así las dos caras del debate sobre la instrucción: como libertad de enseñanza y como derecho a la educación.

los métodos pedagógicos y también garantizar la libertad de los padres de elegir la educación que quieren para sus hijos, al igual que la iniciativa privada que cree los centros y fije su ideario¹⁴ o su carácter propio, como también se denomina¹⁵.

Esta situación ha dado lugar a múltiples cuestiones controvertidas sobre la interpretación del derecho a la educación –de hecho, todas las leyes de educación han sido recurridas ante el Tribunal Constitucional¹⁶–, lo que demuestra las aristas que envuelven la implementación de este derecho y los trasfondos ideológicos que conlleva la función de educar y formar. Así, por ejemplo, en nuestro país, ha sido muy contestado el tema de la enseñanza de la religión en las aulas¹⁷, la segregación por sexo¹⁸ y la consiguiente financiación pública de centros concertados¹⁹, la propia autoridad en las aulas, la calidad de la educación, la

¹⁴ Esta es también la idea que subyace en el artículo 14 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

¹⁵ Véase sobre la denominación de «carácter propio» en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: VIDAL, *op. cit.*, 2017, pp. 62 ss.

¹⁶ El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el alcance del derecho a la educación: STC 77/85, de 27 de junio sobre la LODE; STC 867/1985, de 10 de junio sobre las subvenciones a los centros privados; STC 133/2010, sobre escolarización obligatoria y *homeschooling*; STC 11 de abril de 2019 sobre la constitucionalidad de la *Ley de Educación Catalana*, que declara constitucional los artículos referidos al régimen lingüístico (conjunción lingüística), pero anula porque invaden competencias otros artículos.

¹⁷ El Tribunal Constitucional defiende la constitucionalidad de la asignatura de Religión y considera que no vulnera el principio de neutralidad religiosa del Estado porque no implica «valoración alguna de las doctrinas religiosas» y garantiza el «derecho de los padres a que sus hijos reciban formación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones». En el fondo, está la cuestión del papel de la Iglesia Católica y de sus centros docentes en el sistema educativo español. Pero el debate como señala MARTÍNEZ DE PISÓN, J.; «El derecho a la educación», en DE LUCAS, J./RODRÍGUEZ URIBES, J. M., *Derechos Humanos y Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 499, está viciado de raíz, precisamente porque siguen vigentes los Acuerdos del Estado español con la Santa Sede de 1979. El debate es: si tiene que cursarse en un centro público y qué relevancia presenta en el currículum de los estudiantes, y también si tiene o no asignatura espejo. De hecho, en el Proyecto de Ley de Educación de 2019 se mantiene la asignatura de religión pero no cuenta para el currículum y no tiene asignatura espejo.

¹⁸ Véase VENEGAS, M., «¿Diferenciar o segregar por razón de sexo? A propósito de la constitucionalidad de la educación diferenciada por sexo y su financiación pública. Comentario a la STC 31/2018 y conexas», en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 43, 2019, pp. 473-498; SALAZAR BENÍTEZ, O., «Educación diferenciada por razón de sexo y derecho a la educación. Sobre la inconstitucionalidad de la reforma del artículo 84.3 de la Ley Orgánica de Educación», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 106, pp. 451-478.

¹⁹ Véase VENEGAS, M./HERAS, P., «Financiar la segregación educativa. Un debate sobre la LOMCE desde una perspectiva crítica de género», en *Revista educación, política y sociedad*, núm. 1, 2, 2016, pp. 73-99; VIDAL, *op. cit.*, 2017, pp. 75 ss.; MARTÍNEZ DE PISÓN, *op. cit.*, 2018, pp. 497-498. El Tribunal Supremo ha dicho que se trata de un derecho de configuración legal relativo a la admisión de los alumnos y, por lo tanto, no cercena el núcleo del artículo 27. No puede entonces invocarse la vulneración del principio de igualdad para negar el concierto a estos centros. Donde

formación del profesorado²⁰, el acoso, el *bullying*, la enseñanza de las lenguas cooficiales²¹, la educación inclusiva²², los centros concerta-

la Constitución no pone límites a la libertad de enseñanza, no los debería poner el legislador. Así que el principio de igualdad afectaría curiosamente al debido trato igualitario que los poderes públicos deben otorgar tanto a la educación diferenciada como a la coeducación. En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, los magistrados del Constitucional han afirmado que la educación diferenciada solo constituye una «diferenciación jurídica» entre niños y niñas a la hora de acceder a un centro escolar. El Tribunal ha calificado esta segregación como un derecho que forma parte del «derecho del centro privado a establecer su ideario o carácter propio» y que forma parte de la «libertad de enseñanza». En la sentencia aparece que cualquier niño o niña, «al margen del método pedagógico que elijan sus padres», tiene garantizado un puesto escolar en España y que la «programación de las enseñanzas» no cambia «en función de si el centro es mixto, femenino o masculino». Los magistrados han recordado en el documento que la «gratuidad garantizada constitucionalmente no puede referirse exclusivamente a la escuela pública». En este mismo sentido se establece en la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 14 de diciembre de 1960, cuya vigencia y eficacia fue confirmada expresamente por el Comité de las Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales con fecha de 8 de diciembre de 1999. El artículo 2 de dicha Convención dispone que «la enseñanza separada de niños y niñas no discrimina por razón de sexo [...] siempre que esos sistemas y establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente cualificado, así como locales escolares y un equipo de igual calidad que permitan seguir los mismos programas de estudios o programas equivalentes». No obstante, esta sentencia presenta cuatro votos particulares en contra. El magistrado Fernando Valdés Dal-Ré apunta en su voto particular que «la educación segregada por sexo vulnera de manera frontal» el artículo 27.2 de la Constitución, el que proclama que «la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales».

Según este magistrado, la «segregación por sexo» impide «educar a partir de una percepción democrática de los acusados conflictos de género que en nuestra sociedad aún se mantienen», así como el papel de la escuela «como espacio de excelencia de socialización y convivencia en la igualdad desde la infancia más temprana». Por todo ello, Valdés Dal-Ré concluye que la educación diferenciada «lesiona el ideario educativo constitucional en uno de sus pilares: el de la igualdad».

Por su parte, el magistrado Juan Antonio Xiol Ríos argumenta que «la segregación sexual binaria en los centros docentes privados vulnera la prohibición constitucional de la discriminación por razón de sexo e identidad sexual» y carece de justificación por «basarse en el tópico de la diferencia de talento y capacidades entre los sexos».

Por último, la magistrada María Luisa Balaguer Callejón defiende que la educación diferenciada «no tiene cabida en el marco de la Constitución de 1978» y afirma que no existen estudios que demuestren que este modelo «mejora el rendimiento académico en términos generales».

²⁰ Véase PRIETO JÍMENEZ, E., *Foro de Educación*, núm. 10, 2008, pp. 325-345.

²¹ Por ejemplo, en las comunidades autónomas con lengua cooficial, ¿cuántas horas se van a reservar al castellano? La conjunción lingüística es el modelo adaptado por el Estado, a diferencia de la inmersión. Esto debe garantizarse por ley en cada Comunidad Autónoma.

²² Sobre todo, desde la entrada en vigor de la *Convención de Derechos Humanos para las personas con discapacidad* de Naciones Unidas de 2006. Todos sabemos que hay tres modelos: la segregación, la integración y la inclusión. La educa-

dos²³, el tema del ideario constitucional, la obligatoriedad o no de dar una asignatura de valores cívicos, la libertad de elegir la formación religiosa y moral, para sus hijos.

3. OBJETIVOS Y DESARROLLO NORMATIVO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL PROYECTO DE LEY DE EDUCACIÓN

Los ejes y objetivos transversales del *Proyecto de Ley de Educación*, de modificación de la *Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE)* y derogación de la *Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE)*²⁴, vuelven a los objetivos que establecía la *LOE*, haciendo hincapié, por un lado, en aspectos individuales, a saber, el desarrollo de las capacidades de la persona, construir su personalidad, conformar su identidad, configurar su comprensión de la realidad, integrando su dimensión cognoscitiva, afectiva y axiológica; y, por el otro, en aspectos sociales, esto es, en transmitir, renovar la cultura, el acceso de conocimiento y valores que la sustentan, fomentar la convivencia democrática y respecto a las diferencias individuales, promover la solidaridad y evitar la discriminación. Se aleja así, de entrada, de los objetivos que se proponían en la *LOMCE*, como eran la empleabilidad, la integración, la competitividad y la movilidad social, fines, como se ve, enfocados, desde un modelo económico que intentaba salir de la crisis, preconizando una educación destinada a resultados.

Sus desafíos, entre otros, son los siguientes:

- Modernizar el sistema educativo.
- Recuperar la equidad y la capacidad inclusiva del sistema.
- Mejorar los resultados y aumentar el éxito escolar.
- Estabilizar el sistema educativo como pilar básico de las políticas del conocimiento.

Sus ejes transversales son:

- El cumplimiento efectivo de los derechos de la infancia recogidos en la *Convención de los Derechos del Niño* de 1989.

ción inclusiva está basada en el modelo social (no médico) de los derechos de las personas con discapacidad.

²³ La libertad de enseñanza del artículo 27 CE consagra el derecho de crear centros desde iniciativas privadas, sociales, sufragadas con dinero público.

²⁴ La defensa que la *LOMCE* realizó del desarrollo del talento y la excelencia implicó el diseño de una ordenación académica que configuraba trayectorias o itinerarios de desigual valor educativo para los estudiantes de la ESO (Educación Secundaria Obligatoria) y que además conducían a títulos diferentes, reduciendo por ese medio las oportunidades educativas de muchos jóvenes.

- La transversalidad de la perspectiva de género y la apuesta por la coeducación.
- La educación digital.
- Aprendizaje competencial y personalizado.
- Educación para el desarrollo sostenible.

A nosotros en este momento nos interesa cómo se desarrolla el principio de igualdad en este *Proyecto de Ley de Educación*. Su título de presentación, por parte del Ministerio, como «Educación de Calidad con Equidad», nos ofrece los dos pilares sobre los que se asienta: la calidad y la equidad deben ser dos principios indisolubles²⁵. Entiende pues la igualdad como equidad²⁶, configurando este concepto desde los objetivos planteados tanto por la Unión Europea²⁷ como por la Agenda 2020/2030 de la UNESCO y los derechos de la infancia establecidos por Naciones Unidas en la *Convención de los Derechos del niño* de 1989, esto es, equidad supone el educar de acuerdo con las diferencias, con la diversidad y con las necesidades individuales, sin que las condiciones sociales, culturales, económicas, demográficas o geográficas, étnicas o de género supongan un impedimento al aprendizaje.

En este sentido, el Proyecto de Ley establece una serie de medidas en orden a garantizar que el sistema educativo sea generador de igualdad, de equidad, en varios niveles, tanto desde la perspectiva de género²⁸, como de las desigualdades originadas por el origen social, geográfico, étnico o de discapacidad²⁹. Para ello, se establece la igualdad

²⁵ Si en el siglo XIX y XX los principios de la educación se basaron fundamentalmente en la universalización, en el siglo XXI se hace más hincapié en la equidad.

²⁶ Véanse las tensiones y relaciones entre ambos conceptos en el caso concreto de la educación en América Latina, DE LA CRUZ FLORES, G., «Igualdad y equidad en educación. Retos para una América Latina en transición», en *Educación*, vol. 26, núm. 51, 2017, pp. 159-174.

²⁷ Véase la *Resolución del Parlamento Europeo de 27 de septiembre de 2007 sobre Eficiencia y equidad en los sistemas europeos de educación y formación*, ya citados anteriormente.

²⁸ En la disposición adicional vigésima quinta se establece expresamente: fomento de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. «Con el fin de favorecer la igualdad de derechos y oportunidades y fomentar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, los centros que desarrollen el principio de coeducación en todas las etapas educativas, serán objeto de atención preferente y prioritaria en la aplicación de las previsiones recogidas en la presente Ley, sin perjuicio de lo dispuesto en los convenios internacionales suscritos por España». «Se valorará en los procesos asociados a la obtención y al mantenimiento de unidades concertadas». «Aquellos centros que no apliquen el principio de coeducación deberán incluir en su proyecto educativo las medidas académicas que desarrollan para favorecer y formar en igualdad».

²⁹ Refuerzo en el Bachillerato de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, educar en igualdad desde la diferencia; garantizar la diversidad social en las aulas y en los centros para evitar la diferenciación de los programas de estudios y de las expectativas (*Resolución del Parlamento Europeo 2007*); refuerzo de las escuelas rurales, insulares y urbanas sin segregación del alumnado (problema de los barrios marginales...); garantiza una educación en valores cívicos para ejercer una ciudadanía-

de acceso a los centros públicos y privados de todo el alumnado, independientemente de las condiciones y circunstancias personales y sociales, del mismo modo que la libertad de elección de centro por padres, madres o tutores. Lo que implica también el asegurar la existencia de plazas públicas suficientes.

Precisamente para conjurar las desigualdades que provienen del origen, se incorpora la educación infantil de 0 a 3 años con carácter voluntario. De este modo, se contribuye desde el inicio a su desarrollo físico, afectivo, social y cognitivo, atendiendo especialmente a los efectos que las condiciones de las que provienen tienen en la evolución del aprendizaje y evolución infantil. En el fondo, se está pensando aquí en la gran labor de integración multicultural que deberá afrontar la labor educativa en nuestro país, cada vez más plural desde el punto de vista social, étnico, cultural y religioso.

Asimismo, se adopta claramente la inclusión educativa³⁰ y atención a la diversidad como principios fundamentales y con medidas concretas. De hecho, se dará un título único de la ESO alcanzado a través de cualquier programa (diversificación o ciclos formativos de grado básico). Cuando la diversidad lo requiera se adoptarán las medidas organizativas y curriculares pertinentes, garantizando siempre el derecho al aprendizaje y los derechos de la infancia.

La preparación para integrarse en una sociedad libre y democrática que respete la igualdad y la pluralidad se ve claramente en la apuesta decidida por universalizar los conocimientos y las competencias que permitan a todos los estudiantes aprender a lo largo de la vida y faciliten su plena participación social y laboral, garantizándoles una formación integral que contribuya al pleno desarrollo de su personalidad y preparándoles para el ejercicio de una ciudadanía activa.

Interesante a este respecto es la nueva redacción para la educación primaria, en la que se recuperan los tres ciclos anteriores y se incluye en el tercer ciclo un área de educación en valores cívicos y éticos³¹, en

nía crítica y participativa; educación infantil de 0 a 3 años, voluntaria, para intentar ya compensar los efectos de las desigualdades de origen cultural, social y económico; aumentar las vocaciones STEAM particularmente entre chicas.

³⁰ Así se dice expresamente: «Las Administraciones educativas impulsarán que los centros, en su proyecto educativo, establezcan medidas de flexibilización en la organización de los espacios y alternativas metodológicas, a fin de personalizar y mejorar la capacidad de aprendizaje y los resultados de todo el alumnado». Véase ESCARBAJARL FRUTOS, A., y otros, «La atención a la diversidad. La educación inclusiva», en *Revista electrónica interuniversitaria de formación del profesorado*, vol. 15, núm. 1, 2012 (ejemplar dedicado a: Investigación e Innovación en Educación Infantil y Educación Primaria), pp. 135-144.

³¹ Llama la atención cómo en la *Disposición adicional cuadragésima primera*, cuyo título reza: «Prevención y resolución pacífica de conflictos y valores que sustentan la democracia y los derechos humanos», se establece que se tendrán en cuenta en las diferentes etapas de la educación básica el aprendizaje de la prevención y resolución pacífica de conflictos en todos los ámbitos de la vida personal, familiar y social, y de los valores que sustentan la democracia y los derechos humanos, que debe incluir en todo

la cual se prestará especial atención al conocimiento y respeto por los derechos humanos³² y de la infancia y la igualdad entre hombres y mujeres, así como la educación emocional, las tecnologías de la comunicación y la información, la comunicación audiovisual y la comprensión lectora, la expresión oral y escrita. Obliga también a todos los alumnos y alumnas a conocer la Constitución española y el respectivo Estatuto de Autonomía, con el fin de formarse en los valores y principios reconocidos en ellos.

Este modo de entender la igualdad se ve reflejada claramente en el Título II cuyo título «Equidad en la educación» insiste en la atención especial que las Administraciones Educativas deben prestar a la escuela rural e insular, proporcionándole medios y sistemas organizativos necesarios para atender sus necesidades.

Esta apuesta tan clara por la igualdad desde la equidad, atendiendo a la diversidad del alumnado, tanto en sí mismos como por su procedencia, constituye un paso en el proceso de crear un sistema educativo no tan separado del «mundo real», del «mundo de la vida» y eso, sin duda, configurará un modo de ser humano más plural, abierto e integrador, no tan ligado a condicionantes deterministas previos. Este principio de inclusión, no obstante, no implica una igualación, sino que seguirá existiendo esa diversidad dentro de la escuela y habrá que sustentar y sostener a cada persona desde donde viene y desde sus circunstancias, desde su singularidad.

Por otro lado, es indudable que eso educará socialmente a los propios niños en la inclusión del otro, del diferente, de la alteridad, creando así una sensibilidad más plural. Que el mundo avance hacia la inclusión, que integre el límite, que se amplíe y se reconozca a cada persona independientemente de su origen, de sus condiciones vitales, es una exigencia de los derechos humanos. Es, en definitiva, el optar por el derecho a ser educado en la diversidad que es la sociedad.

Uno de los puntos fuertes de este Proyecto de Ley es, precisamente, el garantizar el desarrollo de cada persona y de sus capacidades y potencialidades, desde la síntesis entre equidad y la calidad³³. Ambas son las caras de la misma moneda, porque equidad sin calidad nos haría caer en un paternalismo injustificado. Eso va a exigir fomentar la personalización de la enseñanza para que este sistema tenga éxito, no igualar por

caso la prevención de la violencia de género y el estudio de otras culturas, particularmente la propia del pueblo gitano y del Holocausto judío como hecho histórico».

³² Ya desde hace muchos años desde la Filosofía del Derecho se ha venido promoviendo la necesidad de la enseñanza de esta materia, no solo en la enseñanza obligatoria sino también como asignatura transversal en la Universidad. Véase las contribuciones de distintos especialistas en RIBOTTA, S., *Educación en derechos humanos: la asignatura pendiente*, Dykinson, Madrid, 2006. De hecho, ha sido una petición también de organizaciones como Amnistía Internacional.

³³ Esa es la finalidad marcada por el Objetivo 4.º de Desarrollo sostenible de la UNESCO, véase en <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/education/> (consultada el 18-10-2019).

abajo, ni dejar a escolares sin la suficiente tutorización, lo que demandará un aumento considerable de recursos humanos.

Se consolida pues una enseñanza como atención a la diversidad. A la vez, se da la opción de pluralidad de modelos pedagógicos, fomentando la autonomía de los centros, la profesionalidad docente y la exigencia de la igualdad de tratamiento por parte de las Administraciones. Siendo esto así, hay que dejar claro que no estamos ante un único modelo de escuela, ante escuelas idénticas y estudiantes idénticos al estilo del modelo jacobino, porque en el Proyecto de Ley se sigue manteniendo la libertad de enseñanza, el derecho de los padres de elegir la educación que quieran para sus hijos, sobre todo en lo referente a aspectos morales y creencias religiosas; y, además, se establece el derecho de toda iniciativa privada a implantar el modelo educativo que estime, siempre y cuando cumpla con los requisitos mínimos legales. Esto fomentará el establecimiento de distintos sistemas pedagógicos y educativos, garantizando una pluralidad de ofertas. Es necesario asegurar, eso sí, un suelo común basado en el objetivo fundamental de la educación: el desarrollo de la personalidad y las potencialidades de cada escolar, con el respeto a los valores del Estado de Derecho, cuyo fundamento son los derechos humanos.

4. CONSIDERACIONES ACERCA DE LOS FINES DE LA EDUCACIÓN: MIRADA RETROSPECTIVA Y ACTUALIZADORA

Una de las carencias más señaladas de la educación actual tiene que ver con su falta de objetivos claros. Las preguntas de fondo sobre qué sea educar no quedan resueltas y siguen abiertas. Quiénes deben ser los que deciden el modelo educativo: ¿el Estado, los padres, los partidos políticos? ¿Cuáles son los fines de la educación? ¿Qué filosofía de fondo para la educación? ¿Qué antropología está detrás de los modelos pedagógicos?

El objetivo de la educación, desde la misma Constitución se establece que es «el libre desarrollo de la personalidad», respetando siempre los principios democráticos de convivencia y los derechos y libertades fundamentales³⁴. Algunos autores han puesto de manifiesto su coincidencia con el fundamento del orden político y la paz social, que también recoge el artículo 10.1 de nuestra Constitución, y, a la vez, se presenta de un modo difuminado desde el punto de vista institucio-

³⁴ Para DÍEZ PICAZO, L. M.^a, *Sistema de derechos fundamentales*, 3.^a ed., Madrid, Civitas, p. 70: el facilitar el libre desarrollo de la personalidad presenta un objetivo de carácter individual derivado del artículo 27.2 CE en relación con el artículo 10.1 de la CE, pero por otro lado debe hacer posible la convivencia democrática (objetivo de carácter colectivo).

nal³⁵, pues por un lado, puede ser el principio de autonomía, esto es, educar en libertad (art. 10.2 CE), o bien, educar haciendo referencia a un modelo. En cualquier caso, una interpretación sistemática de la expresión «el libre desarrollo de la personalidad» solo puede ser comprendido alejado de todo paternalismo, esto es, todo el sistema educativo debe ir encaminado a que el individuo sea autónomo, esto debe implicar que el alumno pueda expresar su voluntad en libertad y sobre todo que pueda formarla en libertad.

Lo que sí parece claro es que cuando el artículo 27 se refiere al derecho a la educación y a la libertad de enseñanza, no se limita a proteger y garantizar un desarrollo intelectual, una acumulación de conocimientos, sino que hace referencia al ser constitutivo social de la persona, que nace y se inserta en un contexto cívico y que, por ello, en su misma formación se debe atender y cuidar su condición de ciudadano³⁶, desarrollando sus cualidades y condiciones de la persona en su dimensión social, respetando los derechos y libertades de los demás³⁷. Y, a la vez, apelando a ese libre desarrollo de la personalidad, está indicando que la educación no es adoctrinamiento, ni amaestrar, ni tampoco moldear a las personas para que se ajusten a un modelo social y cultural, sino que se debe respetar esa libertad originaria y original que cada persona como única que es trae en sí misma.

La importancia de los Tratados Internacionales deviene de su aplicabilidad directa por el artículo 10.2 de la CE y el contenido del objeto de la educación viene explicitado en la misma línea, si bien de un modo más amplio, en el artículo 26.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos³⁸; asimismo, el Pacto Internacional de Derechos

³⁵ Véase ARA PINILLA, I., *La difuminación institucional del objetivo del derecho a la educación*, Madrid, Dykinson, 2012, 360 pp. Este mismo autor, Ara Pinilla, sostiene que los objetivos del derecho a la educación son la socialización, la preservación del equilibrio psicológico y la adquisición de conocimientos.

³⁶ Véase TIANA FERRER, A., «Objetivos del Ministerio de Educación y Ciencia para implantar la nueva asignatura de Educación para la Ciudadanía», en DE LA CIERVA Y DE HOCES, M.^a R./SERRANO OCEJA, J. M.^a, *Educación para la ciudadanía*, Fundación Universitaria San Pablo CEU, Madrid, 2008, pp. 118-144; CÁMARA VILLAR, G., «El debate en España sobre la materia “Educación para la ciudadanía y los derechos humanos” ante su proyectada supresión y cambio», en AA. VV., *Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro Homenaje a Antonio Torres del Moral*, vol. II, Madrid, Editorial Universitat, UNED, CEPC, 2012, p. 2413, en donde recoge dos pronunciamientos del Tribunal Supremo (SSTS 11 de febrero de 2009 y 11 de marzo de 2009) en el que se establece, una vez que se declara que la actividad del Estado en materia de educación es obligada, «que esa intervención tiene como fin no solo asegurar una transmisión de conocimientos del entramado institucional del Estado, sino también ofrecer una instrucción sobre los valores necesarios para el funcionamiento del sistema democrático», con lo cual está afirmando que no solo es el libre desarrollo de la personalidad del individuo el fin de la educación, sino también la transmisión de conocimientos y de los valores del sistema democrático.

³⁷ Véase SOUTO PAZ, J. A., «Educación y ciudadanía: cuatro modelos culturales y un objetivo común», en AA. VV., *op. cit.*, 2012, pp. 2381-2399.

³⁸ «La educación debe tender al pleno desarrollo de la personalidad humana y reforzar el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Debe

Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966, en su artículo 13 desarrolla el 26 de la Declaración Universal de una forma muy prolija³⁹. También así se recoge en el artículo 14 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴⁰:

En este mismo sentido, desde la influencia de los documentos de Naciones Unidas se puede establecer que la educación debe basarse en la cultura de los derechos humanos, en valores cívicos⁴¹ y en una educación inclusiva.

Y es que detrás de cada sistema educativo siempre ha habido una filosofía de fondo, en cada sociedad, en cada época histórica aparece el ideal antropológico: ¿qué persona se quiere ser o qué ideal de ser humano se está fomentando? Así, por ejemplo, en Grecia, tanto para Platón como para Aristóteles, la educación pertenecía por esencia a la comunidad. Para Platón, la educación era educación política (*politeia*), es decir, la educación de los ciudadanos para la participación en los asuntos públicos. El concepto de educación, por tanto, está en relación íntima al concepto de *diké*, que es la virtud política por antonomasia⁴². Para Aristóteles, el bien de la ciudad es deber ético del ciudadano, solo podrá alcanzarse a través de la educación y cuando el alma del discípulo haya sido trabajada de antemano por los hábitos, como tierra destinada a alimentar la semilla⁴³.

favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales o religiosos, así como el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz».

³⁹ «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz».

⁴⁰ «1. Toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente.

2. Este derecho incluye la facultad de recibir gratuitamente la enseñanza obligatoria.

3. Se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto de los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas.»

⁴¹ Véase MARTÍNEZ MORÁN, N., «Educación mundial en y para los Derechos Humanos: un reto para la educación en el siglo XXI», en AA.VV., *op. cit.*, 2012, pp. 2437 ss.: normativa de UN (Naciones Unidas) sobre derecho a la educación en derechos humanos. Y los planes de enseñanza de los derechos humanos promovidos por NU.

⁴² Véase JAEGER, W., *Paideia: los ideales de la cultura griega*, trad. de J. Xirau y W. Roces, 2.ª ed., Madrid, 1962, p. 4.

⁴³ Véase las múltiples referencias sobre la educación, muy ligadas a la ética y a la política, que Aristóteles realiza en su *Ética* a Nicómaco, Alianza Editorial, 2005. Sobre la educación en Aristóteles, véase MARCOS, A./PÉREZ MARCOS, M., *Meditación sobre la naturaleza humana*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2018,

En la Edad Media, el monopolio de la educación fue eclesial. Sus fines eran promover los ideales de perfección, alcanzar el estado de virtud, de acuerdo a la bondad de Dios. En el Renacimiento⁴⁴, el marcado carácter antropocéntrico de la cultura, va a situar los fines de la educación en el logro de la felicidad, pero abriendo el ser humano a la comunidad, sigue presentando como en Grecia, un carácter social y político.

Pero el antecedente que ha llegado a nuestra historia constitucional es el que desde el punto de vista filosófico⁴⁵ se fraguó en lo que ya se ha venido en denominar el «siglo de la educación», el siglo XVIII, donde el debate sobre la educación tuvo una importancia central entre los filósofos, a la luz de las ideas de la ilustración⁴⁶. En ese momento se estableció: a) la exigencia de que los poderes públicos asuman su responsabilidad en el desarrollo de la instrucción, como instrumento de progreso de la nación; b) la reivindicación de la libertad como un requisito necesario para garantizar el respeto a la libertad de ideas y la neutralidad en la educación.

La educación será considerada como la panacea capaz de transformar la naturaleza humana en el sujeto requerido por los nuevos tiempos. El intelectual ilustrado va a depositar en la educación buena parte de su esperanza en la vertebración de un mundo distinto. Ello originará todo un discurso pedagógico entre paternalista y bienintencionado que aún hoy es recurrente⁴⁷. Se inicia así una tendencia a la expansión de la educación a otras capas sociales, como preludio de la escolarización universal⁴⁸.

pp. 161-189, en donde se hace hincapié en la actualidad de la filosofía de Aristóteles para adecuar de fines a la educación hoy en día, en concreto, mediante sus conceptos de naturaleza humana, función del ser humano, felicidad; la incorporación al sistema educativo de una educación en virtudes; la prudencia que constituye un punto de conexión inevitable entre conocimiento y acción; también SOUTO PAZ, *op. cit.*, 2012, pp. 2384-2385.

⁴⁴ Véase ERASMO, *Obras escogidas*, Aguilar ediciones, Madrid, 1964, p. 927.

⁴⁵ Quizá la mayor influencia en este sentido fue la obra de J. J. ROUSSEAU, *Emilio o de la Educación*, Alianza Editorial, Madrid, 2011.

⁴⁶ El influjo de los éxitos de la ciencia moderna en el conocimiento de los fenómenos físicos se plasmará en la aplicación de la metodología empirista, de las reglas de experimentación y de la observación, a la sociedad, a la persona y a la reforma de la educación. Esto implicará un giro naturalista, psicológico en la educación y un abandono de los presupuestos teocráticos imperantes, en MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, Madrid, Dykinson, colección Bartolomé de las Casas, 2003.

⁴⁷ Véase MARTÍNEZ DE PISÓN, *op. cit.*, 2003.

⁴⁸ Así en el artículo 22 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (ampliada) de 1793, se incorpora el derecho a la educación como acceso universal, «la instrucción es una necesidad para todos» y obliga a «la sociedad» «a colocar la instrucción al alcance de todos».

Será Condorcet⁴⁹, siguiendo las ideas de Rousseau, el que instituya la educación como el fundamento de la igualdad, «la instrucción pública ha de ser universal y permanente, es decir, debe extenderse a todos los ciudadanos y a todas las edades. Deberá ser también gratuita y obligatoria, pues si la instrucción pública es el medio más eficaz para hacer real la igualdad de los derechos de los hombres, es necesario obligar a todos los niños, ricos o pobres, a recibirla con cargo al Estado»⁵⁰. Se propugna la neutralidad (a finales del siglo XVIII)⁵¹.

5. REFLEXIONES A MODO DE CONCLUSIÓN DESDE LA FENOMENOLOGÍA

Tal y como hicieran los pensadores del siglo XVIII, hoy estamos en un momento histórico de gran transformación a todos los niveles, como veíamos en el apartado 1 de este trabajo, lo que nos lleva a pensar en nuevos paradigmas para fundamentar nuestro sistema educativo, sin caer en cualquier posible tentación nihilista. El análisis fenomenológico de la educación y la formación puede sernos de gran utilidad al abordar este tema desde la misma relación en la que consiste el acto de educar entre el educador y el educando, lo cual nos lleva

⁴⁹ Toda su reflexión sobre la educación está muy vinculada a la política, pues para él la educación debería ir ligada a los fines del Estado, pues la instrucción libera y es la estrategia para paliar las desigualdades y para ello, es necesario el intervencionismo del Estado que promueva esta educación pública liberadora e igualadora, véase en *Cinq mémoires sur l'instruction publique*, 1791, consultado en http://classiques.uqac.ca/classiques/condorcet/cinq_memoires_instruction/Cinq_memoires_instr_pub.pdf.

⁵⁰ El paso claro de la filosofía al estatuto jurídico se dio cuando en la Constitución francesa de 1791 se organiza en su Título I, se obliga al Estado a establecer «la organización de una institución pública común a todos los ciudadanos, gratuita en aquellas materias de enseñanza necesarias para todos los hombres». Y, más tarde, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 24 de junio de 1793, elaborada por los jacobinos, proclama el derecho de todos a una instrucción pública y gratuita. El artículo 22 afirma: «La instrucción es una necesidad para todos. La sociedad debe favorecer con todo su poder los progresos de la razón pública y colocar la instrucción al alcance de todos los ciudadanos».

⁵¹ En SOUTO PAZ, *op. cit.*, 2012, p. 2392: «La independencia de la instrucción forma en cierto modo una parte de los derechos de la especie humana. ¿con qué derecho un poder, cualquier que fuese, osaría determinar dónde está la verdad y dónde se encuentra el error?». También así Lakanal con su proyecto de educación del pueblo francés (1793), la influencia de estos autores en España en la Constitución de Cádiz y en la legislación educativa posterior es evidente. Serán el Padre Feijóo y Jovellanos, quien afirmará: «las fuentes de la prosperidad social son muchas, pero todas nacen de un mismo origen y este origen es la instrucción pública». Véase también ÁLVAREZ VÉLEZ, I./ALCÓN YUSTAS, F., «Derecho a la educación y reparto competencial en materia educativa», en AA. VV., *op. cit.*, 2012, pp. 2490 ss.: «El Informe Quintana está influido por el pensamiento de Condorcet».

a tomar conciencia del acontecimiento relacional educativo, nos obliga a pensar los fines de la educación desde el hecho mismo de educar, desde la propia experiencia. Es lo que Natorp apuntaba: ¿Qué significa llegar a ser personas, a ser humanos? Y también Kant, en sus reflexiones sobre pedagogía⁵², cuando viene a decir que el hombre solo puede ser hombre por la educación. No es nada más que lo que la educación hace de él.

Así, educar se convierte en un proceso a través del cual un ser humano abre a otro ser humano a sus propias posibilidades revelando el horizonte de lo posible y abriéndolo a la comprensión del mundo y de sí mismo, de modo que él pueda ejercitar su libertad⁵³. Habrá que fomentar en el niño/a la autoconciencia de qué «nosotros» queremos ser y de qué uso queremos darle a nuestro tiempo. Parafraseando a Heidegger en *Ser y Tiempo*⁵⁴, que se haga consciente de su «estar en el mundo».

En un mundo en permanente movilidad y cambio, en donde la vida es experiencia, recorrido, se va a necesitar flexibilidad, capacidad de adaptación, de innovación continua, y ser capaz de ir forjando su propia identidad. En un mundo, como por ejemplo, el de la Edad Media, la identidad venía forjada desde «fuera», se nacía, se estudiaba, se trabajaba y se moría, normalmente en el mismo lugar, con un contexto familiar y social que proporcionaban una identidad. Hoy eso ya no es posible. La identidad actual es precaria, exige una narración de sí mismo, una nueva relación consigo mismo, para la que habrá que educar. La formación es posibilitar habitar su propio mundo, el mundo que vendrá (que todavía no se conoce ni por ellos ni por los educadores) y sobre todo habilitarles para ser capaces de superar del hiato que se produce entre el «sistema educativo» y el «mundo de la vida». Educar será tener en cuenta que se está educando para un mundo nuevo, no como una reproducción social, con correctores, que es como hasta ahora se hace. Así, se educará para que la relación con el mundo sea creadora de sentido, intencional, no causal y ahí haremos surgir las motivaciones, que es uno de los graves problemas en la actualidad de muchos jóvenes en la escuela, que no le ven sentido a lo que estudian. Y es que se hace hincapié en contenidos, proyectos, programas... pero ¿dónde están las personas protagonistas del acto de educar? Hay que focalizar la atención en la necesidad de acompañar en estas etapas en las que se está dando una gran transformación en la vida de los estudiantes, en centrarles en sí misma, en darles consistencia para afrontar la vida (no solo conocimientos, competencias, destrezas y habilidades). Llevar a la persona a sus propias posibilidades, para que sea capaz de llevar «una vida

⁵² Véase KANT, I., *Pedagogía*, Madrid, Akal, 2003.

⁵³ Véase COSTA, V., *Fenomenologia della educazione e della formazione*, Milano, Editrice La Scuola, 2015, p. 68.

⁵⁴ Véase HEIDEGGER, M., *Ser y Tiempo*, Madrid, Trotta, 2018.

auténtica, no malograda». Debe afrontarse la dispersión en la que la vida actual coloca a las personas, para que se pueda producir el acontecimiento relacional educativo. De otro modo, podemos repetir conceptos que de tan manidos, no significan nada, resultan vacíos y no reactivan el sentido originario que tuvieron⁵⁵.

Otra de las cuestiones centrales en este ámbito de los fines: ¿para qué educamos: la profesionalización, la especialización, la formación de la persona? Se percibe una presión del mundo económico sobre el mundo formativo. Hoy todo debe ser útil (ya lo decía F. Schiller a final del siglo XVIII también, «la utilidad es el gran yugo de nuestra época. Y a él deben complacer todos los poderes y rendir homenaje todos los talentos»⁵⁶), práctico, profesionalizante. Y así la profesionalización sustituye a la «formación, a la educación». La potencia del mundo económico funciona como el «se» de Heidegger, lo impersonal, la masificación. La educación no debe ser una expendedora de «trabajadores». Eso implica un reduccionismo de la persona a su ser económico, productivo, dentro de una estructura social.

La capacitación laboral debe ser importante, pero no solo. Hay que desarrollar la personalidad y las propias capacidades de interpretar lo que sucede en el mundo. También el ser pregunta, la capacidad de hacerse preguntas, de cultivar la singularidad dentro de un mundo que tiende a «generalizar en el ‘se’».

Se necesitará un diálogo interdisciplinar para afrontar el objetivo de la educación (ética, formas de educar, pedagógico, psicológico, medios, el tema neurológico de la maduración, las condiciones sociales...). De ahí que no haya que pensar en la educación solo como adquisición y acumulación de conocimientos y contenidos, ni tampoco como educación expendedora de trabajadores como lo fue en los inicios en el siglo XIX, pues qué duda cabe que la escolarización universal se hizo también para formar trabajadores para la expansión industrial. Tendríamos que pensar también si en la actualidad esa innovación tecnológica y digital, siendo de por sí un progreso para el desarrollo de nuestras vidas, no nos está reduciendo en otros muchos aspectos que es imprescindible cultivar para ser una sociedad libre y formada. Habrá que lograr una síntesis entre la finalidad de educar para una profesionalidad y una formación integral de la persona. Habitar el mundo no como una máquina productiva y eficaz, sino como una persona integral.

⁵⁵ Explicar fórmulas matemáticas o física para que se aprendan de memoria y no conectan con la realidad en la que surgieron, por ejemplo.

⁵⁶ Véase SCHILLER, F., *Cartas sobre educación estética de la humanidad*, Barcelona, Acantilado, 2018, p. 9.

La constitución del Estado de derecho *

The Constitution of the Rule of Law

ANTONIO MANUEL PEÑA FREIRE

Universidad de Granada

RESUMEN

En este trabajo se aboga por la existencia de una constitución del Estado de derecho formada por un conjunto de valores y principios sustancialmente morales y originariamente jurídicos, que están en relación con dimensiones constitutivas del derecho y no con exigencias contingentes planteadas al mismo desde una moralidad externa. El contenido de esta constitución se localiza en la opción institucional por el Estado de derecho como método de gobierno, es decir, en la opción por el ejercicio en forma jurídica del control social. Los principios de legalidad, en tanto que condiciones constitutivas de la forma del derecho, son parte necesaria de esa constitución. Estos principios además son la expresión normativa de una serie de valores morales: el control de la coacción arbitraria, la limitación del poder, la capacidad libre del individuo para actuar y la libertad del individuo frente a la voluntad de los otros garantizada en los procesos adjudicativos. La relación de estos valores con el derecho demuestra que este está necesariamente vinculado con la moral, pues consiste en una moral específica, en el sentido de que es la forma de expresión del control social que reclaman los valores que la forman.

* Este trabajo fue presentado en las XXVII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política en Valladolid, en mayo de 2019. Agradezco a los organizadores la oportunidad que me brindaron y a los asistentes los comentarios recibidos. Un agradecimiento especial también a Alfonso García Figueroa, cuyas observaciones fueron de gran utilidad para elaborar la versión definitiva del texto.

Palabras clave: *legalidad, constitucionalismo, Estado de derecho, Fuller, positivismo jurídico.*

ABSTRACT

This paper argues for the existence of a constitution of the rule of law, formed by a set of values and principles which are substantially moral and originally legal, but that are in relation to law's constitutive dimensions and not with contingent demands raised to it from an external morality. The content of this constitution is located in the institutional option by the rule of law as a method of government, that is, in the option for the exercise in a legal form of social control. The principles of legality, as constitutive conditions of the form of law, are a necessary part of that constitution. These principles are also the normative expression of a series of moral values: control of arbitrary coercion, limitation of power, agency of the individual, and freedom of the individual against the will of the others guaranteed in the adjudicative processes. The relationship of these values with the law shows that it is necessarily connected to morality, since it consists of a specific morality, in the sense that it is the form of expression of social control claimed by the values that form it.

Keywords: *legality, constitutionalism, rule of law, Fuller, legal positivism.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. LA DIMENSIÓN MORAL DE LA DEMOCRACIA Y DEL ESTADO DE DERECHO. – 3. RAZONES QUE EXPLICAN LA RESISTENCIA A OTORGAR VALOR MORAL INTRÍNSECO AL DERECHO. 3.1 *Resistencias con motivación política.* 3.2 *El sobredimensionamiento de la naturaleza social del derecho.* – 4. EL CONTENIDO DE LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO. 4.1 *Los principios de legalidad.* 4.2 *Los valores constitutivos del ideal de la legalidad.* 4.2.1 Control de violencia arbitraria. 4.2.2 Limitación del gobernante. 4.2.3 Reconocimiento de la capacidad libre para actuar de los individuos. 4.2.4 Libertad frente a la voluntad de los otros y adjudicación de las reglas. – 5. CONCLUSIÓN.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. – 2. THE MORAL DIMENSION OF DEMOCRACY AND THE RULE OF LAW. – 3. REASONS THAT EXPLAIN THE RESISTANCE TO GRANTING INTRINSIC MORAL VALUE TO LAW. 3.1 *Politically motivated reluctance.* 3.2. *The oversizing of the social nature of law.* – 4. THE CONTENT OF THE CONSTITUTION OF THE RULE OF LAW. 4.1 *Principles of legality.* 4.2 *The constitutive values of the ideal of legality.* 4.2.1 Control of arbitrary violence. 4.2.2 Limitation of the ruler. 4.2.3 Recognition of agency of the individuals. 4.2.4 Freedom from the will of others and adjudication of rules. – 5. CONCLUSION.

1. INTRODUCCIÓN

Existen importantes relaciones entre las nociones de Estado constitucional y de Estado de derecho. El Estado constitucional es habitualmente considerado la culminación de la pretensión de sometimiento del poder al derecho¹, es decir, la realización institucional del ideal constitucionalista de un gobierno limitado por el derecho de modo que se evite su ejercicio arbitrario. La realización de ese ideal se habría logrado en el momento en que el poder legislativo queda sometido a normas constitucionales rígidas y garantizadas judicialmente². Desde este punto de vista, todo Estado constitucional es, ante todo, un Estado de derecho, pero, sobre todo, es la culminación del Estado de derecho.

Vinculado al Estado constitucional y al constitucionalismo tradicional, está el constitucionalismo contemporáneo, también denominado «neoconstitucionalismo»³ o «constitucionalismo postpositivista»⁴, que es una filosofía del derecho⁵ que se ha interesado de modo especial por la proyección de las normas constitucionales en

¹ Por todos, ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995, p. 33, que señala que «la ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución».

² No me pronunciaré en este trabajo sobre un asunto que parece desmentir esa conclusión: los propios jueces constitucionales no parecen estar sujetos a norma alguna a la hora de valorar si una ley es contraria a la constitución, lo que no excluye una deriva *juristocrática* del Estado constitucional. Véase HIRSCHL, R., *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2004.

³ Al respecto, COMANDUCCI, P., «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico» en Carbonell, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 75 ss., o GARCÍA FIGUEROA, A., «La teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo» en CARBONELL, M., *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., pp. 159 ss., o PRIETO SANCHÍS, L., *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 23-60.

⁴ El constitucionalismo postpositivista es una teoría del derecho constitucionalista y no positivista, que se caracteriza por presuponer la unidad de la razón práctica, negar que pueda trazarse una separación tajante (en el plano conceptual) entre el derecho y la moral, defender un objetivismo moral mínimo, reconocer la importancia de los principios, de la ponderación y el papel activo de la jurisdicción y subrayar el carácter argumentativo del derecho. Al respecto, ATIENZA, M., «Ni positivismo ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista» en Peña, L. y Ausín Díez, T. (coords.), *Conceptos y valores constitucionales*, Madrid, Plaza y Valdés, 2016, pp. 29-58.

⁵ Una iluminadora comparación entre el paradigma iusfilosófico del constitucionalismo contemporáneo y el iuspositivista en AGUILÓ REGLA, J., «Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras» en *Doxa*, núm. 30, 2007, pp. 665-675. Una lectura crítica con este supuesto nuevo paradigma, la de GARCÍA AMADO, J. A., «Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores», en Mantilla Espinosa, F. (ed.), *Controversias constitucionales*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009, esp. 28 ss.

los ordenamientos jurídicos y por los efectos de la constitucionalización del derecho⁶.

Todas estas reflexiones conciben a la constitución como una norma jurídica plena a la que se ha incorporado un contenido que era moral en origen⁷. El Estado constitucional sería un Estado de derecho mejorado, fundamentalmente, por haberse vinculado a valores, principios o derechos originariamente externos al derecho y que una vez incorporados al mismo, condicionan la validez de sus normas y orientan o inspiran la acción de los gobernantes y poderes públicos. Esta dimensión moral explica que el interés iusfilosófico del constitucionalismo contemporáneo se haya referido fundamentalmente no a la denominada parte orgánica de la constitución o constitución institucional⁸, sino a la parte dogmática o constitución material. Efectivamente, el constitucionalismo contemporáneo se ha interesado menos por las normas fundamentales relativas a la forma, organización y funcionamiento de los poderes de gobierno y más por las referidas a valores morales fundacionales, derechos constitucionales de los ciudadanos y objetivos sociales y colectivos y, en particular, por el modo en que condicionan o guían la acción de gobierno y la manera en que han de ser interpretados por los operadores jurídicos⁹.

⁶ Al respecto, GUASTINI, R., «La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico», en CARBONELL, M., *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., pp. 47 ss.

⁷ GARCÍA AMADO, J. A., «Sobre el neoconstitucionalismo», cit., pp. 30-31, señala que cierto objetivismo moral caracteriza al constitucionalismo contemporáneo, por su disposición a encontrar principios y valores bajo las opciones constitucionales específicas.

⁸ Aunque la separación entre partes, a buen seguro, no será rígida, entre las opciones de la constitución institucional está la opción por el Estado de derecho, por la separación de poderes, por la distribución territorial del poder político, por la legitimación democrática de los poderes del Estado, por el carácter electivo y representativo del poder legislativo y también las relativas a los rasgos del propio texto constitucional, como son, por ejemplo, las que atañen a su rigidez o a si sus normas están garantizadas jurisdiccionalmente. De otro lado, al hablar de «constitución institucional», rindo tributo a la naturaleza última de este trabajo que podría ser clasificado como un estudio de diseño institucional o de *eunomía*, definida, a partir de las referencias de FULLER, L., «American Legal Philosophy at Mid-century», en *Journal of Legal Education*, vol. 6, núm. 4, 1954, p. 477, como una teoría del orden social y de los diseños institucionales para lograrlo. Al respecto, también WINSTON, K., *The Principles of Social Order. Selected Essays of Lon L. Fuller*, Durham N. C., Duke University Press, 1981, y RUNDLE, K., *Forms Liberate*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 26 ss.

⁹ En un sentido similar, LEVINSON, S., «Reflections on What Constitutes a “Constitution”», en Dyzenhaus, D. y Thorburn, M. (eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 84, quien distingue entre la constitución como establecimiento (*constitution of settlement*) y la constitución como diálogo (*constitution of conversation*) y a quien también le resulta llamativa la minuciosidad con que los filósofos del derecho y los juristas, en general, se han dedicado al estudio de la segunda y, en particular, al desarrollo de técnicas interpretativas apropiadas al contenido de esta parte de la constitución en comparación con el estudio de las normas que forman la constitución como establecimiento.

Mi indagación se diferencia de la del constitucionalismo contemporáneo en dos aspectos: me intereso menos por la constitución material y más por la institucional y, en particular, por los valores y principios que garantizan que quien gobierna ha de hacerlo en forma jurídica¹⁰. De otro lado, mi indagación no presupondrá que esos valores y principios son originariamente morales y luego incorporados al derecho a través de la constitución, sino que asumirá que son valores y principios a la vez morales y jurídicos.

Esto significa que, junto a la constitución moralizada *desde fuera* del constitucionalismo contemporáneo, existe otra constitución que es sustancialmente moral y originariamente jurídica y que está formada por los valores y principios que definen la forma jurídica del poder. Esta constitución se localiza en la opción institucional fundamental por el imperio de la ley o Estado de derecho, es decir, por el ejercicio en forma jurídica de los poderes de gobierno. Está compuesta por valores y principios sustantivos de la moralidad política, pero que son originariamente jurídicos, porque están en relación con dimensiones constitutivas de la forma del derecho¹¹ y no con exigencias contingentes planteadas desde una moralidad externa que ha devenido jurídica porque se ha incorporado a la constitución¹². Es a esa *moralidad política sustancial originariamente jurídica* a lo que llamo *constitución del Estado de derecho*¹³.

Antes de continuar, una aclaración respecto del sentido de la expresión «Estado de derecho». El Estado de derecho al que yo me refiero tiene una referencia poco exigente, pues apenas alude a la situación que se da cuando el comportamiento de los miembros de un grupo

¹⁰ Hay un cierto paralelismo entre mi planteamiento y la descripción del neoconstitucionalismo de GARCÍA AMADO, J. A., «Sobre el neoconstitucionalismo», cit., p. 29, cuando este se refiere a la presencia en la constitución material o axiológica de un orden objetivo y necesario de valores. Como se apreciará, también sostengo la existencia de un conjunto de valores objetivos y necesarios en la constitución, si bien su presencia se verifica en la parte institucional de la constitución. Adicionalmente, como se verá, el efecto de estos valores es precisamente el de neutralizar los riesgos que la presencia de valores en la constitución material comporta.

¹¹ La relación de la constitución del Estado de derecho con el constitucionalismo tradicional es evidente WALTERS, M., «The Unwritten Constitution as a Legal Concept», en DYZENHAUS, D. y THORBURN, M., *Philosophical Foundations*, cit., p. 37. A lo que el constitucionalismo ha aspirado siempre es a que el ejercicio del poder político respete los principios del Estado de derecho. El objeto del constitucionalismo es la acción de gobierno del poder político y su pretensión es que se manifieste de modo jurídico para impedir la arbitrariedad y facilitar su control. Ese fue, durante siglos, el objeto del Estado de derecho.

¹² Además, aunque no me referiré en detalle a esta cuestión, estos valores y principios también legitiman al derecho como método de control social y político. A esta dimensión legitimadora de los principios de la constitución del Estado de derecho se ha referido en especial DYZENHAUS, D., «The Idea of a Constitution. A Plea for a *Staatsrechtslehre*», en DYZENHAUS, D., y THORBURN, M., *Philosophical Foundations*, cit., p. 10.

¹³ La idea está, obviamente, inspirada en la «constitution of law» de DYZENHAUS, D., *The Constitution of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

social está gobernado por reglas jurídicas¹⁴. Desde esta perspectiva, el Estado de derecho no es nada distinto de la situación que se da cuando el derecho –entendido específicamente como el sentido de lo expresado por sus normas– es eficaz. Es más, si por derecho entendemos el conjunto de condiciones y métodos que pretenden que el comportamiento de los individuos esté gobernado por reglas, no hay diferencias entre el derecho y el Estado de derecho¹⁵.

2. LA DIMENSIÓN MORAL DE LA DEMOCRACIA Y DEL ESTADO DE DERECHO

El Estado de derecho, entendido como el ejercicio en forma jurídica del gobierno de una comunidad política, es una opción primaria de la constitución institucional. También lo es la opción por el gobierno democrático. Una referencia tangencial a la democracia es interesante, porque aunque mi intención es analizar el Estado de derecho para poner de manifiesto cuál es la dimensión moral del derecho y, en particular, de los principios constitutivos de su forma, no estoy convencido de que el modo en que los filósofos del derecho han abordado el problema de la justificación moral del Estado de derecho sea completamente satisfactorio. Y es precisamente la comparación entre la manera en que se ha abordado ese problema y el modo en que se ha resuelto el problema de la dimensión moral de la democracia lo que demuestra las carencias de la reflexión iusfilosófica a propósito de la moralidad del derecho y también la necesidad de reproducirla desde puntos de vista distintos de los usuales.

Al respecto, lo primero que constatamos es que, pese a las dificultades para encontrar una práctica social cuya moralidad sea unánimemente aceptada, es generalmente aceptado en los ámbitos filosófico-jurídico y filosófico-político que los procedimientos de decisión democráticos tienen una cierta dimensión moral. Efectivamente, exis-

¹⁴ Es cierto que el término «Estado» tiene por sí solo un significado más acotado que el de la referencia del Estado de derecho tal y como acabo de definirlo y quizás ese inconveniente habría abonado la elección de alguna que otra expresión similar, como «imperio de la ley», o incluso la creación de alguna expresión original, como «estado de derecho» o «estado de legalidad». Sin embargo, obviaré este inconveniente.

¹⁵ Desde este punto de vista, llamado *monista* (véase BENNET, M., «“The Rule of Law Means literally What It Says: The Rule of the Law”: Fuller and Raz con Formal Legality and the Concept of Law», en *Australian Journal of Legal Philosophy*, vol. 32, 2007, p. 91), no es correcto distinguir entre el derecho en tanto que fenómeno elemental y el Estado de derecho como expresión moralmente elevada o idealizada de ese mismo fenómeno. Desde una perspectiva dualista, el desdoblamiento sí tiene sentido (*ibid.* pp. 99-104). Esto ocurre, por ejemplo, cuando RAZ, J., *The Authority of Law*, 2.ª ed, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 224, señala que el Estado de derecho (*rule of law*) minimiza los riesgos que el derecho mismo ha creado.

te cierto consenso sobre la existencia de razones que confieren a los procedimientos de gobierno democráticos cierto mérito moral *prima facie*¹⁶, aunque es verdad que no hay consenso sobre cuáles son exactamente esas razones. Las justificaciones oscilan entre las que confieren valor intrínseco a los procedimientos democráticos y las que les confieren un valor instrumental¹⁷.

Las *justificaciones del valor moral intrínseco de la democracia* consideran que solo los mecanismos de decisión democráticos son compatibles con los principios morales que han de guiar las relaciones entre individuos. Principios como la libertad, la igualdad, la dignidad o la autonomía individual exigirían que la toma de decisiones colectivas se lleve a cabo a través de procedimientos que garanticen la participación en condiciones de igualdad de los afectados. Para este tipo de justificaciones, el valor de la democracia es intrínseco, en el sentido de que se atribuye a la democracia con independencia de que decisiones puntuales que se adopten democráticamente sean decisiones moralmente correctas o incorrectas. Díaz¹⁸, Habermas¹⁹ o Waldron²⁰ participarían de este estilo de justificación.

¹⁶ No me referiré, por motivos obvios, a las teorías de autores autoritarios como Schmitt que cuestionan la democracia parlamentaria como forma de gobierno. Tampoco a las tesis de quienes cuestionan la democracia desde posicionamientos individualistas libertarios, como CAPLAN, B., *El mito del votante racional*, Londres, Innisfree, 2018, que duda de las virtudes de la democracia tras atribuir a los votantes la estupidez como rasgo más destacado; BRENNAN, J., *The Ethics of Voting*, Princeton, Princeton University Press, 2011, que sostiene que los votantes que carecen del conocimiento relevante tienen el deber de no votar, pues de otro modo la democracia no puede asegurar la elección de los mejores gobernantes o las mejores políticas; o ACHEN, C. H. y BARTELS, L. M., *Democracy for Realists: Why Elections Do Not Produce Responsive Government*, Princeton, Princeton University Press, que han mostrado que los votantes están muy alejados de satisfacer el ideal que la teorías dominantes de la democracia presuponen e incluso que no tienen interés en hacerlo, porque definen sus preferencias en función de consideraciones sectarias e identitarias y no de un reflexión racional sobre el interés general.

¹⁷ Al respecto, RÓDENAS, A., «La justificación de la democracia: consensos aparentes y pseudodilemas», en *Isonomía*, núm. 32, 2012, pp. 50, 52-54.

¹⁸ DÍAZ, E., *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1966, p. 84, encuentra en los derechos humanos el criterio de legitimidad del Estado de derecho y en la democracia el procedimiento para convertir en legalidad esas exigencias de legitimidad: actuar siempre en el marco del Estado de derecho es justo y contar con respaldo y adhesión social confiere legitimación al sistema político.

¹⁹ Según HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, p. 175, es posible garantizar la legitimidad de las normas jurídicas siempre que los procedimientos de producción de normas satisfagan las condiciones comunicativas de su ética del discurso. El «principio democrático» surge así como una especificación del «principio de discurso» para las normas jurídicas –de tal modo que solo pueden pretender validez legítima las normas que «en un proceso discursivo de producción de normas jurídicas, articulado a su vez jurídicamente, puedan encontrar el asentimiento de todos los miembros de la comunidad jurídica».

²⁰ WALDRON, J., *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 290, 297, 300-303, rechaza las justificaciones de quienes abogan por elegir el método de decisión que garantice las mejores decisiones en la medida en que siempre resultarían

Las *justificaciones instrumentales del valor moral de la democracia* consideran legítimos los procedimientos de decisión democráticos porque producen resultados buenos o justos. Son instrumentales las justificaciones de filósofos radicales como Bentham o James Mill, que justifican la democracia porque evita el abuso de poder por parte de las élites y también las de los teóricos de la participación democrática, como Rousseau o Stuart Mill, que consideran que su justificación es educativa, pues contribuye al desarrollo de las capacidades políticas y sociales de los individuos²¹ o las de quienes consideran que las decisiones democráticas, porque son abiertas y porque quienes gobiernan han de defender y justificar sus exigencias públicamente, tienden a producir resultados justos²². Un buen ejemplo de justificación instrumental es la de Nino²³, según la cual las decisiones democráticas están justificadas en la medida en que los métodos de decisión democráticos son un método fiable para la adopción de decisiones políticas moralmente correctas.

Un repaso a los debates relativos a la dimensión moral del derecho deja un panorama distinto y sensiblemente más complicado que el anterior, pues además de justificaciones instrumentales e intrínsecas, hay propuestas referidas a la forma del derecho y a su contenido. Veámoslas con cierto detenimiento.

Las justificaciones del valor moral instrumental del derecho conciben al derecho como una herramienta útil para perseguir fines diversos, algunos de los cuales presentan cierto mérito moral y otros no, pero no le reconocen, como tal, ningún valor moral necesario: el derecho carece de valor moral intrínseco y solo adquiere el valor de los fines que con él se persiguen²⁴. Austin²⁵ —cuando señala que «la existencia del derecho es una cosa; su mérito o demérito es otra»—, Kelsen²⁶ —cuando advierte que «el derecho no constituye sino un medio específico, un aparato coactivo que, en sí mismo considerado, carece de todo valor ético o político, porque su valor depende del fin trascendente al

contrarias a los derechos a la participación de los individuos, lo que pone de manifiesto que su justificación es claramente intrínseca y no instrumental.

²¹ Vid. PATERMAN, C., *Participation and Democratic Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1970, pp. 43-44.

²² Vid. NELSON, W. N., *On Justifying Democracy*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1980.

²³ NINO, C. S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 182.

²⁴ Al respecto, GREEN, T., «Legal Positivism», en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, The Metaphysics Research Lab, Stanford CA., pp. 3, 10, o GREEN, T., «Law as a Means», en Cane, P. (ed.), *The Hart-Fuller Debate in the XXI Century*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 176.

²⁵ AUSTIN, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, Indianapolis, Hackett Publishing Company, 1965, p. 157.

²⁶ KELSEN, H., *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*, Madrid, Reus, 2009, p. 43.

derecho»²⁷— o Hart²⁸—cuando advierte que, en modo alguno, es necesariamente verdadero que el derecho reproduzca o satisfaga determinadas exigencias de la moralidad, aunque es un hecho que con frecuencia lo hace—, son claros exponentes de este planteamiento.

Entre estos planteamientos encontramos también *justificaciones del valor moral instrumental de la forma del derecho*, que son las que se refieren específicamente a los principios característicos de la forma jurídica y a su posible dimensión moral. Hart²⁹, por ejemplo, negó que la necesidad de que los gobernantes se manifestasen mediante normas públicas, prospectivas, posibles de cumplir, coherentes, etcétera confiriere valor alguno al derecho, pues el respeto a los llamados principios de legalidad solo garantizaba la «ejecución eficiente del propósito de guiar la conducta humana por reglas», pero no afectaba a la bondad o justicia de lo exigido³⁰. Buena prueba de ello es el hecho de que el respeto a los principios de legalidad es compatible con la comisión de grandes iniquidades³¹.

Un tipo de justificación singular es la de los iuspositivistas éticos o normativos, como Campbell³², MacCormick³³, Waldron³⁴ o Laporta³⁵.

²⁷ En sentido similar a propósito de la carencia de valor moral absoluto, KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1982, pp. 76-79.

²⁸ Al respecto, HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. 181.

²⁹ HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, cit., p. 256. Y en la misma línea, RAZ, J., *The Authority of Law*, cit., pp. 211, 219-226, o KRAMER, M., «On the Moral Status of the Rule of Law», en *Cambridge Law Journal*, vol. 63, núm. 1, 2004, p. 69, o «Liberty and Domination», en Laborde, C. y Maynor, J. (eds.), *Republicanism and Political Theory*, Malden-Oxford, Blackwell Publishing, 2008, p. 34.

³⁰ Personalmente, considero que este tipo de justificaciones no se han formulado correctamente, pues pese a valorar la moralidad de la forma del derecho, finalmente, se limitan a valorar la moralidad del derecho en función de lo que puede hacerse con él, con lo que terminan adoptando un punto de vista material.

³¹ Al respecto, HART, H. L. A., «Book Reviews: *The Morality of Law* by Lon. L. Fuller», en *Harvard Law Review*, vol. 78, núm. 6, 1964-65, p. 1286. Es llamativo comprobar cómo estas justificaciones terminan convertidas en originales ejercicios de imaginación jurídica, orientados a vislumbrar escenarios en los que gobernantes respetuosos con los principios de legalidad, a la vez, se aplican a las políticas más abyectas. También son relevantes los trabajos de KRAMER, M., «On the Moral Status of the Rule of Law», en *Cambridge Law Journal*, vol. 63, núm. 1, 2004, pp. 65-97 y «Liberty and Domination», en Laborde, C. y Maynor, J. (eds.), *Republicanism and Political Theory*, Malden MA-Oxford, Blackwell Publishing, 2008, y el de ESCUDERO, R., *Positivismo y moral interna del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, esp., pp. 417 ss.

³² CAMPBELL, T., *Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy*, Londres, UCL Press, 2004, p. 24.

³³ MACCORMICK, N., «The Ethics of Legalism», en *Ratio Juris*, vol. 2, núm. 2, 1989, pp. 184 ss.

³⁴ WALDRON, J., «Can There Be a Democratic Jurisprudence?», en *Emory Law Journal*, vol. 58, 2009, pp. 679 ss.

³⁵ LAPORTA, F. J., «Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas», en LAPORTA, F. J., RUIZ MANERO, J. y RODILLA M. A., *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 61.

Según este tipo de planteamientos, el derecho, como tal, carece de valor moral necesario, si bien *puede y debe* tenerlo en la medida en que reproduzca ciertos rasgos, fundamentalmente, formales. Un sistema jurídico formado por reglas identificables con claridad y que no contenga estándares o principios morales imprecisos presenta cierto mérito moral porque asegura la previsibilidad de las decisiones judiciales, es respetuoso con la autonomía de los individuos, etcétera, razones por las que es el tipo de sistema jurídico promovido por los iuspositivistas éticos.

Una clara alternativa a las anteriores son las *justificaciones del valor moral intrínseco de la forma del derecho*, es decir, las que encuentran valor moral *intrínseco* del derecho en rasgos de su forma. Fuller es el principal ejemplo de estos planteamientos. Según Fuller³⁶, para que exista un orden jurídico se deben satisfacer una serie de condiciones o principios, denominados moral interna del derecho o principios de legalidad, que exigen a quien pretende gobernar jurídicamente el comportamiento de los miembros de un grupo humano que lo haga mediante reglas, públicas, prospectivas, inteligibles, posibles de cumplir, coherentes entre sí, estables y que se garantice cierta congruencia entre las reglas anunciadas y la acción oficial de los encargados de aplicarlas. Estos principios son constitutivos del derecho y, en ese sentido, apuntan a rasgos necesarios del mismo, pues un grado mínimo de satisfacción a lo exigido por los principios es preciso para que el derecho exista como tal y la negación total de un principio o un distanciamiento amplio con ellos provoca que el orden jurídico no sea reconocible como lo que es³⁷. Los principios de legalidad, por tanto, definen cómo es el derecho y es sobre esos rasgos que reposa su dimensión moral. Para Fuller, en efecto, esos principios son simultáneamente expresión de valores morales que reclaman una forma de control social específica con la forma propia del derecho³⁸. Aunque Fuller no fue demasiado explícito en este punto, los valores morales a los que se refiere son la limitación del gobernante³⁹ y libertad como independencia de la voluntad arbitraria de los otros⁴⁰, los principios de capacidad

³⁶ FULLER, L., *The Morality of Law*, 1.ª ed., New Haven, Yale University Press, 1964, pp. 33-94.

³⁷ Al respecto, FULLER, L., «Positivism and the Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart», en *Harvard Law Review*, vol. 71, núm. 4, 1958, p. 650, y *The Morality of Law*, 1.ª ed., cit., pp. 41-44. También, PEÑA FREIRE, A., *Legalidad y orden jurídico*, Barcelona, Atelier, 2018, pp. 102-108.

³⁸ En un sentido similar, WINSTON, K., «The Ideal Element in a Definition of Law», en *Law and Philosophy*, vol. 5, núm. 1, 1986, p. 90.

³⁹ Al respecto, FULLER, L., *The Morality of Law*, 1.ª ed., cit., pp. 39-41; FULLER, L., *The Morality of Law*, 2.ª ed., New Haven, Yale University Press, 1969, pp. 216-217; SELZNICK, P., «Sociology and Natural Law», en *Natural Law Forum*, vol. 6, paper 61, 1961, pp. 95-100; o THOMPSON, E., *Whigs and Hunters: The Origin of Black Act*, Londres, Allen Lane, 1975, p. 266.

⁴⁰ Al respecto, WINSTON, K., «The Ideal Element in a Definition of Law», cit., pp. 107-108, SIMMONDS, N., «Law as a Moral Idea», en *University of Toronto Law*

para actuar⁴¹ y dignidad individual⁴², el principio de interacción social⁴³ y el principio de reciprocidad⁴⁴.

Las *justificaciones del valor moral intrínseco del contenido del derecho* son las teorías que consideran que el derecho incorpora necesariamente ciertos principios *materiales* de justicia, que son, como tales, parte de su contenido normativo y que son los que le confieren valor moral. Además del iusnaturalismo tradicional, Dworkin o Allan son buenos exponentes de estos planteamientos. La actitud interpretativa de los juristas en los casos difíciles demostraría, según Dworkin⁴⁵, que la identificación del derecho no es posible exclusivamente a partir de textos singulares, sino que es preciso interpretarlos a la luz de una serie de principios de moralidad política a los que está conceptualmente vinculado. Estos principios pertenecen al derecho sin necesidad de haber sido promulgados, porque han sido o son presupuestos por los jueces para justificar sus decisiones relativas a lo que dispone el derecho en los casos que resuelven y, particularmente, en los casos difíciles. Por su parte, Allan⁴⁶ considera que el Estado de derecho es un principio constitucional subyacente a todo ordenamiento jurídico y que está vinculado a un modo de organizar la convivencia y resolver las disputas de acuerdo a estándares de justicia y equidad. El Estado de derecho va más allá de la simple existencia de normas que regulan el comportamiento de los individuos, pues exige también que las normas tengan un contenido admisible que no contradiga los principios de justicia que prohíben la arbitrariedad y obligan a los poderes públicos a gobernar conforme a una concepción aceptable del bien común.

De todo lo anterior, resulta llamativo lo exigentes que son los planteamientos dominantes entre los filósofos del derecho respecto del valor moral de su propio objeto. La preponderancia de justificaciones instrumentales es clara: son claramente instrumentales los planteamientos iuspositivistas y, a su manera, también lo son los del constitu-

Journal, vol. 55, núm. 1, 2005, pp. 87-88, y *Law as a Moral Ideal*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 101, o LOVETT, F., *A Republic of Law*, cit., pp. 114 ss.

⁴¹ Sobre este asunto, FULLER, L., *The Morality of Law*, 1.ª ed., cit., pp. 162-163 y RUNDLE, K., *Forms Liberate*, cit.

⁴² Sobre esta dimensión, también WALDRON, J., «How Law Protects Dignity», en *Cambridge Law Journal*, vol. 71, núm. 1, 2012, pp. 200-222, y LUBAN, D., «The Rule of Law and Human Dignity: Re-examining Fuller's Canons», en *Hague Journal of the Rule of Law*, vol. 2, 2010, p. 40.

⁴³ Sobre este principio, FULLER, L., *The Morality of Law*, 2.ª ed., cit., pp. 210 ss.

⁴⁴ Más sobre la reciprocidad en FULLER, L., *The Morality of Law*, 2.ª ed., cit., pp. 224-232, SIMMEL, G., *The Sociology of Georg Simmel*, trad. K. H. Wolff. Nueva York: Free Press of Glencoe, 1950, pp. 181-187, y ELEFThERiADiS, P., «Legality and Reciprocity: A Discussion of Lon Fuller's The Morality of Law», en *Jerusalem Review of Legal Studies*, vol. 10, núm. 1, 2014, pp. 1-17.

⁴⁵ DWORKIN, R., *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 2000.

⁴⁶ ALLAN, T. R. S., *Constitutional Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 2, y ALLAN, T. R. S., *The Sovereignty of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 201.

cionalismo contemporáneo, porque, en estos casos, la moralidad del derecho depende de una contingente conexión del derecho con la moral correcta a través de la constitución⁴⁷. La filosofía del derecho, sin embargo, no parece manifestarse tan exigente en el caso de la democracia. Aquí, incluso quienes se abonan a los planteamientos instrumentales concluyen asignando a los procedimientos democráticos valor moral a la vista de que, en abstracto, produce buenos resultados, mientras que esa misma solución con el Estado de derecho está siempre condicionada al caso, es decir, al contenido concreto de las normas o los fines perseguidos por ellas.

Esta asimetría, por cierto, es aún más llamativa si tenemos en cuenta que entre los científicos sociales, economistas, expertos en políticas públicas, etcétera las soluciones son más bien las inversas a las dominantes en el ámbito iusfilosófico. No está claro, en esos ámbitos, que los procedimientos democráticos produzcan necesariamente prosperidad o bienestar económico, aunque existe un cierto consenso a propósito de las *bondades* del Estado de derecho. Barro⁴⁸ señala que la relación entre más democracia y más prosperidad no es directa: es verdad que la democracia reduce la corrupción, pero también es cierto que favorece políticas fiscales expansivas y fuertemente redistributivas, que pueden llegar a menoscabar el crecimiento económico. Por su parte, Collier⁴⁹ encontró que, en sociedades con cierto nivel de renta media, la democracia disminuye sistemáticamente la violencia política, mientras en sociedades con bajos niveles de renta, la democracia tiene el efecto inverso y hace que las sociedades sean más violentas y peligrosas. Contrarias a estas conclusiones son las de North, Wallis y Weingast⁵⁰, para los que la democracia implica responsabilidad de los gobernantes ante la ciudadanía y favorece la implementación de políticas económicas, educativas, de infraestructuras, etcétera que favorecen el crecimiento económico. También Bueno de Mesquita *et al*⁵¹. demuestran la existencia de un vínculo entre responsabilidad política y buenas políticas, de un lado, y, del otro, la estructura institucional de la democracia. En el caso del Estado de derecho, como avancé, existe

⁴⁷ Salvo que se considere que la conexión entre derecho y moral que acontece en la constitución es reflejo de alguna conexión necesaria más profunda, como la que Alexy plantea que se da entre derecho y moral como consecuencia de participar el discurso jurídico de la pretensión de corrección característica de los actos de habla regulativos. Agradezco a Alfonso García Figueroa esta sutil e interesante apreciación.

⁴⁸ BARRO, R., «Democracy and the Rule of Law», en BUENO DE MESQUITA, B. y ROOT, H. L., *Governing for Prosperity*, New Haven, Yale University Press, 2000, pp. 201-211.

⁴⁹ COLLIER, P., *Guerra en el club de la miseria. La democracia en lugares peligrosos*, Madrid, Turner, 2011, p. 35.

⁵⁰ NORTH, D. C., WALLIS, J. J., y WEINGAST, B. R., *Violence and Social Orders*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 142-144.

⁵¹ BUENO DE MESQUITA, B., MORRO, J., SILVERSON, R., y SMITH, A., «Political Institutions, Political Survival, and Policy Success», en BUENO DE MESQUITA, B. y ROOT, H. L., *Governing for Prosperity*, cit., p. 82.

cierto acuerdo a propósito de su justificación instrumental: así, por ejemplo, Barro⁵², que señala que un orden jurídico promueve la prosperidad. North, Wallis y Weingast⁵³, por su parte, se refieren a la capacidad generadora de prosperidad y bienestar de las sociedades de acceso abierto, que son sociedades en las que, entre otros rasgos, el ejército y la policía están subordinados al poder político y la violencia monopolizada y centralizada.

3. RAZONES QUE EXPLICAN LA RESISTENCIA A OTORGAR VALOR MORAL INTRÍNSECO AL DERECHO

Aunque no es mi intención hacer un catálogo completo de todas las razones que podrían explicar la resistencia de la filosofía del derecho a aceptar que el derecho tiene algún valor moral intrínseco, sí que me referiré a un par de explicaciones que me parecen relevantes para entender el sentido en el que hablo de una constitución del Estado de derecho.

3.1 Resistencias con motivación política

La primera y quizás la más conocida es de naturaleza ética o política: la convicción de que cualquier reconocimiento del valor moral del derecho tiene efectos legitimadores sobre su contenido, es decir, que equivale también a validar moralmente el contenido de lo dispuesto. Es por esta razón que quien afirma que el derecho tiene una dimensión moral se expone a ser acusado de iusnaturalista, de fomentar una suerte de obediencia acrítica al derecho⁵⁴ o de oscurecer las diferencias entre las leyes justas e injustas. Sin embargo, dejando al margen la primera acusación⁵⁵, creo que todas esas críticas son precipitadas.

En primer lugar, decir que el derecho es justo en el sentido de que, por ser expresión de ciertos principios morales valiosos, tiene una dimensión moral intrínseca no equivale a sostener que sea justo desde

⁵² BARRO, R., «Democracy and the Rule of Law», cit., pp. 209-210.

⁵³ NORTH, D. C., WALLIS, J. J., y WEINGAST, B. R., *Violence and Social Orders*, cit., pp. 21-25.

⁵⁴ Por ejemplo, HART, H., *El concepto de derecho*, cit., p. 261, cuando señala que «un concepto restringido que niega validez jurídica a las reglas inicuas puede cegarnos frente a ellas», es decir, que la vinculación del derecho a la justicia nos impide percibir con claridad lo injustos que pueden llegar a ser los ordenamientos jurídicos.

⁵⁵ No porque sea correcta, sino porque nos remite a un marco distinto al de este trabajo. No hay que olvidar que el propio Fuller fue objeto de esa acusación, aunque mi impresión personal es que Fuller está más próximo a un iuspositivismo ético o normativo que a planteamientos iusnaturalistas. Al respecto, PEÑA FREIRE, A., *Legalidad y orden jurídico*, cit., pp. 153-159.

todos los puntos de vista morales posibles. Existen otros principios morales que compiten con los principios constitutivos de los órdenes jurídicos y que, según el caso, nos pueden, incluso nos deben, llevar a excepcionar los principios vinculados a la legalidad. Raz⁵⁶ ha advertido sobre esa posibilidad, al afirmar que los órdenes jurídicos pueden presentar déficits significativos desde el punto de vista de otros principios de la moralidad, pues los principios morales intrínsecos a la idea de legalidad son parte del ideal mayor de la justicia, pero no la agotan⁵⁷. Desde este punto de vista, habría que distinguir entre el mal derecho como consecuencia de la injusticia de las decisiones políticas (*public policy*) que lo animan y el mal derecho que no satisface el ideal de la legalidad⁵⁸.

En segundo lugar, si afirmamos que el derecho tiene una dimensión moral intrínseca vinculada a su forma característica, no estamos afirmando que el contenido del derecho sea también justo por esa sola razón, ni que exista el deber de obedecer sus normas con independencia de qué sea lo que disponen. El mérito moral de la forma del derecho no se trasmite directamente a su contenido ni a todo su contenido, es decir, que no implica que lo establecido en las reglas esté siempre necesariamente justificado. Un orden jurídico podrá tener o no mérito moral en función de cuáles sean los valores en que se inspiran sus disposiciones o los fines que persiguen quienes a través de él gobiernan, pero necesariamente tendrá cierto mérito moral por el hecho de que esos valores o esos fines son realizados dando al control social una forma jurídica y no mediante el recurso o despliegue de otros métodos de control. Como se aprecia, el valor moral del derecho al que me refiero reside estrictamente en su forma propia y no se transmite al contenido de sus disposiciones.

3.2 El sobredimensionamiento de la naturaleza social del derecho

La segunda razón que explica la resistencia de muchos filósofos del derecho a considerar la posibilidad de que el derecho tenga un valor moral intrínseco es consecuencia de cierto sobredimensionamiento de la tesis que insiste en su naturaleza social, es decir, del sobredimensionamiento de su naturaleza convencional.

Es el convencionalismo –la última y, en mi opinión, más reputada variante del positivismo jurídico dominante– el que más ha incidido

⁵⁶ RAZ, J., *The authority of law*, cit., p. 229.

⁵⁷ Los principios inherentes a la legalidad son un componente de la justicia conforme a la cual valoramos en un sentido total las normas y decisiones jurídicas desde un punto de vista moral (cfr. SIMMONDS, N., *Law as a Moral Idea*, cit., p. 5). La justicia implica una valoración más amplia, que abarca cuestiones como la distribución de las cargas y beneficios de la cooperación social, la proporcionalidad de los castigos, etcétera.

⁵⁸ SELZNICK, R., «Sociology and Natural Law», cit., pp. 95-100.

en ese planteamiento. Según los convencionalistas, el derecho es una práctica social, en el sentido de que es un fenómeno humano, mundano o artificial y no ideal ni natural, lo que significa que no existe al margen de las acciones, creencias y actitudes de los seres humanos, pues su existencia es completamente dependiente de la acción humana⁵⁹. Los convencionalistas extienden la naturaleza convencional del derecho a los criterios de validez de sus normas, es decir, a la naturaleza de la regla de reconocimiento. Esto significa que la identificación del contenido del derecho y la determinación de su existencia dependen exclusivamente de hechos sobre la conducta humana susceptibles de ser descritos en términos valorativamente neutros y aplicados sin ningún argumento moral⁶⁰. De este punto de vista, qué normas forman parte del derecho es algo que depende de un hecho o práctica social y no de nuestras convicciones a propósito de su justicia⁶¹. Expresado en términos de Gardner⁶², lo que el convencionalismo vendría a sostener es que para todo sistema jurídico, si una norma es jurídicamente válida y forma parte de ese sistema jurídico, es algo que depende de sus fuentes y no de sus méritos, donde fuentes se refiere al hecho de que en algún tiempo y lugar la norma haya sido proferida, promulgada, emitida, invocada, aceptada o que de algún modo se haya hecho manifiesta por algún agente y méritos apunta al mérito moral de la norma, a su conveniencia o adecuación al caso o al agente que la dicta o a los agentes a los que se dirige, etcétera⁶³.

⁵⁹ En este sentido, por ejemplo, VILAJOSANA, J. L., «Una defensa del convencionalismo jurídico» en *Doxa*, núm. 33, 2010, pp. 472-473, para el que el término «convencional» en afirmaciones como «el derecho es un hecho convencional» puede ser interpretado como sinónimo de social y como lo opuesto a natural. El derecho sería entonces convencional porque no es algo natural, sino algo artificial, es decir, una creación humana. En sentido amplio, por tanto, decir que el derecho es convencional equivale a sostener que no existe naturalmente, sino que depende de los hombres, de sus acciones, creencias y actitudes. En este sentido, ARENA, F., «Persiguiendo la tesis convencionalista», en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 5, 2013, p. 53.

⁶⁰ RAZ, J., *The Authority of Law*, cit., pp. 39-40.

⁶¹ En ese sentido, VILAJOSANA, J. L., «Una defensa del convencionalismo jurídico», p. 472, al distinguir entre lo convencional y lo basado en convicciones. NARVÁEZ, M., *Wittgenstein y la teoría del Derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 280, ha formulado el contraste entre convención y convicción señalando que mientras que, en el primer caso, actuamos como lo hacemos porque los demás lo hacen, en el segundo haríamos lo que hacemos incluso si nadie lo hiciera.

⁶² GARDNER, J., «Legal Positivism: 5 ½ Myths», en *American Journal of Jurisprudence*, núm. 46, 2001, pp. 199-227.

⁶³ Un planteamiento similar, el de BAYÓN, J. C., «El contenido mínimo del positivismo jurídico», en Zapatero Gómez, V. (coord.), *Horizontes de la filosofía del derecho: homenaje a Luis García San Miguel Gómez*, vol. 2, 2002, p. 37 y «Derecho, convencionalismo y controversia», en Navarro P. y Redondo, M. C. (comps.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, 2002, p. 57, quien señala que la tesis social significa que la existencia y el contenido del derecho, es decir, qué es y qué dispone el derecho, dependen exclusivamente de determinados hechos sociales complejos y que, en particular, no depende de la

Sin embargo, afirmar que el derecho es un fenómeno social o que la validez de sus normas depende de ciertos hechos sociales no es incompatible con la afirmación de que es un fenómeno intrínsecamente moral⁶⁴. Esto es algo sobre lo que llama la atención el propio Gardner⁶⁵, quien se cuida de no identificar la tesis iuspositivista convencionalista con la tesis de quienes celebran la positividad (*positivity-welcomers*) del derecho, en clara referencia a los iuspositivistas éticos o normativos. De esta distinción de Gardner se sigue que se puede celebrar la positividad del derecho sin que eso implique ni celebrar lo positivado ni que lo positivo pierda, por así decirlo, su carácter por el hecho de ser celebrado. Por la misma razón, se puede celebrar la legalidad sin celebrar lo legislado y sin que la naturaleza social de los órdenes jurídicos se desvirtúe por el hecho de que su forma es celebrada. La hipótesis según la cual el derecho podría tener algún valor moral como práctica de gobierno o como método de control social es plenamente compatible con una concepción convencionalista de su naturaleza y de los criterios que precisan su contenido.

Hay aún una razón para no considerar incompatible la tesis convencional del derecho y la tesis que afirmara la dimensión moral de su forma: los valores o principios morales que confieren al derecho su dimensión moral son parte de la práctica social misma en que el derecho consiste y no un atributo de naturaleza no-convencional. Y es que existen hechos que incluyen valores en sí mismos. Fenómenos y prácticas sociales como la amistad, la educación, la ciudadanía, el liderazgo (como algo opuesto al mero dominio), las relaciones afectivas, la paternidad (como relación distinta del mero engendramiento biológico), el consenso, la razón, la opinión pública, la cultura o la democracia son análogos al derecho en el sentido de que son sistemas de normas, están inspirados por un valor o ideal rector, suponen cierto compromiso de sus practicantes con valores y, de otro lado, están

argumentación o evaluación moral. Acto seguido, advierte («El contenido mínimo», cit., p. 39) que una consecuencia lógica de esa tesis es la no conexión identificatoria entre derecho y moral que vendría a sostener que nada es derecho por el simple hecho de ser justo y que nada deja de ser derecho por el hecho de no ser justo. La razón es obvia: si se asume que «la existencia y el contenido del derecho están determinados por hechos sociales complejos, entonces, por definición, su identificación no depende de ninguna otra cosa (y por tanto no depende de ninguna clase de evaluación ni argumentación moral)».

⁶⁴ Sobre esta cuestión, también García Figueroa, quien subraya que el convencionalismo jurídico, por construirse sobre la contraposición entre la naturaleza convencional del derecho y la naturaleza no convencional de la moralidad, no puede sino caer en la trivialidad cuando se ve confrontado a las tesis que sostienen que la moral también es convencional. Según GARCÍA FIGUEROA, A., en *Criaturas de la moralidad*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 39-41, el constructivismo ético «disuelve la idea ampliamente extendida de que el Derecho es obra o producto de la voluntad de los hombres por oposición a la moral considerada como un criterio de evaluación independiente de la voluntad de los hombres». Me he referido también a esta cuestión en PEÑA FREIRE, A., *Legalidad y orden jurídico*, cit., pp. 94-99.

⁶⁵ GARDNER, J., «Legal Positivism: 5 ½ Myths», cit., p. 205.

sujetos a fuerzas y presiones que inhiben o dificultan la realización plena del ideal. Esos fenómenos y prácticas sociales y las acciones y comportamientos de quienes los forman están indisolublemente vinculados al compromiso con la realización de un valor que los define⁶⁶. Su estudio pone de manifiesto que hecho y valor están vinculados y nos habilita para percibir que existen valores latentes entre los hechos sociales⁶⁷: el estudio de la amistad, por ejemplo, no puede llevarse a cabo sin evaluar en qué medida vínculos interpersonales se aproximan al ideal que la define y ese ideal lo encontramos implícito en la práctica de quienes constituyen el fenómeno y no fuera de ella. Reducir el amor o la familia o la democracia a comportamientos de contornos precisos o dar cuenta de esas prácticas de un modo abstemio y neutral es describirlas de un modo erróneo, no porque no haya falsa amistad y falsas democracias, sino porque incluso en esos casos, se pone de manifiesto una dimensión más elevada de las prácticas, que, de algún modo, han de satisfacer un ideal que les es constitutivo. Los valores, generados por la dinámica interna de esas prácticas sociales, deben ser comprendidos si queremos definir y comprender el sentido de su práctica matriz⁶⁸, pues cualquiera de esas prácticas es ininteligible sin considerar su dimensión normativa, ya que no son simples interacciones o vínculos, sino interacciones o vínculos con un sentido normativo definido en función de un ideal⁶⁹. Lo mismo ha de ocurrir con el derecho. En este caso, la legalidad es el ideal o estándar normativo del derecho: este ideal ha sido engendrado en la propia práctica en que el derecho consiste y, como tal, pertenece al mismo, aunque también define su idealidad y sirve como criterio de valoración de las prácticas concretas a través de las que el derecho se manifiesta.

4. EL CONTENIDO DE LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO.

Mi propuesta es considerar al ideal de la legalidad como el contenido de la constitución del Estado de derecho. Como señalé, la constitución del Estado de derecho no es un añadido contingente al derecho mismo: no es un conjunto de valores o principios que se proyectan sobre el derecho desde una moralidad política externa y que se convierten en

⁶⁶ SELZNICK, P., «Sociology and Natural Law», cit., pp. 86-87.

⁶⁷ SELZNICK, P., *Law, Society, and Industrial Justice*, Nueva York, Russell Sage Foundation, 1969, p. 90.

⁶⁸ KRYGIER, M., *Philip Selznick. Ideals in the World*. Stanford, Stanford University Press, 2012, p. 116.

⁶⁹ Un argumento similar el de PUTNAM (cfr. «Valores y normas», en PUTNAM, H. y HABERMAS, J., *Normas y valores*, De Vega Encabo, J., y Gil Martín, F. J. (eds.), Madrid, Trotta, 2008, p. 55, relativo a los conceptos éticos densos. Agradezco a F. J. Ansuátegui que me pusiera sobre la pista de este planteamiento.

valores y principios jurídicos cuando son proclamados constitucionalmente, sino que son parte del derecho mismo. La constitución del Estado de derecho está formada por una serie de valores morales que reclaman una cierta forma de control social. Los principios de legalidad son la expresión normativa de esos valores referida al modo de ejercicio del control social, es decir, a la forma en que ha de gobernarse un grupo para autorizar a decir que el poder se ejerce en forma jurídica. Me referiré a ambos –principios y valores– a continuación.

4.1 Los principios de legalidad

La enumeración de los principios de legalidad de Fuller⁷⁰ es quizás la más conocida⁷¹. Los principios de generalidad, publicidad, prospectividad, posibilidad, coherencia, inteligibilidad, estabilidad y congruencia definen la forma del derecho. Lejos de una lectura moral de los principios que apunte a su afinidad con principios materiales de justicia, me interesa destacar que son condiciones que disciplinan la actividad de quienes pretenden gobernar en forma jurídica, pero que, como tales, son intrínsecamente morales⁷². Son las condiciones que deben satisfacerse suficientemente si se quiere tener éxito en la tarea de construir un orden jurídico, es decir, que son condiciones constitutivas del orden jurídico. Una sociedad gobernada con manifiesto desprecio a los principios –porque las leyes son secretas o retroactivas o sistemáticamente ignoradas por las autoridades al momento de ejercer la coacción estatal, etcétera– no tiene derecho: el control social no sería experimentado por sus destinatarios como jurídico, ni identificado como tal por quienes lo observaran. Son, por tanto, condiciones que afectan fundamentalmente a la forma del derecho, es decir, al modo en que ha de gobernar quien pretende hacerlo jurídicamente o a los procesos y métodos de ordenación social que configuran un orden jurídico. Son principios internos o constitucionales del derecho y no principios externos o extralegales adjetivamente impuestos al derecho como meros rasgos posibles o contingentes que podría presentar⁷³. No me extenderé más en este

⁷⁰ FULLER, L., *The Morality of Law*, 1.ª ed., cit., pp. 46-91.

⁷¹ Otras enumeraciones muy gráficas en LOVETT, F., *A Republic of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 209-211.

⁷² Como señala DYZENHAUS, D., «The Idea of a Constitution. A Plea for a *Staatsrechtslerhe*», cit., pp. 721-722, los principios de legalidad no forman parte de una lista de principios de justicia externos al derecho mismo, es decir, que no son estándares morales sustanciales que se introducen al derecho como consecuencia de alguna fuerza natural misteriosa. Son principios definitorios de los procesos jurídicos y de los métodos de ordenación que definen el control jurídico. Están, por tanto, en relación con la forma del derecho y no con sus productos y, por esa razón también, atañen al derecho como un todo y no a sus particulares normas.

⁷³ El planteamiento es análogo al de LAPORTA, F. J., *El imperio de la ley*, Madrid, Trotta, 2007, p. 18, cuando señala que el «imperio de la ley no es otra cosa que una

punto, pues me interesa más indagar en los valores morales de los que los principios son expresivos y que son la fuente última de su valor moral y del valor moral del derecho mismo.

4.2 Los valores morales constitutivos del ideal de la legalidad

Junto a los principios de legalidad, existen ciertos valores morales que son su fundamento y que también forman parte de la constitución del Estado de derecho. Son valores morales en sustancia, pero son originariamente jurídicos, porque los principios de legalidad, constitutivos de la forma del derecho, son su expresión normativa. ¿Cuáles son estos valores? Pendiente una elaboración más en detalle, me referiré a cuatro: control de la violencia arbitraria, limitación del poder del gobernante, reconocimiento de la capacidad de actuar del individuo y libertad individual como independencia de la voluntad de los otros.

4.2.1 *Control de la violencia arbitraria*

La violencia y la arbitrariedad son moralmente reprobables. A nadie le gusta sufrir violencia, ni ser tratado de modo arbitrario, ni, por supuesto, ser objeto de coacción arbitraria. Así las cosas, si el derecho reduce o, de algún modo, minimiza el riesgo que tienen los individuos de ser víctimas de violencia y coacción arbitrarias, será portador de un inherente valor moral.

Para comprobar que esto ocurre, tengamos en cuenta que el Estado de derecho existe en la medida en que los principios de legalidad se respeten cuando los grupos reaccionan formal o institucionalmente para ejercer coacción sobre sus miembros o lo que es lo mismo cuando el ejercicio de la coacción institucional se hace depender del incumplimiento de reglas previamente anunciadas⁷⁴. Esto significa que la existencia de un Estado de derecho presupone que se han

apuesta moral implícita en favor de la autonomía personal». Difiere, sin embargo, en el grado de vinculación del imperio de la ley como valor con el derecho mismo: para LAPORTA, F. J., «Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz», en *Doxa*, núm. 15-16, p. 134, ese valor «no es algo inherente a la mera existencia empírica del orden jurídico [...] sino que es un postulado metajurídico, una exigencia ético política o un complejo principio moral que está más allá del puro derecho positivo». Desde mi punto de vista, esa vinculación es mucho más intensa, pues se expresa necesariamente en la forma misma del derecho.

⁷⁴ Sobre este asunto, PEÑA FREIRE, A., *Legalidad y orden jurídico*, cit., pp. 96-102.. Un planteamiento distinto es el de Laporta, quien parece dar por existente al orden jurídico cuando aparece un agente con capacidad para imponerse violentamente a quienes pretenden ignorarlo, aunque después destaca la importancia de la existencia de reglas para que los individuos puedan conocer de antemano cuándo se producirán las reacciones de ese agente soberano. Cfr. LAPORTA, F. J., *Imperio de la ley*, cit., pp. 61-67.

resuelto dos problemas⁷⁵: (a) el *problema del orden social*, que exige limitar el ejercicio de la fuerza a los agentes públicos y minimizar las expresiones sociales o informales de la violencia, lo que se logra cuando los gobernantes monopolizan efectivamente el uso legítimo de la fuerza sobre la población radicada en un territorio dado y cuando también protegen a quienes pretenden obedecer a las autoridades frente a quienes intentan impedirlo por la fuerza⁷⁶. (b) El segundo es el *problema de la constitucionalización del uso de la fuerza (problem of constitutionalism)*: la monopolización del recurso a la violencia en manos de agentes públicos no sería soportable si esos mismos agentes hicieran un uso inapropiado de la fuerza que ostentan o si, por alguna otra razón, su uso resultara opresivo o degradante para los individuos que lo padecen como lo es un uso puramente arbitrario⁷⁷. Esto es lo que se evita cuando se satisfacen los principios de legalidad, que exigen que la coacción de las autoridades se exprese de acuerdo a lo que disponen, es decir, que la actividad de los agentes públicos coercitivos quede limitada a la aplicación de las reglas jurídicamente válidas y que los agentes solo reaccionen coactivamente contra los individuos cuando estos hayan incumplido normas anunciadas. Una expresión como esa de la violencia no es arbitraria. De ese modo, cuando el recurso a la violencia está constitucionalizado no es verdad que tenga que ser percibido como necesariamente arbitrario.

En definitiva, el Estado de derecho es la situación que existe cuando el ejercicio de la violencia puede llevarse a cabo exclusivamente por parte de agentes públicos y condicionado al incumplimiento de reglas de comportamiento previamente anunciadas. En la medida en que esta situación reduce la posibilidad de padecer violencia social arbitraria y contribuye a que el ejercicio de la violencia institucional no sea identificable como una forma arbitraria de violencia es manifestación del compromiso con el valor moral del control de la violencia arbitraria.

4.2.2 *Limitación del gobernante*

Un segundo valor moral del Estado de derecho es la limitación del poder del gobernante. El gobierno mediante reglas del comportamiento de los individuos es un modo apropiado de lograr que el ejercicio del control social sea respetuoso con ese valor, pues presupone una concepción necesariamente limitada del poder que lo ejerce. En un Estado de derecho, el gobernante no puede por razones conceptuales expresar-

⁷⁵ LOVETT, F., *A Republic of Law*, cit., pp. 100-101.

⁷⁶ Sobre este último particular, SIMMONDS, N., *Law as a Moral Idea*, cit., p. 102.

⁷⁷ Es más, probablemente una situación así podría incluso ser más indeseable que una situación en la que la violencia se ejerce arbitrariamente de modo difuso, pues las posibilidades de defensa de cada individuo son reducidas frente a los agentes monopolísticos.

se en cualquier forma, ni ostentar un poder irrestricto. Fuller⁷⁸ se refirió a esta limitación que él localizó implícita en la naturaleza de la relación que se da entre quien pretende gobernar mediante reglas el comportamiento de otro y aquel cuyo comportamiento es gobernado por reglas: el primero, en cierto modo, le dice al segundo que las reglas que da son las reglas que tiene que cumplir y que si lo hace, tiene la seguridad de que no será sancionado, pues esto solo le sucederá si las incumple⁷⁹. No se puede coaccionar a los gobernados en casos distintos a los anunciados en las reglas: el principio de congruencia entre las reglas anunciadas y la acción oficial exige que los gobernantes se abstengan de castigar a quienes han cumplido las reglas, ya que han de limitarse a castigar a quienes las incumplieron y precisamente en razón de ese incumplimiento⁸⁰. El derecho es, por estas razones, incompatible con una concepción ilimitada del poder del gobernante. El orden jurídico es radicalmente incompatible con el orden caracterizado por un ejercicio omnímodo e irrestricto del poder en el que los súbditos están absoluta e incondicionadamente sometidos a la voluntad del gobernante, independientemente de su fondo y forma⁸¹.

4.2.3 Reconocimiento de la capacidad libre para actuar de los individuos

El tercer valor moral del Estado de derecho es el reconocimiento de la autonomía y capacidad de actuar de los individuos. El propósito definitorio de todo orden jurídico es gobernar el comportamiento de los individuos mediante reglas y las reglas son un tipo de directiva que necesariamente presupone la autonomía y capacidad para actuar de los individuos a los que se dirige.

Es así porque las reglas son directivas generales autoejecutables, es decir, directivas que se refieren a acciones posibles sobre las que individuos con capacidad de actuar tienen cierto control rector y que dejan cierto espacio abierto para la intervención del agente en su ejecución, que, por ejemplo, habrá de decidir si se refieren a él, si cumplirlas o cómo o cuándo hacerlo. Las reglas son diferentes a las directivas específicas, que no son generales y, por tanto, no dejan espacio para la

⁷⁸ FULLER, L., *The Morality of Law*, 1.^a ed., cit., pp. 39-41 y *The Morality of Law*, 2.^a ed., cit., pp. 216-217.

⁷⁹ A la idea de reciprocidad, como rasgo de la relación de legalidad y fundamento de su normatividad, se ha referido ELEFThERiADiS, P., «Legality and Reciprocity», cit., p. 12.

⁸⁰ Al respecto, SIMMEL, G., *The Sociology of Georg Simmel*, cit., p. 181, para el que incluso los gobernantes tiránicos que respaldan sus órdenes con amenazas severas a sus súbditos quedan también subordinados por ellas, pues por radical que sea el castigo, el tirano se compromete implícitamente con el súbdito a no imponerle uno más grave.

⁸¹ En este sentido, por ejemplo, SIMMONDS, N., *Law as a Moral Idea*, cit., pp. 4-5, SELZNICK, P., «Sociology and Natural Law», cit., pp. 95-100, y *Law, Society, and Industrial justice*, cit., pp. 8-11.

intervención del agente. Las directivas específicas, cuya forma canónica sería algo así como «tú haz esto ahora», son equivalentes a lo que resultaría si quien las da materialmente moviera al sujeto pasivo en el sentido deseado. Las reglas son también diferentes a los principios, en el sentido de que, en estos casos, la intervención del sujeto pasivo es prácticamente plena, porque los principios no condicionan su acción en un sentido significativo⁸².

La importancia de esa capacidad libre para actuar (*free agency*) como principio constitutivo del derecho ha sido destacada por Fuller y, recientemente, por Rundle. Ambos se han interesado por su conexión con la forma del derecho, pues el reconocimiento y respeto de la capacidad para actuar no es un objetivo o límite impuesto desde fuera al derecho, ni un añadido contingente que permita cualificarlo como deseable o justo desde un punto de vista externo al derecho mismo. La capacidad para la acción es parte de la propia forma del derecho en tanto que empresa por la que se gobierna mediante reglas el comportamiento de sus destinatarios⁸³. La forma del derecho, por tanto, incluye a un individuo con capacidad para actuar y para comprender e interactuar con normas y presupone el compromiso con la concepción del individuo como agente responsable, capaz de entender y seguir las reglas y responsable, por esa razón, de sus fracasos⁸⁴.

4.2.4 *Libertad frente a la voluntad de los otros y adjudicación de las reglas*

Una manera de garantizar que los individuos son libres en el sentido de que no están incondicionalmente sometidos a la voluntad de nadie es gobernarlos mediante reglas conforme a las que resolver sus conflictos y pretensiones. Para que esto sea posible y no quede en una mera pretensión, es necesario que el gobierno de las reglas sea distinguible de lo que se daría si los individuos estuvieran siendo gobernados de

⁸² Es así, al menos, en las versiones más radicales de los principios: un principio que, por ejemplo, señalase que «cuando sea conveniente, se ha de hacer lo adecuado» no condiciona a prácticamente nada antes de que cada una de las ocasiones en que se especifica cuándo es conveniente y qué es lo adecuado. Sin embargo, de una regla que dispusiese algo así como que «si hace frío, el más próximo a la ventana debe cerrarla» sí se sigue un condicionamiento significativo al margen de la especificación de la regla en cada uno de sus casos. Lógicamente, también es posible pensar en principios no tan extremos y, tendencialmente, difíciles de distinguir de versiones extremadamente generales de reglas. No voy a elaborar aquí, desde luego, una ontología completa de las diferencias entre directivas específicas, reglas y principios, aunque me he referido con algo más de extensión a ese asunto en PEÑA FREIRE, A., *Legalidad y orden jurídico*, cit., pp. 76-87.

⁸³ Al respecto, RUNDLE, K., *Forms Liberate*, cit., p. 98, y FULLER, L., *The Morality of Law*, cit., p. 162.

⁸⁴ FULLER, L., *The Morality of Law*, cit., p. 162. A este mismo valor, desde una perspectiva próxima, se ha referido LAPORTA, F. J., *El imperio de la ley*, cit., esp., pp. 17-37.

modo arbitrario, es decir, si estuvieran incondicionalmente sometidos a la voluntad de alguien. Esto último sucedería, por ejemplo, si los conflictos y pretensiones de los individuos los resolviera el gobernante según su criterio sobre el modo en que deberían haberse comportado los individuos en una situación ya acaecida y no según lo exigido por la regla que había anunciado para ese tipo de situaciones, es decir, si el gobernante dictara una disposición singular *ex post facto*.

De ahí la necesidad de que los conflictos se adjudiquen, es decir, que se resuelvan según las reglas anunciadas y no según la voluntad de quien las dio. Ahora bien, la adjudicación no puede llevarse de cualquier modo: el mero hecho de que alguien, formalmente considerado como juez, diga resolver un caso según una regla no convierte a este proceso en algo conceptualmente distinguible de lo que ocurre cuando alguien está incondicionalmente sujeto a la voluntad de otro⁸⁵. Para evitar esta asimilación conceptual y evitar que la adjudicación sea distinta de la situación que se daría si los conflictos o pretensiones de los individuos se resolviesen arbitrariamente y no conforme a las reglas anunciadas, es necesario cumplir con dos condiciones implícitas en los principios de legalidad: (a) Es necesario garantizar la participación de las partes en el proceso mediante la presentación de pruebas y argumentos relativos a las reglas que consideren relevantes y (b) es necesario que el juez resuelva tras considerar las pruebas y los argumentos presentados⁸⁶.

Cuando el juez solo puede decidir lo que la regla exige para el caso en el marco de un proceso en el que está garantizada la *participación de los afectados* mediante la presentación de las pruebas y argumentos sobre lo que exigen las reglas que consideren relevantes y cuando, adicionalmente, el juez está normativamente obligado a adoptar una actitud *abierta o considerada* a las alegaciones de las partes, la solución no puede decirse equivalente a la que se da en un proceso de decisión en el que el juez decide arbitrariamente porque, por ejemplo, interpreta la regla exclusivamente según su propio criterio. En un genuino procedimiento adjudicativo, no es necesariamente verdadero que los individuos estén siendo gobernados arbitrariamente por el juez, ni puede afirmarse que dependen exclusivamente de su voluntad, pues el juez no puede decidir ignorándolos ni ignorando su criterio sobre lo que se debía haber hecho según las reglas dispuestas desde un punto de vista socialmente razonable. Así las cosas, cuando las partes están siendo gobernadas en función de reglas son libres en tanto que no son depen-

⁸⁵ Pensemos en lo que sucedería si, por ejemplo, el supuesto juez resolviera consultando al legislador para interesarse por sus preferencias en el caso y si construyera su solución al caso en función de esas preferencias expresadas después del hecho por quien dio la regla.

⁸⁶ El desarrollo de esta concepción de la adjudicación está en FULLER, L., «Forms and Limits of Adjudication», en *Harvard Law Review*, vol. 92, núm. 2, 1978, pp. 369 ss.

dientes de la voluntad de los otros⁸⁷. Al adjudicar de ese modo y garantizar que la aplicación de la regla al individuo no es arbitraria se respeta el valor de la libertad como independencia.

5. CONCLUSIÓN

Todo lo dicho pone de manifiesto que el derecho, en tanto que método de control social, definido como tal en función del grado de satisfacción de los principios de legalidad, es expresivo de ciertos valores morales que, simultáneamente, lo fundamentan y lo constituyen. Los principios de legalidad definen la forma del derecho y, a la vez, son la expresión normativa para el control social de los valores morales que conforman el ideal de la legalidad. Por esta razón, los principios de legalidad y los valores que les son subyacentes son la constitución del Estado de derecho. El control de la coacción arbitraria, la limitación del poder, la autonomía y capacidad libre del individuo para actuar por sí mismo y la libertad del individuo frente a la voluntad de los otros garantizada en los procesos adjudicativos, todos ellos valores morales socialmente reconocibles, se ven expresados y garantizados cuando el poder y el control social se expresan jurídicamente, es decir, en la medida en que exista un orden jurídico. Es decir, el gobierno del comportamiento de los individuos mediante reglas conforme a los principios de legalidad necesariamente es una forma de realizar esos valores y esa realización será tanto mayor cuanto más respetuoso sea el control social con lo exigido por los principios de legalidad. Es en este sentido que el derecho es una forma de justicia.

⁸⁷ Un planteamiento similar en SIMMONDS, N., *Law as a Moral Idea*, cit., p. 101, o LOVETT, F., *A Republic of Law*, cit., pp. 114 ss. Sin embargo, crítico con esta vinculación entre libertad y Estado de derecho es Laporta, quien la considera peregrina y opta por mostrar que es la autonomía individual –al fin y al cabo, otra forma de libertad– la apuesta moral implícita del principio de legalidad. Cfr. LAPORTA, F. J., *El imperio de la ley*, cit., p. 90.

Crónica de una guerra encubierta:
los derechos fundamentales derrotados¹

*Chronicle of a covert war:
fundamental rights defeated*

SONIA ESPERANZA RODRÍGUEZ BOENTE
Universidad de Santiago de Compostela

RESUMEN

El debate entre el positivismo legalista y el neoconstitucionalismo no es nuevo, pero tampoco se puede considerar superado. El presente trabajo intenta contribuir al mismo alineándose del lado del positivismo legalista como una teoría que permite defender en mayor medida el principio de imperio de la ley y, en última instancia, la libertad humana. Para ello se propone el abandono del uso de determinados términos que ponen en peligro los mencionados principios.

Palabras clave: derechos fundamentales, principios, reglas, positivismo legalista, neoconstitucionalismo, derrotabilidad, ponderación.

ABSTRACT

The debate between statutory-based positivism and neoconstitutionalism is not new, but neither can it be considered superseded. This paper attempts to

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación MINECO-Retos de la Sociedad 2016 «Conflictos de Derechos y producción normativa» (Acrónimo PRONORM), DER2016-74898-C2-2-R, dirigido por Pablo Raúl Bonorino Ramírez.

contribute to such debate on the side of statutory-based positivism as a theory that allows us to defend to a greater extent the principle of the rule of law and, ultimately, human freedom. To this end, the paper suggests we should abandon the use of certain terms that endanger these principles.

Keywords: *fundamental rights, principles, rules, legalistic positivism, neoconstitutionalism, defeasibility, balancing.*

No he escatimado dramatismo en el título, sobre todo por la utilización de la palabra guerra. Mi intención era, y espero haber conseguido mi objetivo, despertar la atención del lector. Y, de paso, desvelar ya desde un principio uno de los objetivos, cierto que instrumental, que me propongo con mi trabajo, y que es el de poner en evidencia que el uso de las palabras y del lenguaje en general no es aséptico ni inocente, sino que encierra intenciones e ideologías.

Y es que, en los últimos veinte o veinticinco años, esto es, transcurrido ya un tiempo desde la aprobación de los textos constitucionales en la vieja Europa, y más de 70 desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial, hemos asistido, en el ámbito jurídico, sobre todo en los países de derecho continental, pero no solo, a un proceso de invasión e incursión (y seguimos con la terminología bélica) y generalización en el uso de una serie de términos jurídicos. Veamos cuáles:

- Neoconstitucionalismo.
- Principios, en oposición a reglas.
- Ponderación.
- Derrotabilidad².
- Positivismo jurídico incluyente (Incorporacionismo) o Postpositivismo. Proceso éste que ha ido acompañado de una paulatina relegación en el uso de otros términos que en su día se consideraron auténticas conquistas del Estado de Derecho: Verbigracia:
 - Legalidad o Imperio de la Ley.
 - Regla.
 - Subsunción.
 - Positivismo jurídico (a secas).

Mi principal objetivo será someter a crítica tal proceso, resucitando el espíritu de una obra de Piero Calamandrei, que escribió en el año 1944 y que tituló *Sin legalidad no hay libertad*³. Y, con ello, continuar contribuyendo a la lucha en defensa del imperio de la ley, personificada en nuestro país principalmente, aunque por supuesto no en exclusiva, por el prof. Franciso Laporta⁴.

² Utilizo esta palabra, a pesar de que no la reconoce el DRAE, por pertenecer al lenguaje usual de los teóricos del Derecho.

³ CALAMANDREI, P., *Sin legalidad no hay libertad*, trad. y prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2016.

⁴ *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007. En una recensión a esta obra, Manuel Atienza escribe sobre la preferencia de Laporta entre los pares de

Como ven, por tanto, no voy a decir casi nada que no se haya dicho ya, y seguro que mejor que lo haré yo, pero que sigue siendo necesario repetir porque, desde mi modesto punto de vista, el imperio de la ley continúa estando en peligró.

Mi posicionamiento parte, por supuesto, de una cierta ideología. Estoy convencida de que el proceso que someramente he descrito no es conveniente para el Estado de Derecho. Y es que mantener una determinada concepción de los derechos fundamentales como principios derrotables, que también pueden derrotar reglas; o defender que los conflictos entre ellos se deben resolver a través de la casuística de la ponderación, son propuestas que responden, a su vez, a una concreta ideología que no es, desde luego, la que me propongo defender⁵.

Y voy a criticar tal proceso, en segundo lugar, porque creo que muchos de los autores que se alinean a favor del mismo, incurren en algunos equívocos teóricos de los que intentaré dar cuenta: el primero, y uno de los más importantes a mi modo de ver: cuando hablamos de Constitución como texto que incluye derechos fundamentales nos seguimos moviendo en el ámbito de la Legalidad. Y es que, haciendo abstracción de la normativa supranacional, nuestra legalidad actual tiene en su cima legalidad constitucional, esto es innegable, pero legalidad, al fin y al cabo. El segundo, el equívoco existente en torno al concepto de conflicto normativo, sobre el que volveré más adelante.

Si nos preguntamos por las causas que nos han conducido hasta donde estamos, debemos hablar de dos autores. Por un lado, Ronald Dworkin⁶ y por otro, Robert Alexy⁷. Dworkin puso de

conceptos descritos: «En su método expositivo juega un papel destacado una serie de contraposiciones más o menos clásicas del pensamiento jurídico: normativismo frente a decisionismo, reglas frente a principios, ley frente a constitución, subsunción frente a ponderación, positivismo frente a constitucionalismo, interpretación literal frente a interpretación teleológica y valorativa, etcétera. Laporta no es proclive a intentar algo así como una síntesis superadora, sino que el *leit motiv* de su obra consiste más bien en resaltar el valor profundo que subyace a cada uno de los conceptos que aparecen en primer lugar en cada diada y en combatir la tendencia contraria (a subestimar ese valor o a poner excesivamente el énfasis en los otros conceptos de cada par)»: ATIENZA, M., «Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta», *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, núm. 39, octubre 2009, pp. 205-223, pp. 206-207. Recensión aparecida con anterioridad en *Derecho PUCP* (Pontificia Universidad Católica del Perú). *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 61, 2008, pp. 307-326.

⁵ Laporta lo expresa de forma muy clara: «(...) no es la aparición de la Constitución lo que cambia la teoría, sino que es la teoría lo que cambia la manera de ver la Constitución». *Ibidem*, p. 218.

⁶ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2002, (1.ª ed., 5.ª reimp.), Trad. Marta Guastavino, título original *Taking rights seriously*, Duckworth, London, 1977.

⁷ ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002 (tercera reimp.), trad. Ernesto Garzón Val-

manifiesto la incapacidad del positivismo jurídico para dar cuenta de un tipo de normas, distintas a las reglas y que, a su juicio también forman parte del ordenamiento jurídico: los principios, que debían ser identificados, además, por los aplicadores del Derecho, de un modo sustancialmente distinto a las reglas. Defiende Dworkin también una concepción del Derecho en continua construcción, un producto que siempre está «haciéndose» y, que a pesar de ello, es capaz de ofrecer la única respuesta correcta para cada supuesto que se plantee.

Es conveniente resaltar un dato que casi siempre se olvida: Ronald Dworkin habla de y para un sistema de *common law*, con lo cual importar su teoría, en bloque y sin matices a nuestro sistema, es cuando menos discutible; advertencia ésta que no sería aplicable a Robert Alexy cuya obra ha tenido y tiene gran predicamento, no solo en la vieja Europa, sino, sobre todo, en América Latina⁸.

Como diagnóstico, a brocha gorda, de la situación actual podemos encontrarnos con dos bandos doctrinales principales. Por un lado, el de los neoconstitucionalistas pro-ponderación y, por otro, el de los legalistas (en el sentido de que para ellos la Constitución es legalidad) contrarios a la ponderación y defensores de la subsunción.

Ambos bandos parten de planteamientos distintos en cuestiones nucleares como son:

- La concepción del Derecho,
- La concepción del Estado Constitucional y el papel de la Constitución como fuente de fuentes.
- Las relaciones entre Derecho y Moral y
- El papel de los aplicadores del Derecho en general y, en particular, del órgano llamado a interpretar de manera concluyente los contenidos constitucionales, en nuestro caso el Tribunal Constitucional.

Para los primeros la aprobación de los textos constitucionales a partir del fin de la segunda guerra mundial supuso un cambio del paradigma normativo existente hasta entonces, y la necesidad de interpretar los derechos fundamentales incorporados a las Constituciones de manera distinta a como se habían interpretado las normas hasta ese momento. Esto es, la necesidad de llevar a cabo una labor de ponderación.

dés (título original *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp-Verlag, 1986); por supuesto que en ese origen podemos encontrar a otros autores como NINO, C., *Derecho, moral y política: una revisión de la teoría general del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994; *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996 (7.^a ed.), o ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 2007 (7.^a ed.), con todo, es innegable que la influencia de Dworkin o Alexy ha sido mucho mayor.

⁸ Una síntesis muy clarificadora sobre la situación de la Filosofía del Derecho de América Latina puede verse en VÁZQUEZ, R., «Filosofía del Derecho en Latinoamérica», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 35, 2012, pp. 833-856.

Además, las normas, sustancialmente los principios, y los derechos fundamentales son considerados por ellos principios, son derrotables, es decir, siempre existe la posibilidad de que una nueva excepción, que incluso puede ser implícita, conduzca a su inaplicación.

Para los segundos, ni es necesario, ni conveniente, trazar esta distinción de momentos pre y post constitucional. Entienden que los derechos fundamentales incorporados a la Constitución se interpretan para trazar sus contenidos y límites, como se hace con cualquier norma, y se aplican utilizando la subsunción⁹.

Con una brocha un poco más fina, deberíamos dar cuenta de una vía doctrinal intermedia, la del constitucionalismo iuspositivista y garantista, representado por Luigi Ferrajoli¹⁰, que a pesar de no ser

⁹ Laporta niega ese cambio de paradigma supuestamente provocado por la aprobación de los textos constitucionales: «A mí lo que me es difícil de aceptar es eso que tú registras como expresión muy usual en estos tiempos: nos hallamos, se dice, ante un nuevo «paradigma», ante una nueva forma de ver el derecho que no tiene que ver con lo anterior. Y más difícil de aceptar, desde luego, si usamos con cierta precisión esa expresión de Kuhn, “paradigma”. Esto ya me parecen palabras mayores y, creo, innecesarias. No veo la Constitución y su inserción en el ordenamiento como algo que altere sustancialmente la teoría del derecho que se ha venido construyendo a lo largo del siglo xx bajo la inspiración del positivismo. Por supuesto que la Constitución introduce ingredientes nuevos que son importantes, sobre todo si se subrayan algunos rasgos como la rigidez, el especial lenguaje de valores y principios, o la aplicabilidad directa, pero no creo que ello dé lugar a una diferencia cualitativa y sustancial entre las teorías que han dado cuenta de las relaciones entre la ley y el reglamento, por ejemplo, y los enfoques nuevos que abordan la relación entre la constitución y la ley. A veces parece que la Constitución ha venido poco menos que a inventar el lenguaje y el derecho. Y esto me parece más bien producto de un énfasis en la norma constitucional quizás bien intencionado, pero equivocado. Desde la óptica teórica de mi libro, el constitucionalismo es importante, pero no es sino una prolongación del ideal del imperio de la ley hasta la norma constitucional. Nada más y nada menos»: ATIENZA, M., «Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta», *op. cit.*, p. 209.

¹⁰ Ferrajoli se sitúa claramente en contra de la posición neoconstitucionalista: «Así pues, este constitucionalismo principialista y argumentativo, de clara matriz anglosajona, se caracteriza, por un lado, por el ataque al positivismo jurídico y a la tesis de la separación entre Derecho y moral; luego, por la tesis de que los derechos constitucionalmente establecidos no son reglas sino, antes bien, principios en virtual conflicto y, por ello mismo, objeto de ponderación y no de subsunción; y, en fin, por la consiguiente concepción del Derecho como una «práctica social» confiada, sobre todo, a la actividad de los jueces. Bajo este último aspecto, puede registrarse una singular convergencia del constitucionalismo principialista o argumentativo con el realismo y también con el que podríamos denominar «neo-pandectismo», en cuanto minan la normatividad del Derecho en relación con los operadores jurídicos. En efecto, pues, según estas tres orientaciones, el Derecho es en realidad lo que hacen los tribunales y, más en general, los operadores jurídicos, y consiste, en última instancia, en sus prácticas interpretativas y argumentativas»: FERRAJOLI, L., «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2011, pp. 15-53, p. 23. Y considera su propia teoría, constitucionalismo garantista, como un iuspositivismo reforzado: «El primer iuspositivismo del Estado legislativo de Derecho equivale a la positivización del «ser» legal del Derecho, que permite la democratización de sus formas de producción, condicionando su validez formal a su carácter representativo, sobre el que se funda

identificable con ninguno de los polos creo que se inclina más hacia la posición positivista pro-subsunción¹¹.

En el seno de la doctrina española es célebre la polémica, que ha llegado casi a límites exacerbados, entre Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado, representante del constitucionalismo y pro-ponderación el primero y del legalismo el segundo¹².

En un ámbito más amplio, que incluiría la doctrina latinoamericana, sin ánimo de exhaustividad¹³ señalaré algunos nombres. Del bando constitucionalista por supuesto, además de Atienza¹⁴, nos encontramos en los orígenes de esta ideología a Carlos Nino, y más recientemente a Ruiz Manero¹⁵, García Figueroa¹⁶, a Bayón

la dimensión *formal* de la democracia política. El segundo iuspositivismo, que es el del Estado constitucional de Derecho, equivale a la positivización del «deber ser» constitucional del Derecho mismo, que permite la democratización de sus contenidos, condicionando su validez sustancial a su coherencia con los derechos de todos que son los derechos fundamentales, en los que se funda la dimensión sustancial de la democracia constitucional»: *ibidem*, pp. 24-25.

¹¹ «Por tanto, el constitucionalismo positivista y garantista se diferencia del constitucionalismo no-positivista y/o principialista por el rechazo de sus tres elementos caracterizadores: a) la conexión entre Derecho y moral; b) la contraposición entre principios y reglas y la centralidad asignada a su distinción cualitativa; c) el rol de la ponderación, en oposición a la subsunción, en la práctica jurisdiccional. Son estos tres elementos los que someteré ahora a análisis, señalando otros tantos riesgos conectados con ellos: a) una suerte de dogmatismo y de absolutismo moral conexo con el constitucionalismo concebido como cognoscitvismo ético; b) el debilitamiento del rol normativo de las constituciones y, por ello, de la jerarquía de las fuentes; c) el activismo judicial y el debilitamiento de la sujeción de los jueces a la ley y de la certeza del Derecho, que, a su vez, debilitan las fuentes de legitimación de la jurisdicción»: FERRAJOLI, L., «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», *ibidem*, p. 28.

¹² *Vid.*, entre otros trabajos, ATIENZA, M. y GARCÍA AMADO, J. A., *Un debate sobre la ponderación*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2012.

¹³ La lista de autores que ofrezco no es exhaustiva: no están todos los que son, pero sí espero que sean todos los que están. El trabajo que ahora se presenta pretende ser el germen de una futura monografía que me permita aumentar el zoom de la imagen y ofrecer una lista lo más completa posible de los autores que se alinean en cada uno de los bandos descritos.

¹⁴ ATIENZA, M., RUIZ MANERO, J., *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, 2004 (2.ª ed. actualizada; 1.ª ed. 1996); ATIENZA, M., RUIZ MANERO, J., *Ilícitos atípicos*, Trotta, Madrid, 2000; ATIENZA, M., RUIZ MANERO, J., «La derrotabilidad y los límites del positivismo jurídico», *TEORDER. Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 5, 2009, pp. 102-127.

¹⁵ «A propósito de un último texto de Luigi Ferrajoli. Una nota sobre reglas, principios, «soluciones en abstracto» y «ponderaciones equitativas», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 35, 2012, pp. 819-832; «Dos enfoques particularistas de la ponderación entre principios constitucionales», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (Suprema Corte de Justicia de la Nación (México). Centro de Estudios Constitucionales), núm. 1 (1), 2015, pp. 119-135.

¹⁶ *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998; *Criaturas de la moralidad: una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 2009.

Mohino (teorizando sobre la derrotabilidad)¹⁷, a Josep Aguiló Regla¹⁸ y Ángeles Ródenas¹⁹.

Por su parte, del bando legalista pro-subsunción podríamos citar, además de García Amado²⁰ a Francisco Laporta (como ya he señalado)²¹, Andrés Ollero²², Jordi Ferrer Beltrán (en alguna ocasión ha dicho que el neo constitucionalismo es la octava plaga bíblica, pernicioso y dañina²³), David Martínez Zorrilla²⁴, Jorge Rodríguez y Germán Súcar (en debate con Bayón)²⁵, y Joaquín Rodríguez-Toubes²⁶; sin olvidarnos de algunos constitucionalistas que han venido a arrimar el hombro como son Ignacio de Otto y Pardo²⁷ y Javier Jiménez Campo²⁸.

Y también es preciso mencionar a dos autores, que han contribuido enormemente a enriquecer el debate, pero de los que no tengo claro en

¹⁷ «Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico», *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 13, octubre 2000, pp. 87-117.

¹⁸ *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000; «El constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2011, pp. 55-71.

¹⁹ *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

²⁰ «¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación», *Revista Iberoamericana de argumentación*, núm. 13, 2016, 22 pp.; «Comentarios sobre los textos de Atienza, García Figueroa y Ferrajoli», *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, pp. 121-129.

²¹ Hay autores que plantean dudas sobre la adscripción de este autor al bando positivista apelando a su trabajo «Sobre el concepto de derechos humanos», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 4, 1987, pp. 23-46. En todo caso, tal adscripción no es discutible si nos fijamos en el pensamiento actual del autor.

²² OLLERO TASSARA, A., *El Derecho en teoría: perplejidades jurídicas para crédulos*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007.

²³ <https://www.youtube.com/watch?v=7196x-8HE0c>: Conferencias: «¿Tiene fundamento el neoconstitucionalismo?».

²⁴ *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

²⁵ «Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del Derecho», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 21 II, 1998, pp. 403-420.

²⁶ *Principios, fines y derechos fundamentales*, Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2000. La adscripción de este autor al bando positivista es discutida por Alfonso García Figueroa, «La otra posición intermedia, M3, también ha sido defendida. Por ejemplo, en nuestro país cabría destacar los planteamientos de Joaquín Rodríguez-Toubes, un no-positivista que cree que los derechos fundamentales funcionan como reglas»: GARCÍA FIGUEROA, A. «Neoconstitucionalismo. Dos (o tres) perros para un solo collar. Notas a propósito del constitucionalismo juspositivista de Luigi Ferrajoli», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2011, pp. 121-137, p. 129.

²⁷ MARTÍN-RETORTILLO, L., DE OTTO Y PARDO, I., *Derechos fundamentales y Constitución*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1992 (Reimp. 1.ª ed. 1988).

²⁸ *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999.

defensa de qué causa se unen. Me refiero a Luis Prieto Sanchís²⁹ y Josep Joan Moreso³⁰.

Pues bien, una vez descrito el campo de batalla, vayamos con el botín. Y es que es necesario analizar esos nuevos conceptos incorporados al lenguaje jurídico por el constitucionalismo y neoconstitucionalismo: En concreto, me centraré en los conceptos derrotabilidad (y al hilo de ésta, conflicto normativo), ponderación y las nuevas relaciones establecidas por el neoconstitucionalismo entre Derecho y Moral.

Empecemos por el concepto derrotabilidad. La mayor parte de los autores constitucionalistas pro-ponderación, defiende la distinción entre principios y reglas. Los derechos fundamentales constitucionales serían principios, como ya he dicho. La diferencia esencial entre ambos tipos de normas sería que las reglas determinan con carácter exhaustivo tanto los supuestos de hecho a los que se aplican como las excepciones a su aplicación, y, por tanto, no serían derrotables o, si se admite su derrotabilidad, desde luego se hace con carácter excepcional.

En cambio, los principios son esencialmente derrotables. Y recordemos: los derechos fundamentales se consideran principios; y esto merece ya un primer comentario. Resulta cuanto menos paradójico que los llamados derechos fundamentales incorporados al texto situado en la cumbre de la pirámide normativa precisamente por su carácter de fundamentales, se consideren «esencialmente derrotables».

Para la facción constitucionalista pro-ponderación entre los derechos fundamentales pueden producirse conflictos; conflictos que no se pueden solventar con los clásicos procedimientos de resolución de antinomias: no puede aplicarse el criterio jerárquico, porque todos están situados en el mismo nivel normativo; tampoco el criterio cronológico, puesto que todos fueron aprobados en el mismo momento; ni el de especialidad, porque todos son ley general.

Por otro lado, estos autores coinciden en afirmar que los conflictos entre derechos fundamentales se aprecian en el momento aplicativo, no antes. Me interesa resaltar este rasgo, y que se deben resolver caso a caso a través de la ponderación, lo cual ha llevado a algunos autores a concluir que lo que en realidad se pondera no son los principios en juego, sino las circunstancias de hecho presentes en cada caso, que con-

²⁹ PRIETO SANCHÍS, L., *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1997. A juicio de García Figueroa, «Prieto se nos revela como un constitucionalista que defiende un positivismo severo, pero al mismo tiempo principialista, por cuanto no renuncia a la concepción de los derechos fundamentales como principios ni a la ponderación como método de su aplicación»: GARCÍA FIGUEROA, A., «Neoconstitucionalismo. Dos (o tres) perros para un solo collar. Notas a propósito del constitucionalismo juspositivista de Luigi Ferrajoli», *ibidem*.

³⁰ MORESO, J. J., *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1997.

ducen a aplicar una norma u otra; exactamente lo mismo que se hace con las reglas. Es lo que mantiene, por ejemplo, Ferrajoli³¹.

Con todo, Alexy y otros autores, conceden que a través de ese proceso ponderativo podemos extraer una regla de prevalencia que podrá servir *pro futuro*, para casos semejantes.

Pues bien, en torno al concepto de conflicto normativo en general, y conflicto entre derechos fundamentales en particular, desde mi punto de vista existe un equívoco teórico, como adelantaba antes; equívoco cuya existencia se intuye en la obra de algún autor, pero que no he encontrado manifestado de forma clara, con lo cual deduzco que lo que ocurre en realidad es que, quien escribe estas líneas es quien se equivoca. A pesar de lo cual, no me resisto a plantearlo.

Para abordar este equívoco puede resultarnos de gran ayuda la distinción entre disposición normativa y norma. Desde mi punto de vista los conflictos normativos, esto es, entre normas, no existen, son realidades que, simplemente, no están en el mundo. Los conflictos reales, los que sí existen y están en el mundo, son los conflictos entre disposiciones jurídicas que pugnan por acoger en su supuesto de hecho posiciones fácticas o situaciones de hecho, que son los que, precisamente, están llamados a ser resueltos por las normas.

En cierto sentido, se podría decir que la doctrina ha concentrado toda su atención en el derecho (derecho constitucional en este caso) en sentido objetivo, y se ha olvidado del derecho en sentido subjetivo que, como sabemos, se identifica con los poderes de actuación que una persona tiene. La norma resuelve el conflicto entre, al menos, dos expectativas de legitimidad, que desean ser avaladas por el derecho. Si no lo

³¹ «Tengo la impresión de que en la base de esta concepción de la ponderación como elección del principio de más peso, es decir más justo o más importante, que debe ser aplicado en lugar de otros, existe un equívoco que se refiere al objeto de la ponderación misma. Esta opción, se afirma, se produce siempre ocasionalmente en relación con el *caso concreto* sometido a juicio. “Bajo otras circunstancias”, afirma por ejemplo Alexy, “la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se sostiene que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso”. En consecuencia, debemos preguntarnos si, quizás, lo ponderado por los jueces “en los casos concretos” no son los principios, sino, más bien, las circunstancias de hecho que en tales casos justifican su aplicación. Es claro que desde este punto de vista no cabe apreciar diferencias de carácter epistemológico entre la argumentación constitucional según principios y la argumentación ordinaria conforme a reglas: la ponderación se produce en cualquier actividad jurisdiccional donde se dé el concurso de varias normas diversas, sean reglas o principios. Pero tiene por objeto no las normas a aplicar, sino, antes bien, las circunstancias de hecho previstas por las mismas a los fines de calificar jurídicamente y connotar equitativamente el caso sometido al juicio. Las normas, ya sean reglas o principios, son siempre las mismas y tienen siempre, por tal motivo, igual peso. Los que cambian, los que son siempre irrepetiblemente diversos y deben, por tanto, ser pesados, son los hechos y las situaciones concretas a las que las normas son aplicables»: FERRAJOLI, L., «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», *op. cit.*, pp. 47-48.

hace así, algo habremos hecho mal al configurar esa norma, porque solo una de expectativas debe estar legitimada por el derecho.

En el ya clásico ejemplo del «conflicto» entre derecho al honor y derecho a la libertad de expresión, la auténtica lucha se produce, no entre los artículos 18 y 20 de la Constitución Española, sino entre la expectativa de una parte, normalmente la demandante, que entiende que la parte a la que demanda ha atentado contra su honor e invoca el artículo 18, y la expectativa del demandado convencido de que la misma está avalada por el artículo 20: conflicto entre pretensiones de legitimidad de la propia posición fáctica.

Un conflicto en concreto no es, pues, un conflicto normativo, sino un conflicto entre disposiciones jurídicas: una vez interpretadas éstas, el supuesto conflicto se diluye. Y ésta es la confusión teórica que creo se produce en el seno de la doctrina en general, pero más en el ámbito de la doctrina neoconstitucionalista pro-ponderación.

Ellos definen los conflictos como aquellos en los que no es posible (por parte del agente) comportarse de acuerdo con lo que ordenan dos normas del sistema. Veámoslo aplicado a un ejemplo concreto. Supongamos que me extralimito en el ejercicio de mi derecho a la libertad de expresión profiriendo insultos contra alguien, acción que no está amparada por ese derecho, y que atenta contra el honor de la persona a la que van dirigidos: en ese caso no estoy contraviniendo solo el artículo 18 de la Constitución, sino también el 20: una vez interpretados estos artículos, llegamos a la conclusión de que mi acción no se recoge entre los supuestos de hecho (en el universo de casos, que diría Moreso³²) de ninguna de las dos normas. No es una excepción establecida por el artículo 18 a la protección del derecho al honor; y no entra tampoco en el universo de casos de la libertad de expresión.

Decía antes que hay autores en los que se intuye esta posición cuando hablan de la existencia de «antinomias en concreto»; aunque hay que reconocer que la gran mayoría hablan de antinomias en abstracto como auténticas inconsistencias lógicas, definiéndolas como aquellas situaciones en las que la realización de la conducta está simultáneamente permitida y prohibida. Y en esto discrepo. La conducta está, desde mi punto de vista, prohibida por ambas normas.

Por lo tanto, entiendo que hay posiciones de poder concreto lícitas e ilícitas. Y ello con independencia de que el universo de casos (UC) pueda ir variando a lo largo del tiempo: debido a desarrollos legislativos o, ante la ausencia de concreción legislativa, debido a los cambios en la interpretación jurisprudencial que, en todo caso, deberá seguir su propio precedente mientras que no encuentre razones de peso para modificarlo.

³² MORESO, J. J., *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, *op. cit.*, p. 172: «A partir de este universo de propiedades relevantes se genera un universo de casos (UC) relevante. Estos casos (genéricos) deben ser caracterizados de forma que puedan tener como instancias determinados casos individuales».

Por ello, sobre el concepto «derrotabilidad», entiendo que una norma no derrota a otra, sino que una posición jurídica es legítima o no lo es. ¿Es que la norma que regula el homicidio sale derrotada cuando se aplica legítima defensa? Por supuesto que no. Simplemente que una situación en que se mata por legítima defensa no entra en el supuesto de hecho de la norma (no disposición normativa) reguladora del homicidio. No es que en un principio (en T1) se aplicase la norma del homicidio y más tarde (en T2) se decidiese derrotarla. No. Nunca fue aplicable.

Cuando decimos que las antinomias se resuelven por los clásicos criterios cronológico, jerárquico y de especialidad en realidad estamos hablando de normas cuyo ámbito de aplicación (temporal, espacial, material o personal) son distintos. Cambia el universo de casos a los que se aplican. Ergo: no existe conflicto entre esas normas.

Prueba de que los conflictos se producen entre expectativas que pretenden ser, ambas, posiciones jurídicas legítimas, ejercicio legítimo de un derecho subjetivo, entre disposiciones normativas y no entre normas, es la existencia en el seno de nuestro propio texto constitucional de dos disposiciones que llevan ahí, sin luchar entre sí, ni dar ningún tipo de problema, desde 1978: me refiero al artículo 14 (que consagra el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación por, entre otras razones, el sexo) y el 57.1, que regula la sucesión a la corona y que dispone que «La sucesión en el trono seguirá el orden regular de primogenitura y representación, siendo preferida siempre la línea anterior a las posteriores; en la misma línea, el grado más próximo al más remoto; en el mismo grado, el varón a la mujer, y en el mismo sexo, la persona de más edad a la de menos».

Desde luego, la preferencia del varón sobre la mujer no se puede fundar, en este caso, en el 9.2 de la Constitución en el que se regula la necesidad de que la igualdad sea real y efectiva, y que sirve de fundamento a la discriminación inversa o positiva: no se trata de compensar una situación de discriminación histórica sufrida por los varones borbones en la sucesión al trono en España.

La necesidad de afrontar realmente el problema hubiese surgido si en el momento en que abdicó el Rey Juan Carlos I, la infanta Elena hubiese reclamado el trono para sí frente a la pretensión del príncipe Felipe; pero lamentablemente no se dio el caso. Si se hubiese dado, habría surgido la necesidad de interpretar ambas disposiciones para llegar al establecimiento de, ahora sí, las normas: y se podría llegar a la conclusión de que la sucesión al trono no se encuentra entre el universo de casos a los que aplicar la prohibición de discriminación por razón de sexo, que es Ley especial frente al artículo 14. Sabemos que el TC fundó la excepción a la no discriminación en el Derecho histórico.

Lo confieso: soy positivista y ahora me pueden decir que obviamente mi opinión sobre la derrotabilidad es coherente con tal credo. Y así es.

Desde una posición tal, las normas no son nunca condicionales derrotables, sino condicionales estrictos. Porque desde mi punto de vista una norma con un condicional derrotable no es una auténtica norma. Se podría llegar a decir que el concepto «norma derrotable» es una *contradictio in terminis* porque la derrotabilidad conduce a la anomía. Y es que una norma derrotable no sirve para justificar ninguna decisión judicial. El destinatario de la norma siempre puede llegar a pensar que en su caso se hará una excepción, por lo que el concepto de obligatoriedad se desvanece; y el aplicador siempre se preguntará si en ese caso no habrá una excepción a la aplicación de la norma: si no, tendrá que derrotarla.

La visión positivista del Derecho, defensora de la tesis de las fuentes sociales, parte de que es posible identificar todas las disposiciones jurídicas vigentes de un sistema. Y una vez identificadas, es necesario interpretar tales disposiciones normativas con el fin de obtener normas, entendidas como condicionales estrictos.

Es cierto también que la reconstrucción de tales condicionales puede ser muy trabajosa porque puede suceder, y ocurre con cierta frecuencia, que la identificación de la norma completa nos obligue a un análisis de otras muchas disposiciones. Y por eso hay autores que opinan que tal operación es desde un punto de vista pragmático, una tarea ardua, fatigosa. Pero ¿qué sería de la vida sin trabajo?³³ Pero, en todo caso, hablamos de derrotabilidad epistémica, en palabras de Laporta, fácilmente subsanable aumentando nuestro conocimiento del ordenamiento jurídico. Así que, mejor no utilizar el término «derrotabilidad»³⁴.

³³ RODRÍGUEZ, J., «La derrotabilidad de las normas jurídicas», en *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2003, p. 99: «cualquier formulación normativa podría considerarse derrotable en virtud de consideraciones ulteriores fundadas en la interpretación que quepa atribuir a las restantes formulaciones del sistema. Pero esto no es más que señalar que la interpretación es un proceso que se desenvuelve en el tiempo, en cuyo transcurso podemos adquirir mayor información que obligue a revisar lo hecho hasta entonces, y que no es posible determinar el significado de una formulación normativa tomada en forma aislada, sino que debe atenderse al contexto en el cual ella ha sido formulada (...). Si se acepta la idea positivista de que el derecho en cada momento es el resultado de un conjunto de actos de creación normativa, como ese conjunto es finito, el número de normas que lo integren también lo será, de modo que en la reconstrucción racional de cada norma del sistema, como resultado final del proceso de interpretación, se podrá, al menos desde un punto de vista teórico, especificar todas y cada una de las condiciones suficientes para el surgimiento de las soluciones normativas establecidas. Que en la práctica ello sea muy engorroso, o que ni siquiera resulte necesario llevarlo siempre a cabo, no significa que las excepciones implícitas provengan de fantasmagóricas normas implícitas o consideraciones valorativas subyacentes».

³⁴ Para Martínez Zorrilla, «No obstante, hay un modo alternativo de entender las normas jurídicas que no exigiría el recurso a los condicionales derrotables (...). Esto es, mediante condicionales estrictos que toman en cuenta todas las normas del sistema (para recoger todas las excepciones). (...) desde una concepción positivista

Otro de los conceptos incorporados al lenguaje jurídico por la facción neoconstitucionalista es el término ponderación. De hecho, la mayor parte de la doctrina que ha abordado la distinción entre reglas y principios considera que el único criterio que se ha demostrado útil para distinguir ambos tipos de normas es que, para su aplicación, las primeras utilizan la subsunción y la solución es generalizable, mientras que los segundos se aplican ponderando y la solución solo vale para el caso concreto.

La ponderación genuina, denominada por algunos autores, ponderación particularista, consiste en el balanceo, en el peso, de un derecho fundamental y otro, teniendo en cuenta todas las circunstancias particulares presentes en el caso, para dar prevalencia a uno sobre otro. Y con todo, se trataría de una jerarquía móvil, de tal manera que, ante otro caso futuro, semejante al actual, pero en el que se produzca el cambio de una de sus circunstancias, la prevalencia puede ser otra. Siempre puede haber una excepción implícita que lleve a la inaplicación de un derecho fundamental.

Existiría un segundo tipo de ponderación, la llamada universalista, que consistiría en la construcción de reglas de conflicto que servirían también para el futuro. Es ésta la concepción de ponderación defendida por Robert Alexy, como señalé antes, y por otros autores constitucionalistas. Es el tipo de ponderación que mantiene también Atienza, para quien es uno de los tres esquemas básicos de la argumentación jurídica, junto con la subsunción y la adecuación. Para este autor, además, se trata de un procedimiento residual para los tribunales inferiores, puesto que están sujetos a la ponderación efectuada por los tribunales superiores o por el legislador y no es opuesta a la subsunción; de hecho, la ponderación bien entendida incluye la subsunción: se pondera para pasar de los principios a las reglas y, una vez obtenidas éstas, se procede a la subsunción. Pero no solo ello,

del derecho, que gracias a la tesis de las fuentes sociales permitiría identificar todo el material jurídico (conjunto de disposiciones normativas), junto con las operaciones de interpretación correspondientes, sería lógicamente posible reconstruir todas las normas del sistema como condicionales estrictos, estableciendo condiciones suficientes de sus soluciones normativas (así, en lugar de decir que matar a otro es una condición derrotable para el deber de sancionar, se diría que matar a otro, más no ser menor de edad, más no actuar bajo estado de necesidad, más no actuar bajo legítima defensa, más no actuar bajo miedo insuperable, y así con el conjunto total de condiciones, es la condición estricta del deber de sancionar). Cuestión distinta es que desde un punto de vista empírico y pragmático resulte extremadamente difícil y fatigoso llevar a cabo tal tarea. La conclusión destacable, sin embargo, es que estrictamente hablando, siempre bajo una concepción positivista del derecho, no habría normas genuinamente derrotables, ya que el problema de la derrotabilidad queda reducido a un problema epistémico y no conceptual o estructural»: MARTÍNEZ ZORRILLA, D., *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, *op. cit.*, p. 225.

Atienza mantiene que el principio de universalidad exige que la regla así obtenida sea aplicada en el futuro³⁵.

Desde mi punto de vista, este segundo tipo de ponderación, la universalista, no se diferencia de la interpretación y, por ello, ni es necesario, ni conveniente introducir este nuevo concepto³⁶. Con todo, por lo que respecta al planteamiento de Manuel Atienza, el peligro se encuentra en lo que podríamos denominar la «ocasión de ponderación», esto es, cuándo se pondera. Y a este respecto el autor señala que un juez puede ponderar cuando bien no existe regla que regule el caso (caso de laguna normativa) o bien, cuando existe una laguna axiológica (esto es, hay regla, pero al juez no le gusta). Lo cual quiere decir, en palabras de Atienza que «la ponderación puede evitarse al menos cuando se trata de una laguna axiológica (creada en cierto modo por el intérprete); el que deba o no hacerse depende de una pluralidad de circunstancias pero en general, lo que justifica la ponderación es evitar el formalismo jurídico; por eso, la equidad viene a ser una forma de ponderación (entre el principio de certeza y el de justicia sustantiva)».

³⁵ ATIENZA, M., «Dos versiones del constitucionalismo», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2011, pp. 73-88, pp. 79-80. Años antes, Atienza y Manero escribían: «Cuando los destinatarios son los jueces, los principios sirven de guía de comportamiento cuando (...) no existen reglas específicas que se apliquen a un caso, cuando estas son indeterminadas en su formulación, o cuando aparece algún tipo de desacuerdo entre las reglas y los principios que las justifican. En tales supuestos, el juez lleva a cabo una *ponderación* entre principios, cuyo resultado es precisamente una regla. Por eso, tiene pleno sentido decir que los principios no determinan directamente (es decir, sin la mediación de las reglas) una solución. Precisamente por lo anterior, puede decirse (desde otra perspectiva) que la distinción entre reglas y principios solo tiene pleno sentido en el nivel del análisis *prima facie*, pero no una vez establecidos todos los factores, esto es, a la luz de todos los elementos pertenecientes al caso de que se trate, pues entonces la ponderación entre principios debe haber dado lugar ya a una regla»: *Ilícitos atípicos*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 19-20. Martínez Zorrilla acepta también sin problemas la ponderación universalista: «(...) parece que el peligro provocado por la amenaza particularista no sirve para rebatir la posibilidad de construir sistemas de conflicto universalistas que resuelvan todos los casos de conflicto entre dos principios constitucionales y que permitan un razonamiento estrictamente subsuntivo ante los mismos. (...) Metodológicamente hablando, la concepción universalista de la ponderación es posible y la más indicada desde una perspectiva racional de resolución de conflictos»: MARTÍNEZ ZORRILLA, D., *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, *ibidem*, p. 236.

³⁶ Incluso Manuel Atienza concede lo cerca que está la ponderación de la interpretación en determinados supuestos: «A mí, (...) me parece que ponderación e interpretación son procedimientos que se entre cruzan y que, en ocasiones (como en la de la tortura) se hace bastante difícil distinguirlos (...). Con ello no estoy diciendo que sea lo mismo una cosa y la otra. Yo creo que hay muchos casos de interpretación —digamos— ordinaria o *stricto sensu*, en los que no tiene sentido hablar de ponderación. Y que cuando sí tiene sentido hacerlo es cuando la interpretación supone un ejercicio de discrecionalidad superior al de los otros casos»: ATIENZA, M., GARCÍA AMADO, J. A., *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, *op. cit.* pp. 100 y 102.

No está de más subrayar el peligro que representa la defensa de las llamadas lagunas axiológicas, cuya existencia se deja al arbitrio de los aplicadores del Derecho, como reconoce el propio Atienza.

Con todo, mayor peligro representa la llamada ponderación particularista puesto que conduce a la casuística total. En virtud de la misma, los derechos fundamentales se pueden excepcionar en aplicación de principios implícitos que ni siquiera tienen que ser otro derecho fundamental.

Derechos que excepcionan derechos; derechos que excepcionan reglas. Excepciones a reglas que pueden ser, no solo explícitas, sino también, en el contexto de la derrotabilidad disposicional de Alchourrón, «implícitas», que serían aquellas que se presume que el legislador tenía disposición a aceptar e «indeterminadas» (que no se sabe si el legislador tenía o no la disposición a aceptar) pero que, por si acaso, sostiene Atienza, que es mejor aceptar³⁷. Con todo ello, el activismo judicial está sirviendo y el principio de legalidad tocado de muerte.

Con razón Prieto Sanchís habla en este sentido de judicialismo neoconstitucionalista que utiliza «técnicas desaplicadoras de la ley»³⁸. Con lo cual, dice Prieto, el control concentrado de constitucionalidad

³⁷ Escribe Manuel Atienza en debate con García Amado: «La idea de que las normas no pueden ser derrotadas (...) me parece muy difícil de defender y, en caso de hacerse, ello conduciría a una concepción de tal rigidez que dudo pueda ser la tuya. Hace poco estuve releendo un texto de Alchourrón sobre esto de la derrotabilidad. Defiende ahí (el trabajo se llama “Sobre Derecho y lógica”; quizás lo hayas leído) un enfoque “disposicional” de la derrotabilidad (...). Para él, todas o, por lo menos, la mayor parte de las normas (incluidas, pues, las normas legislativas) son derrotables, en cuanto poseen excepciones implícitas. (...) Según Alchourrón, una determinada condición (no expresada por el legislador) sería una excepción implícita (...) si puede decirse que el legislador tenía, en el momento de promulgar la norma, una disposición a aceptarla. Habría también condiciones que no son excepciones (si la disposición del legislador fuese a no aceptarla). Y, en fin, condiciones que están indeterminadas como excepción (no cabría hablar de una disposición ni a favor ni en contra, por parte del legislador). (...); Pero qué hacer con las posibles condiciones que están “indeterminadas” desde la perspectiva del legislador? ¿No podrían ser nunca admitidas como excepciones, esto es, las convertirías todas en no excepciones? Me parece que eso sería, francamente, muy poco razonable» en ATIENZA, M., GARCÍA AMADO, J. A., *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, *ibidem*, pp. 97-98.

³⁸ En el contexto de una obra de ingeniería social que incluye los siguientes pasos:

1.º El aplicador no duda de la constitucionalidad de la ley que debe aplicar porque si así fuera tendría que plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad, pero sí

2.º Sí considera que esa ley es injusta o inadecuada para regular el caso concreto que tiene ante sí, por conducir al sacrificio desproporcionado de otro principio o derecho fundamental. Y así,

3.º Construye un conflicto entre el principio que está detrás de la regla a aplicar y el otro principio o derecho en conflicto.

4.º Pondera ambos principios.

5.º Aplica el principio que excepciona la aplicación de la regla que no se invalida, pero sí sale derrotada: PRIETO SANCHÍS, L., *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, p. 29.

de las normas se ha convertido, en la práctica, en un control difuso. Lo cual resulta totalmente criticable por ser contrario a nuestro estado de derecho. Es decir, otra regla derrotada.

Para muestra un botón. En nuestro sistema jurídico existen derechos fundamentales constitucionales como puede ser el derecho de defensa, o el derecho a un proceso con todas las garantías, el derecho al secreto de las comunicaciones, etc., que conllevan la exclusión de la prueba obtenida ilegalmente vulnerando tales derechos, regla que se recoge en el artículo 11.1.º de la LOPJ, segundo inciso: «No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales».

Y esa depuración afecta, tal como dispone el artículo 11 de la LOPJ no solo a la prueba directamente obtenida de la fuente vulneradora de derechos fundamentales, sino también a la indirectamente extraída de la misma: se consagra el llamado efecto reflejo de la prueba ilícita, en virtud de la llamada «conexión de antijuridicidad».

Pues bien, la jurisprudencia, a partir de 1998 aproximadamente, ha ido vaciando de contenido esta regla de exclusión de la prueba ilícita y de la refleja a ésta a través de principios supuestamente implícitos que funcionan como excepciones, como son la buena fe de los agentes, el descubrimiento inevitable, el hallazgo casual, la fuente independiente, la ponderación de intereses, la autoincriminación del imputado en el plenario, etc.

Y ¿a resultas de qué creó la jurisprudencia estos instrumentos? Pues como resultado de una ponderación entre, por un lado, el principio (ni siquiera constitucional) consistente en el interés público en la obtención de la verdad procesal y la eficaz persecución de los delitos y, por otro, esos otros derechos fundamentales, ponderación que se saldó en contra de estos últimos. Además, no estamos hablando en este caso de un conflicto *inter privatos*, sino de un conflicto entre mi derecho fundamental frente a la acción del Estado: David contra Goliat.

Cierto es también que la última jurisprudencia en la materia de los últimos tres o cuatro años ha vuelto al redil del garantismo, pero nadie nos asegura que esa dirección no vuelva a torcerse en un futuro. Ante lo cual me pregunto ¿Es conveniente jugarnos los derechos a la carta de la buena o mala voluntad de los jueces? Pienso que no. Pero se hace. Y ello se debe a la configuración de los derechos fundamentales como principios, y no como reglas, que claramente conduce a su debilitamiento.

Por lo tanto, es conveniente, desde mi punto de vista, volver a utilizar los términos interpretación y subsunción. Primero, debemos interpretar los derechos fundamentales con el fin de delimitarlos. Delimitación cuya necesidad procede, como acertadamente sostiene

De Otto, de la necesaria interpretación unitaria y sistemática del texto constitucional³⁹.

Delimitación que en ocasiones ha realizado ya el legislador constituyente (pensemos en el art. 20 apartado 4.º: las libertades que reconocen tienen su límite, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia). Además, el legislador puede concretar esa delimitación, siempre que respete el contenido esencial (tal como dispone el art. 53.1); y donde la Constitución y el legislador callan, le corresponderá trazar esos límites al juez, pero con afán de que su concreción valga *pro futuro*, en virtud del principio del respeto al autprecedente.

Pero, en todo caso, el problema de los límites y la delimitación de los derechos fundamentales es un problema de interpretación y no un problema de conflicto entre derechos.

Critica esta forma de ver los derechos fundamentales, con sus parcelas bien delimitadas, Prieto Sanchís (él la denomina la Teoría interna) porque a su juicio participa de un notable cognitivismo⁴⁰. Por eso

³⁹ DE OTTO Y PARDO, I., *Derechos fundamentales y Constitución*, op. cit., p. 143: «Si se limita el alcance de la protección que presta el derecho fundamental, los problemas tratados como limitación para proteger otros bienes constitucionales muestran ser en realidad, cuando se trata verdaderamente de bienes de esa índole, problemas de interpretación sistemática y unitaria de la Constitución en los que no es precisa ponderación alguna de bienes y valores, ni consiguientemente jerarquización de esa naturaleza, sino un examen pormenorizado del contenido de cada una de las normas. No cabe decir entonces que el derecho o libertad deben ceder ante otros bienes constitucionalmente protegidos –por ejemplo, la libertad de conciencia frente al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos– porque aquél tenga un menor peso o un inferior rango, sino que es la propia Constitución la que ha delimitado con una norma la extensión de la protección jurídica dispensada por el derecho, en el ejemplo utilizado no reconociendo nada similar a la objeción de conciencia del contribuyente. Nada, por tanto, de jerarquía de bienes y valores, sino exégesis de los preceptos constitucionales en presencia, determinación de su objeto propio y del contenido de su tratamiento jurídico. En definitiva, interpretación unitaria y sistemática de la Constitución». Y continúa en p. 163: «Y solo la existencia de esta construcción dogmática del derecho permite resolver los problemas a que antes se ha hecho alusión al tratar de los límites y fronteras de los derechos fundamentales y las libertades públicas sin acudir a fórmulas como la ponderación de bienes, la jerarquía de éstos y de los valores, etc., que son, ya se ha dicho, la base para la despositivación de los derechos fundamentales». En la misma línea, hay autores como Ferrajoli que identifican la ponderación jurisdiccional con la interpretación sistemática: «En cuanto a la *ponderación jurisdiccional*, parece poco más que una expresión nueva para denominar a la vieja «interpretación sistemática», conocida desde siempre y practicada por los juristas, consistente en la interpretación del sentido de una norma a la luz de todas las demás del sistema»: FERRAJOLI, L., «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», op. cit., pp. 46-47.

⁴⁰ PRIETO SANCHÍS, L., *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, op. cit., p. 150: «la teoría interna participa de un notable cognitivismo, suponiendo que puede operarse a priori o en abstracto una perfecta delimitación conceptual de los derechos y superar así cualquier indeterminación ya sea en la descripción del supuesto de hecho, ya en la consecuencia o contenido normativo de cada uno de ellos. Un sector de la doctrina alemana, un número no escaso de juristas españoles y el propio Ferrajoli participan, con distintos matices, de esta forma de ver las cosas».

él prefiere la que denomina Teoría externa, que parte de una concepción muy amplia de los supuestos de hecho que describen las normas de derechos fundamentales. Serían principios llamados a luchar con otros derechos fundamentales porque comparten los mismos supuestos de aplicación y la lucha se resolvería en dos fases: la primera subsuntiva y la segunda ponderativa, en la que se sopesa la importancia relativa de cada uno de ellos, de tal manera que, como conclusión, los derechos son derrotables, es decir, están expuestos a nuevas excepciones que no son previsible con anterioridad.

A Prieto la Teoría externa le parece más fecunda porque propicia un ejercicio de justificación más explícito y completo, ya que obliga a tomar en consideración todos los elementos del caso. Además de que ofrece una mayor extensión de los derechos, abriendo la puerta a derechos implícitos⁴¹.

Siento discrepar de mi admirado Prof. Prieto. Desde mi punto de vista, la teoría interna no tiene por qué conducir al cognitivismo; ello solo ocurriría si pretendemos utilizar en la interpretación de los derechos fundamentales una supuesta moral crítica, pero no si utilizamos la moral social, y seguimos hablando de fuentes sociales del Derecho. El mismo Prieto concede dos cosas: que los defensores de esta teoría no tienen por qué abrazar el esencialismo moral, por un lado, y, por otro, que la teoría interna parece garantizar la fuerza o intensidad de los derechos «evitando su negociación y eventual sacrificio en nombre del principio de utilidad».

Y, en relación con esta apreciación de Prieto, y como último elemento de nuestro botón, el neoconstitucionalismo defiende una nueva relación entre el derecho y la moral de la que no puede dar cuenta, nos dicen, el positivismo jurídico, en concreto, su tesis de la separación entre ambos órdenes.

Defienden los neoconstitucionalistas que la Constitución incorpora contenidos morales y anima a utilizar el razonamiento moral en su aplicación. Bayón, por ejemplo, es muy claro a este respecto, cuando afirma que en los estados constitucionales actuales la regla de reconocimiento incorpora principios morales básicos⁴². Por su parte, el bando opuesto reniega de tal incorporación. Para Laporta, por ejemplo, para describir de forma exhaustiva el derecho no es necesario participar de ninguna convicción moral, ni para determinar lo que el

⁴¹ PRIETO SANCHÍS, L., *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, pp. 95 ss. y p. 152.

⁴² BAYÓN, J. C., «Proposiciones normativas e indeterminación del derecho», en *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, op. cit., pp. 60-61: «(...) para los sistemas jurídicos de los estados constitucionales es sustancialmente verdadera la noción de “incorporacionismo” o “positivismo incluyente”, en el sentido propuesto por Coleman: la regla de reconocimiento de estos sistemas ha convertido en parte del derecho principios morales básicos».

derecho exige en un supuesto en concreto es preciso compartir los valores incorporados al Derecho⁴³.

Además, mantiene esta ideología, que algunas normas tienen carácter de normas jurídicas por sus cualidades morales (a pesar de no poder ser identificadas a través de las fuentes sociales) mientras que otras, que sí son reconocidas a través de ese tipo de fuentes, dejan de serlo por tener un contenido injusto⁴⁴. Si esto no es Iusnaturalismo, y perdonenme la ironía, que baje Dios y lo vea.

Cuestión distinta al nivel de existencia y reconocimiento de normas es su justificación o fundamentación. Claro que ahí se encuentra la moral. Jorge Rodríguez lo tiene claro⁴⁵. Pero los principios y

⁴³ En palabras del autor: «Por lo que a mí respecta, sigo pensando que no es convincente afirmar que para hacer una descripción exhaustiva del derecho (ofrecer un concepto del derecho) se tenga que participar de alguna convicción moral, que en el discurso sea preciso incluir desde dentro algún postulado moral. Y tampoco, naturalmente, que para alcanzar una conclusión sobre lo que el derecho de un país dicta para un supuesto de hecho sea necesario comulgar con los valores o bienes incorporados a ese derecho o ponerlos fundados»: ATIENZA, M., «Entrevista a Francisco Laporta», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 38, 2015, pp. 554-577, p. 564.

⁴⁴ En palabras de Ángeles Ródenas, «(...) al menos en lo que a los sistemas jurídicos desarrollados se refiere, hay determinadas ocasiones en las que hacer depender la identificación del derecho de juicios de valor no solo no contraviene lo que el derecho requiere de los jueces y demás aplicadores del derecho, sino que, por el contrario, viene exigido por éste. En concreto, sostengo que los juicios de valor operan en el momento de la aplicación del derecho en un doble sentido: haciendo, por un lado, que normas que, de acuerdo con los criterios autoritativos fijados en el sistema de fuentes, no serían identificables como derecho, resulten ser, no obstante, aplicables y, por otro lado, que normas autoritativamente identificadas como derecho resulten, pese a ello, inaplicables. En el primer caso las consideraciones valorativas operarían como condición suficiente de la juridicidad, ya que permiten identificar como jurídicas normas que, de acuerdo con los criterios autoritativos del sistema de fuentes, no lo serían. Mientras que, en el segundo caso, las consideraciones valorativas serían condición necesaria de la juridicidad, ya que permiten excepcionar, o incluso invalidar, el derecho basado en los criterios autoritativos reconocidos en las fuentes»: RÓDENAS, Ángeles., *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*, op. cit., p. 17. En todo caso, las apreciaciones del juez/jueza sobre la necesidad de hacer caso omiso de la identificación de las normas de acuerdo con criterios autoritativos, parte de que es más oportuno el juicio de éste que el del legislador que creó la norma. Es más, en ocasiones, la norma es derrotada porque el juez/jueza estiman que existe un error en el compromiso entre razones de primer orden que actúa como justificación subyacente a la regla: «(...) nada excluye –nos dice Ángeles Ródenas– que el juicio de prevalencia entre razones que opera como justificación de una regla esté mal construido. Esta consideración nos permite hablar también de derrotabilidad en el nivel de las justificaciones subyacentes a las reglas (D2). Hablamos de derrotabilidad en este nivel cuando, a la luz de otros compromisos o juicios de prevalencia entre razones, que se hallan implícitos o explícitos en otras normas jerárquica o axiológicamente superiores del sistema jurídico y que son aplicables al caso en cuestión, se aprecia un error en el propio compromiso entre razones de primer orden que opera como justificación subyacente de la regla»: *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*; op. cit., pp. 40-41.

⁴⁵ RODRÍGUEZ, J., «La derrotabilidad de las normas jurídicas», en *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez*

Pero algunos autores neoconstitucionalistas defienden, en cierto sentido, el objetivismo moral al afirmar que la objetividad de un acuerdo (el origen de las normas serían las convenciones) no radica en la convención explícita, sino en los criterios tácitos de corrección que subyacen a la misma, que no tienen por qué coincidir con lo que la comunidad opina. Por ello, quien esto mantiene, debe abrazar algún tipo de objetivismo moral⁴⁷. Otros afirman claramente la existencia de una conexión intrínseca y conceptual entre el Derecho y la moral, en el sentido de que hay un fragmento del razonamiento justificativo judicial que es moral⁴⁸.

tener cualquier contenido (...). Si con la apelación al constructivismo (de Dworkin, pero también del neoconstitucionalismo) se ha pretendido sustituir el solipsismo por el diálogo y la autonomía por la heteronomía, lo que no puede pretenderse al mismo tiempo es fundar normas morales y jurídicas al margen del juego democrático esto es, al margen del derecho positivo, ni invalidar normas surgidas de ese mismo procedimiento. Y a la inversa, si se quiere mantener la idea de que algunas normas morales ingresan al derecho por su contenido moral (aunque no hayan sido aprobadas de acuerdo con el procedimiento democrático) y que algunas normas jurídicas pierden su condición de tal por ser injustas, entonces la apelación al principio democrático como única fuente de justicia tampoco es correcta. (...) Sin embargo, desde el neoconstitucionalismo se manejan al tiempo estos argumentos. Tomado en su conjunto, el neoconstitucionalismo resulta así contradictorio, tanto como puedan serlo el iusnaturalismo y el constructivismo: que algunas normas ostenten carácter jurídico por sus cualidades morales u otras pierdan tal carácter por su contenido injusto son tesis que se pueden sostener desde el iusnaturalismo que considera que la moral externa al derecho identifica éste, pero no desde la óptica de la ética del discurso que hace del procedimiento democrático la fuente de la justicia o moralidad: si estamos dispuestos a identificar la moral a través del Derecho, entonces la moralidad deja de desempeñar papel alguno en la identificación del derecho».

⁴⁷ RÓDENAS, Á., *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivism jurídico*, pp. 119 y 121: «...lo que fundamenta la objetividad de una convención no son los acuerdos explícitos realmente existentes, sino los criterios tácitos de corrección que subyacen a la misma. Por tanto, más allá de donde se extienden esos acuerdos explícitos, se puede hablar de criterios tácitos compartidos; puede afirmarse que en algún sentido existen las convenciones, aunque haya controversia acerca de su contenido»: esto último, casi mágico, se asemeja a lo que defendería Dworkin. Y sigue «Nótese que la objetividad de los hechos de los que esta concepción pretende dar cuenta se apoya en un conjunto de creencias y actitudes compartidas, de ahí que la concepción puede seguir siendo considerada como convencionalista, aunque para este tipo de convencionalismo los criterios de corrección de un concepto no coincidan sin más con lo que la comunidad explícitamente sostiene al respecto (...) A cualquier órgano jurisdiccional que desarrollara una argumentación como la anterior se le presupone la asunción de alguna forma de objetivismo moral. El órgano jurisdiccional incurriría en una contradicción pragmática si trata de fundar su hipótesis respecto del derecho implícito en una reconstrucción de los criterios tácitos compartidos por la comunidad jurídica y, simultáneamente, sostuviera que no es posible dotar de un fundamento racional a los juicios de valor».

⁴⁸ «O sea, hay aquí una dimensión importante del Derecho, desde la cual tiene pleno sentido afirmar la existencia de una conexión intrínseca y conceptual entre el Derecho y la moral. No quiero decir con ello, claro está, que el razonamiento justificativo jurídico (judicial) se identifique sin más con el moral. Quiero decir que hay un fragmento de ese razonamiento que es moral y que, por ello (esa es una de las consecuencias prácticas de la tesis), los jueces necesitan, como cuestión interna a su prácti-

Decía al comienzo de mi intervención que el objetivo instrumental de mi ponencia es, en definitiva, contribuir a desterrar los conceptos (el botín de guerra) a los que me he referido, del lenguaje jurídico y con ellos la ideología que traen aparejada.

Y es que, como también decía al comienzo de mi intervención, intuitivamente apreciamos que el lenguaje, las palabras, conforman nuestro pensamiento. Intuitivamente apreciamos la diferencia entre referirnos a «esa persona que no se porta bien con su esposa» a hablar del «maltratador de su esposa».

Pero más allá de las intuiciones, la psicología cognitiva ha demostrado la influencia del lenguaje en la conformación de nuestras creencias, juicios, razonamientos y toma de decisiones. En concreto, un antropólogo, Benjamin Lee Whorf, junto con el lingüista Edwar Sapir, sostienen que el lenguaje determina la forma en que se percibe y entiende el mundo y, por tanto, el pensamiento y la conducta de los sujetos⁴⁹.

Cuando la doctrina, utiliza los términos «ponderación» o «derrotabilidad» transmite el mensaje de que la sujeción a la norma es más laxa, más débil. Y ésa es, creo, la intención velada que se esconde tras su utilización: conceder mayor margen de libertad a los jueces porque,

ca, tener una formación en teoría moral. La diferencia entonces con lo que sostiene Ferrajoli, si yo le he entendido bien, es que él piensa que el juez no necesita para nada recurrir a la moral a la hora de argumentar, de motivar sus decisiones»: ATIENZA, M., «Dos versiones del constitucionalismo», *op. cit.*, p. 82.

⁴⁹ «El hombre natural, ya sea un simple o un científico, no conoce más sobre las fuerzas lingüísticas de lo que sabe el salvaje sobre la ley de la gravedad. Supone que el habla es una actividad en la que se es libre y no se encuentra con impedimento alguno. Piensa que se trata de una actividad simple y transparente, y para eso dispone de las explicaciones necesarias. Pero estas explicaciones se convierten en simples exposiciones de las necesidades que le impulsan a comunicarse. No son adecuadas al proceso por el que se comunica. (...) Pero la explicación de por qué tuvo que tener tales y tales pensamientos antes de que éstos se convirtieran en sonidos se convierte en algo que es simplemente la historia de sus necesidades sociales del momento. Es una contestación polvorienta que no arroja ninguna luz. (...) Esto implica, erróneamente, que el pensar es una actividad obvia y recta, que es la misma para todos los seres humanos, y de la que la lengua no es más que la expresión correcta. En realidad, el pensar es extremadamente misterioso y la mayor luz que hemos podido arrojar sobre esta actividad procede del estudio del lenguaje. Este estudio muestra que las formas de los pensamientos de una persona son controladas por inexorables leyes de modelos, de las que ella es inconsciente. Estos modelos son las sistematizaciones, imperceptiblemente intrincadas, de su propio lenguaje (...): LEE WHORF, B., «Lenguaje, mente y realidad», en *Lenguaje, pensamiento y realidad*, Barral Editores, Barcelona, 1971, trad. José M. Pomares (Original *Language, Thought and Reality*, The Massachusetts Institute of Technology, 1956), pp. 277-301, pp. 282-283. *Vid.* SAPIR, E., *New perspectives in language, culture and personality*: proceedings of the Edward Sapir Centenary Conference: (Ottawa, 1-3 october, 1984) edited by William Cowan, Michael K. Foster and Konrad Koerner, Amsterdam, 1986.

en la elección entre su poder y el poder del legislador, esta doctrina prefiere confiar en los jueces⁵⁰.

En cambio, utilizar la palabra «subsunción» apela al principio de legalidad y con ello, en palabras de Calamandrei, a la libertad y a la seguridad jurídica. Nos libra de un «uso alternativo del derecho» en el contexto del cual nos arriesgamos a perder derechos⁵¹.

Y es que, fíjense, hablamos de lenguaje jurídico doctrinal, pero a pesar de que nosotros, la doctrina, estamos convencidos de que poca influencia tenemos en el mundo, y la filosófico-jurídica aún menos, justo en esta materia la jurisprudencia no ha dudado en dejarse con-

⁵⁰ «Es en esta constante referencia a la práctica judicial, no solo como criterio de identificación sino también como principal fundamento de legitimidad del Derecho, donde reside el otro elemento que el constitucionalismo argumentativo y principalista comparte no solo con el realismo sino también con el neopandectismo; que igualmente enfatiza el rol de las praxis, es decir el “Derecho como hecho” más que “como norma”, y propone, como alternativa a la crisis de la ley –que se juzga irreversible–, un renovado “rol de los juristas”, inspirado por una clara opción iusnaturalista»: FERRAJOLI, L., «Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista», *op. cit.*, p. 23.

⁵¹ En palabras de LAPORTA, «(...) se ha dejado a un lado demasiado contundentemente la idea de respeto a la ley como emanación de la voluntad general. La ley es más bien un producto de gentes sospechosas de parcialidad que se puede poner en cuestión mediante una argumentación como la mencionada. Se incurre así, me parece, en la llamada falacia del nirvana: los jueces, liberados de sus deseos y concupiscencias, y en comunicación, sin límite de tiempo y de recursos, con los valores del texto jurídico-constitucional, encuentran profundas soluciones jurídicas en un medio ambiente de mediocridad, partidismo y debilidad de la voluntad de legisladores y grupos de presión. El gran juez Hércules poniendo orden en el desaguado que crea una simple pandilla de borrachos. Pero el proceso democrático no debe ser tratado así, porque es también uno de los pilares fundamentales de nuestros ordenamientos jurídicos. La ley ha de ser mirada como el producto de la voluntad general, y no debería procederse, así como así a impedir su vigencia con una argumentación moral que muchas veces, como tú sabes mejor que nadie en este país, no cumple con los requisitos mínimos de rigor que serían de desear. La aplicación del parámetro constitucional contra las leyes debería someterse a un ejercicio muy enérgico de *self restraint*. Y eso que, como sabes, yo soy muy consciente de lo mal que se legisla en este país»: Palabras a las que responde Atienza de este modo: «Otro factor que también habría que considerar es que, aunque la argumentación de los tribunales no obedezca, por supuesto, a las reglas del discurso racional, sin embargo, se alejan probablemente menos de ellas que las discusiones y negociaciones que tienen lugar en los parlamentos (y, sobre todo, fuera de los parlamentos, pero que son decisivas para determinar el contenido de nuestras leyes). El Estado de Derecho parece haber tenido más éxito (quizás porque era más fácil) al diseñar las instituciones judiciales que las legislativas. El problema de fondo aquí seguramente es el de la crisis de la democracia representativa, entendiendo por “crisis”, sobre todo, el hecho de que las instituciones “representativas” están sometidas a un proceso de erosión que parece difícil revertir. Dicho de otra manera, no estoy muy seguro de que una disminución del poder de los jueces (si ello llegara a tener lugar) fuese a significar en nuestras sociedades una mayor potenciación de las instituciones representativas (democráticas). Creo que esa es una eventualidad que también debería considerarse cuando se plantea el binomio gobierno de las leyes-gobierno de los jueces». ATIENZA, M., «Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta», *op. cit.*, pp. 211 y 215.

vencer por los cantos de sirena de los constitucionalistas pro-ponderación. Y es natural: les sale muy a cuenta.

Y, por último, volviendo al objetivo principal de este trabajo: resucitar el espíritu de la obra de Calamandrei *Sin legalidad no hay libertad*, escrita como ya he dicho, en el año 1944, momento en el que hablar de legalidad era bastante políticamente incorrecto. Calamandrei parte de que, para mantener el orden en una sociedad no es posible encontrar un sistema perfecto: habrá que elegir, simplemente, el que ofrezca menores inconvenientes.

Y en este sentido, nos dice que a lo largo de la historia han existido dos sistemas de organización básicos. El primero, de formulación judicial, en el que no hay derechos preexistentes a la sentencia. El segundo, de formulación legislativa: si hay derechos preexistentes a la sentencia: los formulados por el legislador⁵².

Creo que, además, cada uno de estos sistemas da lugar a un tipo de razonamiento distinto. Categórico, en el caso del sistema de legalidad (porque es necesario cumplir las normas y no es legítimo excepcionar su cumplimiento) y categórico-consecuencialista, o únicamente consecuencialista, (en el sistema de formulación judicial de los derechos, porque las consecuencias de pronunciarse a favor de una parte u otra será uno de los factores que tengan mayor influencia en la decisión judicial).

Desde mi punto de vista, las ventajas del primer sistema para la defensa del Estado de Derecho son innegables. La norma es el resultado de un consenso y de un debate, que *de facto* es cierto que no se desarrolla en una situación ideal de diálogo, pero sí en un contexto en el que es posible la reflexión y, en todo caso, el producto de la misma es modificable y perfectible.

Por su parte, el sistema que fía a la jurisprudencia la formulación de los derechos genera incertidumbre que es, en palabras de Beccaría, «el más cruel verdugo de los desdichados»⁵³.

Calamandrei escribía en 1944 y abro comillas de nuevo: «El sentido de la legalidad es la conciencia moral de la necesidad de obedecer las leyes, cualesquiera que fueren, porque son un compromiso recíproco asumido con los propios ciudadanos de respetarlas aunque sean injustas: conciencia de que la ley, aun cuando injusta, debe tratar de

⁵² CALAMANDREI, P. *Sin legalidad no hay libertad*, op. cit., pp. 34-36. Y en p. 39: «A propósito de todas estas disertaciones teóricas, frente a quien sostiene que la legalidad no es más que una ilusión, es fácil desde el punto de vista práctico percibir la diferencia existente entre una legislación penal basada en el principio de legalidad y una legislación penal que —como las de la edad intermedia y como la actual— da al juez el poder de pensar como delitos hechos no previstos como tales en la ley. A esos filósofos que niegan la diferencia les preguntamos si, desde el punto de vista de su seguridad personal, se sentirían mejor viviendo bajo el primer régimen o bajo el segundo. Probablemente su tranquilidad de ciudadanos honestos se sentiría más asegurada en el primero».

⁵³ *Ibidem*, p. 39.

modificarse mediante la libre oposición, acaso con una insurrección en masa, pero no debe eludirse ni defraudarse individualmente mientras permanezca en vigor⁵⁴.

Por su parte, Laporta resalta también el imperio de la ley como ingrediente indispensable para alcanzar la condición ideal de la autonomía personal. Su mensaje en síntesis sería «Menos neoconstitucionalismo y más neocodificación»⁵⁵.

A estas alturas y al igual que a Laporta, muchos de ustedes me habrán encasillado como legalista o formalista y, al igual que él, llevaré con orgullo esa seña de identidad.

⁵⁴ «El sentido de la justicia puede hacer sentir la injusticia de la ley, e impulsar, *in iure condendo*, a modificarla; pero no debe destruir el sentido de la legalidad, es decir, el respeto de las reglas del juego según las cuales, para modificar las leyes, hay que seguir la vía trazada por ellas. Función social y pacificador del sentido de la legalidad: tal es el fruto de la libertad. Los pueblos libres sienten que las leyes no son impuestas por una voluntad ajena sino expresión de su autonomía. El compromiso de respetar la ley mientras esté en vigor es una de las garantías de la libertad, que encuentra en ese respeto el modo de eliminar la injusticia de aquellas, sustituyéndola por una mejor»: *ibidem*, pp. 72-73.

⁵⁵ *El imperio de la ley. Una visión actual, op. cit.*, p. 167.

II

ESTUDIOS DE TEORÍA Y DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

La justicia transicional desde un enfoque restaurativo.
Una mirada al proceso sudafricano veinticinco años
después

*Transitional justice from a restorative approach.
A look at the South African process twenty-five years
later*

Por EMILIA BEA
Universitat de València¹

RESUMEN

En el presente trabajo, partiendo de una perspectiva restaurativa, se analizan los tres momentos o pasos que permiten entender el proceso constitucional y transicional sudafricano. El primero, de resolución de conflictos, basado en la negociación política y que requiere abordar la naturaleza del apartheid como crimen contra la humanidad. El segundo, centrado en los principios de la Constitución provisional de 1993 y en la jurisprudencia constitucional previa a la Constitución definitiva de 1996, que lleva a afrontar importantes retos teóricos y a reflexionar sobre la noción de ubuntu. Y el tercero, dedicado a la tarea desarrollada por la Comisión Verdad y Reconciliación, que implicará plantear la controvertida cuestión de la amnistía condicionada, en relación con exigencias de la justicia internacional como la lucha contra la impunidad o la reparación a las víctimas.

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto I+D+I «Justicia penal preventiva y tutela del orden público» (DER2016-77947-R, AEI/FEDER, UE), del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, y en el Proyecto PROMETEO/2018/156 «Seguridad internacional y europea: de la prevención de conflictos armados a las estrategias para la construcción de una ciudadanía inclusiva y plural», de la Generalitat Valenciana.

Palabras clave: *Justicia transicional, justicia restaurativa, apartheid, constitucionalismo, reconciliación, reparación.*

ABSTRACT

This article aims at analysing three moments or steps to better understand the constitutional and transitional South African process from a restorative justice perspective. The first moment focusses on conflict resolution and political negotiations, and proposes to analyse apartheid as a crime against humanity. The second moment analyses the principles of the interim Constitution of 1993, the constitutional decisions and the definitive Constitution of 1996, and reflects upon the ubuntu principle and other theoretical challenges. The third moment pays attention to the works of the Truth and Reconciliation Commission and discusses the controversial question of conditional amnesty, especially in relation to international justice requirements of reparation of victims, or to fight against impunity.

Keywords: *Transitional justice, restorative justice, apartheid, constitutionalism, reconciliation, reparation.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. EL PROCESO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS QUE DESEMBOCA EN LA CONSTITUCIÓN PROVISIONAL DE 1993: 2.1 *El apartheid, crimen contra la humanidad.* 2.2 *Las negociaciones y el inicio de la transformación.* – 3. EL PROCESO CONSTITUYENTE QUE CULMINA CON LA CONSTITUCIÓN DE 1996: 3.1 *Los principios constitucionales y la noción de ubuntu.* 3.2 *La jurisprudencia constitucional.* – 4. EL PROCESO DE RECONCILIACIÓN A TRAVÉS DE LA COMISIÓN VERDAD Y RECONCILIACIÓN: 4.1 *Una propuesta de justicia restaurativa.* 4.2 *La amnistía condicionada:* 4.2.1 *Act associated with a political objective.* 4.2.2 *Full disclosure of all relevant facts.* 4.3 *El derecho de reparación a las víctimas.*

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. – 2. THE CONFLICT RESOLUTION PROCESS LEADING TO THE 1993 INTERIM CONSTITUTION: 2.1 *Apartheid, a crime against humanity.* 2.2 *The negotiations and the beginning of the transformation.* – 3. THE CONSTITUENT PROCESS CULMINATING IN THE 1996 CONSTITUTION: 3.1 *The constitutional principles and the notion of ubuntu.* 3.2 *The constitutional jurisprudence.* – 4. THE RECONCILIATION PROCESS THROUGH THE TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION: 4.1 *A proposal of restorative justice.* 4.2 *The Conditional amnesty:* 4.2.1 *Act associated with a political objective.* 4.2.2 *Full disclosure of all relevant facts.* 4.3 *The right to reparation of victims.*

1. INTRODUCCIÓN

A estas alturas del siglo XXI parece evidente el acierto y la proyección de las palabras de Hannah Arendt cuando dijo en 1945 que «el problema del mal será la cuestión fundamental de la vida intelectual de la posguerra en Europa»². La toma de conciencia sobre el crimen contra la humanidad y sobre la necesidad y dificultad de contrarrestarlo no ha dejado de crecer y de extenderse por todo el mundo desde entonces, dando lugar a un nuevo paradigma, conocido como justicia transicional, que más que «una forma especial de justicia» es «una justicia adaptada a sociedades que se transforman a sí mismas después de un período de violación generalizada de los derechos humanos», es decir, un modo de abordar la justicia en épocas de transición a partir de una situación de conflicto o de represión por parte del Estado. En la definición proporcionada por el *International Center for Transitional Justice* (ICTJ) se añade que «su objetivo es reconocer a las víctimas y promover iniciativas de paz, reconciliación y democracia»; «al tratar de conseguir la rendición de cuentas y la reparación, la justicia transicional proporciona a las víctimas el reconocimiento de sus derechos, fomentando la confianza ciudadana y el fortalecimiento del Estado de derecho»³. Todos los elementos que analizaremos a lo largo de las siguientes páginas se encuentran enunciados en esta breve caracterización, ya que hablaremos del mal –más en concreto, del mal específico del *apartheid*, tipificado como crimen contra la humanidad–, de la responsabilidad de sus perpetradores, de los derechos de las víctimas y del trabajo de reconciliación y de reconstrucción que dotó de sentido a un proceso constitucional, el sudafricano –cuyo periodo álgido se sitúa entre 1993 y 1996– que continúa siendo fuente de tanta admiración como controversia. El carácter ambiguo y eminentemente innovador, e incluso provocador, de todo el proceso, y muy en especial de su institución más representativa, la Comisión Verdad y Reconciliación (CVR), creo que justifica la necesidad de visitar el escenario de la Sudáfrica post-

² ARENDT, H., *Ensayos de comprensión 1930-1954*, Madrid, Caparrós, 2005, pp. 167-168.

³ <https://www.ictj.org/es>. Véase, entre la amplia literatura sobre el tema, J. ELSTER, *Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica*, Buenos Aires, Katz, 2006; DORADO, J., «Justicia transicional», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 8, 2015, pp. 192-204; y GARCÍA PASCUAL, C., «Acceso a la justicia en épocas de transición. De la justicia ordinaria a los mecanismos alternativos», en García Pascual, C. (coord.), *Acceso a la justicia y garantía de los derechos en tiempos de crisis*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 257-300. Según afirma la autora: «La teoría de la justicia de transición necesariamente debe buscar sinergias, una aproximación holística que combine los procedimientos judiciales, las comisiones para la averiguación de la verdad sobre el pasado, las reparaciones, materiales y simbólicas, y las reformas institucionales», pp. 296-297.

apartheid con la perspectiva de los veinticinco años de distancia que nos separan de aquel acontecimiento, esto es, con un inevitable escepticismo y desconfianza ante promesas incumplidas sobre todo en el campo de las reparaciones económicas, pero también con la convicción de que en aquellos momentos allí ocurrió algo de lo que todavía podemos aprender y que, en ese sentido, vale la pena conmemorar.

Lo que llamó la atención del mundo entero, y no solo de la opinión pública, los medios de comunicación, líderes políticos, eminentes juristas, literatos y cineastas, sino también de filósofos contemporáneos tan influyentes como Paul Ricoeur, Jacques Derrida, Barbara Cassin o Tzvetan Todorov, fue, en palabras de Gustavo Zagrebelsky, que «a diferencia de otros intentos fallidos para superar las fracturas sociales a través de instrumentos análogos, en Sudáfrica verdad, justicia y paz» han sido posibles, «en una medida que ha evitado ulteriores y más graves violencias e injusticias»⁴. El efecto que se buscaba era el de «una catarsis social» y «la exoneración de las sanciones, tanto penales como civiles, no comportaba el perdón y el olvido, como sucede en nuestra noción de la amnistía, sino, por el contrario, la memoria y la elaboración del mal cometido y sufrido»⁵. Los objetivos de la justicia transicional –derecho a la justicia, derecho a la verdad, derecho a la reparación y garantía de no-repetición– eran perseguidos a través de un enfoque restaurador o restaurativo, hasta entonces restringido al campo de delitos de escasa gravedad o al tratamiento penal de menores. El reto era poner a prueba el nuevo modelo de justicia restaurativa –nuevo pero con raíces muy antiguas y plurales a la hora de buscar la sanación de las víctimas, los infractores y la comunidad⁶– en un escenario internacional en el que la justicia penal había tenido el protagonismo a partir de la segunda guerra mundial, y ver en qué medida podía contribuir a consolidar esos cuatro pilares básicos de la justicia en transición, a sabiendas de que ninguno de estos objetivos podrá lograrse en su plenitud, pues cualquier visión de un orden justo es un horizonte normativo con el que orientar la acción, pero no algo que pueda realizarse en ningún caso de forma íntegra, y, menos si cabe, cuando el discurso moral, político y jurídico ha de enfrentarse a expresiones del mal que alteran de forma sustancial la propia arquitectura del orden humano y social. Después del mal no puede ni debe esperarse el bien pues, como advirtió la propia Arendt, «lo

⁴ ZAGREBELSKY, G., y MARTINI, C. M., *La exigencia de justicia*, Madrid, Trotta, 2006, p. 43.

⁵ *Ibid.*, p. 42.

⁶ Me permito remitir a un trabajo anterior sobre el tema: BEA, E., «Referentes culturales y filosóficos de la justicia restaurativa», *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 13, 2013, pp. 193-214.

absoluto imparte fatalidad a todos, una vez que se introduce en el terreno político»⁷. La toma de conciencia del mal no puede hacernos caer en un abuso de esta noción, que, según alerta Richard Bernstein, al basarse en dicotomías simplistas, corrompe la política y sofoca el pensamiento crítico⁸. Frente a este posible «abuso del mal», parece recomendable escuchar al citado Todorov cuando advierte: «Sabemos que los hombres en ocasiones han estado tentados ellos mismos de representar [ese] papel de purificadores, y sabemos los resultados catastróficos a los que han conducido tales ambiciones en los regímenes totalitarios. En democracia no se alimentan semejantes proyectos de eliminación definitiva del mal. Sin embargo, existen iniciativas acá y allá, y una de ellas toma la forma de una llamada a la memoria»⁹.

En efecto, todos los intentos de justicia transicional, y en particular los que se plantean desde un prisma restaurativo, lo que pretenden en última instancia es que la paz no se produzca a costa de los imperativos de justicia y de verdad, es decir, con olvido de los crímenes del pasado. Aunque se sea consciente de que el dolor de las víctimas es esencialmente irreparable y que, por tanto, toda alternativa es precaria, su presencia, y el intento de curar sus heridas en la medida de lo posible, se convierte en un paso indispensable para llegar a fundar un nuevo contrato social. Una especie de *memoria passionis* latente en el corazón de la democracia¹⁰.

Como se ha dicho con acierto y trataremos de analizar en el presente trabajo, la democracia sudafricana es el paciente resultado de una triple fundación instituyente: «primero, el proceso de resolución de conflictos que desemboca en los principios de la Constitución de 1993; segundo, el proceso constituyente que culmina con la Constitución de 1996; tercero, el proceso de reconciliación hecho realidad por la Comisión Verdad y Reconciliación»¹¹. Tres momentos interdependientes que resultan decisivos a la hora de entender la transición de un régimen basado en la segregación racial, tipificado internacionalmente como crimen contra la humanidad, a un sistema democrático centrado en el reconocimiento y la unidad de todos sus ciudadanos.

⁷ ARENDT, H., *Sobre la revolución*, Madrid, Alianza, 2009.

⁸ Véase BERNSTEIN, R., *El abuso del mal. La corrupción de la política y de la religión desde el 11/9*, Madrid Katz, 2006.

⁹ TODOROV, T., *La memoria ¿Un remedio contra el mal?*, Barcelona, Arcadia, 2009, p. 7.

¹⁰ Véase METZ, J. B., *Memoria passionis. Una evocación provocadora en una sociedad pluralista*, Santander, Sal Terrae, 2007.

¹¹ CASSIN, B.; CAYLA, O., y SALAZAR, Ph. J., «Présentation. Dire la vérité, faire la réconciliation, manquer la réparation», en *Vérité, réconciliation, réparation*, Paris, Seuil, 2004 (pp. 13-26), pp. 24-25.

2. EL PROCESO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS QUE DESEMBOCA EN LA CONSTITUCIÓN PROVISIONAL DE 1993

2.1 *El apartheid*, crimen contra la humanidad

Durante décadas, desde la instauración del *apartheid* en 1948, el espacio para la negociación y el diálogo parecía completamente cerrado en Sudáfrica. El régimen era en su esencia la negación de toda relación entre personas pertenecientes a grupos raciales diferentes, es decir, la ausencia de reciprocidad hasta el extremo de no admitir ninguna semejanza con el otro. La política de segregación dividía a la sociedad en grupos raciales y, por definición, establecía una férrea separación (literalmente *apartheid* en afrikáans) entre ellos. El concepto de «desarrollo separado» constituyó la base teórica de las políticas discriminatorias: «*Separate Development* fue el concepto central sobre el que se sustentó la visión del mundo encarnada en el *apartheid*. Partía del presupuesto según el cual los diferentes grupos humanos –razas o “grupos poblacionales”– ocupaban lugares diferentes en la escala evolutiva de la humanidad y poseían ritmos diferentes de desarrollo», y, en consecuencia, si toda cultura es indefectible y biológicamente diferente, lo mejor para su coexistencia es que cada uno se “desarrolle” según sus propios criterios, a sus propios ritmos y en sus propios lugares. En esto consistió el *apartheid*»¹². Desde la perspectiva de la hegemonía blanca, que era la dominante, representando de modo supremacista a la nación y la propia idea de civilización, el nativo era el enemigo, caracterizado como un bárbaro siempre amenazante por una especie de tendencia violenta innata y no reprimida culturalmente. Como escribió Maurice Blanchot: «El *apartheid* encontró su forma jurídica cuando el resto de países colonizadores se hundían [...] Para los boers todo ha pasado al revés como si tuvieran la responsabilidad de detener el futuro y de hacer verdadera la formulación desconsiderada de Hegel: “África no tiene historia” [...] El *apartheid* ha dado lugar a una legislación casi más insoportable que la esclavitud»¹³.

La ley fundamental del *apartheid*, la Ley de Registro de Población núm. 30 de 1950, clasificaba a las personas según sus características raciales siguiendo las pautas establecidas por «un sinnúmero de antropólogos sudafricanos educados en la Alemania eugenista de los años veinte»¹⁴. A esta clasificación racial –que distinguía entre blancos, los

¹² CASTILLEJO, A., *Los archivos del dolor. Ensayos sobre la violencia y el recuerdo en la Sudáfrica contemporánea*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2009, p. 83.

¹³ BLANCHOT, M., «Notre responsabilité», en VV. AA., *Pour Nelson Mandela*, Paris, Gallimard, 1986 (pp. 213-217), pp. 215-216.

¹⁴ CASTILLEJO, A., *Los archivos del dolor*, cit., p. 83. Véase Martín, L. G. (ed.), *Un pasado criminal. Sudáfrica y Argentina: argumentos y documentos para el debate*

afrikaaners, y no blancos, y, dentro de estos, entre los «de color» o *kleurlinge*, y nativos, indígenas o negros— se añadió en una sección especial la categoría de asiáticos o indios. Como se dirá en las conclusiones de los trabajos de la CVR, las estrategias discursivas del *apartheid* utilizaban una retórica puramente racista, siendo «el racismo una doctrina ideológica sistemática que crea al otro como esencialmente diferente»¹⁵, además de una retórica victimista que proyecta la imagen de las otras razas como un peligro para la minoría blanca.

La construcción de la *otredad* desde estos parámetros se plasmó en toda una serie de normas destinadas a garantizar la separación entre grupos poblacionales y la represión de cualquier posible atentado a la seguridad pública. La regulación incluyó progresivamente la prohibición de los matrimonios mixtos; la negación del derecho a voto; la creación de áreas residenciales para cada grupo étnico, como los *bantustanes*, con restricción de residencia de los nativos en las zonas urbanas; el control de la movilidad, con exigencia de un permiso de la autoridad para la simple entrada de los negros en las ciudades; y un sinfín de medidas de segregación en el sistema educativo, sanitario, laboral o en los transportes y resto de servicios públicos, destinadas a evitar el contacto «contaminante» entre los blancos y las otras razas y a mantener las relaciones de subordinación entre los grupos étnicos.

Esta humillante situación discriminatoria, enmarcada dentro de la ley, desencadenó crecientes acciones de resistencia popular, que en su mayoría eran actos no-violentos de desobediencia civil encabezados por activistas de diversas organizaciones políticas y cívicas. A pesar de su carácter pacífico, las manifestaciones y protestas fueron brutalmente reprimidas, llegando a su punto álgido con la matanza de manifestantes de Sharpeville en 1960. Esta masacre determinó un cambio de orientación en el movimiento de liberación, que empezó a abrazar la lucha armada. El propio Nelson Mandela, principal artífice de la transición sudafricana, afirmó que «los días de la lucha no violenta habían acabado» y que «los ataques de la bestia salvaje no pueden evitarse con las manos desnudas». La insurgencia y la anti-insurgencia se fueron radicalizando y tanto los actos de segregación racial como los de la resistencia se intensificaron y se hicieron más violentos. El Informe sobre Sudáfrica del Comité contra la Tortura de la ONU de 2005 recordaba que «El encarcelamiento sin juicio se transformó en ley. La tortura de los detenidos políticos pasó a ser práctica habitual de las fuerzas de seguridad [...] El Gobierno racista también comenzó a utilizar métodos clandestinos, que más tarde fueron desvelados por el proceso de la Comisión Verdad y Reconciliación, como las desapariciones de personas, los asesinatos de reclusos y los atentados contra los países vecinos que apoyaban el movimiento de

te, Buenos Aires, Katz, 2017, p. 33.

¹⁵ CASSIN, B., «Amnistie et pardon: pour une ligne de partage entre éthique et politique», en *Vérité, réconciliation, réparation*, cit. (pp. 37-57), p. 49.

liberación»¹⁶. Una de las víctimas de esta brutal represión fue Mandela, líder del Congreso Nacional Africano (CNA) y por entonces también de la organización guerrillera *Umkhonto we Sizwe* o Lanza de la Nación, arrestado por conspiración y actos de sabotaje, dirigidos a derrocar el régimen, y condenado a cadena perpetua en el Proceso de Rivonia en 1963-1964. Como sabemos, pasó veintisiete años en prisión, en condiciones degradantes durante largos períodos. Es famoso su alegato ante el tribunal desde el banquillo de los acusados, que tendría gran repercusión internacional: «Atesoro en mi corazón el ideal de una sociedad democrática y libre, en la que todas las personas vivan juntas en armonía y con igualdad de oportunidades. Es un ideal por el que espero vivir y que espero alcanzar. Pero si es necesario, es un ideal por el que estoy dispuesto a morir»¹⁷.

La respuesta del exterior no se hizo esperar y se sucedieron desde 1963 las declaraciones afirmando que el racismo y la discriminación racial, especialmente el *apartheid*, constituían una vulneración de los derechos humanos fundamentales y una amenaza para la paz y la seguridad internacionales. El *apartheid* fue identificado de manera explícita en la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965) y en la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (1968), con el precedente de dos resoluciones de 1966 en las que se condenaban, como crímenes contra la humanidad, la violación de los derechos económicos y políticos de la población autóctona y la política de *apartheid*. De forma aún más explícita y pormenorizada, en 1973 se aprobó la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid*, que incluye «las políticas y prácticas de segregación y discriminación racial» que dan lugar a «actos inhumanos cometidos con el fin de instituir y mantener la denominación de un grupo racial de personas sobre cualquier otro grupo racial de personas y de oprimirlo sistemáticamente». Esta misma caracterización se recoge en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que sitúa al *apartheid* entre los crímenes de lesa humanidad.

El descrédito internacional del *apartheid*, único régimen político definido durante su existencia como un crimen contra la humanidad, se materializó en la progresiva ruptura de relaciones comerciales y diplomáticas con muchos países, en el veto a la participación en campeonatos internacionales como los Juegos Olímpicos e, incluso, en la pérdida de apoyo bélico de su gran aliado Estados Unidos, lo que sumió al país en una situación de total aislamiento, insostenible para el mantenimiento de las privilegiadas condiciones políticas, económicas y sociales de la minoría blanca. A ello se sumó la creciente espiral de violencia en las organizaciones armadas, que convertiría a Sudáfrica en un

¹⁶ Comité Contra la Tortura, CAT/C/52/Add.3. 25 de agosto de 2005.

¹⁷ Véase la Web de la ONU sobre El Día Internacional de Nelson Mandela.

escenario de guerra civil no declarada. No era solo una contienda entre negros y blancos sino también intrarracial, como se pone de manifiesto, por ejemplo, en los ataques del grupo nacionalista zulú Partido de la Libertad Inkatha contra partidarios del Congreso Nacional Africano. Además, el enfrentamiento político entre el CNA y el Congreso Pan Africanista de Azania (CPA), o con la Organización del Pueblo Azanio (AZAPO), fue bastante enconado en algunos momentos, junto al conflicto con el Movimiento de Conciencia Negra. La masacre de estudiantes de Soweto en 1976, por cuya protesta el famoso activista de esta última organización y promotor de la desobediencia civil, Steve Biko¹⁸, fue detenido y finalmente asesinado, también contribuiría al rechazo del *apartheid* en la opinión pública internacional.

2.2 Las negociaciones y el inicio de la transformación

Este rechazo supuso el apoyo desde el extranjero al Congreso Nacional Africano, lo cual, unido al apoyo interno del Movimiento Democrático de Masas conformado por diversas organizaciones ilegales de mestizos, indios y negros, convirtió a Nelson Mandela en el principal interlocutor de las primeras conversaciones tendentes a la abolición del *apartheid*. En la década de los ochenta hubo alguna reunión secreta en la cárcel de Robben Island, en la que Mandela pasó la mayor parte de su condena (el preso 466/64), y se iniciaron algunas tímidas reformas del sistema, como la creación por el gobierno de Botha de un parlamento tricameral, con participación de cada grupo racial excepto los negros. El bloqueo internacional y la lucha del movimiento de liberación no se detuvieron por ello, sino todo lo contrario, y la situación era tan asfixiante que se declaró el estado de emergencia. A Mandela se le había ofrecido salir de la cárcel si cumplía determinadas condiciones, pero se negó a aceptar su libertad si no iba unida a la de su partido y a la de su pueblo. En este sentido, Susan Sontag escribía sobre él en aquellos años: «Ahora no es libre dentro de la prisión, pero es poderoso. Es poderoso a causa de la confianza que fluye hacia él desde la comunidad que representa. Pedimos su libertad porque buscamos la libertad de la mayoría de los habitantes de su país. Su libertad es la de ellos. Él lo ha querido así. Exigimos su libertad. Y la libertad de aquellos en cuyo nombre está encarcelado»¹⁹.

Muchos intelectuales de la talla de la escritora norteamericana reconocieron la autoridad de Mandela, que fue capaz de ejercerla a lo largo de toda la negociación con un espíritu conciliador y dialogante,

¹⁸ Steve Biko alertó al mundo de que «el arma más potente en manos del opresor es la mente del oprimido». Las autoridades sostuvieron que Biko había fallecido como resultado de una huelga de hambre, pero en 1997 varios policías admitieron ante la Comisión Verdad y Reconciliación haberlo asesinado.

¹⁹ SONTAG, S., «Cette homme. Ce pays», en *Pour Nelson Mandela*, cit., (pp. 67-75), pp. 71-73.

imprescindible a la hora de asumir un papel decisivo en la resolución de conflictos, o quizá más propiamente, en la «transformación» del conflicto, dado el carácter eminentemente constructivo del proceso. Su salida de la cárcel se produjo en febrero de 1990 junto a otros 120 integrantes del CNA, nueve días después de que, ante el desastre económico y el descontento social, el presidente Frederik de Klerk, del Partido Nacional, anunciara en el Parlamento que el tiempo de la violencia había acabado y que era la hora de la reconstrucción y la reconciliación. La prueba de que la voluntad de abolir el *apartheid* iba en serio fue la legalización de los partidos políticos opositores, el reconocimiento de derechos políticos a la población negra y la paulatina supresión de la legislación racista. A pesar de las graves tensiones entre los liberales y conservadores en el lado afrikáner, un referéndum le concedió a De Klerk facultades para avanzar en las negociaciones con los representantes de la oposición de cara a la elaboración de una nueva Constitución. En el otro lado, aunque se había agudizado la rivalidad por la hegemonía en la comunidad negra entre el CNA y el Inkatha, Nelson Mandela continuó siendo la voz más autorizada del proceso.

En prisión, la relación de Mandela con la lucha armada había ido cambiando paulatinamente hacia posiciones cada vez más críticas respecto al uso de la violencia. Como recuerda Derrida, «su concepto de libertad ya no tenía sentido si no se elevaba por encima de la oposición, de la unilateralidad, de la guerra misma, liberando al opresor de su propia esclavitud»²⁰. Quitar la libertad a otro hace que tanto el opresor como el oprimido sean despojados de su humanidad²¹. Tzvetan Todorov, desde su consideración de Mandela como un «insumiso excepcional»²², señala en esta línea que «descubrir que los grandes criminales de la historia son humanos como nosotros es uno de los mecanismos que permite acercarnos a ellos; el otro consiste en mostrar aquello que en nuestro interior nos recuerda lo que vemos en ellos. Constatar que son humanos o que nosotros somos (capaces de convertirnos en) “inhumanos” viene a ser lo mismo»²³. Reconocer que la inhumanidad es algo humano supone humanizar a los verdugos, sin querer por ello ni perdonarlos ni minimizar sus crímenes. Y supone también llamar la atención sobre los mecanismos que engendran el mal²⁴. La naturaleza malvada del *apartheid* radica en la constante utilización de la estrategia discursiva del odio, que es evidentemente la del racismo, el etnocentrismo, la discriminación y la segregación.

²⁰ DERRIDA, J., «*Versöhnung, ubuntu*, pardon: quel genre?», en *Vérité, réconciliation, réparation*, cit. (pp. 111-156), p. 127.

²¹ Así acaba la autobiografía de Nelson MANDELA, *El largo camino hacia la libertad*, Madrid, Aguilar, 2010.

²² TODOROV, T., *Insumisos*, Barcelona, Galaxia Gutemberg, 2016, p. 146.

²³ TODOROV, T., *La memoria ¿Un remedio contra el mal?*, cit., p. 18.

²⁴ *Ibid.*, pp. 36-37.

Nada podría cambiar si no se llegaba a articular una estrategia diferente, cuyo principio esencial queda plasmado en las memorias de Mandela cuando recuerda que en la cárcel se apaciguó su rabia contra los blancos, pero se intensificó su odio al sistema.

Las conversaciones debían partir de un elemento clave en todo proceso de resolución pacífica de conflictos, especialmente importante al tratarse de un contexto fundamentado en la exclusión del diferente: reconocer al otro como interlocutor válido y confiar ciegamente en su honestidad y en su palabra. Además, sentarse en la mesa de diálogo suponía aceptar el principio general de no establecer líneas rojas o precondiciones innegociables. Desde estas premisas, en diciembre de 1991 se iniciaba en Kempton Park la Convención por una Sudáfrica Democrática (CODESA), que fue el marco de referencia de los debates que alumbrarían la Sudáfrica *post-apartheid*. El proceso se organizó como una negociación multipartidista en la que muy pronto las posiciones comenzaron a moverse²⁵ para intentar consensuar la futura Constitución y articular la transición de sus instituciones hacia la democracia, abriendo paso a las elecciones de abril de 1994, en las cuales la población negra ejerció su derecho a voto por primera vez. Pero el camino hacia la nueva Sudáfrica no fue fácil. En los años de la CODESA se derramó más sangre que en las décadas anteriores, cifrándose en miles el número de víctimas. A pesar de que la lucha armada fue suspendida como primera contrapartida del CNA en la negociación, miembros de diversos partidos políticos y de organizaciones radicales realizaron múltiples actos de violencia, a los que se sumaron los intentos de complot de los extremistas blancos²⁶. El control de las fuerzas de seguridad para evitar que estallara una guerra civil fue uno de los mayores retos y, a tal efecto, se impulsaron investigaciones independientes y se implementaron actuaciones locales de resolución de conflictos²⁷.

Destaca en esta línea la tarea desarrollada por el Grupo de trabajo sobre delitos políticos, que supuso la adopción de los Principios de Norgaard, a tenor de los cuales, «en ciertas circunstancias un delito común, inclusive un crimen grave como el asesinato, podría considerarse un delito político», y, además, que tal consideración sería aplicable a las dos partes: *anti-apartheid* y agentes estatales²⁸. Se esboza, así, la salida –que abordaremos detenidamente– a «un elemento incó-

²⁵ UNESCO, Registro de Memoria del Mundo, Archivos de la CODESA 1991-1992 y Archivos del proceso de negociación multipartidaria, 1993.

²⁶ En septiembre de 1991 se firmó el Acuerdo Nacional de Paz entre el Partido Nacional, el CNA e Inkatha.

²⁷ El sector económico también tuvo un papel activo en la resolución de conflictos, en especial a través del Movimiento Empresarial de Consulta (MEC), que actuó incluso como mediador entre los partidos.

²⁸ GONZÁLEZ, D., «Notas iniciales sobre el alcance de las amnistías en relación con los crímenes de guerra», *Serie Documentos de Trabajo*, núm. 44, Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia, p. 7.

modo que planeaba sobre cualquiera de las discusiones iniciadas: la herencia del *apartheid* y todos los crímenes y violaciones de los derechos humanos que se habían cometido en su nombre, tanto para defenderlo como para desafiarlo»²⁹.

Otra medida muy importante en este proceso de tratamiento de conflictos es el acuerdo, entre CNA, el Partido comunista y la central sindical COSATU, de compartir el poder en caso de victoria electoral de su alianza, así como el compromiso entre el CNA y los todavía representantes del *apartheid* de constituir un gobierno de unidad nacional durante cinco años y la elección de una Constituyente por sufragio universal. Es el momento de lo que, con razón, Erik Doxtader ha llamado *la réconciliation avant la réconciliation*, mostrando el vínculo esencial, frecuentemente olvidado, entre la tarea llevada a cabo en el MPNP (Proceso de negociación multipartido) y la realizada posteriormente por la CVR. Esta reconciliación inicial se hizo posible gracias a la aplicación del «método del consenso suficiente», perspectiva conciliadora proclamada como «la invención (única) de la cultura de negociación sudafricana», con el objetivo de «expresar un compromiso común en favor del cambio político y una “buena fe” compartida»³⁰. El éxito de estos acuerdos queda patente en la formación en 1994 de un gobierno plural³¹, símbolo de la pretendida democracia multirracial.

Antes de las elecciones y de la formación del nuevo gobierno democrático, se aprobó en diciembre de 1993 una Constitución provisional, que culmina el proceso de negociación y que, como analizaremos en el siguiente apartado, es un texto de extraordinario valor desde el punto de vista filosófico-jurídico.

En el Preámbulo de la Constitución provisional se pone ya de manifiesto el objetivo de configurar un sistema democrático que sea la pura antítesis del régimen anterior, pues «es necesario crear un nuevo orden en el que todos los sudafricanos tengan derecho a una ciudadanía sudafricana común en un estado constitucional soberano y democrático, en el que haya igualdad entre hombres y mujeres y personas de todas las razas para que todos los ciudadanos puedan disfrutar y ejercer sus derechos y libertades fundamentales». Los treinta y cuatro principios constitucionales que figuran en Anexo consagran la no discriminación, los derechos fundamentales de todos los ciudadanos sudafricanos, la supremacía de la Constitución, la separación de poderes, la diversidad de lenguas y culturas, el reconocimiento del derecho

²⁹ SÒRIA, F., «Sud-Àfrica. Transició i reconciliació», en *Transició, drets humans i reconciliació nacional*, dCIDOB, 78, p. 28.

³⁰ DOXTADER, E., «La réconciliation avant la réconciliation. “La précédençe” sud-africaine», en *Vérité, réconciliation, réparation*, cit. (pp. 243-259), p. 245.

³¹ Gobierno presidido por el líder del CNA, Mandela, con vicepresidencias de De Klerk (PN) y Mbeki (CNA), siendo ministro del Interior Buthelezi (PLI). La colaboración entre Mandela y De Klerk fue reconocida internacionalmente recibiendo conjuntamente el Premio Nobel de la Paz en 1993.

indígena y del consuetudinario, y la estructuración del gobierno a nivel nacional, provincial y local. Con especial fuerza argumentativa, la cláusula final o Epílogo expone que «Esta Constitución ofrece un puente histórico entre el pasado de una sociedad profundamente dividida, caracterizada por la lucha, el conflicto, un sufrimiento e injusticia indecibles, y un futuro fundamentado en el reconocimiento de los derechos humanos, la democracia, la coexistencia pacífica y oportunidades de desarrollo para todos los sudafricanos, sin importar su color, raza, clase, creencias o género». En los párrafos siguientes, fundamentales a fin de entender las líneas de continuidad del proceso sudafricano, leemos: «La búsqueda de la unidad nacional, el bienestar de todos los ciudadanos sudafricanos y la paz requieren la reconciliación del pueblo de Sudáfrica y la reconstrucción de la sociedad. La adopción de esta constitución asegura las bases para que el pueblo sudafricano trascienda las divisiones y las luchas del pasado que generaron graves violaciones de los derechos humanos, la transgresión de principios humanitarios en los violentos conflictos y un legado de odio, temor, culpa y venganza. Estos pueden ser abordados ahora sobre la base de que existe la necesidad de comprensión y no de venganza, una necesidad de reparación y no de represalias, una necesidad de *ubuntu* y no de victimización. Para avanzar en tal reconciliación y reconstrucción, la amnistía será otorgada respecto de todos los actos, omisiones y ofensas relacionadas con objetivos políticos y cometidos en el transcurso de los conflictos del pasado».

3. EL PROCESO CONSTITUYENTE QUE CULMINA CON LA CONSTITUCIÓN DE 1996

3.1 Los principios constitucionales y la noción de *ubuntu*

La primera etapa del proceso sudafricano, desarrollada en la esfera política de la negociación, ha abierto el paso a la esfera jurídica, cuya primera manifestación constitucional son estas disposiciones de 1993, que inspirarán y limitarán la tarea de la Asamblea Constituyente convocada tras las primeras elecciones universales multirraciales de 1994. La adopción del texto definitivo dependerá de su adecuación al texto provisional, controlada por el Tribunal Constitucional.

Sin duda, aquí se cifra uno de los aspectos más innovadores del proceso constituyente y un auténtico reto para la teoría del derecho, ya que hay un parámetro de principios que se sitúa por encima de la propia Constitución, siendo el Tribunal Constitucional el órgano de tutela que velará por la conformidad del texto definitivo respecto a ese parámetro. Además, se introduce en el marco constitucional el tercer proceso enunciado al principio, y que abordaremos más adelante, el proceso de reconciliación, pues se reconoce el papel de «instrumento

constituyente suplementario»³² a la Comisión Verdad y Reconciliación en la medida en que la Constitución provisional anuncia la adopción de una ley «que dispondrá los mecanismos, criterios y procedimientos, incluidos los tribunales, si cabe, mediante los cuales se tratará la amnistía». Esta «habilitación-obligación»³³ se llevará a efecto en 1995 con la ley que creará la CVR confirmando la especificidad del constitucionalismo *post-apartheid*.

Las constituciones contemporáneas están ligadas a un relato fundacional y a una generación constituyente, y, en el caso de Sudáfrica, este vínculo resulta muy potente por la coyuntura histórica y el prestigio de las personalidades que fraguaron su proceso constitucional. Para mantener ese potencial de cara al futuro, los principios constitucionales cobran una singular relevancia pues, siguiendo a Zagrebelsky, son un criterio de legitimidad que proyecta la impronta de su origen en las sucesivas adaptaciones a la realidad: «Son factores de conservación y de innovación, de una innovación que consiste en la realización siempre más completa y adecuada a las circunstancias del presente del germen primigenio que constituye el principio [...]. En una constitución basada en principios, la interpretación es el acto que relaciona un pasado constitucional asumido como valor y un futuro que se nos ofrece como problema para resolver en la continuidad»³⁴. La peculiaridad del constitucionalismo sudafricano reside en que los principios constitucionales presentes en la Constitución provisional de 1993, con carácter previo a la Constitución definitiva de 1996, son los que operan una auténtica inversión del pasado del *apartheid* en futuro de reconstrucción de un país libre, basado en la no discriminación y en el respeto de la diversidad. La exigencia de reconciliación, como nudo gordiano de esos principios y de ese instrumento constituyente supletorio que es la CVR, tiene un carácter inaugural que ilumina la voluntad constituyente hasta el punto de limitar su ejercicio, desafiando con ello las categorías habituales del derecho constitucional.

Un desafío materializado en «un sutil e ingenioso dispositivo de performatividad instituyente»³⁵, a través del cual, «la Constitución definitiva de 1996 aparece como una norma subordinada a la Constitución provisional de 1993, lo que conduce a la promoción de una paradójica jerarquía en el seno de una misma esfera de constitucionalidad»³⁶. Sería un mandato constitucional de un determinado momento que se reconocería como superior e intangible en el momento siguiente, cumpliendo por tanto «una misión, cuya necesidad teóri-

³² LOLLINI, A., *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 27.

³³ PHILIPPE, X., «Commission Vérité et Réconciliation et droit constitutionnel», *Vérité, réconciliation, réparation*, cit. (pp. 219-241), p. 229.

³⁴ ZAGREBELSKY, G., *Historia y constitución*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 89-90.

³⁵ CASSIN, B.; CAYLA, O., y SALAZAR, Ph. J., «Présentation», *Vérité, réconciliation, réparation*, cit., p. 17.

³⁶ *Ibid*, p. 16.

ca no ha dejado de ser señalada por la filosofía política moderna (por ejemplo, la figura del *Législateur* de Rousseau), pero que no ha sido casi pensada hasta aquí por la ciencia jurídica»³⁷. Según advierte Olivier Cayla: «El derecho constitucional de 1993, que ha definido el espíritu de “verdad y reconciliación”, se presenta como una especie de derecho constitucional “fundamental” superior al derecho constitucional “ordinario”, lo que es paradójico pues difícilmente puede concebirse una jerarquización entre niveles de normatividad constitucional sin introducir, al menos subrepticamente, la idea de un derecho supraconstitucional intangible, es decir, la idea de un derecho natural por principio incompatible con toda idea del derecho positivo»³⁸. En este caso, sin embargo, «el mecanismo de verdad y de reconciliación aparece como una condición pragmática indispensable a la constitución de la normatividad constitucional»³⁹, esto es, «juega un papel de fundamento del derecho constitucional y, por tanto, de fundamento de la normatividad jurídica en su conjunto, en virtud de un esquema de análisis de tipo kelseniano»⁴⁰, si bien operaría una especie de contrato social empírico y no el ficticio de la «norma fundamental» entendida como una suposición lógico-transcendental. El fundamento no sería un mero elemento del «discurso asertivo de la teoría del derecho» sino propiamente un elemento del «discurso prescriptivo del derecho»⁴¹, pues los principios y derechos fundamentales que se colocan como test para verificar la conformidad de la Constitución definitiva están también en un texto constitucional real.

Abundando en este análisis, a juicio de Andrea Lollini, el protagonismo de la amnistía en todo este proceso convierte la fase constituyente en el «equivalente funcional de un tratado de paz», «al coste institucional de una suspensión temporal de la lógica judicial *stricto sensu*»⁴². Si, como recuerda Luigi Ferrajoli en referencia al actual proceso transicional colombiano y con apoyo en el propio Kelsen, la paz es el valor supremo, el fundamento principal del contrato social y la razón misma del artificio jurídico e institucional, no es de extrañar que la solución pacífica negociada del conflicto se sitúe incluso por encima de la voluntad popular como algo incuestionable e, incluso, como un objetivo «que debe ser alcanzado a cualquier precio», y «el precio es precisamente la renuncia a someter a los combatientes a la justicia penal ordinaria y, por lo tanto, la estipulación para ellos de un modelo diferente de justicia», el modelo llamado de «justicia

³⁷ *Ibid.*, pp. 16-17.

³⁸ CAYLA, O., «Aveu et fondement du droit», cit., pp. 93-94.

³⁹ CASSIN, B.; CAYLA, O., y SALAZAR, Ph. J., «Présentation», cit., p. 17.

⁴⁰ CAYLA, O., «Aveu et fondement du droit», cit., p. 94.

⁴¹ *Ibid.*, p. 95.

⁴² TONIATTI, R., «Introduzione» a LOLLINI, A., *Costituzionalismo e giustizia di transizione*, cit., p. 10.

transicional»⁴³. Una justicia, añade Ferrajoli, que no tiene un carácter retributivo sino sencillamente reparador y restaurativo: «Justicia de reparación basada en el reconocimiento de valores morales y políticos no menores que la justicia retributiva: la reconciliación nacional, la represión de las injusticias y, sobre todo, la reconstrucción de la verdad histórica, que se logra dando la palabra a las víctimas, reconociendo públicamente sus sufrimientos y por lo tanto rehabilitándolas en su dignidad de personas»⁴⁴.

En el contexto sudafricano, la idea de la paz, como valor supremo y fundamento del orden jurídico, tiene unas connotaciones especiales que solo pueden ser entendidas en relación con la noción de *ubuntu*; una noción que, como hemos visto, está expresamente citada en las disposiciones conclusivas de la Constitución provisional, y que inspirará la doctrina del Tribunal Constitucional, el estatuto de la CVR y la Constitución definitiva de 1996. En este sentido, se ha llegado a considerar que el concepto de *ubuntu* es la «precondición lógica, ética y jurídica de lo operado por la Constitución, la cual se plantea como instrumento de actuación de este principio constitucional»⁴⁵.

La noción de *ubuntu*, de origen bantú (lenguas zulú y xhosa), es difícil de traducir a una lengua occidental. Para entender su significado, hemos de acudir necesariamente a términos con los que estamos familiarizados pero que inevitablemente están ligados a una cosmovisión distinta a la de la tradición de origen. El propio Desmond Tutu, presidente de la CVR y principal impulsor de la presencia de esta noción en el proceso sudafricano, era un hombre fiel a sus raíces, pero educado en la fe cristiana, llegando a ser el arzobispo anglicano de Ciudad del Cabo y un eminente teólogo que llenó sus discursos de referencias bíblicas. Este aspecto ha suscitado sospechas sobre la posibilidad de que, tras la supuesta africanidad de las reivindicaciones, hubiera una cierta interiorización de la mentalidad colonial, si bien, como reconoce uno de estos críticos, Jacques Derrida, «la imposición del idioma es un drama inevitable pues no hay meta-idioma»⁴⁶. Desmond Tutu utiliza términos como reconciliación, perdón, tolerancia, hospitalidad, solidaridad, compasión, generosidad, fraternidad, que, si bien contribuyen a configurar el vocabulario de la dignidad humana, lo hacen introduciendo los matices peculiares de las diferentes culturas, y en este caso no solo de la cristiana, ni solo de la modernidad ilustrada, ni tampoco solo de la herencia ancestral de la África

⁴³ FERRAJOLI, L., «La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna», *Revista Crítica Penal y Poder*, núm. 10, 2016, (pp. 146-161), p. 148.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 150.

⁴⁵ LOLLINI, A., *Costituzionalismo e giustizia di transizione*, cit., p. 247. Véase PORTINARO, P. P., *I conti con il passato. Vendetta, amnistia, giustizia*, Milán, Feltrinelli, 2011, pp. 182-196. Según el autor, la justicia penal internacional tiene pretensiones cosmopolitas, pero olvida las tradiciones no occidentales.

⁴⁶ DERRIDA, J., «*Versöhnung, ubuntu, pardon: quel genre?*», cit., p. 138.

negra. La nación arcoíris es la imagen con la que Desmond Tutu evoca la profecía de un pueblo reconciliado y de una comunidad multirracial iluminada por el carisma de la diversidad de lenguas y culturas. A esta utopía es convocado todo lenguaje que hable de entendimiento mutuo y de trabajo en común, pero el corazón del discurso de la paz y de la reconciliación no está cifrado por casualidad en la noción de *ubuntu* ni tampoco es casual que se inspire en un proverbio zulú, *Umuntu ngomuntu ngabantu*, que viene a decir que «las personas son personas a través de las personas»⁴⁷.

La elección es deliberada y muy congruente con la nueva arquitectura social, pues *ubuntu* apela a la idea de «humanidad», es decir, a aquello que nos liga a los otros y nos constituye como seres interdependientes, y, por tanto, justo lo contrario de la segregación, de la separación, del propio significado semántico de *apartheid*. El *ubuntu* está fundado en la conciencia del otro como posibilidad de realización personal: «una persona que tiene *ubuntu* –afirma Desmond Tutu– es abierta y disponible, valora a los otros y no se siente amenazada si son competentes y eficaces, en la medida en que posee una confianza que se nutre del sentimiento de pertenencia a un conjunto, y se siente degradada cuando los otros son degradados, humillados, torturados, oprimidos o ninguneados. La armonía, la convivencia, el sentido de la comunidad son bienes preciosos». En cambio, «si menoscabo tu humanidad, me deshumanizo a mí mismo»⁴⁸. Al reivindicar esta visión relacional, que en la cultura africana se abre a todas las dimensiones del orden natural e incluso sobrenatural, Tutu no solo impugna el régimen del *apartheid*, sino que va hasta el fondo de la mentalidad colonialista, ya que desmiente los prejuicios de la visión colonial según los cuales el africano no tiene nada que ofrecer al mundo en términos filosóficos y éticos⁴⁹.

Desde el paradigma epistemológico occidental hegemónico, de cuño individualista, la retórica de Desmond Tutu resulta ambigua por introducir en el discurso valores, más de una vez explícitamente religiosos, que parecen no casar de entrada con las exigencias de una sociedad democrática. Sin embargo, esta ambigüedad discursiva puede ser interpretada, más que como un riesgo para las garantías y derechos conquistados, como la búsqueda de un modelo de democracia no necesariamente preestablecido capaz de respetar la vida en todos sus aspectos⁵⁰. En este sentido, Francesco Viola señala que «el

⁴⁷ Véase BROODRYK, J., *Ubuntu: Life lessons from Africa*, Pretoria, National Library of South Africa, 2002. El libro procede de la primera Tesis Doctoral realizada sobre la noción de *ubuntu*.

⁴⁸ Véase TUTU, D., *Dios no es cristiano y otras provocaciones*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2012, pp. 21-25.

⁴⁹ Véase MUROVE, M. F., «L'Ubuntu», *Diogène*, vol. 235-236, núm. 3, 2011, pp. 44-59.

⁵⁰ Sobre las luchas contrahegemónicas de derechos humanos y su relación con una «ecología de los saberes», puede verse, entre otros muchos estudios, Santos, B. de S., y Meneses, M. (eds.), *Epistemologías del Sur (Perspectivas)*, Madrid, Akal, 2014.

camino ininterrumpido y nunca acabado hacia la realización de la justicia requiere una colaboración entre sus diferentes niveles con el respeto de su especificidad, lo cual significa que las distinciones tradicionales entre los diferentes ámbitos de la vida práctica (moral, política, derecho, economía, religión) se han hecho más fluidas y porosas y que se abren espacios de interdependencia y de prudente mezcla»⁵¹. En definitiva, según Barbara Cassin, *ubuntu* sería como en griego el *aidós*, «la conciencia de la mirada del otro, aquello que hace comunidad y da lugar a la justicia»; «una manera de designar el respeto como sentimiento fundador de lo político»⁵².

3.2 La jurisprudencia constitucional

El alcance político de la noción de *ubuntu* va unido a su función estrictamente jurídico-constitucional pues, según lo señalado anteriormente, es una pieza clave en el conjunto de principios que recoge la Constitución provisional de 1993, central como instrumento argumentativo por parte del Tribunal Constitucional. En concreto, la doctrina *ubuntu* fundamentó la inconstitucionalidad de la pena de muerte en el asunto *S. vs Makwanyane* (núm. 6/1995). El Tribunal Constitucional, interpretando disposiciones de la Constitución provisional, abolió la pena capital, pues sostuvo básicamente que violaba el derecho a no ser sometido a tratos ni penas crueles, inhumanos y degradantes (considerandos 33 a 39), en relación con el derecho a la vida (considerandos 80 a 86)⁵³. Sería muy interesante entrar a fondo en la sentencia pues ha sido considerada «un tratado de derecho comparado al pasar revista al estado de la cuestión de la pena de muerte en la mayor parte de las democracias avanzadas»⁵⁴. Nos conformamos, sin embargo, con algunas opiniones de los jueces que participaron en la decisión, por ejemplo, el juez Yvonne Mokgoro cuando señala que la doctrina *ubuntu* enseña que la vida no tiene precio y que, por consiguiente, ni el peor criminal debe ser castigado con la muerte, o el juez Pius Langa para quien «*ubuntu* regula el ejercicio de los derechos por el mecanismo de la responsabilidad compartida y del disfrute mutuo de los mismos»⁵⁵.

Entre los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que revisan la adecuación de las leyes a los principios de la Constitución de

⁵¹ VIOLA, F., «Il perdono nella giustizia di transizione», en RAGONESE, R. (a cura di), *Fraternità ferita e riconciliazione*, Milano, Ancora, 2017 (pp. 106-118), p. 118.

⁵² CASSIN, B., «Amnistie et pardon: pour une ligne de partage entre éthique et politique», cit., p. 52-53.

⁵³ Véase ARROYO, L., «La prohibición de las penas crueles e inhumanas y la abolición universal de la pena de muerte», *Revista de Occidente*, núm. 385, 2013 (pp. 5-26), p. 16.

⁵⁴ ABOTSI, A., «De la régulation des choix de société par la promotion des droits fondamentaux. Les enseignements de la Cour constitutionnelle sud-africaine», *R. J. T.* núm. 43, 2009 (pp. 409-432), p.397.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 408.

1993, nos interesa especialmente la modalidad de control constitucional consistente en someter el texto elaborado y adoptado por la Asamblea Constituyente a su conformidad con el de la Constitución provisional. Este procedimiento, sin parangón en el derecho comparado, es la prueba del carácter innovador del constitucionalismo sudafricano al que nos hemos referido en el apartado anterior. Como analiza Andrea Lollini, a través de esta vía, «se subordina el perfeccionamiento del ejercicio de la función constituyente al previo control de legitimidad atribuido a la Corte constitucional»⁵⁶. El control de certificación o de homologación sirve para autentificar el proyecto constitucional y, por consiguiente, no tiene carácter consultivo sino plenamente vinculante pues es un requisito que condiciona la validez del texto. De hecho, en una primera ocasión, el tribunal rechazó el proyecto por una serie de cuestiones de tipo competencial y procedimental⁵⁷, y no fue hasta una segunda revisión, tras realizar las modificaciones pertinentes, cuando se certificó la validez de la Constitución, que se convertiría en definitiva. El tribunal asumió de este modo una parte activa en el proceso constituyente; una función atípica para una Corte Constitucional, que es una clara muestra de la singularidad de la transición sudafricana. La Constitución de la República de Sudáfrica fue refrendada oficialmente el día 10 de diciembre de 1996, aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el escenario de la matanza de Sharpeville, lo cual refuerza la dimensión simbólica con que se sustanció todo el proceso. La Constitución sudafricana, redactada en los once idiomas oficiales, crea un sistema democrático que se basa en el principio de la supremacía de la Constitución (art. 2) y que se adecua básicamente al modelo de Estado constitucional de influencia alemana, lo cual puede parecer sorprendente al tratarse de una excolonia británica situada en la tradición del *common law*. Además, en el capítulo 9 de la Constitución, las «instituciones estatales que apoyan la democracia constitucional» conforman un armazón institucional independiente para evitar en el futuro las graves violaciones de los derechos humanos, tanto de los derechos civiles y políticos, como de los derechos económicos, sociales y culturales, que caracterizaron a la Sudáfrica del pasado⁵⁸.

Otra sentencia decisiva del Tribunal Constitucional del periodo comprendido entre la Constitución provisional y la Constitución definitiva es la sentencia AZAPO (17/96) en la que se examinó la constitucionalidad de la Ley de Promoción de la Unidad Nacional y la

⁵⁶ TONIATTI, R., «Introduzione» a LOLLINI, A., *Costituzionalismo e giustizia di transizione*, cit., p. 9.

⁵⁷ *Certification of The Constitution of The Republic of South Africa*, núm. 23/96.

⁵⁸ PHILIPPE, X., cita una de las primeras sentencias del Tribunal, la núm. 23/94, cuyo mensaje es claro: «La Constitución no será únicamente interpretada desde un estricto punto de vista normativo, pues integrará la dimensión del pasado y de la reconstrucción de la sociedad», «Commission Vérité et Réconciliation et droit constitutionnel», cit., pp. 237-238.

Reconciliación de 1995, por la que, como veremos a continuación, se crea la CVR. La demanda se presentó en julio de 1996, días después de empezar a trabajar la Comisión. Los demandantes, familiares de víctimas como la viuda de Steve Biko, consideraban, entre otras cosas, que el proceso de amnistía constituía una vulneración de la garantía inscrita en la Constitución provisional que en su artículo 22 establecía el derecho a la tutela judicial efectiva. La propia Ntsika Biko declaraba: «Queremos todos la reconciliación, pero con la justicia»⁵⁹. Según el razonamiento casi unánime del Tribunal, la respuesta a este caso se encuentra en la significación y en la intención del Epílogo, pues, sin esta ley que concederá la amnistía a quien cumpla determinadas condiciones, no se podría establecer «un puente histórico entre el pasado de una sociedad profundamente dividida» y «un futuro fundamentado en el reconocimiento de los derechos humanos, la democracia, una coexistencia pacífica y oportunidades de desarrollo para todos los sudafricanos» (considerandos 18 y 19). La amnistía es una exigencia constitucional para el logro de la paz, que, como ya hemos señalado, es un valor supremo incluso al precio de soportar una extrema tensión con algún derecho fundamental, pues los propios derechos serán irrealizables sin un escenario futuro de pacificación. Leamos las propias palabras de su ponente, el juez Mohamed, al respecto: «El resultado, en todos los niveles, es realizar un equilibrio difícil, delicado, quizá angustioso, entre la necesidad de justicia para las víctimas de los crímenes del pasado y la necesidad de reconciliación y de una rápida transición hacia un nuevo futuro; entre el impulso a los autores de injusticias para que contribuyan a desvelar la verdad y la exigencia de reparación a las víctimas de esta verdad. Se trata de un ejercicio de una complejidad inmensa, en la interacción de un vasto tejido de consideraciones políticas, emocionales, éticas y organizativas» (considerando 21). La extrema dificultad de la decisión se dirime en la declaración de la constitucionalidad de la ley y en la habilitación, por tanto, a la CVR para ejercer sus funciones. Los beneficios políticos y sociales de la amnistía, sobre todo en cuanto al conocimiento de la verdad sobre actos monstruosos realizados durante el régimen, son superiores a los efectos que resultarían de la justicia penal. A pesar de que la sentencia es consciente de la enorme dificultad de convivir día a día con los autores de estos actos, parece la mejor vía para pasar de una sociedad racista y opresiva a una democracia multicultural y democrática.

Esta decisión no ha dejado de suscitar dudas sobre su compatibilidad con las exigencias de la justicia internacional. En la propia sentencia se señala que el derecho internacional no es automáticamente aplicable en el ordenamiento interno, sino que debe pasar por una valoración de aplicabilidad y, por tanto, de compatibilidad con la Constitución (considerando 27). Para saber si la amnistía es compati-

⁵⁹ HAZAN, P., *La paix contre la justice? Comment reconstruire un État avec des criminels de guerre*, Bruxelles, André Versaille éditeur, 2010, pp. 91-92.

ble con los estándares internacionales, los jueces constitucionales se remiten al Segundo protocolo adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 1977, que en el artículo 6.5 recomienda conceder la amnistía lo más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en un conflicto armado, y de ahí concluyen que la amnistía condicionada es un mandato constitucional compatible con el derecho internacional (considerando 30); conclusión que da vía libre al trabajo de la CVR pero que no cierra la discusión sobre las posibles tensiones, como ahora veremos, entre sus funciones y principios jurídico-internacionales tan importantes hoy como el de la lucha contra la impunidad.

4. EL PROCESO DE RECONCILIACIÓN A TRAVÉS DE LA COMISIÓN VERDAD Y RECONCILIACIÓN

4.1 Una propuesta de justicia restaurativa

El proceso de reconciliación, protagonizado por la CVR, es la clave de bóveda de la transición sudafricana ya que concentra todas las expectativas de verdad, justicia y paz generadas tanto en el proceso negociador como en el proceso constituyente. En este sentido, ya hemos visto que la Comisión se inserta en el marco constitucional como instrumento suplementario para cumplir la «habilitación-obligación» de la Constitución provisional de 1993 y para construir la unidad en la diversidad que la Constitución definitiva de 1996 proclama como principal atributo de la República Sudafricana.

La CVR fue creada por la Ley 34 de Promoción de la Unidad Nacional y la Reconciliación de 1995. Su principal objetivo es «establecer una imagen lo más completa posible de las causas, la naturaleza y el alcance de las violaciones graves de los derechos humanos», en el periodo comprendido entre el 1 de marzo de 1960 (masacre de Sharpeville) y el 10 de mayo de 1994 (juramento de Nelson Mandela como presidente). A tal efecto, se tendrá en cuenta el contexto; la perspectiva de las víctimas y también la de los responsables mediante la realización de investigaciones y la celebración de audiencias; se facilitará la concesión de amnistía a las personas que realicen la plena divulgación de todos los hechos relevantes relacionados con actos asociados con un objetivo político; se dará a conocer el destino o el paradero de las víctimas, se restablecerá su dignidad humana y civil dándoles la oportunidad de relatar las violaciones sufridas y recomendando medidas de reparación; y se redactará un informe con las conclusiones de la Comisión y las recomendaciones en prevención de futuras violaciones de los derechos humanos. Para el logro de estos objetivos, se crean tres comités: el Comité sobre Violaciones de los

Derechos Humanos, el Comité de Amnistía y el Comité de Reparación y Rehabilitación, además de una unidad de investigación y varios subcomités.

La Comisión estuvo compuesta por diecisiete comisionados (siete, mujeres), bajo la presidencia del arzobispo Desmond Tutu. Si bien es una institución que no pertenece ni al poder legislativo ni al poder judicial, al ser una corte «soberana» que ejerce funciones casi jurisdiccionales, debía estar caracterizada ante todo por su independencia (art. 36.1). Con un equipo de más de 300 empleados, cuatro grandes oficinas en diferentes puntos del país y un amplio presupuesto, su última sesión pública se desarrolló en agosto de 1997, aunque el Comité de Amnistía siguió funcionando hasta 2001. Tanto la repercusión internacional de la Comisión, dada la intensa cobertura de los medios de comunicación, como el seguimiento interno, a través de la retransmisión de las audiencias por la radio y la televisión, superaron todo lo previsible. La Comisión tomó declaración a más de 21.000 víctimas y testigos, 2.000 de ellos en audiencias públicas, además de a los demandantes de amnistía. La primera sesión de la Comisión tuvo lugar el 16 de diciembre de 1995 y la primera audiencia pública el 15 de abril de 1996, en que se fijó el carácter «ceremonial» de las posteriores reuniones, con himnos, oraciones y la invocación del *ubuntu*.

Este escenario casi teatral, que invita a hacer plenamente real lo representado, nos da idea del enfoque restaurativo con que la Comisión aborda los retos de la justicia transicional⁶⁰, hasta el punto de considerarse «el momento fundante de la presencia ineludible de mecanismos de justicia restaurativa en los países en procesos de transición»⁶¹. En este sentido, Philippe-Joseph Salazar señala que las palabras del Informe final de la Comisión⁶², «divulgar la verdad (en el sentido de lo “vivido”) frente a un auditorio respetuoso y una Comisión en majestad», son la mejor formulación posible de «las condicio-

⁶⁰ Según Antoine GARAPON, «la experiencia sudafricana saca su originalidad de haber sido escenificada [...] Ha inventado una escenografía original para reinaugurar la democracia, para recrear, juntos y ante todos, un reconocimiento mutuo que, en la vida cotidiana, no se reconoce como tal. Para salir de una situación sin equivalente, y probablemente sin pretenderlo, ha ofrecido a la *restorative justice* su primer teatro a tamaño natural». Así, «la Comisión Verdad y Reconciliación ha revelado a *contrario* la pobreza emocional del derecho». «La justice comme reconnaissance», *Vérité, réconciliation, réparation*, cit. (pp. 181-203), pp. 193 y 200.

⁶¹ GARCÍA PASCUAL, C., «Acceso a la justicia en épocas de transición», cit., p. 282. Véase MINOW, M. L., «Truth Commissions», en *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History After Genocide and Mass Violence*. Boston, Beacon Press, 1998, pp. 5290. Sobre la relación entre justicia transicional y justiciar restaurativa, véase Sullivan, D., y Tift, L. (eds), *The Handbook of Restorative Justice*, Routledge, New York, 2006.

⁶² Informe de cinco volúmenes, entregado por la Comisión a Mandela en octubre de 1998, y dos volúmenes suplementarios, en marzo de 2003. Véase TUTU, D., y SALAZAR, Ph. J. (dir.), *Amnistier l'apartheid: travaux de la Commission vérité et réconciliation*, Paris, Seuil, 2004, y MARTÍN, L. G. (ed), *Un pasado criminal. Sudáfrica y Argentina: argumentos y documentos para el debate*, cit.

nes retóricas de producción de la confianza». A su juicio: «La excepción sudafricana de la reconciliación valora doblemente el intercambio confiado de la palabra dada: ante la palabra del relato criminal (*account*), la palabra de la amnistía; ante el relato de la víctima (*storytelling*) la promesa de reparación y el potencial de sanación (que afecta también a los perpetradores). Unos y otros se dan un voto de confianza, que es lo que precisamente permite “instaurar reconciliación y reconstrucción”. Este doble don de confianza funda la posibilidad de *restorative justice*, la cual es “relacional”»⁶³.

Atendiendo a los objetivos establecidos por la Ley, en efecto, los tres focos de la justicia restaurativa –la comunidad, el infractor y la víctima– articulan el proceso, pues se persigue, en primer lugar, el conocimiento de la verdad de lo ocurrido como previsión de futuras violaciones de los derechos humanos, por tanto, como garantía de no-repetición a la hora de instaurar un nuevo orden democrático; en segundo lugar, se compromete a otorgar la amnistía a los victimarios como medio para reintegrarlos en la vida social, y, en tercer lugar, se pretende restablecer la dignidad de las víctimas, tratando de satisfacer su derecho a la reparación. Los perpetradores, las víctimas y la comunidad –representada por los comisionados– tendrán una participación activa a la hora de descubrir un pasado de división y llegar a confeccionar un relato común.

Pero no olvidemos que el «proceso público, narrativo, reconciliador»⁶⁴, que se llevó a cabo en la CVR, es un paso de un proceso más amplio, que no podría entenderse desconectado del momento negociador. Barbara Cassin destaca que es entonces cuando se descartó la solución de Nuremberg, «porque no había todavía ni vencedor ni vencido», es decir, «en ese instante, y en la elección de ese instante, se realiza simultáneamente la elección de una justicia restaurativa»⁶⁵. Frente a la exigencia de los movimientos de liberación de aplicar la justicia penal a los responsables del régimen, y frente a la demanda del gobierno de pasar página y partir de cero, se eligió la tercera vía de una amnistía condicionada; una salida que se eleva a mandato constitucional en la fase constituyente y que quedará definitivamente legitimada con la sentencia AZAPO del Tribunal Constitucional en los términos analizados anteriormente.

Sin embargo, a pesar de lo dicho en esta sentencia, como hemos anticipado, el tipo de conductas que eran objeto de amnistía plantea inevitables problemas respecto a la obligación impuesta por el derecho internacional a los Estados de evitar la impunidad por las graves

⁶³ SALAZAR, Ph. J., «Relato, reconciliación, reconocimiento, a propósito de los perpetradores y de la amnistía de Sudáfrica», *Historia, Antropología y Fuentes Orales*, núm. 42, 2009 (pp. 37-53), pp. 49-50.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 41.

⁶⁵ CASSIN, B., «Amnistie et pardon: pour une ligne de partage entre éthique et politique», cit., p. 41.

violaciones de derechos humanos. En 1995 todavía no se había aprobado el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, pero la dinámica de la justicia penal internacional (con los dos Tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda) ya estaba en marcha como modelo de justicia transicional. Las coordenadas espacio-temporales del mundo jurídico se iban ensanchando al acoger principios como el de competencia universal, es decir, de extraterritorialidad en la persecución del crimen, y el de imprescriptibilidad⁶⁶. Ahora bien, en ningún instrumento jurídico internacional se marcaba una división tajante entre la respuesta penal a las graves violaciones de los derechos humanos y otras respuestas posibles. Incluso en el Estatuto de Roma, el artículo 53 sobre el Ministerio Fiscal introduce el principio de oportunidad, ya que, a pesar de la gravedad del crimen, puede denegar la investigación o el enjuiciamiento si considera que «no redundaría en interés de la justicia», y el artículo 17. 1. b) prevé la posibilidad de que el Estado haya investigado el caso y haya decidido no perseguir a la persona afectada, aunque no precisa si la investigación puede no ser la estrictamente penal. Josep Maria Tamarit Sumalla, tras un análisis de estos supuestos al que nos remitimos, concluye que «el Derecho internacional obliga a los Estados a evitar la impunidad por las graves violaciones de derechos humanos», pero «permite una renuncia parcial a la respuesta penal si esta puede representar un obstáculo insalvable en un proceso de pacificación y reconciliación nacional, siempre que se garantice el respeto al derecho a la justicia, la verdad y la reparación»⁶⁷. Desde este planteamiento, los intereses de las víctimas están ligados a estos derechos y no estrictamente a un derecho al castigo.

En este sentido, puede haber una interpretación de la impunidad que, sin renunciar a tomarse muy en serio la necesidad de reaccionar contra las graves violaciones de los derechos humanos, evite el peligro de caer en una posición punitivista⁶⁸ —con la consiguiente puesta en riesgo de las garantías formales vinculadas al principio de legalidad—, es decir, siguiendo el análisis de Jesús María Silva Sánchez, evite cualquier vestigio de la vieja ideología del *nullum crimen sine poena*. A su juicio, el «derecho a la justicia» no implica que ni la víctima ni la sociedad tengan una pretensión legítima de castigo, sino que tienen derecho, respectivamente, «al restablecimiento de su dignidad y al restablecimiento de los vínculos sociales puestos en cuestión por

⁶⁶ Principio recogido, en especial, en la ya citada Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad, en la que se incluía el crimen del *apartheid*.

⁶⁷ TAMARIT SUMALLA, J. M., «Comisiones de la verdad y justicia penal en contextos de transición», *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2010, (pp. 1-29), p. 24.

⁶⁸ PASTOR, D. R., califica la extensión de la lucha contra la impunidad como «ideología de la punición infinita» y la caracteriza como una concepción «neopunitivista», *El poder penal internacional*, Barcelona, Atelier, 2006, pp. 75-80.

el delito»⁶⁹. Para compensar la humillación sufrida por la víctima no es imprescindible infligir daño al autor, sino que podría bastar con la declaración pública del reproche, es decir, la suficiencia compensatoria de la declaración de culpabilidad.

De este modo, como advierte Antoine Garapon, la impunidad no equivale exactamente a la *impunición*; «la lucha contra la impunidad no es necesariamente una demanda de castigo, sino que puede ser la expresión de un trabajo de justicia más narrativo que punitivo»⁷⁰, en el que, al reconocer los hechos como faltas, se asume el crimen y se reúne a víctimas y verdugos en una misma aproximación al pasado. También Luigi Ferrajoli afirma que, ante una medida de gracia que comporte la comprobación de la verdad, la asunción de responsabilidades de los autores de las atrocidades cometidas, la estigmatización moral y política de sus acciones y el resarcimiento de las víctimas, no podrá hablarse de «impunidad, que provendría de una amnistía política generalizada e incondicional»⁷¹. Lo que se requiere para la no-repetición de la barbarie es «la construcción de una memoria colectiva y compartida de los horrores del pasado». Para ello, resultan mucho más necesarios los procesos, la comprobación de la verdad y la reconstrucción histórica, que las sanciones penales. Es cierto que suelen exceptuarse los crímenes más graves perpetrados por los autores intelectuales situados en la cúspide del régimen, pero también lo es que en este caso los principales responsables del gobierno o de la cadena de mando de las fuerzas de seguridad y autoridades militares de alto rango no serían amnistiados porque ni siquiera solicitaron la medida.

4.2 La amnistía condicionada

Entre, por un lado, una aproximación meramente retributiva al pasado criminal y, por otro, la amnistía general⁷², basada en la pura amnesia, el proceso sudafricano opta por una amnistía que opera acto por acto –acciones, omisiones y ofensas–, es decir, en casos particulares y concretos y que puede otorgarse parcialmente respecto a determinadas conductas y no respecto a otras del mismo agente. Podríamos decir que se trata de una medida de gracia de naturaleza híbrida, con características de la figura del indulto, ya que evita el castigo, pero sin

⁶⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.-M., «*Nullum crimen sine poena?* Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del derecho de la víctima al castigo del autor», *Derecho Penal y Criminología*, vol. 29, núm. 86-87, 2008 (pp. 149-172), pp. 163-164.

⁷⁰ GARAPON, A., *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner*, Paris, Odile Jacob, 2002, p. 207.

⁷¹ FERRAJOLI, L., «La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna», cit., pp. 150-151.

⁷² Para una tipología de las leyes de amnistía, véase (en línea) SLYE, R. C., «The Legitimacy of Amnesties under International Law and General Principles of Anglo-American Law», 43 *VA. J. INT'L L.* 173, 2002.

extinguir las huellas y la memoria del crimen. Las condiciones establecidas por la Ley (art. 20.1) son el objetivo político de las acciones y la divulgación completa de los hechos relevantes. El capítulo 4 (art. 16-22) establece los mecanismos y procedimientos de la amnistía: se dará prioridad a las solicitudes de las personas bajo custodia; se resolverá administrativamente si la conducta no supone una grave violación de los derechos humanos; cuando los hechos sean graves y se cumpla la condición de ser un acto asociado a un objetivo político, se informará a los interesados, las víctimas y los implicados, y se trasladará el caso a audiencia pública; ninguna persona a la que se le haya otorgado amnistía será penal o civilmente responsable ni lo será ningún organismo u organización; si ya hubiera sentencia judicial condenatoria de la persona amnistiada, será anulada; y, por supuesto, para garantizar el derecho a la defensa, ninguna respuesta inculpativa o información podrá ser utilizada contra el declarante en un proceso penal posterior. También hay medidas de protección de testigos y el Comité puede excepcionalmente decretar que las sesiones sean a puerta cerrada.

4.2.1 ACT ASSOCIATED WITH A POLITICAL OBJECTIVE

La primera condición de la amnistía, «acto asociado a un objetivo político», se encuentra especificada en el artículo 20.2 de la Ley, que recoge elementos objetivos y subjetivos. La dimensión objetiva alude al hecho de haber sido miembro o partidario de una organización política, movimiento de liberación o de las fuerzas de seguridad del Estado en cumplimiento de sus deberes y funciones; al contexto de la actuación; a su realización en ejecución de una orden o con la aprobación de una organización, institución o movimiento de liberación; y a la proporcionalidad del acto respecto al objetivo perseguido. La dimensión subjetiva, a la que se da especial importancia, viene referida a la intención desinteresada o no del autor, pues se descarta cualquier acto cometido en beneficio personal o por malicia, mala voluntad o rencor hacia la víctima.

Uno de los factores más controvertidos es la aplicación del principio de proporcionalidad respecto al objetivo político. En el propio Informe final de la CVR aparecen algunos casos especialmente difíciles. El principal problema es saber si los asesinatos cometidos por motivos raciales pueden ser considerados de naturaleza política, pues al principio los crímenes por motivación racista fueron descartados, pero se fueron incluyendo posteriormente. También hubo vacilaciones sobre la cuestión esencial de la violencia de género, ya que no se respondió de forma contundente a la pregunta de si es posible violar por «motivos políticos»⁷³. En todos estos supuestos, a pesar de no estar

⁷³ ANTJIE DE KROG subraya las dimensiones de esta cuestión en *País de mi calavera. La culpa, el dolor y los límites del perdón en la nueva Sudáfrica*, Buenos Aires,

obligada por el «precedente», hubiera sido de agradecer una «jurisprudencia» más coherente por parte del Comité de amnistía⁷⁴. Además, aunque la frontera entre la violencia cometida por motivos políticos y la violencia puramente criminal sea porosa⁷⁵, la CVR debería haber afrontado con mayor rigor la complejidad del fenómeno, en cuanto que la distinción acarrea la condena penal o no por graves violaciones de los derechos humanos (*gross violations of human rights*), entre las que figuran acciones tan reprobables como «el asesinato, el secuestro, la tortura y los malos tratos a cualquier persona».

Junto a la cuestión de la gravedad de los delitos calificados como políticos, otro aspecto muy polémico de la Ley, como ya ocurriera en las fases anteriores del proceso, es la inclusión entre los perpetradores de los miembros de los movimientos de liberación en pie de igualdad a estos efectos con los del gobierno o las fuerzas de seguridad del régimen. Tanto los insurgentes *anti-apartheid* como los agentes estatales pueden acceder a la amnistía si los crímenes que cometieron son políticos. El régimen del *apartheid* contaminó toda la sociedad con la violencia basada en la separación entre grupos raciales y esto dio lugar a terribles violaciones de los derechos humanos, de las que no fueron solo responsables los miembros del régimen sino también los que luchaban contra él. Se trata de un crimen causado por este despliegue de la violencia en la acción política, es decir, por el uso de métodos radicalmente contrarios a la deliberación pacífica, propia de un orden democrático, «ya estén ligados a la injustificable causa del *apartheid* o a la moralmente correcta de la resistencia»⁷⁶. De hecho, fue muy superior el número de solicitudes de amnistía por parte de los miembros del CNA o de su brazo armado, algunos de los cuales compare-

UnsamEdita, 2016, libro en el que relata su experiencia como periodista ante la CVR. La narración recoge las declaraciones y testimonios con un estilo literario entre la ficción, la crónica, la autobiografía, el ensayo filosófico y la poesía. J. DERRIDA dedica al tema y a la autora un apartado del ya citado «*Versöhnung, ubuntu, pardon: quel genre?*», bajo la rúbrica «Le viol n'est pas une violence parmi d'autres», pp. 143-147.

⁷⁴ LAX, I., «Le témoignage d'un commissaire. Juger les demandes d'amnistie et promouvoir la réconciliation», en *Vérité, réconciliation, réparation*, cit., p. 289.

⁷⁵ A este propósito, la Comisión ya contaba con el criterio de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (art. 1), que excluía de su protección a aquellas personas que hubieran cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad. Frente a la evolución experimentada por la legislación sobre extradición y asilo, marcada por el creciente predominio de cláusulas despolitizadoras de crímenes internacionales y de actos terroristas, en el momento en que se elaboró la ley, el umbral de gravedad para denegar la condición de refugiado era todavía bastante alto y debió ser tenido en cuenta. La pauta que regía entonces era más o menos la que actualmente propone recuperar el ACNUR, que «los delitos que deliberadamente infligen un extremo sufrimiento humano, o que violan principios *jus cogens* del derecho internacional, no pueden estar justificados por ningún objetivo político». Véase CAPELLÀ, M., «¿Qué queda del delito político en el Derecho Internacional contemporáneo? (Observaciones en los ámbitos de la extradición y del asilo)», *Revista electrónica de estudios internacionales* (REEI), núm. 28, pp. 1-43, 2014.

⁷⁶ CASSIN, B.; CAYLA, O., y SALAZAR, Ph. J., «Présentation», cit., p. 19.

cieron ante la Comisión tanto en calidad de perpetradores como en su condición de víctimas.

Esta equiparación en el plano jurídico-formal puede interpretarse como consustancial al sentido profundo de la institución de una nueva categoría de crimen, el crimen contra la humanidad, pues el mal absoluto que representa está en el propio régimen político, en una violencia que ha sido institucionalizada, que no es contraria a la ley sino fruto de su aplicación estricta. Desde este punto de vista, la lección del *apartheid* para el futuro es que nunca más se puede establecer un muro de división entre amigos y enemigos, entre víctimas y verdugos, pero sí entre un régimen intrínsecamente malvado y un régimen democrático que protege a la política de sus gérmenes totalitarios⁷⁷. En el lado opuesto, el hecho de que también los insurgentes o la oposición armada puedan ser perpetradores se valoraría como la prueba evidente de la negación por parte de la CVR de la categoría de crimen contra la humanidad atribuida por el derecho internacional al régimen del *apartheid*, ya que los crímenes considerados son los cometidos en el contexto del *apartheid*, no el *apartheid* mismo como crimen contra la humanidad. En esta línea, Olivier Cayla considera que el alcance simbólico-político de la decisión de asimilar formalmente los crímenes es un auténtico atentado al propio «espíritu del derecho internacional de los derechos humanos, que hace de la justiciabilidad de los autores de crímenes contra la humanidad una cuestión de principio absoluto». Es más: «el tratamiento sudafricano de la cuestión se desmarca de la lógica, inaugurada en Nuremberg, que pone en valor la inconmensurabilidad del crimen contra la humanidad»⁷⁸. Desde esta perspectiva, sería imprescindible una condena en el plano jurídico-penal a los culpables de este crimen, que de ningún modo podrían ser otros que los responsables del régimen.

Frente a esta última postura, para el Tribunal Constitucional sudafricano y para la CVR, lo esencial es garantizar el plano moral y político del reconocimiento general del *apartheid* como crimen contra la humanidad, pues prima el objetivo restaurativo o reconstructivo de sanar el tejido social y reintegrar a todos los interlocutores en la vida activa de la comunidad, que en este caso equivaldría a lo que la Ley de 1995 denomina promover la unidad nacional y la reconciliación. La finalidad, por tanto, no es la amnistía, aunque esta sea la medida estrella del proceso, sino que más bien la amnistía sería un medio para la curación y la reparación. La reconciliación pasa por el conocimiento de los hechos y por el reconocimiento público de su naturaleza criminal, es decir, por una exigencia de verdad histórica, factual, moral y democrática, sin la cual resulta imposible reconstruir el vínculo social.

⁷⁷ Véase GARAPON, A., «Justicia transicional y justicia reconstitutiva», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* (CEFD), núm. 29, 2014, pp. 24-43.

⁷⁸ CAYLA, O., «Aveu et fondement du droit», cit., p. 93.

4.2.2 FULL DISCLOSURE OF ALL RELEVANT FACTS

Por ello, la segunda condición de la amnistía es que el solicitante realice la plena divulgación de los hechos relevantes ante la Comisión, ya que el relato público y detallado de lo ocurrido es el requisito del reconocimiento del otro y del acceso por parte de todos a la ciudadanía y sus derechos. Según Barbara Cassin, el lenguaje cumple aquí tres funciones: el lenguaje como mundo común, que manifiesta el carácter político de todo ser humano y rehumaniza a víctimas y perpetradores a través de un uso compartido de la palabra; el lenguaje como fuerza eficaz, performativa, que construye lo real; y el lenguaje como terapia, que tiene una potencialidad restaurativa e incluso curativa⁷⁹. En este sentido, nos dice, se trata de «una condición filosóficamente impresionante o impresionante para un filósofo»; «La *full disclosure* implica un fuera del olvido»⁸⁰.

La amnistía, lejos de borrar el crimen, lo expresa públicamente. La auto-acusación, que se asemeja a un acto de confesión pública de culpabilidad, no opera a efectos de reducción de la pena, como ocurre con la confesión en la justicia penal internacional, sino en el marco de una nueva política criminal de carácter reconstructivo, que, como hemos visto, no equivale a la mera impunidad dada la clara exposición del perpetrador ante los ojos de la comunidad. Entre el riesgo inquisitorial y lo vanamente negocial, la revelación del mal causado, y la consiguiente vergüenza pública, articulan de forma renovada la relación entre derecho a la verdad y derecho a la justicia, en pro del restablecimiento de la dignidad de la víctima y del nacimiento de un nuevo vínculo social inclusivo, inexistente en la situación anterior por la propia naturaleza del *apartheid*.

Toda la comunidad y sobre todo las víctimas directas tenían el deseo y la necesidad de conocer qué había pasado, cuál había sido el destino de tantas personas desaparecidas, quiénes habían sido los responsables de los crímenes sufridos. Gracias al proceso sudafricano, entre otros procesos transicionales, la preservación de la memoria y el derecho a la verdad, que serían reconocidos años más tarde por la comunidad internacional⁸¹, comenzaban a sentirse como una deuda contraída con las víctimas⁸².

⁷⁹ CASSIN, B., «Amnistie et pardon: pour une ligne de partage entre éthique et politique», cit., p. 47.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 43.

⁸¹ Véase el Informe de la Comisión Colombiana de Juristas *Derecho a la verdad y derecho internacional*, Bogotá, 2012, http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/derecho_a_la_verdad_y_derecho_internacional.pdf

⁸² Como recuerda David Rieff, Ricoeur escribió que «debemos recordar, porque el recuerdo es un deber moral. Hemos contraído una deuda con las víctimas [...] al recordar y contar [...] evitamos que la mala memoria mate a las víctimas dos veces», *Elogio del olvido. Las paradojas de la memoria histórica*, Barcelona, Debate, 2017, pp. 75-76.

Aunque de las más de siete mil demandas de amnistía, solo alrededor de mil fueron concedidas, y a pesar de que algunas peticiones procedían de personas ya encarceladas y muy pocas de miembros del gobierno y de las fuerzas de seguridad, que en su mayoría siguieron negando los crímenes, los solicitantes de amnistía proporcionaron informaciones sobre actividades violentas de personas concretas o de facciones y organizaciones, actos de brutalidad, sufrimientos causados, órdenes y ejecuciones, que nunca hubieran sido conocidos si la revelación de la verdad no hubiera sido condición de la amnistía. Evidentemente, la motivación principal de acudir ante la Comisión y narrar los hechos de forma exhaustiva era evitar la cárcel, ya que, si alguien no solicitaba la amnistía y después se descubría su implicación en algún delito, o si en el relato se comprobaba la ocultación deliberada de hechos relevantes, el caso pasaría a la jurisdicción ordinaria. Por tanto, el primer interesado en decir la verdad, en declarar o dar testimonio contra sí mismo, era el perpetrador, y no en aras de la verdad misma, sino de conseguir la amnistía, con lo cual no falta razón a quien opina que «el dispositivo de verdad y reconciliación en última instancia no puede ser pensado sin la sanción penal pues es la que permite ejercer una presión para exhortar la revelación del agente», y que, por tanto, se inserta en cierta medida dentro de «la lógica retributiva del derecho penal»⁸³. Sin embargo, el resultado inmediato fue conocer muchos aspectos de lo ocurrido que no hubieran sido puestos al descubierto a través de otros instrumentos de carácter claramente punitivo⁸⁴. Ilan Lax, comisario de la CVR, afirma sentirse parte de un proceso en el que se intentó ante todo aquello que, según Michael Ignatieff, puede hacer una Comisión de este tipo, «purificar el debate, limitar la lista de mentiras tolerables»⁸⁵. También Garapon señala que lo primero es inclinarse ante hechos precisos, ante la verdad factual, y trae a colación a Jaspers, quien, en respuesta a los crímenes de la segunda guerra mundial, soñó con una justicia que se limitara a establecer los hechos⁸⁶. La primera piedra de la nación arcoíris en construcción exige que el esclarecimiento de lo sucedido no permanezca un fermento de división⁸⁷.

⁸³ CAYLA, O., «Aveu et fondement du droit», cit., p. 91.

⁸⁴ Claudia Hilb compara la situación sudafricana con la argentina. Véase a este respecto «¿Cómo fundar una comunidad después del crimen? Una reflexión sobre el carácter político del perdón y la reconciliación, a la luz de los Juicios a las Juntas en la Argentina y de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación en Sudáfrica», *Discusiones: Comunidad, perdón y justicia*, núm. 12, 2013 (pp. 31-58), p. 47.

⁸⁵ LAX, I., «Le témoignage d'un commissaire. Juger les demandes d'amnistie et promouvoir la réconciliation», en *Vérité, réconciliation, réparation*, cit., p. 297.

⁸⁶ GARAPON, A., *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner*, cit., p. 286. La reflexión de Karl Jaspers aparece en una carta a Hannah Arendt del 16 de diciembre de 1960.

⁸⁷ CREPON, M., *L'Épreuve de la haine. Essai sur le refus de la violence*, Paris, Odile Jacob, 2016, p. 205. El autor dedica al tema un interesante capítulo titulado «Sortir de l'apartheid», pp. 177-210. Véase RIVAS, P., «Perdón, derecho y política.

Pero, además, el relato de los hechos, en cuanto que es una confesión de la propia participación en el crimen, supone la asunción por parte del perpetrador de su responsabilidad y este es el paso esencial en el camino hacia la reconciliación. En este sentido, según A. Garapon: «La justicia –a diferencia de la historia– no es una instancia de conocimiento sino de reconocimiento [...] La perspectiva de la justicia respecto al pasado no es cognitiva sino normativa. El fin de la justicia es purgar el pasado de sus injusticias, tanto como todavía sea posible»⁸⁸. La toma de conciencia de la propia implicación en aquello que pasó y nunca debería haber pasado y, por tanto, de la repercusión criminal de los propios actos, abre las puertas a un posible arrepentimiento, entendido, en sentido arendtiano, como querer que aquello que resultó de nuestra acción no hubiera sucedido. Como muestra Claudia Hilb, esta y otras ideas de Hannah Arendt en torno al perdón y la reconciliación pueden ayudarnos a comprender el significado de la amnistía sudafricana⁸⁹.

Para dar cuenta de esta aportación, hay que subrayar que, frente a la confusión habitual –propiciada por las claves hermenéuticas, de carácter teológico, intercultural y político, en que se cifran los discursos de Desmond Tutu sobre el perdón–, entre las condiciones de la amnistía en ningún momento aparece ni el arrepentimiento del perpetrador ni el perdón de la víctima. Por supuesto, la naturaleza estrictamente personal del perdón lo impediría de entrada en cuanto que pertenece al nivel más íntimo de la conciencia individual, difícilmente traducible en la exterioridad de la conducta con la que deben operar los dispositivos jurídicos y políticos. Pero ni siquiera moralmente resulta exigible el perdón, y sería inhumano cargar a las víctimas con una obligación de ese tipo. No hay nada más libre y gratuito que el acto de perdonar. Por ello, al igual que hubo víctimas que expresaron públicamente su predisposición al perdón, las hubo que manifestaron su intención de no perdonar, y las que no se pronunciaron al respecto a buen seguro elaboraron sus procesos de duelo con experiencias muy complejas entre las que pudieron figurar ambas posibilidades. En cualquier caso, la actitud de las víctimas no estaba previsto que tuviera ningún tipo de incidencia en la decisión de otorgar o no la amnistía.

Consideraciones a propósito de la Truth and Reconciliation Commission», *Isonomía*, núm. 34, 2011, pp. 31-53.

⁸⁸ GARAPON, A., *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner*, cit., pp. 198-199. Thomas Nagel, que participó junto a Ronald Dworkin en la Conferencia del Instituto Aspen sobre justicia transicional en 1988, hizo la importante distinción entre conocimiento y reconocimiento, la cual implica, a su vez, la distinción entre la verdad de hecho y la verdad como admisión pública y oficial de los crímenes del pasado. Véase NAGEL, Th., *State Crimes: Punishment or Pardon*, Aspen Institute, 1989.

⁸⁹ Véase HILB, C., «Justicia, reconciliación, perdón. Cómo fundar una comunidad después del crimen», Hilb, C.; Salazar, Ph. J., y Martín, L. (eds.), *Lesas humanidad: Argentina y Sudáfrica: reflexiones después del Mal*, Buenos Aires, Katz, 2015, pp. 53-74. La autora recorre toda la obra de Hannah Arendt rastreando la presencia de estas nociones.

Las víctimas tienen derecho a la palabra, pero solo la palabra del perpetrador cuenta realmente desde un punto de vista jurídico pues, si cumple las condiciones establecidas, es la única que posibilita este mecanismo de salida de las vías ordinarias de la justicia⁹⁰.

Tampoco la declaración del perpetrador es propiamente un acto de arrepentimiento pues puede estar motivada exclusivamente por razones estratégicas. Sería un acto libre, en el sentido de ser un acto voluntario, pero no en el sentido más profundo de no estar mediatizado por ningún tipo de presión o de contraprestación. Sin embargo, y aquí es donde recurrimos al pensamiento de Arendt, aunque la intención primera sea conseguir la amnistía, el hecho de declarar ante la sociedad y ante las víctimas supone necesariamente enfrentarse a las consecuencias de los propios actos y tomar conciencia del mal causado. El perpetrador se coloca, seguramente sin pretenderlo, en una posición que facilita el arrepentimiento, que lo propicia o predispone a él, aunque por supuesto puede no llegar a producirse. Hannah Arendt considera que lo imperdonable es o el mal intencionado –aquel que está hecho a propósito, que es el resultado de una acción deliberada, y del que no es posible arrepentirse en la medida en que se está conforme con la acción y su resultado–, o el mal, ejemplificado por Eichmann, del idiota moral, de quien es incapaz de pensar y de dialogar consigo mismo, y que, por tanto, puede cometer actos terribles sin que su conciencia se inmute⁹¹. «La ausencia de la capacidad de pensar protege al criminal de ser descubierto por sí mismo»⁹², mientras que «el remordimiento consiste ante todo en no olvidar lo que uno ha hecho»⁹³. De este modo, para que pueda surgir el arrepentimiento es imprescindible recordar lo ocurrido, representarse las consecuencias de las propias acciones. La divulgación completa de los hechos ante la Comisión, condición de la amnistía, hace difícil evitar entrar en diálogo con la propia conciencia pues coloca el dolor causado como un espejo ante uno mismo, aunque fueron menos de los deseables los encuentros directos entre victimarios y víctimas. Como dice Claudia Hilb, casi

⁹⁰ O. Cayla recuerda que «aun en el caso de que las víctimas llegaran a perdonar a sus verdugos, este perdón estaría de todos modos desprovisto de toda eficacia jurídica», y, por tanto, la reconciliación y la refundación del derecho no proviene en realidad del reconocimiento mutuo o del diálogo sino del juego de la confesión «consentida bajo el impulso decisivo de la ley constitucional y de su fuerza», «Aveu et fondement du droit», cit., p. 108.

⁹¹ Como afirma R. Bernstein, Arendt desea que afrontemos honestamente la «paradoja» de que, si bien las personas normales pueden cometer acciones horribles incluso sin intenciones deliberadas, son sin embargo completamente responsables de estos actos y deben dar cuenta de ellos. «¿Son todavía relevantes las reflexiones de Arendt sobre el mal?», *Revista Al Margen*, núms. 21-22, abril-junio 2007, pp. 49-55. También Desmond Tutu insistió en que nadie se convierte en un monstruo por cometer actos monstruosos y que precisamente por ello se le pueden exigir responsabilidades.

⁹² HILB, C., «Justicia, reconciliación, perdón: cómo fundar una comunidad después del crimen», cit., p. 58.

⁹³ HILB, C., «¿Cómo fundar una comunidad después del crimen?», cit., p. 38.

todos los que entran en la escena de la CVR lo hacen por un cálculo interesado, pero «a la luz de las reflexiones de Arendt, podemos imaginar que quienes por ella transitan no saldrán, en muchos casos, iguales a como entraron. En el camino se habrán visto obligados, por el mismo dispositivo de amnistía, a reactivar su capacidad de pensar, de enfrentarse a ellos mismos: puestos ante su propio relato, obligados –por su propio interés– a revivir en la palabra, de manera exhaustiva, los actos estremecedores de los que son autores, ¿pueden estos hombres aún seguir olvidando lo que han hecho?, ¿pueden seguir eludiendo la conversación con ellos mismos?, ¿pueden escapar al remordimiento?»⁹⁴. La escena comunicativa se convierte, por tanto, en una oportunidad para el arrepentimiento y quién sabe si incluso para el perdón en su sentido más profundo y personal. Un perdón que en Hannah Arendt llega a adquirir «una connotación claramente política y plural» en cuanto surge de la presencia y acción de otros y «permite redimir a la acción de su carácter irreversible»⁹⁵. Nadie es inexorablemente prisionero de su pasado, siempre es posible un nuevo nacimiento, recobrar la capacidad de iniciativa.

El fallo del caso AZAPO se refería a la posibilidad de que los perpetradores se convirtieran en «miembros activos, plenos y creativos del nuevo orden». La asunción pública del carácter criminal de sus acciones permite tomar distancia de lo que se era (un monstruo del *apartheid*, un terrorista...) y restituye su capacidad de actuar, lo reintegra a una nueva comunidad, abre el espacio de una vida en común⁹⁶. La confesión de la propia implicación en la violencia política, según Andrea Lollini, conlleva la petición implícita de ciudadanía en el nuevo ordenamiento constitucional democrático. La declaración ante la CVR tendría así el valor de un acto de consentimiento en que «la nueva soberanía democrática viene reconocida, instituida y legitimada»⁹⁷. Decir la verdad tiene el efecto inmediato de obtener la libertad, y tiene, además, sentido constitutivo y fundador, pues es el signo tangible de una pertenencia común⁹⁸.

Pero ese horizonte compartido de la reconciliación, abierto gracias al esclarecimiento de los hechos y a la asunción de la responsabilidad por parte del perpetrador, no podía llegar a su culminación sin el logro de uno de los principales objetivos de la Constitución provisional de 1993 y de la Ley de Promoción de la Unidad Nacional y la Reconciliación de 1995: las medidas de reparación para las víctimas. El

⁹⁴ *Ibid.*, p. 49.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 39.

⁹⁶ Antjie Krog expresa esta actitud por parte de algunos perpetradores con las siguientes palabras: «Lamentamos desde el fondo del corazón. Tenemos vergüenza y estamos profundamente invadidos por el remordimiento. Pero escuchadnos. Estamos aquí. Vamos a rectificar esto y a vivir aquí con vosotros, para vosotros», *La Doleur des mots*, Arlés, Actes Sud, 2004, p. 135.

⁹⁷ LOLLINI, A., *Costituzionalismo e giustizia di transizione*, cit., p. 270.

⁹⁸ GARAPON, A., «La justice comme reconnaissance», cit., p. 93.

reconocimiento de las víctimas es una pieza clave en el proceso de construcción política, y, si un pilar del edificio de la reconciliación se tambalea, se corre el riesgo de que se venga abajo toda la arquitectura transicional. Así pues, aunque el derecho a la verdad, como columna básica de la nueva Sudáfrica, estuviera bien asentado y fuera el cimiento sobre el que sustentar el derecho a la justicia en un sentido no retributivo, la falta de consolidación del derecho a la reparación podía poner en cuestión el éxito de todo el proceso, pues no debemos olvidar que la aceptación por parte de las víctimas de la amnistía de los perpetradores fue en gran parte a cambio de obtener reparaciones. Si bien no fue una condición explícita para la amnistía, se jugaba con la convicción, reafirmada por la Corte Constitucional, de un compromiso firme con las medidas de reparación a las víctimas. Era una especie de pacto tácito, máxime si tenemos en cuenta que con la amnistía las víctimas no solo renunciaron a recurrir a la vía penal sino también a la civil⁹⁹.

4.3 El derecho de reparación a las víctimas

Por supuesto, el conocimiento de la verdad de los hechos, y su consideración pública como crímenes que vulneraron gravemente los derechos humanos, supone ya de por sí un reconocimiento de las víctimas como tales y un cierto resarcimiento moral. Frente a la negación del crimen, que duplica la violencia, el relato de lo vivido, les devuelve la dignidad a las víctimas y es un inicio de restauración¹⁰⁰. La reparación simbólica es imprescindible y Sudáfrica ha estado bien atenta a esta dimensión a través también de monumentos, archivos, lugares de memoria, homenajes y conmemoraciones en las fechas y lugares más emblemáticos de la lucha contra el *apartheid*. Pero la promesa de reparación iba más allá de esta dimensión y exigía indemnizaciones económicas para las víctimas, a pesar de que, evidentemente, el sufrimiento y la humillación no se puedan cifrar ni compensar en términos monetarios¹⁰¹.

⁹⁹ Véase la entrevista a Howard Varney, abogado que trabajó para la CVR y ha representado a muchas víctimas ante los tribunales, disponible en la Web del Centro Internacional para la Justicia Transicional.

¹⁰⁰ Sin embargo, «ciertas víctimas (minoritarias) de la violencia del *apartheid*, en África del Sur, han rechazado ese estatus de víctima, y han optado por el de sobreviviente o el de combatiente», LEFRANC, S., «¿Cómo acabar con el desacuerdo? Las Comisiones de la Verdad y Reconciliación como lugar de reconstrucción disensual de la historia», en BELAY, R.; DE GREGORI, C. I.; VACHER, J. J., *Memorias en conflicto: aspectos de la violencia política contemporánea*, Lima, Institut français d'études andines, 2004, pp. 193-223.

¹⁰¹ En este sentido, Desmond Tutu señala: «Consideramos importante que la ley no recurra al término compensación. Hablar de compensación parece significar que se puede cuantificar el sufrimiento, resarcir a alguien por la pérdida de un ser querido». «Pas d'amnistie sans vérité (Entretien)», *Esprit*, diciembre de 1997, (pp. 63-72), p. 65.

El Comité de Reparación y Rehabilitación había sido creado por la Ley de 1995 para velar por el cumplimiento de este compromiso con las víctimas. Sus recomendaciones constan en el Informe final y las compensaciones económicas se fijaron en unos 3.000 dólares anuales durante seis años (para 22.000 víctimas), una cantidad insuficiente para tener un impacto significativo sobre sus condiciones de vida. En el intento de atender a sus necesidades básicas, se preveían, además, otro tipo de medidas destinadas a la mejora de los servicios públicos en el terreno de la salud, de la educación o de la vivienda, así como obligaciones a las empresas, bancos y organizaciones colaboradoras del *apartheid* de contribuir a un fondo nacional de reparación, e, incluso, un posible impuesto sobre el patrimonio de los antiguos beneficiarios del régimen. Estas recomendaciones del Comité se enmarcan en el progresivo reconocimiento en derecho internacional del derecho de las víctimas de violaciones de los derechos humanos a una reparación plena y efectiva¹⁰².

Sin embargo, por mucho que el Estado, las instituciones, las empresas y la sociedad civil estuvieran llamados a continuar la tarea de reconciliación de la CVR y hubiera en su momento la voluntad decidida de convertir los testimonios de las víctimas en el corazón del proceso sudafricano, podemos constatar que quienes se atrevieron a contar sus experiencias traumáticas, con el enorme sufrimiento de revivirlas, no obtuvieron las reparaciones prometidas. De todas las recomendaciones, prácticamente ninguna ha sido implementada, ni siquiera la más elemental del pago anual a las víctimas. La cuantía inicial quedó rebajada a una única entrega de 30.000 rands, unos 4.000 dólares, en concepto de reparación provisional de urgencia, igual para todos sin evaluar ni las necesidades ni los daños sufridos. El resto de medidas también han sido evitadas o rebajadas por los sucesivos gobiernos y el sector privado apenas se ha visto involucrado en el cumplimiento de las tareas asignadas¹⁰³.

El Grupo de apoyo Khulumani («hablar claro» en zulú), la mayor organización de víctimas del país, no ha dejado de solicitar un incremento de servicios médicos, psicológicos y sociales con que llevar a cabo programas de rehabilitación para personas aquejadas de problemas psicosociales derivados de las graves violaciones de los derechos humanos. Dirigida por Marjorie Jobson, tiene entre sus principales preocupaciones la situación de las mujeres como víctimas de la violencia política durante el *apartheid*, que según la organización no fue tenida en cuenta por la CVR de forma adecuada, aunque reconocen que no faltó cierta sensibilidad sobre la diferencia sexual, como se muestra con la creación de las Audiencias de Mujeres, destinadas a mejorar la

¹⁰² Véase la Resolución 60/147 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 2005.

¹⁰³ Entre los más críticos, BORAINÉ, A., *What's Gone Wrong? South Africa on the Brink of Failed Statehood*, Jonathan Ball Publishers, Johannesburgo, 2014. Véase también VALJI, N., «Reconciliación y reparación: un balance», *Vanguardia dossier*, núm. 12, 2004.

representatividad y la participación femenina dada la reticencia a testificar ante varones. El problema es que las mujeres comparecieron casi siempre en calidad de víctimas secundarias (por relación afectiva con la víctima primaria, varón) y, en el caso de considerarse víctimas directas, era recurrente una ambivalente asociación con los abusos sexuales sin llegar a fijarse con precisión, como vimos, si la violación podía ser un acto político¹⁰⁴. Las preguntas de la Comisión en muy pocas ocasiones iban referidas a la participación política o a las acciones de resistencia de las mujeres, dando por tanto la imagen de un papel menos activo del real en la violencia ejercida o sufrida durante el *apartheid*¹⁰⁵. Además, las recomendaciones para la rehabilitación y reparación de las víctimas no tuvieron suficientemente en cuenta la perspectiva de género a la hora de promover el cambio en los patrones sociales que determinan la violencia contra las mujeres¹⁰⁶.

Otra de las reivindicaciones de Khulumani ha sido la inclusión de más víctimas entre las beneficiarias de la reparación financiera, ya que, como la organización denunció a partir de 1996, muchos supervivientes de áreas rurales no tuvieron noticia a tiempo de la apertura de la CVR. Quienes no dieron testimonio en su momento, no solo no han recibido ninguna compensación económica, sino que ni siquiera han sido reconocidas como víctimas y no ha sido restablecida su dignidad como tales. También ha sido una demanda constante la de efectuar los juicios previstos para aquellos que no quisieron solicitar la amnistía –la mayoría de ellos de alto rango y negacionistas– o que no la obtuvieron por no cumplir las condiciones establecidas –habitualmente movidos en su acción criminal por intereses personales y no políticos¹⁰⁷. Ha

¹⁰⁴ Según Natalia Cabanillas, la CVR privatizó las memorias de mujeres al considerarlas parientes o víctimas de violación sexual. Por el contrario, se trataría de reclamar una narrativa propia que no respondiera al imperativo moderno (y colonial) donde un sujeto íntegro se corresponde necesariamente con un cuerpo íntegro. «Incorporando la nación: mujeres africanas ante la Comisión de Verdad y Reconciliación», *Nómadas*, núm. 38, abril, 2013, (pp. 99-113), p. 109.

¹⁰⁵ Puede citarse a activistas *anti-apartheid* tan relevantes como Albertina Sisulo, Lilian Ngoyi, Sophia Williams-De Bruyn, Helen Joseph o Rahima Moosa.

¹⁰⁶ Al papel de las mujeres ante la CVR se referirá detenidamente un documento del Informe final titulado «Alegato de género», redactado por Bett Goldblatt y Sheila Meintjes, como resultado del trabajo de muchas académicas y activistas de los grupos de derechos de la mujer: GOLDBLATT, B., y MEINTJES, Sh., *Gender and the Truth and Reconciliation Commission. A submission to the Truth and Reconciliation Commission*. <http://www.justice.gov.za/trc/hrvtrans/submit/gender.htm>. Véase también NESIAH, V., *Comisiones de la Verdad y género: principios, políticas y procedimientos*, Bogotá, ICTJ, 2013, y CEJAS, M.-I., «¿Ciudadanía generizada? Alcances y limitaciones de las políticas de género en Sudáfrica *post-apartheid*», *LiminaR. Estudios Sociales y Humanísticos*, vol. 6, núm. 2, 2008, pp. 65-80.

¹⁰⁷ El caso más conocido es el del excoronel de la unidad policial de contrainsurgencia C10, Eugene de Kock (el *prime evil*). Para una revisión de este y otros casos relevantes, véase RICO, M. L., y FLORES, C., «¿Arrepentimiento? ¿Justificación? ¿Voces perdidas? Luces y sombras de los testimonios de los perpetradores en la Sudáfrica *post-apartheid*», *Rúbrica Contemporánea*, vol. 5, núm. 9, 2016, pp. 35-57.

habido algunos procesos penales y algunas condenas, pero no los suficientes, y las pocas personas condenadas han estado a punto de conseguir indultos de los sucesivos gobiernos y han intentado que se iniciaran nuevos procesos de amnistía, lo cual ha sido impedido por el Tribunal Constitucional a demanda de las víctimas. Por último, en cuanto a la lucha de la organización por el cumplimiento de la recomendación de colaboración de los agentes económicos en las reparaciones, si bien en su día muchas empresas promovieron la construcción de la paz, podemos constatar un claro fracaso¹⁰⁸.

Sin duda, la redistribución de la riqueza, el reparto de la tierra (que todavía está muy mayoritariamente en manos de los blancos), la reforma agraria (iniciada en 1994 pero no culminada) y, en general, las políticas públicas para garantizar un acceso igualitario a los bienes culturales y económicos, son el mejor antídoto posible de una violencia –física y estructural (vinculadas una a la otra)– que condena hoy por hoy a muchos sudafricanos a la pobreza, la inseguridad, el desempleo, la explotación, la represión y la exclusión social. La consolidación de la paz exige programas ambiciosos de carácter redistributivo para luchar contra las desigualdades económicas. La reconciliación puede hacerse a lo sumo con ciertas renuncias a la justicia penal en el sentido que hemos desarrollado en el presente trabajo, pero nunca a costa de la justicia social. A quienes padecieron en primera persona la violación de sus derechos durante el régimen anterior y sacrificaron en la transición su demanda de castigo en pro de la paz, es inaceptable pedirles que sigan soportando el peso de la indiferencia y de la marginación.

La lucha por los derechos consagrados en la propia Constitución de 1996 sigue siendo la principal arma en manos de las víctimas y de la sociedad en general. Al inicio del capítulo 2, donde hay un amplio reconocimiento de los derechos fundamentales, en el artículo 7.1 se proclama con claridad que: «La presente Declaración de derechos constituye la piedra angular de la democracia en Sudáfrica». En este ámbito, el artículo 24 sobre la protección del medio ambiente vincula «el desarrollo social y económico» con el «uso sostenible de los recursos naturales» y con la prohibición de «contaminación y degradación ecológica», «en beneficio de las generaciones presentes y futuras». Se trataría de promover el cuidado y la sostenibilidad de la vida humana por encima de los beneficios del mercado y optar por iniciativas cooperativas que pongan límite a los intereses puramente crematísticos. A este propósito, Munyaradzi Felix Murove señala la importancia del

¹⁰⁸ Resulta muy elocuente la demanda interpuesta en 2004 por más de cuarenta mil víctimas, representadas por Khulumani, ante un tribunal de Estados Unidos en reclamación de daños y perjuicios a varias corporaciones multinacionales que colaboraron en la vulneración de derechos humanos durante el *apartheid* a través tanto de la connivencia y financiación al gobierno, como del apoyo a las leyes laborales opresivas y racistas. Lo más grave es que el gobierno de Sudáfrica, en vez de defender a las víctimas, aportó documentación a favor de las grandes empresas, en complicidad con lo que algunos han definido como *apartheid* de clase o nuevos guetos económicos.

ambiente comunitario en el sentido pleno del término para domesticar el capitalismo y adaptarlo al contexto cultural africano, pues «las prácticas comerciales en África han estado dominadas principalmente por imperativos ligados al comercio en Occidente, con exclusión de los valores propios de África. Es esta constante la que apoya la idea en los investigadores africanos de que solo la integración de los valores del *ubuntu* en el mundo de los negocios podrá dar a estos una identidad africana»¹⁰⁹. La teoría del desarrollo inspirada en el *ubuntu* se proyecta en la política sudafricana en materia de prestación de servicios públicos a través de los principios de Batho Pele, iniciativa que implica rendir cuentas ante los ciudadanos y propiciar su participación en la toma de decisiones.

Aunque no podemos detenernos ahora ni en este tipo de políticas públicas ni en la rica doctrina del Tribunal Constitucional del periodo posterior a la aprobación de la Constitución, debemos al menos aludir, por su importancia histórica, a la jurisprudencia «humanista» sobre los extranjeros, a la jurisprudencia protectora de los derechos de los homosexuales¹¹⁰, y a la jurisprudencia en materia de protección de los derechos económicos, sociales y culturales, del artículo 23 y siguientes, que da prueba de un dinamismo sorprendente. En esta línea, Christian Curtis y Víctor Abramovich subrayan que se trata de una Constitución de corte social que incorpora sin distinción derechos civiles, políticos y sociales y una garantía expresa de justiciabilidad de todos ellos, abriendo el camino a una nueva tendencia de control judicial de políticas sociales, iniciada de forma singular para el caso del derecho a la vivienda¹¹¹. Por todo ello, seguramente todavía son válidas las palabras de Derrida cuando afirmaba que estamos ante «una constitución democrática de una extrema modernidad, concebida y redactada por juristas de gran experiencia, que incorpora todos los progresos del derecho constitucional de las democracias actuales», y que asistimos, además, a «una iniciativa única en la historia de la humanidad»: esta constitución democrática moderna comienza por una «palabra de reconciliación», y esta palabra es un compromiso performativo¹¹², ya que, al ser expresada, realiza su enunciado, adquiere el valor de una promesa, conecta el pasado con el futuro, es un juramento de no repetición que constituye a la nueva nación.

Y es aquí precisamente donde resulta irrenunciable la reparación de las víctimas y su papel decisivo como sujetos activos del nuevo

¹⁰⁹ MUROVE, M. F., «L'Ubuntu», cit., p. 26.

¹¹⁰ Véase ABOTSI, A., «De la régulation des choix de société par la promotion des droits fondamentaux. Les enseignements de la Cour constitutionnelle sud-africaine», cit., pp. 409-432.

¹¹¹ Véase CURTIS, Ch.; ABRAMOVICH, V., «La justiciabilidad del derecho a la vivienda en la reciente jurisprudencia sudafricana», *Jueces para la democracia*, núm. 40, 2001, pp. 71-75.

¹¹² DERRIDA, J., «*Versöhnung, ubuntu, pardon: quel genre?*», cit., p. 113.

orden social. Tanto aquellas víctimas que por primera vez hicieron uso público de la palabra, como las que entonces no pudieron hablar, han de tener una voz propia en la nueva nación pues su autoridad moral es lo que inspira el cambio a una realidad radicalmente diferente al periodo anterior; es el signo visible de la tan ansiada reconciliación; un nuevo marco en que perpetradores y víctimas podrán vivir juntos y participar en la democracia en construcción. Antjie Krog pone el énfasis en el continuo contraste entre la ausencia de odio manifestado por las víctimas en el encuentro con sus verdugos y el temor de estos a las consecuencias del odio de los otros¹¹³. Además, las grandes carencias en el terreno de la reparación no son óbice para que las víctimas continúen expresando el alivio que sintieron cuando se puso al descubierto la violencia, la segregación y el sufrimiento que padecieron durante los largos años del *apartheid*. La narración de sus experiencias es ya para siempre parte de la historia de Sudáfrica y ese oprobioso pasado es un legado de futuro. La consideración del racismo como un mal radical y del *apartheid* como un crimen contra la humanidad tampoco tiene vuelta atrás¹¹⁴. Y tampoco la enseñanza de que el sufrimiento no conoce color ni credo e, incluso, la lección de que un Estado democrático puede preferir mostrar su fuerza a través de la gracia.

La Sudáfrica *post-apartheid*, la nación arcoíris, está llena de símbolos que conmemoran el compromiso constitucional de reconstrucción sobre los cimientos del sufrimiento causado por el crimen masivo, que nunca más podrá encubrirse. En especial, la *Constitution Hill* en Johannesburgo es el emblema de ese pacto político basado en un pacto de memoria. Albie Sachs, miembro del Tribunal Constitucional sudafricano, nos recuerda que la Colina de la Constitución se configuró en todos sus detalles para que simbolizara la creación de una ciudadanía compartida, inclusiva e integradora, precisamente en el lugar que representaba la más radical marginación y discriminación¹¹⁵. A tal efecto, algunas piedras de una antigua prisión dejada en pie –el pabellón número 4, en el que también estuvo encarcelado el Mahatma Gandhi–, fueron utilizadas para la construcción de la sede de la Corte Constitucional. Con ello, se quería mostrar, de forma elocuente, lo que hemos intentado analizar en el presente trabajo: que allí donde la identidad de las víctimas fue radicalmente negada, puede iniciarse la restauración. El lugar emblemático de la represión y de la violencia puede convertirse en el lugar por excelencia del triunfo del derecho sobre la barbarie y de la identificación de la paz como su valor supremo.

¹¹³ Véase CREPON, M., *L'Épreuve de la haine. Essai sur le refus de la violence*, cit., p. 201.

¹¹⁴ HAYNER, P., *Verdades Innombrables, El reto de las comisiones de la verdad*, México, Fondo de Cultura Económica. 2008. pp. 33.

¹¹⁵ Véase «Reflexiones de Albie Sachs durante su visita a Memoria Abierta (en 2004)», http://www.memoriaabierta.org.ar/materiales/pdf/albie_sachs.pdf.

Lex et scribendi actu:
Dominación Colonial y Escritura de la Ley

Por JOSÉ CALVO GONZÁLEZ
Universidad de Málaga

RESUMEN

*El texto contempla un aspecto de la cultura jurídica moderna desatendido; el fenómeno de la Escritura de la Ley y a sus marcas y su borrado o desescritura. Al Derecho lo hace posible la ceremonia/rito, esencialmente ficcional, de escribirlo, de ponerlo por escrito; Ley e institución mantienen un vínculo para con el texto jurídico en lo escritural. Para tratar de ofrecer una explicación de ello acude a pasajes de la novela *Waiting for the Barbarians* (1980), de John Maxwell Coetzee. La Ley del imperio (o el Imperio de la Ley) se escribe sobre el cuerpo; la Ley es con el cuerpo. El cuerpo de la Ley es su escritura. Borrar el ilícito es reescribir la Ley con otros, nuevos, caracteres, y hacerla indeleble.*

Palabras clave: *Cultura literaria del Derecho. Derecho y Literatura. Escritura y Derecho. Cuerpo y Derecho. Ley colonial.*

ABSTRACT

*The text contemplates an aspect of the neglected modern legal culture; the phenomenon of the Writing of the Law, its marks and also its erasure or deswriting. The Law makes it possible the ceremony / ritual, essentially fictional, to write it, to put it in writing; Law and Institution maintain a link to the legal text in the scriptural. To try to offer an explanation of this he goes to passages of the novel *Waiting for the Barbarians* (1980), by John Maxwell Coetzee. The Law of the Empire (or the Law's Empire) is*

written on the body; the Law is with the body. The body of the Law is its writing. To erase the illicit is to rewrite the Law with other, new, characters, and make it indelible.

Keywords: *Literary culture of Law. Law and Literature, Writing and Law, Body and Law, Colonial law.*

SUMARIO: 1. LA ESCRITURA DE LEY. – 2. MARCA DE ESCRITURA Y PALIMPSESTO. – 3. LA LETRA INVISIBLE DE LA LEY. PARADOJAS DE LO CORPÓREO: LA VISIBLE INVISIBILIDAD.

*Writing means summoning oneself
To court and playing the judge's part*

Henrik Ibsen (1880)¹

1. LA ESCRITURA DE LEY

Parto de la idea de *dispositivo* en el sentido de Foucault², Deleuze³ y, especialmente, en el análisis de Agamben⁴. Así puedo entender que la escritura legal es un dispositivo pero, además, jurídico-institucional. Me intereso por la práctica ligada a ese dispositivo jurídico-institucional. En la práctica de ese *dispositivo* confluyen procesos y reglas que concretan relaciones de poder instituyente. *Ley e institución* mantienen un vínculo para con el texto jurídico en lo escritural. El análisis del complejo aparataje jurídico-institucional y las prácticas ligadas a sus dispositivos es lo que configura la reflexión que presentaré como impronta del Derecho más allá de entelequias metafísicas, es decir, al margen de ellas.

Instituir lo jurídico es un hecho que está más allá de la vida natural; está en la escritura, está en el artificio de su inscripción,

¹ *Letter from Henrik Ibsen to Ludwig Passarge*, Munich, 16 June 1880 (Ibsen, 1964, 187)

² FOUCAULT, 1975, 1986, 1996

³ DELEUZE, 1978, 2007.

⁴ «[...] cualquier cosa que, de algún modo, tenga la capacidad de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar y asegurar los gestos, las conductas, las opiniones y los discursos de los seres vivientes. Por lo tanto, no solo las prisiones, los manicomios, el Panóptico, las escuelas, la confesión, las fábricas, las disciplinas, las medidas jurídicas, etc., cuya conexión con el poder es de algún modo evidente, sino también la pluma, *la escritura*, la literatura, la filosofía, la agricultura, el cigarrillo, la navegación, los ordenadores, los teléfonos móviles y –por qué no– el lenguaje mismo, que quizás es el más antiguo de los dispositivos.» Cf. Agamben, 2015, 23 (Énfasis añadido).

lo que convierte a la escritura legal –a la legalidad escrita– en marca simbólica de la institución social. No es la institución en sentido de transcripción de hechos biológicos en sociales. Es la *institución jurídica* como dimensión escrita de la vida social; no existe *institución jurídica* con *fuerza-de-ley-sin ley escrita*, porque la marca simbólica de su fuerza apoya en las formas de la escritura de ley. El dispositivo de legalidad y lo que hace posible que opere como institución –con poder instituyente, institucional–, esto es, su *diferencia* con la institución natural, reside en el artificio de haber sido puesta por escrito (algo ha sido escrito, escrito en algún lugar, escrito por alguien); o sea, lo que sostiene a lo jurídico es precisamente la ficción de escribirlo, o lo que es lo mismo, lo jurídico se sostiene en/por/mediante un acto de escritura (Calvo González, 2018)⁵; al Derecho lo hace posible la ceremonia/rito, esencialmente *ficcional*, de escribirlo, de ponerlo por escrito. Además, esa misma ceremonia/rito se convierte en una pedagogía que también sirve para sostener una ficción. Toda forma ceremonial representa una ficción sujeta a ritos, a rituales, a liturgias (Legendre, 1994, 23)⁶.

Ello es intrínseco al orden jurídico moderno y, en particular, al Estado Moderno y sus ceremonias de legitimación política y burocrático-administrativa: no se produce, *fuerza-de-ley-sin-ley* que no haya seguido esos ceremoniales escriturales, y la *no fuerza-de-ley* se produce *con-ley* que invierte, igualmente por borrado de escritura (re-escritura o sobre-escritura) la que fuera su ceremonia instituyente, prescriptiva en tanto que preinscriptora.

La inteligencia de la Ley como *escritura* nos sitúa allende lo natural, nos emplaza en lo cultural. Nos instala en su artificio (*ars fictio*) y sugiere la existencia de mecanismos, de aparejos, de resortes, de artilugios, de ingenios *dispuestos* para producir resultados. Resultados que tanto pueden ser maquinales –en su acepción de automáticos, inconscientes– como, asimismo, manuales –en el sentido de dóciles, apacibles y también sumisos como obedientes. Porque con la escritura de la Ley ciertamente se originan dominaciones irreflexivas, involuntarias y, asimismo, correccionales o forzadas, o sea, disciplinares.

⁵ Véase mi trabajo «*Derecho con Literatura. Escritura, ficcionalidad y relato*» (2016). Ahora incluido en *La destreza de Judith. Estudios de Cultura literaria del Derecho*, Granada: Comares, 2018, pp. 350-362.

CALVO GONZÁLEZ, José. *Derecho con Literatura. Escritura, ficcionalidad y relato*» (2016). In: CALVO GONZÁLEZ, José. 2018, 350-362

⁶ «Sin la ritualidad de los procedimientos la función auténticamente simbólica del juez se hace incomprensible; las formas son la única salvaguarda del carácter no dual de las relaciones entre la justicia, los expertos y el acusado; las liturgias de un proceso, como tantos otros montajes de las culturas, tienen también la inclinación, si puede así decirse, a desmenujar al sujeto inconsciente de su culpabilidad socializándola.» Cf. LEGENDRE, 1994, 43

2. MARCA DE ESCRITURA Y PALIMPSESTO

La Fiesta Punitiva es una conmemoración de la Escritura. Allí la Ley se revela en el acto de quedar escrita sobre el cuerpo; la Ley es con el cuerpo. Lo comprobamos en *La Máquina de escribir* imaginada por Kafka para *En la Colonia penitenciaria*⁷, que hace visible el grafema de la Ley mientras la pone por escrito sobre la piel del condenado y la graba en su carne viva. Ello significa que del efecto de la inscripción durante el traspaso caligráfico de la *Letra de la Ley* ésta alcanza su representación gráfica, y también que la *Máquina de escribir la Ley* actúa como una máquina de tormento⁸ para su revelación.

⁷ Véanse nuevas consideraciones al respecto en BENESCH, 1997 y GAILUS, 2001.

⁸ Existen numerosas representaciones ideacionales, gráficas y plásticas, del «Aparato» imaginado por Kafka para *In der Strafkolonie*, y más o menos coincidentes con lo descrito en el relato. El historietista e ilustrador estadounidense Robert Crumb (1943-) ofrece, a mi parecer, su plasmación más genuina, cf. CRUM & MAIROWITZ, 2010. Contemplado como «máquina» de tortura es cierto que la amplísima ideación histórica de «mecanismos de tortura» inclina a aprovechar, incluso, semejanzas algo difíciles. Así, considerando como deriva de la imaginación kafkiana algún producto de la «fábrica Disney». El escritor venezolano Segundo Serrano Poncela (1912-1976) descubre esa posible concomitancia en una de las fotografías contenidas en BARR, 1937. Se trata allí de la imagen núm. 536, que representa el «wolf pacifier» ideado por los guionistas en el tercer episodio del animated cartoon *Three Little wolves* (Hollywood, California: Walt Disney Productions, Ltd., 1936): «Vea, sin embargo, las fotografías recogidas por Alfred H. Barr en su libro *Fantastic Art* y descubrirá el pivote central del film: la existencia de una ingeniosa máquina de torturas –el wolf pacifier– manejada por los ingenuos cerditos con el propósito inquisitorial de martirizar a su enemigo; máquina del tamaño de un edificio y provista de un sin fin de correas, martillos, serruchos, clavos, pies automáticos, bombas y barriles de pólvora, cuyo minucioso funcionamiento recuerda el aparato descrito por Kafka en su *In der Strafkolonie*», cf. Serrano Poncela, 1959, 178, asimismo en *id.*, 1966, 11. No creo, sin embargo, que el funcionamiento de ambas máquinas guarden esa pretendida similitud. Cocks, 2004, 36-37, también acude a la construcción por el sabio Porcellino del *wolf pacifier* como máquina para deshacerse de *El Lobo Feroz* (*Big Bad Wolf*), pero solo refiriendo que éste simboliza el enemigo, en una clara alegoría de la Alemania nazi. Debo añadir que otro *wolf pacifier* aparece en el episodio 13 del corto de animación titulado *The Mouse Comes to Dinner* (1945), bajo dirección de William Hanna y Joseph Barbera, y producción de Fred Quimby; Jerry se ve obligado a servir la cena a Tom y su novia y cuando éste se pone demasiado cariñoso ella le golpea con una llave inglesa etiquetada como «wolf pacifier». En cualquier caso, tales mecanismos y útiles de castigo no son «máquinas de escribir». Por otra parte, la comparativa entre el «Aparato» y la «maquinaria» sadiana puede ser, sin duda, tentadora, pero el efectivo rendimiento mecánico de aparejos –principalmente polipastos y poleas y alguna rueda– de «tortura» y «sufrimiento» ingenieros en el «juego» sexual para, por ejemplo, *Histoire de Juliette, ou les Prospérités du vice* (1789) es, de resultados, muy menor y ajeno a la escritura corporal. Sus máquinas, observadas instrumental y simbólicamente, son dispositivos muy simples y de una tecnología arcaica, destinados solo a permitir la prolongación del placer libertino. Véase ABRAMOVICI, 2013. De Abramovici, asimismo ABRAMOVICI, 2013a. La aparición de «garruchas» es, en todo caso, muy anterior; una referencia a su aparece en el cap. LXIII de la Primera Parte de *El Quijote*, donde a su *in fine* se lee: «así como los que están en el tormento de la garrucha, puestos a toca, no toca, que ellos mismos son causa de acrecentar su dolor, con el

Pero otras veces el suplicio es resultado de una nueva escritura que al borrar la marca escrita de la *Letra de la Ley*, la sobre-escribe. Sucede, así, que una vez escrita con diferentes rasgos caligráficos, o sea, reescrita, la *subraya* y hace indeleble. Las funciones de *escritura*, *borrado* y *reescritura* operan en tales casos mediante un simplificado de la tecnología instrumental y de su procedimiento de acción inscriptora, básicamente reducida a dos elementos: *calamus* y *codex*. De manera que, mientras el primero podrá ser una piedra (*lapidatio*), un bastón (*fustigatio*), un látigo (*flagelatio*), el cuerpo permanecerá como la tablilla de escribir –*codex*, porque siempre la *Ley es con* el cuerpo– en la que raspar y reponer, desde el desuello hasta la cicatriz, *la escritura de la Ley*.

En ese sentido, la acción de *borrado* no debe quedar limitada en exclusivo, naturalmente, a la desaparición de la marca escrita. En el intervalo del siglo XVIII al XIX se produjo, desde luego, un paulatino *borrado* de la *escritura de la Ley* sobre el cuerpo; como consecuencia de la desaparición de determinadas modalidades de suplicios la *Letra de la Ley* se borró, en efecto, del cuerpo de los reos⁹. Aunque no es

ahínco que ponen en estirarse, engañados de la esperanza que se les representa, que con poco más que se estiren llegarán al suelo.» Su empleo como tormento, con funciones de prueba judicial en la investigación de delitos atroces, comenzó a mediados del s. XVI y se aplicó hasta casi finales del XVII; Quevedo y Hoyos señala acerca de él: «se siente más dolor que si le cortaran las manos; y según lo afirma Francisco Bruno, quiere más el reo morir que padecerle *de indic., a. part. q. 2. num. 6. Paz 5 part. 1 tom. cap. 3. & 12 num. 66*», cf. QUEVEDO Y HOYOS, 1632. Parte II, cap. I fol. 73 vto.

Diferente asunto sería, quizá, indagar en la comparativa de esos dispositivos sadianos y el diseño de varios de los artefactos e instrumental de tortura previstos para la racionalización del castigo que ilustran la *Constituto Criminalis Theresiana* (1768). Véase en MARIA THERESIA, 1769, en esp. Beilagen zum ersten Theil, „Nus. IVtus Ad Artli. XXXVIII. & pdum XVII Abfchilderund Erklärung der Tortur, wie selbe in der Residenzstadt Wienn gewöhnlich, und in den österreichischen Landen vorzunehmen ist«, Figura III. Latus III y IV, pp. XLII y XLV. Con todo, más allá del eventual influjo estético de este texto jurídico en el diseño sadiano de sus artilugios de satisfacción, ni éstos ni el catálogo de los ilustrados en la normalización legislativa theresiana del aparato de tortura coinciden con la finalidad escritural del «Aparato» kafkiano. Aquéllos, como más tarde el *Boger-Schaukel* empleado por la Gestapo como método de tortura de miembros de la resistencia antinazi y en Auschwitz, o el *Pau de Arara* –su gemelo brasileño– por la Dictadura militar durante los «Años de chumbo» (1964-1985) –y que así aparece en Kertész, 2007, 20-23– son herramientas del «taller» de búsqueda de la culpa a través del cuerpo del prisionero durante su interrogatorio, mientras que en el relato de Kafka la culpa es siempre «indudable» y su empleo tiene lugar al momento de la ejecución de sentencia.

⁹ FOUCAULT, 1975, 17 y 1976, 18. Foucault menciona más adelante –FOUCAULT, 1975, 120, núm. 2 (FOUCAULT, 1976, 122, núm. 35)– un fragmento del *Traite des matières criminelles* (1741), cuya cita retomo y extendiendo unas líneas más: «II y avoit autrefois des peines qui ne se pratiquent plus aujourd’hui, comme d’écrire fur le visage, ou sur le front d’un condamné, pratiquent plut sa peine [...] à être fustigé jusqu’à ce que mort s’ensuive, ni à souffrir un fer chaud sur le visage, à la marque du Roi, Prince ou Souverain. Parmi nous, on usité la flétrissure & marque d’un fer chaud, avec certaines empreintes ou lettres: à Rome, ce fer est l’empreinte de deux clefs en sautoir, qui ont les armes de la Papauté.», cf. ROUSSEAUD DE LA COMBE, 1741, 3.

menos cierto que aquella progresiva disipación de *La escritura la Ley*, identificada por Foucault como parte de la lógica de una «pénalité «incorporal»»¹⁰, se reveló pronto como firme propósito de instrucción en otra disciplina escritural más profunda: *reescribir la Letra de la Ley* en el alma del delincuente¹¹.

Con todo, mi objetivo aún continúa siendo no despegarme de la corporalidad, no desunir la Ley que *es* con el cuerpo. Me interesa

No obstante, el empleo en Francia de *marcas de fuego* –que hasta la Revolución utilizó el emblema de la «Flor de Lis»– solo se abolió definitivamente hasta al Loi 28 avril 1832, derogatoria de los arts. 7 et al. del Code pénal de 1810 [Vid. Table générale, analytique et raisonnée des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglements, etc. depuis de 1788 et y compris, 1838, T. II. MARQUE (peine), p. 438, núm. 1)]. En Inglaterra, que las había utilizado como procedimiento individualizador de delincuentes entre los reinados de Eduardo IV y Jorge III –imprimiendo letras V para ladrones, W para reincidentes y GAL para los condenados a galeras– no quedaron suprimidas sino a partir de 1829, y en Rusia –el anagrama KAT en los deportados a Siberia– de 1864 en adelante. Continuaron aplicándose, sin embargo, en estos mismos países otros métodos de señalamiento social del delincuente también crueles, como las amputaciones de miembros y cortes en las orejas, o no tanto pero igualmente atentatorios a la dignidad, como el rapado. A todas estas prácticas se las conoce en Criminología bajo el nombre genérico de *tatuaje judicial*. Su origen histórico más remoto alcanza hasta la India con el *Mánava Dharma Zâstra* o *Libro de las Leyes de Manú* (Lib. IX, § 237), habiendo sido utilizado en Grecia y Roma. En España fue frecuente grabar a fuego, en la espalda o bajo el brazo, la letra L [Vid. TOMÁS Y VALIENTE, 1969, 334]. Entre los fundadores de la Escuela positivista italiana del Derecho penal, Enrico Ferri (1856-1929) defendió y justificó el empleo del *tatuaje judicial*, a través de uno de sus fundadores, por considerarlo «un deber imperioso en la moral primitiva, ya que la moral humana consagra e impone siempre aquello que es útil para la conservación de la especie» [Vid. FERRI, 1933, 15]. Con argumentos apropiados su credo también Jeremy Bentham (1748-1832) ponderó las utilidades individualizadoras del tatuaje, pero con matices que generalmente se omiten. Bentham, en efecto, partía de la observación crítica acerca del muy débil respeto y escasa eficacia que en Inglaterra obtenía la aplicación de la mayoría de las penas, incluida la *marca de fuego a hierro frío o caliente* [Vid. BENTHAM, 1842, T. V, Parte IV («De los medios indirectos de prevenir delitos»), cap. IX, 66], como «imagen animada de la Ley» (BENTHAM, 1842, T. V, Parte IV («De los medios indirectos de prevenir delitos»), cap. IX, 67). Y así, en concordancia, su propuesta de marcar a los delincuentes, aunque no con fuego. Considerando en especial a los «falsos monederos», sostuvo la conveniencia de tatuar en sus brazos o manos alguna marca indeleble →una señal que inspira justa y prudente desconfianza a los que tienen de tratar con ellos– pero sin acudir a incisiones candentes, sino con «povos colorantes» [Vid. BENTHAM, T. IV, Parte III («De las penas»), cap. IX (§. Penas indelebles), 168], comentando la razón Anduaga en que hecha con fuego produce cicatriz (179), y otro comentarista como Ramón Salas que tal resultado acaso fuera confundible «con la de una herida o llaga cualquiera» [Vid. BENTHAM, 1822, T. III, 69-70]. En esta ed. y a la Parte IV, cap. XII (§. Facilitar los medios de conocer y hallar a los individuos) se deduce la inspiración benthamiana en su empleo por mujeres de las Islas del Mar del Sur (204), «quienes se sujetan á una operación dolorosa para señalar en su piel algunas figuras, á que se atribuye una idea de belleza. La marca se hace con una multitud de puntas que rompen el tegido, y povos colorantes que se hacen penetrar á fuerza de fricciones».

¹⁰ FOUCAULT, 1975, 17; FOUCAULT, 1976, 18.

¹¹ FOUCAULT, 1975, 22; FOUCAULT, 1976, 24. Foucault cita a Gabriel Bonnot de Mably en *De la législation* (1777). («Que el castigo, si se me permite hablar así, caiga sobre el alma más que sobre el cuerpo.»)

reflexionar sobre aquella práctica bárbara «d'écriture fur le visage, ou sur le front d'un condamné» la pena –su pena– «avec certaines empreintes ou lettres», y de cuyo abandono en Francia presumía el humanitarismo de Guy du Rousseaud de la Combe (?-1749). Es decir, me importa el acto de repetir la *Letra de la Ley*, de remarcarla –reescribirla– sobre la piel y en la carne viva del reo, convertida en *codex*, en enmarque de su marca –en cuadro del cuadro de la Ley–, y, en especial, su devenir en *palimpsesto*; esto es, cuando el borrado de escritura graba nuevamente (παλίμψηστον) pero, a la vez, hace que emerja –resucite– la primitiva *Letra de la Ley*, de modo que ese resurgimiento *subraya* su escritura y la hace indeleble. Entonces la *escritura de la Ley* no es ya solo resultado de un mecanismo de tortura, sino –en sí misma– una forma de tortura.

Esta atroz *escritura de la Ley* se encuentra presente como dispositivo escritural del Imperio (del Derecho) en una novela contemporánea: *Waiting for the Barbarians* (1980) de John Maxwell Coetzee¹².

Allí se lee:

«El Coronel da un paso adelante. Inclínándose sucesivamente sobre cada prisionero le restriega un puñado de arena en la espalda desnuda y escribe una palabra con un trozo de carbón. Leo las palabras de abajo a arriba: enemigo... enemigo... enemigo... enemigo. [...]. Luego empieza la paliza. Los soldados utilizan las gruesas varas de caña verde, abatiéndolas con el mismo sonido opaco de paletas de lavar, hasta levantar ronchas rojas en la espalda y las nalgas de los prisioneros. [...]. El carbón negro y el polvo ocre empiezan a correr con el sudor y la sangre. Por lo que veo, el juego consiste en golpearles hasta dejarles la espalda completamente limpia»¹³.

¹² COETZEE, 1980; COETZEE, 1989, por donde citaré.

La obra de Coetzee toma título en el poema Περιμένοντας τους βαρβάρους (1904) Constantino P. Cavafis [1863-1933], CAVAFIS, 2016 6. Sobre concurrencias *vid.* Boletsi, 2007. BOLETSI, 2007). No obstante, no serían menos indicativas con *Il deserto dei Tartari* (1940), de Dino Buzzati (1906-1972). Sobre tales consonancias *vid.* Pugliese, 2001. La condición de «espera», a mi juicio, está igualmente presente en el relato «I sette messaggeri» (1942), donde no deberían excluirse intertextos kafkianos acerca de «dilatación» en el apólogo de *La muralla china* (1919) sobre el mensaje del Emperador, *vid.* Kafka, 1990, 16-17, y mi trabajo Calvo González, 2008.

En la producción de Coetzee muchas de sus tramas narrativas a menudo plantean una problemática relación entre escritura e interpretación que en *Waiting for the Barbarians* es inaugural y precursora. Diversos aspectos de ella han sido objeto de análisis por la crítica de esta obra. *vid.* MARTIN, 1986; ZANTEN GALLAGHER, 1988 y 1991; VALDEZ MOSES, 1993; KOSSER, 1996; WENZEL, 1996; CRAPS, 2007; SPENCER, 2008; WORTHINGTON, 2011 y 2015; NEIMNEH ET AL., 2012 y FORREST, 2012. La atención crítica a esta problemática ha sido entre nosotros minoritaria; *vid.* CONTRERAS, 2015, y más en general algunos de los ensayos reunidos en LÓPEZ SÁNCHEZ-VIZCAINO, 2010, dedicados sobre todo a las dimensiones de la *otredad*.

Acerca de la posición de Coetzee ante la tortura *vid.* Coetzee, 1992.

¹³ «Cuatro de los prisioneros están de rodillas en el suelo. Los otros ocho, todavía atados y sentados en cuclillas a la sombra de la muralla, los observan con las

La escritura de la Ley al par que su borrado –desescritura– produce nuevas marcas que otra vez la escriben de nuevo, que la reiteran haciéndola indeleble. Sin embargo, de este devenir del *codex* –porque siempre la escritura es el lugar de la Ley y la Ley es con el cuerpo– en *palimpsesto*, aquél sobreviene, asimismo, ilegible. Por tanto, *Waiting for the Barbarians* emplaza problema de la legibilidad del *corpus de la Ley* en un nivel donde únicamente es perceptible la Letra de la escritura de la Ley, porque ella es solo y ella es siempre *lo que resta*, aunque sea ahora escrita en un cuerpo –*codex*– hermético, impenetrable.

manos en las mejillas. Los prisioneros arrodillados se inclinan codo con codo sobre un madero largo y grueso. Una cuerda discurre, pasando bajo el madero, desde el aro de alambre de la boca del primer hombre hasta el aro del segundo, vuelve a pasar bajo el madero, sube hasta el tercer aro, y otra vez bajo el madero antes de atravesar el cuarto aro. Observo cómo un soldado tensa poco a poco la cuerda y los prisioneros se inclinan más hasta que finalmente quedan arrodillados con los rostros pegados al madero. Uno de ellos retuerce los hombros de dolor y se queja. Los otros permanecen en silencio, con el pensamiento enteramente concentrado en moverse con la cuerda, en no dar al alambre ocasión de desgarrarles la carne. El Coronel Joll dirige al soldado con ademanes precisos. Aunque soy uno entre una multitud de miles, aunque lleva como siempre los ojos ocultos, le miro con tal fijeza, con el rostro tan interrogante que en seguida sé que me ve. A mi espalda oigo con claridad la palabra *magistrado*. ¿Me lo imagino o de verdad mis vecinos, empiezan a apartarse de mí?

El Coronel da un paso adelante. Incliniéndose sucesivamente sobre cada prisionero le restriega un puñado de arena en la espalda desnuda y escribe una palabra con un trozo de carbón. Leo las palabras de abajo a arriba: enemigo... enemigo... enemigo... enemigo. Retrocede un paso y cruza las manos. Nos observamos a veinte pasos de distancia.

Luego empieza la paliza. Los soldados utilizan las gruesas varas de caña verde, abatiéndolas con el mismo sonido opaco de paletas de lavar, hasta levantar ronchas rojas en la espalda y las nalgas de los prisioneros. Despacio y con cuidado los prisioneros estiran las piernas hasta quedar tendidos sobre el vientre, todos excepto el que se quejaba y que ahora se estremece con cada golpe.

El carbón negro y el polvo ocre empiezan a correr con el sudor y la sangre. Por lo que veo, el juego consiste en golpearles hasta dejarles la espalda completamente limpia.

Observo la cara de la niña que está en la primera fila agarrada al vestido de su madre. Tiene los ojos muy abiertos, el pulgar en la boca: callada, aterrorizada e intrigada, absorbe la imagen de estos hombres grandes, desnudos, a los que están golpeando. El cada rostro que me rodea, incluso en aquellos que sonríen, veo la misma expresión: no es odio, ni sed de sangre, sino una curiosidad tan intensa que consume sus cuerpos y solo deja vivir a sus ojos, órganos de un nuevo y voraz apetito.

Los soldados que les propinan la paliza se cansan. Uno jadea con las manos en las caderas al tiempo que sonrío y hace gestos y ademanes a la multitud. El Coronel les da una orden: los cuatro interrumpen su tarea y avanzan ofreciendo sus varas a los espectadores.

Una joven, con una risilla tonta y tapándose la cara, se adelanta empujada por sus amigos.
¡Venga, no tengas miedo! –la animan.

Un soldado le pone la vara en la mano y la conduce hasta el círculo. Esta desconcertada, turbada, todavía se tapa la cara con la mano. Le profieren gritos, bromas, consejos obscenos. Ella levanta la vara y la abate de repente sobre las nalgas del prisionero, la suelta y corre hacia lugar seguro entre un fragor de aplausos.»

Cf. COETZEE, 1989, 181-183.

La *escritura es lo que resta*, ciertamente. Pero, por qué la *Letra de la Ley escrita* en el cuerpo escrito problematiza «ahora» la *legibilidad* del cuerpo, del *codex* en que ha sido escrita.

Quien intenta leer en el cuerpo despojado de sí mismo, ocupado por la *escritura de la Ley*, sometido al ritual de su escritura, hecho todo él escritura, sepultado bajo ella, reescrito, enmendado, corregido, enfrenta lo ilegible. Esta es la situación del Magistrado en su afán filológico, de anhelo hermenéutico, ante la lectura de un del cuerpo de la chica –la visión de un *corpus* (siempre la escritura es el *lugar* de la Ley y la Ley *es* con el cuerpo) para leer– en el que la Ley ha sido escrita y borrada, y vuelta a escribir como un *palimpsesto*. Y el Magistrado admite querer leer en ese cuerpo¹⁴ las partes *escritas* –la cicatriz en forma de gusano de uno de los ojos, cuando los expusieron a una especie de piro-grafía, de piro-escritura¹⁵, y las cicatrices moradas en los tobillos y pies rotos y trizados–¹⁶ en su carne, pero aquél «parece estar fuera de toda comprensión»¹⁷; intenta leer a través de la piel con las yemas de sus dedos, como leen los ciegos, pero sin éxito; «porque es como si no hubiera interior, solo una superficie en la que repetidamente busco la entrada»¹⁸ y una vez y otra fracasa, y hasta el intento de recuerdo del *in situ* del cuerpo antes de la marca¹⁹ –antes de la Ley que al escribir borra, antes del doble movimiento que unifica la escritura y la desescritura en *palimpsesto*– es solo el lugar de un no-lugar, el lugar donde «hay un espacio en blanco, un vacío»²⁰. El *in situ* del cuerpo ahora, tras la marca escrita que lo borró al reescribirlo, *es lo que resta*: es *Escritura*. Ésta ha vaciado, ha blanqueado el cuerpo de sí mismo –lo ha desocupado de su lugar, lo ha despejado– para constituirlo en *libro de asiento* –para fundar un *registro*, para formar un

¹⁴ «[...] hasta que no haya descifrado y comprendido las marcas del cuerpo». COETZEE, 1989, 59.

¹⁵ «Era un tenedor, una especie de tenedor con solo dos dientes. Los dientes tenían unas bolitas en las puntas. Lo ponían en las brasas hasta que se calentaba, después te tocaban con él para quemarte. Vi las marcas de las personas que quemaron. [...]»

–A mí no me quemaron. Dijeron que me iban a quemar, pero no lo hicieron. El hombre lo acercó a mi rostro y me hizo mirarlo. Me sostuvieron los párpados abiertos. Pero no tenía nada que contarles. Eso fue todo.

«Así fue como me hicieron esto. Después ya no volví a ver bien. Siempre había una mancha en medio de todo lo que miraba [...]»

–¿Y esto? –le digo tocando la quemadura e forma de gusano en el rabillo del ojo. –Eso no es nada. Es donde el hierro me tocó. Me hizo una pequeña quemadura [...].» COETZEE, 1989, 74-75.

¹⁶ COETZEE, 1989, 53 y 56.

¹⁷ COETZEE, 1989, 76.

¹⁸ COETZEE, 1989, 78. «Es como acariciar una urna, o una pelota, algo que solo es superficie», cf. COETZEE, 1989, 86.

¹⁹ «Hago retroceder mi memoria tratando de recuperar su imagen anterior», COETZEE, 1989, 62; «Intento recordarla cómo era antes de que los especialistas del dolor realizaran sus servicios». COETZEE, 1989, 84; «–He estado intentando recordar cómo era antes de que pasara todo esto –digo–. Me resulta difícil», COETZEE, 1989, 86-87.

²⁰ COETZEE, 1989, 84.

archivo— de escritura y así, como hoja de falsilla, el cuerpo estará, quedará para siempre, *por debajo de donde se escribe*, subordinado y sumiso a la Escritura. El *codex* será entonces la *escritura corporal*; cuerpo convertido (también como bautizado, como lavado) en *memoria corporeizada de la Ley*.

Ello explica que el *lugar* allí donde la *Marca de la Ley* haya sido inscrita des-lea —disuelva— el *lugar del cuerpo* que la soporta, el *codex*. La única legibilidad posible —coagulación— no está en él, sino sobre él. El hueso quebrado, la mácula ocular, la cicatriz del látigo o el bastón, *es lo que resta*: es la *Escritura*. En esas marcas de escritura se leen los límites que lo han sobrepasado para transfigurarlos en historia: *Historia de la Ley* (del Derecho), *Historia del Derecho* (de la Ley), *Historia del Derecho imperial*, del Imperio de la Ley, cuya escritura es su última frontera, y también su oportunidad de prolongación, de aplazamiento, de *différance*²¹.

Y lo legible de ese «cuerpo» es la marginalización, el destierro, la exclusión, el genocidio: como testimonio al límite —es decir, implementado— de la escritura hegemónica de la Ley y el Derecho. Así, la historia de los cuerpos de las víctimas en estos contextos escriturales es siempre ilegible —su cuerpo está, en efecto, «incompleto»²², está lisiado, es una geometría imperfecta, trunca—²³ pues carece de marco de cognición por fuera del enmarque de la marca. Porque sus cuerpos fueron fragmentados, quebrantados, en el padecimiento del tormento —del horror de la tortura— para ser convertidos en *corpus del Imperio de la Ley*²⁴. Su historia no podrá escribirse otra vez sobre la reescritura de la Ley, representación de una *re-presentación*, de la muestra representativa que es la Ley, de la *superescritura* que es la extinción —borrado— del cuerpo, que es —en todo caso— *subalternación*, porque no busca hacer público su dolor, sino el testimonio de la escritura emergente, de la escritura pública: el cuerpo-texto es el cuerpo del texto, emblema de la Ley, *gramma* escritural, figura de la Ley. La belleza del trazo de la Escritura de la Ley, que es su recuerdo resistente, no está en la atroz cicatriz memoria del dolor, sino en el registro y la divulgación pública

²¹ «Los Imperios han creado el tiempo de la historia. Los Imperios no han ubicado su existencia en el tiempo circular, recurrente y uniforme de las estaciones sino en el tiempo desigual de la grandeza y la decadencia, del principio y del fin, de la catástrofe. Los Imperios se condenan a vivir en la historia y a conspirar contra la historia. La inteligencia oculta de los Imperios solo tiene una idea fija: cómo no acabar, cómo no sucumbir, cómo prolongar su era.» COETZEE, 1989, 227.

²² [La mujer] «¡Está incompleta!», COETZEE, 1989, 76; «El recuerdo de los extraños éxtasis a los que me he acercado a través de su cuerpo incompleto me llena de profunda repulsión, como si hubiera pasado las noches copulando con una muñeca de paja y cuero». COETZEE, 1989, 84.

²³ «Mientras que yo no he dejado de verla como un cuerpo lisiado, marcado por las cicatrices, dañado, quizá ella ya se haya acostumbrado a eso nuevo cuerpo imperfecto, sin sentirse más deforme que un gato por tener garras en vez de dedos. Haría bien en tomarme todo esto en serio». COETZEE, 1989, 99.

²⁴ VALDEZ MOSES, 1993, 120.

de dar testimonio de *Ley escrita*. En adelante, la presencia de «otro cuerpo» en el texto estará borrada por todo lo que aquel cuerpo ya *significa*: escritura –signo-significante-significado– significada de la Ley; sin disociación estricta –o sea, con separación borrada– entre la presencia del signo y el significante, reunidos en un sublime significado: haber convertido el cuerpo en Gramática social de la Ley, en una etnográfica de la experiencia de escritura de la Ley, de las consecuencias constitutivas –los efectos instituyentes– de la *Cultura escrita de la Ley*. El cuerpo escrito –el *codex*– es ágrafo, no escribirá, permanecerá en blanco, en vacío; pero habrá servido, sí, para escribir; habrá sido la tabla de la Ley, su *dispositio*. Ya los textos importan más que el cuerpo que los soporta, que solo importa por estar escrito, por «estar escrita allí» la Ley (porque siempre la Ley *es con* el cuerpo); importa por ser cuerpo enmendado, corregido por la escritura de la Ley, y porque la Ley terminó por vaciar el lugar del cuerpo sufriente, de modo que el cuerpo, finalmente, fue todo y únicamente «lugar» indiferenciable del *Corpus de la Ley*. El cuerpo *tablilla* –el cuerpo en que apoya la escritura, mero plano y simple plana sobre el que escribir– queda pues reducido, en última instancia, a la sola visión de la disciplina de la *Ley escrita*. Y en esa reescritura tiene –obtiene con su reescritura– algo más que su corporalidad, y va más allá de ella; adquiere la salvación por corporalidad de la Ley; la *escritura-borrado-reescritura* como *pro-gramma* de su salvación, salvación por la Ley. La subjetividad reaparece así intensamente corpórea en tanto que permeada la escritura de la Ley, la subjetividad se sublima en el cuerpo de la Ley. La escritura que antes fue herida y desgarró y será luego cicatriz significa el más allá de lo prohibido, lo que se teme. La Ley escribe sobre la piel y la carne aquello que es su significado más imborrable; hacer público lo prohibido por la Ley: ser enemigo de la Ley escrita, de la Ley Imperial, del *Imperio de la Ley*.

Pero con identificar estos procesos escriturales y los problemas de la *legibilidad* del *corpus de la Ley* no toda sustancia de la *Marca de la Ley* se consume aún. Subsiguiente a que, ciertamente, la *escritura es lo que resta*, está el punto de vista del lector. Calibrar la *lecturabilidad* de la escritura de la Ley implica, inevitablemente, abordar el compromiso participante del lector, en especial cuando la Ley escrita se expone a una mirada hermenéutica que busca la absorberla hasta su raíz filológica. El punto de vista del Magistrado como lector es interno, o como poco concernido. Entonces los intentos de lectura en el *Corpus de la Ley escrita* le exponen a la complicidad²⁵, y la propia *escritura de la Ley* también lo reescribe a él mismo.

²⁵ También como escritura de impotente (*pen/penis*) complicidad con la víctima de la tortura la califica ZANTEN GALLAGHER, 1991, 122. En todo caso, esa complicidad igualmente admitiría otras posibles interpretaciones semánticas: *pen/power* en KOSSER, 1996, 85-87 [3. «Colonizer/Colonized: Paradoxes of Self and Other: *Waiting*

Waiting for the Barbarians plantea pues, a mi parecer, la posición del *punto de vista participante* de quien cuando lee igualmente escribe; *id est*: que leer puede llegar a ser otra forma de escritura, que la lectura se sumerge en lo escrito, hasta que la distancia desaparece, se borra, y la escritura es reescrita. El proceso se repite —*escritura, borrado y reescritura*— pero invertido esta vez. La distancia que en la lectura borra lo escrito reescribe la Ley. El Magistrado es plenamente consciente de esta tensión hermenéutica y sus riesgos: «Me doy cuenta de que la distancia que me separa de sus torturadores es insignificante; me estremezco»²⁶. «¡Tengo que mantenerme distanciado del Coronel Joll!»²⁷, de su *Escritura de la Ley*. La distancia existe, sí, pero es moralmente banal y se borra; es delgada y fina como el canto de una moneda, y su uso la desgasta: «yo, mientras camino por el lodo, no estoy menos contagiado [...] que el Coronel Joll»²⁸, «Yo era la mentira que un Imperio se cuenta a sí mismo en los buenos tiempos, él [Joll] la verdad que un Imperio cuenta cuando corren malos vientos. *Dos caras de la dominación imperial, ni más ni menos*. Pero yo contemporizaba»²⁹. Sin embargo, la distancia respecto de la víctima³⁰ persiste y se subraya, con grosor incommensurable, y ello no es moralmente fútil: la distancia era «*la imposibilidad de grabarme tan profundamente en ella*»³¹, en el «*otro*».

3. LA LETRA INVISIBLE DE LA LEY. PARADOJAS DE LO CORPÓREO: LA VISIBLE INVISIBILIDAD

Si el cuerpo —como hemos visto— es una superficie de inscripción de la ley, ésta puede utilizar al escribir púas, látigos, bastones, piedras... Todas ellas son variaciones sobre un mismo tema: escribir los cuerpos es el oficio de la Ley. El lugar del cuerpo en que penetra una bala pone punto final. Una vez transferida la *Letra de la Ley* a los cuerpos —como en un proceso de impresión xerográfica— éstos pasan a ser reproducción y copiado de textos y documentos a imagen de una hagiográfica; el cuerpo como pergamino escrito de la *santidad de la Ley*. Esa escritura aprovecha la visibilidad de lo corpóreo en que se graba.

for the Barbarians (1980) and *A Dry White Season* (1979)»], o *pen/penis/penance* en FORREST, 2012.

²⁶ COETZEE, 1989, 53.

²⁷ COETZEE, 1989, 80.

²⁸ COETZEE, 1989, 228 [Énfasis añadido].

²⁹ COETZEE, 1989, 231 [Énfasis añadido].

³⁰ CICHÓN, 2010, 55-56.

³¹ «Aunque me muera de vergüenza, incluso aquí y ahora, debo preguntarme si, cuando yacía junto a ella con la cabeza en sus pies, y acariciaba y besaba aquellos tobillos fracturados, no estaba lamentando en lo más recóndito de mi corazón la imposibilidad de grabarme tan profundamente en ella.» COETZEE, 1989, 230.

Pero al cuerpo –a la anatomía que sustenta el *acto de escribir la Ley* y la *marca de la Letra de la Ley*– puede aplicarse un *pro-grama* de escritura cuyo trazo de impresión apoye en una fisiología de la desaparición. Esto es, la experiencia del dolor que sucede en la escritura que no borra para reescribir la corporalidad, sino que la suprime; o sea, una caligrafía a cuchillo, a cuchilla, que quita, elimina, tacha. La tacha del reproche sobre el cuerpo, que es el principio de experiencia del dolor que sucede en la escritura, llevada ahora a través de su visible invisibilidad en un cuerpo del que se arrancaron sus miembros, y hasta del cuerpo todo erradicado de raíz. La Ley que se escribe en las *excepciones* corporales, en el cuerpo extirpado³²; lo desaparecido del cuerpo y, terminativamente, la desaparición del cuerpo –el «desaparecido» (forzoso o voluntario)– como *visible invisibilidad* de la escritura de la Ley.

Lo que falta –lo que ha sido separado y escindido– es la tara del cuerpo y su misma ausencia la *Letra invisible de la Ley*.

En el altar de la Ley son ofrendas al sacrificio de su mística *Escritura* dedos, manos, pies, brazos, piernas, penes, senos, ojos, lenguas, narices, orejas, cabezas. Esos exvotos son el *body art* de la *Letra invisible de la Ley*.

La Escritura de la Historia del Derecho imperial, del Imperio de la Ley, sería imaginable, por tanto, como una lección de anatomía jurídica aplicada al «*cuerpo*» apedazado de un «*frankenstein*», o también como la *ficción* de soporte escritural, de un *corpus iuris mechanicum*, pero cuyo dispositivo jurídico actuara –paradojas deconstructivas del cuerpo de escritura– para escribir no el encaje y la ensambladura, el *collegium* de la grafía, sino la dislocación y el despedazamiento de sus Letras hasta la completa devastación y la *escritura del vacío*, para *escribir*, en fin, *el vacío como espejo de la Ley*.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAMOVICI, Jean-Christophe. «Sade et le discours machinal», en: Gaillard, Aurélia, Goffi, Jean-Yves; Roukhomovsky, Bernard, y Roux, Sophie (dir.), *L'Automate. Modèle, métaphore, machine, merveille*, Pessac: Presses Universitaires de Bordeaux, 2013.
- *Encre de sang. Sade écrivain*, Paris: Classiques Garnier, 2013.
- AGAMBEN, Giorgio. *Qué es un dispositivo* (2006), trad. de Mercedes Ruvituso, Barcelona: Anagrama, 2015.
- BARR, JR., Alfred H. (ed.), *Fantastic art, dada, surrealism*, essays by Georges Hugnet, New York: The Museum of Modern Art, 1937.
- BENESCH, Klaus. «Writing Machines: Technology and the Failures of Representation in the Works of Franz Kafka», en: TABBI, Joseph, y WUTZ,

³² V. gr. la Bula *Ad extirpanda*, instauradora de la tortura promulgada por el papa Inocencio IV el 15 de mayo de 1252, luego confirmada por Alejandro IV el 30 de noviembre de 1259, y por Clemente IV el 3 de noviembre de 1265.

- Michael (eds.), *Reading Matters: Narratives in the New Media Ecology* Ithaca, Cornell University Press, 1997, pp. 76-95.
- BENTHAM, Jeremy, *Colección de obras del célebre juriconsulto inglés Jeremías Bentham, reunida y vertida al castellano con comentarios arreglados a las circunstancias y legislación [sic] actual de España*, por Baltasar Anduaga Espinosa (1817-1861), Madrid: Oficina del Establecimiento Central, 1842, T. V (*Tratados de Legislación civil y penal*), *Principios del Código Penal*, Parte IV («De los medios indirectos de prevenir delitos»).
- *Colección de obras del célebre juriconsulto inglés Jeremías Bentham, reunida y vertida al castellano con comentarios arreglados a las circunstancias y legislación [sic] actual de España*, por Baltasar Anduaga Espinosa (1817-1861), Madrid: Oficina del Establecimiento Central, 1842, T. IV (*Tratados de Legislación civil y penal*), *Principios del Código Penal*, Parte III («De las penas»), cap. IX (§. Penas indelebles), Foucault, 1975, 17; Foucault, 1976, 18. Michel Foucault, *Surveiller et punir*, cit., p. 17 (*Vigilar y castigar*, cit., p. 18).
- *Tratados de legislación civil y penal: obra extractada de los manuscritos del Señor Jeremy Bentham, juriconsulto inglés, por Esteban Dumont*, miembro del Consejo representativo de Ginebra, traducidos con Comentarios por Ramón Salas, Madrid, Imprenta de D. Fermín Villapando, 1822, T. III.
- BOLETSI, Maria. «Barbarian Encounters: Rethinking Barbarism in CP Cavafy's and JM Coetzee's *Waiting for the Barbarians*», *Comparative Literature Studies* 44.1 (2007): 67-96.
- CALVO GONZÁLEZ, JOSÉ, «Sobre Hermenéutica y Relato. Notas para una ilustración narrativista acerca de di-versiones y extra-versiones interpretativas» (2007), en: Calvo González, José (dir.), *Implicación Derecho Literatura. Contribuciones a una teoría literaria del Derecho*, Granada, Comares, 2008, pp. 471-477.
- *Derecho con Literatura. Escritura, ficcionalidad y relato* (2016), en: CALVO GONZÁLEZ, JOSÉ, *La destreza de Judith. Estudios de Cultura literaria del Derecho*, Granada, Comares, 2018, pp. 350-362.
- CAVAFIS, Constantino P., *Esperando a los bárbaros*, trad. en verso y pról. de Luis Alberto de Cuenca, con ils. de Miguel Ángel Martín Madrid: Reino de Cordelia, 2016.
- CICHÓN, Anna Izabela. «Violence and Complicity», en J. M. Coetzee's Works, *Werkwinkel* 5, 2 (2010), pp. 43-72.
- COCKS, Geoffrey, *The Wolf at the Door: Stanley Kubrick, History, & the Holocaust*, New York, Peter Lang, 2004.
- COETZEE, John Maxwell, *Waiting for the Barbarians*, London, Secker and Warburg, 1980.
- *Esperando a los bárbaros*, trad. de Concha Manella y Luis Martínez Victorio, Madrid, Alfaguara, 1989.
- «Into the Dark Chamber: The Writer and the South African State», en: COETZEE, John Maxwell, *Doubling the Point: Essays and Interviews*, David Attwell (ed.), Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1992.
- CONTRERAS, María Belén, «Heridas de la barbarie en *Waiting for the Barbarians* de John Maxwell Coetzee y Señales que precederán al fin del mundo de Yuri Herrera», *Revista Bagubra* 3 (2015), pp. 25-35.
- CRAPS, Stef. «J. M. Coetzee's *Waiting for the Barbarian* and the Ethics of Testimony», *English Studies: A Journal of English Language and Literature* 88, 1 (2007), pp. 59-66.

- CRUMB, Robert, y MAIROWITZ, David Zane, *Kafka* (1996), trad. de Leandro Wolfson, Barcelona, Ediciones La Cúpula, 2010.
- DELEUZE, Gilles, *Kafka. Por una literatura menor* (1975), trad. Jorge Aguilar Mora, México, Ediciones Era, 1978, 2008 (5.ª reimp.) cap. 9: «¿Qué es un dispositivo?», pp. 117-126.
- «¿Qué es un dispositivo?», en *Dos regímenes de locos*, David Lapoujade (ed.), trad. de José Luis Pardo. Valencia, Pre-textos, 2007, pp. 305-312.
- FERRI, Enrico, *Principios de Derecho Criminal*, trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Editorial Reus, 1933.
- FORREST, Robinson, «Writing as penance: national guilt and JM Coetzee», *Arizona Quarterly: A Journal of American Literature, Culture, and Theory* 68, 1 (2012), pp. 1-54.
- FOUCAULT, Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975.
- *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión* (1975), trad. de Aurelio Garzón del Camino (1976), Madrid, Siglo XXI de España, 1986 (13.ª ed., y 5.ª de España).
- *La verdad y las formas jurídicas* (1973), trad. de Enrique Lynch, Barcelona, Gedisa, 1996 (4.ª reimp.).
- GAILUS, Andreas, «Lessons of the Cryptograph: Revelation and the Mechanical in Kafka's *In the Penal Colony*», *Modernism/Modernity* 8,2 (april 2001), pp. 295-302.
- IBSEN, Henrik, *Ibsen: Letters and Speeches*, Evert Sprinchorn (ed.), New York, Hill and Wang, 1964.
- KAFKA, Franz, «De la construcción de la muralla china», en: KAFKA, Franz, *La muralla china. Cuentos, relatos y otros escritos*, trad. de Alfredo Pipig y Alejandro Ruiz Guiñazu, Madrid, Alianza, 1990.
- KERTÉSZ, Imre, *Un relato policiaco*, trad. Adán Kovacsics Meszaros, Barcelona, Acanalado, 2007.
- KOSSER, Sue, *Pen and Power: A Post-colonial Reading of J. M. Coetzee and André Brink* [André P. Brink (1935-2015)], Amsterdam, Rodopi, 1996.
- LEGENDRE, Pierre, *Lecciones VIII: el Crimen del Cabo Lortie: Tratado sobre el Padre* (1984), Madrid: Siglo XXI editores, 1994.
- LÓPEZ SÁNCHEZ-VIZCAÍNO, María Jesús (ed.). *La escritura de lo inhóspito. Ensayos sobre la narrativa de J. M. Coetzee*, Madrid, Abada Editores, 2010.
- MARIA THERESIA [von Österreich, Erzherzogin], *Constitutio Criminalis Theresiana oder der Römisch-Kaiserl. zu Hungarn und Böhheim &c. &c. Königl. Apost. Maiestät Mariä Theresiä Erzherzogin zu Oesterreich, &c. &c. peinliche Gerichtsordnung*, Wien, Johann Thomas Edlen von Trattner, kaiserl. königl. Hofbuchdruckern und Buchhändlern, 1769.
- MARTIN, Richard G., «Narrative, History, Ideology: A Study of *Waiting for the Barbarians* and *Burger's Daughter* [Nadine Gordimer]», *Ariel* 17, 3 (1986), pp. 3-21.
- NEIMNEH, Shadi S., AL-SHALABI, Nazmi, y MUHAIDAT, Fatima, «J. M. Coetzee's *Waiting for the Barbarians*: Hermeneutics and Literary Theory», *Canadian Social Science* 8, 1 (2012), pp. 1-10.
- PUGLIESE, Cristiana, «*Waiting on the Border: a Comparative Study of Dino Buzzati's Il deserto dei Tartari and JM Coetzee's Waiting for the Barbarians*», *Italian Studies in Southern Africa/Studi d'Italianistica nell'Africa Australe* 14, 2 (2001), pp. 58-79.

- QUEVEDO Y HOYOS, Antonio, *Libro de indicios y tormentos; que contiene toda la práctica criminal, y modo de sustanciar el proceso indicativamente hasta descubrir el delito y delincuente y ponerle en estado de condenarle, o absolverle*, en Madrid, en la Imprenta Francisco Martinez, 1632.
- ROUSSEAUD DE LA COMBE, Guy du, *Traite des matières criminelles*, A Paris, Au Palais, Chez Theodore le Gras, 1741.
- SPENCER, Robert, «JM Coetzee and Colonial Violence», *Interventions* 10.2 (2008), pp. 173-187.
- SERRANO PONCELA, Segundo, «La literatura y sus enterradores», *Papeles de Son Armadans* [Revista mensual dirigida por Camilo José Cela] (Palma de Mallorca, Imp. Mossèn Alcover), IV, XII, XXXVIII (1959), pp. 169-178.
— *Literatura y subliteratura*, Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1966.
- TABLE GÉNÉRALE, *analytique et raisonnée des Lois, Décrets, Ordennances, Réglemens, etc., depuis de 1788 et y compris*, Jaan Baptiste Duvergier, Paris: Chez A. Guyot et Scribe, Libraires-Éditeurs, 1838, T. II.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El Derecho penal de la monarquía absoluta*, Madrid, Tecnos, 1969.
- VALDEZ MOSES, Michael, «The Mark of Empire: Writing, History and Torture in Coetzee's *Waiting for the Barbarians*», *The Kenyon Review* [Kenyon College, Kenyon, Ohio, USA] 15, 1 (1993), pp. 115-127.
- WENZEL, Jennifer, «Keys to the Labyrinth: Writing, Torture, and Coetzee's *Barbarian Girl*», *Tulsa Studies in Women's Literature* 15, 1 (1996), pp. 61-71.
- WORTHINGTON, Kim L., «“A place where bodies are their own signs”: Re-reading JM Coetzee's *Foe* via Gubar, Spivak, Parry and Levinas», *Philia&Filia* 2, 1 (2011) pp. 5-40.
— «“Um lugar onde os corpos são os seus próprios signos”: uma releitura de *Foe*, de J. M. Coetzee, via Gubar, Spivak, Parry Levinas», en: Rosenfield, Kathrin H., y Flores PEREIRA, Laurence (orgs.), *Lendo J. M. Coetzee*, Santa Maria (RS. Brasil), Editoria da Universidade Federal de Santa Maria, 2015, pp. 51-85.
- ZANTEN GALLAGHER, Susan Van, «Torture and the Novel: J. M. Coetzee's *Waiting for the Barbarians*», *Contemporary Literature* 29, 2 (1988), pp. 277-285.
— *The Novelist and Torture. A story of South Africa*, Cambridge, Mass., Harvard UP, 1991.

Del filósofo-rey al imperio de la ley. Una evaluación
de las aportaciones de Platón al *rule of law*

*From the Philosopher King to the rule of law. An
assessment of Plato's contributions to the rule of law*

Por JORGE CREGO
Universidad Internacional de La Rioja*

RESUMEN

La idea platónica del segundo recurso es la primera aparición del imperio de la ley. Este surge como alternativa realista al gobierno del filósofo-rey, distinguiéndose de este formalmente por el recurso a reglas generales. El objetivo de este estudio es ofrecer una propuesta de articulación de ambos ideales y comprender la concepción platónica del imperio de la ley. Se considerarán las principales diferencias con las teorías modernas del rule of law.

Platón concibe el imperio de la ley como remedio frente al peligro de la tiranía. La ley que rige la polis se caracteriza por ser un pensamiento razonado asumido por la ciudadanía, impidiendo el dominio de la voluntad del tirano.

Palabras clave: Segundo recurso, república, gobierno, legalidad, generalidad.

ABSTRACT

Plato's idea of the second-best state is the first appearance of the rule of law. It is considered as a realistic alternative to the government of the Philoso-

* Mail: jorge.crego@unir.net; ORCID: 0000-0001-7072-6569

pher King, differing formally from it on the employment of general rules. The aim of this paper is to elaborate an articulation of both proposals and to better understand that of the rule of law within Plato's thought. The main differences between it and the modern theories of the rule of law will be assessed.

Plato conceives the rule of law as a remedy directed to avoid tyranny, in which the idea of generality, characteristically associated to the rule of law. The law that rules the polis is a reasoned thought accepted by the citizenship, directed to avoid the ruling of the will of the tyrant.

Keywords: *Second choice, republic, government, legality, generality.*

SUMARIO: 1. EL IDEAL DEL FILÓSOFO-REY COMO MODELO PARA EL GOBIERNO DE LA *POLIS*: 1.1 *El filósofo-rey. ¿Programa político o recurso alegórico?* 1.2 *El gobierno de la razón en beneficio de toda la polis.* 1.3 *La inevitable corrupción del filósofo-rey.* – 2. EL SEGUNDO RECURSO Y EL PAPEL DE LA LEY EN EL MUNDO SENSIBLE: 2.1 *La imperfección de la naturaleza humana como origen de la necesidad del rule of law.* 2.2 *De la ordenanza particular del filósofo-rey a la ley del segundo recurso.* 2.3 *La imposibilidad práctica del gobierno humano a través de ordenanzas particulares.* 2.4 *El empleo del segundo recurso del rule of law como remedio de los riesgos de corrupción del gobierno.* – 3. LA NATURALEZA DE LA LEY EN EL SEGUNDO RECURSO DE PLATÓN: 3.1 *La ley-physis como Forma aprehensible por el filósofo-rey.* 3.2 *Las leyes-nomoi: la convención de los ciudadanos y el imperio de la ley.* 3.3 *La relevancia de la deliberación en la construcción del imperio de la ley.* – 4. EL SEGUNDO RECURSO FRENTE A LAS TEORÍAS MODERNAS DEL *RULE OF LAW*.

SUMMARY: 1. THE IDEAL OF THE PHILOSOPHER KING AS A MODEL FOR THE GOVERNMENT OF THE *POLIS*: 1.1 *The Philosopher King. ¿Political programme or allegory?* 1.2 *The government of reason for the benefit of the whole polis.* 1.3 *The unavoidable corruption of the Philosopher King.* – 2. THE «SECOND CHOICE» AND THE ROLE OF THE LAW IN THE SENSIBLE WORLD: 2.1 *The imperfection of the human nature as the origin of the necessity of the rule of law.* 2.2 *From the particular enactments of the Philosopher King to the law of the «second choice».* 2.3 *The practical impossibility of the human government through particular enactments.* 2.4 *The use of the «second choice» of the rule of law as a remedy for the risks of the corruption of the government.* – 3. THE NATURE OF THE LAW IN THE «SECOND CHOICE» OF PLATO: 3.1 *The law-physis as a Form that must be grasped by the Philosopher King.* 3.2 *The laws-nomoi: the covenant of the citizens and the rule of law.* 3.3 *The importance of deliberation in the construction of the rule of law.* – 4. THE «SECOND CHOICE» FACING THE MODERN THEORIES OF THE *RULE OF LAW*.

Si se echa la vista a la Historia Antigua para encontrar las primeras reflexiones filosóficas sobre el imperio de la ley y lo que hoy se enmarca en la idea de *rule of law* o Estado de Derecho¹, el hito fundacional que viene a la mente con mayor claridad es la pregunta aristotélica acerca de si debe gobernar el mejor hombre o las mejores leyes². Obviamente, dicha pregunta remite al debate que su maestro Platón sostuvo consigo mismo a lo largo de su evolución como filósofo político. Por ello, en la prehistoria del *rule of law*³ Platón debe considerarse una figura seminal o, como se ha escrito, el «primer protagonista»⁴.

Platón no engloba sus reflexiones sobre estas cuestiones en un único escrito, de forma que las aportaciones que se pueden extraer exigen una tarea de sistematización a partir de diversos pasajes insertos en diálogos centrados en otras cuestiones. Como afirma Woozley, Platón puede ofrecer muchas claves sobre el *rule of law*, sobre el papel de la ley para fijar al gobernante a sus funciones, pero poco puede decir sobre una concepción concreta, sistemática y coherente de éste⁵. La idea de *rule of law* es de origen moderno, de modo que un estudio en el contexto de la Antigüedad debe aspirar al rastro de trazos esenciales que pueden ser muy útiles para comprender la naturaleza del mismo.

Para entender las ideas platónicas sobre la ley como instrumento de restricción del poder tiránico resulta necesario evaluar la relación entre dos ideas clave en su obra: la del filósofo-rey como gobernante absoluto y la que Platón denomina *segundo recurso*. La propuesta de Platón sobre el filósofo-rey es de sobra conocida. Sin embargo, la pro-

¹ A los efectos de este estudio no distinguimos entre ambos conceptos; las ideas que aquí se exponen se insertan en el marco del debate actual acerca del *rule of law*. Para una exposición de la relación entre *rule of law* y Estado de Derecho que niega la equivalencia, puede consultarse la obra de Pereira; PEREIRA MENAUT, A. C., *Rule of law o Estado de Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2003.

² ARISTÓTELES, *Política*, traducido por Julián Marías y María Araújo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, 1286a. Sirva como ejemplo Viola, que afirma: «Come si sa, questa storia [la del *rule of law*] comincia ufficialmente con l'interrogativo posto da Aristotele sulla preferenza tra il governo delle leggi o quello degli uomini»; VIOLA, F., *Rule of law: il governo della legge ieri ed oggi*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 18. Tamanaha, sin embargo, reconoce su lugar en la prehistoria del *rule of law*; TAMANAHA, B. Z., *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*, New York, Cambridge University Press, 2004, pp. 7 ss.

³ El término se emplea para hacer referencia al hecho de que, como afirma Tamanaha, la «tradicición continua» del estudio del *rule of law* se origina siglos después de las aportaciones griegas a la cuestión del imperio de la ley; TAMANAHA, B. Z., *On the Rule of law...*, *op. cit.*, p. 7. En este sentido, Kelly habla de la existencia en el pensamiento griego de la «sustancia del ideal» del *rule of law*; KELLY, J. M., *A Short History of Western Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 24-25. Debe entenderse entonces que las aportaciones griegas son un preludio que aunque no alumbró los debates del *rule of law* en su origen, sí pueden ser útiles a día de hoy, y deben entenderse insertas a estos debates debido a su contenido.

⁴ MORROW, G. R., «Plato's Conception of Persuasion», *The Philosophical Review*, núm. 62, v. 2, 1953, pp. 234-250.

⁵ WOOLEY, A., «Plato and the Need for Law», *The Philosophical Quarterly*, v. 60, núm. 239, 2010, p. 375.

puesta del *segundo recurso* no ha sido tan estudiada. Esta toma los rasgos de la propuesta del filósofo-rey y la adapta a la realidad imperfecta del mundo sensible. La importancia del *segundo recurso* para una evaluación de las aportaciones de Platón al *rule of law* reside en que en esta propuesta la ley y su rasgo de generalidad se convierten en la característica fundamental del gobierno.

La primera propuesta se encuentra en la *República*. La segunda en el *Político* y las *Leyes* respectivamente. Para comprender el pensamiento de Platón, ambas deben entenderse como enfoques complementarios de un mismo problema, y no como teorías opuestas. El idealismo de Platón cristaliza en un determinado método filosófico: para reflexionar sobre la realidad, primero, es necesario contemplar la naturaleza de las Formas. A la hora de evaluar el modo de gobierno de la *polis* esto implica partir de un ideal modélico, el filósofo-rey, para derivar después una propuesta para el mundo sensible, tomando en consideración las características de este último como marco al que se ha de adaptar el ideal. Es en dicho marco donde el imperio de la ley asume un papel esencial como modo de gobierno. Una correcta comprensión de este razonamiento podrá arrojar luz en la tarea de justificar la necesidad del *rule of law* y los motivos y condiciones de su valor moral.

Para poner en valor las aportaciones de Platón a las cuestiones planteadas por la idea de *rule of law* se seguirá la sugerencia que se acaba de formular. El primer apartado evaluará brevemente la conocida propuesta del filósofo-rey como concepción ideal del gobierno. El principal objetivo es sostener una interpretación de dicha figura como un ideal rector, una alegoría de los rasgos del gobierno, y no como un programa político. Ese ideal sirve para determinar los rasgos de un buen gobierno y señalar los motivos de su corrupción.

Una vez se comprende la naturaleza de este ideal y los motivos de la corrupción de su plasmación en el mundo sensible, se puede abordar la propuesta de solución: el *segundo recurso*. Primero, se expondrá cómo se lleva a cabo el cambio de enfoque hacia la propuesta del mejor de los gobiernos posibles en el contexto del mundo sensible. En segundo lugar se evaluará el modo en que la ley asume un papel central en la propuesta del *segundo recurso*. Para ello se examinarán dos argumentos: la imposibilidad práctica del gobierno del filósofo-rey y la tendencia a la corrupción del gobernante. Comprender la naturaleza del *segundo recurso* exige entender los motivos que llevan a Platón a pasar del filósofo-rey al imperio de la ley. Así se podrá determinar el modo en que el *rule of law* se convierte en el modo más justo de regir una comunidad política real. La idea del *segundo recurso* se estudiará en los textos de *El Político*, aunque la misma también se desarrolla en las *Leyes*. Como afirma Guthrie, apoyándose en Wilamowitz, esta

segunda obra solo redundante en ideas que ya se encuentran, incluso mejor explicadas, en otros diálogos⁶.

En tercer lugar, será necesario determinar cómo debe concebirse la naturaleza de la ley a la que Platón otorga el papel de gobierno en el segundo recurso aplicable al gobierno de una comunidad de seres humanos. Habrá de distinguirse entre la concepción de ley como Forma, la ley-*physis*, reflejo de la razón, y la ley tal y como se hace presente en la comunidad de seres humanos, la ley-*nomos*. Esta segunda concepción y su naturaleza podrán comprenderse a la luz de las exigencias del imperio de la ley.

Finalmente, se concluirá con una exposición de la idea del imperio de la ley en Platón, y sus diferencias con las teorías modernas del *rule of law*.

1. EL IDEAL DEL FILÓSOFO-REY COMO MODELO PARA EL GOBIERNO DE LA *POLIS*

1.1 El filósofo-rey. ¿Programa político o recurso alegórico?

Para comprender el papel de la *República* en la construcción de la filosofía platónica, resulta necesario enfrentarse en primer lugar a una cuestión ampliamente debatida entre los estudiosos de su obra: ¿describe la *República* un plan práctico para construir una ciudad perfecta en el mundo sensible? Responder esta pregunta permite comprender el alcance de dicha obra. La idea del filósofo-rey tiene una relevancia mayor para la actualidad si se la concibe como elaboración teórica sobre los principios que deben regir la vida política que si se la entiende como proyecto político concreto.

Una evaluación pausada de la obra y de reflexiones posteriores de Platón llevan a decantarse por la primera opción. En primer lugar, la *República* no se concibe como un texto político en el que se exponga una propuesta de gobierno. El personaje de Sócrates afirma que su objetivo es evaluar las exigencias de la justicia⁷. Además, la *República* se centra en el examen de la naturaleza humana, siendo el estudio de la ciudad una herramienta para facilitar su comprensión.

Por otro lado, desde la perspectiva política, el papel que desempeña este diálogo es, en palabras de von Fritz, establecer la dirección en que deberían moverse los intentos de mejora partiendo de las condi-

⁶ GUTHRIE, W. K. C., *Historia de la filosofía griega V: Platón. Segunda época y Academia*, Barcelona, Gredos, 1992, p. 392.

⁷ PLATÓN, *La República*, traducido por J. M. Pabón, M. Fernández-Galiano, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, 472c. JAEGER, W., *Paideia. Los ideales de la cultura griega*, México, Fondo de Cultura Económica, 1962, p. 591.

ciones existentes⁸. Sócrates afirma casi al final del diálogo que la ciudad que están construyendo «no existe más que en nuestros razonamientos», aunque es cierto que «quizá [...] haya en el cielo un modelo de ella para el que quiera mirarlo y fundar conforme a él su ciudad interior»⁹. Morrow defiende esta tesis al afirmar que en la *República* se recoge una exposición abstracta, argumentando que el «absolutismo» platónico que se desprende de dicho diálogo responde a esa abstracción¹⁰. El filósofo-rey es la personificación de las virtudes del gobierno y, como tal, un recurso alegórico.

Además se puede entender que durante la época de redacción de la *República* Platón ya recomienda a los gobiernos limitar el poder absoluto a través de la ley, como pone de manifiesto en la *Carta VII*. En este documento, Platón ofrece un consejo que, según sus propias palabras, es el mismo dado en otras dos ocasiones: «no sometáis Sicilia ni ninguna otra ciudad a dueños absolutos –al menos esta es mi opinión– sino a las leyes»¹¹. Como afirma Woozley, la primera vez que Platón dio ese consejo fue en un período cercano al de la preparación de la *República*¹². Morrow desarrolla esta interpretación para defender que el absolutismo de la *República* está acompañado de relevantes reservas entre las que, precisamente, destaca el uso de la ley¹³. Frente a la idea extendida de que Platón comprobó en dichos viajes la imposibilidad de su primera propuesta, debe interpretarse entonces que lo que pudo extraer fue la necesidad de reflejar en sus diálogos las reflexiones relativas a las propuestas de gobierno para el mundo sensible, más allá de disquisiciones alegóricas e ideales sobre el filósofo-rey.

La utilidad de analizar la *República* en el horizonte del *rule of law*, dado el papel que se le ha otorgado, reside en que establece de forma

⁸ GUTHRIE, W. K. C., *Historia de la filosofía griega IV: Platón. El hombre y sus diálogos: primera época*, Barcelona, Gredos, 1990, p. 465.

⁹ PLATÓN, *La República*, *op. cit.*, 592a-b. El último entrecorinado abunda además en la idea de que la *República* se concibe más para analizar la naturaleza humana que con vista en el Estado, pues el modelo de ciudad tiene por objetivo más el que cada persona lo tenga como modelo para gobernarse a sí mismo que para fundar efectivamente una ciudad.

¹⁰ MORROW, G. R., «Plato and the Rule of Law», *op. cit.*, p. 106; LAKS, A., «Legislation and Demiurgy: On the Relationship between Plato's *Republic* and *Laws*», *Classical Antiquity*, v. 9, núm. 2, 1990, pp. 210-211; WOOZLEY, A., «Plato and the Need for Law», *The Philosophical Quarterly*, v. 60, núm. 239, 2010, pp. 378-379. Resulta especialmente acertada la opinión de Laks. Partiendo de la distinción de Morrow entre el modelo ideal y la realización empírica, afirma que el elemento empírico que exige una realización en la que el ideal es solo un modelo es la naturaleza humana. Como se verá, los motivos que llevan a PLATÓN a defender la necesidad del imperio de la ley redundan en esta interpretación.

¹¹ PLATÓN; *Diálogos VII. Dudosos, Apócrifos, Cartas*, traducido por J. Zaragoza, P. Gómez Cardó, Madrid, Gredos, 1992, 337c.

¹² WOOZLEY, A., «Plato and the Need for Law», *op. cit.*, p. 328. En un sentido similar, SABINE, G. H., *Historia de la teoría política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1990, p. 61.

¹³ MORROW, G. R., «Plato and the Rule of Law», *op. cit.*, p. 106.

teórica los principios del gobierno, así como los motivos por los que puede producirse su corrupción. Es cierto que no hay en dicha obra un análisis de la ley como mecanismo de limitación del poder, pero sin tomar en consideración este diálogo no se puede comprender el modo en que Platón concibe el gobierno y sus formas de corrupción. Esto es esencial para interpretar los motivos que fundamentan la necesidad de acudir a la ley para evitar dicha corrupción.

1.2 El gobierno de la razón en beneficio de toda la polis

Una vez determinado el propósito del diálogo, es momento de analizar el papel que Platón otorga al gobierno en la construcción de la comunidad política.

Si la razón debe regir el alma, la sabiduría debe gobernar la ciudad¹⁴. Por eso cree Platón que «a menos que los filósofos reinen en las ciudades o que cuantos ahora se llaman reyes y dinastas practiquen noble y adecuadamente la filosofía, [...] no hay [...] tregua para los males de las ciudades, ni tampoco, según creo, para los del género humano»¹⁵. Surge de aquí la famosa idea del filósofo-rey, que se debe entender como alegoría de la sabiduría.

Para Platón los hombres, en la ciudad, han de ser gobernados por «algo semejante a lo que rige al hombre superior», por lo que «debe ser esclava de este mismo nombre, que es el que lleva en sí el principio rector divino»¹⁶. Esta idea se reitera en diálogos del «Platón viejo»¹⁷, como por ejemplo *Las Leyes*¹⁸. Platón, al defender la heteronomía por la que el hombre racional ha de regir la vida de los otros hombres, no concibe el sometimiento de éstos a los intereses del primero, sino que afirma que, por contar el hombre racional con el principio rector, es el que se encuentra en situación de asegurar lo mejor para los otros¹⁹.

Platón no limita la caracterización del gobierno a la racionalidad. Esa misma idea de razón como principio justificante del gobierno tiene como fin «que todos, sometidos al mismo gobierno, seamos en lo posible semejantes y amigos»²⁰. La constitución de una comunidad

¹⁴ PLATÓN, *La República*, op. cit., 441e. Para Jaeger, razón y sabiduría son distintas formas de denominar una misma virtud dependiendo de si se encuentra en la ciudad o en las personas; JAEGER, W., *Paideia*, op. cit., p. 635.

¹⁵ *Id.*, 473d.

¹⁶ *Id.*, 590c-d.

¹⁷ Copleston desarrolla una propuesta de división de las obras de Platón, en las que el *Político* y las *Leyes* se encuentran entre las «obras de la vejez»; COPLESTON, F., *Historia de la filosofía I. Grecia y Roma*, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 148 ss.

¹⁸ PLATÓN, *Las Leyes*, traducido por J. M. Pabón, M. Fernández-Galiano, Madrid, Alianza, 2002, 645b.

¹⁹ PLATÓN, *La República*, op. cit., 590d.

²⁰ *Id.*, 590d.

política procura el mayor grado de felicidad para todos los ciudadanos²¹, y no solo para una determinada clase o facción²².

El gobierno ideal de Platón se caracteriza entonces por dos rasgos: la razón y la persecución de felicidad de toda la ciudad. Dado que la felicidad del conjunto de la comunidad política depende de que gobierne la sabiduría, y que no todos los hombres se hallan dirigidos por dicha virtud, es preciso que aquéllos que sí la poseen dirijan la vida de la comunidad política. Éstos conformarán el legítimo gobierno²³.

Antes de avanzar hacia una exposición sobre los orígenes de la corrupción del gobierno, es necesario aclarar cómo se relacionan ambos rasgos. Para Platón, la sabiduría es un «saber [que] no resuelve sobre este o el otro particular de la ciudad, sino sobre la ciudad entera, viendo el modo de que ésta lleve lo mejor posible sus relaciones en el interior y con las demás ciudades»²⁴. Aparentemente, al hablar de la ciudad entera, no aclara cómo articular las relaciones del conjunto de la ciudad (articulación que no tiene por qué destinarse a la felicidad del conjunto), aunque llevar lo mejor posible las relaciones en el interior parece que se refiere a la felicidad del conjunto. Sin embargo, la traducción empleada por Guthrie despeja cualquier duda: la ciudad sabia es la guiada por un conocimiento «mediante el cual pueda pensar no en un interés particular, sino en asegurar al Estado como un todo las mejores relaciones posibles, no solo en el seno del mismo, sino también con los otros Estados»²⁵. En otros pasajes, Platón es meridiano: «a la ley no le interesa nada que haya en la ciudad una clase que goce de particular felicidad, sino que se esfuerza porque ello suceda en la ciudad entera»²⁶. Platón, al evaluar las facultades del ser

²¹ *Id.*, 420b.

²² *Id.*, 519e.

²³ La cuestión que surge de forma inmediata es cómo determinar el cumplimiento de ambos requisitos. Platón no le otorga demasiada relevancia, quizá precisamente por esa tendencia a desentenderse de los problemas de la aplicación práctica de sus teorías. Lo que afirma es que «si es que de cierto hay alguna utilidad en su gobierno», serán los gobernados los que acudirán al gobernante; *id.*, 489b-c. Es preciso anotar que en este argumento se encuentra una paradoja que difícilmente puede solucionarse. Si el gobernado es aquel que no puede regirse a través de su propia razón, nada puede asegurarnos que su criterio para decidir quién posee razón para gobernarle sea acertado. Pese a que se pueda hablar de una preponderancia del gobierno aristocrático, entendido aquí como gobierno de los «más racionales», este argumento trasluce un principio electivo que encaja con las concepciones democráticas. El propio autor deja entrever las dificultades prácticas de este problema al reconocer que los filósofos son inútiles para la multitud por culpa de «los que no se sirven de ellos»; *id.*, 489b.

²⁴ *Id.*, 428d.

²⁵ El texto original en inglés refleja exactamente esta concepción: «knowledge whereby it can take thought not for some particular interest but to ensure for the state as a whole the best possible relations both internally and with other states»; GUTHRIE, W. K. C., *A History of Greek Philosophy IV: Plato. the Man and his Dialogues: Earlier Period*, Cambridge, Cambridge University Press, 1975, p. 472. *Vid.* también, PLATÓN, *La República*, *op. cit.*, 421b. 519e.

²⁶ *Id.*, 519e.

humano, otorga el gobierno a la razón «por razón de su prudencia y de la previsión que ejerce sobre el alma toda»²⁷, siendo que la prudencia es la «ciencia de lo conveniente para cada cual y para la comunidad entera, con sus tres partes»²⁸. Por todo esto, se puede afirmar que el carácter racional y el fin del gobierno, la felicidad de todos, son dos elementos consustanciales e indivisibles.

A la hora de analizar las causas de la corrupción del gobierno, así como las soluciones que plantea Platón, esta identidad de ambos requisitos queda de nuevo patente, como se verá a continuación.

1.3 La inevitable corrupción del filósofo-rey

Si se considera el *rule of law* como una construcción teórica dirigida a evitar que el gobierno se desvíe de los fundamentos de su existencia, analizar los motivos por los cuales puede desviarse nos permite conocer en qué medida la ley puede ser una herramienta que anule o al menos reduzca esos riesgos.

En lo que concierne a la razón, el gobierno se desvía de la misma cuando quien gobierna deja de regirse por ésta y se deja llevar bien por el elemento fogoso, bien por el codicioso.

Por otro lado, la felicidad del conjunto de la ciudad deja de ser un objetivo del gobierno cuando éste se entrega a intereses parciales. Platón es manifiestamente pesimista en este sentido: existen una serie de causas que corrompen a todos los filósofos que acuden efectivamente a gobernar la ciudad²⁹. Solo se salvan de la corrupción aquellos que renuncian al gobierno, de modo que se convierten en «inútiles» desde el punto de vista político.

Platón examina las diferentes causas de la corrupción de forma detallada³⁰. En primer lugar, afirma que las propias cualidades que ha de poseer el filósofo favorecen su degeneración, puesto que «aquellas cualidades que ensalzábamos en el carácter [...] pervierten el alma

²⁷ *Id.*, 441e.

²⁸ *Id.*, 442c. Esta identidad es comprensible si se analiza la ética platónica. Su identificación entre virtud y conocimiento y la idea de que nadie elige el mal a sabiendas implican relacionar de forma inescindible la razón con el bien; COPLESTON, F., *Historia de la filosofía I, op. cit.*, pp. 224 ss.

²⁹ Platón no afirma tajantemente que todo intento de gobierno de un filósofo-rey sea en vano, pero su necesidad lógica es meridiana. Lo que afirma es el hecho de que «solo escapen a esa corrupción unos pocos, a quienes, como tú decías, no se les llama malos, pero sí inútiles». Debe recordarse de nuevo lo ya dicho sobre el carácter puramente ideal del modelo platónico de ciudad, así como su pesimismo sobre las posibilidades de que se desarrolle en el mundo sensible, que considera «de origen divino»; PLATÓN, *La República, op. cit.*, 592a. La única posibilidad lógica sería asegurándose de que las causas de corrupción fuesen contrarrestadas. Este es, bajo mi punto de vista, el papel que tendrá la ley como mecanismo de control del poder, y que PLATÓN desarrollará en sus obras posteriores.

³⁰ PLATÓN, *La República, op. cit.*, 490e ss.

que las posee y la arrancan de la filosofía»³¹. Platón afirma que «las almas mejor dotadas se vuelven particularmente malas cuando reciben mala educación»³². Esta idea de la *corruptio optimi pessima* implica una concepción instrumental de aquellos rasgos del carácter que definen al gobernante, que si no van acompañados de la prudencia debida, originada en una educación virtuosa, aumentarán el poder del gobernante para ejercer su tiranía. Los argumentos de Platón pueden resumirse en la idea de que sus cualidades serán objeto de adulación, propiciando el engreimiento del gobernante y torciéndolo hacia una actitud de «“presunción” e insensata “vanagloria”»³³.

También la influencia de los parentescos y su efecto en la carrera política actúan en este sentido. Estos generan unos vínculos que erosionan los del gobernante con la ciudad. Las personas afines al gobernante intentarán que este emplee sus cualidades para beneficio propio, y acudirán al futuro gobernante «y le suplicarán y agasajarán, anticipándose así a adular de antemano su futuro», con el objetivo de «servirse de él para sus propios fines»³⁴. Afirma además que será difícil, si no imposible, que no sucumba.

Además, considera que si se pliega a la voluntad del «vulgo», tampoco actuará como buen filósofo, y no se dirigirá al bien de la comunidad, sino a contentar las pasiones de la «gran bestia»³⁵. Esta idea refleja el hecho de que el gobernante está sometido a la presión de adaptar sus ideas de lo bueno y lo justo, que *a priori* podrían aprehenderse en las Formas gracias a sus cualidades personales, a los deseos y pulsiones del «vulgo», de forma tal que la opinión de los menos virtuosos se impusiese.

Estas tres clases de causas remiten a una misma desviación: a través de ellas el gobernante se desvía de su función y termina por imponer intereses egoístas o parciales a la felicidad de toda la comunidad política.

Desde la perspectiva de la corrupción del gobierno, la racionalidad y el objetivo de la felicidad de todos los ciudadanos también están intrínsecamente conectadas en un sentido: la racionalidad platónica es una racionalidad cualificada por un *telos* digno de ser objeto de persecución racional, de modo que solo la persecución de dicho *telos*, en este caso la felicidad del conjunto de la ciudad, es verdaderamente racional. En el momento en que los gobernantes se hallen dominados por una virtud diferente a la sabiduría, no se encontrarán en condicio-

³¹ *Id.*, 491b.

³² *Id.*, 491e. Este razonamiento platónico se repite en varias cuestiones, y responde a la concepción instrumental de las cualidades relativas a la virtud. Para el filósofo, la solución ha de ser la buena educación de los virtuosos, para evitar que empleen sus cualidades para fines perversos; *id.*, 421a.

³³ *Id.*, 494d.

³⁴ *Id.*, 494b-c.

³⁵ *Id.*, 493c.

nes de dirigir al conjunto de la ciudad hacia su felicidad, dado que esta es la única capaz de alcanzar dicho fin³⁶.

Después de describir las causas de la corrupción, Platón se pregunta si existe alguna posibilidad de que quien se encuentra amenazado por ellas pueda convertirse en un auténtico filósofo, concluyendo que no es posible «en absoluto»³⁷. Este es el motivo por el que el auténtico filósofo «desprecia los asuntos de su ciudad por considerarlos indignos de su atención»³⁸, permitiendo que sean otros quienes ejerzan el gobierno. El filósofo abandona entonces la aspiración de ser gobernante, y el ideal se convierte en una utopía irrealizable. La imagen empleada por Platón es muy sugerente: el filósofo «permanece quieto y no se dedica más que a sus cosas, como quien, sorprendido por un temporal, se arrima a un paredón para resguardarse de la lluvia y polvareda arrastradas por el viento»³⁹. Se puede afirmar que, puesto que «no hay entre los de ahora ningún sistema político que convenga a las naturalezas filosóficas»⁴⁰, la propia idea de un filósofo-rey no es otra cosa que eso, una idea, una Forma, el ideal al que habrá de dirigirse de modo imperfecto cualquier persona que gobierne, pero no un programa político a implantar en el mundo sensible.

Sin embargo, Platón acompaña este pesimismo con la conciencia de la tragedia que sería actuar conforme a esta conclusión. En otros pasajes considera que no se debe permitir a los auténticos filósofos «que se queden allí [fuera de la caverna, contemplando el sol (bien)] [...] y no accedan a bajar de nuevo junto aquellos prisioneros ni a participar en sus trabajos ni tampoco en sus honores, sea mucho o poco lo que estos valgan»⁴¹. En este pasaje se sintetiza la necesidad del filósofo de integrarse en la vida de la comunidad política y regirla con el necesario sacrificio que a éstos se les exige. En este sentido, siguiendo la metáfora anterior, el filósofo debe «mojarse» en el temporal. En el terreno embarrado de la tempestad del mundo sensible es donde el *segundo recurso* adquiere sentido en el pensamiento de Platón.

En la *República* Platón no trata profundamente los medios para evitar la corrupción del gobierno. Analizando el papel de los auxiliares afirma que para evitar que éstos abusasen de su poder en perjuicio de los ciudadanos habría que asegurarles una buena educación⁴². A la hora de tratar la corrupción de los filósofos, también reconoce que solo si quienes poseen la «naturaleza filosófica» obtienen la educación adecuada podrán desarrollar sus virtudes⁴³. Jaeger afirma que para el filósofo, la *paideia* es «la solución de todos los problemas

³⁶ *Id.*, 441e, 442c.

³⁷ *Id.*, 495a.

³⁸ *Id.*, 496b.

³⁹ *Id.*, 496e.

⁴⁰ *Id.*, 497b.

⁴¹ *Id.*, 519d.

⁴² *Id.*, 416a-b.

⁴³ *Id.*, 492a.

insolubles»⁴⁴. Esta paradoja refleja perfectamente la posición de la educación en la *República*. La educación es el único remedio contra la corrupción del gobernante. Sin embargo, Platón no parece confiar plenamente en dicho remedio. El personaje de Sócrates reconoce que no se podrá sostener con demasiada seguridad que se ha recibido una buena educación⁴⁵, de modo que ateniéndose a las conclusiones de la *República* podría afirmarse que el filósofo se encuentra ante el trágico destino de asumir el gobierno de la ciudad y con ello su propia aniquilación como filósofo, a la vez que no debe albergarse esperanza alguna de resolver la corrupción del gobierno, aceptando con resignación el paulatino ascenso de la tiranía, para la que no existe remedio.

2. EL SEGUNDO RECURSO Y EL PAPEL DE LA LEY EN EL MUNDO SENSIBLE

2.1 La fragilidad de la naturaleza humana como origen de la necesidad del *rule of law*

Las obras que se enmarcan en la etapa denominada del Platón «viejo» otorgan una mayor relevancia al estudio del mundo sensible y la aplicación práctica de los ideales. Es en esta etapa donde se desarrollan propuestas que pueden considerarse antecedentes del *rule of law*.

El *Político* ocupa un papel de transición. En este diálogo Platón, a través del «mito de las edades», altera el contexto en el que reflexiona acerca del gobierno, pasando del mundo inteligible al mundo sensible. Platón inicia el relato con la descripción de un «pastor divino», que gobierna «apacantando a los hombres» dirigiéndolos personalmente⁴⁶. Este «piloto del universo» no existe en la edad actual, caracterizada por el hecho de que al ser humano se le impone «ser amo y señor de su propio curso»⁴⁷, y porque los gobernantes son en esta edad «mucho más semejantes por su naturaleza a los hombres por ellos gobernados»⁴⁸. A través del hilo conductor del estudio de la «ciencia política», es decir, las cualidades necesarias para ejercer el gobierno sobre los hombres, el diálogo nos conduce sutilmente de la Forma pura e incorruptible de gobierno, del «pastor divino», el filósofo-rey

⁴⁴ JAEGER, W., *Paideia*, op. cit., p. 631.

⁴⁵ *Id.*, 416b.

⁴⁶ PLATÓN, *Diálogos V. Parménides, Teeteto, Sofista, Político*, en adelante *Político*, traducido por M.ª I. Santa Cruz, A. Vallejo Campo, N. Luis Cordero, Madrid, Gredos, 1988, 271a ss.

⁴⁷ *Id.*, 273a.

⁴⁸ *Id.*, 275b-c. Resulta llamativo cómo los rasgos de la edad actual pueden identificarse con la idea del «ser humano libre e igual», paradigma de la concepción de la persona moral en la filosofía, independientemente de las diferentes concepciones que tal idea pueda albergar.

ideal⁴⁹, a la política «humana». En este punto, Platón se plantea cómo trasladar el ideal alegórico del filósofo-rey, la exigencia de un gobierno racional dirigido a la felicidad de la comunidad, al contexto de la imperfección humana. El Ateniese protagonista de las *Leyes*, en el que Guthrie reconoce al propio Platón⁵⁰, se ríe de sí mismo por haber confiado demasiado en el «cuadro» ideal que imagina sobre un régimen «hermosísimo»⁵¹. Una propuesta así no puede aplicarse en el mundo sensible, un terreno embarrado por la imperfección de la naturaleza humana.

El «mito de las edades», que sirve como descripción de la comunidad de seres humanos sobre la que debe asentarse el gobierno, así como del ideal que lo alumbraba, permite entender cuál es el rasgo contextual que hace necesario el segundo recurso. Laks apoya la visión defendida por Morrow de que la relación entre la *República* y las *Leyes* es la existente entre un modelo ideal y su realización empírica, realización que el segundo denomina «proyección»⁵². La aportación que Laks realiza es afirmar que el elemento empírico fundamental es el ser humano frente a la relevancia que Morrow otorga a la «historia»⁵³. La diferencia entre la *República* y las obras posteriores está entonces en que en la primera la descripción del gobernante parte de una idealización de los seres humanos en que la parte racional se erige indiscutiblemente como rectora, mientras que en las otras se asume de forma realista el modo en que esta se interrelaciona con los atributos irracionales del sujeto. Por esto mismo, la necesidad de optar por un *segundo recurso* y desechar la idea de un gobierno del filósofo-rey que dirija personalmente a la comunidad, parte de la propia naturaleza humana⁵⁴. Este es el elemento «empírico», el rasgo esencial del mundo sensible, que lleva a Platón a presentar sus ideas sobre lo que hoy se denomina *rule of law*.

Este diálogo es la prueba explícita de que el paso del Platón maduro de la *República* al Platón viejo no supone un cambio sustancial en

⁴⁹ Stalley defiende que no se puede identificar el «pastor divino» con el filósofo-rey; STALLEY, R. F., «Platonic Philosophy of Law», en F. D. Miller Jr., C-A. Biondi (Eds.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence VI. A History of the Philosophy of Law from the Ancient Greeks to the Scholastics*, Dordrecht, Springer, 2015, pp. 67 ss. Klosko sostiene la interpretación que se defiende en este estudio; KLOSKO, G., *The Development of Plato's Political Theory*, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 203 ss. No es posible rebatir adecuadamente los argumentos de Stalley en los límites de este artículo, pero la interpretación desarrollada en el mismo permiten enfocar el debate desde la perspectiva contraria y plantean los pasajes que la sostienen.

⁵⁰ GUTHRIE, W. K. C., *Historia de la filosofía griega V*, op. cit., p. 339.

⁵¹ PLATÓN, *Las Leyes*, op. cit., 686d-e.

⁵² LAKS, A., «Legislation and Demiurgy», op. cit., pp. 210-211; MORROW, G. R., «The Demiurge in Politics: The *Timaeus* and the *Laws*», *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association*, v. 27, 1954, pp. 187-203.

⁵³ LAKS, A., «Legislation and Demiurgy», op. cit., p. 211.

⁵⁴ SABINE, G. H., *Historia de la teoría política*, op. cit., p. 62.

sus teorías sobre el gobierno y las leyes, sino un cambio en el enfoque. Como opina Guthrie, el diálogo pretende teorizar la mejor de las sociedades posibles en el mundo sensible, con las limitaciones que este impone, sin olvidar el modelo que se desarrolló en la *República*⁵⁵. Las *Leyes* tiene un objetivo similar, reproduciendo también la dicotomía entre una edad del gobierno de los dioses y una del gobierno de los hombres⁵⁶. Guthrie, siguiendo el mito de las edades, afirma que estos diálogos reafirman la interpretación de que la propuesta de la *República* se concibe como un ideal «que no es de este mundo»⁵⁷, o en otras palabras, que «nunca se podría plasmar en la realidad [*actualize*]»⁵⁸. En una adaptación a la realidad humana aparece el *segundo recurso*: el reconocimiento de un sistema regido por la ley como bien menor que ha de aceptarse en la práctica⁵⁹. La *República* y las *Leyes* se relacionan entonces como «dos caras de una misma moneda»⁶⁰.

2.2 De la ordenanza particular del filósofo-rey a la ley del segundo recurso

El filósofo-rey, o el «pastor divino», no deben acudir a leyes, sino que emplean su ciencia política para «dirigir personalmente» a las personas. La analogía que emplea Platón es sugerente: esa dirección es análoga a aquella con la que «los hombres, que son una especie viviente más divina, apacientan a otras razas que le son inferiores»⁶¹. Resulta evidente que el pastoreo no puede llevarse a cabo a través de nada que se pueda reconocer como ley dirigida al rebaño. El modo de interacción entre pastor y rebaño se fundamenta en órdenes específicas, y no en normas generales. El gobierno ideal se caracteriza por regirse por la ciencia política, y Platón afirma en un primer momento que resulta indiferente «que gobiernen conforme a las leyes o sin leyes, con el consentimiento de los gobernados o por imposición forzada, sean pobres o ricos»⁶². El gobierno del filósofo-rey se realizaría a través de mandatos específicos, que pudiesen «atribuir con exactitud a cada uno en particular lo que le conviene»⁶³. Un gobernante capaz de dirigirse a cada individuo por separado, evaluando y determinando aquello que le conviene, «difícilmente se pondría trabas a sí mismo

⁵⁵ GUTHRIE, W. K. C., *Historia de la filosofía griega V*, op. cit., p. 198.

⁵⁶ *Id.*, p. 349.

⁵⁷ *Id.*, p. 198.

⁵⁸ STALLEY, R. F., *An Introduction to Plato's Laws*, Oxford, Blackwell, 1983, p. 21.

⁵⁹ GUTHRIE, W. K. C., *Historia de la filosofía griega V*, op. cit., p. 351.

⁶⁰ SAUNDERS, T. J., *Plato. The Laws*, Harmondsworth, Penguin, 1970, pp. 20-21.

⁶¹ PLATÓN, *Político*, op. cit., 271e.

⁶² *Id.*, 293a.

⁶³ *Id.*, 295a.

escribiendo eso que llamamos leyes»⁶⁴. En la *República*, el tipo de mandatos que emplea el filósofo-rey se denomina «ordenanza»⁶⁵.

Lo que Platón pretende reflejar es que idealmente, el mejor de los gobiernos sería aquel que pudiese actuar discrecionalmente, evaluando caso por caso las necesidades de cada individuo, grupo o situación, para poder determinar cuál es la resolución más adecuada, o qué es aquello que conviene más a cada sujeto. La herramienta de este tipo de gobierno sería el mandato individualizado, la orden, y no la ley, la regla general de conducta dirigida a un conjunto amplio de individuos. Platón ilustra esta idea con la metáfora del piloto: «Así como el piloto, procurando siempre el provecho de la nave y de los navegantes, sin establecer normas escritas, sino haciendo de su arte ley, preserva la vida de quienes con él navegan, así también del mismo modo, ¿de quienes tienen la capacidad de ejercer de esta manera el gobierno, podría proceder el recto régimen político, ya que ellos ofrecen la fuerza de su arte, que es superior a la de las leyes?». A esto, su interlocutor responde de forma tajante que «[n]o hay modo de rebatir lo que has dicho»⁶⁶.

Sin embargo, Platón afirma a renglón seguido que el único modo de aproximarse a los lineamientos del régimen del filósofo-rey es ateniéndose al imperio de la ley, «aunque no sea lo más recto». El filósofo griego es tajante con el mandato: «que ningún ciudadano se atreva a actuar en contra de las leyes y que quien así lo haga sea castigado con la muerte o las más duras penas»⁶⁷.

La relevancia que Platón da a la ley en el mejor régimen posible para la «edad de los hombres» puede observarse en el hecho de que al evaluar los regímenes políticos posibles, todos ellos imperfectos, prima la división entre los legales (monarquía, aristocracia y democracia «legal») y los que carecen de ley (tiranía, oligarquía y democracia «sin ley») ⁶⁸. Entre ellos no se encuentra el régimen ideal, del filósofo

⁶⁴ *Id.*, 295b.

⁶⁵ PLATÓN, *La República*, *op. cit.*, p. 425d.

⁶⁶ PLATÓN, *Político*, *op. cit.*, 297a-b.

⁶⁷ *Id.*, 297e.

⁶⁸ Podría pensarse que existen diferentes concepciones de los regímenes políticos entre la *República* y el *Político*. Sin embargo, parece más adecuado concluir que la clasificación se produce atendiendo a criterios distintos. En el caso de la *República*, se dividen los regímenes atendiendo a la virtud que gobierna la ciudad. Sin embargo, en el *Político*, se produce una gradación atendiendo al número de gobernantes, y esta gradación se divide en dos mitades en relación con la existencia o no de leyes. Pese a que podrían existir complicaciones a la hora de armonizar ambas divisiones, como por ejemplo la ausencia de la timocracia en el *Político*, se puede entender que el objeto de análisis es distinto, las virtudes en la *República* y el papel de la ley en el *Político*. De hecho, en la *República*, existe un pasaje en el que se habla de la aristocracia y el reino en términos similares al *Político*: ambos son similares, «porque, ya sean muchos, ya uno solo, nadie tocará a las leyes importantes de la ciudad si se atiende a la crianza y educación que hemos referido»; PLATÓN, *La República*, *op. cit.*, 445d-e. Klosko desarrolla una interpretación como la aquí propuesta; KLOSKO, G., *The Development of Plato's Political Theory*, *op. cit.*, p. 214.

sofo-rey, puesto que este es el modelo al que todos han de aproximarse, a través de las buenas leyes.

Lo que Platón necesita entonces es explicar cuál es el motivo por el que se debe abandonar el ideal antes consignado. El filósofo emplea el término *segundo recurso* para referirse a su propuesta en este contexto: el imperio de la ley. Este se opone al «primer recurso», el gobierno discrecional del filósofo-rey, y surge como «segunda» opción porque es «lo más recto y bello en segundo término», solo superado por el ideal de gobierno del «pastor divino»⁶⁹. El *segundo recurso*, el imperio de la ley, debe establecerse como mejor posibilidad de gobierno para la comunidad de los seres humanos debido a los peligros de la corrupción derivada del ejercicio del poder absoluto en las personas y a la incapacidad práctica de que el «hombre real dotado de sensatez»⁷⁰ atienda guiado por la razón todas las relaciones que se dan en una ciudad. Los fundamentos de la necesidad del gobierno y su corrupción de la *República* resuenan de nuevo aquí.

2.3 La imposibilidad práctica del gobierno humano de la *polis* a través de ordenanzas particulares

Platón desarrolla dos argumentos sobre las causas que hacen necesario acudir al imperio de la ley, dada la naturaleza humana y el tipo de comunidad y gobernantes que surge de ella: la primera se refiere a la imposibilidad de implantar un gobierno ejercido a través de mandatos específicos para cada individuo.

En lo que respecta a la primera causa, el ser humano es incapaz de abarcar todos los supuestos que se producen en el mundo sensible⁷¹. Platón es consciente de que el filósofo-rey, además de conocer las Formas, debe «poner un ojo» en el mundo sensible, para adaptar las Formas a lo que éste permita⁷². Ningún gobernante humano puede aplicar la justicia a cada uno de los casos concretos que se produzcan en el mundo sensible. En el *Político* Platón deja claro esto a través de la siguiente pregunta retórica: «¿cómo, Sócrates, podría haber alguien capaz de pasarse la vida sentado junto a cada individuo para poder así ordenarle con exactitud lo que le conviene?»⁷³.

El reconocimiento de la naturaleza cambiante del mundo sensible y de la importancia de que el filósofo-rey lo conozca es fundamental para que surja la necesidad del *segundo recurso*. La infinitud de pecu-

⁶⁹ PLATÓN, *Político*, *op. cit.*, 297e.

⁷⁰ *Id.*, 294a.

⁷¹ Esta causa no se debe confundir con el hecho de que el ser humano, debido a su limitada racionalidad, es incapaz de aprehender de forma perfecta las Formas. Esta otra constatación se mantiene en el plano de la racionalidad «teórica», y pese a ser relevante, no se identifica con la limitación «práctica» que se está describiendo ahora.

⁷² PLATÓN, *La República*, *op. cit.*, 484d, 501b.

⁷³ PLATÓN, *Político*, *op. cit.*, 295a-b.

liaridades del mundo sensible, que habrán de tenerse en cuenta a la hora de gobernar, impiden que el gobernante resuelva caso por caso, adaptando el ideal de justicia a las circunstancias concretas. Platón reconoce que estas características de los asuntos humanos «impiden que un arte, cualquiera que sea, releve en ningún asunto nada que sea simple y valga en todos los casos y en todo tiempo»⁷⁴. Guthrie identifica en este punto un avance hacia las posiciones que después defenderá Aristóteles en relación con los saberes prácticos y la insuficiencia de las Formas para su ejercicio⁷⁵. En la teoría moderna del *rule of law* esta fundamentación atraviesa las diferentes posiciones, puesto que no implica ninguna cualificación moral del *rule of law*. En este sentido, Hart, pese a su crítica a la cualificación moral del *rule of law*, puede defender que la generalidad de las leyes es una necesidad derivada de que en una sociedad compleja es imposible estructurar las relaciones sociales a través de directivas individualizadas, y se debe acudir entonces a directivas generales⁷⁶.

Esto lleva al gobernante a actuar como el instructor de gimnasia. Para él, dado el hecho de que enseña a varios atletas, «es preciso [...] impartir las órdenes de un modo más general, prestando atención a lo que es más ventajoso a los cuerpos en la mayoría de los casos y para la mayoría de las personas»⁷⁷. El gobernante, igual que el instructor de gimnasia, debe emplear algún instrumento que le permita cubrir la extensión de la realidad, comandando al conjunto de la comunidad, aunque con ello pierda precisión. Esto lo consigue a través de la generalidad de la ley: al resultar imposible «atribuir con exactitud a cada uno en particular lo que le conviene»⁷⁸, el medio necesario para abarcar la realidad tendrá que regir una pluralidad a través de generalizaciones en las que se habrán de subsumir las diferentes realidades. En las *Leyes*, Platón desarrolla un argumento similar, haciendo hincapié en que los seres humanos no son capaces de aprehender plenamente ni la realidad ni las ideas. Por ello afirma que a pesar de que la inteligencia no debe someterse a las leyes si es verdadera, esta «no se da absolutamente en ninguna parte sino en pequeña proporción; por ello se ha de escoger el otro término, la ordenación y la ley que miran a las cosas en general aunque no alcancen en particular a cada una de ellas»⁷⁹.

⁷⁴ *Id.*, 294b.

⁷⁵ GUTHRIE, W. K. C., *Historia de la filosofía griega V, op. cit.*, p. 186.

⁷⁶ HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, traducido por G. R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977, pp. 26 ss.

⁷⁷ PLATÓN, *Político, op. cit.*, 294d-e.

⁷⁸ Resulta necesario destacar cómo en esta argumentación se desdobra la concepción de la justicia como Forma, inmutable, y su concreción en relación con cada caso particular. El idealismo de Platón no le impide comprender que en el mundo sensible las Formas habrán de adaptarse a realidades concretas. Guthrie considera que esto permite a Platón articular la objetividad moral y la relatividad situacional; GUTHRIE, W. K. C., *Historia de la filosofía griega V, op. cit.*, p. 185.

⁷⁹ PLATÓN, *Las Leyes, op. cit.*, 875d.

Por lo tanto, la ley en su manifestación en el mundo sensible es una orden general que ha de comandar lo que se considere conveniente para la mayoría. Este razonamiento entronca también con la defensa de la isonomía, un elemento central en la filosofía griega que Platón defiende en la *Carta VII* al recomendar la «igualdad de derechos para toda la ciudad», requisito esencial de la legislación⁸⁰.

Esta afirmación de Platón supone reconocer que la generalidad de la ley compromete una aplicación rigurosa de la justicia, al no tomar en consideración determinadas particularidades de ciertos casos. En un contexto contemporáneo, esto ha generado críticas al *rule of law* por considerarlo contrario a la justicia material, primando una concepción formalista que desatiende los efectos reales de la aplicación legislativa⁸¹. No es posible evaluar esta crítica de forma extensa, pero es preciso apuntar que Platón considera esta limitación como algo necesario, derivado de los límites del ser humano como legislador y gobernante, por lo que no es posible una alternativa práctica a la misma⁸².

2.4 El empleo del segundo recurso del *rule of law* como remedio de los riesgos de corrupción del gobierno

La segunda causa que, según Platón, provoca la necesidad del imperio de la ley es el riesgo de corrupción del gobierno. El filósofo griego inicia la argumentación observando que un gobernante que actuase discrecionalmente podría ocasionar terribles daños a la comunidad y los individuos que la componen. Igual que el médico o el piloto de una nave podrían emplear sus conocimientos para infligir daños al cuerpo en un caso, o para llevar al naufragio en el otro, el gobernante podría emplear sus cualidades para llevar a la debacle a la *polis*, o para atormentar a los gobernados⁸³. La metáfora del médico permite identificar diferentes modos de corrupción tiránica, como la mera acción dirigida a la inconveniencia del gobernado, la sustracción de recursos para uso propio, el soborno... En las *Leyes* Platón afirma, en este mismo sentido, que la índole mortal del ser humano «le impulsará sin cesar a la ambición y al aventajamiento propio en su fuga irracional del dolor y su búsqueda del placer»⁸⁴. El *segundo recurso*,

⁸⁰ PLATÓN, *Diálogos VII*, *op. cit.*, 337c.

⁸¹ Este debate, que gira en torno a la concepción del *rule of law* como «unqualified human good», puede encontrarse en la recensión de Horowitz sobre el análisis de E. P. Thompson del desarrollo histórico del *rule of law* en Inglaterra; HOROWITZ, M. J., «The Rule of Law: An Unqualified Human Good?», *The Yale Law Journal*, v. 86, 1977, pp. 561-566.

⁸² Pese a las consecuencias positivas para el control del poder que se derivan de la generalidad de la ley, el hecho de que para Platón ésta sea una necesidad dejan claro lo limitado de la *formal legality* como requisito suficiente del *rule of law*.

⁸³ PLATÓN, *Político*, *op. cit.*, 298a ss.

⁸⁴ PLATÓN, *Las Leyes*, *op. cit.*, 875b.

sin embargo, al exigir que el gobernante se someta al contenido de las leyes, impedirá que actúe guiado por los impulsos corruptos. Platón afirma que solo grandes legisladores pueden precaver el riesgo de corrupción del gobernante y proteger a los gobernados⁸⁵.

El filósofo concluye que el gobernante que actúe contra las leyes provocará un gran mal y subvertirá el régimen político de una forma más perjudicial que la que provoca la propia instauración de las leyes⁸⁶. En efecto, como se ha dicho, la instauración de leyes implica la pérdida de la discrecionalidad de la ciencia política que permitiría adecuar los mandatos a cada caso específico. Sin embargo, esa pérdida es un mal menor al que se produciría si un tirano pudiese subvertir las leyes escritas. Cuando un régimen político se encuentra en posesión de leyes, la mejor forma de aproximarse al ideal de la *República* será respetando tanto la ley escrita como las costumbres. El *segundo recurso* surge entonces de la imposibilidad de regir una ciudad a través de la figura del filósofo-rey: «ahora que no hay aún [...] rey que nazca en las ciudades como el que surge en las colmenas, un único individuo que sea, sin más, superior en cuerpo y alma, se hace preciso que, reunidos en asamblea, redactemos códigos escritos, según parece, siguiendo las huellas del régimen político más genuino»⁸⁷. La ley surge por tanto porque los hombres «no confían en que alguien pueda alguna vez llegar a ser digno de tal gobierno, al punto de querer ser capaz, gobernando con virtud y ciencia, de dispensar a todos, correctamente, lo justo y lo pío»⁸⁸. En definitiva, «no se da naturaleza humana alguna que a un mismo tiempo conozca lo que le conviene a los hombres para su régimen político y que [...] pueda y quiera constantemente ponerlo en obra»⁸⁹, por lo que habrá que recurrir al imperio de la ley para gobernar del mejor modo posible.

El *segundo recurso* platónico puede relacionarse entonces con el ideal del *rule of law*. Ante las dificultades de que un poder absoluto pueda corromperse, «la ley no debía establecer poderes grandes ni tampoco absolutos; [...] la ciudad tenía que ser libre y sensata y estar en amistad consigo misma y que el legislador debía poner sus leyes con la mira en todo ello»⁹⁰. Platón reconoce en las *Leyes* que confiar en juramentos de los propios gobernantes, que limitarían de este modo sus propias atribuciones, es un absurdo en el que no se ha de caer, por lo que resulta preciso disponer un modo de gobierno que restrinja las posibilidades de aparición de un gobierno tiránico sin depender de la

⁸⁵ *Id.*, 691d.

⁸⁶ PLATÓN, *Político*, *op. cit.*, 300b.

⁸⁷ *Id.*, 301d-e.

⁸⁸ PLATÓN, *Las Leyes*, *op. cit.*, 693b.

⁸⁹ *Id.*, 875a.

⁹⁰ *Id.*, 693b.

buena voluntad de estos⁹¹. El gobierno a través de leyes, según Platón, tiene valor en sí mismo, puesto que elude, o al menos suaviza, los riesgos de corrupción intrínsecos de un poder absoluto como el que ostentaría un filósofo-rey. Por ello, Platón concluye: «donde la ley sea señora de los gobernantes y los gobernantes siervos de esa ley, veo realizada [la salvación de la ciudad]»⁹².

Platón es plenamente consciente de las limitaciones de dicha solución, pero éstas derivan de la propia naturaleza del mundo sensible. Esta aseveración es perfectamente coherente con su pensamiento filosófico, que otorga a dicho mundo una naturaleza inestable e imperfecta. Como cualquier construcción humana, las leyes escritas por quienes poseen saber serían en el mejor de los casos imitaciones de la verdad⁹³, de las Formas. Por esto mismo, es comprensible que cualquiera que sea el régimen político que se establezca en una ciudad, el mal no podrá ser expulsado de ésta⁹⁴. De un modo distinto, ésta es la respuesta que Sócrates recibe de las Leyes de Atenas en el *Critón*. Cuando *Sócrates plantea a Critón* cuál sería el argumento de las Leyes de Atenas para defender que no debe huir, pone en su boca la afirmación siguiente: «si te vas ahora, te vas condenado injustamente no por nosotras, las leyes, sino por los hombres»⁹⁵. La culpa de la imperfección no está en las Formas, sino en la propia naturaleza humana y el mundo sensible, que impedirán la consecución de un régimen político perfecto.

Se puede concluir por lo tanto que la posible corrupción de los gobiernos, entendida como desviación de la búsqueda racional del bien de toda la ciudad, se convierte en un elemento central para la aparición del *segundo recurso*. Platón sienta aquí las bases de la tradición principal del *rule of law*, que otorga a la ley la función de limitar el ejercicio del poder político con la finalidad de impedir que tal ejercicio se lleve a cabo contra los motivos que precisamente lo hacen necesario.

3. LA NATURALEZA DE LA LEY EN EL *SEGUNDO RECURSO* DE PLATÓN

Hasta ahora se ha expuesto el modo en que el imperio de la ley se convierte en la apuesta principal de Platón para el gobierno de una

⁹¹ *Id.*, 692b. Este tipo de argumentos también se hallan en las discusiones modernas sobre el *rule of law*; *vid.*, *v. gr.*, FULLER, L. L., «Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart», *Harvard Law Review*, v. 71, núm. 4, 1958, p. 645.

⁹² *Id.*, 715d.

⁹³ PLATÓN, *Político*, *op. cit.*, 300c.

⁹⁴ *Id.*, 301e-302a.

⁹⁵ PLATÓN, *Diálogos I. Apología, Critón, Eutifrón, Ión, Lisis, Cármides, Hipias menor, Hipias mayor, Laques, Protágoras*, traducido por J. Calonge Ruiz, E. Lledó Iñigo, C. García Gual, Madrid, Gredos, 1981, 54c.

polis de seres humanos, pero apenas se ha dicho nada acerca de la naturaleza de dicha ley. Por lo tanto, conviene ahora abordar la naturaleza de la ley que Platón asocia a su propuesta del *segundo recurso*. Para ello, en primer lugar, habrá que distinguir dos concepciones de la ley en su obra. Una anclada en el mundo inteligible, identificada con las Formas y de carácter ideal, y aquella inserta en la lógica del «gobierno de los hombres», del contexto del mundo humano sensible. Este segundo tipo de ley es el que se relaciona con la idea de imperio de la ley y *rule of law*.

3.1 La ley-*physis* como Forma aprehensible por el filósofo-rey

En el plano ideal, Platón considera a la ley como *physis*, una realidad natural que hay que aprehender a través de la razón. No es una construcción humana, sino que existe por sí misma y los hombres han de descubrirla. La concepción platónica de la acción humana, que ha de guiarse por un modelo ideal que se encuentra en las Formas, presupone la existencia natural del contenido de las leyes como modelo.

La idea de *physis* es recurrente en el pensamiento griego. Como afirma Guthrie, se traduce por «naturaleza», aunque en oposición a la idea de *nomos* puede traducirse por «realidad»⁹⁶. En su sentido dicotómico, la *physis* puede entenderse como aquello que es natural que sea así, o aquello verdadero, frente a la idea de opinión convencional sobre lo justo, o ley «positiva», de las *nomoi*⁹⁷. En este sentido, el problema de la relación entre *physis* y *nomos* es el problema de la relación entre convención y naturaleza⁹⁸.

En el contexto del mundo ideal la ley, igual que el gobierno, está, por su propia condición de *physis*, sometida a la razón y a la felicidad de la comunidad⁹⁹. En la *República*, por ejemplo, se afirma que lo que más se aleja de la razón, igualmente se aleja de la ley¹⁰⁰, y que esta tiene por objeto también «da[r] favor a todos los que viven en la ciudad»¹⁰¹. Se trata por tanto de una guía que ha de alumbrar la acción del gobierno, trasladando las Formas al mundo sensible del modo más perfecto posible. Por lo tanto, la ley en sentido ideal no es el designio voluntario de los gobernantes, sino las Formas en sí. Por ello no puede

⁹⁶ GUTHRIE, W. K. C., *Historia de la filosofía griega III*, op. cit., p. 64.

⁹⁷ *Id.*, pp. 65-66.

⁹⁸ SABINE, G. H., *Historia de la filosofía política*, op. cit., p. 63.

⁹⁹ Se verá que en los diálogos en que la ley cobra más protagonismo, la identificación entre ley y razón es clara. Sin embargo, en la *República*, ya se afirma que lo que más se aleja de la razón, también es lo que más se aleja de la ley y el orden; PLATÓN, *La República*, op. cit., 587a. En relación con la búsqueda de la felicidad de la comunidad, *id.*, 590e. En las *Leyes*, Platón afirma que éstas han de dirigirse a la libertad de la ciudad, a que ésta esté bien avenida consigo misma y a que sea razonable; PLATÓN, *Las Leyes*, op. cit., 701d.

¹⁰⁰ PLATÓN, *La República*, op. cit., 587a.

¹⁰¹ *Id.*, 590e.

afirmarse que la ley se emplee como mecanismo de control del gobierno. En todo caso será un criterio de evaluación de la calidad del mismo, pero no actúa sobre los gobiernos de forma tal que evite su corrupción.

Platón considera que el filósofo-rey debe reflejar la Forma, la ley-*physis*, las «ordenanzas»¹⁰², los mandatos dirigidos a determinar la conducta de las personas que no estén guiadas por el elemento racional. Las personas racionales «hallarán fácilmente la mayor parte de aquello que habría de ponerse por ley»¹⁰³, por lo que dirigir ordenanzas a sujetos que actúen racionalmente carece de sentido. Es decir, las leyes entendidas como mandatos suplen la sumisión de todas las virtudes a la sabiduría en los espíritus no filosóficos. En este esquema teórico no cabe pensar en leyes en un sentido positivo que se impongan al gobernante, limitando su autoridad, puesto que solo el gobernante estaría en disposición de «ordenar», como individuo racional, a los súbditos.

Por esto mismo, la *República* no reconoce a la ley ningún papel a la hora de evitar las desviaciones del poder. Jaeger afirma algo similar al considerar que en la comunidad política ideal de Platón no existe «ninguna garantía de tipo constitucional contra el abuso de los poderes extraordinarios y casi ilimitados que pone en manos de quienes lo regentan»¹⁰⁴. Stalley, sin embargo, alude a una referencia a la ley como límite al ejercicio de las potestades de los propios guardianes¹⁰⁵. Sin embargo, parece que este pasaje se refiere a la ley-*physis*. Lo que sí se puede encontrar es alguna referencia indirecta a la relevancia de la ley como límite al ejercicio del poder del gobernante, adelantando las propuestas del segundo recurso. Se debe tener en cuenta que a la hora de determinar quién ha de ser jefe de la ciudad, Platón considera que «hay que poner de guardianes [...] a aquellos que se muestren capaces de guardar las leyes y usos de las ciudades»¹⁰⁶.

Para ilustrar esta interpretación, resulta interesante el pasaje en el que Platón analiza la relación entre la regulación legislativa y el papel de la educación. Afirma que es probable que «partiendo de la educación en la dirección de la vida, todo lo que sigue sea como ella». Por ello, si esa educación es buena, no hará falta legislar sobre cuestiones de escasa entidad, y por mucho que se esmeren en perfeccionar la legislación, si la educación es mala, la tendencia hacia esa maldad no podrá ser remediada a través de las mejores leyes¹⁰⁷. Esta

¹⁰² *Id.*, 425d.

¹⁰³ *Id.*, 425d-e.

¹⁰⁴ JAEGER, W., *Paideia*, *op. cit.*, p. 630.

¹⁰⁵ STALLEY, R. F., «Platonic Philosophy of Law», *op. cit.*, p. 65; PLATÓN, *La República*, *op. cit.*, 519e-520a.

¹⁰⁶ *Id.*, 484c.

¹⁰⁷ *Id.*, 425b-e.

visión todavía se encuadra en los pasajes ideales del *Político*, como sostiene Guthrie¹⁰⁸.

3.2 Las leyes-*nomoi*: la convención de los ciudadanos y el imperio de la ley

Sin embargo, Platón no afirma lo mismo cuando acude al *segundo recurso*. En este caso, la ley no se concibe como razón pura. Como se ha afirmado, la propia negación del filósofo-rey es la negación de la posibilidad del gobierno de la razón ideal, y por tanto de la ley-*physis* y la traslación inmaculada de lo bueno ideal al gobierno de los hombres a través de «ordenanzas». En la «edad de los hombres», nadie confía en que si se otorga el poder absoluto a un gobernante éste vaya a guiarse siempre por la razón y aplicar la ciencia política del modo recto, sin caer en la corrupción. Es decir, el gobernante humano, debido a su propia naturaleza, no podrá aprehender la ley-*physis* y aplicarlas sin contaminación al gobierno de la comunidad de los hombres. No se debe olvidar que éste es el motivo por el que es necesario un *segundo recurso*. Por ello, es preciso que se distingan bien los pasajes en los que se analiza ese *segundo recurso* y no se traslade a estos las conclusiones que se derivan del modelo teórico del filósofo-rey y su concepción de la ley.

En los pasajes referidos al *segundo recurso* se puede encontrar una referencia a la ley completamente distinta a la empleada en relación con la «edad de los dioses». El mal que se pretende evitar con el *segundo recurso* es el de que alguien decida «actuar contra las leyes instituidas como resultado de una larga experiencia y gracias a ciertos consejeros que han aconsejado con fineza y persuadido a la muchedumbre a imponerlas»¹⁰⁹. Si desde una perspectiva ideal actuar a través de leyes fijas establecidas en asambleas formadas por toda la ciudad o por los ricos tiene como consecuencia la destrucción de la ciencia política y el gobierno de la razón, en el *segundo recurso* esa limitación a la ciencia política es mejor que correr el riesgo de que el gobernante pueda actuar sin límite alguno, exponiéndose a que ejerza su poder contraviniendo los principios que han de regir cualquier gobierno. Esos límites que se reconocen en el mundo sensible cristalizan en leyes en los que la deliberación y la persuasión de la ciudad se convierten en un elemento determinante de su contenido. Ambas tienen un papel relevante en el contexto del «gobierno de los hombres» y el imperio de la ley. Por ejemplo, las leyes del *segundo recurso* son «instituidas como resultado de una gran experiencia y gracias a ciertos consejeros que han [...] persuadido a la muchedumbre»¹¹⁰ o, en el

¹⁰⁸ GUTHRIE, W. K. C., *Historia de la filosofía griega V, op. cit.*, pp. 199-200.

¹⁰⁹ PLATÓN, *Político, op. cit.*, 300b.

¹¹⁰ *Id.*

mismo sentido, el imperio de la ley se fundamenta en una acción colectiva de la asamblea dirigida a redactar leyes¹¹¹. Esta concepción aproxima la ley a un *nomos*, a un artificio humano generado por la deliberación de todos los ciudadanos.

Guthrie parece sostener esta interpretación. Según él, «Platón mismo es por supuesto un defensor del *nómos*, como muestra el *Critón*, y en sus últimos años lanzó un fuerte ataque contra los que mantenían que podía ser de alguna manera opuesto a la *physis*. Él, sin embargo, opone, por una parte, el ideal del superhombre que, al ser una ley para sí mismo, sigue la «justicia de la naturaleza» y, por otra, el lugar común de que las leyes deben ser aceptadas como un mal necesario pero que se pueden quebrantar siempre que sea seguro el hacerlo»¹¹². Woozley, por su parte, considera que para Platón las leyes son «artefactos humanos», pero se han de apoyar en «leyes no escritas» (entendidas como moralidad positiva) cuya validez jurídica no parece tan clara. La postura de dicho autor parece refrendar la idea de una naturaleza sintética de la ley, que se ha de considerar creación humana pero encuentra fundamento en cierta *physis*; aunque para él la *physis* que sostiene Platón sea en cierto modo un contexto social¹¹³.

3.3 La relevancia de la deliberación en la construcción del imperio de la ley

Pudiera parecer que asociar a Platón el elemento deliberativo en la constitución de las leyes se aleja de la naturaleza de un autor idealista y racionalista, pero su grandeza reside en la capacidad para desarrollar esquemas teóricos puros sin que ello le suponga renunciar a su adaptación a un mundo sensible que limita la posibilidad de establecer un ideal. No cabe duda de que Platón asocia la idea de ley a la idea de razón, pero esto no excluye que en el *segundo recurso* se pueda asumir la necesidad de optar por la persuasión de la ciudad frente a la imposición, pues nada asegura que ésta no se desvíe de la razón¹¹⁴.

¹¹¹ *Id.*, 301e.

¹¹² GUTHRIE, W. K. C., *Historia de la filosofía griega III: Siglo v. Ilustración*, Barcelona, Gredos, 1988, pp. 144-145.

¹¹³ WOOLEY, A., «Plato and the Need for Law», *op. cit.*, pp. 376-377.

¹¹⁴ Existe cierto debate alrededor de la naturaleza de la persuasión en el pensamiento platónico. Popper defiende que Platón entiende la persuasión como un medio irracional de conseguir adhesión, forzándole a combatir la libertad de pensamiento y la búsqueda de la verdad; POPPER, K. R., *The open society and its enemies*, London, Routledge, 1966. Frente a esta opinión se alza Morrow, quien sostiene que la persuasión se fundamenta precisamente en la razón, distinguiéndose por tanto de los sofismas que tanto repudió Platón; MORROW, G. R., «Plato's Conception of Persuasion», *op. cit.*, pp. 235 ss. Otros autores como Rowe o Klosko defienden la posición de Popper, al argumentar que el *segundo recurso* excluye el derecho a persuadir a la ciudad de que la ley está equivocada; ROWE, C. J., «Killing Socrates: Plato's later thoughts on democracy», *The Journal of Hellenic Studies*, v. 121, 2001, p. 73; KLOSKO, G., «The Nocturnal

No se puede afirmar que Platón desarrolle su defensa de la persuasión solamente en obras de vejez, pretendiendo apoyar la idea de que existen dos posiciones divergentes en sus obras. En la *República* el gobierno de la razón ya se comprende como un modelo, dirigido a guiar a las personas, pero irrealizable en la ciudad. Esto se traslada al análisis de la ley, de forma tal que podamos entender la «ley-*physis*» como un modelo al que han de aproximarse las «leyes-*nomoi*». Un ejemplo de esta afirmación son los análisis de la poesía en el régimen ideal. Después de condenar la poesía como uno de los males en la educación, la *República* abre la puerta a cualquier ciudadano a poder persuadir a la ciudad de que ésta puede ser útil para la educación. La razón impone el desterrar la poesía de la ciudad, pero quien no lo considere así puede defender su utilidad, entendiendo Platón que con ello el régimen político se aprovecharía¹¹⁵. Es más, Platón muestra aquí su concepción de la autoridad de la ley en el imperio de la ley, puesto que acorde con la interpretación de Guthrie sobre las ideas a las que se opone Platón en su concepción de la ley, el filósofo afirma que quien desee persuadir a la ciudad en este sentido, deberá hacerlo manteniendo la prosa, es decir, respetando la ley existente mientras tanto. Esta argumentación implica la consideración de la deliberación como un elemento fundamental en la búsqueda de la razón. Por ello se puede comprender que en la deliberación como medio de determinación de las leyes se produce una síntesis entre conocimiento y convención.

Rowe, por el contrario, entiende que una interpretación en la que la ley se convierte en soberana desplaza el conocimiento como elemento determinante del gobierno. Por lo tanto, existiría una antítesis entre el gobierno de la razón y el «imperio de la ley»¹¹⁶. Según él, lo único que se desprende del *Político* es que el imperio de la ley es una opción mejor que la posibilidad de dejar actuar a los oficiales del gobierno según lo que individualmente consideran mejor, pero peor que el gobierno del filósofo-rey. El autor insiste en que se trata simplemente de un *segundo recurso* en el sentido de que todavía cabe una opción mejor¹¹⁷. Sin embargo, ya se ha defendido que el «primer recurso» es un modelo, un ideal cuya aplicación práctica no puede ser garantizada, por lo que el *segundo recurso* es para Platón la mejor solución para el mundo sensible.

También en obras del período socrático¹¹⁸ se recoge esta opinión. En la *Apología* Sócrates defiende ante el tribunal su derecho a dar consejos a los atenienses, pese a respetar el régimen existente¹¹⁹. En el

Council in Plato's *Laws*», *Political Studies*, v. 36, núm. 1, 1988, pp. 82-83. Las evidencias de que la persuasión se defiende en diversos períodos del pensamiento platónico parecen apoyar la posición de Morrow.

¹¹⁵ PLATÓN, *La República*, *op. cit.*, 607b-e.

¹¹⁶ ROWE, C. J., «Killing Socrates», *op. cit.*, p. 68.

¹¹⁷ *Id.*, p. 72.

¹¹⁸ *Vid. supra*, nota al pie 17.

¹¹⁹ PLATÓN, *Diálogos I*, *op. cit.*

Critón se pone en boca de las leyes que éstas no se imponen violentamente, y «en todas partes hay que hacer lo que la ciudad y la patria ordene, o persuadirla de lo que es justo»¹²⁰. La persuasión es un elemento central también en las obras de vejez, tanto en el *Político* y las *Leyes*, como se ha apuntado, como en la *Carta VIII*, donde el propio Platón reclama que si existe quien tiene un remedio mejor que el suyo, lo mejor sería que lo diese a conocer¹²¹. También afirma, en este caso en la *Carta VII*, que el hombre sensato «por lo que respecta a su propio país, si le parece que no está bien gobernado, debe decirlo [...] pero no debe emplear la violencia contra su patria con vistas a un cambio de régimen político»¹²². Todo esto demuestra que la persuasión es un elemento central en todas las épocas del pensamiento platónico.

Según esta lectura, la persuasión resuelve la tensión entre conocimiento y convención en el pensamiento platónico, con el objetivo de asegurar la unidad entre razón y bien común. Dado que el surgimiento de la ley en el *segundo recurso* tiene como objetivo evitar la corrupción del gobernante, pese a sus grandes limitaciones, la mejor solución es la sustitución de una razón impuesta por una razón argumentada, basada en la persuasión y cuyo criterio de validez como elemento heteronormativo sea la aceptación. Esto no implica reconocer que la razón es de naturaleza convencional, sino que en la tensión entre razón y convención, la naturaleza de la ley como mandato heterónimo sobre la conducta humana exige evitar la imposición por parte de un sujeto sometido a la corruptibilidad¹²³.

Resulta significativa la afirmación recogida en las *Leyes* de que para modificar una ley «menester será que sean consultadas en calidad de consejeros todas las autoridades, y todo el pueblo, y todos los oráculos de los dioses, y si todos se muestran de acuerdo, entonces sí, modifíquese, pero jamás y en modo alguno si no es así, antes bien, prevalezca conforme a ley quien en cada caso quiera impedirlo»¹²⁴. Esta afirmación exige revisar las concepciones idealistas del imperio de la ley, que consideran que, según Platón, es la razón como Forma la que ha de gobernar la ciudad. Esta opción, que no sería otra cosa que la tiranía de unos intelectuales que se identificarían exclusivamente a través de la aclamación popular¹²⁵, no deja de ser el ideal fracasado del filósofo-rey. El imperio de la ley en el mundo sensible, el *segundo recurso*, no es más que la plasmación en una norma de carácter gene-

¹²⁰ *Id.*, 51b-c.

¹²¹ PLATÓN, *Diálogos VII*, *op. cit.*, 353e-354a.

¹²² *Id.*, 331c-d.

¹²³ Esta explicación permite comprender por qué pese a que, como se ha afirmado, Platón reconoce la posibilidad de existencia de leyes injustas, no cabe por ello poner en cuestión la validez de dichas leyes. El criterio de validez por tanto no se encuentra en el elemento deontológico; WOZLEY A., «Plato and the Need for Law», *op. cit.*, p. 377.

¹²⁴ PLATÓN, *Las Leyes*, *op. cit.*, 772c-d.

¹²⁵ PLATÓN, *La República*, *op. cit.*, 489c.

ral de la voluntad mayoritaria de la ciudad, que sirve de límite a cualquier poder constituido que pueda actuar en perjuicio de la propia ciudad. El imperio de la ley en Platón exige entonces respetar la ley como máxima aproximación a la razón hasta que por acuerdo conjunto de toda la ciudad se alcance una mayor perfección en dicha aproximación. Por lo tanto, ni gobernante ni gobernados pueden actuar en contra de la ley ni siquiera alegando actuar en nombre de una razón más perfecta, sino que en caso de considerar poseer dicha razón más elevada, deben persuadir al conjunto de la ciudad. Esto no hace más que reconocer la deliberación pública y la persuasión como herramientas que aseguren el mayor grado de razón y la mayor aproximación a la felicidad de toda la ciudad eludiendo el riesgo de la aparición de un tirano que diga hablar en nombre de la razón.

Esto no implica que Platón desconozca el carácter coactivo de la ley. Laks entiende que lo que él pretende es la «reducción de la ley»¹²⁶. La coacción es consustancial a la ley, y por ello esta no puede desprenderse de un cierto grado de tiranía. Sin embargo, habrá de intentarse reducir esta coacción lo máximo posible, a través de su sustitución por la persuasión.

Guthrie, en su análisis sobre *nomos* y *physis*, acude a la concepción tripartita de la norma legal y su origen para explicar la naturaleza de la ley en la Grecia Antigua. Toma la clasificación de Pohlenz y explica la interrelación de estas concepciones. Así, afirma que existen tres concepciones del origen de la ley: «la antigua creencia en el origen divino de los *nómoi*, otra más moderna según la cual cada legislador las instituye en virtud de su particular perspicacia, y finalmente, la última y más comúnmente aceptada, según la cual todos los *nómoi* deben su existencia a un acuerdo colectivo de la comunidad»¹²⁷. Guthrie considera que estas tres concepciones no son excluyentes, sino que hasta cierto punto han de comprenderse como convergentes, más aun teniendo en cuenta el ambiente intelectual griego. Algo similar puede afirmarse del pensamiento platónico. Existen unas Formas, de carácter ideal, inteligible, divino, que deben asumirse como modelo a la hora de legislar. Determinados individuos, con un conocimiento destacado, pueden aprehender, siquiera imperfectamente, dicho modelo. Finalmente, aprehendido dicho modelo, este debe trasladarse a la comunidad, para persuadirla y asegurar su conversión en leyes de la *polis*.

En efecto, y como se ha apuntado ya, el carácter racional de la ley en el plano ideal y la necesidad de convenir entre los ciudadanos su contenido en el mundo sensible se comprenden como conclusiones compatibles, teniendo en cuenta la división platónica entre el mundo inteligible y el sensible. Partiendo de ello, la deliberación se erige como un medio cuyo fin es alcanzar la razón a través de la discusión. Es así como ambos mundos se interrelacionan de forma no contradic-

¹²⁶ LAKS, A., «Legislation and Demiurgy», *op. cit.*, p. 224.

¹²⁷ GUTHRIE, W. K. C., *Historia de la filosofía griega III*, *op. cit.*, pp. 84-85.

toria. Esta concepción puede deducirse de los diálogos de Platón, como se ha dejado patente.

En definitiva, se puede concluir que para Platón, «[l]a ley es, por tanto, pensamiento razonado (*logismós*) que se ha convertido en *dogma poleos*, es decir, que ha sido sancionado por la ciudad»¹²⁸. La ley surge de la razón, pero ha de ser consentida por el pueblo. La *physis* es la Forma platónica, que ha de guiar la labor del legislador. El *nomos* es el consentimiento del pueblo, que se erige como requisito para evitar los riesgos del gobierno absoluto. En esta doble génesis de la ley se intuye la contradicción entre razón y voluntad que nuclea la construcción jurídica del *rule of law*.

4. EL SEGUNDO RECURSO FRENTE A LAS TEORÍAS MODERNAS DEL *RULE OF LAW*

Tras la indagación realizada se pueden esbozar los rasgos esenciales de la defensa platónica del imperio de la ley como *segundo recurso*, con el fin de señalar las diferencias con la teoría moderna del *rule of law*. Es importante señalar que, como se ha puesto de manifiesto sobre todo en el apartado anterior, para que la idea de imperio de la ley platónica tenga relación con el *rule of law* moderno, y pueda servir a una comparación, ese debe entenderse como el imperio de la ley-*nomos*. Existe bibliografía que trata el pensamiento de Platón sobre el «gobierno de la ley» desde la perspectiva de la *physis*, pero esta idea no resulta atractiva para una comparación con la moralidad interna del Derecho¹²⁹.

En primer lugar, el imperio de la ley se erige como un mecanismo dirigido a evitar o reducir el riesgo de aparición de una tiranía. A través de un gobierno en que la ley se convierte en restricción de los poderes del gobernante, Platón afirma que las causas que originan la corrupción del gobierno son neutralizadas en la medida de lo posible. Este rasgo conecta la propuesta platónica con la idea moderna del *rule of law*.

Sin embargo, Platón, pese a que en cierto modo otorga un papel relevante a la característica básica de generalidad presente en las teorías modernas del *rule of law*, no desarrolla demasiado la idea de que sea la forma de la ley, el mandato general, la que actúa como límite del gobierno. Parece más bien que existe una ley cuya determinación es ajena al gobierno, que es la que limita en cierto modo su capacidad

¹²⁸ JAEGER, W., «Alabanza de la ley. Los orígenes de la filosofía del Derecho y los griegos», *Revista de estudios políticos*, v. 67, 1953, p. 42.

¹²⁹ *Vid.*, v. gr., MILLER, Jr., F. D., «The Rule of Law in Ancient Greek Thought», en Sellers, M., Tomaszewski, T. (Eds.), *The Rule of Law in Comparative Perspective*, Dordrecht, Springer, 2010, pp. 13-18.

de acción tiránica. Es relevante apuntar que, en línea con los autores que no otorgan valor moral al *rule of law*, la forma de la ley se vincula más a la imposibilidad de que el gobernante cubra la realidad social a través de mandatos singulares que al hecho de que con dicha forma se resuelvan los problemas derivados de la corrupción.

En este sentido, para Platón, los rasgos formales de la ley, esencialmente su generalidad, son un inconveniente para el desarrollo del ideal de la política. Mientras que los defensores del valor moral de concepciones formales del *rule of law* consideran que rasgos como la generalidad permiten vincular el Derecho con la justicia, o conferir al ciudadano un estatus moral valioso como agente racional, Platón opina al contrario. No es solamente que la autoridad no pueda gobernar sin acudir a normas generales, como reconocen críticos del valor moral del *rule of law*¹³⁰. El principal problema está en que esa necesidad, derivada de las limitaciones del gobernante humano, impide dictar a cada ciudadano lo que le conviene, y perjudican el recto ejercicio del gobierno.

Esta consideración es inconcebible en el marco liberal en el que se desarrollan las modernas teorías del *rule of law*. Desde esta perspectiva, uno de los aspectos más destacables del sistema jurídico es su capacidad para proteger la naturaleza del ser humano como agente responsable y capaz de autodeterminación¹³¹. Por el contrario, la idea del gobierno de la razón defendida por Platón, fundamentada en el hecho de que es esta la que debe determinar lo bueno para cada individuo, implica que el imperio de la ley se justifique por su capacidad para establecer lo ventajoso para la mayoría. La libertad que la forma de la ley pueda otorgar al ciudadano resulta irrelevante para Platón, que valora el imperio de la ley por permitir instaurar el gobierno de la razón de mejor forma, perdiendo la capacidad de una determinación de lo bueno para cada individuo pero asegurando su imposición general.

Esto se relaciona con otro rasgo del imperio de la ley platónico. La persuasión, la deliberación y la determinación del contenido de la ley a través de un acuerdo colectivo de la comunidad se convierten en rasgos esenciales del imperio de la ley. El gobernante se ve privado de la posibilidad de imponer su voluntad a través de ordenanzas porque no puede alterar unilateralmente el contenido de leyes instituidas por los ciudadanos. Tal conclusión no impide afirmar que la obligación de gobernar a través de mandatos generales impida, en mayor o menor medida, actuar de forma tiránica. Sin embargo, este no es el enfoque principal de Platón. Las teorías formalistas del *rule of law* consideran que los rasgos formales por sí solos bastan para que el imperio de la ley genere efectos moralmente valiosos¹³².

¹³⁰ *Vid. supra*, p. 13.

¹³¹ FULLER, L., *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1969, pp. 162 ss.

¹³² TAMANAHA, B. Z., *On the Rule of law...*, *op. cit.*, pp. 95-96.

Por último, es importante tener en cuenta que para Platón el imperio de la ley es un *segundo recurso*, no un ideal. Esto parte del modo en que Platón concibe la justicia y el bien. Para él, dado que el bien de cada sujeto está determinado por su propia individualidad, lo justo no puede encerrarse en una norma general. El ideal sería la articulación armoniosa de ordenanzas individuales que pudiesen considerar las especificidades de cada sujeto de la sociedad y su interacción específica. La igualdad que se impone a través de la ley, pese a evitar una discriminación perjudicial basada en el privilegio, también precluye la posibilidad de una discriminación que pudiese tomar en consideración las condiciones personales a la hora de determinar lo justo¹³³. Platón no rechaza la conveniencia de lo que se ha denominado en la teoría moderna el «déspota benévolo»¹³⁴, que acude a mandatos individuales en beneficio de los súbditos. Si tal figura, similar a su idea del filósofo-rey, fuese posible en el mundo sensible, sería mejor que el imperio de la ley. Esto choca con los intentos de reconocer el valor moral del *rule of law* oponiéndolo a órdenes sociales basados en mandatos particulares, típicos de las teorías modernas¹³⁵.

Sabine afirma que Platón «readmite» el Derecho para reconocer su importancia en el fomento de dos valores valiosos en la sociedad de su época: la libertad y dignidad (bajo el Derecho) y la participación de los ciudadanos en el gobierno de la *polis*¹³⁶. Es cierto que el *segundo recurso* surge para fomentar la participación de los ciudadanos en la determinación de las leyes, a través de la deliberación. Sin embargo, como se ha tratado de mostrar, es falso que Platón pensase en promover la libertad de los ciudadanos, al menos no en el sentido de la «libertad de los modernos» que las teorías recientes del *rule of law* conciben como central. No debe olvidarse que Platón considera que el gran problema del sistema democrático es que cada ciudadano podrá «organizar su particular género de vida en la ciudad del modo que más le agrade»¹³⁷.

Por lo tanto, el imperio de la ley platónico es el gobierno de un cuerpo normativo de mandatos generales determinados por la deliberación de todos los ciudadanos, dirigido al bien de la comunidad cuyo objetivo es eludir la tiranía del gobierno, aun a costa de renunciar al ideal de la determinación específica e individualizada del bien de cada ciudadano.

¹³³ HOROWITZ, M. J., «The Rule of Law...», *op. cit.*, p. 566.

¹³⁴ RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 223.

¹³⁵ FULLER, L., *The Morality of Law*, *op. cit.*, pp. 207 ss.

¹³⁶ SABINE, G. H., *Historia de la filosofía política*, *op. cit.*, pp. 58 ss.

¹³⁷ PLATÓN, *La República*, *op. cit.*, 557b.

Desterritorializar el dispositivo de la teoría
del derecho. Hacia una ontología político-jurídica
de la actualidad

*Deterritorializing the dispositif of the theory of Law.
Toward a political-legal ontology of the actuality*

Por DANIEL J. GARCÍA LÓPEZ
Universidad de Granada

RESUMEN

El presente artículo tiene dos objetivos. El primer lugar, mostrar cómo cierta teoría del derecho funciona como un dispositivo de normalización epistemológica, que entiende que existe un único saber válido sobre el derecho. Esta oculta la violencia por medio de su pretensión de ahistoricidad, neutralización y necesidad. En segundo lugar, se propone desterritorializar este dispositivo a través de una línea de fuga que se ha denominado ontología político-jurídica de la actualidad. Esta teoría del derecho que viene se centraría en la tríada vida-historia-política (biopolítica y teología política), proponiendo una definición: partiendo de un presupuesto de ontología de la actualidad al entender que el derecho es un dispositivo, una red de producción de subjetividades, la teoría del derecho que viene es un método: el análisis arqueológico del dispositivo.

Palabras clave: *Biopolítica, dispositivo, Ontología de la actualidad, Teoría del Derecho, Vida-historia-política.*

ABSTRACT

This paper has two objectives. Firstly, it shows how a certain theory of law works as a dispositif of epistemological normalization, which understands that there is only one proper knowledge about the law. It hides the violence, through its pretension of ahistoricity, neutralization, and necessity. Secondly, it proposes to deterritorialize the dispositif of the theory of law, through a line of flight that has been called political-legal ontology of actuality. The coming theory of law would focus on the life-history-political triad (biopolitics and political theology). Its definition would be: departing from the ontology of the actuality as a means to understand the law as a dispositif, as a production network of subjectivities, the coming theory of law is a method: the archaeological analysis of the dispositif.

Keywords: *Biopolitics, Dispositif, Life-History-Politics, Ontology of the Actuality, Theory of Law.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: HEGEL Y EL ESPÍRITU EUROPEO. – 2. LOS GRANDES RELATOS DE LA TEORÍA DEL DERECHO: 2.1 *Territorialización y hegemonía de la filosofía jurídica analítica.* 2.2 *¿El derecho ha existido siempre?* 2.3 *La escritura de la ley.* 2.4 *Ocultar la violencia.* – 3. EL DISPOSITIVO DE LA TEORÍA DEL DERECHO. – 4. HACIA UNA ONTOLOGÍA POLÍTICO-JURÍDICA DE LA ACTUALIDAD. – 5. CONCLUSIÓN: HEGEL EN EL PALAZZO CAVALCANTI.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION: HEGEL AND THE EUROPEAN SPIRIT. – 2. THE THEORY OF LAW'S GRAND NARRATIVES: 2.1 *Territorialization and hegemony of analytical legal philosophy.* 2.2 *Has the law always existed?* 2.3 *Writing the law.* 2.4 *Hiding the violence.* – 3. THE DISPOSITIF OF THE THEORY OF LAW. – 4. TOWARD A POLITICAL-LEGAL ONTOLOGY OF THE ACTUALITY. – 5. CONCLUSION: HEGEL AT THE PALAZZO CAVALCANTI.

1. INTRODUCCIÓN: HEGEL Y EL ESPÍRITU EUROPEO¹

No es nada nuevo señalar que Hegel fue un fino espectador-actor de su tiempo. Atento a los acontecimientos, logró desentrañar una suerte de *trinidad europea*: Francia, Inglaterra y Alemania. Fueron varios los sucesos que marcarían en la mirada del filósofo la afirmación de que

¹ Agradezco al prof. Federico Fernández-Crehuet López sus sugerencias, comentarios y críticas.

Europa, en «su fondo actual»², no se extendía más allá de esas tres localizaciones. Pensemos en el proyecto ilustrado, en la revolución francesa, en el movimiento contrarrevolucionario inglés o el idealismo alemán. Cada uno de estos polos marcaría una actitud ante la existencia: el rigor reflexivo alemán, el carácter revolucionario francés y el pragmatismo utilitarista inglés. Lo que se traduciría en tres cosmovisiones políticas: conservadurismo, radicalismo revolucionario y liberalismo moderado. Y ello también se trasladaría al predominio de una de las esferas: poesía y metafísica germanas, política francesa y economía inglesa³. La aparente simplificación del panorama, excepciones por medio –por supuesto–, parece bastante descriptiva.

Esta conformación del espíritu europeo vendría a configurarse como una t(r)opografía del pensamiento que desembocaría, un siglo después, en las dos grandes tradiciones de la filosofía occidental: continental y analítica⁴. No nos vamos a detener aquí en algo que es bien conocido, lo que se pretende es articular cómo esta territorialización de la filosofía también desembarca en la filosofía del derecho, consagrando una de las dos tradiciones en lo que a partir de los años 70 se llamó *teoría del derecho*⁵ –aunque ya encontramos el término *Rechtstheorie in Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, de Kant. Aquí se defiende y se muestra la producción de un dispositivo de torno a la disciplina –y hablar de dispositivo y disciplina es más que un juego de palabras– que aboca al ostracismo a aquellas ideas que no encajen en la norma. De ahí que sea preciso abrir líneas de fuga del dispositivo de la teoría del derecho, desterritorializándola.

2. LOS GRANDES RELATOS DE LA TEORÍA DEL DERECHO

2.1 Territorialización y hegemonía de la filosofía jurídica analítica

¿Argumentar o narrar? ¿Lógica o historia? ¿Cultura científica o cultura humanística? Estas son preguntas clave para entender las diferencias entre las filosofías analítica y continental. Se trata de un intento de ordenación, nada neutral; una toma de posición⁶. Siguiendo a

² HEGEL, F., *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, Madrid, Ed. Alianza, 1999, p. 150.

³ ŽIŽEK, S., *El ocaso de las ideologías*, Madrid, Ed. Akal, 2011, p. 9.

⁴ Véase D'AGOSTINO, F., *Analíticos y continentales*, Madrid, Ed. Cátedra, 2000. SÁEZ RUEDA, L., *El conflicto entre continentales y analíticos*, Barcelona, Ed. Crítica, 2002.

⁵ Es en aquel año cuando surge la revista *Rechtstheorie*, oficializándose así una nueva disciplina. STOLLEIS, M., *Introducción al derecho público alemán*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2017, pp. 160-161. Se trata de una teoría del derecho separada, por ejemplo, del derecho político (*StaatsRecht*), que cultivaran Kelsen o Jellinek. Sobre la historia anterior GONZÁLEZ VICÉN, F., «La filosofía del derecho como concepto histórico», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1969, pp. 15-66.

⁶ VATTIMO, G., «Prefacio», en D'AGOSTINO, F., *op. cit.*, p. 13.

Franca D'Agostino, podemos caracterizar a ambas facciones con los siguientes rasgos: ad)1 Analítica: «hace uso de *formalismos* y lenguajes «disciplinados», exige argumentaciones en todo momento «controlables» y por tanto tiende a tratar cuestiones más bien circunscritas; posee un talante prevalentemente conceptual, o temático, no se ocupa tanto de autores o de textos sino de conceptos o problemas»; ad) 2 Continental: «excluye el uso de lenguajes formalizados, hace uso de argumentaciones no siempre exactamente reconstruibles; posee un talante prevalentemente histórico, o textual, hace referencia a los autores, a los textos, a fases particulares de la historia del pensamiento, a grandes unidades histórico-conceptuales (la ontología antes y después de PLATÓN, la cuestión de la modernidad, la racionalidad en la época moderna, etc.)»⁷.

Con estas premisas, podemos situar en la racionalidad analítica, el pragmatismo, el neopositivismo, la filosofía analítica americana, la filosofía analítica inglesa y el racionalismo crítico. En la racionalidad continental, por su parte, encontramos el existencialismo, la teoría crítica frankfurtiana, la hermenéutica y el postestructuralismo. En medio, entre una y otra, contaminadas, encontramos la fenomenología, el estructuralismo, los actos de habla, la teoría crítica habermasiana o la epistemología postpositivista⁸.

Esta distinción entre analíticos y continentales, que viene siendo usada al menos desde la década de los 50 del siglo pasado, separa el pensamiento occidental territorialmente, de tal modo que la filosofía analítica se presenta «como la única filosofía digna de ese nombre en los países anglosajones»⁹. A ello hay que sumar la anglogeneización que se ha impuesto en la academia, por medio de las revistas como centros globales de producción y circulación de conocimiento legítimo. Sucede algo similar al latín: se impuso un orden (por medio de la gramática, de la sintaxis, de la forma de hablar, etc.) más allá de Roma. El resto de lenguas quedaban en la clandestinidad y en lo privado. De igual forma ocurre con el inglés hoy en día y con el auge de la filosofía analítica¹⁰. Veamos cómo opera en el derecho.

Ya hace algunas décadas que Bobbio señalara las tres partes en las que se divide la filosofía jurídica: una teoría del derecho, una teoría de la justicia y una teoría de la ciencia jurídica¹¹. Estas tres materias se presentarían como ontología jurídica, teoría de la ciencia jurídica y

⁷ D'AGOSTINO, F., *op. cit.*, p. 80.

⁸ *Ibidem*, pp. 103 y 104.

⁹ *Ibidem*, pp. 79 y 25.

¹⁰ Sobre la anglogeneización, WINTER PEREIRA, L., *Ciudadanía académica. Notas hacia una meta(infra)teoría performativa de la Universidad*, Trabajo Fin de Máster GEMMA, Universidad de Granada, 2018 (inédito), pp. 28-29.

¹¹ BOBBIO, N., «Nature et fonction de la philosophie du droit», en *Archives de Philosophie du droit*, 7, 1962, cito por la versión incluida en su *Contribución a la teoría del derecho*, Valencia, Ed. Fernando Torres, 1980, pp. 98-100.

axiología jurídica¹². La primera de las ramas, la teoría del derecho/ontología jurídica, tendría como objeto la determinación de la noción de derecho sobre la base de la noción de norma: «[con Kelsen] la teoría del Derecho se ha orientado definitivamente hacia el estudio del ordenamiento jurídico en su conjunto [...] el de ordenamiento entendido como sistema de normas»¹³. Como sostuvo López Calera con respecto a qué es la teoría del derecho, «es un nombre que corresponde a una época positivista y científicista, a la que no le gusta, desde luego, el nombre de “filosofía del derecho”, aunque lo respeta»¹⁴. Es por eso que la teoría del derecho no sea la investigación «relativa al ser último y constitutivo del Derecho, sino a los modos más generales de entender el Derecho, esto es, a los límites de lo jurídico»¹⁵. No hay que olvidar en nuestro contexto el Real Decreto 1424/1990, de 26 de noviembre, por el que se establece el título universitario oficial de Licenciado en Derecho y las directrices generales propias de los planes de estudios conducentes a la obtención de aquél. Una norma que impone qué ha de entenderse por teoría del derecho: «El Derecho como una forma de organización y como sistema normativo. La Ciencia del Derecho. Teoría del Derecho: la norma jurídica y el sistema jurídico. Interpretación y aplicación del Derecho. Conceptos jurídicos fundamentales. Los problemas del Derecho justo y la eficacia del Derecho» (Anexo)¹⁶.

Si antes decíamos con Hegel que son tres los espacios del espíritu europeo, también son esos mismos tres espacios donde se desarrollará el derecho moderno: la escuela de la exégesis en Francia, la escuela histórica en Alemania y la escuela analítica en Gran Bretaña. Aunque circunscritas inicialmente a tres territorios, pronto ocuparán otros espacios. En cualquier vistazo a un programa de la asignatura teoría del derecho (o, incluso, filosofía del derecho, en aquellas Universidades que la hayan conservado tras la debacle Bolonia), aparecerán nombres como Austin, Kelsen, Hart o Ross y sus respectivos metarelatos. Si bien dos de ellos sí que pertenecen territorialmente al ámbito anglosajón (Austin y Hart), todos ellos cultivaron una filosofía analítica del derecho –también Kelsen, que pasó un largo exilio en Estados Unidos. Esta posición ante el derecho, por expresarlo con palabras de Fassó, «parte de la exigencia del rigor, del orden y de la precisión en la investigación, y cree satisfacerla mediante el análisis y la clarifica-

¹² DÍAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, Ed. Taurus, 2.ª ed., 1980, pp. 253-256.

¹³ BOBBIO, N., *op. cit.*, p. 251.

¹⁴ LÓPEZ CALERA, N. M., *Filosofía del Derecho (I)*, Granada, Ed. Comares, 1999, pp. 33-34.

¹⁵ ATIENZA, M., *Introducción al derecho*, Barcelona, Ed. Barcanova, 4.ª ed., 1990, p. 369.

¹⁶ Véanse los debates sobre la recepción de la asignatura en los monográficos de *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 25, 1985 o *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 10, 1993.

ción de los procedimientos científicos. Su propósito es, por tanto, extrametafísico (e incluso antimetafísico), y es esencialmente metodológico. Su preocupación es la clarificación del modo de funcionar de los instrumentos lingüísticos de la investigación, y la determinación de su uso correcto»¹⁷.

Quizás fuera Bobbio, bajo la estela de Kelsen, quien con más ahínco incidió en la filosofía jurídica analítica¹⁸. Fue su texto de 1950 –década que coincide con los orígenes de la diferencia entre analíticos y continentales¹⁹–, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*²⁰, una suerte de manifiesto analítico en el que defendió la científicidad de la jurisprudencia. Su magisterio fue tal que su escuela, se podría decir, hegemonizó la teoría del derecho italiana y, por contagio, la española²¹. En cierto modo, Bobbio consiguió una territorialización de la teoría del derecho en un espacio geográfico dominado por el iusnaturalismo teológico²². Codificó lo que había de entenderse por teoría de derecho, produciendo así un tipo concreto de subjetividad. Había que luchar por el lenguaje. De esta forma se introdujo una máquina gubernamental que legitimara la forma-Estado²³, con su función de captura, estableciendo fronteras y medios de interiorización²⁴. La teoría del derecho funcionaría, en cierta medida, como un mecanismo de captura del territorio, de los confines, sobre el que se asienta la forma-Estado, determinando un interior y un exterior, un saber jurídico legítimo y otro espurio, produciendo efectos de verdad. Puesto que esa lucha por el lenguaje no es más que la apropiación del proceso que permite

¹⁷ FASSÒ, G., *Historia de la Filosofía del Derecho 3. Siglos XIX y XX*, Madrid, Ed. Pirámide, 1996, p. 279.

¹⁸ Aunque no se calificó como filósofo analítico en sentido estricto. Véase BOBBIO, N., *op. cit.*, p. 11: «no me he considerado nunca un neo-positivista ni tampoco un filósofo analítico en el sentido estricto de la palabra». Se pueden destacar cinco elementos caracterizadores de la filosofía jurídica analítica: «concepción lingüística y positiva del lenguaje [...]; la clave de la normatividad del Derecho se encuentra en el lenguaje [...]; racionalización jurídica en términos lógicos [...]; racionalización jurídica en términos pragmáticos [...]; controversia analítica acerca del substrato ontológico». SUÁREZ LLANOS, L., «Planteamiento analítico-iusanalítico: el aspecto ontológico», *Isonomía*, 22, 2005, pp. 183-194.

¹⁹ D'AGOSTINO, F., *op. cit.*, pp. 81-85.

²⁰ BOBBIO, N., «Scienza del diritto e analisi del linguaggio», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1950, pp. 342-367. Sobre este texto y sus oscilaciones, RUIZ MIGUEL, A., *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 159-174.

²¹ Sobre la escuela, BARRÈRE UNZUETA, M. A., *La Escuela de Bobbio. Reglas y normas en la filosofía jurídica italiana de inspiración analítica*, Ed. Olejnik, 2018, especialmente la primera parte, pp. 30-145.

²² Sobre el pensamiento iusfilosófico dominante en aquellos años, FERNÁNDEZ-CREHUET LÓPEZ, F., *El Leviathan franquista*, Granada, Ed. Comares, 2018.

²³ NEGRI, T., *La forma-Estado*, Madrid, Ed. Akal, 2003.

²⁴ DELEUZE, G., y GUATTARI, F., *Mil mesetas*, Valencia, Ed. Pre-textos, 2008, pp. 367, y *El antediplo*, Barcelona, Ed. Paidós, 2009, pp. 224-229.

enunciar el lenguaje²⁵. Como señalara Calsamiglia, «las categorías jurídicas consagran en autoridad lo que no es más que un poder en bruto. La ciencia jurídica tendría como función la construcción de categorías lógicas para la justificación del poder»²⁶.

La teoría del derecho se constituye como un dispositivo, un dispositivo que actúa por medio de una violencia sacrificial para asegurar el territorio. Pero no se trata de grandes liturgias y pompas sacrificiales. El dispositivo de la teoría del derecho actúa en un escenario microfísico, incluso íntimo y cotidiano a la par que virtual. De esta forma, evita que se construyan espacios y lazos de unión, comunes, relaciones que se articulen como contra-dispositivo o que simplemente sobrevivan. Se trata de un poder policial. Pensemos en qué se considera saber legítimo en la teoría del derecho por parte de los agencias de evaluación como ANECA o en los procesos de evaluación en las revistas académicas *propias del área*, produciendo injusticias epistémicas al anular la capacidad para crear y transmitir conocimiento²⁷. Es preciso, por tanto, un proceso de desterritorialización²⁸, de abandono del territorio, una línea de vuelo o de fuga que nos posibilite otra forma de habitar, es decir, otra forma de subjetividad. Pongamos tres ejemplos de cómo funciona: ahistoricidad, necesidad y neutralización. La teoría del derecho que venimos señalando planteará una concepción del derecho en clave ahistórica y universal, como si este hubiera existido siempre²⁹. Del mismo modo, planteará la necesidad e indisponibilidad de lo jurídico sobre la base de una oculta naturaleza teológica (teología-política). Finalmente, señalará que la función clave del derecho es la neutralización del conflicto por medio de la ocultación de la violencia en el debate derecho-moral, así como la nuda vida que la soporta. He aquí varias formas de legitimación del derecho: necesidad, indiscutibilidad, ahistoricidad, sacralidad y carácter totalizante³⁰.

²⁵ Sobre esta forma de actuar, SANÍN RESTREPO, R., *Teoría crítica constitucional. La democracia a la enésima potencia*, Valencia, Ed. Tirant, 2014, especialmente pp. 30-32.

²⁶ CALSAMIGLIA, A., «Ciencia jurídica», en GARZÓN VALDÉS, E. y LAPORTA, F. J., *El derecho y la justicia*, Madrid, Ed. Trotta, 2.ª ed., 2000, p. 22.

²⁷ Sobre la injusticia epistémica en su doble vertiente, hermenéutica y testimonial, véase FRICKER, M., *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*, Ed. Oxford University Press, 2007.

²⁸ DELEUZE, G., y GUATTARI, F., *Mil mesetas*, cit., pp. 517-519.

²⁹ No se defiende que el positivismo formalista, por ejemplo, sostuviera la ahistoricidad del derecho. Tanto es así que, como es sabido, fue una de sus tesis principales (la contingencia e historicidad del derecho).

³⁰ Es sintomática la historia del *Anuario de Filosofía del Derecho* en sus inicios. Pensemos en Legaz Lacambra: comienza, en el primer número, con temas propios de teoría del derecho, como es el de la obligatoriedad del derecho. Estamos en 1953: el primer presupuesto del orden es el cumplimiento de las leyes, en este caso de la dictadura. Durante la época en que Legaz fue su director, la lógica jurídica ocupó un espacio relevante. En cierta medida era una forma de no hablar de lo que había que hablar: de la violencia. Véase FERNÁNDEZ-CREHUET LÓPEZ, F., «El *Anuario de Filosofía del Derecho*: síntoma y magra terapia franquista», en Fernández-Crehuet López, F. y

2.2 ¿El derecho ha existido siempre?

La socialización de todo jurista comienza por la Facultad. En el primer curso, de forma general, se encontrará con las asignaturas que conforman el módulo básico: historia del derecho, derecho romano y teoría del derecho. En las tres se suele hablar de un mismo texto, a saber: la *Ley de las XII tablas*. Posiblemente sea el texto más importante de ese módulo básico, pues es situado como *origen*, fundamento de la vida jurídica romana³¹. Pero las XII tablas se perdieron en el año 387 a. C. (Livio, 6, 1, 9-10). A pesar de su pérdida y de que no existían más copias, su melodía siguió siendo interpretada. Gran victoria para la tradición oral. Marco Tulio Cicerón, quizás el mayor retórico de la antigüedad, no se quedó atrás. Las XII tablas para él fueron un *carmen necessarium*. Así señalaba en su *De legibus* (II, 23, 5) cómo aprendió de niño a recitarlas. Y como en un talent show, Cicerón cantaba las leyes y el jurado decidía sobre la veracidad de sus emociones.

Ficción, fingir. Su *carmina* devenía *ley*. Cicerón simplemente se inventó la ley. La tabla IX fue improvisada. Fantaseó³². Cicerón mentía como estrategia, con una intención maliciosa: ganar³³. La fuente de las fuentes, la ley fundamental de los romanos y del derecho occidental en general, las XII tablas, solo fue la mentira de un charlatán. Pero el jurado se creyó su actuación y la plebe aplaudió. Porque sin ley llega el caos. Marie Theres Fögen lo señaló bien: «por ello en la historia de la humanidad se han descubierto, dado, encontrado, inventado, hecho, esbozado, renovado y han entrado en vigor un sinfín de leyes –por cierto, no solo en el Derecho sino también en la naturaleza, el destino, la historia o la lógica»³⁴. Y quienes las han cantado lo que han hecho es darles dignidad, hacerlas eternas, provocar el orden frente al caos. Porque hay un miedo terrible a que hagamos sonar la canción de la ley hacia atrás y no nos encontremos ni siquiera con un mensaje encriptado proveniente de los infiernos. *Horror vacui*: este es el miedo más profundo del derecho.

Ubi societas, ibi ius es un mantra que repiten desde el primer día de clase en una Facultad de derecho. *Donde hay sociedad, hay derecho* se ha transmitido de generación de juristas en generación, sin crítica ni resistencia. *Donde hay sociedad, hay derecho* es un instrumento de perpetuación ideológica que impide cualquier visión diferente e inmuniza la reproducción del sistema. Como ha sostenido Juan-Ramón Capella, «los juristas suelen identificar así la sociedad humana

Martín, S. (Eds.), *Los juristas y el «régimen»*. *Revistas jurídicas bajo el franquismo*, Granada, Ed. Comares, 2014, pp. 133-178.

³¹ KUNKEL, W., *Historia del derecho romano*, Barcelona, Ed. Ariel, 1999, p. 31.

³² GUARINO, A., «Il dubbio contenuto pubblicitario delle XII tabole», en *Pagine di Diritto Romano IV*, Napoli, Ed. Jovene, 1994, pp. 87-105.

³³ FÖGEN, M. T., *La canción de la ley*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2013, p. 57.

³⁴ *Ibidem*, p. 58.

con la sociedad organizada políticamente. Y trasladan a esta última un atributo que solo puede predicarse de la primera: la *naturalidad* de la sociabilidad»³⁵. ¿Qué es lo que esto provoca? La imposibilidad de imaginar una sociedad en la que no existan derecho o Estado. Toda relación debe ser previsible y calculable. Este es uno de los postulados de la *matriz ideológica moderna*: naturaliza los conceptos, contingentes e históricos, como si siempre hubiesen existido, ya sea el derecho, el sujeto o la literatura. Este horror al vacío jurídico es «de la época en que las relaciones mercantiles tienden a sustituir a cualquier otra relación entre los seres humanos. Y expresa el temor a la aparición de cabos sueltos en el tráfico de mercancías»³⁶. Este aforismo funcionaría como una suerte de *hybris* del punto cero³⁷: un punto de vista que no admite ser un punto de vista que ha sido narrado como único punto de vista válido, creando la ilusión de un conocimiento universal que se enuncia desde un sujeto deshistorizado y descorporalizado. Pero este *Carmen*, este canto, desentona mucho si hacemos un análisis histórico y antropológico. Donde hay sociedad no tiene por qué haber derecho porque *el derecho no ha existido siempre*³⁸.

2.3 La escritura de la ley

Escuchemos otra canción: «ningún legislador parece haber reflexionado nunca acerca de que para legislar pueden usar dos instrumentos, persuasión y coacción, en la medida en que sea posible aplicarlos a una multitud sin educación. Utilizan solo uno de los dos. En efecto, legislan sin mezclar la pugna con la convicción, sino que usan solo la coacción pura»³⁹. Más adelante resuena: «es necesario que el legislador ponga a sus leyes un preámbulo, delante de todo el código y también de cada una de ellas, de esa manera serán mejores que ellas mismas»⁴⁰. Para PLATÓN, el preámbulo de la ley es necesario para que sea aceptada de forma dócil y segura. Se trata de un disfraz que esconde el mandato, que nos prepara para la orden⁴¹. ¿Y si esta dualidad no fuera tal? Así lo entendía Carl Schmitt cuando concedió fuerza de ley

³⁵ CAPELLA, J. R., *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado*, Madrid, Ed. Trotta, 2006, p. 19.

³⁶ *Ibidem*, p. 21.

³⁷ Tomo la idea de CASTRO-GÓMEZ, S., *La hybris del punto cero. Ciencia, raza e ilustración en la Nueva Granada (1750-1816)*, Bogotá, Ed. Pontificia Universidad Javeriana, 2005.

³⁸ Parfraseo «la literatura no ha existido siempre». RODRÍGUEZ, J. C., *Teoría e historia de la producción ideológica. Las primeras literaturas burguesas*, Madrid, Ed. Akal, 1974, p. 5. Sobre sociedades sin derecho, SOUSA SANTOS, B., *Sociología jurídica crítica*, Madrid, Ed. Trotta, 2009.

³⁹ PLATÓN, *Las leyes*, Madrid, Ed. Gredos, 1999, pp. 386-387, 722b-c.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 389, 723b.

⁴¹ FÖGEN, M. T., *op. cit.*, pp. 12-13.

al mismo preámbulo⁴². ¿Qué diferencia el preámbulo del contenido de la ley propiamente dicho? ¿Hay que separar uno y otro? ¿Tienen los preámbulos carácter jurídico y, por tanto, han de ser sometidos a los requisitos de la validez? ¿Pueden declararse nulos? ¿Son los preámbulos meramente orientaciones interpretativas?

El artículo 88 de nuestro texto constitucional señala la obligatoriedad de que los proyectos de ley vengan acompañados de una exposición de motivos para que el Congreso se pronuncie sobre ellos. Se trata de que lo que se vaya a discutir y aprobar, en su caso, en la cámara de representantes venga lo suficientemente motivado, justificado, fundamentado. Este mandato constitucional lo encontramos desarrollado en el Reglamento del Congreso. Allí se repite la obligatoriedad de la exposición de motivos (art. 109) y se establece su consideración de articulado (art. 110.5). Esta lo que viene a realizar es una función de explicación y justificación del texto que antecede dirigida a quienes ostentan el poder legislativo, para convencerlos de la necesidad de la regulación y su idoneidad. Si la ley finalmente es aprobada por el poder legislativo, la exposición de motivos puede devenir preámbulo (art. 114.2). Es entonces cuando se entiende que el preámbulo es redactado por quien antes habría sido convencido por una exposición de motivos. Y este preámbulo tiene la función de explicar a la ciudadanía el contenido de la ley o de legitimación tecnocrática. Pero, ¿tiene valor normativo?

Si bien la doctrina jurídica aquí suele coincidir en negar carácter normativo a los preámbulos de las leyes, lo cierto es que, desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1981, de 12 de noviembre (fundamento jurídico 7), se entiende que los preámbulos poseen un valor interpretativo. ¿Qué quiere decir esto? Que si bien de los preámbulos no se pueden derivar derechos u obligaciones, sí que pueden determinar el significado de las disposiciones que antecede en el texto legal. De tal forma que la palabra dada por el legislador para convencer a la ciudadanía o legitimar su decisión legislativa posee un valor normativo indirecto⁴³.

Pero más allá de disquisiciones técnicas, lo que se podría señalar es el carácter paradójico del preámbulo: antecede al texto, a lo dis-

⁴² SCHMITT, C., «Kodifikation oder Novelle? Über die Aufgabe und Methode der heutigen Gesetzgebung», en *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1935, pp. 919-925. Cfr. FÖGEN, M. T., *La canción de la ley*, cit., p. 18 y «The Legislator's Monologue. Notes on the History of Preambles», *Chicago-Kent Law Review*, 70, 1995, pp. 1593 y 1611.

⁴³ TAJADURA TEJADA, J., «Concepto y valor de los preámbulos de las leyes», *La Ley*, 3, 2006, p. 1889. Como me hace notar Fernández-Crehuet López, ¿hay, en general, derecho sin interpretación? ¿No ha nacido el derecho para ser interpretado? Se ha de entender la interpretación, decía Savigny, no como una enfermedad, como aplicable a toda norma. De ahí la loa que hace a los jueces franceses y al artículo 4 del Code que obliga a interpretar. Si los preámbulos son normas orientadas a la interpretación, son meta-normas, normas de normas. Podrían ser calificadas como una suerte de supernormas.

puesto, para predisponer su explicación, por lo que, en cierta medida, debe conocerlo con anterioridad. De esa forma, posibilita que el articulado sea interpretado. Pero también se trata, como apunta Calvo González, de «contar una historia sobre el dominio de Autor(idad) en el ejercicio de la potestad y voluntad legislativa. Esa narrativa es la del Gran Relato sobre la voluntad del Legislador y su incoercible potestad técnica en la Producción jurídica, y procede como una mitología por sí misma inmotivable y, en cuanto tal, rodeada de silencio narrativo que la justifique, o donde en todo caso ese mismo mutismo constituye su justificación narrativa»⁴⁴. No hay por qué motivar la *aucltoritas* del legislador. Su existencia no puede ser cuestionada, explicada o, incluso, demostrada. Simplemente se ejercita, como destino. Lo que implica, en fin, es que el sujeto que crea la ley tiene pleno control de su propio pensamiento: «La «pretensión» del legislador en los preámbulos y exposiciones de motivos, en tanto que prólogos, es dominar por adelantado la consecuencia interpretativa, porque es allí el propio legislador quien como personaje narrativo, en voz de *voluntad legislatoris*, da cuenta de la «auténtica» interpretación»⁴⁵. Como propietario de su pensamiento, este se constituye como núcleo constitutivo de su subjetividad. Esta es la idea teológico-política dominante desde Tomás de Aquino o Descartes: el ser humano piensa y es el pensamiento lo que lo constituye como sujeto⁴⁶. Hay, por tanto, una conexión metafísica entre propiedad y pensamiento.

Y esta voluntad contenida en los preámbulos también se deja notar en las disposiciones finales, especialmente las derogatorias. De hecho, lo derogado queda implícitamente justificado en el preámbulo. De esta suerte que la ley conforma así, con preámbulo y disposición derogatoria, una trinidad. Esta trinidad esconde por medio de la persuasión del preámbulo la relación con la violencia, especialmente en las disposiciones finales y derogatorias. He aquí otra paradoja: «la canción antes de la ley es la ley, porque no puede ser la ley [...]. La ley es algo que no puede ser ordenado»⁴⁷. Por eso solo puede ser una y trina. Para que el articulado sea aplicable es preciso tanto el preámbulo como las

⁴⁴ CALVO GONZÁLEZ, J., *Derecho y narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho*, Barcelona, Ed. Ariel, 1996, p. 88.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 91.

⁴⁶ Se trata de la interpretación que se hace del Libro III de *De Anima* de Aristóteles entre tomistas y averroístas: *homo intellegit* versus *homo non intellegit*. De la postura de Averroes, que separa el pensamiento del sujeto, podríamos preguntarnos por la posibilidad de una ley impersonal. Véase ESPOSITO, R., «Fuori del pensiero», en *Termini della politica*, vol. II, Milano, Ed. Mimesis, 2018, pp. 154 ss. Sobre la disputa averroísta, KARMY BOLTON, R.; «*Homo Non Intellegit*. Para una genealogía del dispositivo universitario», 2018 (gracias a Rodrigo por el envío del manuscrito). Esposito también se ha ocupado del dispositivo teológico-político de la persona desde el campo del derecho. ESPOSITO, R., *Due. La machina della teologia politica e il posto del pensiero*, Torino, Ed. Einaudi, 2013, pp. 91-149, *Le persone e le cose*, Torino, Ed. Einaudi, 2014.

⁴⁷ FÖGEN, M. T., *La canción de la ley*, cit., p. 19.

disposiciones derogatorias. Es preciso destruir lo anterior para imponer la nueva interpretación. He aquí el carácter eminentemente teológico-político del derecho⁴⁸.

2.4 Ocultar la violencia

Toquemos una última canción. Una blues band jurídica: Hart y Fuller. Comencemos por el primero. En el capítulo IX de *The Concept of Law*, Hart plantea su conocida tesis del contenido mínimo del derecho natural. Hart parte de la separación de la validez jurídica de la moral, en tanto que la validez de las normas particulares de un sistema jurídico no tiene que incluir necesariamente (lo cual no impide que contingentemente suceda), de forma tácita o explícita, referencias a la moral o a la justicia⁴⁹. No obstante, señala cómo la continuidad de las posturas iusnaturalistas se debía a su visión teleológica. Esto ha de ponerse en relación con el derecho, incluso desde una visión positivista como la de Hart, ya que «las acciones que llamamos naturalmente buenas son las exigidas para seguir viviendo [...]. La aceptación de la supervivencia es una meta necesaria [...]. Esa aceptación está presupuesta por los propios términos de la discusión; porque nos ocupamos de medidas sociales para la existencia continuada, no de reglas para un club de suicidas»⁵⁰. En tanto que el ser humano tiende a la supervivencia y para ello se constituye en comunidad, «hay ciertas reglas de conducta que toda organización social tiene que contener para ser viable»⁵¹. Estas reglas serían comunes tanto al derecho como a la moral: «tales principios de conducta universalmente reconocidos, que tienen una base en verdades elementales referentes a los seres humanos, a su circunstancia natural, y a sus propósitos, pueden ser considerados como el *contenido mínimo* del Derecho Natural»⁵².

Este contenido mínimo vendría establecido por cinco reglas básicas sobre la base de la vulnerabilidad humana, la igualdad aproximada, el altruismo limitado, los recursos limitados y la comprensión y fuerza de voluntad limitadas. Ello se traduce en la prohibición del homicidio, la protección de la propiedad privada o el establecimiento de un sistema de cooperación.

⁴⁸ Quien mejor ha señalado este vínculo ha sido Massimo Cacciari. Véanse, por ejemplo, *Iconne delle legge*, Milano, Ed. Adelphi, 1985 y «Derecho y justicia: ensayo sobre la dimensiones teológicas y místicas de la política moderna», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 30, 1990, pp. 53-88. En la doctrina jurídica española sin duda hay que citar a CLAVERO, B., *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, Milano, Ed. Giuffrè, 1991, y *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la Trinidad constitucional*, Madrid, Ed. Trotta, 2007.

⁴⁹ HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1998, p. 229.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 236 y 238.

⁵¹ *Ibidem*, p. 238.

⁵² *Ibidem*, pp. 238-239.

Pero la moral interna del derecho iría más allá de estos elementos básicos. Esta incluso pergeñaría formalmente el sistema jurídico, una suerte de justicia formal, «una versión procesal del derecho natural»⁵³. Ahora es el turno de Fuller. Los ocho requisitos de la moral interna del derecho que establece son: a) generalidad de las leyes; b) promulgación y publicidad; c) irretroactividad; d) claridad; e) no contradicción; f) posibilidad; g) estabilidad; h) congruencia entre lo que dice la ley y la acción oficial⁵⁴. Si un sistema jurídico incorpora estos principios diríamos que es un sistema jurídico racional que presupone la racionalidad de los sujetos. De ahí que a un ser racional solo se le puede imponer unas normas también racionales. Fuller lo señalaba así: «toda desviación de los principios de la moral interna del derecho es una afrenta a la dignidad del hombre como factor responsable. Juzgar sus acciones por leyes no publicadas o retroactivas, u ordenarle que cometa un acto que es imposible, es demostrar nuestro desprecio por sus facultades de libre determinación»⁵⁵. La racionalidad de un sistema que cumpla con esta moral interna del derecho garantizaría la certeza y la seguridad jurídica, siempre hablando en términos formales, no materiales. Y esta melodía entonada por Fuller no dista mucho de la de Hart. En él también encontramos generalidad de las normas, perdurabilidad, publicidad, claridad, inteligibilidad. Los principios de legalidad serían otra forma de entender la moral interna del derecho⁵⁶. Su cumplimiento deriva en la moralidad de los propósitos de los órdenes jurídicos, en tanto que, incluso, «se pueden considerar morales a los principios de legalidad, pues no son sino las condiciones que permiten la realización del propósito del derecho»⁵⁷.

El respeto a esos principios de legalidad o moral interna del derecho justificaría, por ejemplo, la expulsión de una minoría. La legalidad tendría un valor moral que haría de la expulsión de los judíos de Granada en 1492 un acto concorde con los principios de la legalidad o moral interna del derecho, pero contrario en el exterminio nazi. Y ello porque el decreto de expulsión de 1492 cumpliría con los requisitos de la generalidad, publicidad, estabilidad, previsibilidad y seguridad jurídica, ausente en la solución final durante el nazismo. Sostiene Antonio Peña Freire que ambos episodios merecen una contundente condena moral, «no obstante, creo que el nivel de iniquidad del exterminio incondicional es mayor que el de la expulsión»⁵⁸. Y es que al sostener

⁵³ FULLER, L., *La moral del derecho*, México, Ed. F. Trillas, 1967, p. 110.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 56-104.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 180.

⁵⁶ ESCUDERO ALDAY, R.; *Positivismo y moral interna del derecho*, Madrid, Ed. CEPC, 2000, pp. 31-164.

⁵⁷ PEÑA FREIRE, A. M., *Legalidad y orden jurídico*, Barcelona, Ed. Atelier, 2018, p. 152.

⁵⁸ Es lo que defiende el profesor Peña Freire al comparar el cumplimiento de los principios de legalidad de Fuller entre la expulsión de los judíos de Granada en 1492 y el exterminio nazi. El primero sí cumpliría con los principios de legalidad, mientras

los principios de legalidad o moral interna del derecho lo que se está haciendo es recorrer un camino de ida y vuelta: la legalidad hace entrar a la moral en el derecho y viceversa. Lo que lleva a sostener que «un Estado de derecho es un orden de legalidad [...] no se puede tener derecho sin tener Estado de derecho»⁵⁹.

Sin entrar a discutir la posible diferencia entre el decir veraz de los decretos de los Reyes Católicos y los acontecimientos vividos en Granada —o incluso la otra expulsión y el otro exterminio silenciado, el del pueblo gitano⁶⁰—, pues pareciera que lo dicho por el derecho performara la realidad⁶¹, lo que encontramos en el gran relato Hart-Fuller, y como muestra el ejemplo granadino, es una legitimación del derecho por ser derecho en sí. Es decir, no se trata de cuestionar la moralidad o justicia del derecho, sino qué es derecho y qué no lo es para salvaguardar, precisamente, la relación intrínseca entre derecho (el que verdaderamente es) y justicia. Lo que esta posición oculta, desplazando para no verse contaminado, es la violencia. La estrategia de Hart, por ejemplo, es sencilla. Si su obra descansa sobre la crítica de Austin, recordemos que este define el derecho como órdenes del soberano respaldadas por amenazas⁶², lo que hace Hart es cambiar los términos para excluir la violencia: en lugar de órdenes respaldadas por amenazas, hablará de reglas; de normas en lugar de mandatos; de consecuencias jurídicas negativas en lugar de sanciones. Ocultada la violencia, la legitimación es más sencilla. El derecho no sería coerción, sino normación. Como apunta Maria Pina Fersini, «todo el ensayo puede leerse como un intento de anular los aspectos violentos del

que el segundo no. PEÑA FREIRE, A. M., *op. cit.*, p. 245. Como me señala el prof. Fernández-Crehuet López, la postura es extraña si se tiene en cuenta que los historiadores y especialistas han dedicado ríos de tinta al derecho nazi: Michael Stolleis (*Recht im Unrecht*), Bernd Rüthers (*Die Unbegrenzte Auslegung*), Martin Broszat (*Der Staat Hitler*) o Lothar Gruchmann (*Justiz im Dritten Reich*). Difícil defender, pues habría que enfrentarse a todos estos autores, que el derecho que articuló el régimen nazi no era derecho. Esta santificación del fenómeno jurídico choca con otro importante escollo: que el derecho nazi está entreverado con normas anteriores provenientes de la época de Weimar y es imposible pensarlo sin ellas. Piénsese en el código civil que no se modifica. Rüthers y Stolleis han puesto de manifiesto cómo la legislación se aplica bien por medio de una interpretación sin límites o aplicando cláusulas abiertas, pero de ahí a que el derecho del Holocausto por inocuo o por contenidos internos no fuera derecho hay un salto insalvable.

⁵⁹ PEÑA FREIRE, A. M., *op. cit.*, p. 94.

⁶⁰ GARCÍA LÓPEZ, D. J., y CASTILLO ORTIZ, P. J., «La represión silenciosa del pueblo olvidado: gitanos bajo el franquismo», en Fernández-Crehuet López, F. y García López, D. J. (Eds.), *Derecho, memoria histórica y dictaduras*, Granada, Ed. Comares, 2009, pp. 367-396.

⁶¹ No hay que pasar por alto cómo durante la dictadura franquista se reconstruyó la historia y uno de los pasajes que fueron rememorados según los postulados nacionalcatólicos fue, precisamente, 1492. Una lectura contrahegemónica de lo que supone 1492 en GARCÍA FERNÁNDEZ, J.; *Descolonizar Europa. Ensayos para pensar históricamente desde el Sur*, Madrid, Brumaria, 2019.

⁶² AUSTIN, J., *El objeto de la jurisprudencia*, Madrid, Ed. CEPC, 2002, especialmente pp. 33-53.

derecho por medio de un cambio de terminología en su descripción [...]. La violencia se eclipsa para hacer posible un mundo jurídico normalizado»⁶³. Al desaparecer la violencia del lenguaje, nos sustrae de su análisis, quedando el derecho legitimado sin cuestionar su fundamento, configurando un sujeto unívoco, cerrado y no situado⁶⁴. Este tipo de posiciones nos impide leer(nos en) la violencia⁶⁵.

Si en lugar de Hart o Fuller leyéramos a Benjamin otros acordes sonarían: *Gewalt*. Tanto el derecho natural como el derecho positivo, tanto Fuller como Hart, utilizan el mismo significado para la relación entre justicia, derecho y violencia. Se trata de la dialéctica medios-fines. Así, la concepción iusnaturalista justifica medios violentos para fines justos⁶⁶. De esta forma, el derecho no conoce la justicia, sino la justificación de los medios (que pueden ser o no violentos): un fin justo justifica la violencia de los medios.

Del mismo modo, pero a la inversa, ocurre con el positivismo jurídico. Si aparentemente pareciera una corriente diametralmente opuesta al iusnaturalismo, ambos mantienen un dogma fundamental: «pueden alcanzarse fines justos mediante medios legítimos, y unos medios legítimos se pueden aplicar a fines justos»⁶⁷. Si el derecho natural justifica los medios a través de la justicia de los fines (por ejemplo, el fin de la seguridad justifica, la suspensión de derechos fundamentales), el derecho positivo garantiza la justicia de los fines a través de la legalidad de los medios (por ejemplo, la mayoría puede decidir, si el medio es conforme a derecho, situar en la excepción a la minoría). Es así que Benjamin distinguió dos tipos de violencia. La violencia instauradora y la violencia conservadora de derecho serían partícipes de esa dialéctica medios-fines. Obviamente esta melodía nos suena mucho: Hart-Fuller.

Toda violencia, en tanto que medio, es instauradora o conservadora de derecho⁶⁸, porque, en última instancia, el derecho y su monopolio sobre la violencia no trata de proteger ciertos bienes, sino «salvaguardar el derecho como tal»⁶⁹. Por eso Esposito entiende que la violencia no precede ni sigue al derecho, sino que lo constituye: «en última instancia, el derecho consiste en esto: una violencia a la violencia por el control de la violencia»⁷⁰. Por eso toda violencia que se halle dentro del derecho, independientemente de su contenido, será legítima. Se

⁶³ FERSINI, M. P., «Derecho y violencia. La apuesta de la diferencia», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXXII, 2016, p. 280.

⁶⁴ Es el tipo de sujeto que se contrapondría al que plantea HARAWAY, D., «Situated Knowledges», *Feminist Studies*, vol. 14, 3, 1988, pp. 575-599.

⁶⁵ Por eso la pregunta, con Piglia, sería ¿cómo narrar el horror de los hechos reales? PIGLIA, R., *Respiración artificial*, Ed. Anagrama, 1980.

⁶⁶ BENJAMIN, W., «Hacia la crítica de la violencia», en *Obras*, L. II, vol. 1, Madrid, Ed. Abada, p. 183.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 184.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 193.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 187.

⁷⁰ ESPOSITO, R., *Immunitas. Protección y negación de la vida*, Buenos Aires, Ed. Amorrortu, 2005, p. 46.

trata de una cuestión de ubicación y, al mismo tiempo, de una tautología: la violencia del derecho es legítima porque es ejercida por una autoridad legítima. Es por ello que «el derecho puede ser definido como el procedimiento de interiorización de aquello que permanece externo a él: su hacerse interno. [...] La violencia no es más que un pasaje interno al derecho –su caja negra– y que el derecho no es más que un pasaje interno a la violencia: su racionalización. [...]. No hay dos historias –la del derecho y la de la violencia–, sino una sola: del derecho violento y de la violencia jurídica»⁷¹.

Algo similar ocurre con el llamado postpositivismo y el giro argumentativo⁷². Esta postura no deja de enfocar el mundo jurídico en enunciados lingüísticos contenidos en formas estrictamente jurídicas, ya sean leyes o resolución de problemas prácticos (tecno-praxis) que entienden el derecho como medio y como fin⁷³. De hecho reconoce la herencia recibida de la filosofía analítica⁷⁴. Este postpositivismo queda anclado en un contexto de cultura de los derechos y en un auge de la argumentación⁷⁵. La primera se refiere a un fenómeno global propiamente moderno en el que en la relación gobernante-gobernado primaría la visión del segundo (por tanto, individualista) que enlaza directamente con la segunda: «el «giro argumentativo» tiene que significar también un giro de carácter moral y político; y todo ello debería tener un reflejo en la enseñanza del Derecho [...]. No hay, no puede haber, ninguna otra forma de entender lo que significa el giro argumentativo en la edad de los derechos»⁷⁶. Pero hay un dato que se escapa al postpositivismo y al giro argumentativo: también esconde la violencia. Butler lo ha planteado bien. Ya no estamos en el tiempo de los derechos –por decirlo con Bobbio⁷⁷–, sino de la suspensión de los derechos⁷⁸: «la soberanía se reintroduce por el mismo acto en que el Estado suspende la ley o la distorsiona para su propio beneficio»⁷⁹. Se trata de un ejercicio inédito de la soberanía: no dentro, sino fuera de la

⁷¹ *Ibidem*, p. 48. Benjamin localizó otra violencia que ni crea ni conserva derecho: *reine Gewalt*, violencia pura, divina o mesiánica. Se trata de una violencia puramente destructiva que interrumpe la lógica mítica del derecho como obra humana. BENJAMIN, W., *op. cit.*, pp. 202-203.

⁷² Véase ATIENZA, M., *Filosofía del derecho y transformación social*, Madrid, Ed. Trotta, 2017.

⁷³ ATIENZA habla de la dimensión organizativa y finalista del derecho. ATIENZA, M., *op. cit.*, pp. 38-40. En cierta medida, esa vocación práctica de la teoría lo que hace es evitar la teoría crítica y, por ende, ocultar aún más la relación violencia-derecho.

⁷⁴ ATIENZA, M., *op. cit.*, p. 69.

⁷⁵ «El giro argumentativo en la teoría del derecho contemporánea», en ATIENZA, M., *op. cit.*, pp. 96-116.

⁷⁶ ATIENZA, M., *op. cit.*, p. 116.

⁷⁷ BOBBIO, N., *L'età dei diritti*, Torino, Ed. Einaudi, 1990.

⁷⁸ GARCÍA LÓPEZ, D. J., «El fin de todos los derechos: el cuerpo viviente como umbral de la democracia», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 52, 2018, pp. 223-247.

⁷⁹ BUTLER, J., *Vida precaria. El poder del duelo y la violencia*, Buenos Aires, Ed. Paidós, 2006, p. 84.

ley. Estamos ante un resurgimiento de la soberanía como un fantasma en el interior de la gubernamentalidad. Y este resurgir no se hace desde la garantía del imperio de la ley, sino desde su suspensión y la abolición de la división de poderes. La soberanía se ejerce precisamente en el acto de suspensión. O con otras palabras: «no es que el poder soberano suspenda el estado de derecho, sino que el estado de derecho, en el acto de quedar suspendido, produce la soberanía *por medio de dicho acto, como efecto*»⁸⁰. De ahí que si la soberanía se ejerce por medio de la suspensión de la ley, la gobernabilidad se realizará por medio de un poder administrativo extrajurídico: «el Estado no está sujeto al estado de derecho, pero la ley puede suspenderse o desplegarse táctica y parcialmente para cumplir con los requisitos de un Estado que busca cada vez más dotar de un poder soberano al Ejecutivo y a la administración»⁸¹. Es así que se crea un espacio extrajurídico o paralegal. ¿Qué consecuencias tiene esta *inversión* de la relación de la soberanía con la ley? Que nos encontramos ante una soberanía que no tiene que responder ante ninguna ley (ni ante nadie). Es así que «el Estado produce una ley que no es una ley, una corte que no es una corte, un proceso que no es un proceso»⁸². Se trata de un poder extralegal, un poder sin ley.

Si ya no estamos en el tiempo de los derechos y este ha funcionado como presupuesto del giro argumentativo, habrá que plantearse en qué lugar estamos ahora. Rehbinder, siguiendo a Llewellyn, habló de seis funciones del derecho, a saber: resolución de conflictos (función de reacción), orientación del comportamiento (función de orden), legitimación y organización del poder social (función constitucional), configuración de las condiciones de vida (función de planificación) y cuidado del derecho (función de supervisión)⁸³. Ferrari, por su parte, de tres: orientación social, tratamiento de conflictos declarados y legitimación del poder⁸⁴. Pero todas, como ocurre con lo señalado con Hart, Fuller o el postpositivismo, se reducen a la neutralización del conflicto (ya sea entre individuos, entre el individuo aislado o entre los individuos como colectividad, o legitimando el poder para evitar el conflicto social) y la ocultación de la violencia.

3. EL DISPOSITIVO DE LA TEORÍA DEL DERECHO

¿Por qué calificar a la teoría del derecho como dispositivo? Foucault entendía el dispositivo como «un conjunto decididamente hete-

⁸⁰ BUTLER, J., *op. cit.*, p. 96.

⁸¹ *Ibidem*, p. 85.

⁸² *Ibidem*, p. 91.

⁸³ REHBINDER, M., *Sociología del derecho*, Madrid, Ed. Pirámide, 1981, pp. 155-170.

⁸⁴ FERRARI, V., *Funciones del Derecho*, Madrid, Ed. Debate, 1989, pp. 111 ss.

rogéneo, que comprende discursos, instituciones, instalaciones arquitectónicas, decisiones reglamentarias, leyes, medidas administrativas, enunciados científicos, proposiciones filosóficas, morales, filantrópicas; en resumen: los elementos del dispositivo pertenecen tanto a lo dicho como a lo no-dicho. El dispositivo es la red que puede establecerse entre estos elementos»⁸⁵. El objetivo del dispositivo, en tanto red heterogénea de relaciones de saber/poder (cárcel, psiquiátrico, escuela, formas arquitectónicas, procedimientos, reglamentos...), consiste en imprimir sobre el cuerpo de cada individuo un conjunto de saberes, de prácticas discursivas y no discursivas, de instituciones, para poder gestionarlo, administrarlo, controlarlo, gobernarlo. Por eso el dispositivo, en tanto red, no funciona desde lo represivo capturando individuos, sino desde la producción de sujetos por medio de un conjunto heterogéneo y multiforme de instituciones, normas, reglamentos, formas de comportamiento, técnicos, etc. que, asignando a un sujeto la potestad para garantizar la veracidad del discurso, controlan, orientan, determinan, modelan y aseguran gestos, conductas, cuerpos, etc. En definitiva, el dispositivo produce distintas posiciones de los sujetos en el espacio del ovillo⁸⁶.

Por eso el derecho no solo son leyes. También encontramos aparatos, instituciones, reglamentos, actores, destinatarios, normas⁸⁷. Si tradicionalmente la teoría del derecho se ha centrado en la relación de soberanía, el dispositivo nos abre la perspectiva de la dominación⁸⁸. Tal como señaló Foucault: «decir que el problema de la soberanía es el problema central del derecho en las sociedades occidentales significa que el discurso y la técnica del derecho tuvieron la función esencial de disolver, dentro del poder, la existencia de la dominación, reducirla o enmascararla para poner de manifiesto, en su lugar, dos cosas: por una parte, los derechos legítimos de la soberanía y, por la otra, la obligación legal de la obediencia»⁸⁹. Por eso el dispositivo funcionará por medio de normas que disciplinan al sujeto durante toda su vida (frente a la ley que solo se activa por medio de su vulneración)⁹⁰.

⁸⁵ FOUCAULT, M., «El juego de Michel Foucault», en *Saber y verdad*, Madrid, La Piqueta, 1985, p. 127.

⁸⁶ DELEUZE, G., «¿Qué es un dispositivo?», en VV. AA., *Michel Foucault, filósofo*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 155.

⁸⁷ Véase el excelente libro de TUCCI, A., *Dispositivi della normatività*, Torino, Ed. Giappichelli, 2018.

⁸⁸ FOUCAULT, M., *Hay que defender la sociedad*, Madrid, Akal, 2003, p. 32.

⁸⁹ FOUCAULT, M., *op. cit.*, pp. 31-32.

⁹⁰ Esta forma de entender el dispositivo a través de Foucault es en cierto modo histórico-crítica. Otra perspectiva la proporciona Agamben desde una visión onto-teológica por mediación del último Heidegger y su concepto *Gestell* (en *Die Technik und die Kehre*, 1962). La aproximación onto-teológica la realiza por medio de la vinculación del término griego *oikonomia* como pura actividad de gobierno, un conjunto de praxis, saberes, medidas o instituciones que tienen como fin gestionar, gobernar, controlar y orientar los comportamientos, gestos o pensamientos de los seres humanos. En cierta

El dispositivo nos atrapa en sus redes, determinando nuestras vidas por medio del dominio y el cálculo. ¿Cómo acabar con el dispositivo? ¿O, incluso, cómo desprogramar el dispositivo y reprogramarlo en otra dirección? De ello nos ocuparemos un poco más adelante. Ahora interesa responder a la pregunta de por qué entender la teoría del derecho como un dispositivo, con toda la carga teológico-política señalada. Entender la teoría del derecho como un dispositivo es preguntarse por cómo funciona y qué funciones desarrolla.

Al concebir la teoría del derecho como un dispositivo debemos abandonar toda visión que lo naturalice. Pero también toda visión que entienda el derecho como abstracción y forma, como algo externo a la sociedad que regula. El dispositivo de la teoría del derecho establece lo pensable, lo decible, lo visible. Al calificar la teoría del derecho como dispositivo estamos adentrándonos en su naturaleza material que hace hincapié en cómo produce efectos sobre nuestras corporalidades, en cómo produce subjetividad y sujeción. Desde su posición estratégica, ordena el poder, gobierna la urgencia (crisis). Establece un marco de configuración de sentido de la realidad⁹¹. Como si el derecho fuera un objeto de estudio neutral y necesario, la teoría del derecho oculta la intrínseca, mimética, relación entre derecho y violencia, como ya apuntara Benjamin. El derecho necesita de la dramatización, del ritual, para hacerse valer. Un ritual que incluso justifica el sacrificio: el derecho satisface su violencia por medio del sacrificio del cuerpo viviente. Pensemos en cómo el dispositivo de la crisis ha sacrificado a una parte de la población, entendida como un peligro, para garantizar la supervivencia de otra, minoritaria. Se trata de una forma de inmunización, en el sentido que ha dado a este término Esposito⁹², donde legalidad y legitimidad se confunden, como también Estado de Derecho y Democracia. El dispositivo de la teoría del derecho no decide sobre la resolución de la crisis, sino que dispone la funcionalidad del gobierno de las vidas. Se trata de una suerte de arte de gobierno. Decía Wiethölter que «el malestar por el derecho es por tanto malestar porque buscamos un derecho del que tenemos necesidad, pero no logramos encontrarlo para nosotros y para nuestro tiem-

medida, Esposito contesta a Agamben al situar en un texto anterior de Heidegger (*Das Gestell*, de 1949) la polémica. Plantea otro significado, en tanto que la significación que le da Agamben por medio del último Heidegger es intraducible al léxico de Foucault. Esposito apuesta por la conexión entre *Gestell* y *Machenschaft*, por el significado de *maquinación* para hacerlo compatible con la noción de dispositivo de Foucault, uniendo así teología y política cuyo fin es sujetar la existencia por medio la separación de sí misma. Los textos de la polémica: AGAMBEN, G., *Che cos'è un dispositivo?* Milano, Ed. Nottetempo, 10.^a ed., 2018 y ESPOSITO, R., *Due*, cit., pp. 18-24.

⁹¹ Y al excluir otros tipos de saberes, se excluye la construcción del mundo. Es lo que Boaventura de Sousa Santos ha llamado *epistemicidio*, en *Una epistemología del sur*, México, Ed. Siglo XXI, 2009. El sociólogo luso también ha señalado cómo se produce la monumentización de la ciencia en *Decolonising the University. The Challenge of Deep Cognitive Justice*, Ed. Cambridge Scholar Publishing, 2017.

⁹² ESPOSITO, R., *Immunitas*, cit.

po, porque aún no existe»⁹³. Quizás debamos buscar un derecho no inmunitario pero para ello necesitamos otra teoría del derecho⁹⁴.

4. HACIA UNA ONTOLOGÍA POLÍTICO-JURÍDICA DE LA ACTUALIDAD

Deleuze y Guattari, en su *Qu'est-ce que la philosophie?*, plantearon la filosofía como una actividad política. Siguiendo la estela de Nietzsche, entendieron la labor de la filosofía como la creación de conceptos intempestivos. Se trata de una visión utópica en el sentido de articular nuevas formas de identidad «para apelar a una tierra nueva, a un pueblo nuevo» que aún no existe⁹⁵. Lo intempestivo lo que provoca es la discontinuidad, la multiplicidad de subjetividades y luchas (frente a las posiciones que necesitan de un sujeto como origen y sentido del relato histórico) o la irreductibilidad de la vida (frente a la función teológica del juicio)⁹⁶. Lo que se ha puesto de manifiesto en este artículo es precisamente cómo las imágenes del pensamiento jurídico (el gran relato iusfilosófico de buena parte del xx y del xxi, la construcción de una impoluta *Rechtstheorie*) ponen límites a nuestra capacidad para pensar, haciéndonos conformistas con la naturaleza del pensamiento, con la única imagen dogmática del pensamiento jurídico. De ahí que necesitemos «un pensamiento que llevase a la vida hasta el final de lo que puede. En lugar de un conocimiento que se opone a la vida, establecer un pensamiento que afirmaría la vida. La vida sería la fuerza activa del pensamiento, pero el pensamiento el poder afirmativo de la vida. Ambos irían en el mismo sentido, arrasrándose uno a otro y barriendo los límites, paso a paso, en el esfuerzo de una creación inaudita. Pensar significaría: *descubrir, inventar nuevas posibilidades de vida*»⁹⁷.

⁹³ WIETHÖLTER, R., «Las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica», Madrid, Ed. *Revista de Derecho Privado*, 1991, p. 36.

⁹⁴ Luis Lloredo Alix ha planteado la crisis de la filosofía jurídica hegemónica precisamente porque las condiciones materiales donde se desarrolla han cambiado con respecto a las condiciones de cuando se impuso. LLOREDO ALIX, L., «La filosofía del derecho en tiempos de crisis: en torno al estatus epistemológico de la filosofía jurídica», en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 16, 2013, pp. 109-133. Más extensamente en *La filosofía del derecho en tiempos de crisis*, Ed. Olejnik, 2018. En esa línea, Manuel Calvo ha planteado la necesidad de una *teoría socio-jurídica del derecho*, pero como sustrato que añadir a la filosofía jurídica analítica. CALVO GARCÍA, M., «¿Cabe un enfoque socio-jurídico en la teoría del derecho?», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010, pp. 371-394, y «Transformaciones jurídicas y teoría del derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 28, 2012, pp. 33-53.

⁹⁵ DELEUZE, G., y GUATTARI, F., *¿Qué es la filosofía?*, Barcelona, Ed. Anagrama, 2015, p. 101.

⁹⁶ KARMY BOLTON, R., cit.

⁹⁷ DELEUZE, G., *Nietzsche y la filosofía*, Barcelona, Ed. Anagrama, 1998, p. 143.

Unos años antes que Deleuze y Guattari, Heidegger se hizo la misma pregunta: *Was ist das-die Philosophie?*. En este texto es importante resaltar la relación entre pensamiento e historia (en el texto de los franceses la relación es con el espacio, una geofilosofía): «la afirmación “la filosofía es griega en su esencia” no dice otra cosa que: Occidente y Europa, y solo ellos, son en lo más profundo de su curso histórico originariamente “filosóficos”»⁹⁸. La filosofía queda así marcada por la temporalidad: «la pregunta [¿qué es la filosofía?] es básicamente una pregunta histórica, es decir, una pregunta en la que está en juego nuestro destino colectivo. Más aún: no es “una” pregunta, es *la* pregunta histórica de nuestra existencia europea occidental»⁹⁹. De ahí que, como sostiene Esposito, «cada saber filosófico –sea de tipo analítico o metafísico– que se coloca fuera de la relación con la propia historicidad no es capaz de responder a la pregunta “¿qué es la filosofía?”, porque le faltan los instrumentos esenciales para autointerpretarse»¹⁰⁰.

Portanto, historicidad (Heidegger) y espacialidad (Deleuze & Guattari) para crear nuevos conceptos en torno a la vida (y aquí hay que remitirse a Arendt). Teniendo presente esta tarea, para desterritorializar el dispositivo de la teoría del derecho, para salir de una suerte de subjetividad terapéutica del derecho, debemos elegir. Foucault propuso los términos en el curso que impartió en el Collège de France sobre *Was ist Aufklärung?* de Kant: «todo un sector de la filosofía moderna, desde el siglo XIX, se presentó, se desarrolló como analítica de la verdad. Es este tipo de filosofía el que vamos a reencontrar ahora bajo la forma de la filosofía, digamos, analítica anglosajona. Pero dentro de la misma filosofía moderna y contemporánea hay otro tipo de cuestión, otro modo de interrogación crítica: la que vemos surgir, justamente, en la cuestión de la *Aufklärung* o el texto sobre la revolución. Esta otra tradición crítica no plantea la cuestión de las condiciones en que es posible el conocimiento verdadero; es una tradición que pregunta: ¿qué es la actualidad?, ¿cuál es el campo actual de nuestras experiencias?, ¿cuál es el campo actual de las experiencias posibles? No se trata de una analítica de la verdad, se trataría de lo que podríamos llamar una ontología del presente, una ontología de la actualidad, una ontología de la modernidad, una ontología de nosotros mismos»¹⁰¹.

Aquí tenemos los polos de la elección: analítica de la verdad u ontología de la actualidad. Foucault, como es sabido, apuesta por la

⁹⁸ HEIDEGGER, M., *¿Qué es la filosofía?*, Barcelona, Ed. Herder, 2004, p. 35.

⁹⁹ *Ibidem*, pp. 39-40.

¹⁰⁰ ESPOSITO, R., «Che cos'è la filosofia?», en *Termini della politica*, cit., p. 177.

¹⁰¹ FOUCAULT, M., *El gobierno de sí y de los otros. Curso en el Collège de France (1982-1983)*, Madrid, Ed. Akal, 2011, p. 29.

segunda¹⁰². La ontología de la actualidad se pregunta por «¿qué pasa hoy?, ¿qué es ese “ahora” dentro del cual estamos unos y otros, y que es el lugar, el punto [desde el cual] escribo? [...]. ¿Qué es aquello que, en el presente, tiene sentido actualmente para una reflexión filosófica?»¹⁰³. Este interrogarse por la actualidad es un interrogarse por el nosotros mismos: «no ya en la búsqueda de las estructuras formales que tienen valor universal, sino como investigación histórica a través de los acontecimientos que nos han llevado a constituirnos y a reconocernos como sujetos de lo que hacemos, pensamos, decimos. En ese sentido, esta crítica no es trascendental, y no tiene como fin hacer posible una metafísica: es genealógica en su finalidad y arqueológica en su método»¹⁰⁴.

De ahí que la ontología de la actualidad no trata de ser una teoría, sino un *ethos* filosófico «que podría caracterizarse como crítica permanente de nuestro ser histórico»¹⁰⁵. Y uno de los focos de esa crítica ha de ser la racionalidad jurídico-política predominante del gobierno de los otros. De ahí que «el problema político, ético, social y filosófico de nuestros días no consiste en tratar de liberar al individuo del Estado, y de las instituciones del Estado, sino liberarnos del Estado y del tipo de individualización vinculada con él. Debemos fomentar nuevas formas de subjetividad mediante el rechazo del tipo de individualidad que se nos ha impuesto durante varios siglos»¹⁰⁶. La ontología de la actualidad, del nosotros mismos, nos plantea la posibilidad de otra forma, de otra subjetividad, de un gobierno de sí, de una estética de la existencia. Y en su centro, la vida. No entendida en un sentido biologicista, sino en lo que se ha venido a llamar el *biological turn*¹⁰⁷ –parafraseando el *linguistic turn* de las décadas precedentes. Esto es, un horizonte en el que el *bios* articule el pensamiento: «hoy la vida, junto a tiempo y al espacio, a la historia y a la política, está en el centro de la filosofía contemporánea»¹⁰⁸. Vida, historia y política son los tres ejes sobre los que debería girar la teoría del derecho que viene frente a la ahistoricidad, la neutralización y el ocultamiento de la nuda vida y la violencia que analizamos en el segundo epígrafe. La teoría del derecho, desde la analítica hasta el giro argumentativo, pretende una lucha por el lengua-

¹⁰² Quien mejor se ha ocupado desde la Filosofía del Derecho española es, sin duda, Julián Sauquillo. Véanse sus libros *Michel Foucault: una filosofía de la acción*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1989; *Para leer a Foucault*, Madrid, Ed. Alianza, 2001; *Michel Foucault: poder, saber y subjetivación*, Madrid, Ed. Alianza, 2017.

¹⁰³ *Ibidem*, pp. 21 y 22.

¹⁰⁴ FOUCAULT, M., «¿Qué es la Ilustración?», en *Sobre la Ilustración*, Madrid, Ed. Tecnos, 2006, p. 91.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 86.

¹⁰⁶ FOUCAULT, M., «El sujeto y el poder», *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 50, núm. 3, 1988, p. 11.

¹⁰⁷ Quizás sea más correcto *biopolitical turn*. Podríamos hacer un juego de lenguas y hablar de *giro biopolitique*, ya que ha sido concebido en francés (Foucault) y desarrollado en italiano (Agamben, Esposito, Negri).

¹⁰⁸ ESPOSITO, R., «Che cos'è la filosofia?», cit., p. 187.

je que no es más que una cortina de humo que camufla la apropiación del proceso que permite enunciar el lenguaje. Una ontología político-jurídica de la actualidad podría disipar ese humo.

Necesitamos plantear otro lenguaje para (o del o en) el derecho, forzar sus confines lexicales, otros conceptos para la teoría del derecho, de tal forma que sea posible un cambio de paradigma. ¿En qué categorías podemos ubicar esta ontología de la actualidad? *Katéchon* y *bíos*, esto es, antagonismo y gubernamentalidad, teología política y biopolítica. Si la primera organiza un gobierno de la crisis, la segunda configura la crisis como forma de gobierno de las vidas¹⁰⁹. El elemento común reside, como vemos, en la crisis.

Krino, en griego, significaba tanto separar como decidir. De ahí procede la palabra *Krisis*, esto es, juicio, desenvolvimiento del proceso judicial, someter al proceso, enjuiciar. Pero *krisis* también poseía una valencia médica y teológica: la primera referida al momento decisivo en el que el médico anuncia el diagnóstico sobre el desarrollo de la enfermedad, juzgando si el paciente morirá o sobrevivirá; la segunda al *juicio final*¹¹⁰.

Por tanto, *krisis* implicaba, desde los tres ámbitos (jurídico, médico y teológico), justicia o injusticia, vida o muerte, salvación o condena. *Krisis* haría referencia, en el plano terrenal, a la ordenación de la ciudad o al pronóstico de la regularidad de una enfermedad, pero también, en un plano *cósmico*, a la verdadera justicia, aquel acontecimiento que no se sabe cuándo exactamente llegará aunque se tiene certeza de que llegará. Pero estos convergen, en cierta medida, en su traslación al latín: «es un concepto procesual que, como ocurre en un proceso jurídico, lleva a una decisión. Indica aquel período del tiempo en el que la decisión es inminente, pero aún no ha recaído»¹¹¹.

Por eso la crisis es una forma de juicio, de tal modo que desde la teología política se entiende desde el modelo del juicio final, juicio escatológico a partir del cual se gobierna el aplazamiento; mientras que desde la biopolítica se hace partiendo de la medicina: conservación de la vida del paciente enfermo y restablecimiento de las condiciones de salud anteriores a aquel conflicto que lo situó entre la vida y la muerte. Ambas consisten en una decisión final, tomada ahora por técnicos, para conservar y administrar el orden, de ahí que sea necesario configurar un estado de excepción. Como señala Gentili, «la crisis económica de matriz neoliberal no produce de hecho un «estado de excepción», sino que –como sostenía ya en 1940 Walter Benjamín– ha

¹⁰⁹ GENTILI, D., «Il dispositivo della crisi. Antagonismo e governamentalità», en Gentili, D. y Stimilli, E. (Eds.), *Differenze italiane. Politica e filosofia: mappe e sconfimenti*, Roma, Ed. DeriveApprodi, 2015, p. 146.

¹¹⁰ KOSELLECK, R., *Crítica y crisis. Un estudio sobre la patogénesis del mundo burgués*, Madrid, Ed. Trotta, 2007, p. 241.

¹¹¹ KOSELLECK, R., *op. cit.*, p. 243. GENTILI, D., *Crisi come arte di governo*, cit., pp. 28-46.

hecho de la excepción la regla»¹¹². Si en Platón y en Hipócratas la decisión del médico o del juez ante la crisis estaba al servicio del poder político, ahora el juicio se configura como arte de gobierno biopolítico, pues, aunque se presente como una crisis económica, funciona como un dispositivo de gobierno, produciendo y regulando las conductas de las formas de vida. Recordemos a Thatcher: «If you change the approach you really are after the heart and soul of the nation. Economics are the method: the object is to change the soul»¹¹³.

Es este campo de tensión entre teología política y biopolítica, que separa la vida en bíos/zoé o persona/cuerpo, al que la teoría del derecho debería prestar atención. Y debería hacerlo para plantear ya no la neutralización, sino el conflicto; ya no la persona, sino el cuerpo viviente¹¹⁴. Un conflicto en el que la vida no quede sujeta. Se trata de una concepción del conflicto como biopolítica afirmativa, como política de las formas-de-vida, de las vidas indivisibles de su forma¹¹⁵. Para ello, la teoría del derecho debe aproximarse al acontecimiento, debe dejar de ser observador de hechos y convivir con acontecimientos, sin tiempo cronológico¹¹⁶.

5. CONCLUSIÓN: HEGEL EN EL PALAZZO CAVALCANTI¹¹⁷

Hegel no solo estuvo atento a su tiempo. También lo hizo con otros. El puente que construyó desde Jena lo llevó a Atenas pero también a Roma¹¹⁸. Hagamos un juego de ficción científica. ¿Qué hubiera pasado si ese puente hubiera desembarcado en Nápoles y no en Roma? ¿Cambiaría el inicio de este artículo? Deleuze quizás tenga una respuesta: trastocar el dispositivo. Señalaba al respecto: «Los dispositivos tienen, pues, como componentes líneas de visibilidad, de enunciación, líneas de fuerzas, líneas de subjetivación, líneas de ruptura, de fisura, de fractura, que se entrecruzan y mezclan mientras unas suscitan otras a través de variaciones o hasta de mutaciones de

¹¹² GENTILI, D., *Crisi come arte de governo*, cit., p. 10.

¹¹³ Entrevista en *Sunday Times*, 3 de mayo de 1981. GENTILI, D., *Crisi come arte de governo*, cit., p. 77.

¹¹⁴ GARCÍA LÓPEZ, D. J., «Has de tener un cuerpo que mostrar: el grado cero de los derechos humanos», *Isegoría*, núm. 59, 2018, pp. 663-682.

¹¹⁵ AGAMBEN, G., *L'uso dei corpi*, Vicenza, Ed. Neri Pozza, 2014, p. 263.

¹¹⁶ GARCÍA LÓPEZ, D. J., «Teoría herida del derecho puro: corporalidad viviente y tiempo-ahora» (en prensa). La noción de acontecimiento en ŽIŽEK, S., *Acontecimiento*, Madrid, Sexto Piso, 2016.

¹¹⁷ Este edificio, sito en via Toledo, en Nápoles, fue la sede durante varios años del Istituto Italiano di Scienze Umane, donde impartía clase Roberto Esposito. En el año 2014 desaparece al fusionarse con la Scuola Normale Superiore de Pisa. Durante el curso 2010/2011 pasé allí una temporada.

¹¹⁸ Véase Rocco, V., *La vieja Roma en el jovel Hegel*, Madrid, Maia, 2011.

disposición»¹¹⁹. Hay que provocar, por tanto, mutaciones en el dispositivo, pues «pertenecemos a ciertos dispositivos y obramos en ellos»¹²⁰. Vida, política e historia o lo que ha planteado Esposito desde la otra modernidad de la *Italian Thought*: inmanentización del antagonismo, historización de lo no histórico y mundanización del sujeto¹²¹. Vida, política e historia, en el giro biopolítico, como formas de profanación en tanto restitución al uso común aquello que ha sido capturado y separado¹²².

Aquí se ha propuesto una forma de entender la teoría del derecho cercana a una suerte de *literatura jurídica menor*, por parafrasear el análisis que hicieran Deleuze y Guattari de Kafka. Definen la literatura menor del siguiente modo: «no es la literatura de un idioma menor, sino la literatura que una minoría hace dentro de una lengua mayor»¹²³. Tres serían las características de esta literatura, a saber: «la desterritorialización de la lengua, la articulación de lo individual en lo inmediato-político, el dispositivo colectivo de enunciación»¹²⁴. De ahí que la literatura menor no califica a ciertas literaturas, «sino las condiciones revolucionarias de cualquier literatura en el seno de la llamada mayor (o establecida)»¹²⁵. Sustituamos aquí lengua por derecho, literatura por literatura jurídica. La teoría del derecho que aquí se aboga, en clave de ontología político-jurídica de la actualidad, habría de realizarse desde un devenir minoritario¹²⁶ para «escribir como un perro que escarba su hoy, una rata que hace su madriguera. Para eso: encon-

¹¹⁹ DELEUZE, G., «¿Qué es un dispositivo?», cit., pp. 157-158.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 159.

¹²¹ ESPOSITO, R., *Pensiero vivente. Origine e attualità della filosofia italiana*, Toriono, Ed. Einaudi, 2010, pp. 23-33. En cuanto a la *Italian Thought*, se trataría de un pensamiento precedido de la praxis, del espacio constitutivamente conflictual de la política frente a lo social germano y al texto francés. Si la filosofía alemana se produce por medio del programa de un Instituto (Escuela de Frankfurt) y la francesa por su anclaje en teorías anteriores al estructuralismo, el pensamiento italiano proviene de las dinámicas políticas de los años sesenta. El conflicto, en definitiva, caracteriza al pensamiento italiano; un pensamiento desligado de la idea de Estado-nación, de hecho, enfrentado a él en la forma de resistencia. Véase ESPOSITO, R., «German Philosophy, French Theory, Italian Thought», en GENTILI, D., y Stimilli, E., *Differenze italiane*, cit., pp. 9-20, y GENTILI, D., *Italian Theory. Dall'operismo alla biopolitica*, Bologna, Ed. Il Mulino, 2012.

¹²² «Il problema della profanazione dei dispositivi –cioè della restituzione all'uso comune di ciò che è stato catturato e separato in essi– è, per questo, tanto più urgente. Esso non si lascerà porre correttamente se coloro che se ne fanno carico non saranno in grado di intervenire sui processi di soggettivazione non meno che sui dispositivi, per portare alla luce quell'Ingovernabile, che è l'inizio e, insieme, il punto di fuga di ogni politica». AGAMBEN, G., *Che cos'è un dispositivo?*, cit., pp. 34-35.

¹²³ DELEUZE, G., y GUATTARI, F., *Kafka. Por una literatura menor*, México, Ed. Era, 1990, p. 28.

¹²⁴ DELEUZE, G., y GUATTARI, F., *Kafka*, cit., p. 31.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ «Por supuesto, las minorías son estados objetivamente definibles, estados de lengua, de etnia, de sexo, con sus territorialidades de ghetto; pero también deben ser consideradas como gérmenes, cristales de devenir, que solo son válidos si desencade-

trar su propio punto de subdesarrollo, su propia jerga, su propio tercer mundo, su propio desierto»¹²⁷.

Comenzamos con Hegel y terminamos con él. El prefacio a su *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, finaliza con una cita hartamente repetida: «el búho de Minerva solo alza su vuelo en el ocaso»¹²⁸. Quizás vaya siendo hora de cambiar la ruta, girar y abrir otra línea de vuelo. Si tuviéramos que clausurar este artículo en clave de proposición, esta sería¹²⁹: *partiendo de un presupuesto de ontología de la actualidad al entender que el derecho es un dispositivo, una red de producción de subjetividades, la teoría del derecho que viene es un método: el análisis arqueológico del dispositivo*.

nan movimientos incontrolados y desterritorializaciones de la media o de la mayoría». DELEUZE, G. y GUATTARI, F., *Mil mesetas*, cit., p. 108.

¹²⁷ DELEUZE, G., y GUATTARI, F., *Kafka*, cit., p. 31.

¹²⁸ HEGEL, G. W. F., *Principios de la filosofía del derecho*, Barcelona, Ed. Edhasa, 2005, p. 63.

¹²⁹ Parafraseando, irónicamente, a Guastini cuando señaló: «Da questo punto di vista, insomma, la filosofia non è che un metodo: l'analisi logica del linguaggio. Il presupposto ontologico-giuridico, enunciato con grande chiarezza da Bobbio, è che il diritto –almeno in prima approssimazione– sia nulla più che un linguaggio o (forse meglio) un discorso: il discorso del “legislatore” in senso materiale, ossia l'insieme di enunciati formulati dalle autorità normative. Le norme giuridiche sono dunque entità di linguaggio. Dalla combinazione di queste due assunzioni segue evidentemente che la filosofia (analitica) del diritto altro non è che l'analisi logica del linguaggio giuridico». GUASTINI, R., *Distinguendo ancora*, Ed. Marcial Pons, 2013, p. 14. La cita aparece en el primer capítulo: *Manifiesto di una filosofía analítica del diritto*.

Reflexiones sobre el marketing político y el fenómeno de la desinformación en el contexto electoral

Reflections on political marketing and the phenomenon of disinformation in the electoral context

Por ANA GARRIGA DOMÍNGUEZ
Universidad de Vigo

RESUMEN

La elaboración de perfiles en las plataformas sociales permite aplicar técnicas de micro-segmentación para elaborar información política personalizada. Se estudia la relación de estas técnicas con la difusión de noticias falsas y el fenómeno de la desinformación y su impacto en las libertades de expresión e ideológica y la institución de la opinión pública libre, que están en la base del sistema democrático, para después analizar el nuevo artículo 58 bis.1 de la LOREG.

Palabras clave: vida privada, libertad de expresión, libertad ideológica, procesos electorales, microsegmentación, noticias falsas y desinformación en línea.

ABSTRACT

Profiling on social platforms allows the application of microtargeting techniques to develop personalized policy information. The relationship of these techniques with the dissemination of fake news and the phenomenon of disinformation is studied as well as its impact on the freedom of expression

and ideology and the institution of free public opinion, underlying the democratic system. Finally, article 58 bis.1 of the General Electoral Regime Act is analysed.

Keywords: privacy, freedom of expression, ideological freedom, electoral processes, microtargeting, fake news and disinformation online.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. – II. EL CONTEXTO TECNOLÓGICO: *BIG DATA*, PERFILES Y ALGORITMOS PREDICTIVOS, PLATAFORMAS SOCIALES Y HUELLA DIGITAL. – III. PLATAFORMAS SOCIALES, MICROSEGMENTACIÓN (MICROTARGETING) Y MANIPULACIÓN EN LÍNEA. – IV. LA INTERDEPENDENCIA ENTRE LOS DERECHOS A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES, LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA LIBERTAD IDEOLÓGICA. – V. LA ELABORACIÓN DE PERFILES Y EL NUEVO ARTÍCULO 58 BIS.1 DE LA LEY ORGÁNICA DE RÉGIMEN ELECTORAL GENERAL. – VI. CONCLUSIONES.

SUMMARY: I. INTRODUCTION. – II. THE TECHNOLOGICAL CONTEXT: *BIG DATA*, PREDICTIVE PROFILES AND ALGORITHMS, SOCIAL PLATFORMS AND FINGERPRINTS. – III. SOCIAL PLATFORMS, MICROTARGETING AND ONLINE MANIPULATION. – IV. THE INTERDEPENDENCE BETWEEN THE RIGHTS TO PERSONAL DATA PROTECTION, FREEDOM OF EXPRESSION AND IDEOLOGICAL FREEDOM. – V. PROFILING AND THE NEW ARTICLE 58 BIS.1 OF THE GENERAL ELECTORAL REGIME ACT. – VI. CONCLUSIONS.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado mes de diciembre se aprobó la nueva ley de protección de datos personales y garantía de derechos digitales¹. Su objeto, según se recoge en su exposición de motivos y en su artículo primero, es doble: por una parte, adaptar el ordenamiento jurídico español al Reglamento (UE) 2016/679, General de protección de datos² y completar sus disposiciones y, por otra, garantizar los derechos digitales de la ciudadanía según el mandato del artículo 18.4 de la Constitución. La Ley Orgánica 3/2018 ha nacido en medio de la polémica, lo que parece que es una tradición en nuestro país cuando se trata de

¹ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE de 5 de diciembre de 2018). En adelante LOPDyGDD.

² Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (DOUE de 4 de mayo de 2016). En adelante RGPD.

regular el derecho fundamental a la protección de datos personales. Sus predecesoras, la LORTAD³ y La LOPD⁴ fueron en su momento objeto de importantes críticas doctrinales⁵ y de varios recursos de inconstitucionalidad⁶.

Una de sus normas más controvertida es la disposición final tercera que modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG) para introducir el artículo 58 bis, que regula la utilización de medios tecnológicos y datos personales en las actividades electorales permitiendo, con las garantías adecuadas, la recopilación de datos personales relativos a las opiniones políticas de las personas por parte de los partidos políticos en el marco de sus actividades.

Se ha afirmado que esta norma permite el perfilado ideológico individual y, a pocos días de su aprobación, la presidencia de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) hubo de emitir una nota informativa desmintiéndolo⁷. Posteriormente ha emitido un informe jurídico y aprobado una circular, que serán tratados más adelante.

Este trabajo pretende aportar una valoración de esta norma, pero también y ello debe hacerse previamente, una reflexión sobre la obtención de perfiles, particularmente ideológicos, y su relación con las libertades de expresión e información, las *fake news* y el fenómeno de la desinformación a través de la red y la institución de la opinión pública libre. Una de las ideas centrales de este trabajo es que existe una estrecha relación entre la garantía de la privacidad de las personas, especialmente a través del derecho fundamental a la protección de datos personales, y el ejercicio de las libertades de que nuestra constitución recoge en su artículo 20 y, en último término, con garantía de la formación de una opinión pública libre que está en la base del sistema democrático.

³ Ley Orgánica 5/1992, Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD), BOE de 31 de octubre de 1992.

⁴ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), BOE de 14 de diciembre de 1999.

⁵ Por todos PÉREZ LUÑO, A. E., «Sobre el arte legislativo del birlibirloque. La LOPRODA y la tutela de la libertad informática en España», *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XVIII, 2001, y SÁNCHEZ BRAVO, A. A., «La Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos de carácter personal: diez consideraciones en torno a su contenido», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 111, enero-marzo, 2001.

⁶ Resueltos por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 290/2000, de 30 noviembre (RTC 2000/290) y 292/ 2000 de 30 de noviembre (RTC 2000/292).

⁷ El día 21 de noviembre de 2018 la AEPD emitió una Nota Informativa sobre el «Criterio de la Agencia Española de Protección de Datos sobre cuestiones electorales en el proyecto de nueva LOPD» afirmando que el texto del Proyecto de Ley no permitía el tratamiento de datos personales para la elaboración de perfiles basados en opiniones políticas, ni el envío de información personalizada basada en perfiles ideológicos o políticos (<https://www.aepd.es/prensa/2018-11-21.html>). Consultada el día 23 de noviembre de 2018.

II. EL CONTEXTO TECNOLÓGICO: *BIG DATA*, PERFILES Y ALGORITMOS PREDICTIVOS, PLATAFORMAS SOCIALES Y HUELLA DIGITAL

Nuestra vida se encuentra constantemente infiltrada por las tecnologías de información y la comunicación (TIC). Nosotros mismos facilitamos el seguimiento continuo de nuestra actividad a través del Smartphone, que nos acompaña a cualquier lugar al que vayamos y desde el que realizamos muchas acciones cotidianas además de comunicarnos con otros. No resulta exagerado referirnos a nuestro mundo como de sociedad del control⁸ o sociedad de la transparencia⁹ y se han normalizado las expresiones vigilancia masiva o vigilancia total. El 70% del universo digital es generado por nosotros mismos a través de nuestra interacción con los diferentes servicios de la red como los motores de búsqueda, las redes sociales, los *sitios* que visitamos en Internet, las compras que realizamos, los Smartphone, el correo electrónico, etc.¹⁰. Nuestra interacción en el mundo virtual, pero también en el físico es seguida y monitorizada por diversos vigilantes, que por diferentes razones e intereses, recogen y analizan nuestra actividad en los distintos servicios y redes de la Sociedad de la Información, pero también a través de diferentes dispositivos pertenecientes al mundo del Internet de las cosas¹¹, cada vez más populares, y que permiten registrar, por ejemplo, nuestros desplazamientos, número de pasos, pautas de sueño, pulsaciones, tensión arterial, temperatura, uso de electrodomésticos, etc.¹² En el mundo de la vigilancia líquida¹³ cada uno de nuestros comentarios, acciones o intereses es susceptible de pasar a engrosar alguno de los muchos centros de datos que los Estados y las entidades privadas poseen y que en numerosas ocasiones constituyen su activo y objeto de negocio principal.

⁸ DELEUZE, G., «Postscript on the Societies of Control», october, vol. 59 (Winter, 1992), p. 3-7.

<http://links.jstor.org/sici?sici=0162-2870%28199224%2959%3C3%3APOTSOC%3E2.0.CO%3B2-T>.

⁹ BYUNG-CHUL H., *La sociedad de la transparencia*, Herder, Barcelona, 2013.

¹⁰ Vid. CRAIG, T., y LUDLOFF, M., *Privacy and Big Data*, O'Really, 2011, Sebastopol (California), p. 4.

¹¹ Vid. McEWEN, A., y CASSIMALLY, H., *Internet de las cosas. La tecnología revolucionaria que todo lo conecta*, Anaya Multimedia, Madrid, 2014, p. 27.

¹² Vid. SWAN, M., «Sensor Mania! The Internet of Things, Wearable Computing, Objective Metrics, and the Quantified Self 2.0», *Journal of Sensor and Actuator Networks*, núm. 1(3), p. 217-253, 2012. También, *Opinion 8/2014 on the on Recent Developments on the Internet of Things*, del Grupo de Trabajo del artículo 29, adoptado el 16 de septiembre de 2014.

¹³ BAUMAN, Z., y LYON, D., *Vigilancia líquida*, traducción de Alicia Capel Tejer, Paidós, Barcelona, 2013.

Como ha señalado Castells, en el último tercio del siglo XX se produce un cambio de paradigma¹⁴ que afecta a todos los aspectos de la sociedad postindustrial. En la sociedad de la información o sociedad informatizada¹⁵ «prima el “paradigma informacional” que conduce a una sociedad en la que la generación, el procesamiento y la transformación de información se convierten en las fuentes fundamentales de productividad y poder»¹⁶. Esta afirmación está más vigente que nunca; hoy la información es la materia prima y las tecnologías son para actuar sobre ella y nuestra existencia individual y colectiva está directamente modelada por la tecnología¹⁷.

El propio medio digital fomenta la «exposición pornográfica de la intimidad y de la esfera privada»¹⁸ y cada vez son mayores las posibilidades de reelaboración de esa información que los usuarios hacen disponible a través de la proliferación de «herramientas de comunicación y de expresión, dados los fenómenos de globalización e intercomunicación, habida cuenta de la posibilidad de “remixaje” y de bricolaje de todo lo que existe»¹⁹. Además, cuando navegamos por Internet dejamos rastros de forma inconsciente²⁰, que junto con otras herramientas y tecnologías formarían parte del conjunto de lo que ya ha sido denominado como el «panóptico digital»²¹. A los sistemas basados en la utilización de *cookies* o programas rastreadores o *sniffers*²², que posibilitan el funcionamiento de las denominadas *redes de seguimiento* a través de las cuales es posible seguir al usuario a medida que navega por la red, hay que sumar actualmente las tecnologías *fingerprinting*, que

¹⁴ CASTELLS, M., *La era de la información*, Alianza Editorial, tercera edición, Madrid, 2008, pp. 103 ss.

¹⁵ FROSINI, V., *Il guirista e le tecnologie dell'informazione*, seconda edizione, Bulzoni Editore, Roma, 2000, p. 79.

¹⁶ MARÍ SÁEZ, V. M., *Globalización, nuevas tecnologías y comunicación*, Ediciones de la Torre, Madrid, 1999, p. 34.

¹⁷ CASTELLS, M., *La era de la información*, ob. cit., pp. 103 ss.

¹⁸ BYUNG-CHUL H., *En el enjambre*, Herder Editorial, Barcelona, 2014, p. 14.

¹⁹ COBO ROMANÍ, C., y PARDO KUKLINSKI, H., *Planeta Web 2.0. Inteligencia colectiva o medios fast food*, Grup de Recerca d'Interaccions Digitals, Universitat de Vic-Flacso México, Barcelona/México DF, 2007, p. 21.

²⁰ Vid. Recomendación 3/97, del 3 de diciembre de 1997, sobre El anonimato de Internet; Dictamen 4/2012, de 7 de junio de 2012, sobre La exención del requisito de consentimiento de *cookies* y Dictamen 9/2014, de 25 de noviembre de 2014, sobre La aplicación de la Directiva 2002/58 a la identificación de dispositivos del Grupo de Trabajo del artículo 29.

²¹ BYUNG-CHUL H., *La sociedad de la transparencia*, ob. cit., p. 89.

Vid. GANDY, O. H., *The Panoptic Sort: A Political Economy of Personal Information*, Boulder, CO, Westview Press, 1993. Asimismo, NORRIS, C., «From personal to digital: CCTV, the panopticon, and the technological mediation of suspicion and social control», en Lyon, D. (ed.), *Surveillance as Social Sorting*, Routledge, Londres y Nueva York, 2005, o REIMAN, J. H., «Driving to the panopticon: a philosophical exploration of the risks to privacy posed by highway technology of the future», en Barendt, E. (ed.); *Privacy*, Dartmouth Publishing Company, Aldershot, 2001.

²² Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A., *Nuevas tecnologías, intimidad y protección de datos*, Edisofer, Madrid, 2001, pp. 83 ss.

permite «una recopilación sistemática de información sobre un determinado dispositivo remoto con el objetivo de identificarlo, singularizarlo y, de esta forma, poder hacer un seguimiento de la actividad del usuario del mismo con el propósito de perfilarlo»²³. Nuestro rastro digital puede reunirse e interrelacionarse, con la consiguiente «transformación de datos en principio irrelevantes en un perfil peligrosamente público del ciudadano»²⁴. La problemática derivada del tratamiento de este tipo de datos personales se complica también porque se trata de «datos invisibles» para el usuario de la red, cuyo almacenamiento o elaboración escapan a su conocimiento y a su control²⁵.

La cantidad de información personal disponible nos sitúa por sí misma ante una nueva revolución tecnológica, el *big data*, que «no se cifra en las máquinas que calculan los datos, sino en los datos mismos y en cómo los usamos»²⁶. Pues, no solo es relevante a efectos del rastro digital, el tipo de información que ponemos a disposición de otros en Internet, sino que otro factor importantísimo es el de su cantidad, que va suponer por sí mismo un nuevo tipo de riesgo para los derechos. Los avances en la minería y análisis de datos y el aumento masivo de la capacidad informática de procesamiento y almacenamiento han ampliado exponencialmente la información que se encuentra al alcance de las empresas, los gobiernos y los individuos. Asimismo, el número creciente de gente, dispositivos y sensores que están conectados por redes digitales ha revolucionado la capacidad de generar, comunicar, compartir y acceder a los datos²⁷. Denominamos *big data*, por un lado, a la gran cantidad de datos disponibles y, por otro, aludimos al conjunto de tecnologías cuyo objetivo es tratar grandes cantidades de información²⁸, empleando complejos algoritmos y estadística con la finalidad de hacer predicciones, extraer información oculta o correlaciones imprevistas y, en último término, favorecer la toma de decisiones. Para analizar estas inmensas cantidades de datos han surgido un conjunto de técnicas que hacen referencia a los sistemas de información y «que pertenecen al campo de la inteligencia artificial

²³ Estudio *fingerprinting* o Huella digital del dispositivo de la Agencia Española de Protección de Datos, p. 4. En: <https://www.aepd.es/media/estudios/estudio-fingerprinting-huella-digital.pdf>. Consultado el 16 de febrero de 2019.

²⁴ DRUMMOND, V., *Internet, privacidad y datos personales*, traducción de I. Espín Alba, Editorial Reus, Madrid, 2004, p. 118.

²⁵ Vid. Recomendación 1/99 sobre el tratamiento invisible y automático de datos personales en Internet efectuado por software y hardware, aprobada por el Grupo de Trabajo el 23 de febrero de 1999.

²⁶ MAYER-SCHÖNBERGER, V., y CUKIER, K., *Big data. La revolución de los datos masivos*, Turner Noema, 2013, p. 18.

²⁷ TENE, O., y POLONETSKY, J., «Privacy in the age of Big Data: a time for big decisions», *Stanford Law Review Online*, núm. 63, febrero de 2012, p. 63.

²⁸ BELTRÁN PARDO, M., y SEVILLANO JAÉN, F., *Cloud computing, tecnología y negocio*, Paraninfo, Madrid, 2013, pp. 16 ss.

(y) recibe el nombre de “minería de datos”²⁹ y que, utilizando la ingente cantidad de datos disponibles los analizan buscando patrones recurrentes y correlaciones. Pero el *big data* es algo más. Puede ser definido como un fenómeno cultural, tecnológico y académico, que se apoya en la interacción de la tecnología a través de la maximización de la potencia de cálculo y precisión algorítmica y que utiliza estos análisis para identificar patrones en esos grandes volúmenes de datos, que sirven hacer reivindicaciones económicas, sociales, técnicas y legales; pero también aportaría un elemento mitológico, entendido como la creencia generalizada de que los grandes conjuntos de datos ofrecen una forma superior de la inteligencia y que su conocimiento puede generar ideas que antes eran imposibles, con el aura de la verdad, la objetividad y la precisión³⁰. Es, precisamente este aura de objetividad y verdad, unida a la falta de transparencia que acompaña a las decisiones basadas en esta tecnología, lo que plantea más problemas para los derechos de las personas³¹.

El *big data* es alimentado por la propia interacción de los usuarios de los servicios de Internet. Como se ha explicado, la navegación a través de Internet deja un rastro digital que permite monitorear las actividades de las personas en la red con el objetivo de elaborar un detallado perfil sobre cada usuario. De los servicios de Internet, dos son los que nos interesan particularmente: los motores de búsqueda y las redes sociales. Tanto los unos como los otros pueden suponer un impacto en determinada medida en los derechos de las personas, no solo por la gran cantidad de datos que sobre los usuarios recogen estos servicios³², sino también por las posibilidades de utilizarlos para elaborar perfiles combinando e interrelacionando los datos personales obtenidos por varias vías. «Los buscadores nos siguen y almacenan enormes cantidades de información sobre nosotros»³³, sin que seamos

²⁹ RAMOS BERNAL, A., *Reflexiones sobre economía cuántica*, ECU (editorial Club Universitario), Alicante, 2012, p. 186.

³⁰ BOYD, D., y CRAWFORD, K., «Critical questions for Big Data. Provocations for a cultural, technological, and scholarly phenomenon», *Information, Communication & Society*, vol. 15, número 5, junio de 2012, pp. 662 y 663.

³¹ Vid. O'NEIL, C., *Armas de destrucción matemática. Cómo el Big Data aumenta la desigualdad y amenaza la democracia*, Capitán Swing, Madrid, 2017. Cathy O'Neil analiza el impacto real que han tenido en la vida de millones de personas los algoritmos predictivos basado en *big data* en campos tan diferentes como la prevención de la delincuencia, la contratación y los despidos de trabajadores, o su papel en la crisis económica de 2008.

Vid., asimismo, MONASTERIO ASTOBIZA, A., «Ética algorítmica: Implicaciones éticas de una sociedad cada vez más gobernada por algoritmos», *Dilemata*, año 9 (2017), núm. 24, pp. 185-217.

³² Explica Eli Pariser como desde diciembre de 2009 Google utilizaría 57 indicadores «para conjeturar quién eres y qué clase de páginas te gustan». En PARISER, E., *El filtro burbuja. Cómo la red decide lo que leemos y lo que pensamos*, Taurus, Barcelona, 2017, pp. 11 y 12.

³³ SUÁREZ OCAÑA, A., *Desnudando a Google. La inquietante realidad que no quieren que conozcas*, Planeta, Barcelona, 2012, pp. 253 ss.

conscientes de ello³⁴. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación con Google, ha señalado que los motores de búsqueda, «al explorar Internet de manera automatizada, constante y sistemática en busca de la información que allí se publica», recogen datos personales «que «extrae», «registra» y «organiza» posteriormente en el marco de sus programas de indexación, «conserva» en sus servidores»³⁵. Los usos de esta información pueden ser varios. Por ejemplo Google, «a partir de los terabytes de datos sobre comportamiento humano que recogen con su motor de búsqueda y otros sitios web (...) lleva a cabo millones de experimentos diarios, cuyos resultados utiliza para afinar sus algoritmos, que guían cada vez más nuestra manera de encontrar información y de extraer significado de ella»³⁶. Otros usos posibles son las de ofrecer publicidad a medida del usuario en función de sus intereses y preferencias detectadas a partir de su rastro digital.

Las redes sociales son servicios que ofrecen medios de interacción entre los usuarios basados en los perfiles que estos mismos generan, formándose comunidades de personas que comparten determinados intereses de tipo profesional o personal, sobre actividades o aficiones, etc. Y junto con la información personal publicada en línea por el propio usuario, registran la relativa a sus acciones, nuestro estado de ánimo³⁷, interacciones y reacciones a los distintos estímulos a los que son expuestos³⁸. El usuario de las redes sociales asume un doble papel, el de consumidor y el de creador y, de esta forma «son los propios usuarios los que crean una gran base de datos cualitativos y cuantitativos, propios y ajenos con información relativa a edad, sexo, localización e intereses»³⁹. La combinación de estos datos que el usuario aporta sobre el mismo y sobre terceros permite la obtención de un perfil muy preciso de sus intereses y actividades y estos datos o el resultado de su procesamiento podrán ser utilizados con distintos fines, sobre todo comerciales y de publicidad⁴⁰. Estos servicios tecno-

³⁴ Vid. Dictamen 1/2008 del Grupo de Trabajo del artículo 29, sobre Cuestiones de protección de datos relacionadas con motores de búsqueda, de 4 de abril de 2008.

³⁵ Sentencia de 13 de mayo de 2014 (Asunto C-131/12). TJCE 2014\85.

³⁶ CARR, N., «¿Qué está haciendo Internet con nuestras mentes?», *Superficiales*, Taurus Pensamiento, Madrid, 2011, p. 184 y 185.

³⁷ A través de las informaciones que los usuarios suben a las redes sociales es posible hacer gráficas de sus emociones, sentimientos y estados de ánimo. Por ejemplo, Twitter «permite la datificación de pensamientos, estados de ánimo e interacciones de la gente» y ha llegado a acuerdos con dos empresas para comercializar el acceso a esos datos. En MAYER-SCHÖNBERGER, V., y CUKIER, K., *Big data. La revolución de los datos masivos*, ob. cit., pp. 116 y 117.

³⁸ Se explica con detalle en LANIER, J., *Diez razones para borrar tus redes sociales de inmediato*, Editorial Debate, Barcelona, 2018.

³⁹ ORTIZ LÓPEZ, P., «Redes sociales: funcionamiento y tratamiento de información personal», en Rallo Lombarte, A., y Martínez Martínez, R. (coord.); *Derecho y redes sociales*, Civitas, Madrid, 2010, p. 24.

⁴⁰ Vid. Resolución sobre Protección de la privacidad en los servicios de redes sociales aprobada en Estrasburgo, los días 15 a 17 de octubre de 2008 en la 30 Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos y privacidad.

lógicos se caracterizan porque se ofrecen bajo la falsa creencia de que se trata de un servicio gratuito, cuando realmente estos servicios se financian sobre todo a través de la utilización secundaria de los datos personales comercializándolos con fines de marketing personalizado, puesto que la información obtenida a través de las redes sociales y por los buscadores «es susceptible de ser utilizada para ofrecer publicidad basada en personas e intereses de una manera muy efectiva»⁴¹, ya que pueden inferir otra mucha información sobre nosotros, incluso sensible. Por ejemplo, se puede inferir la orientación sexual del usuario, incluso en el caso de los denominados «perfiles en la sombra», relativos a personas que no tienen cuenta en una red social⁴², o su perfil ideológico, económico, etc. El uso de la información personal de motores de búsqueda y redes sociales es la de proporcionar información relevante para mejorar la eficacia de la publicidad en línea; «la información es un producto: los datos “crudos”, sin procesar no son aún información»⁴³ pero son la base de la mercancía final que resulta del procesamiento de los datos personales para convertirlos en un producto terminado. La publicidad comportamental *online*⁴⁴ se basa «en conocer los hábitos de comportamiento del consumidor en la red con el propósito de ofrecerle publicidad personalizada»⁴⁵. La publicidad comportamental se basa en la observación continuada del comportamiento de los individuos para desarrollar un perfil específico, que permite proporcionar anuncios a medida de los intereses deducidos del comportamiento del usuario. A través del análisis de cada individuo, los anunciantes podrán dirigir a ese usuario «aquella publicidad que coincida con los gustos e intereses deducidos de dicho rastreo y análisis, incrementando así su eficacia»⁴⁶. Internet, junto con las técnicas de publicidad basadas en el contexto o en los términos de búsqueda, «permite una verdadera personalización de la publicidad, mediante técnicas que tienen en cuenta información específica sobre el usuario concreto que está accediendo a un determinado sitio web»⁴⁷. Como señala Javier Echeverría, al entrar en la caverna digital, pagamos un peaje publicitario, más o menos explícito y las empresas distribuyen

⁴¹ SUÁREZ SÁNCHEZ-OCAÑA, A., *Desnudando a Google*, ob. cit., p. 252.

⁴² SARIGOL, E., GARCÍA, D., y SCHWEITZER, F., «Online Privacy as a Collective Phenomenon», *Proceedings of the second edition of the ACM conference on Online social networks*, ACM, octubre de 2014, p. 105. Puede consultarse en: <http://arxiv.org/pdf/1409.6197.pdf>.

⁴³ WHITAKER, R., *El fin de la privacidad*, Paidós, Barcelona, 1999, p. 94.

⁴⁴ *Vid.* el Dictamen 2/2010 sobre Publicidad comportamental del Grupo de Trabajo del artículo 29, adoptado el 22 de junio de 2010.

⁴⁵ MARTÍNEZ PASTOR, E., «La publicidad comportamental online y la protección de los datos personales», en VALERO TORRIJOS, J., *La protección de los datos...*, ob. cit., p. 291.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ PEGUERA POCH, M., «Publicidad online basada en comportamiento y protección de la privacidad», en Rallo Lombarte, A. y Martínez Martínez, R. (Coord.), *Derecho y redes sociales*, ob. cit., p. 359.

gratuitamente productos tecnológicos sofisticados porque han conseguido seducir a tantos usuarios, tienen su modelo de negocio basado en los anuncios⁴⁸.

Esta inmensa capacidad para buscar, agregar y realizar referencias cruzadas de los grandes conjuntos de datos⁴⁹, que permiten extraer patrones de comportamiento y perfiles personales y que informan acerca de lo que somos y lo que hacemos⁵⁰ hace posible una peligrosa y nueva filosofía de la anticipación, cuyo extremo sería el de las predicciones preventivas⁵¹. Una de las consecuencias de la publicidad comportamental o dirigida es que puede influir en los deseos de nuevas maneras, pero también puede mediar en los comportamientos reales de ciertos grupos sociales que, como los individuos, son alentados por retroalimentación para ajustarse a los patrones esperados⁵². La libertad de elección y decisión de los individuos se verá directamente afectada, en la sociedad de consumo, sociedad sinóptica de adictos compradores/espectadores, «la obediencia al estándar (...) tiende a lograrse por medio de la seducción, no de la coerción... y aparece bajo el disfraz de la libre voluntad, en vez de revelarse como una fuerza externa»⁵³. Obviamente, cuanto más información se recabe sobre una persona y más preciso sea su perfil, más fácil será tentar y seducir sobre todo porque quienes controlan la información saben más de algunas personas que ellas mismas. Además, «la exploración de los datos hace visibles modelos colectivos de comportamiento de los que ni siquiera somos conscientes como individuos»⁵⁴ y, así, el procesamiento de la información sobre personas posibilita su clasificación social y la adopción de determinadas decisiones que le afectan.

III. PLATAFORMAS SOCIALES, MICROSEGMENTACIÓN (MICROTARGETING) Y MANIPULACIÓN EN LÍNEA

La interacción social se produce de forma más frecuente en los medios digitales⁵⁵. Son muy pocas las empresas tecnológicas que

⁴⁸ ECHEVERRÍA, J., *Entre cavernas. De Platón al cerebro pasando por Internet*, Triacastela, Madrid, 2013, p. 173.

⁴⁹ BOYD, D., y CRAWFORD, K., *Critical questions for Big Data...*, ob. cit., p. 662.

⁵⁰ CRAIG, T., y LUDLOFF, M. E., *Privacy and Big Data*, ob. cit., p. 6.

⁵¹ KERR, I., y EARLE, J., *Prediction, preemption, presumption: how Big Data threatens big picture privacy*, *Stanford Law Review*, online 65, septiembre de 2013.

⁵² LYON, D., *Surveillance Studies. An overview*, Polity Press, Malden, 2014, p. 101.

⁵³ BAUMAN, Z., *Modernidad líquida*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2013, p. 92.

⁵⁴ BYUNG-CHUL H., *En el enjambre*, ob. cit., p. 109.

⁵⁵ Las redes sociales han experimentado un crecimiento enorme, ha aumentado el número de los usuarios activos (+9 %), de los que acceden a través del teléfono móvil (+10 %), y se ha incrementado el tiempo que medio que pasan en las redes sociales

aglutinan a la mayoría de los usuarios⁵⁶ por lo que operan en un sistema de cuasi-monopolio⁵⁷ y, por su volumen de negocio, destacan dos: Google y Facebook⁵⁸, que reúnen a millones de usuarios activos y «controlan más de la mitad del marketing online»⁵⁹. Una de las consecuencias del rápido crecimiento de las redes sociales ha sido el aumento espectacular de las actividades maliciosas, como el *spam*, la creación de cuentas falsas, el *phishing* o la distribución de *malware*⁶⁰.

Las redes sociales son servicios basados en la web que permiten a los individuos construir un perfil público o semipúblico dentro de un sistema delimitado, articular una lista de otros usuarios con los que comparten una conexión y recorrer su lista de conexiones y las realizadas por otros dentro del sistema. Estos servicios reúnen información sobre los contactos sociales de los usuarios, construyen una gran red social interconectada y revelan a los usuarios cómo se conectan con los demás en la red⁶¹. Ahora bien, el perfil o una cuenta en una red social «no es propiedad del usuario, es un espacio puesto a su disposición gratuitamente, a cambio de su disponibilidad a ser seccionado en partes comercialmente interesantes»⁶² y, como señala Bauman, en este ámbito, la socialización sigue las pautas del marketing y las herramientas electrónicas de la socialización digital «están hechas a la medida de las técnicas de marketing»⁶³. Las prácticas del marketing comportamental clasifica a los individuos en función de su valor económico o su potencial como posibles compradores⁶⁴ o como consumi-

(actualmente es de 2 horas y 16 minutos). La red social con más usuarios activos sigue siendo Facebook a pesar de los continuos escándalos que le afectaron en el último año con 2.271 millones, que estaría seguida de YouTube con 1.900 millones. Igualmente la audiencia publicitaria creció un 4% en los tres últimos meses de 2018 hasta alcanzar los 895 millones de usuarios activos en todo el mundo. En España el orden de preferencia se altera ligeramente, siendo las redes sociales preferidas por lo españoles: YouTube (89 %), WhatsApp (87 %), Facebook (82 %), Instagram (54 %) y Twitter (49 %). Todos los datos son del informe Digital in 2019: Global Internet use accelerates. <https://weare-social.com/global-digital-report-2019> (consultado el 12 de febrero de 2019).

⁵⁶ Los Gafa: Google, Apple, Facebook y Amazon. *Vid.*, entre otros, CARDON, D., *Con qué sueñan los algoritmos. Nuestras vidas en el tiempo de los big data*, Dado ediciones, Madrid, 2018, p. 23.

⁵⁷ *Vid.* MORENO MUÑOZ, M., «Mediación tecnológica de la interacción social y riesgos de su instrumentalización. El caso de la plataforma Facebook», *Gazeta de Antropología*, 2018, núm. 34 (2), p. 1.

⁵⁸ A quien pertenecerían, entre otras, WhatsApp e Instagram.

⁵⁹ SAMPEDRO BLANCO, V., *Dietética digital. Para adelgazar al Gran hermano*, Icaria, Navarra, 2018, p. 64.

⁶⁰ ADEWOLEA, K. S., ANUARA, N. B., KAMSINA, K., VARATHANA, K. D., y RAZAKB, S. A., «Malicious accounts: Dark of the social networks», *Journal of Network and Computer Applications* 79 (2017), p. 41.

⁶¹ *Ibidem*, p. 43.

⁶² IPPOLITA, En el acuario de Facebook. El irresistible ascenso del anarco-capitalismo, Enclave de Libros, Madrid, 2012, p. 64.

⁶³ Z. BAUMAN, *Vida de consumo*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2007, p. 157.

⁶⁴ *Vid.* O. H. G., *The Panoptic Sort: A Political Economy of Personal Information*, ob. cit.

dores fallidos⁶⁵. La industria digital «hace de la comunicación social un negocio y la transforma en publicitaria»⁶⁶. Por esta razón uno de los primeros objetivos que han de lograr las plataformas sociales es la fidelización de los usuarios, consiguiendo que éstos pasen el mayor tiempo posible en sus servicios. Para conseguir sus objetivos económicos las plataformas sociales diseñan su arquitectura y herramientas de formas muy concretas y este diseño fabrica nuestra realidad, la organiza y la orienta⁶⁷. Explica Lanier, que la información personal recolectada sirve para que los algoritmos establezcan correlaciones entre los datos de un mismo individuo y entre los de otras personas diferentes, constituyendo teorías sobre la naturaleza de cada persona midiendo y clasificando continuamente respecto de su predictibilidad y, posteriormente, «los algoritmos deciden lo que cada persona experimenta a través de sus dispositivos»⁶⁸.

La comercialización de los datos personales constituye el aspecto principal de su modelo de negocio. En su Dictamen 5/2009 sobre las redes sociales en línea, el Grupo de Trabajo del artículo 29 identificó varias formas de comercialización de los datos de los usuarios: la directa; la contextual, que se adapta al contenido visto por el usuario o al que accede; la segmentada, que consiste en difundir publicidad a grupos de usuarios específicos definidos en función de una pluralidad de criterios y ordenados según la información que han comunicado directamente a la red social y la comercialización del comportamiento, que «selecciona la publicidad basándose en la observación y análisis de la actividad del usuario a lo largo del tiempo»⁶⁹.

La evolución del proceso de segmentación de mercados en marketing ha supuesto el paso de la segmentación por grupos, socio-geográfica, por ejemplo a través del código postal, a la segmentación de individuos a través de las técnicas de *microtargeting*. Éste puede definirse como una segmentación psicográfica avanzada que se basa en un algoritmo que determina una serie de rasgos demográficos y de actitud que permite distinguir a cada individuo para cada segmento objetivo y que permite hacer predicciones precisas de la reacción de la audiencia objetiva⁷⁰. La cantidad y calidad de la información personal que se encuentra en las redes sociales, permite a los anunciantes mejorar el alcance e impacto de su publicidad al dirigirse a grupos específicamente seleccionados y estructurados o, incluso, a individuos con-

⁶⁵ Z. BAUMAN, *Vida de consumo*, ob. cit., p. 82.

⁶⁶ SAMPEDRO BLANCO, V., *Dietética digital*, ob. cit, p. 65.

⁶⁷ CARDON, D., *Con qué sueñan los algoritmos. Nuestras vidas en el tiempo de los big data*, Dado ediciones, Madrid, 2018, p. 21.

⁶⁸ LANIER, J., *Diez razones para borrar tus redes sociales de inmediato*, ob. cit., p. 47.

⁶⁹ Dictamen 5/2009 sobre las redes sociales en línea, adoptado el 12 de junio de 2009, p. 10.

⁷⁰ BARBU, O., «Advertising, Microtargeting and Social Media», *Procedia-Social and Behavioral Sciences* 163 (2014), pp. 44-45.

cretos para influir en su conducta⁷¹. Obviamente, estas técnicas pueden utilizarse para vender un producto determinado, pero también para favorecer una determinada ideología. El uso de perfiles permite determinar la información a la que vamos a tener acceso, limitando también nuestro derecho a recibir información veraz o siendo objeto de auténticas manipulaciones. A través de los distintos algoritmos utilizados por las plataformas sociales unos usuarios tienen acceso a un tipo de información y otros, en función de sus intereses o de su perfil ideológico⁷², a otros contenidos diferentes. Estos servicios utilizan algoritmos que personalizan las noticias u otros contenidos para cada usuario, ya que «los parámetros de medición basados en afinidades digitales delimitan, para el usuario, ventanas de visibilidad que tienen el color de su red social»⁷³, aunque pueden suponer también que no se vea expuesto a informaciones que no encajen con su ideología. A través de los hilos de contenido personalizado, que se optimizan para captar a cada usuario, «a menudo utilizando potentes estímulos emocionales que conducen a la adicción a las personas»⁷⁴, se las puede manipular sin que sean conscientes de ello⁷⁵. Se trata de modelos de negocio que basan sus ingresos en la venta de publicidad y por lo tanto necesitan captar la atención del usuario por lo que los algoritmos utilizados priorizarán aquellos contenidos que consigan este objetivo de forma más eficiente y el incremento de esta atención se consigue mejor a través de la amplificación de las emociones negativas frente a las positivas⁷⁶.

En este contexto y en la medida en que la exposición a noticias, opiniones e información cívica ocurre cada vez más a través de las redes sociales⁷⁷, los agentes políticos se ven compelidos a utilizar también estos medios, por su eficacia y para conseguir una mayor visibilidad⁷⁸. Ahora bien, no es lo mismo el debate de ideas o la publi-

⁷¹ *Ibidem*, p. 46.

⁷² Vid. BAKSHY, E., MESSING, S., y ADAMIC, L. A., «Exposure to ideologically diverse news and opinion on Facebook», *Science*, junio de 2015, vol. 348, núm. 6239, p. 1130-1132.

⁷³ CARDON, D., *Con qué sueñan los algoritmos*, ob. cit., p. 43.

⁷⁴ LANIER, J., *Diez razones para borrar tus redes sociales de inmediato*, ob. cit., p. 48.

⁷⁵ En ocasiones, bajo la coartada del experimento sociológico, se realiza sin tapujos una directa manipulación emocional de los usuarios. A lo largo de una semana durante el año 2012, Facebook experimentó con 689.000 usuarios sin su consentimiento para analizar su comportamiento alterando el algoritmo que selecciona las noticias que se ven de los amigos y, a través del tipo de noticias que mostraba a unos u a otros, positivas o negativas, para estudiar como influía en su estado de ánimo. En KRAMER, A., GUILLORY, J. E., y HANCOCK, J. T., «Experimental evidence of massive-scale emotional contagion through social networks», *Proceedings of the National Academy of Sciences of United States of America*, vol. 11, núm. 24, marzo de 2014.

⁷⁶ LANIER, J., *Diez razones para borrar tus redes sociales de inmediato*, ob. cit., p. 42.

⁷⁷ BAKSHY, E., MESSING, S. y ADAMIC, L. A., *Exposure to ideologically...*, ob. cit., p. 1130.

⁷⁸ Sobre esta cuestión vid. ECHEVERRÍA, J., *Entre cavernas*, ob. cit., especialmente pp. 175 ss.

cidad legítima, que la propagación de noticias falsas y los fenómenos de desinformación que utilizan el potencial del *big data* y de la microsegmentación para conseguir sus objetivos económicos o políticos. En su informe «Disinformation and “fake news”: Final Report», del 14 de febrero de 2019, el Parlamento Británico concluía que, la proliferación de daños en Internet se hace más peligrosa al centrar mensajes específicos en los individuos como resultado de la «micro-mensajería dirigida», que a menudo se aprovecha y distorsiona la visión negativa de las personas sobre sí mismas y sobre los demás⁷⁹.

El fenómeno de las noticias falsas es complejo⁸⁰ y es posible distinguirlas de un variado elenco de situaciones posibles que abarcarían desde las teorías de la conspiración hasta las informaciones erróneas pasando por las noticias de los medios de comunicación sesgados ideológicamente⁸¹. Lo que caracteriza a las *fake news* es que éstas son intencional y verificablemente falsas⁸² y las empresas que las producen buscan el máximo beneficio a corto plazo para atraer el mayor número de «clics» y persiguen la viralización de la noticia y el aumento del tráfico en la red⁸³ «porque eso es lo que impulsa la influencia y los ingresos por publicidad»⁸⁴. Este fenómeno se ve potenciado porque su contenido puede ser retransmitido entre los usuarios sin necesidad de un filtrado de verificación de hechos o juicio editorial significativo por parte de terceros, aprovechándose también del incentivo psicológico que supone el sesgo de confirmación⁸⁵. Por la complejidad del fenómeno, tanto el Parlamento británico como la Comisión Europea⁸⁶, prefieren centrar el debate sobre el problema de la desin-

⁷⁹ «Disinformation and “fake news”: Final Report», p. 11 (consultado el 1 de marzo de 2019). <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmcmds/1791/1791.pdf>.

⁸⁰ A la desinformación contribuyen no solo las noticias falsas, sino también las cuentas falsas y *bots* «que amplifican la actividad e intensidad de los servicios». LANIER, J., *Diez razones para borrar...*, ob. cit., p. 77.

⁸¹ ALCOTT, H., y GENTZKOW, M., «Social Media and Fake News in the 2016 Election», *Journal of Economic Perspectives*, volumen 31, núm. 2, 2017, p. 217 ss.

⁸² *Ibidem*, p. 213.

⁸³ Esta tendencia no es exclusiva de quienes distribuyen este tipo de información. También las empresas tradicionales de comunicaciones buscan titulares y noticias que se hagan virales y «en su afán por adaptar su modelo de negocio para Internet, a partir de pautas publicitarias generadas por tráfico, se ven abocados a la preocupación por las estadísticas de sus portales» (LOTERO-ECHEVERRI, G., ROMERO-RODRÍGUEZ, L. M., PÉREZ-RODRÍGUEZ, M. A., «Fact-checking vs. Fake news: Periodismo de confirmación como recurso de la competencia mediática contra la desinformación», *index. comunicación*, núm. 8(2), 2018, p. 298).

⁸⁴ HOLIDAY, R., *Confía e mi, estoy mintiendo. Confesiones de un manipulador de los medios*, Empresa Activa, Barcelona, 2013, pp. 290-291.

⁸⁵ ALCOTT, H., y GENTZKOW, M., «Social Media and Fake News in the 2016 Election», *Journal of Economic Perspectives*, ob. cit., p. 211.

⁸⁶ Final report of the High Level Expert Group on Fake News and Online Disinformation: «A multi-dimensional approach to disinformation» (12 de marzo de 2018). <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/final-report-high-level-expert-group-fake-news-and-online-disinformation> (consultado el 17 de octubre de 2018).

formación, el resultado, que sobre los medios, las noticias falsas. La desinformación incluiría la información inexacta, engañosa o falsa que ha sido diseñada y promovida para causar intencionalmente un daño (entre los que se puede incluir la amenaza a los procesos y valores democráticos, incluidas las elecciones) o con fines de lucro, que puede ser exacerbada por la forma en que el público y las comunidades reciben, se involucran y amplifican la desinformación⁸⁷.

IV. LA INTERDEPENDENCIA ENTRE LOS DERECHOS A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES, LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA LIBERTAD IDEOLÓGICA

El escándalo Facebook-Cambridge Analytica evidenció una serie de prácticas que habrían afectado, al menos, a 50 millones de personas y sobre cuyos datos personales almacenados por Facebook se habrían elaborado perfiles individuales con fines de micro-marketing político en la elecciones presidenciales de Estados Unidos de 2016 y en el referéndum sobre la permanencia en la Unión Europea del Reino Unido⁸⁸. En la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2018, sobre la utilización de los datos de los usuarios de Facebook por parte de Cambridge Analytica y el impacto en la protección de los datos, se considera constatado que las fugas de datos de usuarios y el acceso concedido a aplicaciones de terceros sirvieron para utilizarse indebidamente en campañas electorales⁸⁹.

No es este un problema nuevo para las autoridades de protección de datos, que en el año 2005 adoptaron una Resolución sobre el uso de datos personales para la comunicación política⁹⁰ poniendo de manifiesto la existencia de la realización invasiva de perfiles de personas, que las clasifica como simpatizantes, partidarios, adherentes o miembros de un partido, para intensificar la comunicación personalizada con grupos de ciudadanos. Para ello, las organizaciones políticas recopilarían una gran cantidad de datos personales que incluiría, además de los datos de contacto, informaciones sobre su actividad profesional y relaciones familiares, «datos sensibles relacionados con convicciones o actividades políticas o morales reales o supuestas, o con actividades de votación». Pero, si bien este no es un problema nuevo,

⁸⁷ *Ibidem*, p. 10.

⁸⁸ De forma detallada se recogen en el Informe de la Cámara de los Comunes de 14 de febrero de 2019 «Disinformation and “fake news”: Final Report».

⁸⁹ *Vid.* Considerando A de la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2018, sobre la utilización de los datos de los usuarios de Facebook por parte de Cambridge Analytica y el impacto en la protección de los datos [2018/2855(RSP)].

⁹⁰ Resolución sobre el Uso de Datos Personales para la Comunicación Política de las Autoridades de Protección de datos, adoptada en la Conferencia de Montreaux del 14 al 16 de septiembre de 2005.

lo cierto es que las posibilidades actuales de micro-segmentación y manipulación *online* basadas en las tecnologías de *big data* e inteligencia artificial que permiten la recolección, el almacenamiento, la combinación y el análisis de ingentes cantidades de datos personales hacen que el riesgo para los derechos de las personas sea hoy mucho más real y elevado. Como ha señalado el Supervisor Europeo de Protección de Datos existe una amenaza para los valores democráticos y los derechos fundamentales derivados de la incesante vigilancia a la que son sometidas las personas en el espacio digital por empresas y Estados y, esta disminución de su espacio íntimo tiene como consecuencia «un efecto alarmante sobre la capacidad y voluntad de las personas de expresarse y establecer relaciones con libertad, también en la esfera cívica, tan esencial para la salud de la democracia»⁹¹.

Existe una relación de interdependencia entre el derecho a la vida privada y las libertades de expresión e ideológica. El derecho a la protección de datos personales cumple una importante función de garantía de otros derechos fundamentales como reiteradamente ha destacado el Tribunal Constitucional⁹². El tratamiento de los datos relativos a cualquier persona puede «servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier índole, o (...) para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo»⁹³y, precisamente, es esta capacidad para la elaboración de perfiles predictivos cada vez más precisos y detallados, que va a permitir el envío de mensajes publicitarios y políticos diseñados específicamente, dirigidos y personalizados para grupos de personas cada vez más y mejor segmentadas, lo que podría poner en riesgo, a través de campañas de desinformación basadas en estos perfiles, las libertades de expresión e información.

Las libertades de expresión e información son dos derechos diferentes, la primera «tiene por objeto la expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del que deben incluirse también las creencias y las creencias y juicios de valor»⁹⁴. El derecho-deber a la información veraz garantiza el derecho a comunicar y recibir libremente información «sobre hechos que puedan considerarse noticiables»⁹⁵. Dada la cuestión de la que nos estamos ocupando, conviene recordar que, de acuerdo con su configuración constitucional, la exigencia de veracidad actúa como límite interno de la libertad de información, pues la propia constitución configura la libertad de

⁹¹ Opinion 3/2018, on online manipulation and personal data, del Supervisor Europeo de Protección de Datos, adoptada el 13 de marzo de 2018, p. 3.

⁹² SSTC 11/1998, de 13 de enero (RTC 1998\11); 33/1998, de 11 de febrero (RTC 1998/33); 35/1998, de 11 de febrero (RTC 1998/35); 45/1998 de 24 de febrero (RTC 1998/45); 104/1998, de 18 de mayo; 198/1998 (RTC 1998/198), de 13 de octubre o 44/1999, 22 de marzo (RTC 1999/44).

⁹³ STC 292/2000, de 30 de noviembre (RTC 2000/292).

⁹⁴ STC 6/1988, de 21 de enero (RTC 1988/6).

⁹⁵ *Ibidem*.

información como el derecho a transmitir información veraz, por lo que es una condición imprescindible para legitimar el ejercicio de esta libertad. No obstante, el requisito constitucional de veracidad no exige una rigurosa y absoluta exactitud en el contenido de la información⁹⁶, si bien se hace imprescindible una especial actitud del informador en orden a «comprobar la veracidad de los hechos que expone mediante las oportunas averiguaciones, y empleando la diligencia exigible a un profesional (...), excluyendo invenciones, rumores o meras insidias»⁹⁷.

Nota distintiva y especialmente relevante de ambas libertades es que son, además de derechos fundamentales, garantías institucionales, es decir, instrumentos de los que se vale el sistema democrático para protegerse⁹⁸. La institución que garantizan es la opinión pública libre, fundamento del pluralismo político y elemento básico en un sistema democrático⁹⁹. Las libertades de expresión y de información cumplen por ello una función esencial de preservación del principio democrático y del pluralismo ideológico al permitir a los ciudadanos formar sus propias opiniones y convicciones, su conciencia individual y colectiva acerca de hechos y acontecimientos, así como participar en la discusión social sobre asuntos de interés público. Además, sin la garantía institucional de la opinión pública, se podría «poner en tela de juicio la base organizativa jurídica y política de cualquier Estado democrático y no se garantizaría (...) la ineludible protección de las minorías, como mecanismo institucionalizado para garantizar la disidencia o la heterodoxia»¹⁰⁰. En su dimensión objetiva, estas libertades actúan como elementos esenciales para establecer el necesario equilibrio entre poderes en las sociedades democráticas, contribuyen a realizar los fines del Estado porque son vehículos para la participación política y constituyen «un instrumento de control que tanto puede afectar al procedimiento de las tomas de decisiones como a la cualidad y legitimidad de las personas al frente de las instituciones políticas»¹⁰¹. Por lo tanto, constituyen «una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático (...). Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos,

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ STC 105/1990, de 6 de junio (RTC 1990/105). En el mismo sentido SSTC 171/1990, de 12 de junio (RTC 1990/171); 197/1991, de 17 de octubre (RTC 1991/197); 85/1992, de 8 de junio (RTC 1992/85) o 148/2002, de 15 de julio (RTC 2002/148).

⁹⁸ Vid. LLAMAZARES CALZADILLA, M.^a C., *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo político*, Civitas-Universidad Carlos III de Madrid, 1999, especialmente pp. 43 ss.

⁹⁹ STC 104/1986, de 17 de julio (RTC 1986/104). En el mismo sentido, entre otras, SSTC 12/1982, de 31 de marzo; 159/1986, de 12 de diciembre; 172/1990, de 12 de noviembre o 214/1991, de 11 de noviembre.

¹⁰⁰ RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A., *El control de los medios de comunicación*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 10.

¹⁰¹ SORIANO, RAMÓN: *Las libertades públicas*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 109.

ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas»¹⁰². Cuando la ciudadanía ejerce su derecho al sufragio elige sobre la base de un juicio que se construye sobre el conocimiento del que disponga de los asuntos públicos y su gestión. Y este conocimiento sobre asuntos de relevancia pública puede garantizar esa actuación libre de los ciudadanos pues, como nos recuerda el Tribunal Constitucional, «únicamente aquellas sociedades que pueden recibir informaciones veraces y opiniones diversas de cuanto constituyen los aspectos más importantes de la vida comunitaria, están en condiciones de ejercitar, después, sus derechos y cumplir sus deberes como ciudadanos, partiendo del principio esencial de que la soberanía nacional reside en el pueblo, del que emanan los poderes del Estado (art. 1.2 CE)»¹⁰³. Las libertades de expresión e información encuentran por todas las razones anteriores su fundamento en la dignidad de la persona, la libertad de conciencia y el pluralismo político. Entre estos tres valores, que se implican mutuamente, se produce «una relación secuencial que se articula de la manera siguiente: el pluralismo político es condición *sine qua non* de la libertad de conciencia y, consecuentemente, de la dignidad personal»¹⁰⁴.

En período electoral todas las cuestiones anteriores y el papel que desempeñan las libertades de expresión e información es si cabe aún más relevante, pues como señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), la libertad de expresión, en particular la libertad de debate político, constituyen la base de todo sistema democrático¹⁰⁵. Ambos derechos «están interrelacionados y se refuerzan mutuamente: por ejemplo, la libertad de expresión es una de las «condiciones» necesarias para «garantizar la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del poder legislativo» y, por ello, «es particularmente importante en el período anterior a una elección que se permita la libre circulación de opiniones e información de todo tipo. En el contexto de los debates electorales, el ejercicio sin trabas de la libertad de expresión por parte de los candidatos tiene especial importancia»¹⁰⁶.

La libre circulación de opiniones e informaciones se ve obstaculizada y, consiguientemente, el debate electoral, cuando se aplican «burbujas de filtro». Como ya he señalado, la recopilación masiva de datos personales permite elaborar un perfil preciso que servirá para que los algoritmos que utilizan los servicios de noticias establezcan correlaciones «de todo lo que hacemos con lo que hacen casi todos los

¹⁰² STC 159/1986, de 16 de diciembre (RTC 1986/159). También SSTC 6/1981 de 16 marzo o 104/1986 de 17 julio.

¹⁰³ STC 173/1995, de 21 de noviembre (RTC 1995/173).

¹⁰⁴ LLAMAZARES CALZADILLA, M.^a C., *Las libertades de expresión...*, ob. cit., p. 47.

¹⁰⁵ SSTEDH de 2 de marzo de 1987, caso Mathieu-Mohin y Clerfayt c. Bélgica (TEDH 187/3) y de 8 de julio de 1986, caso Lingens c. Austria (TEDH 1986/8).

¹⁰⁶ STEDH de 21 febrero 2017, caso Orlovskaya Iskra c. Rusia (JUR 2017/44341).

demás» y se diseñan estímulos individualizados para modificar nuestra conducta¹⁰⁷. La nueva generación de filtros de internet «son máquinas de predicción cuyo objetivo es crear y perfeccionar constantemente una teoría acerca de quién eres, lo que harás y lo que desearás a continuación»¹⁰⁸ formando una burbuja de filtros invisible, que nos aísla y que no elegimos. Además al desconocer la forma y los criterios según los cuales los servicios filtran la información que entra y sale, «es prácticamente imposible ver lo sesgada que es»¹⁰⁹. Como consecuencia de ello, cuando el entorno *online* se encuentra personalizado y micro-segmentado, los ciudadanos estamos expuestos a informaciones que refuerzan los sesgos ideológicos y es más difícil encontrar opiniones diferentes, lo que lleva «a una mayor polarización política e ideológica»¹¹⁰. En este sentido, también el Parlamento Europeo¹¹¹ ha analizado los riesgos de la elaboración de perfiles utilizando *macrodatos* y, entre otras consideraciones, insta a la «Comisión y a los Estados miembros que velen por que las tecnologías basadas en los datos no limiten o discriminan el acceso a un entorno mediático pluralista sino que fomenten la libertad de los medios de información y el pluralismo». En su Informe de enero de 2018, el Grupo Consultivo sobre Ética del Supervisor Europeo de Protección de Datos¹¹² señalaba, entre las amenazas para la autonomía individual, la difusión algorítmica o humana de noticias falsas que debilita la capacidad de los individuos para discriminar entre lo que es información fiable y lo que no lo es y, así también, los procesos democráticos estarían en riesgo de debilitarse a través de las prácticas de marketing político basadas en técnicas de micro-segmentación y elaboración de perfiles psicográficos¹¹³; pues, las técnicas de micro-segmentación en el ámbito electoral cambia las reglas del discurso político, reduciendo el espacio para el debate y el intercambio de ideas¹¹⁴.

También la libertad ideológica puede resultar afectada por las prácticas anteriormente descritas. Su papel es esencial en un Estado democrático y abarca «todas las opciones que suscita la vida personal y social (...) y para cuya efectiva realización es precisa la maduración intelectual en una mentalidad amplia y abierta»¹¹⁵. La libertad ideológica se encuentra estrechamente vinculada a la dignidad humana

¹⁰⁷ LANIER, J., *Diez razones para borrar...*, ob. cit., pp. 18-19.

¹⁰⁸ PARISER, E., *El filtro burbuja...*, ob. cit., p. 18.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ Opinión 3/2018, on online manipulation and personal data, del Supervisor Europeo de Protección de Datos, adoptada el 13 de marzo de 2018, p. 7.

¹¹¹ Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2017, sobre las implicaciones de los macrodatos en los derechos fundamentales: privacidad, protección de datos, no discriminación, seguridad y aplicación de la ley.

¹¹² EAG; Report 2018: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/18-01-25_eag_report_en.pdf (consultado el 23 de noviembre de 2018).

¹¹³ *Ibidem*, p. 18.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 28.

¹¹⁵ ATC núm. 40/1999 de 22 febrero (RTC 1999\40 Auto).

puesto que «otorga dimensión moral a la vida humana en el sentido de que, en función de las creencias profesadas, el individuo puede orientar libremente el sentido de su existencia que adquiere así, en cuanto libremente determinada, dimensión moral»¹¹⁶. Pero, además de fundamento de la autodeterminación de la persona, la libertad ideológica es presupuesto del derecho de participación y del pluralismo político¹¹⁷. La relación de la libertad ideológica con el valor superior del pluralismo político tiene una doble dimensión que se concreta en la relación indirecta a través del valor libertad en la medida en que el pluralismo se configura como la dimensión política de la libertad; pero, asimismo existe una relación directa puesto que, «además de ser un valor fundamental, es también un requisito de funcionamiento del Estado democrático» 118. Señala el Tribunal Constitucional que «sin la libertad ideológica consagrada en el artículo 16.1 de la Constitución, no serían posibles los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico que se propugnan en el artículo 1.1 de la misma para constituir el Estado social y democrático de derecho que en dicho precepto se instaure» 119. La libertad ideológica, por ser esencial «para la efectividad de los valores superiores y especialmente del pluralismo político, hace necesario que el ámbito de este derecho no se recorte ni tenga “más limitación (en singular utiliza esta palabra el artículo 16.1 CE), en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”»¹²⁰.

En nuestro sistema de valores, la ideología es una cuestión privada e íntima. Las ideas que se profesen, «cualesquiera que sean, no pueden someterse a enjuiciamiento, y nadie, como preceptúa el artículo 14 de la CE, puede ser discriminado en razón de sus opiniones»¹²¹. Esta dimensión de la libertad de conciencia nos remite al ámbito en el que se generan y forman nuestras creencias e ideas, al ámbito «de nuestra concepción personal sobre el mundo, la vida y la sociedad»¹²². Este rasgo situaría a la libertad de conciencia muy próxima al derecho a la intimidad y, para garantizarlo, el artículo 16.2 CE establece un elemento negativo al determinar que «nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias»¹²³. Por lo tanto, el

¹¹⁶ ROLLNERT LIERN, G., «La libertad ideológica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Cuadernos y Debates* núm. 129, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 66.

¹¹⁷ XIOL RÍOS, J. A., «La libertad ideológica o libertad de conciencia», en AA. VV., «La libertad ideológica. Actas e las VI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional», *Cuadernos y Debates* n.º 115, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 19 ss.

¹¹⁸ ROLLNERT LIERN, G., *La libertad ideológica en...*, ob. cit., p. 70.

¹¹⁹ STC 20/1990 de 15 de febrero (RTC 1990\20).

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ ATC 195/1983, de 4 de mayo.

¹²² MARTÍNEZ DE PIÑÓN CAVERO, J., *Constitución y libertad religiosa en España*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 305.

¹²³ STC 46/2001, de 15 de febrero (RTC 2001\46).

derecho fundamental a la libertad ideológica garantiza el derecho de las personas a manifestar sus opiniones políticas sin que por ello puedan ser discriminadas o limitado su ejercicio por los poderes públicos salvo que sea necesario para el mantenimiento del orden público, pero también supone el derecho a no revelar la propia ideología. Se trata de un derecho complejo con distintas facetas o dimensiones y que inicialmente el Tribunal Constitucional formuló conjuntamente de forma genérica para la libertad religiosa e ideológica¹²⁴. En su dimensión externa, constituye «el reconocimiento de un ámbito de actuación constitucionalmente inmune a la coacción estatal»¹²⁵ y en su dimensión interna, representa el «derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones»¹²⁶ y esta dimensión íntima o negativa de la libertad ideológica se concreta «por la determinación constitucional de que «nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias» (art. 16.2 CE)»¹²⁷. Precisamente para garantizar este elemento negativo de la libertad ideológica y de conciencia, tanto el RGPD como la LOPDyGDD prohíben como regla general el tratamiento de los datos personales que revelen las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas (arts. 9.1 de ambas normas). Ahora bien en el ámbito del *big data*, las posibilidades de elaboración de perfiles con el auxilio de la inteligencia artificial y el aprendizaje automático hace posible inferir las convicciones ideológicas y de conciencia de una persona sin que esta la haya hecho pública. Así lo señala el Grupo de Trabajo del artículo 29, ya que «pueden hallarse correlaciones que indiquen algo sobre la salud, las convicciones políticas, las creencias religiosas o la orientación sexual de las personas»¹²⁸. Por tanto, en la medida en que a través de estas tecnologías es posible inferir la ideología de una persona se estaría conculcando el derecho fundamental del artículo 16.2 CE y en el contexto de unas elecciones políticas, la elaboración de perfiles ideológicos para aplicar las técnicas de *microtargeting*, podría afectar también al derecho del artículo 23.1 CE. Estamos ante libertades ínti-

¹²⁴ ROLLNERT LIERN, G., *La libertad ideológica en...*, ob. cit., p. 45 ss.

¹²⁵ STC 141/2000, de 29 de mayo (RTC 2000\141).

¹²⁶ Sentencia núm. 120/1990 de 27 junio (RTC 1990\120).

¹²⁷ Sentencia núm. 46/2001 de 15 febrero (RTC 2001\46).

¹²⁸ Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679, adoptadas el 3 de octubre de 2017 y revisadas por última vez y adoptadas el 6 de febrero de 2018, p. 17. El Grupo de Trabajo recoge el estudio de KOSINSKI, M., STILWELL, D., y GRAEPEL, T., «Private traits and attributes are predictable from digital records of human behaviour», *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, volumen 110, núm. 15, pp. 5802-5805. Dicho estudio, según se recoge por el Grupo del artículo 29, «combinó los “me gusta” de Facebook con información limitada procedente de encuestas y halló que los investigadores predijeron con exactitud la orientación sexual de un usuario varón en el 88 % de los casos; el origen étnico de un usuario en el 95 % de los casos; y si un usuario era cristiano o musulmán en el 82 % de los casos».

mamente relacionadas puesto que la libertad de expresión es el cauce que permite la manifestación y por tanto el ejercicio de la dimensión externa de la libertad ideológica¹²⁹. Por otra parte, los derechos garantizados por el artículo 23 CE, que se encuentran íntimamente conectados formando un todo inescindible¹³⁰, «poseen, no solo un contenido prestacional y una función de garantía de institutos políticos, como el de la opinión pública libre, sino también un contenido de derecho de libertad, que se concreta, en lo que aquí interesa, en la posibilidad constitucionalmente protegida de ofrecer a los ciudadanos, sin interferencias o intromisiones de los poderes públicos, los análisis de la realidad social, económica o política y las propuestas para transformarla que consideren oportunas»¹³¹. Al igual que las libertades de expresión e ideológica los derechos de participación política permiten la efectiva realización de los valores superiores de nuestro Derecho, en especial la libertad y el pluralismo político y contribuyen a asegurar la formación de la opinión pública libre. Con estos derechos al igual que con las libertades de expresión y de comunicación, indica el Tribunal Constitucional, se persigue garantizar «a las personas que participan como actores en la actividad pública, y a los partidos y grupos en los que aquéllas se integran la posibilidad de contribuir a la formación y expresión de la opinión pública libre, poniendo a disposición de los ciudadanos en general y de los electores en particular una pluralidad de opciones políticas para que puedan formar sus propias opiniones políticas y, en el momento electoral, para que puedan elegir libremente los programas que estimen más adecuados»¹³². Al cumplir una función tan esencial en el sistema democrático «deberá garantizarse la máxima libertad –y los mayores medios– para que los individuos y los grupos hagan llegar a los electores cualquier tipo de opiniones o informaciones «para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos» (...) pero, por el mismo motivo, en este contexto deberá existir una especial cautela respecto de todo aquello que pueda limitar la libertad de opción de los ciudadanos y, muy especialmente, durante los procesos electorales»¹³³.

La relación entre todos estos derechos fundamentales está clara. Todos ellos contribuyen a garantizar la institución de la opinión pública libre y ello requiere que no se introduzcan interferencias y manipulaciones, se permita acceder a informaciones veraces y compartirlas e incluso discutir las sin que los filtros automáticos basados en el perfil ideológico individual limiten el alcance de las informaciones a los que

¹²⁹ STC 136/1999 de 20 julio (RTC 1999\136).

¹³⁰ STC 5/1983 de 4 febrero (RTC 1983\5) y STC 136/1999 de 20 julio (RTC 1999/136), entre otras.

¹³¹ STC 136/1999 de 20 julio.

¹³² *Ibidem*.

¹³³ *Ibidem*.

la ciudadanía va a tener acceso. Para el Tribunal Constitucional, serán los electores quienes habrán de decidir que mensajes quieren recibir y cuales no y el que valor le atribuyen a estos mensajes sin que los poderes públicos deban intervenir para acotar los mensajes electorales. Sin embargo podría producirse una intervención automática y opaca en la información que se recibe, sin los necesarios filtros que garanticen suficientemente su veracidad. Y si bien nuestro Tribunal Constitucional considera, que en el ámbito de los procesos electorales, solo en casos muy extremos cabría admitir «la posibilidad de que un mensaje tenga capacidad suficiente para forzar o desviar la voluntad de los electores, dado el carácter íntimo de la decisión del voto y los medios legales existentes para garantizar la libertad del sufragio», ya que frecuentemente los partidos políticos durante las campañas electorales suelen pronosticar «todo tipo de peligros y calamidades que necesariamente habrán de seguirse del triunfo de las opciones contrarias sin que ello pueda considerarse intimidatorio o amenazante»¹³⁴, como señala el Defensor del Pueblo¹³⁵, el actual contexto tecnológico ha cambiado las reglas del juego. Si bien es innegable que los mensajes alarmistas, xenófobos o el discurso del miedo no es una realidad que haya surgido con la sociedad digital, lo cierto es que la capacidad de manipulación que permiten las prácticas de micro-segmentación basadas en perfiles individuales eran fenómenos desconocidos hasta hoy.

V. LA ELABORACIÓN DE PERFILES Y EL NUEVO ARTÍCULO 58 BIS.1 DE LA LEY ORGÁNICA DE RÉGIMEN ELECTORAL GENERAL¹³⁶

Antes de examinar el artículo 58 bis.1 de la LOREG, es conveniente conocer cuál es la regulación de la información relativa a la ideología en el RGPD y en la LOPDyGDD. En primer lugar debemos recordar que de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de la LOPDyGDD, lo dispuesto en los Títulos I a IX y en los artículos 89 a 94 de la Ley Orgánica 3/2018 «se aplica a cualquier tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero». En el apartado tercero del artículo 2 se establece que los tramitemos a los que no sea directamente aplicable el RGPD por afectar a actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea, «se registrarán por lo dis-

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ Recurso de Inconstitucionalidad contra el artículo 58 bis.1 de la LOREG.

¹³⁶ Con posterioridad a la elaboración de este trabajo, durante el proceso de evaluación, el Tribunal Constitucional ha declarado contrario a la Constitución y nulo el apartado 1 del artículo 58 bis de la LOREG en su sentencia 76/2019, de 22 de mayo.

puesto en su legislación específica si la hubiere y supletoriamente por lo establecido en el citado reglamento y en la presente ley orgánica». En esta situación se encuentran los tratamientos realizados al amparo de la legislación orgánica del régimen electoral general.

El artículo 9 del RGPD regula el tratamiento de categorías especiales de datos personales, lo que antes denominábamos datos sensibles¹³⁷, y establece como regla general la prohibición del tratamiento de datos personales que revelen las opiniones políticas, salvo que el interesado haya dado su consentimiento explícito para uno o varios fines y siempre que el Derecho de la Unión o el estatal permitan levantar esta prohibición (art. 9.2.a) o cuando el tratamiento sea «necesario por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado» (art. 9.2.g del RGPD). Así pues, en el RGPD, solamente con el consentimiento explícito del interesado o por razones de interés general que deberá respetar el principio de finalidad y el contenido esencial del derecho a la protección de datos personales y cuando se adopten las garantías adecuadas para proteger los derechos del interesado podrá justificarse el tratamiento de la ideología política¹³⁸. El Considerando 56 del Reglamento se refiere expresamente a la posibilidad de tratar información relativa a la ideología e indica que «si, en el marco de actividades electorales, el funcionamiento del sistema democrático exige en un Estado miembro que los partidos políticos recopilen datos personales sobre las opiniones políticas de las personas, puede autorizarse el tra-

¹³⁷ Estamos ante una categoría de datos personales que se refieren a cuestiones íntimamente ligadas al núcleo de la personalidad y de la dignidad humana. Por ello, las posibles agresiones a la libertad, a la intimidad, las posibilidades de ser discriminado o cualquier otra contra el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas, se van a ver agravadas cuando los datos tratados pertenezcan a la categoría de los denominados «sensibles». La particular naturaleza de estos datos personales, por lo íntimo de las informaciones a las que hacen referencia, así como por lo particularmente graves que pueden ser las consecuencias de su utilización fraudulenta para las personas a las que se refieren, ha propiciado que en todas las regulaciones, tanto nacionales como internacionales, hayan gozado de una especial posición traducida en un reforzamiento de las medidas adoptadas para su garantía y protección. (Vid. GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*, segunda edición, Dykinson, Madrid, 2009).

¹³⁸ La letra d) del artículo 9.2 permite también el tratamiento de estos datos «efectuado, en el ámbito de sus actividades legítimas y con las debidas garantías, por una fundación, una asociación o cualquier otro organismo sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, siempre que el tratamiento se refiera exclusivamente a los miembros actuales o antiguos de tales organismos o a personas que mantengan contactos regulares con ellos en relación con sus fines y siempre que los datos personales no se comuniquen fuera de ellos sin el consentimiento de los interesados».

tamiento de estos datos por razones de interés público, siempre que se ofrezcan garantías adecuadas».

La LOPDyGDD establece en su artículo 9 que «a los efectos del artículo 9.2.a) del Reglamento (UE) 2016/679, a fin de evitar situaciones discriminatorias, el solo consentimiento del afectado no bastará para levantar la prohibición del tratamiento de datos cuya finalidad principal sea identificar su ideología». No obstante, si será posible el tratamiento «de dichos datos al amparo de los restantes supuestos contemplados en el artículo 9.2 del Reglamento (UE) 2016/679, cuando así proceda». En el apartado segundo del artículo 9 se establece que «los tratamientos de datos contemplados en las letras g), h) e i) del artículo 9.2 del Reglamento (UE) 2016/679 fundados en el Derecho español deberán estar amparados en una norma con rango de ley, que podrá establecer requisitos adicionales relativos a su seguridad y confidencialidad». Este artículo regula de forma muy restrictiva el tratamiento de los datos personales que revelen ideológica, ya que la norma española no va a permitir el tratamiento de esta categoría de datos cuya base jurídica sea el consentimiento del interesado por lo que habrá de aplicarse la excepción al régimen general contemplada en el apartado segundo de la Ley.

Por otra parte, la elaboración de perfiles se encuentra regulada en el artículo 22 del RGPD y su definición legal viene recogida en el artículo 4 del RGPD como «toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física». Son tres, los elementos del concepto legal: el tratamiento de los datos debe ser automatizado, debe realizarse sobre datos personales y, su finalidad, ha de ser la evaluación de algún aspecto personal de un individuo¹³⁹. El rasgo más importante de este concepto es el de su finalidad, pues se trata de un tratamiento automatizado de datos personales cuyo objetivo es hacer una evaluación de la personalidad normalmente para hacer predicciones o inferir alguna cualidad sobre esta persona. Obviamente, al tratarse de un tratamiento de datos personales habrán de respetarse por el responsable del tratamiento todos los principios relativos al tratamiento del artículo 5 del RGPD (y del artículo 4 de la LOPDyGDD) y realizarse al amparo de alguna de las bases jurídicas para el tratamiento según lo dispuesto en el artículo 6. Igualmente habrán de respetarse los derechos de los interesados y las disposiciones que regulan las obligaciones del responsable del tratamiento sobre transparencia, seguridad y confidencialidad de la información, responsabilidad proactiva y evaluación de riesgo, privacidad desde el diseño y por defecto, etc.

¹³⁹ Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679, del Grupo de Trabajo del artículo 29, cit., p. 7.

El artículo 22 del Reglamento garantiza el derecho del interesado «a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar». No estamos ante un derecho absoluto, ya que no se aplicará este derecho cuando la decisión sea necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento, cuando esté autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros y establezcan asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, o cuando se base en el consentimiento explícito del interesado. Incluso cuando la elaboración de perfiles se base en categorías especiales de datos podrá realizarse en aquellos casos en los que se apliquen las excepciones previstas en el apartado 2, letra a) o g) del artículo 9 y se hayan tomado medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado (art. 22.4).

Los antecedentes del artículo 22 los encontramos en el artículo 15 de la Directiva 95/46/CE, que regulaba las decisiones automatizadas y en la Recomendación (2010)13 del Consejo de Europa sobre la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal en el contexto de la creación de perfiles¹⁴⁰. En esta Recomendación se destacan los peligros que la falta de transparencia en los procesos de creación de perfiles y en su posterior aplicación, los cuales podrán afectar al control de la propia identidad de la persona interesada y sus efectos serán especialmente graves cuando se realicen correlaciones utilizando datos sensibles, lo que supondrá «exponer a las personas a riesgos particularmente elevados de discriminación y de atentados contra sus derechos personales y su dignidad».

En relación con el artículo 58 bis.1 de la LOREG¹⁴¹, lo primero que hay que señalar es se trata de una excepción a la prohibición gene-

¹⁴⁰ Recomendación CM/Rec(2010)13, de 23 de noviembre de 2010, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la protección de las personas con respecto al tratamiento automático de datos de carácter personal en el contexto de perfiles.

¹⁴¹ «Artículo cincuenta y ocho bis. Utilización de medios tecnológicos y datos personales en las actividades electorales.

1. La recopilación de datos personales relativos a las opiniones políticas de las personas que lleven a cabo los partidos políticos en el marco de sus actividades electorales se encontrará amparada en el interés público únicamente cuando se ofrezcan garantías adecuadas.

2. Los partidos políticos, coaliciones y agrupaciones electorales podrán utilizar datos personales obtenidos en páginas web y otras fuentes de acceso público para la realización de actividades políticas durante el periodo electoral.

3. El envío de propaganda electoral por medios electrónicos o sistemas de mensajería y la contratación de propaganda electoral en redes sociales o medios equivalentes no tendrán la consideración de actividad o comunicación comercial.

4. Las actividades divulgativas anteriormente referidas identificarán de modo destacado su naturaleza electoral.

ral contenida en los artículos 9.1 del RGPD y de la Ley Orgánica 3/2018, ya que este precepto permite «la recopilación de datos personales relativos a las opiniones políticas de las personas que lleven a cabo los partidos políticos en el marco de sus actividades electorales». La recogida de las opiniones sobre ideología, que constituye un tratamiento de datos personales de acuerdo con la definición del artículo 4 del RGPD, solo se considerará amparada en el interés público cuando se adopten las garantías adecuadas. Sin embargo, ni este ni ningún otro precepto de la LOREG o de la LOPDyGDD establece cuáles serán las garantías que se aplicarán a dicho tratamiento. La LOPDyGDD y el RGPD regulan los límites, requisitos, obligaciones y derechos de las personas concernidas para cualquier tratamiento de datos personales en su ámbito de aplicación, pero nada se dice sobre este en particular. Ha sido la Agencia Española de Protección de Datos quien ha determinado los requisitos que han de cumplir los tratamientos de datos personales regulados en el artículo 58 bis de la LOREG en su Circular 1/2019, de 7 de marzo¹⁴² y que suponen la concreción, de acuerdo con lo establecido en la ley y en reglamento europeo, de los principios, obligaciones y derechos de los afectados en este supuesto concreto. Previamente, el 19 de diciembre de 2018, el Gabinete Jurídico de la Agencia había emitido un Informe¹⁴³ en el que entendía que el artículo 58 bis de la LOREG debía ser objeto de una interpretación restrictiva al tratarse de una excepción al tratamiento de las categorías especiales de datos personales basado en el interés público del artículo 9.2 g) del RGPD. Además el interés público actuaría como fundamento, pero también como límite, y su aplicación debe interpretarse siempre «en el sentido más favorable a la consecución de dicho interés público, por lo que en ningún caso podrá amparar tratamientos, como el *microtargeting*, que puedan ser contrarios a los principios de transparencia y libre participación que caracterizan a un sistema democrático»¹⁴⁴. Así mismo, la Agencia entiende que esta interpretación restrictiva es necesaria para que las disposiciones del artículo 58 bis sean interpretadas conforme a lo establecido en la Constitución española de modo que no conculquen los derechos fundamentales a la protección de datos personales, a la libertad ideológica, la libertad de

5. Se facilitará al destinatario un modo sencillo y gratuito de ejercicio del derecho de oposición.»

¹⁴² Circular 1/2019, de 7 de marzo, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales relativos a opiniones políticas y envío de propaganda electoral por medios electrónicos o sistemas de mensajería por parte de partidos políticos, federaciones, coaliciones y agrupaciones de electores al amparo del artículo 58 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

¹⁴³ Informe sobre el tratamiento de datos relativos a opiniones políticas por los partidos políticos al amparo del artículo 58 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (N/REF: 210070/2018).

¹⁴⁴ Circular 1/2019, de 7 de marzo, de la Agencia Española de Protección de Datos.

expresión e información o el derecho a la participación política¹⁴⁵; pues, como he explicado, debido a su carácter instrumental, la violación del derecho fundamental a la protección de datos personales puede llevar aparejada la conculcación de otras libertades fundamentales habida cuenta de la naturaleza de los datos o de la finalidad perseguida por el tratamiento¹⁴⁶.

Por su parte y como ya he mencionado, el Defensor del Pueblo ha interpuesto Recurso de Inconstitucionalidad contra el artículo 58 bis.1 de la LOREG al entender que vulnera los artículos 9.3, 16, 18.4, 23.1 y 53.1 de la Constitución¹⁴⁷. Entre otros motivos, para el Defensor del Pueblo, en este precepto, al no establecerse las garantías adecuadas del tratamiento de los datos ideológicos, ni precisar el interés público esencial que ampararía dicho tratamiento o el concepto de «actividades electorales», el legislador habría abdicado de «*su deber de regular concreta y pormenorizadamente las restricciones al derecho fundamental que se derivan de la autorización concedida a los partidos políticos para recopilar datos personales relativos a opiniones políticas.*»¹⁴⁸

Resulta claro que las disposiciones previstas en el artículo 58 bis.1 de la LOREG constituyen un límite al derecho fundamental a la protección de datos personales y si bien podrían resultar contrarias también a los derechos garantizados en los artículos 16, 20 y 23 de la Constitución, por la naturaleza de este trabajo me centraré principalmente en el derecho del artículo 18.4 CE. La cuestión está en determinar si estamos ante una limitación que se ajusta a los cánones de constitucionalidad establecidos por nuestro Tribunal Constitucional y a los requisitos que el TEDH ha señalado para considerar la legitimidad de una injerencia o de una medida limitativa de los derechos recogidos en el artículo 8 del Convenio Europeo¹⁴⁹. Como cualquier derecho fundamental, el derecho a la protección de datos personales no es un

¹⁴⁵ *Ibidem.*

¹⁴⁶ A modo de ejemplo puede recordarse el caso resuelto por el Tribunal Constitucional en el que el uso ilícito del dato relativo a la afiliación sindical de varios trabajadores supuso la conculcación del derecho a la protección de los datos personales y de la libertad sindical (sentencias 11/1998, de 13 de enero; 33/1998, de 11 de febrero; 35/1998, de 11 de febrero; 45/1998 de 24 de febrero; 104/1998, de 18 de mayo; 198/1998, de 13 de octubre o 44/1999, 22 de marzo; entre otras).

¹⁴⁷ EL Recurso ha sido admitido a trámite por el Tribunal Constitucional el 12 de marzo de 2019.

¹⁴⁸ P. 4 del Recurso de Inconstitucionalidad.

¹⁴⁹ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. El artículo 8 del Convenio europeo de derechos humanos (el derecho a la vida privada entre el que se encontraría el derecho a la protección de datos de carácter personal) ha de interpretarse a la luz del Convenio específico sobre esta materia, el Convenio 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981 y ratificado por España el 27 de enero de 1984. Actualmente se conoce como Convenio 108+, tras su actualización en junio de 2018, para adaptarse a la

derecho absoluto e incondicionado o carente de limitaciones, sino que puede y debe, en determinadas ocasiones, ceder ante otros valores y bienes constitucionales. Esta libertad, al igual que cualquier otro derecho fundamental, puede sufrir limitaciones, bien porque estas restricciones vengan establecidas en la Constitución directamente, bien porque deriven de ésta de manera indirecta o mediata, justificándose «por la necesidad de proteger o preservar no solo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos»¹⁵⁰. Cualquier derecho fundamental «es susceptible de ser ponderado respecto de la posibilidad de hacer excepciones a dicho principio, incluyendo, desde luego, el derecho fundamental previsto en el artículo 18.4 CE en los términos y con la amplitud y autonomía que le ha sido reconocido por este Tribunal en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, en sus fundamentos jurídicos 5 y 6»¹⁵¹. Ahora bien, los límites del derecho a la protección de datos para garantizar otros derechos y valores constitucionales han de respetar su contenido esencial. En este sentido, en su sentencia 17/2013, de 31 de enero, en la que, reiterando su fundamentación de la sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, el Tribunal Constitucional recordaba que:

«Justamente, si la Ley es la única habilitada por la Constitución para fijar los límites a los derechos fundamentales y, en el caso presente, al derecho fundamental a la protección de datos, y esos límites no pueden ser distintos a los constitucionalmente previstos, que para el caso no son otros que los derivados de la coexistencia de este derecho fundamental con otros derechos y bienes jurídicos de rango constitucional, el apoderamiento legal que permita a un Poder Público recoger, almacenar, tratar, usar y, en su caso, ceder datos personales, solo está justificado si responde a la protección de otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos. Por tanto, si aquellas operaciones con los datos personales de una persona no se realizan con estricta observancia de las normas que lo regulan, se vulnera el derecho a la protección de datos, pues se le imponen límites constitucionalmente ilegítimos, ya sea a su contenido o al ejercicio del haz de facultades que lo componen. Como lo conculcará también esa Ley limitativa si regula los límites de forma tal que hagan impracticable el derecho fundamental afectado o ineficaz la garantía que la Constitución le otorga.»

nueva realidad tecnológica. (<https://rm.coe.int/convention-108-convention-for-the-protection-of-individuals-with-regar/16808b36f1>). Consultado e 2 de marzo de 2019.

Esta interpretación extensiva y concordante del artículo 8 del Convenio de 1950 con el Convenio de 1981 fue destacada, entre otras, en la SSTEDH Amann contra Suiza, de 16 de febrero de 2000 (TEDH 2000\87) y Rotaru contra Rumania, de 4 de mayo de 2000 (TEDH 2000\130).

¹⁵⁰ STC 11/1981, de 8 de abril (RTC 1981/11).

¹⁵¹ STC 114/2006, de 5 de abril (RTC 2006\114).

No voy a analizar si la el tratamiento de los datos personales relativos a las opiniones políticas incumple el principio de reserva de ley respetando en todo caso los límites que se establezcan el contenido esencial de derecho fundamental¹⁵² o si dichas garantías (las que formarían parte del haz de facultades que configuran el derecho a la protección de datos) se entenderían referidas a las establecidas en el RGPD y en la LOPDyGDD por aplicación del artículo 2 de esta última, sino que me limitaré a estudiar uno de los aspectos esenciales en la limitación del derecho garantizado por el artículo 18.4 de nuestro texto constitucional: la exigencia de proporcionalidad de la medida limitativa del derecho fundamental. En palabras del Tribunal Constitucional, el principio de proporcionalidad exige la necesidad de la limitación del derecho fundamental y que se valore «tanto la gravedad de la intromisión como su idoneidad e imprescindibilidad para asegurar la defensa del interés público (juicio de proporcionalidad)»¹⁵³. Pero, además, el principio de proporcionalidad «no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales»¹⁵⁴.

¹⁵² Si bien debo mencionar la doctrina del Tribunal a este respecto tal y como se recoge en el Fundamento jurídico 10 del la STC 292/2000, de 30 de noviembre, que declaró la inconstitucionalidad de varios preceptos de nuestra anterior LOPD:

«Tanto en la STC 254/1993 con carácter general como en la STC 143/1994, de 9 de mayo, F. 7, este Tribunal ha declarado que un régimen normativo que autorizase la recogida de datos personales, incluso con fines legítimos, vulneraría el derecho a la intimidad si no incluyese garantías adecuadas frente al uso potencialmente invasor de la vida privada del ciudadano a través de su tratamiento informático, al igual que lo harían las intromisiones directas en el contenido nuclear de ésta.

Por tanto, las facultades legalmente atribuidas a los sujetos concernidos y las consiguientes posibilidades de actuación de éstos son necesarias para el reconocimiento e identidad constitucionales del derecho fundamental a la protección de datos. Asimismo, esas facultades o posibilidades de actuación son absolutamente necesarias para que los intereses jurídicamente protegibles, que constituyen la razón de ser del aludido derecho fundamental, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De manera que, privada la persona de aquellas facultades de disposición y control sobre sus datos personales, lo estará también de su derecho fundamental a la protección de datos, puesto que, como concluyó en este punto la STC 11/1981, de 8 de abril (RTC 1981, 11) (F. 8), «se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección».

De este modo, la LOPD puede ser contraria a la Constitución por vulnerar el derecho fundamental a la protección de datos (art. 18.4 CE), por haber regulado el ejercicio del haz de facultades que componen el contenido del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal prescindiendo de las precisiones y garantías mínimas exigibles a una Ley sometida al insoslayable respeto al contenido esencial del derecho fundamental cuyo ejercicio regula (art. 53.1 CE).»

¹⁵³ STC 49/1999, de 5 de abril (RTC 1999\49).

¹⁵⁴ STC 161/1997 de 2 de octubre (RTC 1997\161). Asimismo STC 55/1996, de 28 marzo (RTC 1996\55).

De manera muy pormenorizada ha ido estableciendo el TEDH los requisitos para limitar el derecho a la protección de datos personales, que resumo a continuación. Previamente, he de señalar que si bien el artículo 8 del Convenio de 1950 prohíbe las injerencias injustificadas en la vida privada, también impone a los poderes públicos la adopción de una serie de medidas que garanticen suficientemente este derecho. En virtud de esa obligación positiva va a corresponder a los Estados adoptar todas las medidas razonables y adecuadas para proteger los derechos del artículo 8 del Convenio¹⁵⁵. Si lo que se establece, como en el caso que nos ocupa, es un límite al derecho a la protección de datos personales, el Tribunal de Estrasburgo, para considerar que la injerencia constituye una medida justificada en una sociedad democrática, exigirá que tal medida limitativa esté prevista por la ley. Este primer requisito exige que la injerencia tenga una base en el Derecho interno, «pero la observancia de éste no es suficiente: la Ley enjuiciada debe ser accesible al interesado, que además, debe poder prever las consecuencias para él»¹⁵⁶. Es decir, este requisito exige no solo que la medida tenga una base legal en el Derecho interno, sino que sea «accesible al justiciable y previsible»¹⁵⁷. Una norma es previsible cuando está redactada con la suficiente precisión para permitir a toda persona –si es necesario, con el consejo profesional apropiado– regular su conducta. Este principio exige también que la medida limitativa del derecho a la protección de datos personales «cumpla los requisitos establecidos en la legislación interna para permitir la injerencia»¹⁵⁸.

En segundo lugar, la injerencia en la vida privada debe perseguir un fin legítimo, en concreto, los mencionados en el apartado segundo del artículo 8, esto es, la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y de la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y de las libertades de terceros. En relación con este requisito, el TEDH considera que va a corresponder a las autoridades internas, especialmente a los órganos jurisdiccionales, «interpretar y aplicar la legislación interna, incluso en esos campos donde el Convenio “incorpora” las reglas de esa ley donde las autoridades internas están,

¹⁵⁵ STEDH de 2 de diciembre de 2008, caso Caso K. U. contra Finlandia (TEDH 2008\95).

¹⁵⁶ Punto 50 del asunto Leander contra Suecia, STEDH de 26 de marzo de 1987 (TEDH 1987\4). En el mismo sentido el apartado 66 del asunto Malone contra el Reino Unido, STEDH de 2 de agosto de 1984 (TEDH 1984\1).

¹⁵⁷ STEDH de 16 de febrero de 2000 (caso Aman contra Suiza). En esta resolución consideró que la norma de Derecho suizo que permitía la interceptación de conversaciones telefónicas no era «previsible», porque no indicaba con la suficiente claridad el fin y las condiciones de ejercicio del poder discrecional de las autoridades. En el mismo sentido STEDH de 4 de junio de 2002, caso Landvreugd contra Holanda (JUR 2002\157827), entre otras.

¹⁵⁸ STEDH de 17 de julio de 2003, caso Perry contra el Reino Unido (TEDH 2003\46).

por la naturaleza de las cosas, particularmente calificadas para establecer las cuestiones que surgen a este respecto»¹⁵⁹.

Finalmente, la intromisión en los derechos del artículo 8 debe ser necesaria en una sociedad democrática para alcanzar tal fin. La noción de necesidad implica una exigencia o necesidad social imperiosa para la intromisión. El concepto de necesidad no equivale al de «indispensable», pero «tampoco tiene la flexibilidad de términos como “admisible”, “normal”, “útil”, “razonable” u “oportuno”»¹⁶⁰. Este último requisito exigirá normalmente la ponderación de los intereses en conflicto, el derecho o derechos afectados y la finalidad de la injerencia, o un juicio de proporcionalidad para determinar si no existe algún medio menos lesivo para vida privada que la medida adoptada y que constituye una injerencia. Así lo ha establecido el TEDH, entre otras, en la sentencia de 24 noviembre 1986 (caso Gillow contra el Reino Unido) en la que establece que «la noción de necesidad implica una injerencia basada en una necesidad social imperiosa y sobre todo proporcionada al fin legítimo perseguido». El principio de proporcionalidad, derivado de la consideración de que la medida limitativa de los derechos amparados por el artículo 8 del Convenio ha de ser necesaria en una sociedad democrática, implica una doble consideración, tanto de procedimiento como de fondo¹⁶¹. Primero, habrá de examinarse «la decisión material de las autoridades internas para asegurar que es compatible con el artículo 8»¹⁶² y, en segundo lugar, se estudiará el proceso de decisión para establecer si se han tenido suficientemente en cuenta los intereses de las personas. Pues, es preciso verificar «si el proceso de toma de decisiones que llevó a la medida de la injerencia fue justo y de tal forma concedió el debido respeto a los intereses garantizados por el artículo 8 para el individuo»¹⁶³. El principio de proporcionalidad exige, en definitiva, que «los Estados que minimicen, hasta donde sea posible, la injerencia en estos derechos, intentando encontrar soluciones alternativas y buscando en general, alcanzar los fines de la forma menos onerosa para los derechos humanos»¹⁶⁴. El TEDH exige que se aplique el principio de proporcionalidad determinando, si la injerencia está justificada, es racional y es proporcionada. Se hace necesario, por tanto, buscar el imprescindible equilibrio que en las

¹⁵⁹ STEDH de 5 de diciembre de 2013, caso Skrtic contra Croacia (TEDH 2013\89).

¹⁶⁰ RUIZ MIGUEL, C., *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, 1994, p. 104-105.

¹⁶¹ Entre otras, STEDH de 5 de diciembre de 2013, caso Skrtic contra Croacia (TEDH 2013\89).

¹⁶² STEDH de 10 de noviembre de 2004, caso Taskin y otros contra Turquía (TEDH 2004\85).

¹⁶³ STEDH de 27 de mayo de 2004, caso Connors contra el Reino Unido (JUR 2004\158847).

¹⁶⁴ STEDH de 2 de octubre de 2001, caso Hatton y otros contra el Reino Unido (TEDH 2001\567).

sociedades democráticas deben tener las actuaciones de las autoridades internas restrictivas de derechos fundamentales y los propios derechos de las personas, que forman un conjunto de valores fundamentales en nuestras sociedades democráticas y de Derecho.

En el caso del artículo 58 bis.1 de la LOREG el juicio de proporcionalidad habrá de ser si cabe más riguroso ya que permite la recolección de una categoría de datos especialmente sensible susceptible de revelar la ideología política de las personas a las que se refieren. Para aplicar las reglas anteriores, debemos en primer lugar determinar cuál es la finalidad perseguida por esta norma, para valorar si es necesaria, adecuada y si no existe un medio menos lesivo para el derecho fundamental para lograrla. Por su incardinación en la Sección 5.^a sobre «Propaganda y actos de campaña electoral» del Capítulo VI de la Ley que regula el procedimiento electoral podríamos pensar que la finalidad del tratamiento de los datos sobre opiniones políticas sería la de conocer la opinión social sobre cuestiones políticas importantes que serían tenidas en cuenta para la elaboración de los programas electorales y durante los actos de campaña, así como para el diseño de la publicidad electoral. No obstante y esta es una cuestión fundamental, la finalidad de la recogida de los datos personales relativos a opiniones políticas no está explicitada en el artículo de la LOREG de forma que difícilmente podemos saber si se trata de una finalidad que quedaría amparada en un interés público esencial tal y como exige el artículo 9 del RGPD. Por su parte el Considerando 56 del RGPD, que se citaba en la enmienda 331 introducida durante la tramitación del Proyecto de Ley de Protección de Datos de Carácter Personal como justificación de la misma, considera la posibilidad de que los partidos políticos recopilen datos personales sobre las opiniones políticas de las personas, cuando en el marco de actividades electorales, el funcionamiento del sistema democrático lo exigiera. Confieso que soy incapaz de imaginar ninguna situación en la que el funcionamiento del sistema democrático pueda requerir que los partidos políticos recopilen datos personales relativos a la ideología de personas concretas, fuera del supuesto de sus afiliados en los términos del artículo 9.2.d) del RGPD. No olvidemos que un dato personal es aquella información relativa a una persona física identificada o identificable. Para cumplir la función esencial que los partidos políticos desempeñan en un Estado democrático en período electoral y que, citando una vez más la sentencia 136/1999 de nuestro Tribunal Constitucional, formaría parte del inescindible contenido del principio de representación política, que conecta los derechos de participación en los asuntos públicos y de acceso a los cargos públicos y que se concreta «en la posibilidad constitucionalmente protegida de ofrecer a los ciudadanos, sin interferencias o intromisiones de los poderes públicos, los análisis de la realidad social, económica o política y las propuestas para transformarla que consideren oportunas», no parece necesario identificar a personas determinadas por su ideología, convicciones morales o inquietudes

políticas. El principio de representación política garantiza valores y principios constitucionales, que sí pudieran constituir el un interés público esencial del artículo 9.2.g) del RGPD y del artículo 9.2 de la LOPDyGDD en relación con el interés público al que se refiere el artículo 58 bis.1 de la LOREG. Y, a través de la difusión de programas o mensajes electorales, «las personas que participan como actores en la actividad pública, y a los partidos y grupos en los que se integran tienen «la posibilidad de contribuir a la formación y expresión de la opinión pública libre, poniendo a disposición de los ciudadanos en general y de los electores en particular una pluralidad de opciones políticas para que puedan formar sus propias opiniones políticas y, en el momento electoral, para que puedan elegir libremente los programas que estimen más adecuados»¹⁶⁵, contribuyendo a la realización de los principios de la legitimidad democrática del sistema político, el pluralismo político y la formación de la opinión pública libre, que son valores esenciales en una sociedad democrática.

Pero, para cumplir tan esencial función, no es necesario recabar las opiniones políticas de personas determinadas, ni identificarlas, si siquiera en mi opinión, justificaría la recolección de dichas informaciones aunque fueran posteriormente seudonimizadas¹⁶⁶; informaciones sobre cuestiones políticas disociadas de las personas que las emitieron, es decir, los datos anónimos de forma que el interesado no sea identificable, o deje de serlo, cumplirían igualmente esta finalidad y si se manejaran datos estadísticos anónimos y sondeos de opinión elaborados a través de las manifestaciones que las personas y los diferentes grupos y comunidades expresan por los distintos medios a su alcance, incluidas las plataformas sociales, no resultaría afectado el derecho a la protección de datos personales, con lo que se cumpliría con las exigencias del principio de proporcionalidad. Y, protegiendo los datos personales de quienes libremente se expresan en el ámbito digital se garantiza el pluralismo de ideas y opiniones, las libertades de expresión, ideológica y el derecho de participación política y se realizaría más eficazmente el principio democrático a través de un debate no vigilado. Precisamente, por esta razón, la Circular 1/2019 de la Agencia considera desproporcionados los tratamientos de *microtargeting* o que tengan como finalidad forzar o desviar la voluntad de los electores y si se pretende la elaboración de perfiles, considera únicamente admisibles «la elaboración de perfiles generales y por categorías genéricas, pero no la realización de perfiles individuales o realizados atendiendo a categorías muy específicas, de tal manera que solo se puedan deducir patro-

¹⁶⁵ STC 136/1999.

¹⁶⁶ El artículo 4 del RGPD define la seudonimización como «el tratamiento de datos personales de manera tal que ya no puedan atribuirse a un interesado sin utilizar información adicional, siempre que dicha información adicional figure por separado y esté sujeta a medidas técnicas y organizativas destinadas a garantizar que los datos personales no se atribuyan a una persona física identificada o identificable».

nes de conducta generales de la población de forma agregada, pero no de titulares de datos personales concretos» (art. 6).

VI. CONCLUSIONES

El fenómeno de la desinformación no es nuevo, las teorías de la conspiración, los rumores sin verificar, los bulos o las mentiras sobre hechos objetivos o sobre personas ya existían antes de Internet y del desarrollo de las plataformas sociales. Sin embargo, «la diferencia con las *fake news* de hoy es que, con las plataformas digitales que dan sostén a las «redes sociales» y permiten la masiva generación e intercambio de contenidos, la desinformación multiplica y disemina de forma exponencial en tiempo real sin espacio para la reflexión o corrección»¹⁶⁷. Por otra parte, los filtros burbuja que explotan el sesgo de confirmación limita nuestra visión del mundo y consecuentemente nuestra capacidad para conocer y comprender la realidad y los puntos de vista de aquellos que por disentir de nuestra opinión son relegados por un sistema de inteligencia artificial. Estos mismos algoritmos para maximizar su eficiencia refuerzan las emociones negativas que son más productivas para incrementar el tiempo que pasamos conectados y captar nuestra atención.

Los procesos y las herramientas tecnológicos que confluyen en este fenómeno tan complejo son de difícil comprensión para el usuario medio y su funcionamiento es poco transparente¹⁶⁸. La propia lógica del diseño del modelo de negocio que se basa en la recogida masiva de datos personales para ser reelaborados en el ámbito de la realización de perfiles predictivos, que buscan condicionar el comportamiento de los individuos con diversos fines publicitarios y de marketing, son mucho más eficientes si este es un proceso es opaco.

Los recientes escándalos relacionados con la influencia del fenómeno de la desinformación a través de las redes sociales han tenido como consecuencia que estos servicios adopten determinadas medidas correctoras para luchar contra las noticias falsas en sus medios¹⁶⁹ y que

¹⁶⁷ GUTIÉRREZ, M., «Manual de fake news: El papel de los sesgos cognitivos», *eldiario.es* (https://www.eldiario.es/tecnologia/Manual-fake-papel-sesgos-cognitivos_0_841316711.html). Consultado el 3 de diciembre de 2018.

¹⁶⁸ Recientemente, la Autoridad de control francesa, la Comisión Nacional de Informática y Libertades (CNIL) ha multado a Google por violar el principio de transparencia, por facilitar información de forma incorrecta, ya que no es fácilmente accesible como exige la normativa europea, y por no obtener de forma válida el consentimiento de los usuarios de sus servicios en el ámbito de la publicidad personalizada con 50.000.000 de euros en aplicación del RGPD. https://elpais.com/economia/2019/01/21/actualidad/1548088756_370588.html (consultado el 22 de enero de 2019).

¹⁶⁹ *Vid.*, entre otros, «Así intentarán las redes sociales frenar los bulos ante las próximas elecciones». <https://www.publico.es/politica/desinformacion-intentaran-redes-sociales-frenar-bulos-proximas-elecciones.html> (consultado el 22 de marzo de 2019);

los gobiernos incluyan en sus planes de ciberseguridad los riesgos de las campañas de desinformación ¹⁷⁰. En el ámbito de la Unión Europea, la Comisión ¹⁷¹, reconociendo «que las campañas masivas de desinformación en línea con motivos políticos, particularmente a cargo de terceros países, con el objetivo específico de desacreditar y deslegitimar las elecciones constituyen amenazas crecientes» para las democracias, ha presentado una serie de medidas para garantizar las elecciones de 2019 al Parlamento Europeo. Éstas se centran en la aplicación rigurosa del RGPD y de la Directiva 2002/58/CE, que garantiza la confidencialidad de las comunicaciones electrónicas, en una serie de recomendaciones para luchar contra la desinformación en línea, en «abordar las situaciones en las que los partidos políticos o sus fundaciones asociadas se beneficien de prácticas que infrinjan las normas de protección de datos, con vistas a influir o intentar influir de forma deliberada en el resultado de las elecciones europeas» y en la aprobación de un Código de buenas prácticas en materia de desinformación ¹⁷².

Sin duda estas medidas contribuirán a combatir la desinformación durante los procesos electorales; sin embargo, en mi opinión, se trata de soluciones insuficientes. Debe exigirse que los procesos de perfilado, que afecta a las oportunidades vitales de las personas, que dependen de la categoría en la que las hayan situado y que permite condicionar su conducta a través de la seducción, como señaló Bauman, sean completamente transparentes respecto de cómo se elaboran, para qué y para quienes, tal y como exige el RGPD. Cuando cualquier decisión se adopta con base en un perfil, incluida la información a la que tendremos acceso, el principio de transparencia es imprescindible para poder conocer quién diseña esas categorías en las que se nos clasifica, quién decide sus significado y quién decide bajo qué circunstancias esas categorías serán decisivas ¹⁷³. Pues, como ha indicado el Supervisor Europeo de Protección de Datos, la correcta aplicación de las normas europeas que garantizan la protección de los datos personales y la confidencialidad de las comunicaciones electrónicas «debería ayudar a minimizar los daños causados por los intentos de manipular a los

¹⁷⁰ «Cien policías blindarán el 28-A contra bulos y ataques informáticos». https://elpais.com/politica/2019/03/14/actualidad/1552571931_168409.html (consultado el 15 de marzo de 2019).

¹⁷¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Garantizar unas elecciones europeas libres y justas de 12 de septiembre de 2018. <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/ES/COM-2018-637-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF> (consultado el 24 de octubre de 2018).

¹⁷² Entre los firmantes del Código en octubre de 2018 estarían Google, Facebook, Twitter, Mozilla y las asociaciones empresariales que representan al sector de la publicidad. *Vid.* [europa.eu/rapid/press-release_IP-19-746_es.pdf](https://ec.europa.eu/rapid/press-release_IP-19-746_es.pdf) (consultado el 3 de febrero de 2019).

¹⁷³ D. LYON, *Surveillance Studies. An overview*, cit., p. 186.

grupos»¹⁷⁴. No obstante, es imprescindible también la exigencia de responsabilidad a «los actores de ecosistema (digital) que se benefician de las conductas nocivas»¹⁷⁵, ya que la apelación a la transparencia no es suficiente.

Igualmente debería valorarse la propuesta que el Parlamento Europeo¹⁷⁶ ha realizado en el contexto del escándalo Cambridge Analytica, considerando que debería «prohibirse la elaboración de perfiles para fines políticos y electorales, y la elaboración de perfiles sobre la base de comportamientos en línea que puedan revelar preferencias políticas». Asimismo, considera que debería prohibirse la elaboración de perfiles sobre la base de otros datos para fines políticos o electorales y «pide a los partidos políticos y a otros actores que participen en las elecciones que se abstengan de utilizar perfiles para fines políticos y electorales» y que sean transparentes «en lo que respecta a su utilización de las plataformas y los datos en línea».

¹⁷⁴ Resumen del Dictamen del SEPD sobre la manipulación en línea y los datos personales. DOUE de 4 de julio de 2018.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶ Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2018, sobre la utilización de los datos de los usuarios de Facebook por parte de Cambridge Analytica y el impacto en la protección de los datos.

La revolución de los determinantes sociales de la salud: derecho a la salud y desigualdad¹

The Social Determinants of Health Revolution: Right to Health and Inequality

Por CARLOS LEMA AÑÓN
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

La investigación empírica sobre los determinantes sociales de la salud ha puesto de manifiesto la existencia de factores sociales no médicos que afectan de forma significativa a la salud de las personas. Son, además, los responsables de diferencias evitables e injustas en el estatus de salud, tanto entre países como a nivel interno. El derecho a la salud, entendido como el derecho al disfrute del más alto nivel de salud física y mental, ha de ser pensado a la luz de los determinantes sociales de la salud, de forma especial para la reducción de las desigualdades injustas en salud. Estas desigualdades plantean una serie de cuestiones que han de afrontarse a partir de un intercambio entre ética y epidemiología que permita establecer criterios para combatirlas.

Palabras clave: *Derecho a la salud. Determinantes sociales de la salud. Desigualdad. Inequidad en salud.*

¹ Este trabajo está realizado en el marco del proyecto DER2016-76078-P «Condiciones sociales de la salud y justicia: los desafíos del derecho a la salud», del Programa Estatal de Investigación Científica y Técnica de Excelencia del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

ABSTRACT

Empirical research on social determinants of health conducted in recent years has unveiled the existence of non-medical social elements that significantly affect people's health. They are also responsible for avoidable and unfair differences in health status among and within countries. The right to health, understood as the right to the highest attainable standard of health, must be reconsidered from the social determinants of health perspective, especially to reduce inequality in health. Health inequalities raise a series of challenges that should be faced through cooperation between ethics and epidemiology, to establish criteria to reduce them.

Keywords: *Right to Health. Social Determinants of health. Inequality. Health Inequity.*

SUMARIO: 1. LA REVOLUCIÓN DE LOS DETERMINANTES SOCIALES DE LA SALUD: 1.1 *Las evidencias respecto a los determinantes sociales de la salud.* 1.2 *El significado de los determinantes sociales de la salud.* – 2. EL DERECHO A LA SALUD ANTE LOS DETERMINANTES SOCIALES DE LA SALUD. – 3. LAS DESIGUALDADES EN SALUD, ENTRE ÉTICA Y EPIDEMIOLOGÍA: 3.1 *Las desigualdades evitables.* 3.2 *Sobre las vías directas o indirectas de evaluar las inequidades en salud.* 3.3 *Las desigualdades residuales.* – 4. CONCLUSIÓN.

SUMMARY: 1. THE SOCIAL DETERMINANTS OF HEALTH REVOLUTION: 1.1 *Evidence regarding the social determinants of health.* 1.2 *The meaning of the social determinants of health.* – 2. THE RIGHT TO HEALTH CARE IN FACE OF THE SOCIAL DETERMINANTS OF HEALTH. – 3. INEQUALITIES IN HEALTH, FROM EPIDEMIOLOGY TO ETHICS: 3.1 *Avoidable inequalities.* 3.2 *Direct and indirect approaches to health inequities.* 3.3 *Residual inequalities.* – 4. CONCLUSION.

1. LA REVOLUCIÓN DE LOS DETERMINANTES SOCIALES DE LA SALUD

En las últimas décadas se ha ido desarrollando progresivamente y consolidando un campo de investigación empírica respecto a los llamados determinantes sociales de la salud (DSS)². Este programa de

² El origen de la «revolución» de los determinantes sociales de la salud puede datarse de forma bastante precisa en el comienzo de los años ochenta del pasado siglo. El hito más destacado será el *Black Report*, informe oficial publicado en el Reino Unido en 1980 en el que se constataba y analizaba que la esperanza de vida

investigación y corpus de conocimiento ha venido a confirmar que existen una serie de factores sociales que afectan a la salud de manera significativa, que son causa de resultados de salud diferentes entre poblaciones o al interior de una misma población³. Lo significativo de estas diferencias en los resultados de salud es que no pueden remitirse a causas meramente naturales, sino que se explican a partir de causas sociales que tienen que ver con estructuras, instituciones, políticas y opciones –en general, factores socialmente controlables– con consecuencias importantes para la salud de las poblaciones. Cabe añadir que, cuando se habla de determinantes sociales de la salud se excluye convencionalmente a los sistemas de protección de la salud y al tratamiento médico de la salud, o al menos se enfatiza la parte que no tiene que ver con estas instituciones. No porque estrictamente estos sistemas e instituciones no sean componentes sociales, sino para destacar, estudiar separadamente y evaluar la importancia de los factores que afectan a la salud más allá de los sistemas e instituciones explícitamente destinadas a su cuidado. Así pues, cuando hablamos de determinantes sociales de la salud, estamos hablando de determinantes no médicos.

1.1 Las evidencias respecto a los determinantes sociales de la salud

Unos pocos ejemplos significativos sirven para situar la cuestión. Se puede empezar por uno bien conocido, como es la diferencia en esperanza de vida al nacer⁴ en distintos países: según los datos del PNUD, en 2018 la esperanza de vida al nacer se movía entre

estaba fuertemente vinculada con la posición económica y social, algo que tres décadas de sistema de salud universal no había logrado revertir (*Inequalities in Health: The Black Report and the great divide*, London, Penguin Books, 1982). Este (re)descubrimiento hay que matizarlo con la constatación de que se puede rastrear toda una tradición teórica y práctica de medicina social de mucho mayor recorrido histórico (en Europa primero y en Latinoamérica después) pero que había sido ignorada por las corrientes hegemónicas de la medicina y la salud pública. Sobre esta tradición y su influencia el Latinoamérica véase WAITZKIN, H. (*et al.*), «Social Medicine then and Now: Lessons from Latin America», *American Journal of Public Health*, 91 (10), 2001, pp. 1592-1601; y PEÑA, F.; LÓPEZ ARELLANO, O., «Health and Society. Contributions of Latin American Perspectives», *Social Medicine* 1 (3), 2006, pp. 156-174.

³ La OMS los define así: son las condiciones en las que las personas nacen, crecen, viven, trabajan y envejecen. Esas circunstancias están moldeadas por la distribución de dinero, poder y recursos a nivel global, nacional y local. Los determinantes de la salud son los principales responsables de las inequidades en salud, las diferencias evitables e injustas en el estatus de salud entre y en el interior de los países (https://www.who.int/social_determinants/sdh_definition/en/).

⁴ La esperanza de vida es un indicador indirecto de salud. Resulta útil porque es objetivo, manejable, gráfico y fácilmente comparable, pero tiene limitaciones claras para medir específicamente el estado de salud. Así, por ejemplo, la esperanza de vida de las mujeres es generalizadamente mayor que la de los hombres, pero si se introducen otras mediciones, incluyendo las subjetivas, no necesariamente se traduce en más años de vida saludables (véase para Europa SOLÉ-AURÓ, A. (*et al.*), «Do women in

los 52,2 años de Sierra Leona y los 84,2 de Hong Kong⁵. Naturalmente, para explicar estas diferencias hay que acudir a factores sociales, pero este dato en bruto todavía sería compatible con atribuirlo a la pobreza y, consecuentemente, a la inexistencia de sistemas de salud adecuados. La pobreza y la falta de recursos parece ser un determinante –por otra parte, nada sorprendente– de la salud de las poblaciones. Pero lo cierto es que, a partir de un determinado umbral, el aumento de la riqueza de un país no se traduce en un aumento de esperanza de vida, por lo que son otros los factores más relevantes⁶. Entre ellos, lógicamente, está el acceso a servicios médicos de calidad; sin embargo, tampoco este acceso puede acreditar en su totalidad las diferencias observadas, si se tiene en cuenta por ejemplo que se ha calculado que en Estados Unidos de los treinta años de esperanza de vida que se ganaron durante el siglo XX apenas unos cinco se deberían poner en el haber de la mejora de la medicina⁷. En el mismo sentido, en igualdad de condiciones, tampoco el mayor o menor gasto sanitario de un país se traduce necesariamente en una mejora equivalente de la salud⁸.

Si de la comparación entre países nos vamos a las diferencias dentro de ellos, algunos de los hallazgos y consecuencias de las investigaciones sobre los determinantes sociales de la salud se hacen más llamativos. En los Estados Unidos, por ejemplo, la diferencia de esperanza de vida en los hombres situados en el 1% superior e inferior en cuanto a ingresos se sitúa en 14,6 años⁹. La desigualdad que existe

Europe live longer and happier lives than men?», *European Journal of Public Health*, V. 28, I. 5, 2018, pp. 847-852).

⁵ Se pueden consultar estos datos en <http://apps.who.int/gho/data/node.main.688?lang=en#>. Los datos son para ambos sexos agregados.

⁶ DANIELS, N.; KENNEDY, B.; KAWACHI, I., «Justice is good for our health», en J. Cohen y J. Rogers (eds.), *Is Inequality bad for our health?*, Boston, Beacon Press, 2000, p. 8; WILKINSON, R.; PICKETT, K.; *The Spirit Level. Why Equality is Better for Everyone*, London, Penguin, 2010, pp. 15 ss.

⁷ HOUSE, J. S.; WILLIAMS, D., «Understanding and Reducing Socioeconomic and Racial/Ethnic Disparities in Health», en R. Hofrichter (ed.), *Health and Social Justice. Politics, ideology, an inequity in the distribution of disease*, San Francisco, Jossey-Bass, 2000, p. 97. Históricamente, los mayores avances en salud se han debido a reformas sociales relativas a las condiciones de trabajo (abolición del trabajo infantil, reducción de la jornada laboral, protección social del trabajo), la reducción de la pobreza, las mejoras en las condiciones de vida, la seguridad alimentaria, etc. (HOFRICHTER, R., «The politics of health inequities. Contested terrain», en R. Hofrichter (ed.), *Health and Social Justice*, cit., p. 2; ROSEN, G., *A History of Public Health. Expanded Edition*, Baltimore and London, John Hopkins University Press, 1993, p. 314 ss.; PORTER, D., *Health, Civilization and the State. A history of public health from ancient to modern times*, London and New York, Routledge, 1999, pp. 79 ss.).

⁸ BARRY, B., *Why Social Justice Matters*, Cambridge, Polity Press, 2005, p. 72.

⁹ CHETTY, R. (et al.), «The Association between Income and Life Expectancy in the United States, 2001-2014», *Jama*, 315 (16), 2016, pp. 1750-46. La diferencia de esperanza de vida entre los afroamericanos de Washington DC y los blancos del vecino condado de Montgomery (Maryland) era de 17 años en 2001, de acuerdo con las cifras recogidas en el informe de la OMS sobre condicionantes sociales de la salud (CSDH; *Closing the gap in a generation: health equity through action on the social*

en este país en cuanto al acceso a los servicios médicos, así como la existencia de numerosa población sin seguro médico¹⁰ podría hacer pensar que esta es la razón de esos resultados. Sin embargo, esta diferencia de esperanza de vida por posición social no es una particularidad de Estados Unidos, sino que ha sido constatada en múltiples contextos, incluso en aquellos que cuentan con aseguramiento universal y condiciones más equitativas de acceso a la asistencia sanitaria. Por ejemplo, en el Reino Unido, en el que existe un Sistema Nacional de Salud con cobertura universal, la diferencia de esperanza de vida de profesionales y directivos frente a trabajadores manuales es de casi 10 años¹¹. Esto último es probablemente uno de los aspectos más llamativos de la investigación sobre los determinantes sociales de la salud: la posición social tiene una relevancia enorme en los resultados de salud, incluso con independencia del acceso a los cuidados médicos. A esto hay que añadir otro hallazgo llamativo de estas investigaciones, como es que estas diferencias de salud no solo se dan en los extremos, sino que se producen a lo largo de la escala social, en lo que se conoce como *gradiente socioeconómico*¹². En definitiva, la investigación sobre los determinantes sociales de la salud ha venido vinculando de forma sistemática las condiciones sociales de ventaja y desventaja con los resultados de salud¹³.

Cuáles sean en concreto estos factores –o cuáles de ellos son más decisivos– y a través de qué mecanismos operan es una cuestión más debatida y abierta¹⁴. Pero es claro que pueden existir –por un lado– determinantes sociales próximos espacial y temporalmente a los resultados de salud, tales como el conocimiento general sobre la salud, las actitudes, creencias y comportamientos (piénsese, por ejemplo, en el

determinants of health. Final Report of the Commission on Social Determinants of Health, Geneva, World Health Organization, 2008, p. 32).

¹⁰ Según datos de la Oficina del Censo, en 2017 el 8,8% de la población (28,5 millones de personas) no habían tenido ningún tipo de seguro médico en ningún momento de ese año (BERCHICK, E. R., HOOD, E.; BARNETT, J. C., *Current Population Reports: Health Insurance Coverage in the United States: 2017*, Washington DC, U.S. Government Printing Office, 2018, p. 1).

¹¹ BENACH, J.; MUNTANER, C., *Aprender a mirar la salud. Cómo la desigualdad social daña nuestra salud*, Barcelona, El Viejo Topo, 2005, p. 52.

¹² DANIELS, N.; KENNEDY, B.; KAWACHI, I., «Justice is good for our health», cit., p. 17.

¹³ Para una revisión general sobre la evidencia relativa a los determinantes véase Hofrichter, R. (ed.), *Health and Social Justice: Politics, Ideology, and Inequity in the Distribution of Disease*, cit.; BARTLEY, M., *Health inequality. An introduction to theories, concepts and methods*, Cambridge, Polity Press, 2004; MARMOT, M.; WILKINSON, R., *Social Determinants of Health*. New York, Oxford University Press, 2006; y BRAVEMAN, P.; EGERTER, S.; WILLIAMS, D. R., «The Social Determinants of Health: Coming of Age», *Annual Review of Public Health* 32 (1), 2011, pp. 381-98.

¹⁴ Una evaluación de las principales teorías que aspiran a dar cuenta de tales mecanismos puede verse en MCCARTNEY, G. (*et al.*), «What (Or Who) Causes Health Inequalities: Theories, Evidence and Implications?», *Health Policy* 113 (3), 2013, pp. 221-227 y también en BARTLEY, M., *Health inequality. An introduction to theories, concepts and methods*, cit., pp. 8 ss.

hábito de fumar). Y también –por otro lado– determinantes de carácter más general y estructural que, o bien dan forma a los anteriores o bien producen efectos sobre la salud, solo que de forma más mediada y a través de cursos causales más complejos¹⁵. En todo caso, los recursos y oportunidades socioeconómicas, así como las condiciones de vida y de trabajo influyen en los resultados de salud y trasladan las diferencias sociales en diferentes resultados de salud.

Sin ánimo de exhaustividad, se pueden mencionar algunos de estos factores sociales que influyen (diferencialmente) en la salud. Entre ellos están las condiciones ambientales, las circunstancias y condiciones laborales, la educación, la renta y riqueza, o el racismo y el sexismo, entre otros. En efecto, las condiciones de vida pueden influir en la salud: a través de características ambientales, tales como la calidad del aire o del agua, la exposición a sustancias dañinas (por ejemplo, usadas en la construcción), la posibilidad de hacer ejercicio, el tráfico, la dotación de servicios educativos, de transporte o médicos, así como las oportunidades laborales existentes. También las condiciones del lugar de trabajo, tanto físicas (seguridad e higiene), como las psicosociales: horarios, falta de control sobre el propio trabajo, entorno laboral, inseguridad en el empleo, condiciones laborales, condiciones salariales, etc. La educación y el logro de resultados educativos es otro de los elementos que han sido estudiados en su relación con la salud: una mayor educación estaría vinculada con mayor conocimiento sobre salud y comportamientos saludables, al tiempo que mejoraría las oportunidades laborales, ingresos, mayor percepción de control y mejor autopercepción, etc. Las condiciones de acceso a recursos económicos son, por supuesto, uno de los aspectos más relevantes, pues ya se ha mencionado cómo estos se relacionan con la vivienda y el entorno, el trabajo y la educación. Pero por otra parte, tanto el ingreso como la riqueza constituyen determinantes sociales de la salud en sí mismos, con independencia de su incidencia sobre los anteriores factores¹⁶. Algo similar se puede decir respecto al racismo, pues si bien las estructuras de desigualdad social y segregación afectan al acceso a entornos habitacionales y laborales saludables, a las oportunidades educativas y a las ventajas económicas, el racismo y la discriminación

¹⁵ Para captar esta idea Braveman («The Social Determinants of Health: Coming of Age», cit., p. 383) utilizan este símil: los habitantes de una zona próxima a un río enferman por consumir el agua contaminada por los vertidos de una industria situada río arriba. Beber agua contaminada es la causa más próxima de la enfermedad, pero la causa fundamental tiene que ver con los vertidos, aunque resulta más lejana espacial y temporalmente. El remedio más inmediato y directo sería tratar el agua con filtros, pero eso podría producir disparidades sociales de salud, pues se beneficiarían sobre todo quienes pudieran comprar los filtros o agua embotellada. Una solución más estructural, efectiva e igualitaria, pero también más compleja, sería actuar sobre la causa fundamental.

¹⁶ BRAVEMAN, P.; Egerter, S.; WILLIAMS, D. R., «The Social Determinants of Health: Coming of Age», cit., p. 387.

constituyen, de forma independiente a los anteriores factores, elementos que afectan a los resultados de salud a través de las vivencias de prejuicio y discriminación. La complejidad en la que se dan las conexiones causales entre los determinantes más generales y la salud resulta intrincada. Pero de manera general se puede decir que las injusticias sociales se acaban integrando en los individuos en forma de enfermedades o, como lo expresa Farmer, las fuerzas sociales, políticas y económicas se encarnan (*embody*) en las experiencias individuales y estructuran el riesgo de padecer enfermedades¹⁷.

1.2 El significado de los determinantes sociales de la salud

No es sorprendente que, a la vista de todo esto, se haya llegado a hablar de la *revolución* de los determinantes sociales de la salud¹⁸. Podemos señalar alguna de las razones para ello. En primer lugar, se trata de unas investigaciones que ofrecen resultados que en muchos casos son, o fueron, sorprendentes. No sorprende que la pobreza se relacione con problemas de salud, puesto que resulta coherente con la certeza de sentido común respecto a que la privación material de las necesidades más básicas tiene consecuencias negativas para la salud. Pero sí resulta más sorprendente que las tenga la desigualdad, con resultados sensibles en personas que en ningún sentido afrontan condiciones materiales de privación; o que haya una marcada gradiente social respecto a la salud.

En segundo lugar, estos resultados, más allá de lo sorprendentes o no que resulten, ponen en cuestión algunas asunciones bien asentadas en las políticas públicas respecto a la salud y obligan a poner el foco en cuestiones poco consideradas. Es cierto que la perspectiva social de la medicina y las estrategias de salud pública –que comparten ciertos rasgos con la aproximación basada en los determinantes sociales de la salud– tienen cierta importancia y recorrido histórico. También es cierto, desde la perspectiva de los derechos humanos, que el derecho a la salud no ha estado desvinculado –al menos en las declaraciones y pactos de carácter universal– de elementos vinculados con las condiciones materiales que afectan a la salud. Pero en uno y otro caso, estos puntos de vista han sido secundarios y lo que ha primado hasta nuestros días es una aproximación a la protección de la salud centrada en la atención fundamentalmente médica a la enfermedad y en un dere-

¹⁷ FARMER, P., *Pathologies of Power: Health, Human Rights, and the New War on the Poor*, Berkeley-Los Angeles-London, University of California Press, 2003, p. 30. Wilkinson y Pickett se refieren a como la desigualdad penetra «bajo la piel», para lo que ofrecen una explicación de carácter psicosocial (WILKINSON, R.; PICKETT, K., *The Spirit Level. Why Equality is Better for Everyone*, London, Penguin, 2010, pp. 31 ss.).

¹⁸ Por ejemplo WEINSTOCK, D. M., «Health Justice After the Social Determinants of Health Revolution», *Social Theory & Health* 13 (3-4), 2015, pp. 437-53, si bien desde una aproximación más bien crítica a cómo se ha incorporado esta cuestión.

cho a la salud y una *ciudadanía de la salud* basada en garantizar el acceso a los servicios médicos. La moderna investigación sobre los determinantes sociales de la salud sugiere, sin embargo, que no se puede dar por supuesto que la forma única, privilegiada o más eficiente de proteger la salud sea la basada en una actuación médica individual sobre la enfermedad. Y demuestra que tal perspectiva resulta insuficiente para prevenir o reducir las desigualdades en salud.

Un tercer elemento de esta revolución de los determinantes sociales de la salud es que plantea algunas propuestas y perspectivas novedosas tanto para mejorar la salud de las personas como para reducir las desigualdades en salud, a través de la intervención directa sobre los determinantes sociales de la salud. No se puede dar por descontado que las propuestas en este sentido sean en todo caso más eficientes que las tradicionales o que estén exentas de problemas teóricos, conceptuales y prácticos de calado. Pero al menos en lo que se refiere a la reducción de las desigualdades en salud, no cabe ninguna duda de que la intervención sobre los determinantes sociales de la salud parece la única opción realista.

Un último motivo para entender la revolución que ha supuesto el desarrollo de la investigación sobre los determinantes sociales de la salud radica en el interés que han suscitado por parte de instituciones y actores, sobre todo a nivel internacional. Cabe aquí destacar a la Organización Mundial de la Salud, que ha promovido esta línea de trabajo desde hace más de una década¹⁹, si bien no parece que esté completamente integrada en su agenda²⁰.

Cabe hacerse la pregunta de qué implicaciones tendría esta revolución de los determinantes sociales de la salud para el derecho y los derechos humanos, particularmente para el derecho a la salud. Se va a defender aquí que desde el ámbito jurídico es necesario incorporar estos hallazgos en la medida en que pueden tener implicaciones

¹⁹ LA OMS estableció en 2005 una Comisión sobre Determinantes Sociales de la Salud, que entregó su informe en 2008 (CSDH; *Closing the gap in a generation: health equity through action on the social determinants of health. Final Report of the Commission on Social Determinants of Health*, Geneva, World Health Organization, 2008). En octubre de 2011 se celebró en Rio de Janeiro la Conferencia Mundial sobre Determinantes Sociales de la salud, que aprobó una declaración que fue posteriormente adoptada por la 65.ª Asamblea Mundial de la Salud en mayo de 2012 (el texto de la Declaración puede consultarse en https://www.who.int/sdhconference/declaration/Rio_political_declaration_Spanish.pdf?ua=1).

²⁰ El plan de acción 2013-20 de la OMS para la prevención y control de enfermedades no comunicables identifica una serie de factores de riesgo (alcohol, tabaco, insuficiente actividad física, presión arterial, consumo de sal, diabetes y obesidad) con el objetivo marcado de reducir las muertes prematuras por enfermedades no comunicables en un 25% para 2025 (25x25). Como han mostrado STRINGHINI *et al.*, «Socioeconomic Status and the 25x25 Risk Factors as Determinants of Premature Mortality: A Multicohort Study and Meta-Analysis of 1.7 Million Men and Women», *The Lancet* 389 (10075), 2017, pp. 1229-37, el bajo estatus socioeconómico tiene un efecto en la salud comparable y en muchos casos superior a estos factores, por lo que debería de haber sido incorporado junto a ellos en las estrategias de salud.

importantes para el propio concepto, contenido y garantías derecho a la salud, para los sistemas de salud y para las políticas públicas de salud²¹. Pero al mismo tiempo se va a defender que esta recepción no puede hacerse de forma directa y sin un esfuerzo teórico para precisar su verdadero alcance, en un diálogo de ida y vuelta con la epidemiología y en general con la investigación empírica sobre los determinantes sociales de la salud.

2. EL DERECHO A LA SALUD ANTE LOS DETERMINANTES SOCIALES DE LA SALUD

El derecho a la salud es generalmente entendido en el ámbito internacional como el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, de acuerdo con la formulación contenida en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (PIDESC)²². La idea de los determinantes sociales de la salud no está presente en esta formulación más que de forma indirecta y en todo caso muy matizada. Sin embargo, hay razones para sostener que la interpretación de este derecho ha de abrirse a una consideración de los determinantes sociales de la salud, al menos por dos razones.

En primer lugar, porque la perspectiva subyacente a la idea de determinantes sociales de la salud, es decir, que existen factores sociales más allá de la atención sanitaria que inciden en la salud, no es ajena a la formulación y a la tradición del derecho a la salud. En efecto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 25 ya vinculaba la salud con las condiciones de vida adecuadas y con otras dimensiones sociales. Aunque este vínculo no se profundizó en la formulación del artículo 12 del PIDESC, no se puede decir que

²¹ Aunque no va a ser objeto de discusión aquí, los esfuerzos efectivos de incorporar los determinantes sociales de la salud en el ámbito jurídico y en la definición de políticas públicas a nivel de los Estados han sido todavía más magros que en el ámbito de la OMS. En España, solo en 2011 se adopta una legislación comprensiva de salud pública, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. En su artículo 19.2 define los determinantes de la salud como «los factores sociales, económicos, laborales, culturales, alimentarios, biológicos y ambientales que influyen en la salud de las personas». Aunque por primera vez se reconoce la existencia de determinantes sociales de la salud, poco se avanza más allá de esta definición.

²² «Artículo 12.1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de agregar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene en el trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas. d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.»

se abandonase por completo²³. Pero todavía más significativa es la interpretación que se ha ido abriendo paso respecto al contenido y el alcance del derecho al más alto nivel posible de salud física y mental, que no desconoce su dimensión social. En efecto, el principal documento para la interpretación del artículo 12 es la Observación General núm. 14 (2000) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas²⁴. En este documento se reconoce el estrecho vínculo entre el derecho al más alto nivel posible de salud física y mental y otros derechos humanos cuyo contenido aparece en muchos casos conectado con determinantes sociales de la salud (derechos a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información, a la libertad de asociación, reunión y circulación, etc.)²⁵. Por otro lado, y en la misma línea de razonamiento, se afirma que el derecho a la salud «abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano»²⁶.

²³ No era impensable que la formulación hubiese apuntado de forma más clara en esa dirección. Paradójicamente, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que en general es más imprecisa, parece más incisiva en su artículo 25 en la relación entre el derecho a la salud, un nivel de vida adecuado y aspectos que más tarde serán conceptualizados como determinantes sociales de la salud («Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad»). Lo que la formulación del Pacto gana en precisión, lo pierde en señalar esta dimensión del derecho a la salud. A este cambio no es ajeno el giro tecnocrático y medicalizador que había tomado en ese tiempo la OMS (MEIER, B., «The World Health Organization, the evolution of human rights, and the failure to achieve Health for All», en HARRINGTON, J.; STUTTAFORD, M., *Global Health and Human Rights. Legal and philosophical perspectives*, London y New York, Routledge, 2010, pp. 172-175).

²⁴ ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. E/C.12/2000/4, Observación General núm. 14, (2000).

²⁵ No es de extrañar por eso que los propios derechos humanos y su garantía hayan sido tematizados como determinantes sociales de la salud ellos mismos. Sobre cómo la garantía de los derechos, como determinante social de la salud puede reducir las disparidades raciales de salud véase HAHN, R. A. (*et al.*), «Civil Rights as Determinants of Public Health and Racial and Ethnic Health Equity: Health Care, Education, Employment, and Housing in the United States» *SSM-Population Health*, vol. 4, 2018, pp. 17-24.

²⁶ ONU, CDESC, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. E/C.12/2000/4, OG núm. 14, cit.

La segunda razón por la cual el derecho a la salud ha de abrirse a una consideración de los determinantes sociales de la salud es todavía más relevante. Tiene que ver con que las dos principales dimensiones que pone de manifiesto la investigación de los determinantes sociales de la salud afectan a elementos centrales de este derecho humano. Para ello tenemos que empezar por identificar y distinguir esos dos diferentes elementos básicos que la investigación sobre los determinantes sociales de la salud revela: los determinantes sociales de la salud afectan tanto al *nivel de salud* de una población como a las *desigualdades de salud* en el seno de esa población. Esta distinción alude también a dos fines valiosos pero diferentes, como son aumentar el nivel de salud y reducir las desigualdades (injustas) de salud (así como a la posibilidad de utilizar el conocimiento derivado de la investigación sobre los determinantes sociales de la salud para el diseño, la puesta en marcha y la evaluación de políticas públicas destinadas a mejorar el nivel de salud y/o a reducir las desigualdades de salud). Ambas podrían plantearse como aproximaciones complementarias o como alternativas, pero en todo caso aluden a estrategias diferentes de las tradicionales basadas en el acceso a la asistencia sanitaria.

Es importante distinguir, pues, que estamos ante dos objetivos diferentes, aunque ambos afectados por los determinantes sociales de la salud. No se trata ahora de enfatizar esta distinción para apreciar que pueden llegar a convertirse en objetivos potencialmente conflictivos, lo cual no se puede descartar, aunque no va a ser objeto de discusión aquí²⁷. De lo que se trata es de argumentar que, aun siendo dos objetivos diferentes, ambos forman parte del contenido del derecho a la salud. Respecto al primero de los aspectos, a la mejora del *nivel de salud*, es precisamente lo que se recoge en la formulación del artículo 12 del PIDESC. Si los determinantes sociales de la salud inciden en el nivel de salud de las personas entonces el cumplimiento y la garantía efectiva del derecho impone tomarlos en consideración para alcanzar el más alto nivel posible de salud, e implica actuar sobre ellos para hacerlo. La manera en que esto se concrete y el alcance que tenga es debatible, pero se puede decir que tomar en consideración el marco de los determinantes sociales de la salud hace insostenible la reducción del derecho a la salud al derecho a la asistencia sanitaria.

El elemento de las *desigualdades en salud* también está recogido en el derecho a la salud. En el propio artículo 12 se habla de un dere-

²⁷ Para esta discusión puede verse PREDÁ, A., y VOIGT, K., «The Social Determinants of Health: Why should we Care?», cit. pp. 33-34, y de modo más general MECHANIC, D., «Disadvantage, Inequality, and Social Policy», *Health Affairs* 21 (2), 2002, pp. 48-59, si bien este autor no toma en consideración los determinantes sociales de la salud. En realidad, esta discusión acabaría por reproducir, utilizando la métrica de los resultados de salud, todo el debate relativo a las objeciones a la igualdad derivadas del problema de la *nivelación a la baja* (sobre esta cuestión, RIBOTTA, S., «Defendiendo la igualdad de la objeción de nivelar a la baja», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 36, 2017, pp. 149-68.

cho «*de toda persona*», lo que por otra parte es una formulación generalizada a lo largo de todo el pacto. Esta formulación refuerza la idea de que los derechos humanos son derechos de todos sin excepción, pero también derechos iguales. La refuerza, pero ni siquiera sería necesaria esta formulación, pues en la propia noción teórica de los derechos humanos está incorporada la idea de su titularidad igual y sin excepciones²⁸. O, dicho de otra manera, si no es un derecho para todos y en igualdad no sería un derecho humano. De esta manera, las *desigualdades en salud* pasan a convertirse en un problema para el derecho a la salud, o inversamente, la reducción de desigualdades en salud forma parte también del contenido del derecho a la salud. Si el derecho a la salud se limitara únicamente al derecho a la asistencia sanitaria, el requisito básico para cumplir con el contenido igual del derecho podría limitarse a garantizar la accesibilidad de todos a los servicios de salud²⁹. Pero esta visión limitada, desde el punto de vista de lo que se sabe sobre los determinantes sociales de la salud, no se puede mantener. No únicamente porque hay otros factores que inciden en la salud (nivel de salud). También porque se ha constatado que el acceso igual a los servicios de salud no es suficiente por si solo para reducir las desigualdades en salud pero que, en cambio, sí hay otros factores que pueden contribuir a hacerlo.

Por lo tanto, las dos dimensiones en las que se manifiestan los principales hallazgos de la investigación sobre los determinantes sociales de la salud (*nivel de salud y desigualdades en salud*) son relevantes para el derecho de toda persona al más alto nivel posible de salud. Ahora bien, la forma en que ambas dimensiones han de ser incorporadas al derecho a la salud varía sensiblemente, por más que ambos son objetivos deseables y formen parte del contenido del derecho. La forma en que sea posible aumentar el nivel de salud recurriendo a los hallazgos relacionados con los condicionantes sociales de la salud es una cuestión que ante todo tiene una dimensión técnica relacionada con las formas más eficaces de hacerlo. En cambio, la cuestión de las desigualdades en salud plantea inmediatamente dimensiones normativas que tienen que ver con la justicia social y para cuya concreción sería necesario discutir las teorías de la justicia subyacentes.

No se trata de hacer una jerarquización de ambas dimensiones (nivel de salud y desigualdades en salud). Ambas son aportaciones de la investigación sobre los determinantes sociales de la salud que inciden en el derecho de toda persona al más alto nivel posible de salud física y mental. Pero la segunda se vincula con la discusión de la justicia social, pues no se trata tan solo de reducir el mal asociado a

²⁸ FERRAJOLI, L., «Derechos Fundamentales», en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 37.

²⁹ O de forma más completa, y de acuerdo una vez más con la Observación general núm. 14: a la *disponibilidad, accesibilidad* (que implica entre otras cosas la no discriminación y la accesibilidad económica), *aceptabilidad y calidad* de los mismos.

la mala salud o la enfermedad (por más que pueda venir parcialmente influida por causas sociales), sino también de reducir el mal o la injusticia *social* que supone que algunas personas o grupos tengan una salud deteriorada respecto a otras personas por causas socialmente determinadas y evitables. Pero esto ya no es una cuestión puramente de cuáles serían los mecanismos más eficaces para reducir la desigualdad en salud. Hay también que definir en qué sentido las desigualdades en salud son rechazables y por qué, o de forma más precisa, qué desigualdades lo son. Los ejemplos que se han mencionado, como los distintos resultados de salud según la posición socioeconómica parecen claramente ejemplos de desigualdades en salud que tienen un carácter injusto. Pero no cualquier diferencia de resultados de salud tiene por qué suponerse que constituye una desigualdad injusta (o una violación del derecho de toda persona al más alto nivel posible de salud física y mental). El siguiente apartado se dedicará a analizar esta cuestión.

3. LAS DESIGUALDADES EN SALUD, ENTRE ÉTICA Y EPIDEMIOLOGÍA

No toda diferencia en salud, ni siquiera toda diferencia de salud sistemática entre grupos constituye siempre y necesariamente una desigualdad injusta en salud. Es decir, conceptualmente hay que hacer una distinción entre lo que constituyen las *desigualdades* en salud y las *inequidades* en salud (o conceptos análogos que capten esta distinción, como diferencias/desigualdades, desigualdades/desigualdades injustas, etc.)³⁰. Ahora bien, la elaboración de estos conceptos y sobre todo su aplicación a los distintos supuestos constituye un campo de intersección entre ética y epidemiología en el que importa tanto entender las causas que generan las desigualdades en salud como los principios éticos relevantes para identificarlas como injustas y combatirlas.

³⁰ La distinción entre los conceptos de desigualdades en salud e inequidades en salud para captar esta diferencia viene siendo ampliamente usada sobre todo en el ámbito de la epidemiología y la medicina social para enfatizar la necesidad de asumir la vertiente normativa y valorativa de la segunda [véase en este sentido CHANG, W. C., «The Meaning and Goals of Equity in Health», *Journal of Epidemiology and Community Health*, 56 (7), 2002, pp. 488-491, y BRAVEMAN, P.; GRUSKIN, S., «Defining Equity in Health», *Journal of Epidemiology and Community Health*, núm. 57, 2003, pp. 254-258]. Este uso se remonta a la seminal aportación de M. Whitehead [WHITEHEAD, M., «The Concepts and Principles of Equity and Health», *International Journal of Health Services: Planning, Administration, Evaluation*, 22 (3), 1992, pp. 429-45], que desarrolla la noción de «equity in health». Este uso choca sin embargo con lo que se ha hecho común en la discusión filosófica sobre la igualdad y la desigualdad, en la que es más común hablar en general de desigualdades en salud, entre las cuales habría que determinar los criterios para establecer cuáles serían injustas.

En un principio podría pensarse que la distinción entre los aspectos empíricos y normativos asociados a los determinantes sociales de la salud es limpia y fácilmente trazable. Y consecuentemente, que desde la perspectiva de la investigación y de la práctica jurídica o del diseño de las políticas públicas, una vez constatado que no es aceptable ignorar este conocimiento para darle sentido al derecho a la salud y a sus garantías, podemos limitarnos a tomar los resultados ofrecidos por la investigación epidemiológica para dotar de un contenido más preciso y de unas garantías más eficaces al derecho a la salud. Si así fuera, serían empresas completamente separadas. Si bien la investigación empírica alimentaría de datos y sustento para construir normas, instituciones y políticas con mayor racionalidad y mayor capacidad para cumplir con los objetivos sociales marcados, se haría a partir de esfuerzos y campos perfectamente delimitados.

Lo cierto es que la relación resulta más compleja. Por un lado, la propia investigación empírica sobre los determinantes sociales de la salud depende –al menos parcialmente– de determinadas asunciones normativas que la guíen. Por otro lado, los resultados de la investigación sobre las desigualdades en salud, por más asentados que estén en muchos aspectos, no suponen simplemente un corpus cumulativo cuyo refinamiento puede producir *inputs* más precisos para la reflexión ética y el diseño normativo e institucional, sino que aspectos de su programa de investigación todavía abiertos podrían tener consecuencias diferentes desde un punto de vista normativo.

Sobre cómo la epidemiología de los determinantes sociales –en su investigación sobre las desigualdades en salud– ha de tener en cuenta la ética, se puede afirmar que ha estado presente desde el inicio de las investigaciones y no es claro cómo podría estar ausente³¹. Por eso es importante que se hagan lo más explícitas posibles las asunciones éticas y normativas de las que se parte. En efecto, se puede decir que, de hecho, buena parte de la investigación sobre los determinantes sociales de la salud ha estado desde sus inicios comprometida con una serie

³¹ La definición rigurosa de qué constituye una inequidad en salud es una condición necesaria para el establecimiento de políticas y acciones destinadas a afrontarlas. Pero para que pueda haber una discusión sobre la eficacia de esas medidas, se necesita también que esas inequidades puedan ser medidas. Incluso si lo que constituye la justicia y la equidad es un asunto controvertido y sujeto a interpretaciones, eso no es una razón para rechazar que la investigación sobre la misma deba estar basada en un concepto de lo que son las inequidades en salud. Más bien al contrario: incluso si todas esas dificultades persisten y si esa definición debe estar abierta a discusión no se puede prescindir de la necesidad de una definición basada en criterios mensurables [Véase BRAVEMAN, P.; GRUSKIN, S., «Defining Equity in Health», cit., pp. 254-258; sobre las estrategias para la medición de esas desigualdades: MACKENBACH, J. P.; E. KUNST, E. A., «Measuring the Magnitude of Socio-Economic Inequalities in Health: An Overview of Available Measures Illustrated with Two Examples from Europe», *Social Science & Medicine* 44 (6), 1997, pp. 757-771; REIDPATH, D.; ALLOTEY, P., «Measuring Global Health Inequity», *International Journal for Equity in Health*, 30-6, 2007].

de asunciones normativas que vinculan la investigación de determinantes sociales de la salud con una valoración como socialmente injustos de los desiguales resultados de salud observados³². El hecho de que la Organización Mundial de la Salud haya desarrollado también un cierto compromiso con esta aproximación se debe también, al menos en parte, a una preocupación relacionada con la equidad en salud³³. Ahora bien, en algunas ocasiones se ha criticado que algunas de las más influyentes propuestas sobre determinantes sociales de la salud fallan en hacer explícitas y fundamentar sus asunciones normativas. Así por ejemplo, Preda y Voigt identifican lo que llaman el *modelo de la equidad en salud a través del cambio social*³⁴ que incluiría una serie de asunciones empíricas (las circunstancias socioeconómicas son las causas últimas de los resultados desiguales en salud), normativas (sobre la injusticia de esas desigualdades) y sobre la mejor forma de afrontarlas (a partir del cambio social y particularmente haciendo frente a las diferencias socioeconómicas) que a su juicio no estarían suficientemente fundamentadas³⁵. Más allá del mérito de las objeciones concretas a estas propuestas, que es cuanto menos discutible, en lo que sin duda se puede concordar es en la necesidad de explicitar y ver sometidas a crítica las asunciones normativas subyacentes.

³² Lo que tiene también unas evidentes connotaciones políticas, como el ejemplo del ya citado *Black Report* demuestra a contrario. El informe, encargado durante el gobierno laborista para investigar en qué medida y por qué el sistema nacional de salud no había logrado reducir las desigualdades sociales en salud, estuvo varios meses retenido por el gobierno de M. Thatcher, pues los resultados no eran de su agrado. Cuando finalmente se hizo público, no se editó, sino que únicamente se distribuyeron 260 fotocopias (así se destacó en el obituario de Sir Douglas Black, publicado en el *British Medical Journal*: «Sir Douglas Black», *Bmj* 325 (7365), 2002, p. 661).

³³ Un compromiso que resulta tan apreciable en este caso, como intermitente en la trayectoria de la propia organización. Véase sobre esto MEIER, B. M., «The World Health Organization, the evolution of human rights, and the failure to achieve Health for All», cit.

³⁴ Que advierten en distintos informes de alto nivel inspirados o incluso presididos por M. Marmot, como el informe sobre desigualdades en salud en el Reino Unido (2008) o los informes de la Comisión de la OMS sobre los determinantes sociales de la salud, y de la propia OMS sobre Europa: MARMOT, M., *Fair society, healthy lives. The Marmot review. Strategic Review of Health Inequalities in England*, London, Institute of Health Equity, 2010 (<http://www.instituteoftheequity.org/resources-reports/fair-society-healthy-lives-the-marmot-review2010>); CSDH; *Closing the gap in a generation: health equity through action on the social determinants of health. Final Report of the Commission on Social Determinants of Health*, cit.; WHO; *Social justice and human rights as a framework for addressing social determinants of health. Final report of the Task group on Equity, Equality and Human Rights. Review of social determinants of health and the health divide in the WHO European Region*, Copenhagen, WHO, 2016).

³⁵ PREDÁ, A.; VOIGT, K., «The Social Determinants of Health: Why should we Care?», cit., p. 25. De manera similar, Sreenivasan critica una supuesta asunción no justificada del utilitarismo por parte de otro de los autores claves en el ámbito de la investigación sobre los determinantes sociales de la salud, en este caso R. Wilkinson [SREENIVASAN, G., «Ethics and Epidemiology: The Income Debate», *Public Health Ethics* 2 (1), 2009, pp. 45-52].

Cabe efectivamente reclamar un mayor escrutinio sobre las bases filosóficas que permiten identificar y calificar como injusta, siquiera sea *prima facie*, una desigualdad en salud.

Desde el otro lado de la relación, desde el punto de vista de la ética y las teorías de la justicia, la investigación epidemiológica sobre los determinantes sociales de la salud debe ser integrada con provecho para la discusión sobre la equidad en salud. Naturalmente en el nivel de las teorías más abstractas y de la justificación de los principios éticos más básicos es plausible defender que las cuestiones empíricas tienen escasa o nula relevancia. Pero a la hora de la discusión concreta del concepto y el alcance de la equidad en salud, los hallazgos de la investigación sobre los determinantes sociales de la salud son relevantes no solo como un nuevo campo o como una materia prima sobre la que aplicar los principios, sino como un ámbito al que es necesario recurrir para la discusión de cuestiones normativas complejas. Por eso, en lo que sigue se examinarán algunos de los puntos más relevantes de estas discusiones: la necesidad o no de que una desigualdad en salud sea *evitable* para poder ser calificada como inequitativa, las vías *directas* o *indirectas* de evaluar las inequidades en salud, y el estatus de las llamadas *desigualdades residuales*.

3.1 Las desigualdades evitables

Hay una definición de las desigualdades injustas o inequitativas en salud de la que se puede partir puesto que, con sus limitaciones, sigue siendo un punto de referencia común para la discusión desde que la formularan en 1992 Whitehead y Dahlgreen: las desigualdades en salud son inequitativas cuando son *evitables*, *innecesarias* e *injustas*³⁶. Utilizando esta caracterización, algunas de las desigualdades vinculadas a determinantes sociales de la salud que hemos mencionado, como por ejemplo la correlación entre estado de salud y posición, parecerían en principio desigualdades injustas o inequitativas en salud. Esto permitiría diferenciarlas de otras diferencias en salud que, según estos criterios, no serían diferencias inequitativas o injustas como, pongamos por caso, la mayor incidencia de ciertas enfermedades en una determinada cohorte de edad (pues no sería evitable), o los riesgos para la salud asociados a una práctica deportiva libremente elegida por quienes conocen esos riesgos (pues no sería injusta)³⁷.

³⁶ DALGREEN, G.; WHITEHEAD, M., *Policies and Strategies to Promote Social Equality in Health*, Stockholm, Institute for Future Studies, 1991; WHITEHEAD, M., «The concepts and principles of equity and health», *Health Promotion International*, vol. 6, núm. 3, 1991, pp. 217-218.

³⁷ Precisamente el grado de voluntariedad y control que se tenga sobre el resultado de salud es un criterio que Whitehead considera importante a la hora de valorar la inequidad de un resultado de salud. De esta manera, distingue siete posibilidades: 1. Variación natural, biológica. 2. Comportamientos nocivos o peligrosos para la

Un primer problema de esta definición es que, conceptualmente, el rasgo de la *evitabilidad* y –en lo que sea diferente, el de la *innecesariedad*³⁸– se ubicaría seguramente mejor como una cuestión relativa a la justicia –el tercer elemento– que como una cuestión autónoma. Es decir, una teoría de la justicia en salud debería determinar si efectivamente la *evitabilidad* de una desigualdad es una condición necesaria y/o suficiente para que dicha desigualdad sea inequitativa o injusta. La razón es que, aunque la *evitabilidad* sea –una vez que precisemos su alcance– una cuestión en buena parte fáctica, la relevancia que se le otorgue en el momento de calificar una desigualdad en salud es, por el contrario, una cuestión moral. Ahora bien, el que se haya establecido como un rasgo autónomo en esta influyente definición, ha permitido la discusión independiente de esta noción a la luz de los determinantes sociales de la salud. La ventaja de ello es que la discusión se ha insertado en el debate más amplio sobre los condicionantes sociales de la salud.

Aunque el rasgo de la *evitabilidad* no está, como se va a ver, exento de problemas, parece en principio una idea plausible para ponerla en relación con la justicia. La propia constatación de la existencia de determinantes sociales de la salud y de la existencia de desigualdades

salud libremente escogidos, como la participación en ciertos deportes. 3. Ventajas transitorias en salud de un grupo sobre otro cuando ese grupo es el primero en adoptar unos hábitos beneficiosos para la salud (siempre y cuando los otros grupos tengan los medios para alcanzarlos pronto). 4. Comportamientos dañinos para la salud en los que el grado de elección en los estilos de vida está restringido severamente. 5. Exposición a condiciones de vida y trabajo insalubres o estresantes. 6. Acceso inadecuado a servicios de salud y otros servicios públicos. 7. Selección natural o movilidad social relacionada con la salud que suponga una tendencia descendente en la escala social de las personas enfermas (*id.*, p. 5). Los casos 1-3 constituirían para Whitehead diferencias de salud no inequitativas. Las diferencias que de forma más o menos clara pueden ser atribuidas a determinantes sociales de la salud serían los casos 3-5. Si esto es así, se trata de un marco que asume también la posibilidad de diferencias no injustas vinculadas a determinantes sociales de la salud.

³⁸ Es una cuestión discutible la diferencia entre la *evitabilidad* y la *innecesariedad*, pues no es clara en la definición de Whitehead y no se desarrolla más allá de su enunciado. Una forma posible de entender esta distinción (a no ser que asumamos que se trata de conceptos redundantes) es sostener que una diferencia en salud que sea evitable e injusta será en principio inequitativa. Pero que, no obstante, podría haber otras razones que apelaran a fines, principios o valores también valiosos para cuya consecución fueran necesarias acciones o estados de cosas que incluyeran como resultado desigualdades injustas y evitables en salud. Una vez consideradas y ponderadas estas circunstancias podría darse el caso de que cierto grado de desigualdad injusta y evitable en salud debiera ser asumida como *necesaria* para promover esas otras cosas valiosas. Si entendemos así la *innecesariedad*, entonces esa idea nos lleva al lugar de las inequidades de salud generadas por determinantes sociales en el seno de una teoría general de la justicia. D. Weinstock reprocha precisamente a las aproximaciones a la inequidad en salud basadas en los determinantes sociales de la salud su «monismo» al no tomar en consideración el valor de otros bienes además de la salud («Health Justice After the Social Determinants of Health Revolution», cit.). Considero que es una acusación que no se puede generalizar, y desde luego la idea de la *innecesariedad*, así entendida, apela precisamente a estos otros elementos que se alejan de este presunto monismo.

en salud derivadas de ellas, indica que las cosas podrían ser distintas y por lo tanto socialmente evitables. Una diferencia significativa en salud entre grupos en distinta posición social es un indicio que no hay una imposibilidad radical (biológica o técnica) de que se alcanzase una mejor condición de salud para los que peor están³⁹. Del mismo modo, la variación de los índices de salud ya sea histórica o geográficamente apunta a la misma idea. Además, solo si se alude a la idea de evitabilidad puede explicar la insatisfacción respecto a la salud global que sentimos a pesar de los evidentes avances que se han venido produciendo en el largo plazo: si podemos considerar injusto e inaceptable la situación desde el derecho al más alto nivel posible de salud a pesar de la mejora que se ha producido es precisamente porque ahora las cosas pudieran ser de otra manera (como sabemos comparativamente) y existe la posibilidad real de que las cosas estuvieran mejor para quienes están en peor situación.

Pero el concepto de *evitabilidad* es impreciso. En principio, solo son inevitables las condiciones de salud si vienen dadas por causas directamente relacionadas con la biología humana (y en, otro sentido, con las limitaciones técnicas). Si de alguna manera se remiten a alguna causalidad social, será porque es concebible alguna acción, medida institucional o forma de organización que le pusiera remedio a esa desigualdad, por más que sea poco factible (políticamente, económicamente, etc.), o incluso si consideramos que es poco deseable atendiendo a otras consideraciones. Es decir, asumimos inmediatamente que las diferencias de salud entre grupos sociales son diferencias sociales, no naturales y por lo tanto que son evitables. Es cierto que con ello pareciera el requisito de la evitabilidad viene a superponerse con la distinción entre lo social y lo natural. Pero incluso si esto fuera así, no parece que sea un problema y hasta la noción de evitabilidad traduce esta distinción a un enfoque del problema más manejable.

Sin embargo, esta idea de la relevancia de la evitabilidad, ampliamente aceptada, no ha estado exenta de críticas. Preda y Voig, en una evaluación crítica que ya hemos mencionado al modelo que denominan de *equidad en salud a través del cambio social*, para objetar la pertinencia del criterio de la evitabilidad, sugieren establecer una distinción entre lo que es estrictamente *evitable* y lo que es *remediable*.

³⁹ Las teorías de la selección en salud o incluso de la «selección natural» como explicación de los determinantes sociales de la salud sí que serían compatibles con la idea de que las desigualdades sociales en salud pueden ser inevitables. Esencialmente lo que proponen es una causalidad inversa, por la cual sería una mala condición de salud la que causa una selección social que explicaría la asociación entre mala salud y bajo estatus social: no es que el bajo estatus social dañe a la salud –en esta visión– sino que una mala salud impediría el ascenso social. Aunque estas teorías fueron convincentemente rechazadas ya desde el *Black Report* de 1980, siguen apareciendo reformulaciones no mucho más convincentes [véase MCCARTNEY, G. (*et al.*), «What (Or Who) Causes Health Inequalities: Theories, Evidence and Implications?», cit. pp. 222-3].

De acuerdo con estas autoras, la evitabilidad acaba efectivamente identificándose con la distinción entre social y natural, de forma que solo las desigualdades evitables serían injustas y que solo las de causa social serían evitables. Para ellas, en cambio, la evitabilidad no es relevante para determinar la inequidad. La razón es que, aunque las desigualdades naturales no sean estrictamente evitables, sí que son en muchas ocasiones remediabiles mediante intervenciones médicas. Y si esto es así, asumen que es posible hacer algo por paliarlas, por lo que no estaría claro que solo las desigualdades de salud derivadas de causas sociales fueran evitables (en este sentido amplio). A partir de este cuestionamiento, para Voig y Preda no hay motivo para considerar especialmente relevante el requisito de la evitabilidad, que para ellas no sería ni una condición suficiente ni necesaria para que se produzca una inequidad en salud⁴⁰.

No obstante, creo que es posible objetar a este planteamiento que las razones por las que habría que *evitar* son distintas de las razones para *remediar*⁴¹. Las razones para *remediar* una situación de deterioro de la salud tienen como objetivo mejorar o restituir la salud (esté influida esa situación por determinantes sociales o no y hubiera podido ser evitada o no). Pero no en principio el de rectificar una situación de desigualdad. En cambio, las razones para *prevenir* lo evitable pueden tener como objetivo tanto una mejora de la salud como el hacer disminuir las desigualdades en los resultados de salud (y con ello de la injusticia que supone para los más desaventajados, ya que podrían con esta prevención alcanzar un estado de salud similar al de los privilegiados). La relevancia o no del criterio de la *evitabilidad* no se está discutiendo respecto a cualquiera de las finalidades y objetivos válidos de la salud pública, sino en el ámbito estricto de la discusión sobre las desigualdades en salud, ámbito en el que resulta oportuno. Con ello la evitabilidad sigue siendo un aspecto relevante de para analizar la injusticia de una desigualdad.

Si efectivamente consideramos la evitabilidad como un criterio para la existencia de las inequidades de salud, entonces su definición y determinación abre un campo en el que la colaboración entre epidemiología y ética es de ida y vuelta. El conocimiento científico de las causas y los mecanismos mediante los cuales operan los determinantes sociales de la salud resulta necesario para establecer cómo se remiten las desigualdades de salud observables a las instituciones básicas de la sociedad y a las decisiones y procesos políticos⁴². No solo para

⁴⁰ PREDÁ, A.; VOIGT, K., «The Social Determinants of Health: Why should we Care?», cit., p. 28.

⁴¹ O incluso, aunque no lo mencionan, se podría añadir para *compensar*, en caso de que no hubiera remedio.

⁴² La incidencia concreta de las decisiones políticas en la salud es un aspecto que no ha sido tan tratado como otras cuestiones relativas a los determinantes sociales de la salud, una referencia muy importante es el libro de STUCKLER, B., y BASU, S., *The body economic why austerity kills: Recessions, budget battles, and the politics of life*

el diseño de medidas que permitan reducir las inequidades en salud, lo que es el objetivo principal, sino también en la medida en que esa conexión permite evaluar si efectivamente hay inequidades conectadas a injusticias sociales previas (lo que es objeto de discusión en el punto siguiente).

Es importante tener en cuenta, de cara a incorporar estas aportaciones de la epidemiología, el carácter histórico y contextual del rasgo de la evitabilidad. Las desigualdades e inequidades en salud también son históricas, lo que sugiere, por otra parte, que hayan de ser estudiadas en su evolución histórica⁴³. La aportación desde el campo de la ética y de la reflexión sobre la justicia (aparte de la propia reflexión sobre la relevancia de la evitabilidad) tiene paradójicamente que auxiliar también en este marco, para contribuir a la identificación –dentro de las numerosas diferencias en salud en una población– de aquellas que son relevantes para el estudio de las inequidades.

En efecto, la determinación de la inequidad no resulta posible si no es atendiendo a determinadas estructuras, instituciones o grupos sociales en las cuales las relaciones de poder, de opresión o de vulnerabilidad están relacionados con cuestiones como la pertenencia de clase, la riqueza e ingresos, la etnicidad, el género, la procedencia geográfica, etc. La observación de diferencias de salud entre estos grupos puede suponer tanto un indicio para la identificación de que estamos ante un grupo socialmente desaventajado, como la confirmación de una nueva consecuencia de su desventaja, o el agravamiento de esta posición. En cualquier caso, la identificación de esos grupos parece que tiene que remitirse en algún modo a una teoría de la justicia o a una explicación sobre la estructura de la injusticia social.

3.2 Sobre las vías directas o indirectas de evaluar las inequidades en salud

La evaluación directa o indirecta de las desigualdades en salud es otro aspecto del diálogo entre la ética y la epidemiología. Ya se ha mencionado cómo un mayor conocimiento sobre los mecanismos mediante los que operan los determinantes sociales de la salud en un cierto contexto sirve para evaluar en qué medida las desigualdades resultantes en salud están conectadas con las instituciones sociales básicas y con las injusticias sociales preexistentes. Sin embargo, de qué modo esta conexión sea relevante es objeto de discusión. Si en el punto anterior acudíamos a la definición de inequidades en salud de Whitehead y Dahlgreen, ahora podemos echar mano de otra propues-

and death, New York, Basic Books, 2013 (hay traducción castellana: *Por qué la austeridad mata: El coste humano de las políticas de recorte*, Madrid, Taurus, 2013).

⁴³ BENACH, J.; MUNTANER, C., *Aprender a mirar la salud. Cómo la desigualdad social daña nuestra salud*, cit., p. 58.

ta como es la definición de equidad en salud en el contexto de los determinantes sociales de la salud de Bravevan y Gruskin –cuya intención es práctica, pues la proponen para ser operativa y válida para su medición–: «la equidad en salud es la ausencia de disparidades sistemáticas en salud (o en los principales determinantes sociales de la salud) entre grupos sociales que tienen diferentes niveles de ventaja/desventaja –esto es, diferentes posiciones en la jerarquía social»⁴⁴. Se trata de una fórmula más precisa que la anterior. Y sin embargo alude a «disparidades sistemáticas en salud (o en los principales determinantes sociales de la salud)». Pues bien, que la disparidad sistemática sea en *salud* o en los *determinantes sociales de la salud* no es equivalente y puede llegar a tener consecuencias distintas. Esta distinción es lo que se ha denominado las vías *directa* e *indirecta* para evaluar las desigualdades de salud⁴⁵.

La vía *directa* parte de la aplicación de un principio general de igualdad a los resultados de salud, al estado de salud efectivamente observado en una persona o grupo. La métrica de la igualdad se aplicaría a los estados de salud y ahí se determinaría si existen inequidades. De esta forma, en la aproximación directa a la equidad en salud, cualquier tipo de desigualdad *evitable* en salud observada será considerada injusta. La evitabilidad sería, en esta aproximación, no solo una condición necesaria –lo que ya se ha discutido– sino también una condición suficiente de la injusticia de una desigualdad en salud. La injusticia se evalúa a partir del resultado, lo que conlleva que las causas socialmente controlables de este resultado se consideren retrospectivamente como injustas. Esto implica que tales causas han de ser consideradas como injustas incluso si no hay otros motivos distintos para considerarlas injustas, es decir, incluso si no hay otro principio de justicia diferente y autónomo desde el que calificarlas así. Es la injusticia del resultado lo que determina la injusticia de sus causas, si estas son evitables. En principio, pareciera que esta aproximación tiende a consignar como injustas una porción muy amplia de desigualdades en salud, pero hay que notar que no es necesariamente así. Dependerá de hasta qué punto consideremos que se trata de diferencias evitables. Puede ser muy amplio considerando que siempre serían posibles cambios profundos en las estructuras sociales. Pero si se adopta una visión más restringida de lo que significa la evitabilidad, podría darse el caso de que esta vía indirecta fuera más estrecha que su alternativa. Imaginemos que en una diferencia de 7 años de esperanza de vida entre personas en distintos grupos de ingresos se llegara a atribuir que solo 4 de ellos fueran debidos a causas socialmente con-

⁴⁴ BRAVEMAN, P.; GRUSKIN, S., «Defining Equity in Health», cit., p. 254.

⁴⁵ SREENIVASAN, G., «Ethics and Epidemiology: Residual Health Inequalities», *Public Health Ethics* 2 (3), 2009, pp. 244-249, p. 244.

trolables: entonces los otros 3 no serían injustos o al menos su calificación quedaría poco clara⁴⁶.

La vía *indirecta*, por el contrario, considera que la evaluación de la injusticia de las desigualdades de salud no está en el resultado, sino que está en las causas sociales controlables. Si, y solo si, la causa primaria de una desigualdad en salud es injusta, entonces las consecuencias en términos de desigualdad de salud también lo serán. Si en la vía directa se buscaba que no hubiera disparidades en salud, aquí se busca que no haya disparidades en los condicionantes sociales de la salud. Los principios de justicia sanitaria no operarían directamente sobre los resultados de salud sino sobre las causas que los determinan. Si las causas primarias de una diferencia en salud son injustas entonces esta injusticia se traslada a la diferencia, pero si las causas no son injustas de acuerdo con algún principio, entonces los resultados, no importa la magnitud de la desigualdad, tampoco lo serán.

Se pueden apreciar bien las distintas implicaciones de cada una de las aproximaciones a partir de un examen del planteamiento de Daniels quien, inspirado directamente en Rawls⁴⁷, ha presentado una de las construcciones más destacadas para afrontar el análisis de las consecuencias para la justicia de la salud de los determinantes sociales de la salud. De acuerdo con Daniels, las diferencias en salud desveladas por la investigación sobre los determinantes sociales de la salud son debidas a causas que tienen que ver con injusticias en la estructura de las sociedades. Esa investigación, habría venido a identificar causas de las desigualdades en salud que, en buena medida, han resultado coincidir con los bienes y elementos que están regulados por los principios de justicia propuestos por Rawls. La violación de esos principios de justicia, al margen de otras consideraciones (como la propia injusticia intrínseca de su violación), produciría resultados dañinos en la salud y desigualdades en salud. Por eso, la investigación sobre los determinantes sociales de la salud habría venido a reforzar y

⁴⁶ Se plantearía aquí la cuestión de determinar la calificación como justas o injustas de las desigualdades respecto a las que no hay una explicación para su causalidad. La tarea de determinar si han de ser calificadas como justas o injustas es de carácter ético, pero se trata de un ejercicio necesario previo a la medición de las desigualdades en salud, como han advertido Asada *et al.* [ASADA, Y., *et al.*, «Unexplained health inequality. Is it unfair?», *International Journal for Equity in Health*, 2015, 14 (1)].

⁴⁷ La teoría de la justicia sanitaria de Daniels empezó centrándose en la distribución del acceso a la asistencia sanitaria, que fundamentaba en el principio rawlsiano de justa igualdad de oportunidades, para que todas las personas pudieran acceder mediante protección de su salud al mínimo de un «funcionamiento normal» de base (*Just Health Care*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985, esp. pp. 42 ss.). Posteriormente incorpora en su teoría las aportaciones de la investigación sobre determinantes sociales de la salud [DANIELS; N.; KENNEDY, B.; KAWACHI, I., «Justice is good for our health», en J. Cohen y J. Rogers (eds.), *Is Inequality bad for our health?*, cit., y *Just Health. Meeting Health Needs Fairly*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008]. El título de sus dos obras más destacadas, de «Just Health Care» a «Just Health» da cuenta de este giro.

encajar bien con la propuesta de Rawls⁴⁸. Esto es lo que vendría a expresar la por otra parte afortunada fórmula de «la justicia es buena para la salud»⁴⁹.

La lógica de la vía indirecta, en la que se puede encuadrar esta propuesta, en este supuesto sostendría que las desigualdades en salud son injustas si, y solo si, son el producto de la violación de principios de justicia (en este caso rawlsianos). Se habría producido una feliz coincidencia entre los aspectos que estos principios regulan y los que han venido a ser los determinantes socialmente controlables de la salud desvelados por la investigación epidemiológica. La injusticia de las causas se trasladaría a la injusticia de los resultados. En este caso, serían aspectos tales como los ingresos, la educación, la participación política o la organización del trabajo⁵⁰: una distribución injusta de estos bienes (al margen de que en sí misma es injusta) produce, en la medida en que son determinantes sociales, resultados desiguales que además son injustos por haber sido el producto de una violación de los principios de justicia. El *principio de diferencia* de Rawls constituye un buen banco de pruebas para entender cómo funciona una vía indirecta de apreciación de las desigualdades en salud y en qué difiere de la vía directa, ya que el resultado puede ser diferente. Este principio regula –como es bien conocido– las desigualdades económicas y sociales estableciendo que solo se justifican en la medida en que sean para el mayor beneficio de los que están en las posiciones sociales menos aventajadas⁵¹. El principio de diferencia marca cuándo hay desigualdades económicas y sociales injustas, pero inversamente también justifica un cierto nivel de desigualdades económicas aceptables en la medi-

⁴⁸ En lo que supone una cierta paradoja. La teoría rawlsiana era muy poco prometedora para una fundamentación la asistencia sanitaria universal como un requisito de justicia. El propio esfuerzo de adaptación que hizo Daniels es una confirmación de esto, pues explícitamente se aparta de Rawls, teniendo que «adaptar» su teoría a este nuevo propósito. En cambio, una vez que lo que se pretende no es fundamentar la asistencia sanitaria como requisito de la justicia sino dar cuenta de las implicaciones para la justicia de los determinantes sociales de la salud, una versión más ortodoxa de Rawls es compatible con este propósito. Ahora bien, es una compatibilidad hasta cierto punto casual, puesto que para Rawls el objeto de la justicia es la regulación de estructura básica de la sociedad, que es la que determina la distribución de los bienes *sociales* primarios, entre los cuales no está la salud: «Otros bienes primarios como la salud y el vigor, la inteligencia y la imaginación, son bienes naturales; aunque su posesión está influida por la estructura básica, no están tan directamente bajo su control» (RAWLS, J., *A Theory of Justice. Revised edition*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 54).

⁴⁹ DANIELS, N.; KENNEDY, B.; KAWACHI, I., «Justice is good for our health», cit.

⁵⁰ Es ciertamente discutible que los principios rawlsianos abarquen toda la gama de determinantes sociales de la salud, cuya determinación es –como se ha visto– en buena medida fáctica y una tarea en curso en el marco de la epidemiología. Pero esta es una discusión diferente y lo que aquí importa es examinar cómo una teoría de la justicia define qué aspectos son relevantes en términos normativos y cómo, una vez definidos, los aplica para una determinación indirecta.

⁵¹ RAWLS, J., *A Theory of Justice. Revised edition*, cit., pp. 70 ss.

da en que cumplan con sus requisitos. De este modo, las desigualdades en salud que vinieran causadas por desigualdades socioeconómicas compatibles con el principio de diferencia, no serían injustas (incluso si fueran evitables), en contraste con lo que supone la vía directa.

Al comparar la vía directa y la indirecta, puede dar la impresión de que una es más amplia que otra en cuanto a identificar un mayor número de desigualdades injustas en salud. Pero no es necesariamente así en todos los casos. Ambas opciones pueden alegar razones en su favor, pero también hay que admitir que ambas parecen enfrentar problemas y consecuencias llamativas ante determinados supuestos. La vía directa enfrenta el problema de que al aplicar un principio de igualdad directamente (pero exclusivamente) a los resultados de salud, para luego transmitir la eventual injusticia de los resultados a sus causas, puede verse en dificultades para combinar estos los reclamos de justicia con los derivados de otras consideraciones no relacionadas con la salud. La vía indirecta, por su parte, al centrarse en la aplicación de unos principios generales de justicia, solo cuya violación volvería injustas las diferencias en salud, parecería volver irrelevante cuán agudas fueran estas diferencias. Incluso pondría en cuestión la relevancia de la propia investigación y el conocimiento sobre los determinantes sociales de la salud, una vez que los principios de justicia bastarían como criterio.

No obstante, se puede advertir que no solo hay un gran amplio espectro de situaciones en las que ambos enfoques coincidirían (o dicho en términos prácticos, existe una significativa cantidad de desigualdades en salud que ambos métodos identificarían como injustas, al tiempo que recomendarían, como remedio, el reducir las desigualdades socioeconómicas preexistentes). Además, se puede admitir que no son planteamientos necesariamente excluyentes. Es posible optar por uno o por otro en exclusiva, pero también cabe la posibilidad de combinar ambas aproximaciones de distinta manera, tratando de evitar problemas como los mencionados⁵². Esa combinación habría de construirse a partir de la consideración de que tanto los principios de justicia como los mecanismos por los que se producen las desigualdades económicas son relevantes.

⁵² La propia perspectiva de Daniels, que en lo que se refiere a los determinantes sociales de la salud adopta una vía indirecta, incorpora también la vía directa para el análisis de lo que constituiría un «funcionamiento normal» como precondition de la igualdad de oportunidades y con ello la asistencia sanitaria, ya que el funcionamiento normal remite a los resultados de salud alcanzados. Esto ha llevado a Sreenivasan a observar una cierta tensión o incluso una contradicción en el planteamiento, no obstante admitir que ambas aproximaciones son en principio compatibles (SREENIVASAN, G., «Ethics and Epidemiology: Residual Health Inequalities», cit., p. 246). De todas formas, A. Sen, trazando una distinción análoga entre buscar la igualdad en logros de salud (o las libertades asociadas) o en la distribución de «recursos de salud» aprecia en la propuesta de Daniels una tentativa positiva de integrar ambas vertientes (SEN, A., «Foreword», *Is inequality bad for our health?*, cit., p. xiv).

3.3 Las desigualdades residuales

Uno de los puntos de desencuentro, pero que es iluminador respecto a la posibilidad de un enfoque que combine ambas visiones, se produce respecto a las que se han denominado desigualdades residuales. Imaginemos la hipótesis de una sociedad justa, en el sentido de que cumpliera, de la forma más completa posible, los principios ideales de justicia: la pregunta sería si en esa sociedad es concebible la existencia de desigualdades injustas en salud. *Grosso modo*, la respuesta de la vía directa sería afirmativa y la de la vía indirecta sería negativa. Sreenivasan ha definido por eso las desigualdades residuales de salud como desigualdades en salud evitables cuyas causas fueran justas, es decir justas en sí mismas o independientemente de sus efectos⁵³.

El ejemplo mencionado en el apartado anterior respecto al principio de diferencia es el caso ideal para examinar esta cuestión. El principio de diferencia, al permitir como justas ciertas desigualdades socioeconómicas, podría ser compatible con el resultado de desigualdades en salud, que además serían evitables en la medida en que fueran producto de esas desigualdades socioeconómicas admitidas. Para Daniels, una distribución de salud es injusta si deriva de una de una distribución injusta de los factores socialmente controlables que afectan a la salud de la población y su distribución⁵⁴. Pero si esa distribución surge de acuerdo con lo que los principios requieren, tal desigualdad residual sería aceptable como justa, es decir, no meramente como un compromiso con un ideal de justicia sino justa por su acuerdo con los principios de justicia⁵⁵. Por lo tanto, esa hipotética sociedad justa podrá convivir con esas desigualdades en salud causadas por factores socioeconómicos, que sin embargo serían permisibles, al no ser injustas. Esta es una solución que los partidarios de la vía directa no podrían aceptar.

La plausibilidad de esta conclusión de Daniels creo que puede ser problemática para el enfoque indirecto si se da alguna de estas circunstancias: a) que ciertas desigualdades socioeconómicas, aceptables según el principio de diferencia, generaran desigualdades de salud más profundas que las desigualdades socioeconómicas de las que provienen; b) que lo que resulta aceptable desde el punto de la desigualdad socioeconómica no lo sea para las desigualdades en salud. Aunque ambos puntos guardan cierta relación no son equivalentes. El primero implica fundamentalmente cuestiones de hecho y el segundo fundamentalmente cuestiones valorativas.

Respecto a lo primero, podría darse el caso de una distribución justa en el plano socioeconómico, de acuerdo con el principio de diferencia, que efectivamente generara unas consecuencias de un incremento de la

⁵³ SREENIVASAN, G., «Ethics and Epidemiology: Residual Health Inequalities», cit., p. 245.

⁵⁴ DANIELS, N., *Just Health. Meeting Health Needs Fairly*, cit., p. 27.

⁵⁵ *Id.*, p. 99.

desigualdad de salud. Se puede concebir una situación, que sería compatible con el principio de diferencia, en la que un cierto aumento de la desigualdad socioeconómica redunde en beneficio en términos de los ingresos de quienes están peor situados (y de ahí su compatibilidad con el principio), pero genere a la vez una mayor desigualdad en salud. El principio de diferencia regula las desigualdades socioeconómicas, no las desigualdades en salud, por lo que al menos conceptualmente sería posible. El que este escenario sea, además de teóricamente posible, más o menos plausible en la práctica depende fundamentalmente de una cuestión de hecho, de un debate en la epidemiología en torno a la plausibilidad de lo que se ha dado en llamar la *hipótesis del ingreso relativo* y la *hipótesis del ingreso absoluto*⁵⁶. De acuerdo con la hipótesis del *ingreso relativo*, en las sociedades desarrolladas —como ya hemos visto— existe una fuerte correlación a nivel interno entre la salud e ingresos. Sin embargo, esta correlación no se da en la comparativa entre países, donde una vez superado un determinado umbral, una ganancia en riqueza no se traduce en una ganancia en esperanza de vida. La explicación que ofrece esta hipótesis a tal paradoja es que la esperanza de vida individual no depende solo del nivel de los ingresos absolutos, sino también del nivel relativo respecto a otros miembros de la sociedad⁵⁷. La hipótesis del *ingreso absoluto*, en cambio, afirma también la existencia de una correlación entre salud e ingresos, pero considera que se explica fundamentalmente en términos absolutos, es decir en términos de ingresos absolutos, por lo que no depende del nivel de desigualdad relativa de una sociedad.

Cuál de estas dos hipótesis explica mejor los resultados observados es objeto de debate. Pero, incluso si las consecuencias prácticas de ambas no son radicalmente diferentes (ambas recomendarían mayor igualdad en la distribución de los ingresos)⁵⁸, si la hipótesis del ingreso relativo resultara correcta —y hay razones para pensarlo— haría más plausible la posibilidad de que en la realidad se produjeran escenarios en los que la desigualdad permitida por el principio de diferencia podría generar unas desigualdades de salud más profundas que las meramente socioeconómicas. Esto comprometería la tesis de que las desigualdades residuales no son problemáticas o injustas⁵⁹.

⁵⁶ Para una discusión sobre esta cuestión véase SREENIVASAN, G., «Ethics and Epidemiology: The Income Debate», cit.

⁵⁷ Richard Wilkinson es uno de los principales defensores de esta visión: WILKINSON, R., *Unhealthy Societies. The Afflictions of Inequality*, London, Routledge, 1996, y WILKINSON, R.; PICKETT, K., *The Spirit Level. Why Equality is Better for Everyone*, cit.

⁵⁸ SREENIVASAN, G., «Ethics and Epidemiology: Residual Health Inequalities», cit., p. 249.

⁵⁹ Fishman y MacKay aportan una interesante vía rawlsiana para afrontar esta consecuencia del principio de diferencia. Dentro del esquema rawlsiano, proponen incorporar un bien social primario denominado «bases sociales de la salud» (a imagen de las «bases sociales del autorrespeto») que incluiría otros aspectos relacionados con los determinantes sociales de la salud más allá de la educación o el ingreso absoluto (que estarían incluidos en el esquema original de Rawls al que apela Daniels). Estos

El segundo aspecto que puede comprometer la idea de que las desigualdades residuales no son relevantes, es independiente de estas hipótesis y se refiere a si, de alguna manera, las desigualdades en salud son o no más inaceptables que las desigualdades socioeconómicas relativas a la riqueza y el ingreso. Es decir, si no resulta especialmente intolerable en términos de justicia social el que unas personas tengan significativamente mayor esperanza de vida o una vida más saludable gracias a su posición social: y si no resulta incluso más inaceptable que la mera desigualdad económica. Es decir, si no estamos más dispuestos a tolerar que algunos gocen de las ventajas de una mejor posición económica o de la riqueza que el que esa posición se traduzca de forma desproporcionada en ventajas como una mejor salud o una mayor esperanza de vida. Hay diferentes motivos para considerar como plausible esta idea. Por un lado, uno de los aspectos más importantes, llamativos y perturbadores de los inicios de la investigación sobre los determinantes sociales de la salud fue desvelar las consecuencias de salud derivadas de la posición social y la significativa desigualdad asociada a ella. Por otro lado, la afirmación del derecho a la salud y la existencia de sistemas públicos universales de protección de la salud, parecen apelar a la idea de que la salud es tan relevante como para que la posibilidad de gozar de ella no deba depender radicalmente de la posición social, de la riqueza o de la posibilidad de pagarla. Si esto es así, es porque estamos reconociendo que la desigualdad en salud es algo especialmente preocupante e intolerable en términos de igualdad, y por lo que no es irrazonable unos estándares más exigentes que para otros aspectos de la justicia social.

4. CONCLUSIÓN

La «revolución» de los determinantes sociales de la salud se ha manifestado en la consolidación de un programa de investigación que ha puesto de relieve la importancia de las condiciones sociales que afectan a la producción de salud y enfermedad, así como a su distribución desigual en la población. La relevancia de esta investi-

aspectos incluyen el ingreso relativo o la posición laboral. Esto se complementaría con un principio de justicia previo al principio de diferencia que de acuerdo con su propuesta tendría seguramente unas implicaciones mucho más igualitarias que la teoría de Rawls: «Las bases sociales de la salud han de organizarse de tal forma que tenga el mayor impacto positivo en el estado de salud de los menos aventajados en la gradiente social de salud» (FISHMAN, J.; MACKAY, D., «Rawlsian Justice and the Social Determinants of Health», *Journal of Applied Philosophy*, vol. 36, núm. 4, 2019, pp. 608-625, especialmente p. 616). Es una propuesta notable que, sin salir de la aproximación indirecta, se acerca mucho a constituir una vía intermedia muy atenta a afrontar seriamente las consecuencias de las inequidades en salud. No está, con todo, exenta de problemas: si este principio tiene prioridad lexical respecto al principio de la diferencia y sus consecuencias igualitarias son más profundas, entonces este último devendría seguramente redundante.

gación y sus resultados para el diseño de estrategias de salud y de políticas de salud es manifiesta desde sus inicios y se ha visto acompañada de iniciativas institucionales favorables desarrollar este campo, si bien con un éxito desigual hasta el momento. En este sentido, el conocimiento desarrollado en torno a los determinantes sociales de la salud también es relevante para el desarrollo y las garantías del derecho a la salud, en lo relativo sobre todo a dos aspectos de este derecho como son la mejora de la salud y la reducción de las desigualdades injustas en salud.

El derecho a la salud ha de ser repensado en relación a las evidencias de los determinantes sociales de la salud, al menos en dos sentidos. Por un lado, porque buscar el mayor nivel posible de salud no es alcanzable a partir únicamente de estrategias médicas: el derecho a la salud exige un acceso universal e igual a la asistencia sanitaria, pero no puede quedar reducido a eso. Por otro lado, es necesaria un esfuerzo por reducir las enormes desigualdades injustas en salud –tanto entre países como en el interior de ellos– que traen causa de desigualdades e injusticias estructurales que se manifiestan en la salud de las personas. Afrontar el problema de la desigualdad injusta en salud a partir de la investigación sobre los determinantes sociales de la salud exige un intercambio entre epidemiología y ética. La investigación empírica sobre los determinantes sociales de la salud necesita de ciertos criterios relacionados con la justicia y la injusticia en salud que la ética y las teorías de la justicia pueden contribuir a hacer explícitos y a refinar. La reflexión sobre estos principios de justicia en la salud, por su parte, ha de incorporar el conocimiento epidemiológico sobre los determinantes sociales de la salud para que sus propuestas resulten relevantes. El enfoque de derechos humanos ofrece gran potencial, pues no solo constituye un referente común a nivel normativo, sino que es susceptible de incorporar una tradición en la que los vínculos entre salud y otros derechos están presentes.

La tarea de proporcionar tal teoría de la justicia en salud consistente, que incorpore la evidencia sobre los determinantes sociales de la salud y que permita dar cuenta de las desigualdades en salud en el marco de otras desigualdades sociales es, como se ha visto, una tarea en marcha y no exenta de problemas. Esto plantea la necesidad de seguir trabajando en este campo. Pero también plantea la duda –a la vista de los desacuerdos– de hasta qué punto sabemos lo suficiente sobre los determinantes sociales de la salud o tenemos unos criterios sobre la justicia en salud lo suficientemente seguros como para recomendar algún tipo de acción o para evaluar los resultados de la misma⁶⁰. La respuesta no debe venir de la inacción a la espera de mayores clarificaciones, pues sabemos lo suficiente como para tener

⁶⁰ BRAVEMAN, P., *et al.*, «When Do We Know Enough to Recommend Action on the Social Determinants of Health?», *American Journal of Preventive Medicine*, 40(1), 2001, pp. 58-66.

la certeza de que las injusticias afectan también a la salud y de que convivimos con una enorme desigualdad injusta en salud cuyas causas son sociales, si bien no podemos determinar exactamente a través de qué mecanismos opera o el grado de su injusticia. Pero tal y como lo expresaba un grupo de investigadores que auxiliaron en los trabajos de la Comisión de la OMS sobre determinantes sociales de la salud: «a pesar de las dificultades y limitaciones del conocimiento disponible, el desafío político es asegurar que se tomen medidas sobre la base de la abundante información que ya está disponible»⁶¹.

⁶¹ BLAS, E., *et. al.*, «Addressing Social Determinants of Health Inequities: What can the State and Civil Society do?», *The Lancet*, 372 (9650), 2008, pp. 1684-1689.

La teoría pura del Estado de Kant

Kant's Pure Theory of State

Por JOSÉ LÓPEZ HERNÁNDEZ
Universidad de Murcia

RESUMEN

El objetivo de este estudio es exponer la teoría del Estado de Kant como el resultado de un proceso de deducción a partir de principios a priori de la razón. Como facultad de los principios, la razón, en su uso práctico, formula el imperativo categórico, del cual se obtiene, por deducción trascendental, la idea de libertad. A su vez, el imperativo categórico es la ley moral universal, en la cual se basan la doctrina del derecho y la doctrina de la virtud. La doctrina del derecho contiene el derecho privado y el derecho público. Este último constituye el núcleo de la teoría del Estado, que es una doctrina pura, deducida a partir de principios a priori, como la idea trascendental de libertad y el imperativo categórico. Aquí se analiza cómo es posible esta deducción apriorística de la realidad estatal, cómo el Estado significa la realización del derecho y cuáles son los principios sobre los que se construye la idea de Estado. Se estudia el Estado como derecho público, la forma de Estado como república y su prolongación exterior como derecho de gentes y derecho cosmopolita hacia una paz perpetua.

Palabras clave: *Kant, teoría del Estado, deducción trascendental, república, paz perpetua.*

ABSTRACT

The aim of this paper is to argue that Kant's Theory of state can be understood as the result of a process of deduction based on a priori princi-

ples of reason. As the faculty of principles, reason, in its practical use, formulates the categorical imperative, from which derives, by a transcendental deduction, the idea of liberty. The categorical imperative is the universal moral law, on which the doctrine of law and the doctrine of virtue are based. The doctrine of law contains private and public law. The latter constitutes the core of the Theory of state, which is a pure doctrine, deduced from a priori principles, such as the idea of a transcendental liberty and the categorical imperative. This paper analyses how this aprioristic deduction of the state reality is possible, how the state means the realisation of the law and which ones are the principles on which the idea of the state is built. The paper proposes the state as public law, the form of the state as a republic and its external projection as the law of peoples and cosmopolitan law towards the goal of a perpetual peace.

Keywords: *Kant, Theory of state, transcendental deduction, republic, perpetual peace.*

SUMARIO: 1. SUPUESTOS FILOSÓFICOS Y METODOLOGÍA. – 2. FUNDAMENTOS DE LA MORAL, EL DERECHO Y EL ESTADO: EL IMPERATIVO CATEGÓRICO. – 3. TEORÍA DEL ESTADO: 3.1 *Principios básicos.* 3.2 *Derecho privado o natural.* 3.3 *Derecho público y Estado: el derecho político.* 3.4 *Formas de Estado y de gobierno.* 3.5 *El derecho de gentes y el derecho cosmopolita.* – 4. CONCLUSIÓN.

SUMMARY: 1. PHILOSOPHICAL SUPPOSITIONS AND METHODOLOGY. – 2. FOUNDATIONS OF MORALITY, THE LAW AND THE STATE: THE CATEGORICAL IMPERATIVE. – 3. THEORY OF STATE: 3.1 *Basic principles.* 3.2 *Private or natural law.* 3.3 *Public law and the State: political law.* 3.4 *Forms of State and government.* 3.5 *The law of peoples and cosmopolitan law.* – 4. CONCLUSION.

1. SUPUESTOS FILOSÓFICOS Y METODOLOGÍA

En este estudio se investiga si existe realmente, en la filosofía de Kant, una teoría del Estado y si esta teoría, como parte de la doctrina del derecho (*Rechtslehre*), puede ser calificada como una teoría *pura*, basada en ideas y principios *a priori*, según el significado que estos términos tienen en el propio Kant. Ello nos conducirá a analizar la doctrina del derecho en sus fundamentos comunes con la doctrina de la virtud y, concretamente, en su fundamento último, que es la ley moral universal o imperativo categórico, formulado enteramente *a priori*. Analizaremos cómo el imperativo categórico es la base que permite deducir transcendentalmente la idea de libertad, ya que dicha idea es un postulado imprescindible para la existencia de la propia ley moral.

Tratamos, así, de reconstruir los argumentos de Kant y hacer explícito el carácter apriorístico, por su origen y fundamento, tanto de la doctrina del derecho como de su prolongación lógica y parte fundamental de la misma, que es la teoría del Estado (o doctrina del derecho público).

Kant no escribió ningún texto específico sobre teoría del Estado, pero esta está presente en una serie de escritos dedicados a la filosofía práctica, especialmente en los de teoría del derecho, filosofía moral y filosofía de la historia. El más importante de ellos es *La Metafísica de las costumbres* (1797), pero también desarrolla algunos aspectos de su filosofía política en otros, como *Sobre el tópico: tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica* (1793), *La paz perpetua* (1795) e *Idea de una historia universal desde el punto de vista cosmopolita* (1784).

Kant no solo era un ilustrado y conocía bien las teorías políticas de su época, también estaba al tanto de los acontecimientos revolucionarios que se sucedían, primero en las colonias británicas americanas y después, de manera especial, en la vecina Francia. A pesar de que condenó el Terror que se apoderó de Francia en los años posteriores a la revolución, Kant saludó el hecho revolucionario como uno de los grandes avances de la historia humana en su «progreso hacia lo mejor», como afirma en su escrito sobre este mismo tema: «La revolución de un pueblo pleno de espíritu, que en nuestros días hemos visto efectuarse, puede tener éxito o fracasar (...) Esta revolución, digo, encuentra en los espíritus de todos los espectadores (que no están comprometidos en ese juego) un deseo de participación, rayano en el entusiasmo, y cuya manifestación, a pesar de los peligros que comporta, no puede obedecer a otra causa que no sea la de una disposición moral del género humano»¹. Y concluye de la siguiente manera: «Las dolorosas consecuencias de la guerra actual pueden obligar a que el profeta político haga esta confesión: el género humano se orienta hacia lo mejor, que ya está en perspectiva»². Por otro lado, y esto es más relevante, en su teoría política sostiene que el Estado de derecho debe ser republicano, en la misma línea que apuntaban los acontecimientos revolucionarios de los Estados Unidos y de la Francia republicana, a los cuales daría cobertura la teoría política kantiana. Sin embargo, estas simpatías revolucionarias no son incompatibles con su rechazo al derecho de rebelión contra el poder establecido, ya que este supuesto «derecho» no puede existir dentro del Estado jurídico³.

En resumen, Kant vivió y participó con su teoría en el mayor cambio de paradigma político que se ha producido en la época moderna y

¹ KANT, I., «Reiteración de la pregunta de si el género humano se halla en constante progreso hacia lo mejor», en *Filosofía de la historia*, trad. E. Estiú. Buenos Aires, Editorial Nova, 1964, p. 197.

² *Ib.*, p. 208.

³ Cfr. PISIER, É., DUHAMEL, O. y CHÂTELET, F., *Historia del pensamiento político*, trad. P. J. Aguado, Madrid, Tecnos, 2006, pp. 69-70.

uno de los mayores de la historia de la humanidad: el paso del Estado absolutista o despótico, basado en la fuerza y la religión, al Estado liberal y republicano, basado en la voluntad de los ciudadanos y en la racionalidad del derecho.

Los filósofos de la modernidad estudiaban la política como teoría del Estado y muchos consideraban esta última como una prolongación y culminación de la teoría del derecho. De Kant se suele decir que no es un pensador político y la única obra que se le reconoce en este sentido es el pequeño tratado de *La paz perpetua*⁴. Pero, por otro lado, también se dice que el pensamiento político de Kant está en toda su obra, incluida la *Crítica de la razón pura*, y no solo en su filosofía práctica. Y en cualquier caso, su teoría del Estado y del derecho ha sido objeto de poca atención⁵. Aun así, su teoría del Estado es un primer paso que habría de ser seguido y desarrollado por sus sucesores Fichte y Hegel⁶.

En la *Crítica de la razón pura* Kant afirma que todos los intereses de la razón, prácticos y especulativos, se resumen en tres preguntas: ¿Qué puedo saber, qué debo hacer, qué puedo esperar? La primera pregunta es especulativa, la segunda es práctica y la tercera, «a saber, ¿qué puedo esperar si hago lo que debo? es práctica y teórica a un tiempo»⁷. En la introducción a su curso de Lógica vuelve a repetir estas tres preguntas, añadiendo entonces a las tres primeras una cuarta: ¿Qué es el hombre? Heidegger, comentando este texto, dice que la última cuestión es el fundamento de las tres anteriores, con las cuales trató de construir la metafísica como una ciencia, capaz de producir conocimientos ciertos y progresivos acerca de sus objetos⁸. Como sabemos, Kant describió el método de las ciencias naturales, consistente en aplicar las estructuras *a priori* de la razón a los datos de la experiencia. Pero este método no era válido para alcanzar el conocimiento en las ciencias morales, ya que sus objetos de estudio no eran accesibles a la experiencia: Dios, el alma inmortal y la libertad (o sea, la existencia de causas libres en el mundo). Estos eran precisamente los tres objetos de la metafísica tradicional, acerca de los cuales nada se podía saber con certeza⁹. Kant entonces, a través de su crítica de las

⁴ Cfr. TOUCHARD, J., *Historia de las ideas políticas*, trad. J. Pradera, 5.ª ed., Madrid, Tecnos, 1985, p. 380; COLOMER MARTÍN-CALERO, J. L., «Immanuel Kant», en F. Vallespín (ed.), *Historia de la teoría política (3)*, Madrid, Alianza, 1991, p. 227.

⁵ GONZÁLEZ VICÉN, F., *De Kant a Marx. Estudios de historia de las ideas*, Valencia, Fernando Torres, 1984, p. 13.

⁶ *Ib.*, p. 15.

⁷ KANT, I., *Crítica de la razón pura*, trad. P. Ribas, Madrid, Alfaguara, 1978, p. 630 (A 805, B 833).

⁸ HEIDEGGER, M., *Kant y el problema de la metafísica*, 4.ª ed. alem., 2.ª ed. esp., trad. G. I. Roth y E. C. Frost, México, F. C. E., 1981, pp. 175-176. Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., «La fundamentación kantiana de la moral», *Anales de Filosofía*, IV, 1986, pp. 35 ss.

⁹ Todas las ideas trascendentales, según Kant, se reducen a tres clases, Dios, alma y mundo, que constituían las tres ontologías regionales y eran estudiadas por

capacidades y límites de la razón humana, concluye que la razón teórica produce conocimientos de las cosas, mientras que la razón práctica establece leyes para la acción humana. En ambos usos la razón, como facultad de los principios, actúa poniendo los principios *a priori* por los que se rige el conocimiento científico, en un caso, y la acción moral del hombre, en el otro.

Desde Descartes la filosofía se sintió impresionada por los resultados de la ciencia moderna y trató de aplicar el método de esta al conocimiento moral. Los empiristas abordaron la moral imitando el método experimental (Hobbes, Hume). Los racionalistas aplicaron el método apriorístico y deductivo (Spinoza, Leibniz). Kant llega a las últimas consecuencias en esta segunda línea, tratando de fundar la moral sobre supuestos exclusivamente *a priori*. «Es de la más urgente necesidad –afirma en forma de pregunta– el elaborar por fin una filosofía moral pura, que esté enteramente limpia de todo cuanto pueda ser empírico y perteneciente a la antropología (...) El fundamento de la obligación [moral] no debe buscarse en la naturaleza del hombre o en las circunstancias del universo en que el hombre está puesto, sino *a priori* exclusivamente en conceptos de la razón pura»¹⁰. De esta forma Kant, cuando en su tarea de refundar la metafísica se pregunta ¿qué es el hombre? está concibiendo al hombre solamente como una razón pura, que tiene dos funciones, una cognoscitiva (teórica) y otra directiva (práctica). Por la primera conoce el mundo, por la segunda dirige la acción humana. Ambas se fusionan luego en una tercera razón, teleológica, equivalente a la fe, que, sobre los resultados y postulados de las dos anteriores, espera, cree, que los fines de la naturaleza coincidirán finalmente con los de la providencia divina para llevar a la humanidad a su fin final, la felicidad eterna, siempre que los hombres se hayan hecho dignos de ella. En el fondo, Kant reconoce la perfección del método científico, pero considera que este no es adecuado para resolver los problemas humanos de la libertad y la felicidad. Por eso abandona el método científico en el ámbito de la moral y la política, para sustituirlo por un método apriorístico y formal, vacío de contenidos, a fin de que dichos contenidos puedan ser tomados del ámbito de la fe. Digamos que establece o descubre los límites (empíricos) que no puede sobrepasar el conocimiento científico o filosófico, pero deja abierto un campo ilimitado (supraempírico) para las ideas de la fe y las creencias religiosas, según se desprende de sus propias palabras: «Tuve, pues, que suprimir el *saber* para dejar sitio a la *fe*»¹¹. Por lo

tres doctrinas, respectivamente: la teología trascendental, la psicología racional y la cosmología racional (*Crít. razón pura*, cit., p. 323; A 334, B 391).

¹⁰ KANT, I., *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, trad. García Morente, 3.ª ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1967, p. 18.

¹¹ KANT, *Crít. razón pura*, cit., p. 27 (B XXX). Sobre este tema véase el libro de Lacorte, C., *Kant. Ancora un episodio dell'alleanza di religione e filosofia*, Urbino, Argalía ed., 1962.

tanto, a diferencia de Hume y los utilitaristas posteriores, Kant construye su teoría política de manera puramente formal y apriorística, en un sentido muy distinto al que seguirían las ciencias sociales y humanas en los siglos siguientes, orientadas hacia la observación empírica y la metodología histórica, incluido el método de la sociología comprensiva.

En resumen, el método filosófico general de Kant se basa en tres supuestos: 1) la primacía de la razón práctica o directiva (no cognoscitiva) sobre la razón teórica o especulativa; 2) la limitación de la razón teórica frente a la infinitud de la razón práctica; 3) el giro copernicano, método que consiste en cambiar la perspectiva del conocimiento, que antes iba desde los objetos hacia el sujeto y ahora arranca del sujeto, con sus formas *a priori*, para ir hacia los objetos¹². Esto último significa, en el ámbito de la acción humana, que el sujeto moral, desde su razón pura práctica, establece la ley moral como una ley universal válida para sí mismo y para todos los seres racionales en cualquier tiempo y lugar, postulando la autonomía de la voluntad y la existencia de la libertad. La ley moral de Kant es el imperativo categórico, que se expresa a través de varias fórmulas y dirige la acción de los hombres en los ámbitos de la moralidad, el derecho y la política, tanto estatal como internacional, como veremos a continuación.

2. FUNDAMENTOS DE LA MORAL, EL DERECHO Y EL ESTADO: EL IMPERATIVO CATEGÓRICO

El método trascendental ideado por Kant arranca de la existencia de un hecho real, un *factum* significativo, y a partir de ahí se pregunta cómo es posible teóricamente esta realidad, cuáles son sus condiciones formales de posibilidad de manera apriorística. La razón teórica arranca del *factum* de la ciencia y de ahí deduce las condiciones trascendentales de su posibilidad, que son las estructuras *a priori* del entendimiento, a saber, los conceptos puros o categorías. La forma de llegar a conocer cómo funcionan esas categorías es por medio de una *deducción trascendental*. Pero no se trata, según Kant, de una deducción en sentido estrictamente lógico, sino de una deducción similar a la que hacen los juristas, cuando demuestran que una cuestión de hecho lo es también de derecho, que un hecho tiene valor jurídico por estar previsto en la norma, llamando a esto deducción¹³. Por otro lado, *trascendental* significa para él aquel tipo de conocimiento *a priori* «mediante el cual conocemos que determinadas representaciones

¹² Véase el desarrollo de estos tres pasos en LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., «Reflexiones sobre la metafísica de Kant», *Anales de Filosofía*, III, 1985, pp. 81-97.

¹³ KANT, *Crít. razón pura*, cit., p. 120 (A 84, B 116-117); VERNEAUX, R., *Le vocabulaire de Kant. Doctrines et méthodes*. Aubier-Montaigne, Vienne, 1967, p. 174.

(intuiciones o conceptos) son posibles o son empleadas puramente *a priori* y cómo lo son»¹⁴. En cuanto a la deducción trascendental de las categorías, dice Kant que esta consiste en «la explicación de la forma según la cual los conceptos *a priori* pueden referirse a objetos»¹⁵. Por ejemplo, de qué manera la categoría de causalidad se refiere a la relación entre dos cuerpos celestes, teniendo en cuenta sus masas y sus distancias, o sea, cómo la categoría de causalidad hace posible conocer *a priori* el comportamiento gravitacional de esos cuerpos. Por consiguiente, la deducción de las categorías se realiza poniéndolas, o presuponiéndolas, *a priori*, antes de que el entendimiento las aplique para alcanzar el conocimiento de los objetos dados en la experiencia.

En el ámbito de la acción humana o de la razón práctica, el *factum* del que parte Kant ya no es la ciencia, sino el *hecho* de la conciencia moral, que existe en el interior de cada individuo y le dice a este lo que debe hacer; el *hecho* es la existencia, en la mente de cada individuo, de la ley moral. En este caso la razón práctica se pregunta cómo es posible que ocurra esto, que exista la ley moral, y cuáles son las condiciones *a priori* de su existencia. Una respuesta inmediata sugiere que para que exista la ley moral es necesario suponer que existe la *libertad*, es decir, la posibilidad de cumplir la ley o de no cumplirla. Ahora bien, la libertad es una de las tres grandes *ideas* de la razón. El propio Kant se plantea si es posible usar el método de la deducción trascendental, con el que se han obtenido las categorías del entendimiento, para aplicarlas también a la facultad de la razón y deducir de la misma forma las *ideas*. Si es así, sería posible deducir la idea de libertad. Y Kant responde que en rigor no es posible hacer la deducción trascendental de las ideas, pero sí es posible hacer algo similar, una especie de «derivación subjetiva», como afirma en este texto: «De estas ideas trascendentales no podemos realizar una *deducción objetiva* en sentido propio, al modo como la hicimos de las categorías, ya que, precisamente por ser simples ideas, no hacen en realidad referencia a un objeto que pueda dárseles correspondiente. Pero sí podríamos efectuar una derivación [*Ableitung*] subjetiva de las mismas partiendo de la naturaleza de nuestra razón. Esto es lo que hemos hecho en el presente capítulo»¹⁶. Y más adelante, en la tercera antinomia de la razón pura, Kant define la idea de libertad trascendental como «una facultad capaz de iniciar en sentido absoluto un estado y, consiguientemente, una serie de consecuencias del mismo»¹⁷. Es decir, la libertad es la idea de una voluntad incondicionada, que produce efectos, pero ella no está condicionada por nada distinto de sí misma. En el

¹⁴ *Ib.*, p. 96 (A 56, B 80); *ibid.*, pp. 112-113.

¹⁵ *Ib.*, p. 121 (A 85, B 117); VERNEAUX, R., *Immanuel Kant: Crítica de la razón pura*. EMESA, Madrid, 1978, pp. 43-48.

¹⁶ *Ib.*, p. 324 (A 336, B 393). Esta sección se titula «Sistema de las ideas trascendentales».

¹⁷ *Ib.*, p. 407 (A 445, B 473).

ámbito de la razón práctica, la libertad es un postulado de la razón. Como hemos visto, la razón afirma que la libertad existe, porque sin ella no podría existir la ley moral, que es conocida por la experiencia interna. Por consiguiente, esta postulación de la idea de libertad que hace la razón práctica es un procedimiento similar al de la deducción trascendental de las categorías que hace el entendimiento.

Así pues, el primer paso para fundamentar la moral y el derecho es establecer la ley moral del imperativo categórico y postular la existencia de la libertad, mediante un proceso similar al de la deducción trascendental. Los pasos siguientes consisten en deducir la doctrina del derecho y su continuación como teoría del Estado a partir de estos dos principios *a priori*. La ley moral, fundada en la libertad, es común a la moral y al derecho, y el Estado es una fase esencial del derecho, la última y la más necesaria. Pero el Estado como derecho es solo un aspecto del mismo, su parte racional. Hay otro aspecto del Estado, que es su realidad histórica, que es preciso construir también teóricamente. González Vicén considera que Kant plantea el problema del Estado siguiendo el mismo método que utiliza en su filosofía teórica, a saber, «el esquema general del método trascendental, el cual parte siempre de un hecho tomado como presuposición absoluta, para establecer después, desde aquí, sus condiciones formales de posibilidad»¹⁸. Ahora ya no se trata de deducir una idea, sino de construir trascendentalmente, *a priori*, un objeto. Y el objeto es el Estado. En el ámbito de la filosofía política –sostiene G. Vicén– el *factum* es la existencia de los Estados históricos y, según este esquema general del método kantiano, se trata de deducir las condiciones de validez *a priori* de la existencia del Estado, «las determinaciones abstractas que hacen de él [del Estado] un postulado absoluto para la razón»¹⁹. Aunque no existe una equivalencia perfecta entre ambas versiones del método, porque el *factum* de la ciencia es objetivo y difiere sustancialmente de los otros dos hechos (subjetivo el *factum* moral, mera experiencia histórica el *factum* político), no cabe duda de que Kant efectivamente utilizó un esquema similar al del método trascendental en el ámbito de la razón práctica. Con ello Kant produce un cambio radical en la filosofía política, una inversión de las categorías políticas: frente al estudio del Estado como realidad histórica (empiristas) o como un poder que debe tener legitimidad (teóricos del derecho natural), él construye el concepto de Estado como «un sistema de categorías abstractas», como una idea de la razón, necesaria y regulativa de la acción humana. Kant construye, según Vicén, el «concepto puro del Estado», refiriéndolo «a aquellas determinaciones que lo hacen posible *a priori*, convirtiéndolo de algo casual en una necesidad de la razón»²⁰.

¹⁸ GONZÁLEZ VICÉN, *op. cit.*, p. 17.

¹⁹ *Ib.*

²⁰ *Ib.*, pp. 17-21; la última cita está en la página 21. A. Cortina sugiere que el método trascendental que Kant aplica en el ámbito de la razón práctica es más bien

Los fundamentos de la teoría del Estado de Kant se hallan en los principios de la moral y del derecho, deduciéndose de aquellos principios y constituyendo la última fase de su proceso lógico, pues el Estado vendrá a constituirse, a su vez, como la condición de validez del derecho y como la posibilidad de su existencia real (de su realización).

Estos principios los hallamos en las obras de fundamentación y crítica de la razón previas a la metafísica de las costumbres. Dice Kant: «Dos cosas llenan el ánimo de admiración y respeto (...): *el cielo estrellado sobre mí y la ley moral en mí*»²¹. La ley moral es, pues, un hecho de la razón (*Factum der Vernunft*), un hecho que encuentro dado en mi pensamiento y actuando dentro de él. La naturaleza, según Kant, actúa siempre de acuerdo a fines y es ella la que ha puesto la razón (práctica) como directora de la voluntad y de la acción humana, pero no le ha dado como fin alcanzar la felicidad, ya que es obvio que la razón no vale para eso. La naturaleza ha puesto como objetivo de la razón práctica «el producir una *voluntad* buena, no en tal o cual respecto, como *medio*, sino *buena en sí misma*»²². Kant liga, pues, el bien, concepto moral supremo, con la voluntad, pues la única cosa –dice– que es buena absolutamente, sin restricciones, tanto en el mundo como fuera del mundo, es «una buena voluntad»²³. Y en ese bien supremo de la voluntad buena están incluidos todos los bienes que persigue el hombre, entre ellos la felicidad, porque ella hace bueno al individuo en todos los aspectos. Ahora bien, la razón hace buena a la voluntad dirigiéndola hacia el bien y esto lo realiza por medio de leyes morales que imponen deberes al individuo. El concepto de deber –afirma Kant– contiene el concepto de una voluntad buena. Por otro lado, el deber se basa en la máxima o principio que rige la voluntad, no en el objeto o fin que se persigue. Por eso, el deber se define como «la necesidad de una acción por respeto a la ley»²⁴, es decir, por respeto a la máxima de la acción, no por sus consecuencias.

Ahora bien, ¿cuál es la *ley* que, por su sola formulación, sin esperar a ver cuáles son sus consecuencias, se impone a la *voluntad* para que esta sea una voluntad *buena* y tenga el *deber* de realizar la acción que aquella ordena? Esta ley es la pura legalidad en general, solo contiene la forma de la ley moral universal y dice así: «Yo no debo obrar nunca más que de modo *que pueda querer que mi máxima deba convertirse*

una perspectiva que una técnica minuciosa (CORTINA, A., «Estudio preliminar», en KANT, I., *La Metafísica de las Costumbres*, trad. Cortina y Conill, 4.ª ed., Madrid, Tecnos, 2012, p. XXIX).

²¹ KANT, I., *Crítica de la razón práctica*, trad. Miñana y García Morente, 2.ª ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1981, p. 223. En esta y en las sucesivas citas de Kant, las cursivas son del propio autor.

²² KANT, *Fund. Met. Cost.*, cit., p. 32.

²³ *Ib.*, p. 27.

²⁴ *Ib.*, p. 38.

en ley universal»²⁵. Como se ve, esta ley es una fórmula vacía, pues viene a decir que la ley que rige la voluntad del individuo es la propia voluntad del individuo que quiere que esa ley rija a todos los individuos. Esta que hemos citado es la fórmula en negativo del *imperativo categórico*, que Kant expresa luego de otras tres maneras diferentes. La fórmula en positivo dice así: «Obra solo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal»²⁶. Este imperativo, la ley moral, cumple los mismos requisitos que las verdades científicas: es una proposición *sintética a priori*, aplicada al campo de la praxis. 1.º) Es *a priori*, porque nace de la pura razón previa a toda experiencia y, concretamente, se basa en la idea trascendental de libertad, a la que presupone. Así pues, la idea de libertad es la condición de posibilidad *a priori* de la ley del imperativo categórico. Si no se presupone la libertad, no puede existir ni formularse el imperativo categórico, ya que para que alguien *deba* hacer algo, tiene que darse la condición de que ese alguien tenga *libertad* para hacer o no hacer ese algo. 2.º) Es *sintética*, porque en ella caben todos los casos particulares de la experiencia relativos a la acción humana: por ejemplo, si debo salvar una vida, si debo cumplir una promesa, si debo decir la verdad, etc. El problema, a mi juicio, es que esos casos particulares aún no están dados en la experiencia, pues son solo supuestos teóricos *posibles*, acciones *futuras* posibles, mientras que los juicios sintéticos de la ciencia describen hechos reales y *necesarios* que ya han ocurrido y que hemos conocido a través de la experiencia. Por eso, las leyes naturales siempre se cumplen, las leyes morales no necesariamente.

Las tres concreciones del imperativo categórico se refieren a: 1) La primera, al orden natural: obra como si tu acción debiera ser ley de la naturaleza. 2) La segunda, a la humanidad: usa a las personas como fines y nunca como medios. 3) La tercera, a la voluntad legisladora o a la autonomía de la voluntad: todas las leyes de la voluntad «deben concordar con el reino posible de los fines», con la teleología de la naturaleza²⁷. Este concepto de la autonomía de la voluntad en el que se basa la ley moral solo puede explicarse a partir del concepto de *libertad*, que es una idea pura de la razón y que, por tanto, es incognoscible por estar fuera de toda experiencia. En la naturaleza todos los fenómenos están regidos por la ley de la causalidad: ningún hecho ocurre sin causa. La libertad niega esta causalidad, pues afirma que hay individuos que son en sí mismos causa de su acción²⁸. Pero esto no se puede probar por

²⁵ *Ib.*, p. 41. «Ich soll niemals anders verfahren als so, *dass ich auch wollen könne, meine Maxime solle ein allgemeines Gesetz werden*» [Kants Werke. Akademie-Textausgabe. Band IV. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (Berlin 103/11). Walter de Gruyter, Berlin, 1968, p. 402].

²⁶ *Ib.*, p. 72.

²⁷ *Ib.*, p. 95. Las fórmulas 1.ª y 2.ª del imperativo categórico están en las pp. 73 y 84.

²⁸ En sentido *cosmológico* especulativo Kant define la libertad como «la capacidad de iniciar por sí mismo un estado». «En su sentido *práctico*, la libertad es la

medio de la experiencia. Solamente si demostramos que hay una razón pura práctica en cada sujeto, que le dicta una ley moral y un deber autoimpuesto por su propia razón y dirigido a su voluntad, entonces la libertad existe, ya que aquella razón práctica convierte al sujeto en una voluntad libre, en causa de su propia acción.

Por eso, Kant distingue, y esto nos lleva a las puertas de su teoría moral, entre la voluntad (*Wille*) y el arbitrio (*Willkür*). La acción humana nace de la facultad de desear, que es la facultad del hombre «de ser, por medio de sus representaciones, causa de los objetos de estas representaciones»²⁹. Si esta facultad es consciente de producir su objeto, se llama *arbitrio*. Y si, además, el fundamento de esta facultad está en la razón del individuo, se llama *voluntad*. Si el arbitrio no depende de los impulsos sensibles (animales), es un arbitrio libre. Esta es la libertad negativa. Si el arbitrio se rige por la razón pura práctica legisladora y sus principios *a priori*, entonces la libertad del arbitrio o de la voluntad es una libertad positiva. Tanto la libertad negativa como la positiva producen leyes morales. «Estas leyes de la libertad –añade Kant–, a diferencia de las leyes de la naturaleza, se llaman *morales*»³⁰. Y a partir de este fundamento, Kant separa las leyes morales (*moralisch*) en dos clases: las leyes jurídicas (*juridisch*), que se refieren a las acciones externas o de un sujeto en relación con otros y solo exigen que la acción sea conforme a la ley (legalidad), y las leyes éticas (*ethisch*), que pueden referirse a acciones internas o externas, pero exigen que el fundamento que mueve a la acción sea la propia ley y solo el respeto a la ley (moralidad). Por consiguiente, las leyes morales, tanto del derecho como de la moralidad, son totalmente *a priori* y necesarias para dirigir la acción humana³¹. Y lo son, porque tienen un fundamento común, que es el imperativo categórico moral, formulado enteramente *a priori* y basado en la idea de libertad, que es trascendental. De manera genérica, el derecho se rige por una legislación exterior y la moralidad estricta se rige por una legislación interior. Aquí se separan ambos ámbitos de la razón práctica, moralidad y derecho, quedando este último unido al campo de la política o del poder del Estado.

independencia de la voluntad respecto de la imposición de los impulsos de la sensibilidad» [Kant, *Crít. razón pura*, cit., pp. 463-464 (B 561-562)].

²⁹ KANT, *Met. Cost.*, cit., p. 13 (211). En adelante se cita esta obra poniendo primero el número de página de la traducción española y, entre paréntesis, el número de página de la edición de la Academia de Berlín, como hacen los propios traductores. A veces se indica también el párrafo.

³⁰ *Ib.*, p. 17 (214). «Diese Gesetze der Freiheit heissen zum Unterschiede von Naturgesetzen moralisch» (*Kants Werke. Akademie-Textausgabe*. Band IV. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. [Berlin 103/11]. Walter de Gruyter, Berlin, 1968, p. 15)

³¹ *Ib.*, pp. 17-19 (214-215).

3. TEORÍA DEL ESTADO

3.1 Principios básicos

La filosofía del Estado de Kant está incluida en su doctrina del derecho (*Rechtslehre*), que constituye la primera parte de su *Metafísica de las costumbres*. En algún sentido, esta doctrina es un precedente de la de Hegel, cuya *Filosofía del derecho* tiene tres partes: derecho abstracto, moralidad y eticidad (Estado). Pero en Hegel la tercera parte, el Estado, domina sobre las dos anteriores, a causa de su método dialéctico, mientras que en Kant, por su método analítico, el Estado es solo una continuación o complemento del derecho. Por eso Kant estudia el Estado como una parte de la doctrina del derecho, como «derecho político» (*Staatsrecht*).

Ahora bien, Kant es el único autor que construye una teoría del Estado enteramente *a priori* y la pregunta que nos hacemos es cómo es posible hablar de hechos sociales que tienen tanta carga empírica, como los fenómenos jurídicos y políticos, de una manera enteramente apriorística, sin contar con la experiencia. La respuesta es que Kant parte de conceptos puros e ideas trascendentales, como el yo, el alma, la libertad, postulando su existencia, y después las combina con conceptos abstractos, de origen empírico, como la voluntad, la ley, lo exterior, lo mío y lo tuyo, la propiedad, las relaciones entre individuos, etc. De esta forma, a partir de ideas trascendentales apriorísticas, cuya existencia no se puede probar, y añadiendo contenidos conceptuales extraídos de la experiencia de hechos reales, crea una estructura legal abstracta en la que pueden encuadrarse las acciones humanas que han de ocurrir en el futuro en el mundo fenoménico. Por eso, los principios de su teoría jurídico-política son proposiciones formadas por conceptos apriorísticos, puramente formales, que después pueden ser llenados de contenido con las acciones y relaciones humanas existentes.

La doctrina del derecho –afirma en primer lugar– es «el conjunto de leyes para las que es posible una legislación exterior»³². O sea, dicha doctrina (*Lehre*) no es un conjunto de proposiciones científicas, descriptivas, sino una serie de preceptos o enunciados prescriptivos; es una doctrina normativa. Cuando esa legislación exterior es real, existente, entonces esa doctrina se transforma en una doctrina del derecho positivo. En segundo lugar, el derecho lo define como aquel «conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad»³³. En tercer lugar, el principio universal del derecho establece: «Una acción es conforme a derecho cuando permite (...) a la libertad del

³² *Ib.*, p. 37 (229).

³³ *Ib.*, p. 39 (230).

arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal»³⁴. De todo lo anterior se deduce que el derecho ha de estar siempre necesariamente acompañado por la facultad de coaccionar. Y ya formulado con más precisión, el derecho estricto, es decir, aquel que no está mezclado con nada ético, puesto que se basa solo en causas externas para obligar a la voluntad (o determinar el arbitrio, en palabras de Kant), tiene que basarse en «la posibilidad de una coacción exterior, que puede existir con la libertad de cada uno según leyes universales»³⁵.

Estos son los principios básicos de la doctrina del derecho. Como vemos, el derecho es un conjunto de leyes, dirigidas a individuos libres en sus relaciones mutuas, que prescriben las acciones que estos pueden o no pueden realizar, en función de que dichas acciones no sean un obstáculo a la libertad de los demás. El derecho es una legislación universal que regula las acciones externas o relaciones entre los individuos con el único fin de garantizar la libertad de acción de todos y de cada uno en su mutua reciprocidad. Para que esta legislación determine efectivamente los arbitrios y acciones de los individuos, es decir, sea cumplida, tiene que haber una fuerza coactiva que impida las acciones que son contrarias a la ley y, por tanto, a las libertades individuales. Para que cada uno y todos actúen libremente, hay que impedir por la fuerza las acciones contrarias a la libertad de cualquier otro. Justamente las leyes del derecho establecen qué acciones están permitidas y cuáles no con el fin de preservar la libertad de todos. Después, esta secuencia lógica: a) acción libre de uno – b) acción de uno contra la libertad de otro – c) coacción jurídica contra la acción de uno que es contraria a la libertad de otro, se desarrolla en las dos grandes partes de la doctrina del derecho, que son el derecho privado y el derecho público.

Estas son las dos partes en que se divide la doctrina del derecho: 1) El derecho privado (*das Privatrecht*) o «conjunto de leyes que no precisan promulgación exterior»³⁶, ya que es una serie de preceptos formulados por la razón sobre principios enteramente *a priori* y formando un sistema; por eso lo llama también Kant derecho natural³⁷, porque no nace de la voluntad de ningún legislador. 2) El derecho público (*das öffentliche Recht*) o «conjunto de leyes que precisan promulgación pública»³⁸, debido a lo cual este se llama también derecho positivo, porque nace de la voluntad de un legislador³⁹. Según esta división, Kant considera que las leyes o preceptos jurídicos son primeramente concebidos *a priori* por la razón con el fin de regular la liber-

³⁴ *Ib.*

³⁵ *Ib.*, p. 41 (232).

³⁶ *Ib.*, p. 12 (210).

³⁷ *Ib.*, p. 48 (237).

³⁸ *Ib.*, p. 12 (210).

³⁹ *Ib.*, p. 48 (237).

tad de los individuos que viven en sociedad y alcanzar así la paz, que es el fin de todo derecho⁴⁰, en una línea similar a como Hobbes concebía las leyes de la naturaleza. Pero estos preceptos de la razón son meras propuestas o leyes morales que no garantizan la efectiva convivencia libre y pacífica entre los hombres; en realidad no son aún leyes jurídicas. Para que se conviertan en jurídicas (derecho), deben ser promulgadas por un legislador con autoridad política, es decir, legitimado y capaz para usar la coacción contra los incumplidores de las leyes, para lo cual se necesita antes la constitución del Estado. Y el Estado se constituye a partir de otro principio, que es el contrato originario de todos los miembros de la sociedad. Estos son los dos temas que habrán de tratarse precisamente en la segunda parte de la doctrina del derecho, el derecho público. Por consiguiente, las leyes del derecho privado o derecho natural regulan las acciones exteriores de los individuos, sus relaciones mutuas, regidas por la idea de libertad.

El derecho natural de la razón o derecho privado es el que rige en el estado de naturaleza, según Kant, pues en él los hombres, aunque vivan en sociedad, no tienen una autoridad política común que les obligue con leyes jurídicas. Lo contrario del estado de naturaleza es el estado civil, donde los hombres ya viven unidos en un Estado regidos por el derecho público. Por eso, a este derecho lo llama también Kant derecho civil, propio del estado civil y opuesto al derecho natural o privado, con lo cual Kant crea una pequeña confusión terminológica entre estos dos términos, que tienen un uso distinto en el ámbito de la ciencia jurídica.

3.2 Derecho privado o natural

El derecho privado regula las acciones libres exteriores de los hombres y estas tienen como fin la posesión de objetos exteriores. Por eso hay que partir del concepto de posesión: lo mío y lo tuyo exterior. El postulado jurídico de la razón práctica dice: «Es posible tener como mío cualquier objeto exterior de mi arbitrio», y ello tiene que ser «compatible con la libertad de cualquier otro según una ley universal»⁴¹. Lo que hace el derecho es crear las condiciones para que se realice este postulado. Lo mío exterior es aquello que yo puedo usar sin que nadie me lo impida. Pero para que esto sea posible y el postulado se realice, yo y los demás tenemos que estar «en un estado jurídico (*rechtlichen Zustände*), bajo un poder legislativo público, es decir, en el estado civil (*bürgerlichen Zustände*)»⁴². Esto significa que primero existe un concepto de lo que es mío y tuyo exterior y un pre-

⁴⁰ Para Kant el fin del derecho sería el mantenimiento de la paz y no la realización de la justicia (cfr. GONZÁLEZ VICÉN, *op. cit.*, p. 56).

⁴¹ KANT, *Met. Cost.*, cit., pp. 56-57 (246).

⁴² *Ib.*, p. 69 (255).

cepto de derecho natural que lo establece para cualquier individuo, pero mientras los hombres se encuentren en un estado de naturaleza la posesión que se atribuyen es jurídica, sí, porque lo postula el derecho natural o privado, pero es una posesión solo provisional. Para que esta posesión jurídica de algo exterior se convierta en perentoria y efectiva es preciso que los hombres entren en el estado civil y que el precepto correspondiente se convierta en una ley de derecho público. En el estado de naturaleza hay mío y tuyo exterior provisionalmente, pero solo en el estado civil esta posesión es permanente y está garantizada.

Las mismas ideas se repiten cuando Kant trata, no ya de la posesión, sino de la adquisición de algo. En el estado de naturaleza no se puede adquirir nada exterior de manera permanente; todo lo que se adquiere jurídicamente es provisional, hasta que se entra bajo una constitución civil, en la cual ya es posible adquirir cosas de manera perentoria. Kant desarrolla aquí los diversos tipos de objetos de adquisición (cosas, prestaciones) y los modos de adquirir (derechos reales, personales y personal-reales).

Finalmente, a raíz de sus reflexiones sobre la administración de justicia, describe el tránsito desde el estado de naturaleza al estado civil. El estado de naturaleza o de derecho privado se caracteriza por la ausencia de justicia distributiva, o sea, no hay un tribunal que imparta justicia, porque no hay leyes públicas. Es un estado no-jurídico, porque no está garantizado el derecho de cada uno. En él puede haber sociedades legítimas, como la conyugal o la familiar, pero no hay una ley *a priori* que obligue a entrar en ese estado de sociedad. En cambio, el estado civil, regido por leyes de derecho público, garantiza los derechos de todos, y además hay una obligación moral derivada de una ley *a priori* que ordena abandonar el estado de naturaleza y entrar en el estado civil. Así pues, del derecho privado, natural y racional que rige en el estado de naturaleza surge el postulado del derecho público, que dice así: «En una situación de coexistencia inevitable con todos los demás, debes pasar de aquel estado a un estado jurídico, es decir, a un estado de justicia distributiva»⁴³. O sea, si los hombres no tienen más remedio que vivir en una sociedad, relacionándose unos con otros, la ley moral de la libertad les obliga racionalmente a entrar en un estado jurídico, donde el arbitrio de todos y de cada uno sea compatible con el de los demás. Hay, pues, una obligación moral de ser libres y la única forma de serlo en una situación de relaciones intersubjetivas es vivir bajo leyes jurídicas, entrar como súbditos bajo el mando de un soberano político.

⁴³ *Ib.*, p. 137 (307), §42.

3.3 Derecho público y Estado: el derecho político

Aquí comienza realmente la teoría del Estado de Kant. A partir de principios *a priori* se va realizando la deducción trascendental. De la ley moral del imperativo categórico se deduce, en el ámbito del derecho, el postulado jurídico de la razón práctica, que establece cómo poseer lo exterior según leyes universales. De este postulado nace el derecho privado, que fija las reglas de la posesión y adquisición de los objetos exteriores. Y del derecho privado se deduce el derecho público, ya que la posesión jurídica privada solo es posible efectivamente en un estado jurídico, que es aquel que está regido por leyes públicas promulgadas. El derecho privado o natural exige que exista el derecho público o positivo; por lo tanto, el derecho privado es condición de posibilidad del derecho público y el derecho público es la condición de realización del derecho privado. Por eso se puede decir que en Kant el Estado, o la organización del poder político en un territorio dado, es solo un elemento complementario del derecho, aunque totalmente necesario para él, lo mismo que el derecho es un elemento necesario que deriva de la ley moral emanada de la razón práctica y la complementa.

Los conceptos políticos se crean a partir de esta deducción. El derecho público son las «leyes que precisan ser universalmente promulgadas para producir un estado jurídico»; se llama público porque las leyes van destinadas a un pueblo o pueblos que tienen una relación mutua y necesitan vivir bajo una voluntad común, mediante una constitución que les permita vivir en un estado jurídico. Los individuos que se hallan en esta relación están en un estado civil. El conjunto de los individuos que están relacionados de esta forma componen un Estado (*Staat, civitas*), una comunidad o una república en sentido amplio (*gemeine Wesen, res publica*). En relación con otros pueblos son una potencia; y si se mira la unión de todos como algo heredado, también se llaman una nación⁴⁴.

Kant define el Estado como «la unión de un conjunto de hombres bajo leyes jurídicas»⁴⁵. Este concepto surge *a priori* de la idea racional del derecho, pues este, para ser efectivo, necesita de la existencia de un estado jurídico, en el cual los preceptos racionales del derecho adopten la forma de leyes públicas puestas por la voluntad de un legislador, que como tales van acompañadas de la necesaria coacción legal que ejerce un Estado, ya que este tiene el poder tanto de establecer dichas leyes como de aplicarlas y ejecutarlas. De esta manera, el derecho, que formula los preceptos jurídicos según la razón práctica, es la condición *a priori* del Estado, porque para que aquellos preceptos sean efectivamente jurídicos deben ir acompañados de la coacción legal. Digamos que el derecho pone las normas y el estado pone la

⁴⁴ *Ib.*, p. 140 (311), §43.

⁴⁵ *Ib.*, p. 142 (313) §45: «Ein Staat (*civitas*) ist die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen».

coacción y todo ello de manera enteramente apriorística, si se quiere que los hombres vivan en sociedad libre y pacíficamente manteniendo sus respectivas posesiones y relaciones. Por eso el Estado es también una idea *a priori* necesaria, pues previamente a toda experiencia no se puede concebir un derecho (normas jurídicas) sin Estado (coacción), ni un Estado (fuerza coactiva) sin normas de derecho. Kant es, pues, el primer teórico que propone y formula la idea del Estado de derecho, donde ambos conceptos están *a priori* y necesariamente entrelazados⁴⁶. No puede haber Estado sin derecho ni derecho sin Estado. De hecho, el Estado tiene como único fin asegurar el derecho; dicta leyes y establece una constitución civil «solo como medio para asegurar el estado jurídico, sobre todo frente a enemigos exteriores del pueblo»⁴⁷. Kant culmina así la construcción de una teoría jurídica del Estado, que es a la vez una teoría pura y normativa, lejos del realismo político y de las teorías sociológicas⁴⁸.

El principio que rige la creación del estado jurídico es la necesidad de salir del estado de naturaleza, que es una obligación moral de los individuos, a fin de evitar el estado de guerra en su vida social⁴⁹. Ahora bien, el estado jurídico resultante de esta acción de los individuos es concebido por Kant de manera diferente a como lo entienden otros pensadores modernos. La primera diferencia gira en torno al contrato social, a partir del cual se origina el Estado. Para Kant, a diferencia de lo que opinan la mayoría de ellos, el *contrato originario* sobre el cual se funda un Estado es una *deber* y una *idea*; no es un acto de libertad o de necesidad.

En primer lugar, el contrato originario es un «deber primordial e incondicionado» para todos aquellos individuos que vivan en una sociedad civil, ya que estos tienen la obligación de abandonar el estado natural y entrar en un estado jurídico. El contrato no es un acto arbitrario, basado en el deseo de vivir mejor, sino un acto de la voluntad libre de los individuos basado en el deber de coordinar las libertades de todos en la vida social, limitándola según leyes universales: leyes externas de derecho público acompañadas de coacción⁵⁰. Los

⁴⁶ «Por tanto, no es un *factum* el que hace necesaria la coacción legal pública, sino que (...) se encuentra ya *a priori* en la idea racional de semejante estado» (*ib.*, p. 140 (312), §44). Con esta tesis se confirma lo que Kant afirmaba al principio de esta obra, en la Introducción a la doctrina del derecho: «Al derecho está unida a la vez la facultad de coaccionar a quien lo viola, según el principio de contradicción» (*ib.*, pp. 40-41 (231)).

⁴⁷ KANT, I., *Teoría y práctica*, trad. Aramayo y Pérez López, Madrid, Tecnos, 1986, p. 39. Kant utiliza en este texto y habitualmente la expresión «*rechtlichen Zustand*», estado jurídico, y no la palabra alemana «*Rechtsstaat*», que es la que se usará más tarde para designar con propiedad el Estado de derecho.

⁴⁸ En esta línea de pensamiento se encuentran algunos autores, no muchos, y entre ellos Cicerón, que ya definió el Estado de manera muy parecida, y en la modernidad Juan Bodino. Curiosamente ambos eran juristas, a diferencia de Kant; por eso, Kant va más allá y pone la fundamentación filosófica de cualquier teoría jurídica del Estado.

⁴⁹ KANT, *Met. Cost.*, cit., p. 141 (312), §44.

⁵⁰ KANT, *Teoría y práctica*, cit., pp. 25-26.

principios que rigen este estado jurídico, según el contrato originario, son tres: la libertad como hombres, la igualdad como súbditos y la independencia como ciudadanos. Estos principios regirán la configuración concreta de cada Estado.

En segundo lugar, el contrato originario es «una *mera idea* de la razón», pero que tiene la utilidad práctica de «obligar a todo legislador a que dicte sus leyes como si éstas *podieran* haber emanado de la voluntad unida de todo un pueblo»⁵¹. Es evidente, y así lo sostienen muchos autores, como Locke y Rousseau, que no es posible probar que los Estados se hayan originado de hecho históricamente a partir de un pacto social, pero aun así, ellos lo consideraban una hipótesis racional, basada en hechos empíricos o en ficciones imaginativas. Kant, coherente con sus principios, considera que el contrato originario no se basa en ningún hecho histórico, sino que es una idea totalmente *a priori*, derivada del imperativo moral que obliga a los hombres a salir del estado de naturaleza. Este contrato así concebido es una «coalición de cada voluntad particular y privada, dentro de un pueblo, para constituir una voluntad comunitaria y pública (con el fin de establecer una legislación meramente jurídica)» y es «el único sobre el que se puede fundar entre los hombres una constitución civil, jurídica para todos sin excepción»⁵².

Tenemos, pues, a los individuos en sociedad que, cumpliendo el deber de formar un Estado y someterse a él por la idea de un contrato originario, constituyen una comunidad, que es la voluntad unida del pueblo. El Estado constituido tiene tres poderes que detentan tres personas: el poder soberano reside en la persona del legislador; el poder ejecutivo lo tiene el gobernante y el poder judicial lo tiene el juez⁵³. Kant no identifica totalmente pueblo y Estado, como hace Rousseau, pues el pueblo contiene en sí dos realidades distintas: por un lado, el pueblo son los individuos constituidos por contrato en una voluntad unida universal, que es soberana y legisladora, pero por otro lado el pueblo son los súbditos que deben someterse al poder público. Este poder reside en el Estado, que es el que ejerce el mando. El Estado recibe su poder de la voluntad unida del pueblo y este poder se plasma en tres personas que ostentan los tres poderes: soberano legislativo, gobierno ejecutivo y poder judicial. Hay un soberano universal, que es «el pueblo unido mismo», del que nacen los poderes del Estado, y «un conjunto de individuos del pueblo como *súbdito*»: ambos están en la relación del que manda (*imperans*) con el que obedece (*subditus*)⁵⁴.

⁵¹ *Ib.*, p. 37; *id.*, *Kants Werke. Akademie-Textausgabe*, Band VIII, *Abhandlungen nach 1781* (Berlin 1912/23), Berlin, Walter de Gruyter, p. 297.

⁵² *Ib.* p. 36 (297). He cambiado levemente la traducción, poniendo «jurídica» (*rechtliche*) donde el traductor dice «legítima», pues pienso que no es este el significado del término que Kant utiliza.

⁵³ KANT, *Met. Cost.*, cit., p. 142 (313), §45.

⁵⁴ *Ib.*, p. 145 (315), §47.

Por eso el poder legislativo es el primero y corresponde a la voluntad unida del pueblo. De este poder nace todo el derecho a través de las leyes. Los miembros del Estado como poder legislativo son los ciudadanos, pero estos deben poseer tres atributos esenciales: la libertad, la igualdad y la independencia civil. Esta última es determinante para ser ciudadano activo o tener personalidad civil. La independencia civil consiste en no depender de otro para la propia conservación, es decir, hay que tener alguna propiedad que te permita ser independiente: esto es lo que otorga plenos derechos para ser miembro de la comunidad o del Estado. Los que no tienen esa independencia, como los sirvientes, dependientes de un patrón, los menores y las mujeres, no son ciudadanos activos, sino pasivos; su ciudadanía es adjetiva, pues dependen de otros y por ello no tienen derecho de voto ni forman parte del poder legislativo⁵⁵. Por tanto, el pueblo activo, los ciudadanos, son una parte muy pequeña de la población, como sostenían la mayoría de autores de la época.

Así pues, el pueblo como voluntad unida universal, es el soberano y el legislador. En segundo lugar, el poder ejecutivo lo detenta el gobernante, que es el rey, el príncipe o equivalente, que colectivamente forma un gobierno; tiene que ser distinto del legislador y puede hacer decretos, pero no leyes; está sometido al soberano. El tercer poder, el judicial, es nombrado y depuesto por el soberano, pero este no puede ejercer esa función. El Estado se mantiene autónomo y sano gracias a esta división y separación de poderes y a la preeminencia absoluta de la ley: «*Salus reipublicae suprema lex est*». Por ello el fin del Estado no es lograr la felicidad ni el bienestar de los ciudadanos, sino el mantenimiento de la libertad y la paz. O, de manera puramente lógica, su objetivo es lograr «un estado de máxima concordancia entre la constitución y los principios jurídicos, estado al que la razón nos obliga a aspirar *a través de un imperativo categórico*»⁵⁶. Así pues, el Estado es la conclusión lógica de los imperativos moral y jurídico.

3.4 Formas de Estado y de gobierno

El pueblo se constituye como Estado por el contrato originario, que es el acto «según el cual todos (*omnes et singuli*) en el pueblo renuncian a su libertad exterior, para recobrarla en seguida como miembros de una comunidad, es decir, como miembros del pueblo considerado como Estado (*universi*)». En el Estado el hombre «abandona la libertad salvaje y sin ley, para encontrar de nuevo su libertad

⁵⁵ *Ib.*, pp. 143-144 (314): «Solo la capacidad de votar cualifica al ciudadano; pero tal capacidad presupone la independencia del que, en el pueblo, no quiere ser únicamente parte de la comunidad, sino también miembro de ella». Cfr. también KANT, *Teoría y práctica*, cit., pp. 27-36.

⁵⁶ *Ib.*, p. 149 (318).

en general, íntegra, en la dependencia legal, es decir, en un estado jurídico; porque esta dependencia brota de su propia voluntad legisladora»⁵⁷. Tanto el Estado como el pueblo son ideas de la razón; el soberano, que representa al pueblo entero, es otra idea, «un producto mental», dice Kant. Por eso hace falta una persona física que ostente y ejerza en el mundo real la soberanía, el poder supremo y todos los poderes del Estado, a fin de poder realizar efectivamente la voluntad unida del pueblo⁵⁸. De cómo y cuántas sean estas personas físicas que ostentan el poder supremo y total del soberano nacen las diversas formas de Estado. Si uno manda sobre todos, es una autocracia (no una monarquía); si algunos, unidos e iguales entre sí, mandan sobre los demás, es una aristocracia; si todos mandan sobre cada uno y sobre sí mismos, es una democracia. La democracia es la forma más compleja, dice Kant, porque en ella hay que formar tres tipos de voluntades unificadas: la del pueblo, la de la comunidad de ciudadanos (o sea, los que tienen derecho a votar y legislar) y la del soberano, que es la que manda. Hablando de las formas de gobierno, considera que la democracia siempre es una forma de gobierno despótica. En cuanto a la autocracia, Kant la considera peligrosa para la creación del derecho, pues tiende a legislar con tendencia al despotismo⁵⁹.

Las formas del Estado hacen referencia al número de personas que detentan el poder supremo. Pero dice Kant que estas formas son «solo la *lettra* (*littera*) de la legislación originaria del estado civil», es decir, las diversas maneras como se origina un Estado, o la forma que adquiere el primer contrato originario en una comunidad político-jurídica. Pero el *espíritu* del contrato originario implica que la realidad del Estado, su forma real, se acerque poco a poco a la forma ideal del Estado, «hasta que concuerde, *en cuanto a su efecto*, con la única constitución legítima, es decir, la de una república pura»⁶⁰. Kant entiende por república pura aquella cuyo único principio es la libertad y que solo atendiendo a ello puede ejercer la coacción legítima sobre los súbditos. Esa forma de Estado es «la única constitución política estable, en la que la ley ordena por sí misma y no depende de ninguna persona particular»⁶¹. En ella se cumple el fin del derecho público, que es crear un estado jurídico en el que cada uno posea lo suyo de

⁵⁷ *Ib.*, pp. 145-146 (315-316), §47, para ambas citas.

⁵⁸ Leyendo el texto alemán del párrafo 51 hay oscuridades, pues a veces Kant dice que el Jefe del Estado es el soberano y otras dice que lo representa; una vez dice que el soberano tiene el poder supremo y otra vez dice que tiene todos los poderes; por ejemplo, cuando dice que el monarca tiene el poder supremo y que no es el soberano, solo lo representa, mientras que el autócrata sí es soberano, porque tiene todos los poderes [*ib.*, p. 176 (338), §51]; KANT, I., *Metaphysik der Sitten*, Hrsgb. K. Vorländer (1922), Hamburg, Felix Meiner, 1954, p. 167.

⁵⁹ *Ib.*, pp. 176-177 (338-339). Cfr. también KANT, I., *La paz perpetua*, trad. J. Abellán, Madrid, Tecnos, 1985, p. 18.

⁶⁰ *Ib.*, pp. 178-179 (340), §52, para las dos citas.

⁶¹ *Ib.*, p. 179 (341).

manera perentoria. En resumen, la forma de Estado republicana es aquella donde la ley reina sobre las personas: una legislación nacida de la voluntad unida del pueblo soberano, una ley de todos y que obliga a todos jurídicamente. En esta idea Kant confirma la idea rousseauiana de la autonomía moral llevada al plano jurídico y político. Por otro lado, coincide con la tesis de Montesquieu de que la libertad política es el objetivo del Estado y que esto se consigue bajo un régimen republicano.

Kant profundiza en su idea de la constitución republicana como única forma legítima de Estado en su escrito sobre *La paz perpetua*. Allí distingue las formas del Estado según el número de personas que poseen el poder supremo, es decir, según la forma que adopta la soberanía (autocrática, aristocrática, democrática), por un lado, y por otro, según el modo de gobernar o la forma como el Estado usa su poder. A esto último lo llama las formas de gobierno, aunque en realidad cada una de ellas da lugar a una forma de Estado distinta en el mundo *real*. El modo como un Estado usa su poder, es decir, su forma de gobierno, depende de la constitución política y esta solo puede tener dos formas: o republicana o despótica. Lo que caracteriza a la constitución republicana frente a la despótica son dos principios que aquella tiene y esta no: la separación de poderes y la idea de representación⁶².

El republicanismo se basa en el principio de separación de los poderes legislativo y ejecutivo, mientras que el despotismo los une y ejerce en una misma persona. Por ejemplo, en el caso de la forma de Estado democrática, donde todo el poder lo ejercen todos en conjunto sobre cada individuo en particular, se viola dicho principio y se atenta contra la libertad, ya que todos deciden contra uno sin su consentimiento⁶³. Esto nos lleva al segundo principio que caracteriza al régimen republicano: la representatividad. Este principio se relaciona con el anterior, pues deben ser distintas las personas que ejercen el poder legislativo y el poder ejecutivo: «el legislador no puede ser al mismo tiempo el ejecutor de su voluntad en una y la misma persona»⁶⁴. Por otro lado, el pueblo tiene el poder de legislar a través de sus representantes, ya que estos representan la voluntad unida de todos. Esta voluntad es una idea y por lo tanto solo puede ser llevada a la realidad por medio de personas físicas. El pueblo soberano no puede legislar por sí mismo, primero porque es una idea y segundo, porque el pueblo no equivale a la suma de los individuos que lo componen. La voluntad unida tiene que ser representada por personas físicas que hagan las leyes en nombre del pueblo: estas personas son los representantes que el pueblo, entendido como el conjunto de los ciudadanos, elige para delegar en ellos la tarea de llevar a efecto su voluntad. La voluntad

⁶² ABELLÁN J., «Sobre el concepto de república», en Kant, *La paz perpetua*, cit., p. XXVII.

⁶³ KANT, *La paz perpetua*, cit., p. 18.

⁶⁴ *Ib.*, p. 19.

unida del pueblo solo se puede hacer efectiva a través de sus representantes en gobiernos reales. De ahí que las dos formas de gobierno, republicano y despótico, sean en definitiva las dos únicas formas posibles de Estado y de gobierno en la realidad. Las tres formas de Estado descritas inicialmente lo son respecto a la figura del soberano, pero no respecto a la forma como este ejerce su poder. Por eso dice Kant que no es lo mismo democracia que república y que el gobierno democrático es siempre despótico, o sea, que un Estado con soberanía democrática sería siempre contrario a un Estado con gobierno republicano. Por tanto, más allá de la ambigüedad de los textos kantianos (en especial su concepto de soberanía), el Estado que más se aproximaría a la idea del contrato originario sería una aristocracia republicana, donde hay representación y división de poderes. En resumen, dice Kant: «Toda verdadera república es –y no puede ser más que– un *sistema representativo* del pueblo, que pretende en nombre del pueblo y mediante la unión de todos los ciudadanos, cuidar de sus derechos a través de sus delegados (diputados)»⁶⁵.

Con estas consideraciones Kant culmina el desarrollo del imperativo categórico en su teoría política. Este imperativo se refiere a la función del soberano que ejerce el poder real en nombre del soberano ideal que es el pueblo. El poder supremo del Estado lo ejerce el poder legislativo, que corresponde al pueblo, pero que este ejerce a través de sus representantes. Pues bien, el legislador real no puede decidir nunca lo que la voluntad unida del pueblo no podría decidir contra el pueblo mismo. Este principio es la esencia misma del contrato originario, considerado por muchos como la cuarta formulación del imperativo categórico y que Kant expresa con estas palabras: «Lo que no puede decidir el pueblo (la totalidad de los súbditos) sobre sí mismo y sus componentes, tampoco puede el soberano decidirlo sobre el pueblo»⁶⁶.

3.5 El derecho de gentes y el derecho cosmopolita

Kant divide el derecho público (segunda parte de la Doctrina del Derecho) en tres partes: la primera, que hemos expuesto en los epígrafes anteriores, es el derecho político o derecho del Estado (*Staatsrecht*), la segunda es el derecho de gentes o derecho de los Estados (*Völkerrecht*, *Staatenrecht*) y la tercera es el derecho cosmopolita (*Weltbürgerrecht*).

El *derecho de gentes* trata de las relaciones mutuas entre diversos pueblos o Estados. Kant viene a distinguir entre un *pueblo* como la suma de todos los individuos procedentes aparentemente de un tronco común paterno, y una *nación* (*natio*, *gens*) como la suma de aquellos

⁶⁵ KANT, *Met. Cost.*, cit., p. 179 (341).

⁶⁶ *Ib.*, p. 163 (329). Cfr. la opinión de A. Cortina, que cita a Philonenko (*ib.*, pp. LXIII-LXIV).

que tienen una madre común, la república, es decir, que han abandonado el estado natural y están ya en un estado jurídico político. Estos últimos son los Estados, cuyas relaciones jurídicas se basan en los siguientes elementos: 1) Mientras los individuos de un Estado están entre sí en un estado jurídico, los Estados entre sí se encuentran en un estado de naturaleza, como ya habían observado los tratadistas anteriores. 2) Por ello, los Estados se encuentran mutuamente en un estado de guerra, aunque esta guerra es potencial y no está siempre activa. 3) Siguiendo el imperativo moral y la idea del contrato originario, se debe superar ese estado natural entre Estados a través de la firma de un pacto entre naciones de no intromisión en los asuntos internos y de derecho a la autodefensa. 4) Este pacto debe llevar a una confederación en forma de sociedad cooperativa, pero sin un poder soberano común, pues ello generaría el surgimiento de un nuevo Estado entre todos.

Del segundo elemento surge la cuestión de cuándo un Estado, que tiene derecho a la guerra de autodefensa, puede legítimamente llevar a sus ciudadanos a una guerra contra otro Estado. La guía, como siempre, es el imperativo categórico, que ordena tratar a las personas siempre como un fin y nunca como un medio. Por eso el hombre, como ciudadano del Estado y miembro colegislador, «ha de dar su libre aprobación por medio de sus representantes, no solo a la guerra en general, sino también a cada declaración de guerra en particular»⁶⁷. Este es un deber del soberano, el contar con el voto del pueblo o el de actuar como si este le hubiera dado el voto para hacer la guerra. Por otro lado, la guerra debe hacerse según el derecho derivado del pacto entre naciones. En ese sentido, Kant argumenta que las guerras nunca pueden ser punitivas, pues no hay relaciones de superior y súbdito entre los contendientes, ni tampoco pueden ser guerras de exterminio o sometimiento, ya que ello va contra el derecho legítimo a existir de todo Estado. Es obvio que no hay derecho tampoco a colonizar un territorio, si no es por contrato, y que no hay derecho a hacer esclavos a los vencidos.

Mientras no se realice el pacto entre naciones y exista un estado jurídico entre ellas, todo lo que cada Estado adquiriera a través de la guerra, al no ser esta legal, es provisional. Pero cuando se firma el pacto entre Estados, este conduce a la posesión perentoria de todo lo adquirido en guerras legales y además se consolida un «verdadero estado de paz», dice Kant⁶⁸. La conclusión de un pacto entre varios Estados lleva a una especie de asociación entre ellos, que Kant propone denominar, quizás inspirado por la revolución americana, «Congreso permanente de los Estados», de lo cual ya hubo un precedente en su siglo con la reunión de diversos países europeos en La Haya para diseñar un acuerdo que llevase a una Europa federal, aunque esto al final quedase solo en un ejercicio teórico. Ahora bien, los pactos entre

⁶⁷ *Ib.*, p. 184 (345-346), §55.

⁶⁸ *Ib.*, p. 190 (350), §61.

naciones son siempre parciales, pues se establecen entre grupos de Estados. El resto de naciones siguen en guerra. Aquí se activa de nuevo el imperativo categórico político, que impone el deber de salir de ese estado de guerra a nivel planetario y acercarse a la idea de la paz perpetua entre todos los Estados⁶⁹. Este será precisamente el objeto del derecho cosmopolita.

El *derecho cosmopolita* se basa en otro principio jurídico procedente de la razón práctica: «la idea racional de una comunidad *pacífica* universal, aunque todavía no amistosa, formada por todos los pueblos de la tierra que pueden establecer relaciones efectivas entre sí»⁷⁰. Esta idea se funda en el hecho natural de que todos los seres humanos viven en un espacio común, la tierra, y tienen entre todos la posesión originaria común del suelo, pero no la posesión jurídica. De la misma manera que cada Estado asegura la posesión jurídica a sus ciudadanos, debe constituirse algún tipo de sociedad jurídica que asegure la posesión a todos los pueblos de la tierra. Pero como no se puede crear un solo Estado mundial, porque entonces desaparecerían los Estados particulares, lo que hay que crear es algún tipo de sociedad mundial, no para la posesión, sino para el intercambio de bienes, o sea, para el comercio. El derecho que rige esta sociedad, «en tanto que conduce a la posible unión de todos los pueblos con el propósito de establecer ciertas leyes universales para su posible comercio, puede llamarse el derecho *cosmopolita*»⁷¹. De esta forma, todos los individuos podrían recorrer el mundo con sus derechos de posesión correspondientes sin ser miembros de cada Estado, es decir, simplemente como extranjeros.

En el opúsculo sobre *La paz perpetua* (1795), aparecido dos años antes que la *Metafísica de las costumbres*, Kant había avanzado las cláusulas que debería contener un tratado de paz entre todas las naciones para llegar a realizar esa idea. Los artículos definitivos de este tratado son tres, que podemos considerarlos como un resumen de toda su teoría política: 1) Derecho político: La constitución de todos los Estados debe adoptar la forma republicana, es decir, debe estar basada en los principios de libertad de sus miembros como hombres, de dependencia de la ley común como súbditos y de igualdad ante la ley como ciudadanos. 2) Derecho de gentes: Este derecho ha de estar fundado en una federación de Estados libres, de modo que manteniendo cada uno su soberanía, mantengan un pacto para evitar la guerra y mantener una situación de paz entre ellos. La razón exige a los hombres que formen un Estado de pueblos, una república mundial, pero si

⁶⁹ Este es el tercer elemento que rige las relaciones jurídicas entre los Estados, como hemos visto anteriormente. Es como si el imperativo categórico político obligara dos veces a salir del estado de naturaleza, una como individuos para constituir el Estado y otra como Estados particulares para crear el derecho cosmopolita. Sobre este tema, véase LLANO ALONSO, F. H., *El humanismo cosmopolita de Immanuel Kant*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 73 ss.

⁷⁰ *Ib.*, p. 192 (352), §62.

⁷¹ *Ib.*

esto no es posible, el derecho de gentes exige al menos que haya una federación permanente que se extienda progresivamente a cada vez más pueblos de la tierra. 3) Derecho cosmopolita: este derecho se limita simplemente a establecer «las condiciones de la hospitalidad universal»⁷². Esto implica que se debe tratar a los extranjeros de manera no hostil cuando llegan al territorio de un Estado, es decir, se les debe permitir el derecho de visita. «La idea de un derecho cosmopolita –dice Kant– no es una representación fantástica ni extravagante del derecho, sino una complementación necesaria del código no escrito del derecho político y del derecho de gentes para los derechos públicos de la humanidad (*öffentlichen Menschenrechte*) en general y, por tanto, para la paz perpetua, a la cual solo nos podemos aproximar de manera continua a través de esta condición»⁷³.

4. CONCLUSIÓN

De esta manera se cierra en Kant el ciclo de su teoría del Estado. Como nos proponíamos al principio de este estudio, creemos haber demostrado que en Kant existe una teoría del Estado como parte de la doctrina del derecho y que esta es una teoría pura, pues se construye enteramente *a priori*, a partir de principios morales y jurídicos, cuyo fundamento está en las ideas de la razón, como la libertad trascendental, y su desarrollo en las diversas formulaciones del imperativo categórico: debes obrar según una máxima que deba ser ley universal; debes tomar a la humanidad en cada persona como un fin y nunca como un medio; debes salir del estado de naturaleza y constituir un estado jurídico; no debe haber guerra, ni entre hombres ni entre Estados; debemos actuar con vistas a la paz perpetua. Por lo tanto, todo el derecho y el Estado se basan en ideas *a priori* y en deberes incondicionados emanados de leyes de la razón pura práctica. En todo este largo proceso la teoría de la paz perpetua es solo y nada menos que el punto final, como afirma al final de la *Doctrina del derecho* el propio Kant: «Puede decirse que este establecimiento universal y duradero de la paz no constituye solo una parte, sino la totalidad del fin final de la doctrina del derecho [*den ganzen Endzweck der Rechtslehre*], dentro de los límites de la mera razón [*blossen Vernunft*]; porque el estado de paz es el único en el que están garantizados mediante *leyes* lo mío y lo tuyo, en un conjunto de hombres vecinos entre sí, por tanto, que están reunidos en una constitución»⁷⁴.

⁷² KANT, *La paz perpetua*, cit., p. 27.

⁷³ *Ib.*, p. 30. La traducción es mía del texto alemán: *Akademie-Textausgabe*, VIII, cit., p. 360.

⁷⁴ KANT, *Met. Cost.*, cit., pp. 195-196 (355); KANT, *Met. Der Sitten*, 1954, pp. 185-186.

La idea última de la doctrina del Estado y la que inspira todo su contenido, es «el ideal de una unión jurídica entre los hombres bajo leyes públicas en general»⁷⁵. Esta idea, como todo fin perfecto que es en sí irrealizable, conduce las acciones humanas hacia el bien político supremo, que es la paz perpetua, en un movimiento de aproximación infinita. La teoría jurídico-política plantea así una confluencia del obrar humano con la teleología de la naturaleza y, en último extremo, con los planes de la providencia divina, que lleva a los seres naturales por las leyes físicas y a los seres humanos por las leyes morales hacia el fin final del bien supremo, en el cual se incluye la felicidad humana. El desarrollo de estas ideas se encuentra en los escritos de Kant sobre filosofía de la historia, especialmente en su *Idea de una historia universal desde el punto de vista cosmopolita* (1784), que tiene estrecha conexión con su filosofía política⁷⁶.

BIBLIOGRAFÍA

- COLOMER MARTÍN-CALERO, J. L., «Immanuel Kant», en F. Vallespín (ed.), *Historia de la teoría política* (3), Madrid, Alianza, 1991.
- CORTINA, A., «Estudio preliminar» en KANT, I., *La Metafísica de las Costumbres*, trad. Cortina y Conill, 4.ª ed., Madrid, Tecnos, 2012.
- GONZÁLEZ VICÉN, F., *De Kant a Marx. Estudios de historia de las ideas*, Valencia, Fernando Torres, 1984.
- HEIDEGGER, M., *Kant y el problema de la metafísica*, 4.ª ed. alem., 2.ª ed. esp., trad. G. I. Roth y E. C. Frost, México, F. C. E., 1981.
- KANT, I., *Metaphysik der Sitten*, Hrsgb. K. Vorländer [1922], Hamburg, Felix Meiner, 1954.
- *Filosofía de la historia*, trad. E. Estiú, Buenos Aires, Editorial Nova, 1964.
- *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, trad. García Morente, 3.ª ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1967.
- *Crítica de la razón pura*, trad. P. Ribas, Madrid, Alfaguara, 1978.
- *Crítica de la razón práctica*, trad. Miñana y García Morente, 2.ª ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1981.
- *La paz perpetua*, trad. J. Abellán, Madrid, Tecnos, 1985.
- *Die Metaphysik der Sitten*. Hrsgb. H. Ebeling. Philipp Reclam, Stuttgart, 1990.
- «Kants Werke. Akademie-Textausgabe», Band VIII, *Abhandlugen nach 1781* [Berlin 1912/23]. Walter de Gruyter, Berlin, 1968.
- «Kants Werke. Akademie-Textausgabe», Band IV. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. [Berlin 103/11]. Walter de Gruyter, Berlin, 1968.
- *La Metafísica de las Costumbres*, trad. A. Cortina y J. Conill, 4.ª ed., Madrid, Tecnos, 2012.

⁷⁵ *Ib.*

⁷⁶ KANT, I., *Filosofía de la historia*, trad. E. Estiú, Buenos Aires, Editorial Nova, 1964, pp. 39-57. Dice E. Estiú sobre este escrito: «Trátase de un opúsculo particularmente luminoso para aclarar la justa interpretación de la filosofía política de Kant, cuyos temas no pueden separarse de la filosofía kantiana de la historia» (p. 37).

- KANT, I., *Teoría y práctica*, trad. Aramayo y Pérez López, Madrid, Tecnos, 1986.
- LACORTE, C., *Kant. Ancora un episodio dell'alleanza di religione e filosofia*, Urbino, Argalia ed., 1962.
- LLANO ALONSO, F. H., *El humanismo cosmopolita de Immanuel Kant*, Dykinson, Madrid, 2002.
- LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., «La fundamentación kantiana de la moral», *Anales de Filosofía*, IV, 1986.
- «Reflexiones sobre la metafísica de Kant», *Anales de Filosofía*, III, 1985, pp. 81-97.
- PISIER, É, DUHAMEL, O., y CHÂTELET, F., *Historia del pensamiento político*, trad. P. J. Aguado, Madrid, Tecnos, 2006.
- TOUCHARD, J., *Historia de las ideas políticas*, trad. J. Pradera, 5.ª ed., Madrid, Tecnos, 1985.
- VERNEAUX, R., *Le vocabulaire de Kant. Doctrines et méthodes*, Aubier-Montaigne, Vienne, 1967.
- *Immanuel Kant: Crítica de la razón pura*. EMESA, Madrid, 1978.

La respuesta jurídica

The Legal Answer

Por JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA
Universidad de Cantabria

RESUMEN

Se aborda el derecho desde su capacidad para dar respuesta a problemas. Se plantea qué significa responder, en el sentido más exigente del término. El esquema pregunta-respuesta se distingue de otros como causa-efecto o estímulo-reacción. La respuesta jurídica no opera con señales: trabaja con signos y símbolos. Maneja expectativas, toma decisiones, está institucionalizada. Una respuesta automática es insuficiente: la máquina reacciona pero no responde; puede encontrar el resultado correcto pero no la respuesta adecuada. Responder jurídicamente requiere facultades específicamente humanas, relacionadas con el buen juicio y la prudencia. Se trata de activar la capacidad generativa del derecho. Para ello hace falta creatividad. Responder es, en mayor o menor medida, inventar.

Palabras clave: *Respuesta, reacción, inteligencia, decisión, juicio, prudencia.*

ABSTRACT

Law is considered from the point of view of its capacity to give an answer to problems. It is raised here what does answer mean, in the most exigent sense of this term. The question-answer schema differs from others, such as cause-effect or stimulus-reaction. Legal answer does not work with signals

but with signs and symbols. It manages expectations, takes decisions and is institutionalized. An automatic answer is insufficient: the machine produces a reaction but does not give an answer. It can find the correct result, but not the adequate answer. Legal answer requires specifically human faculties, connected with good sense and prudence. It is necessary to activate the generative capacity of law. To get it, man needs creativity. To give an answer means, to some extent, an inventive task.

Keywords: Answer, reaction, intelligence, decision, judgement, prudence.

SUMARIO: 1. PREGUNTA Y RESPUESTA. – 2. REACCIÓN Y RESPUESTA. – 3. RESPUESTA Y EXPECTATIVA. – 4. RESPUESTA INTELIGENTE. – 5. RESPUESTA INSTITUCIONAL. – 6. RESPUESTA AUTOMÁTICA. – 7. CAPACIDAD DE JUZGAR. – 8. RESPUESTA ADECUADA.

SUMMARY: 1. QUESTION AND ANSWER. – 2. REACTION AND ANSWER. – 3. ANSWER AND EXPECTATION. – 4. INTELLIGENT ANSWER. – 5. INSTITUTIONAL ANSWER. – 6. AUTOMATIC ANSWER. – 7. THE CAPACITY OF JUDGEMENT. – 8. ADEQUATE ANSWER.

1. PREGUNTA Y RESPUESTA

En la medida en que el derecho se pregunta cómo dar respuesta a los problemas de la convivencia, su estructura básica adopta el *esquema pregunta-respuesta*. Está enraizado en la pregunta y busca la respuesta inteligente¹.

La respuesta se sitúa en relación directa con una pregunta o *problema*, y no con un imperativo². La respuesta al mandato de la ley se

¹ Cuando no se parte del dinamismo de la pregunta sino de la «proposición jurídica», como ENGISCH, K., *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. de E. Garzón Valdés, Granada, Comares, 2001, en vez de respuesta aparece la «consecuencia jurídica», con carácter estático (cfr. pp. 11 ss.). Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación «La inteligencia artificial jurídica» [RTI2018-096601-B-100 (MCIU/AEI/FEDER, UE)], del Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad.

² VIEHWEG, T., *Tópica y jurisprudencia*, trad. de L. Díez-Picazo, Madrid, Taurus, 1986, ha destacado que el pensamiento jurídico «se orienta hacia el *problema*» (p. 53). Es un «pensamiento problemático», en el que el problema actúa como «guía» (p. 54). Problema es «toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta» pero «a la que hay que buscar una única respuesta como solución» (p. 55). También POPPER, K. R., *El mito del marco común. En defensa de la ciencia y la racionalidad*, trad. de M. A. Galmarini, Barcelona, Paidós, 1997, insiste en que «la ciencia comienza con problemas, ya sea prácticos, ya sea teóricos» (p. 99). Cfr. también pp. 154 ss. Hay un problema cuando no sabemos qué hacer: la palabra *problema* expresa «la tensión entre nuestro conocimiento y nuestra ignorancia» (p. 104). DEWEY, J., *Cómo*

denomina cumplimiento. Pero no se trata tanto de cumplir como de responder a un problema para el que todavía no hay normas (en el caso del legislador) o habiendo normas no se sabe cuál es la *respuesta adecuada*. Y puede que esa respuesta ni siquiera sea la *solución*, pues hay problemas que pueden tratarse pero no resolverse.

El derecho se desentiende de muchos problemas. No le incumben porque no están juridificados, por graves que sean y aunque merezcan un tratamiento jurídico. Pero necesariamente tiene que dar respuesta a los problemas seleccionados como jurídicos. El juez no puede denegar justicia. El silencio administrativo es una respuesta.

Ante el derecho se formulan preguntas: *quaestio facti*, *quaestio iuris*. Términos como demanda y apelación tienen un claro sentido interrogativo. El derecho surge de la interpelación. La jurisprudencia se ha formado a partir de *quaestiones*. El decir propio de la jurisdicción consiste en responder. El derecho romano nace como *responsa prudentium*. Pero no a todos se les reconoce el *ius respondendi*.

Hay distintos modos de preguntar. Podemos distinguir entre el «simple preguntar» y el «cuestionamiento»³. En el primer caso se trata de averiguar algo. La respuesta está ya prevista. Solo hay que encontrarla. Este modo de preguntar es buscar o investigar. El derecho se ha anticipado a nuestra pregunta. Responder es solo *contestar*. Pero en el segundo caso la interrogación impacta sobre lo preguntado y lo sacude. La respuesta es el resultado de la interpelación. Preguntar es *provocar* y *suscitar*. El derecho no tiene la respuesta ya dispuesta para la pregunta. Se le pone en cuestión, en trance de responder, y tiene que elaborarla. Es preciso hacer efectivamente la pregunta para que pueda haber respuesta. La pregunta interactúa con lo preguntado y lo transforma. Algo cambia después de la pregunta. La respuesta añade algo nuevo. El primer modo de preguntar es repetitivo y descriptivo: señala la respuesta correcta. El segundo es productivo: genera la respuesta adecuada.

La pregunta productiva tiene la «estructura lógica de la apertura». Aquí «preguntar quiere decir abrir» y «la apertura de lo preguntado consiste en que no está fijada la respuesta». Mediante una «pregunta abierta» lo preguntado se pone en «situación de suspensión». El derecho se abre, queda en suspenso, en tensión, a la búsqueda de respuesta. Se despeja un «horizonte del preguntar» orientado hacia la posibilidad: pueden aparecer varias «respuestas posibles»⁴.

pensamos. La relación entre pensamiento reflexivo y proceso educativo, trad. de M. A. Galmarini, Barcelona, Paidós, 2007, distinguía entre la mera «tarea asignada», que sabemos cómo realizar, y el «problema», que provoca una «situación inquietante», supone una «dificultad» (p. 118) y requiere «actividad reflexiva» (p. 119).

³ Sigo libremente la distinción de HEIDEGGER, M., *Ser y tiempo*, trad. de J. E. Rivera, Madrid, Trotta, 2003, p. 28.

⁴ GADAMER, H. G., *Verdad y método*, trad. de A. Agud y R. de Agapito, Salamanca, Sígueme, 2007, pp. 439, 440 y 448. En *id.*, *El problema de la conciencia histórica*, trad. de A. Domingo Moratalla, Madrid, Tecnos, 2007, dice que «la esencia de la interrogación es poner al descubierto las posibilidades y mantenerlas abiertas» (p. 112).

El esquema pregunta-repuesta es típicamente humano: tiene lugar en una relación interpersonal⁵. Se distingue claramente del esquema físico causa-efecto. La causalidad es propia de la ley natural, pero no de la ley jurídica⁶. Preguntar y responder no es como apretar el botón de una máquina para obtener un resultado programado. No es activar el mecanismo de un *contestador automático*.

Se distingue también del esquema estímulo-reacción, que despierta un determinismo instintivo. Responder no equivale a *reaccionar*, aunque se hable de «reacción jurídica» ante una infracción. La reacción pertenece al ámbito de la naturaleza; la respuesta al ámbito de la libertad. Los animales, aunque tengan aptitudes para la comprensión, atienden a señales y obedezcan órdenes, serían incapaces de responder⁷.

2. REACCIÓN Y RESPUESTA

La contraposición entre *reacción animal* y *respuesta humana* es un tema persistente⁸. Veamos algunos planteamientos que pueden interesar al jurista.

⁵ Para referirlo al derecho es preciso desvincular el esquema pregunta-respuesta de su carácter interpersonal: alguien pregunta, alguien responde. Lo personal se ha difuminado. El derecho no es básicamente una relación intersubjetiva y cumplirlo no es obedecer a nadie en concreto. Las decisiones jurídicas no se sustentan en la voluntad sino en la ley. El derecho se ha convertido en una entidad abstracta. El «gobierno de la ley» implica que estamos gobernados por el derecho más que por personas. La norma jurídica ya no es una orden o un mandato (en la inmediatez del cara a cara) sino una «proposición prescriptiva». No funciona como acto de voluntad sino como «deber (*Sollen*)» (cfr. KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, trad. de R. J. Vernengo, México, Porrúa, 1993, p. 24), o como «imperativo independiente», en expresión de OLIVECRONA, K., *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, trad. de L. López Guerra, Barcelona, Labor, 1980, p. 126 ss.

⁶ Cfr. KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 90 ss. La norma jurídica vincula «condición» y «consecuencia» mediante una relación de «imputación». La condición no es «causa» ni la consecuencia «efecto» (p. 105). Para Díez-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3.^a edición corregida, Barcelona, Ariel, 1993, «solo puede hablarse de un “efecto jurídico” en un sentido figurado» y «acaso sea más exacto hablar de una “respuesta jurídica” al estímulo de unos actos o de unos hechos o de un “tratamiento jurídico” del caso» (p. 60).

⁷ DERRIDA, J., *El animal que luego estoy si(gui)endo*, trad. de C. de Peretti y C. Rodríguez Marciel, Madrid, Trotta, 2008, ha cuestionado estas distinciones. Cfr. pp. 48 s., pp. 100 ss. y pp. 147 ss.

⁸ La distinción tajante entre animal y ser humano es una exageración simplificadora. No obstante puede tener interés como un modo de suscitar *contrastes*. Se trata de generar una *polaridad* productiva que provoque ideas y perfile posiciones, estableciendo puntos de referencia para abrir espacios de argumentación, pero sin pretensión de conferir rango ontológico a las diferencias, al modo de HEIDEGGER, M.; *Los conceptos fundamentales de la metafísica. Mundo, finitud, soledad*, trad. de A. Ciria, Madrid, Alianza, 2007, que define al animal como un ser «pobre de mundo (*weltarm*)» (pp. 235 ss.), cautivo y absorbido por su entorno (cfr. pp. 291, 301 y 302). MACINTYRE, A.; *Animales racionales y dependientes. Por qué los seres humanos*

Señala Cassirer que todo organismo dispone de un sistema «receptor», que recibe los estímulos externos, y de un sistema «efector», que reacciona ante ellos. Están estrechamente enlazados, como eslabones de una cadena. Pero en el ser humano se produce un «cambio cualitativo»: entre ambos se intercala, como un eslabón intermedio, un «sistema simbólico». En el animal «una respuesta directa e inmediata sigue al estímulo externo»; en el hombre «la respuesta es demorada, es interrumpida y retardada por un proceso lento y complicado de pensamiento»⁹.

El hombre ya no vive en un puro universo físico, en un mundo de meros hechos, sino en un «universo simbólico». Entre él y la realidad se interpone un «medio artificial». Ya no afronta la realidad de modo «inmediato» sino mediante su «actividad simbólica». Se ha convertido en «animal simbólico»¹⁰. Su inteligencia es simbólica. Su espacio de pensamiento y su campo de acción son simbólicos.

Hay que distinguir entre *señales* y *símbolos*. El animal capta señales, que son «estímulos indirectos o representativos» (piénsese en los reflejos condicionados), pero no símbolos. Las señales son «parte del mundo físico del ser», mientras que los símbolos son «parte del mundo humano del sentido». Las señales son «operadores», pero los símbolos son «designadores». Las señales tienen «una especie de ser físico o sustancial», mientras que los símbolos «poseen únicamente valor funcional»¹¹.

El mundo simbólico está dotado de plasticidad. La señal se relaciona con su referente «de un modo único y fijo». Pero el símbolo es «extremadamente variable». No se caracteriza por su «uniformidad» sino por su «variabilidad»; no es «rígido o inflexible» sino «móvil»¹². Está abierto a interpretaciones.

necesitamos las virtudes, trad. de B. Martínez de Murguía, Barcelona, Paidós, 2001, ha rechazado las conclusiones «radicales» de Heidegger (p. 61), su «exageración retórica» (p. 66) que «malinterpreta e impide ver con claridad» (p. 65), que generaliza sobre la animalidad como si fuera una condición homogénea. El desarrollo de las facultades humanas «es una extensión y una derivación de capacidades y facultades animales compartidas con miembros de algunas otras especies inteligentes» (p. 67). El ser humano es «un animal reencauzado y rehecho» mediante «un conjunto de transformaciones parciales» (p. 68). De ahí «la importancia de la continuidad y de las semejanzas entre algunos aspectos del comportamiento inteligente de los animales» y «la racionalidad práctica, moldeada por el lenguaje, del ser humano» (p. 69). Términos como «respuesta» no son más que «formas abreviadas de aludir a una amplia gama de diferentes movimientos reactivos» (p. 30). Hay animales que tienen «capacidad para dar una variedad de respuestas distintas» ante un mismo objeto o individuo (p. 37), y su entorno «no es un mero conjunto de restricciones y de estímulos» sino resultado de «sus exploraciones y descubrimientos» (p. 66).

⁹ CASSIRER, E.; *Antropología filosófica. Introducción a una filosofía de la cultura*, trad. de E. Imaz, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 46 y 47.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 47, 48 y 49.

¹¹ *Ibidem*, p. 57. El paso de la *sustancia* a la *función* es una de las grandes aportaciones de Cassirer, que influyó poderosamente en Kelsen.

¹² *Ibidem*, p. 64. Para BERGSON, H., *La evolución creadora*, trad. de M. L. Pérez Torres, Madrid, Espasa-Calpe, 1985, «el signo instintivo es un signo “adherente”, el

Para sostener estas distinciones no es preciso reducir la conducta animal a automatismos. Hay animales superiores con una capacidad de «visión», con «una inteligencia relativamente muy desarrollada», incluso con «una imaginación creadora o constructiva». Sin embargo «ni esta inteligencia ni esta imaginación son de tipo específicamente humano» pues el animal posee «una imaginación y una inteligencia prácticas», mientras que solo el hombre ha desarrollado «una *inteligencia y una imaginación simbólicas*»¹³.

Rompiendo una «existencia inmediata», en relación directa su entorno, la «reflexión libre» da origen a la cultura. La «relación inmediata» con las cosas va dando paso a una «relación mediata», en un proceso de «mediación creciente». Se manifiesta entonces la «productividad del espíritu» y su tendencia a «disolver toda receptividad en espontaneidad»¹⁴. El hombre *se enfrenta* a la «realidad objetiva» desplegando «un mundo de signos e imágenes de creación propia»¹⁵. De este modo la transforma.

En consecuencia, la respuesta jurídica se caracteriza por naturaleza simbólica. El derecho *no es una máquina* de señales sino *creación y manejo de símbolos*. Es ejercicio de mediación frente a una inmediatez insoportable o insuficiente. Es *construcción de sentido*: busca sentido frente al sinsentido, restablece el sentido o proporciona un sentido mejor. Toda respuesta jurídica, en su pretensión de sentido, se sitúa en un ámbito elástico, variable, moldeable, susceptible de distintas plasmaciones e interpretaciones. Siempre habrá un debate abierto sobre el sentido del derecho.

La aportación de Zubiri permite seguir perfilando la peculiaridad de la respuesta humana. Al animal las cosas le están «puestas», pero al hombre le están «propuestas» para que se *proponga* hacer algo con ellas. Mientras que el animal se limita a «*estar* viviendo» el hombre «*está haciendo* su vida»¹⁶.

El animal se encuentra en «estrecha relación de inmersión o articulación con las cosas». Las cosas son «estímulos» y sus actos «reacciones». Pero el hombre es capaz de ganar libertad y se sitúa «a *distancia* de ellas» y «frente» a ellas. Sus actos no son reacciones sino «proyectos», en el sentido etimológico de algo que «arroja sobre las cosas». Por eso «no responde directamente». No hay una reacción sino una

signo inteligente es un signo “móvil”». Sin el lenguaje «la inteligencia habría quedado ligada a los objetos materiales», mientras que la palabra «está hecha para ir de una cosa a otra». Es «desplazable y libre» (p. 147).

¹³ CASSIRER, E., *Antropología filosófica*, cit., p. 59.

¹⁴ *Id.*, *Esencia y efecto del concepto de símbolo*, trad. de G. Gerhard, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, pp. 123, 124 y 125.

¹⁵ *Ibidem*, p. 163. La imagen deja de ser algo «recibido desde fuera» para convertirse en algo «conformado desde dentro, en el que rige un principio fundamental de configuración libre» (p. 165).

¹⁶ ZUBIRI, X., *Naturaleza, Historia, Dios*, Madrid, Alianza Editorial, 1987, pp. 283 y 199.

decisión que determina «lo que hay que hacer y cómo hay que hacerlo»¹⁷. Las cosas no le están «dadas» sino «ofrecidas». Son «instancias» que le plantean problemas y le proporcionan «recursos» para resolverlos. Están *disponibles* como «posibilidades» y «resistencias»¹⁸.

Para el animal las cosas son «unidades complejas de estimulación» que se le presentan en forma «afectante», como «puro estímulo». Pero el hombre pasa de la «cosa-estímulo» a la «realidad estimulante»¹⁹. Realidad *estimulante* es la que requiere una intervención porque es insatisfactoria. Necesita ser regulada, organizada, transformada. Es una *provocación* para una inteligencia jurídica inconformista, que se despierta y se pone en marcha. Y la respuesta *no es reactiva sino proyectiva*. Se apropia de la realidad para darle forma, para conformarla. Responder jurídicamente es rectificar la realidad, recrearla e incluso generar una nueva realidad. La realidad descubre sus posibilidades. Y nos sitúa en posición creativa.

Aranguren dirá que en el animal «los estímulos suscitan respuestas en principio perfectamente adecuadas». Hay un «ajustamiento perfecto» con su medio, que está «dado» y «se produce de realidad a realidad –de estímulo a respuesta– directamente». Pero el hombre queda «en suspenso» y tiene que buscar la «respuesta adecuada o ajustada». El ajustamiento se producirá «indirectamente, a través de la *posibilidad* y de la *libertad*», pasando por la «irrealidad» del pensamiento. Sobre las «referencias» traza sus «preferencias». La realidad ya no se presenta como «medio» sino como «mundo», en el que «tiene que *hacer ese ajustamiento*, tiene que *iustum facere*» y además «*justificar*» lo que hace²⁰. Su respuesta tiene que ser *responsable*.

La justicia es respuesta ante lo que está desajustado, restablecimiento del orden, conjunción que reúne y unifica. Es ajuste, acuerdo, articulación²¹. Pero también hay una justicia crítica que provoca el desajuste, la disyunción, la discrepancia. Es la que hace preguntas al derecho y cuestiona lo establecido; la fuerza de ruptura que problematiza, que desenchaja la realidad presente en busca de un mundo mejor²².

¹⁷ *Ibidem*, pp. 372 y 373. La respuesta jurídica requiere lo que denomina LUCKMANN, T., *Teoría de la acción social*, trad. de F. Ballesteros, Barcelona, Paidós, 1996, «fantasía proyectiva» (p. 61) y «pensamiento proyectivo» (p. 73).

¹⁸ ZUBIRI, X., *Naturaleza, Historia, Dios*, cit., pp. 374 y 375.

¹⁹ *Id.*, *Sobre la esencia*, Madrid, Alianza, 1985, pp. 392, 393, 394 y 414.

²⁰ ARANGUREN, J. L. L., *Ética*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2009, cap. VII, pp. 56 y 57.

²¹ Cfr. HEIDEGGER, M., «La sentencia de Anaximandro», en *Caminos de bosque*, trad. de H. Cortés y A. Leyte, Madrid, Alianza, 1995, pp. 319 ss.

²² Cfr. DERRIDA, J., *Espectros de Marx. El Estado de la deuda, el trabajo del duelo y la nueva internacional*, trad. de J. M. Alarcón y C. de Peretti, Madrid, Trotta, 1995, pp. 37 ss.

3. RESPUESTA Y EXPECTATIVA

El concepto de expectativa es central. El derecho «busca la respuesta más adecuada para las expectativas legítimas»²³. La respuesta jurídica maneja expectativas, lo que supone la posibilidad de anticipar y de orientarse por acontecimientos esperados. Las expectativas abren una dimensión temporal y se formulan en un contexto social. No se responde a señales sino a expectativas, y a su vez la respuesta genera expectativas²⁴.

Para actuar en sociedad hay que disponer de un *sistema de expectativas*. Parsons observa que «es una propiedad fundamental de la acción no consistir en “respuestas” *ad hoc* a “estímulos” particulares de la situación» sino que «el actor desarrolla un *sistema* de ‘expectativas’ en relación con los diferentes objetos de la situación», que le permiten anticipar cual será «la *reacción probable*» de los otros. A diferencia del esquema «estímulo-respuesta» la interacción requiere una «orientación hacia el desarrollo futuro de la situación»²⁵.

Es preciso pasar de la «orientación de signo», propia de una «situación-estímulo inmediatamente presente», a una «simbolización» (diferente de la mera «utilización de signos») en la que «el significado de un signo tiene que ser abstraído de lo particular de la situación». Se constituye «un *orden* compartido de significados simbólicos» hecho de «convenciones», relativamente estable e independiente de la situación particular. El sistema simbólico sirve de «criterio para la selección entre las alternativas» que se presentan «intrínsecamente abiertas» en cada situación. Y «los actos no se realizan individual y separadamente» sino que «están organizados en sistemas»²⁶.

Los actores obtienen su mapa cognitivo de un marco de referencia compartido y abstracto, que les permite elaborar expectativas entrelazadas. No emiten respuestas a señales sino que se orientan mediante complejos de significado, a través de estructuras simbólicas. La res-

²³ ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, Madrid, Trotta, 2011, p. 123.

²⁴ Apunta WITTGENSTEIN, L., *Observaciones filosóficas*, trad. de A. Tomasini, México, Universidad Nacional Autónoma, 1997, que «la expectativa está conectada con la búsqueda» (I, 28, p. 4). La *capacidad de expectativa* está relacionada también con la capacidad de ilusión y de sorpresa, que es variable en las personas y en las sociedades. El pensamiento jurídico depende de estos factores. Si no se busca, si no se espera, si no hay perspectivas de futuro ni ilusiones, el derecho reduce sus potencialidades.

²⁵ PARSONS, T., *El sistema social*, trad. de J. Jiménez y J. Cazorla, Madrid, Alianza, 1999, pp. 18, 19 y 21. El animal «tiene alternativas entre las que puede elegir y desarrolla expectativas que pueden ser “desencadenadas” por ciertos signos o “señales”». Aquí «el signo es parte de una situación que es estable con independencia de lo que el animal hace», con lo que «el único problema que se le presenta al animal es el de si puede “interpretar” el signo correctamente». Pero en la sociedad las posibles «reacciones» entre los actores son muy variadas y están entrelazadas (p. 23).

²⁶ *Ibidem*, pp. 23, 24 y 20.

puesta jurídica no se encuadra en el esquema estímulo-reacción: es un modo de construir expectativas.

Luhmann dirá que «las estructuras sociales no son otra cosa que estructuras de expectativas». Los sistemas proporcionan una «multiplicidad de expectativas» sobre situaciones, acontecimientos y comportamientos, y también expectativas de sentido. Efectúan una «consolidación de las expectativas», que se condensan por más que estén en «continua reorganización». Alcanzan el «metanivel» de expectativas referidas a otras: de «expectativas de expectativa». Los valores y los derechos son «abreviaturas simbólicas» que representan «situaciones de expectativa altamente complejas»²⁷.

Los sistemas no actúan mecánicamente. Disponen de factores productores de incertidumbre, con lo que «se impide que los sistemas sociales se formen a la manera de simples reacciones en cadena en las cuales un acontecimiento provoca de modo más o menos previsible el siguiente». Un sistema mecánico se desorientaría enseguida y dependería de rectificaciones *a posteriori*, de «correcciones a acontecimientos ya irreversibles»²⁸.

Son sistemas *autopoieticos* que no funcionan con el esquema mecanicista *input-output*. No están determinados por su entorno y se organizan por sí mismos. Producen sus propios elementos y estructuras. Así, el derecho determina en qué circunstancias y de qué modo «reacciona» a las irritaciones procedentes de su entorno, o si permanece indiferente. Es uno los sistemas «endógenamente inquietos» que son capaces de estructurar la sociedad porque modifican su estado constantemente y se autorregulan²⁹.

Los problemas despiertan la «generatividad organizadora» del sistema³⁰. Todo depende de la «sensibilidad de respuesta del sistema (*Responsivität*)»³¹. Las respuestas realmente importantes son «gene-

²⁷ LUHMANN, N., *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, trad. de S. Pappe y B. Erker, Barcelona, Anthropos, 1998, pp. 267, 107-108, 157, 279. Las expectativas son formas de orientación con las que los sistemas sondan su entorno y se exponen a la complejidad y contingencia del mundo (cfr. p. 246). En el caso de los sistemas sociales son «formas con sentido» de carácter abstracto, sin naturaleza psicológica (p. 269). En *Rechtssoziologie*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1987, aborda el derecho desde el problema de la formación de expectativas. Las normas aparecen como «expectativas de comportamiento estabilizadas contrafácticamente» (p. 43) y el derecho como una «generalización congruente de expectativas normativas de comportamiento» (p. 99).

²⁸ *Id.*, *Sistemas sociales*, cit., p. 278.

²⁹ *Id.*, *La sociedad de la sociedad*, trad. de J. Torres Nafarrate, México, Herder, 2007, pp. 47 y 77. Advierte que «la recursividad de la *autopoiesis* de la sociedad no está organizada a través de resultados causales (*outputs* como *inputs*)» (p. 105).

³⁰ Cfr. MORIN, E., *Sociología*, trad. de J. Tortella, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 105 ss.

³¹ LUHMANN, N., *El derecho de la sociedad*, trad. de J. Torres Nafarrate y otros, México, Universidad Iberoamericana, 2002, p. 447.

rativas», no meramente repetitivas sino productoras de novedades³². La generatividad del lenguaje jurídico produce nuevos significados.

La respuesta del derecho puede orientarse hacia las *premisas* o hacia los *resultados*. La dogmática clásica pone el centro de gravedad en el tratamiento jurídico de los casos y en las posibilidades de decisión. Se desentiende de los efectos que produce en las personas y en la sociedad. Solo le interesan los «efectos jurídicos», las repercusiones en el propio sistema. Pero otras tendencias promueven una orientación hacia las consecuencias: la jurisprudencia de intereses, la interpretación teleológica, el realismo jurídico, la preocupación por la efectividad, la exigencia de un compromiso sociopolítico de los juristas³³. Esto sitúa al derecho en el terreno incontrolable de las expectativas, las repercusiones, las consecuencias de consecuencias, los efectos colaterales. Lo desplaza hacia un ámbito extrajurídico que apenas puede manejar³⁴. Cuando se relativiza el formalismo se puede acabar procediendo de manera «oportunista», con «criterios indeterminados y mudables en cada caso y solo para cada caso», con respuestas *ad hoc* que comprometen la racionalidad y la seguridad jurídicas³⁵.

Por otra parte se ha advertido que la dinámica expansiva del Estado social «sobrecarga» el sistema jurídico. Surgen expectativas excesivas sobre el rendimiento del sistema. Se plantean exigencias que desbordan su capacidad de respuesta. Se tiende a una «hiperjuridificación» que traslada al derecho asuntos a los que no puede responder adecuadamente³⁶. No todo problema es susceptible de tratamiento jurídico. No siempre las respuestas jurídicas contribuyen a resolver los problemas.

También hay que señalar que la respuesta jurídica es contingente: todo puede ser replanteado. El sistema trabaja con «operaciones sin certeza última»³⁷. La respuesta fluctúa, evoluciona, lo que dificulta formar expectativas a largo plazo. El derecho depende de su *capacidad de modificar la respuesta*, incorporada como una posibilidad en el sistema. De otro modo quedaría bloqueado en un mundo cambiante. Para ello combina variedad y redundancia, en constelaciones transitorias, en la precaria seguridad de una «estabilidad dinámica». Y no hay progreso lineal sino una «evolución diferencial», de «transformaciones no planeadas», que «no posibilita ningún pronóstico»³⁸.

³² La expresión se toma de MATURANA, H., *La realidad: ¿Objetiva o construida?*, vol. I: *Fundamentos biológicos de la realidad*, Barcelona, Anthropos, 1995, p. 4.

³³ Cfr. LUHMANN, N., *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. I. de Otto, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 47 ss. No es solo una tendencia jurídica: «la orientación a las consecuencias de la acción, y con ello la orientación a un futuro aún incierto, es característica dominante de la sociedad moderna» (p. 68).

³⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 90.

³⁵ *Ibidem*, p. 67.

³⁶ *Id.*, *Teoría política en el Estado de Bienestar*, trad. de F. Vallespín, Madrid, Alianza, 1993, p. 154.

³⁷ *Id.*, *Observaciones de la modernidad. Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*, trad. de C. Fortea, Barcelona, Paidós, 1997, p. 117.

³⁸ *Id.*, *La sociedad de la sociedad*, cit., pp. 337, 334 y 338.

4. RESPUESTA INTELIGENTE

La inteligencia «separa cada vez más la respuesta del estímulo»³⁹. Detiene la reacción automática, inhibe los movimientos reflejos para producir movimientos controlados. Intercala una pausa entre la percepción de la señal y la respuesta. Convierte las señales en *signos*⁴⁰. Adquiere la «facultad de desenganchar» las acciones de las pulsiones, de «crear un *hiato*» entre ellas. Logra «retener» las pulsiones y «ponerlas entre paréntesis»; las frena para producir un movimiento retardado. La contención, el aplazamiento del estímulo, deja un «espacio vacío» para la reflexión⁴¹.

El desarrollo de la inteligencia está ligado a la «reducción de los instintos». El ser humano no está adaptado rígidamente a su entorno y puede efectuar «la *transformación* inteligente» de la realidad⁴². La mayoría de las reacciones animales son inmediatas, pero el hombre suele ser más lento: se toma tiempo para responder. La «demora» en la respuesta es un logro evolutivo⁴³.

³⁹ MARINA, J. A., *Teoría de la inteligencia creadora*, Barcelona, Anagrama, 1994, p. 80. Cfr. también p. 288 y pp. 298 s.

⁴⁰ Para la evolución de la señal al signo cfr. PARIS, C., *El animal cultural. Biología y cultura en la realidad humana*, Barcelona, Crítica, 1994, pp. 246 ss.

⁴¹ GEHLEN, A., *El hombre. Su naturaleza y su lugar en el mundo*, trad. de F. C. Vevia, Salamanca, Sígueme, 1987, pp. 61, 62 y 394. La «frenabilidad» de las pulsiones está relacionada con su «plasticidad» (p. 62).

⁴² *Id.*, *Antropología filosófica. Del encuentro y descubrimiento del hombre por sí mismo*, trad. de C. Cienfuegos, Barcelona, Paidós, 1993, pp. 126 y 132. Señala MORIN, E., *El Método*, vol. III: *El conocimiento del conocimiento*, libro I: *Antropología del conocimiento*, trad. de A. Sánchez, Madrid, Cátedra, 1988, que el desarrollo de la inteligencia del ser humano, considerada como un GPS (*General Problems Solver*), tiene que ver con el hecho de que está «subconectado» y dispone de «posibilidades de desconexión», por lo que está abierto a nuevas conexiones (p. 125). MEAD, G. H., *Espíritu, persona y sociedad. Desde el punto de vista del conductismo social*, trad. de F. Mazía, Barcelona, Paidós, 1999, observaba que, a diferencia de la «inteligencia irracional» de los animales, que «reaccionan a ciertos caracteres con una precisión ajena a la capacidad humana» (p. 129), la «inteligencia reflexiva» del hombre «se distingue por su capacidad de analizar el campo de estimulación en forma de poder seleccionar un estímulo antes que otro y así aferrarse a la reacción que corresponde a ese estímulo, escogiéndola de entre otras y recombinándola con otras» (p. 130).

⁴³ BRONOWSKI, J., *Los orígenes del conocimiento y la imaginación*, trad. de E. Lynch, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 44 y 45. Si, como dice MEAD, G. H., *Espíritu, persona y sociedad*, cit., «la inteligencia es, principalmente, una cuestión de selectividad», un proceso de selección entre alternativas, «la reacción demorada es necesaria para la conducta inteligente». La «reacción selectiva» no es inmediata: «puede ser selectiva solo porque es demorada». De modo que «el proceso del ejercicio de la inteligencia es el proceso de demorar, organizar y seleccionar una reacción a los estímulos de la situación ambiental dada» (p. 135). WOLF, M., *Proust and the Squid. The Story and Science of the Reading Brain*, Cambridge, Icon Books, 2010, p. 214 s., alude a la importancia del retardo neuronal para la estructuración de la actividad cerebral y el desarrollo de la inteligencia, mientras que en las nuevas tecnologías prima la inmediatez y la aceleración de las conexiones.

El desarrollo de la inteligencia jurídica corresponde también a una liberación de factores desencadenantes inmediatos, que hace posible el distanciamiento y la respuesta retardada. Las normas no funcionan como señales sino como signos que es preciso interpretar. La dogmática «posibilita una toma de distancia» y la elaboración autónoma de complejos normativos⁴⁴.

En cuanto a la inteligencia artificial habrá que decir que *los autómatas reaccionan pero no responden*. No hacen más que obedecer a un programa, pero el hombre responde libremente. Solo él podría preguntar y responder. Sus preguntas dejan libertad para responder. Libertad y respuesta son nociones vinculadas. La respuesta inteligente no está programada. Y el que realmente pregunta no busca la repetición de lo que ya sabe. Pregunta porque no conoce la respuesta⁴⁵.

Solo la inteligencia humana sería capaz de formular preguntas y de ofrecer respuestas. Aún más, de complicar la relación entre ambos términos, planteando preguntas que pueden tener varias respuestas o que no se pueden responder, o dando repuestas que no agotan las preguntas, como ocurre en parte con la teoría de la justicia. El binomio pregunta-respuesta se convierte entonces en polaridad, en tensión productiva, uno de los modos más característicos del trabajo de la inteligencia.

La relación entre pregunta y respuesta no es una consecuencia lógica sino un enlace tenso y problemático. No es un bloque compacto sino una conjunción contingente y discutible en forma de secuencia. La pregunta está a la espera de respuesta. La respuesta puede ser prolongación de la pregunta. Puede que la arrastre consigo y se limite a reformularla o a encubrirarla. La respuesta se podrá convertir a su vez en pregunta, o dar origen a nuevas preguntas. Pasar de una a otra no es solo cuestión de conocimiento técnico sino de inteligencia práctica. Se puede saber mucho derecho pero no saber *dar respuesta* a un problema⁴⁶.

Dar respuesta exige un esfuerzo creativo. En la relación pregunta-respuesta se inscribe la posibilidad de la novedad. La respuesta puede añadir algo nuevo y provocar un desplazamiento. Ya no estamos en el mismo

⁴⁴ LUHMANN, N., *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, cit., p. 29.

⁴⁵ Se puede recordar la ironía de KLEIST, H. von, «Sobre la paulatina elaboración de los pensamientos al hablar», en NOVALIS y otros, *Fragmentos para una teoría romántica del arte*, edic. J. Arnaldo, Madrid, Tecnos, 1987, sobre los exámenes memorísticos de las Facultades Derecho, que superan espíritus «vulgares» e «ignorantes» porque, aunque no piensen, tienen «una respuesta a mano» (p. 63). GADAMER, H. G., *Verdad y método*, cit., añade: «una respuesta “correcta” pueden encontrarla los ordenadores y los papagayos» (p. 201). En *id.*, *El giro hermenéutico*, trad. de A. Parada, Madrid, Cátedra, 1998, observa que en filosofía «uno se encuentra siempre ante la situación de que no sabe la respuesta, si es que se atreve realmente a pensar y no se limita a recurrir al acervo de conocimientos propio o ajeno, lo cual hace el ordenador mejor que nosotros» (p. 227). El jurista puede encontrarse también en esta situación.

⁴⁶ KANT, I., «En torno al tópic: “Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica”», trad. de F. Pérez López y R. Rodríguez Aramayo, en *Teoría y Práctica*, Madrid, Tecnos, 1986, aludía a esos «juristas que han hecho bien sus estudios pero no saben cómo han de conducirse a la hora de dar un consejo» (p. 4).

lugar de la pregunta. Pues «si se ajustase perfectamente la respuesta a la pregunta, a la demanda o a lo que se espera» nos plantearíamos si en realidad «se estaría respondiendo» o se efectúa «solo la culminación de un programa, una operación calculable». La respuesta no está ya incluida en la pregunta, no se limita a extraer algo implícito en las premisas. En mayor o menor medida *responder es inventar*⁴⁷. La respuesta, para ser digna de este nombre, «debe *sorprender* por alguna novedad irruptiva». Responder es corresponder a la fuerza generativa y creadora de la pregunta. Por eso habrá un «desajuste» entre pregunta y respuesta⁴⁸.

5. RESPUESTA INSTITUCIONAL

La respuesta jurídica no es personal sino institucional: procede de un órgano. Y un órgano no es un *instrumento*, un utensilio o una máquina (por más que el término griego signifique herramienta). Lo propio del instrumento es la *disposición*, lo propio del órgano es la *capacidad*⁴⁹.

Un instrumento, por ejemplo un ordenador, está en disposición de escribir. Pero solo una persona es capaz de hacerlo. Un instrumento está instalado y dispuesto, pero un órgano está *facultado*, tiene *capacidad jurídica* o es *competente* para hacer algo, lo que nunca diríamos de una máquina. Un instrumento funciona; un órgano actúa. A diferencia de la máquina un órgano tiene cierta capacidad de autoproducción, autodirección y renovación. Está dotado de una cierta autonomía. Aunque la biología pueda considerar al organismo como una máquina, tendrá que dotarle de «funciones supramaquinales»⁵⁰.

Por otra parte la respuesta jurídica tiene pretensión de legitimidad. Pero las decisiones automatizadas no son respuestas sino *resultados*. Puede que sea fácil aceptarlas en una sociedad que da preferencia a soluciones técnicas, que por el hecho de que funcionan y parecen fiables «ahorran consensos»⁵¹. Encajan en la legitimidad legal-racional

⁴⁷ Se trata de «inventar una respuesta al problema», como dice WIGGINS, D., «La deliberación y la razón práctica», en Raz, J. (Ed.), *Razonamiento práctico*, trad. de J. J. Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 282.

⁴⁸ DERRIDA, J., *Papel Máquina. La cinta de máquina de escribir y otras respuestas*, trad. de C. de Peretti y P. Vidarte, Madrid, Trotta, 2003, p. 254.

⁴⁹ Cfr. para esta distinción HEIDEGGER, M., *Los conceptos fundamentales de la metafísica*, cit., p. 272. Resulta orientativa, aunque, a la vista de las nuevas máquinas, sea cuestionable.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 265.

⁵¹ LUHMANN, N., *La sociedad de la sociedad*, cit., p. 410. Se dirá que «lo que funciona, funciona; lo que da resultados, ha dado resultados», y de este modo «se ahorra también la coordinación de las acciones humanas –siempre difícil y llena de conflictos» (p. 410). Y con la introducción de «máquinas calculadoras» sucede que «se da preferencia a los problemas que se resuelven recurriendo a ellas, mientras que otros problemas se dejan de lado». Se marginan hasta el punto de que «ya ni siquiera merecen la designación de “problema”» (p. 781).

de Weber y ocultan que la técnica es un medio para alcanzar objetivos que no son técnicos.

A un órgano se le reconoce *iniciativa* y un *margen* de actuación. Su proceder está sujeto a derecho, pero no predeterminado. Por eso no es superfluo: no es «mero trámite», simple engranaje transmisor de un proceso automatizado. Comienza funcionando como *interruptor*. La dinámica jurídica se detiene y se reanuda en cada órgano. Hay que pararse a pensar. Es un dispositivo de activación de inteligencia jurídica que abre un *intervalo*, retarda y difiere. No hay una mera pausa sino un espacio de indeterminación y articulación. Es un paso intermedio que distancia, provoca incertidumbre y sirve de enlace. Se intercala una fase flexible, elástica, abierta. Aplicar el derecho es recrearlo. Todo órgano ejecutor es en cierta medida creador. La distinción entre *legis latio* y *legis executio* es «relativa»⁵².

El órgano da la oportunidad de efectuar una «problematización», entendida como «organización *consecuente* de una cuestión». La *cuestión* se transforma en *problema*. Los hechos de la vida se convierten en hechos jurídicos y se traducen a una gramática y semántica peculiares. El problema es el «sustituto» de la cuestión. Ya no pone al derecho en cuestión. Designa aquello que «ponemos delante para protegernos» de lo que nos interpela y resulta amenazador o intratable. Los problemas son cuestiones manejables susceptibles de respuesta: son «posibilidades de respuestas». La problematización es «una organización articulada de la respuesta»⁵³.

Una teoría jurídica del órgano tiene que ser una teoría de la posibilidad y de la contingencia. El órgano procesa indeterminación. Hay distintos modos de hacerlo, por lo que hay que tomar una decisión. Es un órgano decisorio. Responder no es constatar sino decidir. Si no hay decisión no hay propiamente respuesta. La respuesta no está absolutamente predeterminada, no es un movimiento reflejo. Se podría haber decidido de otra manera. El órgano *resuelve*, aunque no solucione el problema. Efectúa un «acoplamiento flojo» entre las premisas de la decisión y la respuesta⁵⁴.

⁵² KELSEN, H., *Teoría general del Estado*, trad. de L. Legaz Lacambra, Granada, Comares, 2002, p. 385. Cfr. también p. 436.

⁵³ DERRIDA, J., *Papel Máquina*, cit., pp. 264-265. LUHMANN, N., *Fin y racionalidad en los sistemas. Sobre la función de los fines en los sistemas sociales*, trad. de J. Nicolás, Madrid, Editora Nacional, 1983, recuerda la estrategia de los sistemas de «convertir los problemas permanentes en problemas solubles» a través de «problemas sustitutorios» (p. 283). El habitual *problem solving* no conoce «auténticos problemas» (p. 284) sino «subrogados de problemas» (p. 286).

⁵⁴ LUHMANN, N., *Organización y decisión*, trad. de D. Rodríguez Mansilla, México, Herder, 2010, p. 262. Aquí «la relación de las premisas con la decisión no es de tipo lógico ni causal» (p. 262). Para la diferencia entre *tight coupling* y *loose coupling*, entre una conexión firme, perfectamente ajustada, y lo que queda poco apretado, holgado o suelto, cfr. también *id.*, *Sistemas sociales*, cit., p. 209; *Observaciones de la modernidad*, cit., p. 192; y *La sociedad de la sociedad*, cit., pp. 150, 328, 380, 415 y 416.

Cuando se aplica el derecho la respuesta no se improvisa. Está prevista en la *disposición* jurídica. En el derecho positivo, es decir *puesto*, está disponible, en los distintos giros de la expresión: dispuesta de antemano, propuesta como premisa, supuesta como base e impuesta como vinculante. En situaciones muy simples se responde mecánicamente, mediante una actividad reproductiva, de mero encaje. La respuesta es selección y asignación entre un repertorio de esquemas prefabricados, aunque haya que realizar una adaptación. Es mera transmisión que entrega o «da traslado» de una solución. Pero en los casos complejos no está a mano: hay que responder *con* el derecho, pero la respuesta no está *en* el derecho. Dar respuesta, *iuris-dicere*, se convierte en una actividad productiva. Hay una *resolución*: no es solo resultado de un proceso de búsqueda y de selección sino también de una *decisión*.

La respuesta no es mera cita de un dato normativo sino producto de una operación decisoria. Tiene que ser «conforme a derecho», «ajustada a derecho», pero no se limita a copiarlo. No es copia, reiteración, sino re-producción. La aplicación del derecho no pertenece a una estática sino a una dinámica productiva que lo recrea. Hay que inventar la decisión, y hacerlo en el marco de la legalidad. Encontrar la solución requiere un *ars inveniendi*, expresión que incorpora toda la ambigüedad semántica del término invención. *Inventio* era originariamente hallazgo, pero ha pasado a significar creación.

El derecho puede estar abierto a distintas posibilidades y no hay una única respuesta correcta⁵⁵. La resolución no es consecuencia necesaria de las premisas. Hay que tomar una decisión, que «se sigue» de las premisas, pero solo en un sentido amplio se puede decir que es consecuente, que procede «en consecuencia». La capacidad de dar respuesta no reside tanto en la racionalidad abstracta como en la capacidad de tomar decisiones. Una buena respuesta requiere *inteligencia ejecutiva*.

Las decisiones dependen cada vez más de organizaciones. Los individuos no pueden soportar exclusivamente la carga de la decisión. Se verían desbordados por los problemas. Necesitamos *instituciones inteligentes* que establezcan pautas y procedimientos que reduzcan la complejidad a un formato manejable, que proporcionen mecanismos de orientación⁵⁶. Dependemos de respuestas formuladas por sistemas inteligentes. No responden las personas: *responde el derecho*. La inte-

⁵⁵ Cfr. KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 351 ss.

⁵⁶ Sostiene INNERARITY, D., *Política para perplejos*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2018, que «sistematizar la inteligencia, gobernar a través de sistemas inteligentes, debería ser la prioridad de todos los niveles de gobierno, instituciones y organizaciones» (p. 143). Se configura así una «inteligencia sistémica» que «no está en las personas, sino en los componentes constitutivos del sistema» (p. 156). Se trata de «sistemas en los que se sintetiza una inteligencia colectiva (reglas, normas y procedimientos)» (p. 155).

ligencia personal se incorpora a una inteligencia institucional⁵⁷. El derecho parece hablar por sí mismo: el jurista se presenta tan solo como su portavoz.

Los órganos trabajan con procedimientos cuyo desenlace no se puede conocer de antemano. El procedimiento tiene que ponerse en práctica para saber a dónde conduce⁵⁸. No es una serie de operaciones, como una demostración matemática que avanza por su propia lógica. No decide por nosotros: llega un punto en el que hay que tomar una decisión. Y los participantes son tan decisivos como los interlocutores en un debate. Los actores son siempre personas⁵⁹. No es un procedimiento de cálculo sino de interacción, incluso de comunicación y diálogo. Tiene una constitución intersubjetiva. La conclusión no es resultado de operaciones lógicas sino de comunicaciones. Por eso la respuesta es *discutible*. Por más que sea vinculante e inapelable, por más que sea una *respuesta concluyente*, no es más que *opinio iuris*. Y toda opinión crea un espacio de debate. La respuesta puede provocar, al menos teóricamente, una réplica. Puede transformarse en preguntas.

Esperamos la respuesta *razonable*, la que tiene razón, la que da la razón, la que hace entrar en razón, la que da razones. Y la racionalidad se va haciendo poco a poco. El derecho entendido como *ratio scripta* parecía un depósito que suministra razones ya confeccionadas. Pero dar respuesta es un esfuerzo por construir racionalidad, por ampliarla, por reinventarla. El pensamiento jurídico no es solo una manifestación sino una *ampliación de las posibilidades de la inteligencia*. En forcejeo con los problemas se produce una *invención de inteligencia*.

Y esperamos una respuesta *responsable*: capaz de responder de sí misma. La cuestión de la respuesta suscita muchas preguntas: qué significa responder, cómo responder, a qué o a quién y ante qué o ante quién responder (ante los destinatarios inmediatos de la decisión, ante otros casos futuros, pero también ante la sociedad, ante otras institu-

⁵⁷ Señalaba GEHLEN, A., *Antropología filosófica*, cit., que en las sociedades aparecen «estructuras con peso propio –las *instituciones*– que terminan por adquirir algo así como autonomía respecto de las personas» (p. 90). La respuesta institucional no es personal. El derecho es un ordenamiento impersonal. Pero las instituciones no piensan por sí mismas: son estructuras inteligentes manejadas por personas. La inteligencia del individuo ya no trabaja por su cuenta sino dentro una estructura que la decanta, la orienta, la potencia en cierta dirección, y en ocasiones la fuerza a la interacción. Apunta KAHNEMAN, D., *Pensar rápido, pensar despacio*, trad. de J. Chamorro, Barcelona, Random House Mondadori, 2015, que «las organizaciones son mejores que los individuos cuando se trata de evitar errores porque, como es natural, piensan más lentamente y tienen poder para imponer procedimientos» (p. 543).

⁵⁸ Cfr. RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, trad. de M. D. González, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1993, sobre lo que denomina «justicia puramente procedimental» (pp. 106 ss.).

⁵⁹ Cuando ROSS, A., *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de G. R. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1997, pp. 34 ss., comparaba el derecho con el juego de ajedrez no pensaba que se podría jugar con una máquina que en esa situación puede ser más inteligente que un ser humano (pero no olvidemos que la hemos fabricado nosotros).

ciones, ante el derecho en su conjunto, ante uno mismo), de qué o de quién responder (en la medida en que hay que implicarse y hacerse cargo de un problema). Se entrecruzan distintas modalidades de respuesta: «responder a», «responder ante», «responder de». No merece el nombre de respuesta aquello que es simplemente una reacción, consecuencia o resultado, ante lo que no cabe plantear la cuestión de la responsabilidad.

6. RESPUESTA AUTOMÁTICA

La máquina capaz de dar «respuestas» nos hace replantearnos qué significa responder. Más allá de la relación interpersonal, nos sitúa en las fronteras de conceptos como comunicación, que es preciso repensar y redefinir.

Para la teoría de sistemas la comunicación no es mera transmisión de datos sino producción y procesamiento de sentido. Ya no se concibe como relación intersubjetiva. Los sistemas sociales (entre ellos el derecho) son sistemas de comunicación que desplazan y transforman incertidumbre. Pero no se puede confundir procesamiento electrónico de datos con comunicación, que es procesamiento de *sentido*, aunque dependa de redes computacionales⁶⁰. Los ordenadores manejan conocimientos, pero no los entienden⁶¹. Y la respuesta jurídica se sitúa en

⁶⁰ Cfr. LUHMANN, N., *Organización y decisión*, cit., pp. 432-433. La inteligencia es capacidad de *dar sentido*, lo que implica una tarea creativa pues el sentido tiene que regenerarse constantemente. No se puede extraer y suministrar de un almacén de sentido. No es un objeto sino un proceso de enlace. Y no es solo cuestión personal: la sociedad, el derecho, dan sentido. Cfr. *id.*, *Sistemas sociales*, cit., pp. 77 ss. Incorporar al derecho una norma nueva no es solo una cuestión de validez: es crear sentido. Aplicar una norma no consiste solo en ajustarse a derecho: es dar sentido. La dogmática jurídica es un laboratorio de sentido. La legitimidad es producción de sentido. La justicia es pregunta por el sentido. De ahí la insuficiencia de una inteligencia puramente computacional, reducida al «cálculo jurídico». La capacidad de proporcionar sentido plantea límites a la inteligencia artificial. *Id.*, *La sociedad de la sociedad*, cit., apunta que «las investigaciones sobre “inteligencia artificial” se ocupan de la manipulación de los ‘símbolos’, pero no de la formación de sentido» (p. 413).

⁶¹ BODEN, M. A., *La mente creativa. Mitos y mecanismos*, trad. de J. A. Álvarez, Barcelona, Paidós, 1994, cuestiona que un programa informático de preguntas y respuestas sea un «programa vacío» (p. 365) dado que sus símbolos «están completamente desprovistos de significado para el ordenador» (p. 366). Solo habría «sintaxis» pero no «semántica» puesto que el programa realiza «manipulaciones formales de patrones no interpretados». Se podría decir entonces que la máquina «no está *realmente* respondiendo» ya que «no puede comprender las preguntas» (p. 370). Efectúa simplemente un «cálculo lógico» mediante «reglas abstractas para comparar y transformar símbolos, no en virtud de su significado, sino meramente por referencia a su forma» (p. 371). Pero Boden objeta que lo que hace el ordenador «tiene una base en la semántica» (p. 373) y hay «un inicio de comprensión», aunque solo sea la que se requiere para «comparar dos estructuras formales» o «construir una nueva» siguiendo ciertas reglas (p. 374). En cuanto al problema del sentido VARELA, F. J., *Conocer. Las*

la dimensión del sentido. Con todo, nuestra relación con las máquinas va a exigir nuevas experiencias y teorías de la comunicación. Todavía no sabemos «las potencialidades de reacciones-respuestas que hoy podemos, y podremos cada vez mejor mañana, confiar a unas máquinas, a otro concepto de máquina»⁶².

El mismo derecho aparece como una maquinaria manejada por expertos. En vez de dar respuestas efectúa *prestaciones*. Su capacidad de respuesta depende de su capacidad operativa y es cuestión de rendimiento. Si se somete a una presión excesiva se recalienta, falla y puede bloquearse. Su *out-put* son los distintos productos que suministra. Presta un servicio que tiene que ser de calidad. El funcionario pasa a ser un *servidor* público. La prestación de servicios es más que una figura de derecho privado. La teoría del servicio público de los administrativistas se amplía a categoría general desde la que dar sentido a todo el derecho. Las instituciones se diseñan para ser cada vez más eficaces, más económicas, más rápidas, de más fácil manejo por ciudadanos convertidos en *usuarios* de programas. Las garantías jurídicas se parecen a controles de calidad.

Si el derecho es ya una máquina no extraña que se sirva de otras máquinas. La automatización de la toma de decisiones no es más que el avance consecuente de lo que comenzó llamándose técnica jurídica y se acabará convirtiendo en alta tecnología. La historia del derecho se concebirá entonces como un proceso de constante innovación e implantación de instrumentos de última generación. El pensamiento jurídico abandona su modelo dialógico y se presenta cada vez más como una *inteligencia computacional*, de carácter tecnocrático⁶³.

El derecho de una sociedad hipertecnológica está experimentando cambios profundos, que no han hecho más que iniciarse. No se trata tanto del surgimiento de nuevos problemas necesitados de regulación y de nuevos derechos como de una modificación sin precedentes de la

ciencias cognitivas: tendencias y perspectivas. Cartografía de las ideas actuales, trad. de C. Gardini, Barcelona, Gedisa, 1990, plantea un «enfoque conexionista», a diferencia de la «computación simbólica» que establece una «separación entre forma y sentido». En ésta el ordenador «respeto el sentido de los símbolos» y «solo manipula su forma», como si estuviera «vacía de sentido» (p. 78). Pero para el conexionismo «los ítems significativos no son símbolos sino complejos patrones de actividad entre las muchas unidades que constituyen la red» (p. 77). Aquí «el sentido no está localizado en símbolos particulares» sino que «está en función del estado global del sistema» (p. 78). Hay una «emergencia subsimbólica» de sentido, que no reside en los símbolos que lo componen sino «en complejos patrones de actividad que emergen de las interacciones de dichos componentes» (p. 79). La computación simbólica aparece en un nivel superior como descripción de «propiedades» que emergen del sistema subyacente y que no se entienden sin él (p. 80).

⁶² DERRIDA, J., *El animal que luego estoy si(gui)endo*, cit., p. 103.

⁶³ El derecho aparece entonces como un *servicio de respuesta* que funciona con algoritmos, con procesos y fórmulas preferiblemente automatizados, que *recibe preguntas y las convierte en respuestas* (expresiones tomadas de FINN, E., *La búsqueda del algoritmo. Imaginación en la era de la informática*, trad. de H. Castells, Barcelona, Alpha Decay, 2018, pp. 41 y 118).

forma mentis del jurista. La inteligencia jurídica está cambiando su estructura, su modo de pensar. Hasta ahora la inteligencia artificial ha pretendido imitar la inteligencia humana. A partir de ahora no será extraño que la inteligencia humana comience a imitar la de las máquinas. La respuesta jurídica, más que la conclusión de un razonamiento o el desenlace de un procedimiento, será el *resultado* de unas operaciones.

Todavía no sabemos cómo serán las máquinas que están por venir. La *tecnología de la inteligencia* inventará nuevas máquinas y surgirán nuevos modos de relacionarnos con ellas. En todo caso el porvenir del derecho está ya íntimamente asociado al de la máquina. No debemos recaer en los tópicos de denuncia de una deshumanización creciente de la sociedad o en la aversión a la técnica del existencialismo. Nadie que vea la historia del derecho en su conjunto puede sentir nostalgia del pasado. Tendremos que sortear peligros y no todo saldrá bien. Pero nuestros desafíos serán distintos de los del pasado y nosotros también seremos distintos.

Va a hacer falta mucha inteligencia jurídica para afrontar el futuro, e incluso para inventarlo, pues lo que vendrá depende también de los juristas. Siempre ha habido juristas-máquina. Los de la primera época de la mecánica fueron sustituidos por burócratas, más competentes y peligrosos, en la era industrial⁶⁴. Los actuales juristas autómatas serán sustituidos por máquinas de verdad y nuevos mecanicismos jurídicos.

El trato constante con máquinas favorece una *mentalidad orientada hacia la máquina*: nos convertimos en fabricantes y usuarios de máquinas. Algunos serán ante todo servidores de máquinas, profesionales dedicados al mantenimiento de la maquinaria jurídica. Pero lo que podamos delegar en la máquina deja espacio libre para lo más interesante. La descarga de actividades maquinales contribuye a despejar el campo de la inteligencia propiamente humana.

Un derecho implicado en los algoritmos de la inteligencia artificial requiere a la vez un pensamiento jurídico fuertemente desmecanizado. El esquema pregunta-respuesta opera también en la interconexión y «compatibilidad» del hombre y la máquina. Hay que trabajar con la máquina pero también hacerse preguntas y reflexionar sobre lo que plantea⁶⁵. Necesitamos un *jurista bilingüe*, que hable dos lenguajes: el

⁶⁴ WEBER, M., «Parlamento y gobierno en una Alemania reorganizada. Una crítica política de la burocracia y de los partidos», en *Escritos políticos*, trad. de J. Abellán, Madrid, Alianza, 1991, decía que el funcionamiento del Estado burocrático puede ser «calculado racionalmente sobre la base de normas generales fijas, igual que se calcula el rendimiento previsible de una máquina» (p. 129). El juez «es prácticamente una máquina automática de artículos jurídicos, en la que se introducen por arriba las actas y los costes y demás tasas, y sale luego por abajo la sentencia acompañada de los argumentos más o menos sólidos en que se basa», y es «en general calculable» (p. 131). Una organización burocrática es una «máquina viviente» (p. 144).

⁶⁵ Se corre el riesgo de *funcionar sin pensar* pues, como dice LUHMANN, N., *Fin y racionalidad en los sistemas*, cit., un algoritmo es «una regla decisoria que puede cumplirse esquemáticamente sin necesidad de plantearse a un tiempo el sentido del cumplimiento» (p. 287).

natural y el de la máquina. Y por lo tanto un *jurista traductor*, ya no solo entre el lenguaje de la calle y el del derecho, sino entre el pensamiento (*logos*) y el cálculo (*ratio*). Alguien capaz de ser a la vez programador y desprogramador, de afrontar el desafío de lo intraducible.

7. CAPACIDAD DE JUZGAR

Dar respuesta es formular un juicio. Para ello se requiere capacidad de juzgar, tanto si se trata de una cuestión que hay que regular (legislación) como de un caso que hay que resolver (jurisdicción). Hay que decidir, y una buena decisión requiere buen juicio.

La facultad de juzgar es una de las más complejas e importantes de la mente humana. Kant la definió como «facultad de pensar lo particular»⁶⁶. No es búsqueda abstracta de lo universalmente válido sino pensamiento concreto de lo contingente, pues todo lo particular «encierra algo contingente»⁶⁷. Y distinguía dos clases de juicio: el que consiste en subsumir un caso bajo una regla (juicio *determinante*) y el que, por carecer de criterio previo, deriva la regla de lo particular (juicio *reflexionante*)⁶⁸.

El *modus operandi* de la actividad de juzgar no es mecánico. Aunque se pueda orientar y encauzar *no se puede programar*. No se puede determinar, aunque se puede acotar en parte. Hay un *ars iudicandi* pero no fórmulas para la formación del juicio. Aun cuando haya reglas que aplicar, no las hay para saber cómo hacerlo. Se necesita «un talento peculiar que solo puede ser ejercitado, no enseñado», un «ingenio natural» que no puede ser transmitido ni aprendido. Los que no tienen el «talento natural del Juicio», la «disposición natural», pueden conocer muchas reglas, pero «no saben distinguir, a pesar de comprender lo universal en abstracto, si un caso concreto cae bajo tales reglas»⁶⁹. No saben qué hacer con ellas. Entre la teoría y la práctica hace falta «un término medio como enlace para el tránsito»: un «acto de la facultad de juzgar». Pero es un «don natural», y «puede haber teóricos que nunca en su vida serán capaces de convertirse en prácticos, porque carecen de la facultad de juzgar»⁷⁰.

Para juzgar se requiere en primer lugar una «experiencia imaginativa», una «apreciación imaginativa» del asunto sobre el que hay que pronunciarse. Al que juzga «se le exige tener la capacidad y el deseo

⁶⁶ KANT, I., *Crítica del juicio*, trad. de M. García Morente, Madrid, Espasa Calpe, 1991, Introducción, IV, p. 105.

⁶⁷ *Ibidem*, 76, p. 384.

⁶⁸ Cfr. *ibidem*, Introducción, IV, pp. 105 s.

⁶⁹ *Id.*, *Crítica de la razón pura*, trad. P. Ribas, Madrid, Alfaguara, 1989, A 133-134, B 172-174, pp. 179 s.

⁷⁰ *Id.*, «En torno al tópico: “Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica”», cit. pp. 3 s.

de poner ante sí mismo, en la imaginación, todos los intereses en conflicto, junto con todos los hechos relevantes del caso, y de prestarles, al evaluar cada uno de ellos, la misma atención que si esos intereses fueran los suyos»⁷¹.

El juicio es además una *actividad creativa*. No consiste en constatar ni en demostrar. No es descubrimiento, deducción ni inducción. No es una actividad meramente reproductiva. Emitir un juicio es generarlo, producirlo. Aunque cuente con premisas vinculantes no se deriva de lo ya conocido. Es obra de la «imaginación productiva», que concibe diversas posibilidades, las examina y discrimina entre ellas⁷².

La respuesta del derecho es siempre «creación de normas jurídicas», dentro de un ordenamiento dinámico que activa una «cadena de creación del derecho». No solo es creativa la legislación. La misma jurisprudencia «no posee un carácter meramente declarativo» sino «constitutivo», en la medida en que efectúa «la prosecución del proceso de creación del derecho desde lo general hasta lo individual»⁷³. Siempre se trata de *producción de normas*, en un derecho caracterizado por «regular su propia producción». Dar respuesta no es mero ejercicio de redundancia, no es *repetición* sino *re-producción* (nueva producción, producción de algo nuevo). La norma general «no puede predeterminar todos los momentos que justamente aparecerán con las peculiaridades del caso concreto». El derecho aplicable proporciona «un marco dentro del cual tiene que producirse la norma jurídica individual», que puede ser «más o menos estrecho o amplio»⁷⁴. La decisión puede estar preparada, prevista, predispuesta, pero no totalmente predeterminada.

Por otra parte el juicio no es una actividad particular (resultado de un *sensus privatus*) sino *social*, que apela a un sentido común (*sensus communis*) pues «se solicita la aprobación de todos los demás»⁷⁵. El buen sentido que lo sustenta no es privativo sino compartido. El derecho busca una *respuesta convincente*.

Se requiere un «modo de pensar» que sea «amplio». El que juzga no puede permanecer encerrado en sí mismo sino que «reflexiona sobre su propio juicio desde un punto de vista universal (que no puede determinar más que poniéndose en el punto de vista de los demás)». Lo hace «comparando su juicio con otros juicios no tanto reales como más

⁷¹ RAWLS, J., «Esbozo de un procedimiento de decisión para la ética», en *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, trad. de M. A. Rodilla, Madrid, Tecnos, 1999, p. 63. Es un «conocimiento simpatético» (p. 63).

⁷² Aunque se adopte la terminología de KANT, I., *Crítica de la razón pura*, cit., en este punto no se sigue fielmente su pensamiento. La imaginación *productiva*, a diferencia de la reproductiva, se caracteriza por su «espontaneidad» (B 152, p. 167).

⁷³ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho: Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, primera edición de 1934, trad. de G. Robles y F. F. Sánchez, Madrid, Trotta, 2011, pp. 84, 83, 93 y 94.

⁷⁴ *Id.*, *Teoría pura del derecho*, trad. de R. J. Vernengo, cit., pp. 232 y 254.

⁷⁵ KANT, I., *Crítica del juicio*, cit., 19, p. 175.

bien meramente posibles, y poniéndose en el lugar de cualquier otro, haciendo solo abstracción de las limitaciones que dependen casualmente de nuestro juicio propio»⁷⁶. Se pasa de lo privado a lo público, de lo meramente subjetivo a lo que presenta, no necesariamente validez universal, pero sí cierta objetividad: la de lo intersubjetivo.

El buen juicio tiene pretensión de validez intersubjetiva y es ejercicio de *razón pública*. No busca la verdad absoluta de lo racional sino la opinión compartida basada en «juicios razonables»⁷⁷. Para ello hace falta ser un «hombre razonable»⁷⁸. La «respuesta razonable» no se justifica simplemente con un «razonamiento válido» sino mediante «la argumentación dirigida a los otros», con premisas y conclusiones que pensamos que «razonablemente podrían aceptar»⁷⁹.

La respuesta jurídica se caracteriza además por la *búsqueda de justicia*. No se conforma con ser una respuesta correcta, conforme a las reglas. Pero nadie puede apropiarse de la idea de justicia, que no es tanto un saber como una *inquietud*⁸⁰. El *deseo* de justicia expresa la búsqueda de respuesta adecuada, satisfactoria, de la mejor respuesta posible. Para ello no cesa de hacer preguntas al derecho⁸¹.

8. RESPUESTA ADECUADA

La respuesta adecuada procede de una actividad prudencial. Prudencia no significa aquí significa moderación o cautela, sino sensatez o *buen juicio*. Y se presenta no tanto como virtud moral sino como

⁷⁶ *Ibidem*, 40, pp. 247 y 245. Kant pretendía la aprobación de toda la humanidad como comunidad juzgadora. PERO ARENDT, H., *Conferencias sobre la filosofía política de Kant*, edic. de R. Beiner, trad. de C. Corral, Barcelona, Paidós, 2003, lo limita a una comunidad humana determinada. Por eso no traduce el «allgemein» kantiano por «universal» sino por «general». Cfr. p. 132, nota 155 (nota del editor).

⁷⁷ RAWLS, J., *El liberalismo político*, trad. de A. Domènech, Barcelona, Crítica, 1996, p. 87. Para la distinción entre lo racional y lo razonable cfr. *id.*, «El constructivismo kantiano en la teoría moral», en *Justicia como equidad*, cit., pp. 223 ss.

⁷⁸ Para *id.*, «Esbozo de un procedimiento de decisión para la ética», cit., el «hombre razonable» se caracteriza por su «disposición a encontrar razones a favor o en contra» de las distintas posiciones (p. 62), por su «mente abierta» (p. 63), dispuesta a reconsiderar sus opiniones, y por su capacidad para ser consciente y distanciarse de sus predisposiciones o prejuicios. Basta con que tenga una «inteligencia media» (p. 62).

⁷⁹ *Id.*, *El derecho de gentes y «Una revisión de la idea de razón pública»*, trad. de H. Valencia, Barcelona, Paidós, 2001, pp. 169 y 179.

⁸⁰ Ante la cuestión de si hay criterios de justicia precisa LARENZ, K., *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, trad. de L. Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1990, que «si por “criterios” entendemos modelos para dar automáticamente una respuesta exacta, hay que contestar negativamente» (p. 47).

⁸¹ MARINA, J. A., *Teoría de la inteligencia creadora*, cit., advierte que «la inteligencia no es un ingenioso sistema de respuestas, sino un incansable sistema de preguntas» (p. 149).

«sabiduría práctica». Es un rasgo específicamente humano: el ordenador no es capaz de distinguir lo adecuado, lo conveniente, lo oportuno.

La prudencia es una forma de *inteligencia práctica* para desenvolverse en circunstancias concretas y variables. Es un *saber hacer*, una *habilidad* o destreza, y no un conocimiento solo teórico. Y tampoco es un mero empirismo que actúa sin criterio, ni una predisposición psicológica, sino un *modo de pensar* consecuente.

Es un saber pero *no es ciencia*, pues no se mueve en el dominio de lo necesario sino de lo contingente⁸². No es un saber demostrativo sino tentativo. No procede por derivación a partir de principios, pero requiere reflexión: examina posibilidades, baraja razones, exige una buena deliberación. Y no solo incluye un aspecto discursivo, sino también intuitivo, en la medida en que capta lo que es adecuado sin disponer de una argumentación concluyente.

Implica *buen tino* y *agudeza*⁸³. Pero *acertar* con la respuesta adecuada no es producto del azar sino de una acción consciente que sabe situarse en la buena dirección, que no habría que llamar astucia por lo peyorativo de este término. Y requiere *sentido de la oportunidad*, pues el espacio y el tiempo de la acción no son dimensiones homogéneas, indiferentes y abstractas.

El *razonamiento prudencial* no es especulativo: está estrechamente vinculado con la experiencia. Nace de la experiencia concreta que le ocupa y despierta la memoria de experiencias anteriores. Para juzgar bien es preciso tener «experiencia de las acciones de la vida», pues «los razonamientos parten de ellas y versan sobre ellas» y no simplemente sobre principios⁸⁴. El *juicio experimentado* no es un mero juego conceptual: se roza con la realidad y puede cuestionar las construccio-

⁸² Cfr. ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, publicada conjuntamente con *Ética Eudemia*, trad. de J. Pallí, Madrid, Gredos, 1993, 1140b, pp. 274 y 275. La prudencia es una *virtud intelectual* que pertenece a la *parte racional* del alma, y dentro de ésta a la que «forma opiniones» (1140b, p. 274). En tanto que *virtud dianoética* concierne al pensamiento, y no solo al carácter. No es un pragmatismo ciego, que se orienta sin saber cómo, sino un tipo de conocimiento. Y «en saber discernir lo que es prudente radica el ser inteligente» (1143a, p. 283). AUBENQUE, P., *La prudencia en Aristóteles*, trad. de M. J. Torres, Barcelona, Crítica, 1999, la caracteriza como «inteligencia crítica» (p. 62), como un «intelectualismo existencial» que «particulariza, individualiza, relativiza la inteligencia, pero no renuncia al intelectualismo» (p. 63). Es un «intelectualismo práctico» (p. 165). KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de J. Mardomingo, Barcelona, Ariel, 1996, la considera solo como una «habilidad» (p. 165), un saber hacer pragmático que únicamente tiene «fundamentos empíricos» y solo puede formular «consejos (*consilia*)» pero no «mandatos (*praecepta*)» (p. 167). Cfr. también «Crítica del juicio», cit., *Introducción*, I, pp. 96 ss.

⁸³ Cfr. ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, cit., 1142a, pp. 279-280. Para HEGEL, G. W. F., *Enciclopedia filosófica para el curso superior*, trad. de M. Maureira y K. Wrehde, Buenos Aires, Biblos, 2009, la agudeza o perspicacia (*Scharfsinn*) «consiste en aprehender diferencias que no están a la vista, y en notar, a través de la reflexión, relaciones más finas y más profundas» (§ 169, p. 101).

⁸⁴ ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, cit., 1095a, p. 132.

nes abstractas⁸⁵. La prudencia es una facultad práctica *relativizadora* del formalismo de la teoría. Es además un «“saber” humano, humano por sus límites, pero humano también por su atención al hombre»⁸⁶. Frente a una racionalidad autosuficiente ejerce la *sabiduría de los límites*. No busca lo absoluto sino lo *conveniente*.

De este modo se efectúa la transición de la justicia a la equidad, pues «el juicio es el discernimiento recto de lo equitativo»⁸⁷. Incorpora a la *rectitud* la capacidad de *rectificación*. Introduce *flexibilidad* (uno de los componentes de la inteligencia) frente a la rigidez de la norma. Como justicia del caso concreto practica una «corrección de la ley»⁸⁸. Es un mecanismo de *ajuste* que reconsidera la primera apreciación. Pone en práctica un «juicio comprensivo»⁸⁹. Adopta una posición *razonable* más que estrictamente racional⁹⁰.

En términos pascalianos, se trata del «espíritu de finura» frente al «espíritu de geometría»⁹¹. Hay un tipo de «rectitud» no geométrica que

⁸⁵ Lo refleja bien la antítesis entre la lógica y la vida en IHERING, R. VON, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. de E. Príncipe y Satorres, Granada, Comares, 1998: «La vida no debe plegarse a los principios, sino que éstos deben modelarse sobre aquélla. No es de ningún modo la lógica, es la vida, son las relaciones, el sentimiento jurídico, quienes reclaman lo que debe ser, y la necesidad o imposibilidad lógica nada tienen que ver con ello» (LXIX, p. 1020).

⁸⁶ AUBENQUE, P., *La prudencia en Aristóteles*, cit., p. 174.

⁸⁷ ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, cit., 1143a, p. 282.

⁸⁸ *Ibidem*, 1137b, p. 263.

⁸⁹ *Ibidem*, 1143a, p. 282. No solo requiere comprender, sino ser *comprensivo* y manejar la «indulgencia» del juicio, en expresión de AUBENQUE, P., *La prudencia en Aristóteles*, cit., p. 173. Indulgencia no es aquí permisividad, favor ni disimulo, sino flexibilidad. Se situaría en la línea de ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, cit., que reclama «soluciones dúctiles» (p. 123). La *jurisprudencia* requiere «ductilidad constitucional» (pp. 14 ss.) y una «dogmática fluida» (pp. 17 ss.).

⁹⁰ Para AUBENQUE, P., *La prudencia en Aristóteles*, cit., el juicio «no es subsumir lo particular bajo lo universal» sino «penetrar con una razón más ‘razonable’ que ‘racional’ lo sensible y singular» (p. 173). Recasens Siches, L., *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, Porrúa, 1980, insistía en que «necesitamos la lógica de lo humano, la lógica de lo *razonable*, a diferencia de la lógica de lo racional» (p. 143). Cfr. también pp. 166, 173, 279, y 287 ss.

⁹¹ En PASCAL, B., *Pensamientos*, trad. de J. Llansó, Madrid, Alianza, 1994, se traduce *finesse* por «fineza» (p. 182), pero aquí se opta por finura. En *id.*, *Pensamientos. Opúsculos. Cartas*, trad. de C. R. De Dampierre, Madrid, Gredos, 2012, se opta por «sutileza» (p. 534). Se trata del fragmento núm. 1 de Brunschvicg (numeración por la que se citará en lo sucesivo). La finura (tanto como la *finesse* francesa o la *finezza* italiana) es una forma de *delicadeza*. En su aspecto cognitivo implica el detalle y la matización de la sutileza y la penetración de la agudeza. Tiene que ver también con la elegancia y se puede conectar con la *elegantia iuris*. No es solo cuestión estética, de «belleza jurídica», en la línea de IHERING, R. VON, epígrafe XLI de *El espíritu del derecho romano* sobre «La construcción jurídica», recogido en trad. de S. Sanjosé por P. Casanovas y J. J. Moreso (Eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 2000, pp. 96 ss., sino la capacidad de elegir adecuadamente. La *elegantia* se relaciona estrechamente con la *intelligentia*: es cuestión de *eligere*, como señala ORTEGA Y GASSET, J., «El mito del hombre allende la técnica», en *Meditación de la técnica y otros ensayos sobre ciencia y filosofía*, Madrid, Alianza, 1996, pues «el hombre es inteligente, en los casos en que lo

deriva del «espíritu de justeza». No piensa abstractamente, sacando conclusiones de unos pocos principios, sino que penetra «viva y profundamente» en «cosas que tienen muchos principios» o aspectos a tener en cuenta⁹². Los geómetras razonan de modo demostrativo, en el terreno despejado de los «principios claros y elementales», pero su modo de proceder hace que «se pierdan en las cosas de finura, en donde los principios no se dejan manejar así». Y «la finura es parte del juicio»⁹³.

Hace falta «buen vista», una «vista bien clara» y un «sentido muy delicado y muy claro» para «juzgar recta y justamente». Hay que percibir detalles significativos, matices sutiles, con una mirada despejada y penetrante. Y también «ver la cosa de un golpe, de una sola mirada y no por progreso de razonamiento, al menos hasta un cierto punto», con una visión sinóptica, capaz de «juzgar de un solo vistazo». Pero no hay que conformarse con la captación meramente intuitiva del «golpe de vista». La finura no ahorra el esfuerzo de «buscar los principios»⁹⁴.

Además de calcular, operar o razonar, hay que tener *vista* y «ojo jurídico»⁹⁵. Manejar solo procedimientos mecánicos, fórmulas y algoritmos, puede ser como juzgar a ciegas. Y hay que tener también *tacto*, metáfora que apela a la *sensibilidad*. El buen sentido es una forma de sensibilidad. Sin sensibilidad no puede haber respuesta adecuada.

es, porque necesita elegir» (p. 106). La elegancia plantea también una cuestión de *estilo*. VIEHWEG, T., *Tópica y jurisprudencia*, cit., distingue entre método y estilo. Así, la tónica jurídica «no es un método, sino un estilo, que tiene, como cualquier otro estilo, mucho de arbitrio amorfo y muy poco de comprobabilidad rigurosa», y «con alguna aptitud se puede imitar y practicar». Como «actitud espiritual que se ejercita» puede alcanzar «un alto grado de perfección» (p. 115). El estilo es un rasgo exclusivamente humano. De una máquina o de un animal no puede decirse que tenga un buen o mal estilo. Se puede plantear una *estilística* jurídica, no referida solo al modo de expresión, sino ante todo a la forma de pensar y de proceder.

⁹² PASCAL, B., *Pensamientos*, trad. de J. Llansó, cit., 2, p. 181. El término original es *justesse*.

⁹³ *Ibidem*, 1 y 4, pp. 182 y 183.

⁹⁴ *Ibidem*, 1 y 3, pp. 182, 183 y 224.

⁹⁵ IHERING, R. VON, *El espíritu del derecho romano*, en P. Casanovas y J. J. Moreso (Eds.), *El ámbito de lo jurídico*, cit., XLI, p. 99. Se refiere también a la «agudeza jurídica» (p. 95), a la «intuición o percepción jurídica» (p. 98) y a la «*vista* jurídica» (p. 99). Romano, S.; *Fragmentos de un diccionario jurídico*, trad. de S. Sentís y M. Ayerra, Granada, Comares, 2002, voz «Juristas», trata de «la particular vista o intuición que los médicos designan con la expresión de “ojo clínico” y los juristas con la expresión de “sentido jurídico”», que «la experiencia y el ejercicio puede aguzar y afinar, pero que en su mayor parte es innato y no se adquiere» (p. 162). No basta con tener el derecho a la vista: hay que «tener ojo» para «dominar y escrutar en las mínimas particularidades» el horizonte inmenso y cambiante de «la vida social entera» (p. 161).

Derecho público y Derecho privado en el pensamiento de Marx

Public and Private law in Marx's Thought

Por EUGENIO MUINELO PAZ
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN

El presente trabajo pretende ofrecer una visión de conjunto de las perspectivas marxianas sobre la articulación de Derecho público y Derecho privado, tal y como estas se fueron desarrollando a lo largo de su evolución intelectual y en algunos de sus continuadores en esta temática (Max Adler, Karl Renner). La principal premisa de la investigación es que las interpretaciones economicistas del derecho y la política como formaciones superestructurales no dan cuenta de la complejidad dialéctica y sociológica del pensamiento de Marx, lo cual no está reñido, sin embargo, con que desde un enfoque estrictamente marxiano el Derecho y el Estado puedan ser analizados, en efecto, en términos de dominación social.

Palabras clave: *Derecho, Estado, capitalismo, dominación, republica-*
nismo.

ABSTRACT

This paper aims to offer an overview of the Marxian perspectives on the articulation of Public Law with Private Law, as these were developed throughout his intellectual evolution and in some of his followers in this subject (Max Adler, Karl Renner). The main premise of the research is that economi-

cist interpretations of law and politics as superstructural formations do not account for the dialectical and sociological complexity of Marx's thought, which is not incompatible, however, with the fact that, from a strictly Marxian approach, law and the State can be analyzed, in effect, in terms of social domination.

Keywords: Law, State, capitalism, domination, republicanism

SUMARIO: 1. ESTADO Y DERECHO EN LOS TEXTOS DE JUVENTUD. – 2. LA COMPRESIÓN RELACIONAL DEL ESTADO EN EL MARXISMO AL HILO DEL DEBATE ADLER-KELSEN. – 3. EL CAPITAL COMO CRÍTICA DEL DERECHO PRIVADO.

SUMMARY: 1. STATE AND LAW IN THE EARLY TEXTS. – 2. MARXIST RELATIONAL UNDERSTANDING OF THE STATE WITH REGARD TO THE ADLER-KELSEN DEBATE. – 3. CAPITAL AS A CRITIQUE OF PRIVATE LAW.

1. ESTADO Y DERECHO EN LOS TEXTOS DE JUVENTUD

Es nuestra intención presentar aquí a un Marx pensador del derecho, preocupado de manera decisiva por desentrañar su estructura íntima e identificar su función de catalizador y, a la vez, de marco dentro del cual se despliegan la totalidad de las relaciones sociales. Desde luego, la propuesta no es novedosa. Por fortuna, hace ya tiempo que nos hemos desembarazado del tópico del Marx economicista cuyos análisis del Derecho y del Estado se reduciría a la constatación de que estos no son *de facto* sino un «reflejo» ideológico-superestructural de las relaciones de producción que se dan al nivel de la estructura económica, lo cual conduciría indefectiblemente a una visión puramente «instrumental» de la normatividad jurídica como mero aparato al servicio de la dominación de clase. En el fondo, este viejo prejuicio del marxismo vulgar lo que hace es despojar el pensamiento de Marx de todas las innovaciones metodológicas y críticas que este supuso con respecto a la economía política clásica, la cual, pese al adjetivo que la determina, obviaba por completo la incardinación de las relaciones económicas dentro del entramado jurídico del Estado, considerándolas como respondiendo exclusivamente a su propia lógica autónoma e independiente de todo otro factor extraeconómico. Por el contrario, lo que podemos obtener de Marx es una lúcida interpretación de la interpenetración de los planos jurídico, político y económico, de su condicionamiento recíproco y de su función social, así como una crítica mordaz –en un sentido, como veremos, algo distinto del que le otorgó

la vulgata marxista— de su utilización por la clase dominante con vistas a neutralizar y contener los conflictos que se dan en el seno del orden social y que necesariamente lo desgarran (pues son su «esencia» misma; también, contraintuitivamente, la de la «sociedad sin clases»).

El itinerario que nos disponemos a recorrer está jalonado por dos textos de juventud redactados en torno a la misma época, en 1843 y en 1842 respectivamente: la *Crítica del derecho del Estado de Hegel* y «Los debates sobre la Ley acerca del robo de leña», publicado en la *Gaceta renana*. A pesar de pertenecer ambos al así llamado periodo «radical-liberal» de Marx, aquí se acentuará más bien la continuidad de los planteamientos en ellos expresados con respecto a la obra de madurez. En primer lugar, la discusión con Hegel nos permite entrever la crítica marxiana de la entera tradición del pensamiento político moderno centrado en torno a la idea del Estado como esfera de reconciliación de los antagonismos sociales. Contra ella, Marx esgrime una vivisección sociológica del Estado moderno que desbarata la distinción fundamental sobre la que se asienta la teoría política: la existente entre una sociedad civil caótica e informe y un Estado ordenador y racional. Pero, como siempre en Marx, sus intuiciones no son tan solo epistemológicamente fértiles, sino que están dotadas de una formidable potencia crítica. En este caso, porque de lo que se trata finalmente, como mostraremos en la estela de Miguel Abensour, es de *politicizar* la propia sociedad civil: ese es el sentido «republicanizante» (y no el «anarquizante» que le atribuían mentes tan preclaras, entre otras, como la de Hans Kelsen) de la tan célebre como no siempre correctamente entendida «extinción del Estado» que Marx tematizará sobre todo en sus reflexiones acerca de la Comuna de París.

En la concepción hegeliana del Estado percibe Marx la tendencia profundamente antidemocrática inherente a toda visión del Estado como hipóstasis de lo social, como ente separado y autónomo con respecto a las relaciones sociales que está llamado a dominar. No podemos detenernos en ello ahora, pero tal crítica del Estado guarda una estrecha relación con el programa marxiano de «realización de la filosofía», tal y como fue plasmado en la *Introducción a la Crítica de la filosofía del derecho de Hegel*: del mismo modo que el pensamiento no se basta a sí mismo y ha de «verificarse» en la *praxis*, dimensión desde la que adquiere su pleno sentido, así el Estado ha de contemplar familia y sociedad civil, no como la «finitud» escindida de sí cuya «infinitud» él es, sino como sus «premisas», que «son, en realidad, los factores activos» (Marx, 1982: 322). Asistimos aquí, pues, a un verdadero *tour de force* que Marx le imprime a la dialéctica, en su vertiente teórica y en su vertiente política: el pensamiento ha de partir de la facticidad y no está nunca legitimado para subsumirla e integrarla a través de su racionalización; del mismo modo, el Estado no puede erigirse en único representante autorizado de la multiforme y plural vida del *dêmos*, siempre atravesada de complejidad y división insuturables. Nótese, por tanto, lo atinado del subtítulo que Miguel Aben-

sour eligió para su certero texto sobre las cuestiones que estamos sobrevolando: *Marx y el momento maquiaveliano*. No en vano Marx trabaja, como el florentino, desde dos presupuestos fundamentales que orientan todo su pensamiento: por un lado, el de la irreductibilidad de la praxis a la teoría; y, por otro, menos comúnmente aceptado en el caso de Marx, el de la división interna de lo social, que ningún cierre ideológico puede totalizar. La propia vida del Estado, como la de la Idea, no consiste sino en el movimiento de enajenación de sí y de incorporación de lo otro de sí (la sociedad civil, el pueblo). La soberanía política no sería sino la cristalización institucional de dicho movimiento, que para Hegel vendría encarnada en la figura del monarca constitucional. Marx rechaza de plano esta forma de entender la política por sostenerse sobre distinciones puramente abstractas ajenas al devenir real de las relaciones sociales y, lo que es peor, proclives a paralizar estas últimas en virtud de la pasividad que se les asigna (en Hegel es evidente que irracionalidad y pasividad son por completo coincidentes, y que no hay nada más irracional que el fortuito choque de los intereses particulares que constituye la sociedad civil).

Antes de abandonar al Marx de juventud, no queremos dejar de señalar que su formación más temprana no estuvo dirigida solo a la filosofía, sino también, lo cual será en su vida un hito preñado de consecuencias, al Derecho. Si bien es cierto que el enfrentamiento con Hegel desde posiciones materialistas fue todo un revulsivo que en parte disparó la carrera intelectual de Marx, no lo es en menor medida que fueron cuestiones jurídicas las que preocuparon de un modo más intenso al joven Marx, quien, entre otros, estudió bajo el magisterio de Savigny en Berlín. Elocuente ejemplo de tal preocupación son los artículos sobre «Los debates sobre la Ley acerca del robo de leña», en los que Marx se plantea, no, como hará en el texto sobre Hegel que venimos de comentar, la ilegitimidad de un poder público detentado por una soberanía estatal independizada del pueblo, sino la ilegitimidad de un ordenamiento jurídico que difunde capilarmente a través del cuerpo social la estructura asimétrica de la sociedad de clases. Se centra Marx aquí, pues, en su aspecto iusprivatístico, aunque es consciente obviamente de que este está sancionado por el poder del Estado, sobre todo, en virtud de esa híbrida intersección entre Derecho civil y Derecho público que es el Derecho penal, aunque las exposiciones más manualísticas tiendan a insertarlo unívocamente dentro del Derecho público; no así ese sagaz jurista marxista que fue Karl Renner, quien sí se apercibió con lucidez de que «el derecho civil de la propiedad es, por lo demás, solo un fantasma sin el proceso civil, ese importantísimo complemento iuspublicístico suyo» (Renner, 1965 [1.ª ed., 1929]: 54). En síntesis, el texto viene a denunciar que las disposiciones legales que se están estableciendo en la Dieta Renana a colación de los casos de robos de leña caída (nótese esto último, pues considerar la leña caída –no las ramas del propio árbol ni la leña ya cortada por el propietario, que sí remiten, admite Marx, a un incuestionable

derecho de propiedad— como *propiedad* del dueño de las tierras implica para Marx que al desposeído se le está vedando hasta el acceso a las *res nullius*), tales disposiciones, dice Marx, no son sino subterfugios para-jurídicos y arbitrarios con los que encubrir la funcionalidad larvada del sistema legal vigente para con los intereses particulares de la clase propietaria. Se ha hablado al respecto de un cierto iusnaturalismo del joven Marx, que sería la premisa teórica de su crítica del Derecho positivo. Sin querer suscribir dicha genealogía ni refutarla —del mismo modo que su supuesto «liberalismo»—, hay que reconocer que el propio Marx da indicios inequívocos en esa dirección cuando le reprocha a la Escuela Histórica del Derecho (en la que él se ha formado, recordamos) que su pretensión de objetividad histórica en la reconstrucción de las grandes tradiciones jurídicas (mera expresión del *Volksgeist* correspondiente, y no enjuiciable desde ningún otro cosmos histórico-cultural) le sustrae al Derecho toda su fuerza racional y normativa, toda capacidad de reorientar la praxis social en un sentido diverso del existente. Así condensa Marx la veta positivista de la Escuela Histórica en su crítica de uno de sus representantes más significativos, Gustav von Hugo:

Si lo *positivo* tiene que regir *porque es positivo*, debo probar que lo *positivo* no rige *porque es racional*, y ¿cómo podría hacerlo con mayor evidencia que demostrando que lo irracional es positivo y que lo positivo no es racional? (Marx, 1982: 238).

Las leyes vigentes son válidas porque son el fruto de una evolución histórica propia y autofundante; esto es, son válidas *porque* son válidas: he ahí la tautología que se halla a la base de todo razonamiento jurídico que remita a la positividad fáctica para justificarse a sí mismo. Bajo esa ideológica apariencia de científicidad (por mucho que Kelsen no sea en absoluto un vástago de Savigny, también a él le sería aplicable esta crítica, pues su análisis formal de la juridicidad, si bien no reposa sobre condicionamientos históricos, desemboca en la misma imposibilidad de una crítica inmanente del sistema jurídico en el que uno está ínsito), bajo esa apariencia, decimos, Marx logró atisbar que lo que se esconde es una «piedra filosofal para transformar en oro jurídico toda pretensión ilícita» (Marx, 1983: 210), una transustanciación de la utilidad del propietario en determinación legal.

Contra ello, Marx esgrime no tanto un Derecho natural cuanto uno *consuetudinario*, a saber, el de la masa desposeída, cuya forma, muy en sintonía con la tradición histórica del republicanismo, es la de la ley *general* fundada en la *libertad* de los a ella sometidos. Tal derecho lo califica Marx, un tanto confusamente, como «Derecho humano» (Marx, 1982: 211), mas en un sentido muy diverso del de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que deconstruirá en *La cuestión judía*, y que el propio Marx glosa de una manera más precisa en el texto que estamos comentando como «Derecho consuetudinario racional». Asumiendo la equivalencia entre racionalidad y

Derecho, Marx asevera que el Derecho que ampara la dominación de clase no es verdaderamente tal, dada su completa arbitrariedad. Por ejemplo, los Derechos nobiliarios, como efectivamente dictamina la Escuela Histórica, son el resultado histórico de una «costumbre», de un modo de estructuración social heredado (en ese sentido, cabría hablar también de un derecho consuetudinario, si bien ello implicaría renunciar a toda la carga normativa que el joven Marx quiere restituirle a la Ley y al Derecho), pero, en sentido estricto, «no pueden ser transformados en leyes porque han sido formados por la falta de leyes» (Marx, 1982: 212). Por el contrario, el Derecho consuetudinario de los pobres se torna así, paradójicamente, en un derecho *contra la costumbre* y contra el derecho positivo, cuyas fuentes apunta Marx, como *en passant*, se encuentran en los diferentes derechos germánicos, cosa que bien podría uno cotejar con el monumental estudio *Das deutsche Genossenschaftsrecht* de Otto von Gierke, en el que se escudriña la impronta germánica de los derechos corporativos medievales y su extrañeza con respecto a las lógicas civilistas (esto es, contractuales e individualistas) a través de las que se vehicularán los Derechos modernos.

Pero este oxímoron de un «Derecho» arbitrario no es patrimonio exclusivo de las formaciones sociales en que la desigualdad estaba sancionada político-jurídicamente, esto es, iuspublicísticamente (de ahí que todas las instituciones jurídicas del Medievo fuesen una suerte de mezcla indistinguible de Derecho privado y de Derecho público). Lo que realmente inquieta a Marx es que el Derecho privado de las legislaciones liberales ha transformado las pretensiones arbitrarias de la clase dominante (de manera eminente, la propiedad privada y la reducción del sujeto jurídico a portador de mercancías) en exigencias legales *universales*, que ha formalizado, por así decirlo, los privilegios recubriéndolos de una pátina de igualdad jurídica que genera una estabilidad y una previsibilidad del ordenamiento jurídico mucho mayores. Ha juridificado, en definitiva, la totalidad de las relaciones sociales en un sentido netamente iusprivatístico. En obvia alusión a la crítica hegeliana de Kant y de la filosofía de la «reflexión», Marx achaca tal iusprivatización al hecho de que el «entendimiento» –y no la «razón», única instancia que permitiría el acceso a una esfera de igualdad no abstracta– se haya erigido en «órgano» del pensamiento ilustrado que se expresa en las legislaciones liberales. De su unilateralidad se sigue la eliminación de «las formas híbridas y fluctuantes de la propiedad aplicando las categorías ya existentes del Derecho privado, cuyo esquema se encontraba en el Derecho romano» (Marx, 1982: 214). Indicación genealógica sumamente esclarecedora esta, dado el origen parcialmente no estatal del derecho romano, cuya proyección histórica desde el redescubrimiento del *Corpus* justiniano en la Bolonia del s. XII se restringe casi exclusivamente a las instituciones del *ius civile*. Este bien puede considerarse como un hasta entonces inaudito mecanismo de reglamentación social a partir y a través de los pactos

privados y la moralidad positiva preexistente, sancionado naturalmente por el poder público pero salvaguardando su autonomía y su lógica interna (cfr. Capella, 1997: 69 y ss.). Desde luego, el Digesto ofrecía los moldes jurídicos idóneos para circunscribir reticularmente todas las relaciones sociales que se pueden dar en un sistema social que, como el capitalista, se articula de forma medular en torno al intercambio mercantil entre sujetos formalmente libres e independientes. Lo que el Derecho romano no proporcionaba, en cambio, era una forma desarrollada de derecho público, por lo cual este, ya no solo –lo cual es más evidente– en el caso del Estado «policía» o liberal, sino incluso en el del Estado intervencionista o asistencial y su Derecho administrativo, no manejará sino categorías de cuño iusprivatístico.

Así pues, las revoluciones modernas, con su programa de emancipación republicana de los «súbditos» en «ciudadanos», se quedaron en fraseología huera. Como Marx explorará en otros textos (en realidad, en toda su obra, pues es la incesante obsesión que la recorre), la propia idea de *citoyen* apunta a una esfera materialmente irreal de igualdad: el «Estado», el cual, como decimos, por el propio material jurídico iusprivatístico con el que está construido, exhibe una coherencia con el sistema de las relaciones económicas que lo hace prácticamente indistinguible de él. La realidad efectiva de la sociedad burguesa, la que refleja el *Code civil* napoleónico, no es sino la de la dominación estructural de un *bourgeois* sobre otro. Y ello aconteció así dado que, contra toda evidencia, «ninguna legislación abolió los privilegios de Derecho público de la propiedad, sino que solo le quitó su carácter fabuloso y le proporcionó un carácter civil» (Marx, 1982: 214).

Pero, ¿dónde se esconde el secreto de la dominación y la asimetría dentro del tejido de relaciones paritarias que es, a un nivel explícito, el derecho civil? Habrá que esperar a esa magna empresa de análisis crítico del ensamblaje entre derecho civil y economía política que es *El capital* para obtener una respuesta cabal a esa pregunta, pero en el texto que nos ocupa ya emerge una intuición que prelude de forma bastante inequívoca el célebre capítulo acerca de la acumulación originaria. Para Marx la condena y penalización de los «ladrones» de leña es clamoroso síntoma de que el Derecho moderno «pasa por alto el derecho de ocupación de la clase que, precisamente por el derecho de ocupación, es excluida de toda otra propiedad, y que en la sociedad civil ocupa la misma posición que aquellos objetos en la naturaleza» (Marx, 1982: 214). A la clase desposeída se le deniega, de tal modo, el mismo procedimiento por el que la clase poseedora se erigió en tal, haciendo degenerar así todo sentido objetivo y racional de la ley –la *isonomía*, ese ideal republicano que Marx nunca dejará de tener en mente– en el más ciego, desmedido y unilateral interés, siempre por fuerza anómico. Cuando el interés vence al Derecho, cuando el bien común se ve monopolizado por un interés privado, entonces la Ley en su totalidad se torna una *excepción*. Ante tal situación de caos jurídico e institucional, Marx aplaude las prácticas «ilegales» de los ladrones

de leña porque en ellas se patentiza un punto de fuga dentro del propio Derecho burgués, una exigencia de justicia aún no asimilada por el ordenamiento jurídico (de ahí que sea de índole consuetudinaria), pero que se propone dotarlo de un Derecho verdaderamente racional:

En esas costumbres de la clase pobre vive, pues, un sentido jurídico instintivo, su raíz es positiva y legítima y la forma del Derecho consuetudinario es tanto más adecuada cuanto que la existencia de la propia clase es hasta ahora una mera costumbre de la sociedad civil que no ha encontrado aún un lugar adecuado dentro de la estructuración consciente del estado (Marx, 1982: 215).

2. LA COMPRENSIÓN RELACIONAL DEL ESTADO EN EL MARXISMO AL HILO DEL DEBATE ADLER-KELSEN

Bob Jessop, en la estela de la descripción por Nicos Poulantzas del Estado como relación social, ha ido elaborando durante décadas de sostenido trabajo un enfoque de análisis por él denominado *estratégico-relacional*, del que aquí queremos hacernos eco en nuestra lectura de las posiciones del Marx de madurez acerca del Estado y del derecho. Su punto de partida es que toda teoría del Estado ha de entenderse a sí misma como parte de una teoría general de la sociedad y, sobre todo, de la articulación paradójica de Estado y sociedad. Paradoja consistente en que, «por un lado, [el Estado] no es sino un conjunto institucional entre otros dentro de una formación social; por otro lado, está cargado de un modo peculiar con la responsabilidad general de mantener la cohesión de la formación social de la cual es solo una parte» (Jessop, 2007:7). El Estado no puede ser abordado, desde esta perspectiva, ni como plenamente autónomo y capaz de dirigir desde sí mismo el devenir de la sociedad civil ni como mera «ideología» (al menos no el sentido vulgar de «irreal» o «inexistente») que se doblega dócilmente a los dictados de las lógicas económicas. El Estado es, por el contrario, la relación de fuerzas en la que se decide qué agentes logran modelar el tipo de formación social en cuestión, relación siempre tensa y necesitada del constante apoyo «extra-estatal» para mantenerse viva. Así, en expresión de Jessop, el Estado ostenta una «selectividad estratégica» para con el tipo de formación social en que se inserta, ya que él mismo ha dado lugar a ella, contribuye a robustecerla y es, a su vez, alimentado por ella. Huelga decir, por tanto, que tal concepción ha de reclamarse heredera de aquella –no por esquemática menos lúcida– interpretación gramsciana del Estado como el entramado solo metodológicamente diseccionable de sociedad *política* (esto es, el *gobierno* en sentido estricto, basado en la *coerción*) y sociedad *civil* (esto es, la *hegemonía* difundida a través del *consenso* y el auto-disciplinamiento).

Era esta cuestión, sin duda, la que latía en el fondo del debate mantenido en los años 20 entre Max Adler y Hans Kelsen acerca de la naturaleza de la comprensión marxista del Estado. Cuando Kelsen reivindica la necesidad de delimitar un concepto exclusivamente *jurídico* de Estado (liberándolo así de su ganga *sociológica*, por mucho que su definición no deje de guardar un cierto aire de familia con la weberiana del monopolio de la violencia legítima) caracterizado como «asociación de dominio» implementada a través de un «ordenamiento constrictivo» (Kelsen, 1982: 186 y ss.), lo que en realidad está dejando entrever es que solo puede haber análisis formal –y ello es sinónimo para Kelsen de científico– de la «sociedad política» de Gramsci, y que toda finalidad o funcionalidad sociales son ajenas a la estructura misma del Derecho. Si bien la identificación despsicologizante efectuada por Kelsen entre Estado y ordenamiento jurídico positivo podría perfectamente ser asumida por un marxista (así como la identidad sustantiva, también afirmada por Kelsen, entre Derecho público y Derecho privado), lo que ningún marxista podrá tolerar es la separación rígida entre Estado y sociedad. Adler lo justifica con claridad meridiana, atribuyéndole al marxismo una concepción *sociológica* del Estado –mas no en el sentido de recolección inconexa de los condicionamientos empíricos de la forma-Estado, sino en el de aprehender su historicidad radical y su carácter relacional–, que sería la única que deja abierta la puerta a la posibilidad de la *crítica*:

[E]l marxismo descubre en el Estado una forma de manifestación histórica de la sociedad. *Sociedad y Estado no son dos cosas distintas para los marxistas*, y sobre todo, no se oponen entre sí. Lo que habitualmente se presenta como esta oposición y que se señala también como tal, en un modo de expresarse no pleno, es la contradicción entre el nivel alcanzado en el desarrollo de las fuerzas productivas sociales y las formas de su aplicación proyectadas por el ordenamiento estatal. Pero esta contradicción se deriva precisamente del hecho de que sociedad y Estado no son dos esencialidades diversas, sino más bien del hecho de que, en condiciones totalmente determinadas, que se realizaron en la historia, *la sociedad existe precisa y únicamente bajo la forma del Estado* (Adler, 1982 [1.ª ed., 1922]: 101).

Entre Estado y sociedad no se da, pues, una antítesis cuasi-lógica como la que presupone Kelsen, sino un antagonismo real que no es, al fin, sino un antagonismo en el seno de la sociedad misma. Para poder captarlo y analizarlo Marx operó una desnaturalización crítica de los conceptos políticos y jurídicos muy análoga a la que, con mayor reconocimiento público, les aplicó a los conceptos económicos. Así como Marx mostró que ni la distribución ni el consumo son esferas autónomas en las que reinan la libertad, la igualdad y la fraternidad, sino que son *función de la producción*, del mismo modo reveló que la propia forma de participación en la producción ha de ser explicada en términos políticos, como efectos de la dominación de clase que cristaliza en

el Estado y que el propio Estado perpetúa, aun el sedicente Estado democrático.

Uno de los núcleos del pensamiento político de Marx lo constituye, efectivamente, su revisión crítica de la democracia representativa en aras de esa «verdadera democracia» que sobrevuela toda su obra desde el texto comentado sobre el derecho público de Hegel. La verdadera democracia (democracia *social* la llama Adler) no es para Marx compatible con ningún dominio de clase, de modo que las democracias «políticas» de los Estados modernos no son tales, o, a lo sumo, se quedan en la pura formalidad del «derecho igual para todos», suficiente, sin embargo, para el método jurídico positivo de Kelsen, que se puede permitir pasar por alto todas las «limitaciones» que la dependencia económica introduzca en el ejercicio de la ciudadanía democrática:

El hecho de que estas «limitaciones» se arraiguen, sin embargo, en el poder de clase de los grupos sociales en el estado, poder de clase que pone en juego su influjo *en el interior* de las formas jurídicas que tienen validez, el hecho de que estas limitaciones no puedan, por lo tanto, ser superadas legalmente, sino solo confiriéndole un contrapeso a este poder de clase a través de hechos extrajurídicos, hace que todo esto quede fuera de su estudio (Adler, 1982: 211).

Así, atrincherada tras el culto «constitucionalista» a la legalidad y al Estado de Derecho se agazapa la clase dominante, obviando que, si bien el Estado se regula evidentemente por el Derecho y que el Derecho es el fundamento del Estado, en realidad el Derecho mismo es un producto monopolístico del Estado. Es por ello que no encuentra mejor legitimación que disimular tal «circularidad» institucional escudándose para ello en el sufragio universal –tan elogiado, no lo olvidemos, por Marx, si bien en un contexto bien determinado, el de la Comuna de París, en el que el pueblo ya había destruido el aparato estatal e instaurado una suerte de «república social»–, el cual, en un Estado lacerado por los conflictos económicos entre clases, «no constituye una representación *popular*, porque en él no existe un pueblo solidario» (Adler, 1982: 254), en él solo impera la voluntad de poder de la clase que detenta el mando y que puede legitimar así, sin quebrantar en absoluto el orden jurídico, cualquier eventual privación de derechos de la minoría. De ello se sigue, como ya había denunciado el Lenin de *El Estado y la Revolución*, que la democracia formal presenta una analogía estructural –no evidente, pero quizás por ello más decisiva– con respecto al poder dictatorial (en el sentido de la dictadura *soberana*, que Carl Schmitt distingue escrupulosamente de la *comisarial* en su magistral trabajo sobre *La dictadura*): no deja de ser un poder ejercido por una *parte* de la sociedad en nombre de intereses específicos a expensas de otras, generándose –y a la vez derivándose de– una estructuración heterogénea –no isonómica, pues– de la sociedad que pivota en torno a la *dominación (Herrschaft)* en tanto que

imposición, decretada de antemano –imposibilitando, pues, el conflicto en que consiste la propia esencia de lo político, asentado siempre sobre bases paritarias–, de la voluntad de unos sobre la de otros.

La «dictadura del proletariado» no sería, a tenor de lo dicho, la aberración inaudita que tanto irritaba a Kelsen, contradicción palmaria entre el colectivismo de la teoría económica marxista y el individualismo antiestatal de su teoría política, extraviada en sus ensueños de una comunidad homogénea de intereses compartidos en la que se tornase prescindible todo ordenamiento constrictivo y en la que, según la célebre previsión de Marx en *La guerra civil en Francia*, la clase obrera no se limitaría a apoderarse de la máquina estatal, sino que la destruiría de raíz. No sería tal, decimos, en primer lugar porque no se trataría sino de la sustitución de una forma de dictadura por otra; por otra cuya vocación última, ha de notarse, es justamente dejar de serlo, más en consonancia, por tanto, con el viejo concepto romano, comisarial y republicano, de dictadura. Y es que la especificidad de la dictadura del proletariado estriba en que estará abanderada por una clase paradójica –una clase que, en cierto modo, ya no *es* una clase más que de un modo pasivo, heterónimo– que carece de intereses de clase propiamente dichos, y cuyo no-lugar en el modo de producción capitalista la hace susceptible de poder representar intereses (más bien «desintereses», por lo tanto), por así decirlo, «universales», no adscribibles a su propia condición de clase particular. La dictadura dirigida por una clase tal no estará, en consecuencia, orientada a instaurar otra forma de dominación *de... sobre...*, sino a abolir, como reza la máxima saint-simoniana, toda *dominación* de personas y convertirla en mera *administración* de cosas, a transitar del reino de la necesidad al reino de la libertad.

Lo que impide a Kelsen –y con él a toda comprensión del Derecho y del Estado no relacional– penetrar en la diferencia entre una y otra forma de estar sujeto a un ordenamiento constrictivo (pues en ninguna parte leemos en Marx y Engels que este desaparezca tras la «extinción del Estado»; en puridad lo que se daría, como se ha visto, sería un desplazamiento del carácter político del Estado hacia la sociedad civil, pero este seguiría existiendo en tanto que aparato burocrático-administrativo) es su óptica jurídico-formal: desde ella es cierto que no puede constatarse salto cualitativo alguno entre una sujeción autónoma –fundada en la *libertad* de todos y cada uno de los implicados en dicho ordenamiento– y una heterónoma –fundada en la *dominación* de la voluntad más débil en términos políticos–. Esta es una distinción jurídicamente imperceptible, solo accesible a la mirada sociológica: ambas son formas de normatividad del todo equivalentes si el único criterio que se aduce es la «validez» (*Geltung*) de la norma. No lo son, en cambio, si nos atenemos a su funcionalidad social, al tipo de *nexo* –vertical u horizontal– que establecen entre los a ella sometidos y a la *disposición* con que estos se someten a ella –heterónoma o autónoma–.

Una vez esbozados mínimamente los contornos de los dos tipos de socialización, ¿cómo aventurar una conjetura acerca del paso de uno a otro no demasiado arbitraria y bien apegada al principio de realidad? Adler sugiere, muy en la línea del Marx defensor de los ladrones de leña, que es el derecho consuetudinario el que nos ofrece una clave de comprensión, ya que él, aun siendo extrajurídico en sentido kelseniano (esto es, no sancionado por ninguna organización investida del monopolio de la violencia legítima), no deja de ser, no obstante, *Derecho* (esto es, ordenamiento normativo). De hecho, Adler sostiene que, en sentido sociológico, «entre las reglas convencionales y las reglas jurídicas no existe *en general ninguna distinción de orden conceptual*, sino solo son diversas formaciones históricas del ordenamiento restrictivo en general» (Adler, 1982: 290-291). Sin entrar en que, por lo general –exceptuando los momentos «revolucionarios», que por lo demás no siempre actúan tan *ex novo* como tendemos a pensar, como bien nos enseñó a ponderar Tocqueville–, el Derecho positivo tiene su origen, hay que reconocérselo a la Escuela Histórica, en una suerte de sedimentación histórica del Derecho consuetudinario, lo que aquí nos interesa es que el Derecho consuetudinario introduce en el ordenamiento vigente una exigencia que lo desborda, que pone de manifiesto sus limitaciones internas. Lo que fascinó a Marx del proletariado –esa «clase sin atributos», podríamos decir parafraseando a Musil– no fue su condición de sujeto histórico llamado teleológicamente a implantar la justicia en la tierra, contra todo lo que digan Löwith, Voegelin y tantas otras lecturas mesiánico-escatológicas del marxismo. Todo sujeto, tal es la lección que nos brinda la reflexión contemporánea sobre populismo, tiene que ser, en virtud de su propia identificación como tal, hegemonización *parcial* del significante vacío. Marx, quien por supuesto trabajó denodadamente toda su vida por la auto-organización de las masas trabajadoras, no les ofreció en ningún caso una identificación como sujeto, especular y narcisista como por fuerza toda identificación lo es. Lo único que Marx intentó mostrar, y tal es el sentido práctico de toda su empresa teórica, es que en la propia desposesión de los desposeídos se prefigura *ya en acto* una universalidad concreta y compleja ante la cual palidece toda universalidad formal, mera cobertura ideológica del larvado interés particular.

Pero, cabe preguntar, ¿cómo la va prefigurando? Fiel a su filiación kantiana, Adler dictamina que creando, al margen del Derecho vigente, un Derecho –consuetudinario, como se ha dicho– que se aproxime asintóticamente al ideal regulativo del Derecho: el de la validez universal de la reglamentación –hasta aquí el ideal es aplicable al derecho «burgués»–, pero *desde la autodeterminación autónoma de la conciencia ética*. Es sabido que Kant no confundió ley moral y Ley jurídica, pero en cierto sentido sí que restringió la pertinencia de tal distinción a un aspecto, por así decirlo, psicológico. Pues lo que la letra kantiana nos dice que es que, en efecto, ha de ser *posible* –no necesario– cumplir la Ley sin que sea por mor del deber, sin que sea desde la

Pflichtgesinnung. Pero lo que sí demanda de modo inapelable la constitución republicana que se traza en la *Metafísica de las costumbres* y en los escritos histórico-políticos de Kant es que también ha de ser posible siempre hacerlo autónomamente, han de darse ciertas condiciones fácticas y materiales que *permitan* que las acciones tengan lugar motivadas por una autolegislación racional, esto es, abiertas a la universalizabilidad de su contenido, cosa de todo punto inviable en una sociedad de dominantes y dominados, por muy democráticamente que se hayan repartido los papeles. En caso de que el Derecho positivo impida el desarrollo libre de acciones de tal índole, no solo no sería moral, sino que no sería ni siquiera Derecho, ya que no es posible atribuirle juridicidad a un ordenamiento que contradice el propio concepto de Derecho y que no sería, entonces, sino el instrumento de poder de una organización para la dominación.

En buena lógica, cualquiera en su sano juicio habrá de asentir a la obviedad de que el Derecho solo puede tener sentido para seres dotados de libertad. Lo problemático está en qué concepción de la libertad subyace a qué concepción del Derecho. No parece descabellado pensar que el gran blanco de todo el esfuerzo crítico de Marx se concentre precisamente en la concepción «liberal» de la libertad como ausencia completa de vínculo *a priori* con respecto al otro, hábilmente tejida con los retazos disponibles de las viejas tradiciones civilistas del derecho romano. En el tercer y último apartado, trataremos de desgranar escuetamente cómo Marx la dismantela mediante su análisis de las categorías fundamentales de la economía política en *El capital*, obra que, como propuso en su día Karl Renner, ha de poder ser leída también como una crítica del derecho privado moderno. Para facilitar la comprensión de lo que sigue es preciso declarar que se suscribirá implícitamente el aserto adleriano de que lo que en Marx llega a su madurez es el punto nodal de todo el proyecto crítico: la consideración del individuo como expresión empírica de un contenido universal, esto es, la consideración del individuo como producido por y en modo alguno independiente de una suerte de *socialización trascendental* que hace de la libertad un concepto eminentemente social, acaso esa «desconocida raíz común» de las legalidades respectivas de la conciencia teórica y de la conciencia práctica que el viejo de Königsberg persiguió por los laberintos de la imaginación y del juicio, y que la «antropología» liberal se empeñó en desmentir con su doctrina del «individualismo posesivo».

3. EL CAPITAL COMO CRÍTICA DEL DERECHO PRIVADO

Como se conjeturó más arriba, la perspectiva marxista sobre el Derecho y el Estado bien podría armonizarse con la kelseniana, que tiende a identificarlos. Lo que el marxismo vendría a aportar de dife-

rencial sería la *historización* de dicha identificación, la indagación de cómo ha conseguido el Estado llegar a ser –en virtud del monopolio de la violencia legítima que detenta, como reza la clásica definición de Max Weber– la única instancia posible creadora de Derecho, erigiéndose este en la imposición de una *volonté générale* cuyo origen, sin embargo, la jurisprudencia tiene que dar necesariamente por supuesto. Como hizo Adler con respecto al Estado, del mismo modo adoptará un enfoque «social» como el único adecuado para el estudio de la historicidad de las instituciones de Derecho privado (así como para su eventual crítica, pues, ¿qué es la crítica sino no dar nada por supuesto?) otro insigne pensador y político perteneciente a la constelación austromarxista: Karl Renner. El planteamiento de Renner, en esto afín al de los juristas soviéticos Pašukanis y Stučka, se desmarca decididamente del economicismo metodológico del marxismo vulgar –mera inversión de la comprensión exclusivamente «jurídica» del Derecho como «técnica» que domina su base como algo ajena a ella misma– y no busca tanto rastrear las causas económicas de la norma jurídica cuanto analizar la propia eficacia económica y social de esta. El Derecho no es simplemente la «forma» y la economía el «contenido». No se puede aprehender la irreductible complejidad de la vida social con las lentes de la explicación causal: negocio jurídico y actividad económica no coinciden, pero esta siempre se da dentro de ciertos presupuestos jurídicos, mientras que la relación económica es a su vez substrato de la relación jurídica.

Pero, ¿cómo se aplica este esquema interpretativo general al caso de la sociedad capitalista? Sosteniéndose toda sociedad por el trabajo de sus miembros, la sociedad burguesa ha sido, sin embargo, la primera en pretender carecer de un ordenamiento del trabajo, en pretender que el trabajo no sea deber «social», sino asunto privado de voluntades libres y autónomas que se comunican entre sí a través de la malla del Derecho civil. No obstante, como sabemos, de lo que se trata en todo *El capital* es justamente de debelar el sofisma del Derecho civil como vehículo neutral de las negociaciones contractuales entre «personas». Pues tan poco neutral y consensuadamente admitido es el Derecho civil que necesita para sostenerse en su validez todo el peso del Estado, cuya función primordial, tal vez, no sea sino esa. De hecho, llega a aseverar Stučka, «el «Derecho privado» [...] existe antes que la ley. [...] [T]odas las demás instituciones jurídicas han sido creadas con el exclusivo fin de garantizar ese derecho fundamental y –a pesar de que parezcan predominantes– tienen únicamente un carácter auxiliar» (Stučka, 1974: 42). Para no caer en la tentación de establecer causas primeras, se nos antoja más cauto constatar descriptivamente, con Renner, que todas las instituciones de Derecho privado tienen, en virtud de la «organicidad» sin lagunas del ordenamiento jurídico, sus correspondientes instituciones iuspublicísticas complementarias destinadas a garantizar la plena eficacia de las instituciones de Derecho privado (cfr. Renner, 1965: 70).

Lo que en cualquier caso está fuera de toda duda es que con el paso al modo de producción capitalista la propiedad experimenta una transformación drástica en lo que hace a su función social: se universaliza, de modo que cualquiera puede ser *sujeto* propietario en interacción con otros sujetos propietarios, de la misma manera que todo puede convertirse en *objeto* de propiedad susceptible de intercambio. Tal transformación se produjo mediante una irrupción –más o menos violenta y repentina en el caso de la Francia postrevolucionaria, más o menos lenta y adaptativa en el caso de Inglaterra– de las categorías fundamentales del derecho romano: derecho *personal* y derecho *real*. Ha de matizarse, no obstante, que no se trata de una mimesis perfecta, sino únicamente restringida al aspecto iusprivatístico, pues, como agudamente ha observado Umberto Cerroni,

[E]l Derecho moderno puede recibir categorías de sistemas jurídicos precedentes solo en la medida en que se adecuen al nuevo modo de producción y, así, mientras recoge gran parte de las categorías privatísticas romanas –elaboradas en una sociedad en la que emergen amplias zonas de economía mercantil–, no puede recibir el embrionario derecho público romano [...], pues un Derecho público consistente con las relaciones económicas capitalistas presupone la liberación *universal* de los individuos con respecto a los vínculos naturales y personales y la parificación universal de los individuos como sujetos jurídicos (Cerroni, 1972: 100).

Así se sustituye el par «señor-siervo» por el par «persona-propiedad», como elemento estructurante y vertebrador de la formación social capitalista. Por contraposición al ordenamiento iuspublicístico de las relaciones laborales precapitalistas, el par «persona-propiedad» exige una esfera de desarrollo por completo libre de interferencias ajenas a la lógica mercantil. No quiere ello decir que, como dejan caer a menudo en una vena polémica Marx y Engels, la producción capitalista sea puramente «anárquica», sino que se rige por una ley internamente contradictoria, ni natural ni jurídico-estatal propiamente dicha: la ley del *valor*, ese «sujeto automático» que empuja a desbordar el estadio de la producción simple, «*sujeto de un proceso en el cual, cambiando continuamente las formas de dinero y mercancía, modifica su propia magnitud, en cuanto plusvalor se desprende de sí mismo como valor originario, se autovaloriza*» (Marx, 1984 [1.^a ed., 1867]: 188). En virtud de tal trastocamiento de la vida económica natural-consuntiva, tanto las mercancías como su equivalente general (el dinero) pasan a ser, no ya aquello que el valor expresa, sino aquello a través de lo cual el valor se expresa: mera forma fenoménica suya al servicio de esa «*relación privada consigo mismo*» (Marx, 1984: 189) que es la ley del valor para el capital. De tal modo que el «propietario» –sujeto jurídico por antonomasia– acaba por no tener relación sino con bienes obtenibles en la esfera de la circulación, operándose por ende una destrucción completa de la «casa» –el *oikos*, el *Erb' und*

Eigen de las tradiciones germánicas— en tanto que célula económica elemental, disuelta en los *membra disjecta* del taller, la fábrica, la escuela, el asilo, etc.

Así se desligaba, tornándose posible su enajenabilidad, la «propiedad» de la «persona» del propietario: una suerte de expropiación *de facto*, no impuesta jurídicamente ni mediante acto de autoridad alguna, una suerte de revolución social sin ningún acto legislativo-constitucional, pues, por mucho que esa «expropiación terrible y dificultosa de las *masas populares*» (Marx, 2009: 952) descrita en el capítulo sobre la acumulación originaria se llevase a cabo en parte a través de una «legislación sanguinaria», de la semblanza que de ella nos ofrece el propio Marx se colige con evidencia que tales fueron ante todo medidas puramente arbitrarias, decretos *ad hoc* sin ninguna incidencia formal —desde luego, sí material— en la arquitectónica del Derecho civil. El ordenamiento *público* del trabajo, cuyo principal cometido era, por así decirlo, lidiar con el *outsider*, no con el trabajador que, instalado en su posición socialmente obvia y natural, con su plusproducto mantenía a aquel (normalmente, en forma de limosnas, diezmos, etc.), tal ordenamiento, decimos, se transmutó en uno que, por el contrario, se centra casi en exclusiva en la determinación privatística de las condiciones jurídicas del trabajador. Y lo hace a través de la figura de la *locatio-conductio operarum*, antaño aplicada solo de manera subsidiaria y que se convirtió en la institución «normal»: el contrato de trabajo asalariado privado, que transfigura el *do ut des* que caracteriza a la *emptio-venditio* en un *do ut facias* asentado sobre la «propiedad» de la persona sobre su fuerza de trabajo en el que, como nos reveló Marx, se encierra todo el secreto del plusvalor y de su apropiación capitalista. En una tan abigarrada como esclarecedora nota incorporada en la 4.^a edición de *El capital* en la que recapitula los avances teóricos conquistados hasta entonces, Marx narra todo este proceso de una forma tan penetrante y clarividente que conviene traerla a colación aquí *in extenso*:

Vimos, en primer lugar, que la transformación originaria de una suma de valor en capital se efectuaba en todo de acuerdo con las leyes del intercambio. Una de las partes contratantes vende su fuerza de trabajo, la otra la compra. La primera recibe el valor de su mercancía, cuyo valor de uso —el trabajo— se enajena de esta manera a la segunda. Ésta transforma ahora los medios de producción que ya le pertenecían, con la ayuda del trabajo que también le pertenece, en un nuevo producto que le pertenece igualmente, conforme a derecho.

[...] El hecho de que esa mercancía particular, la fuerza de trabajo, posea el valor de uso peculiar de suministrar trabajo, y por tanto de crear valor, no puede alterar la ley general de la producción de mercancías. Por tanto, si la suma de valor adelantada en salario no reaparece mera y simplemente en el producto, sino que lo hace acrecentada por un plusvalor, ello no deriva de que se haya embaucado al vendedor, quien obtuvo efectivamente el valor de su mer-

cancia, sino únicamente del uso que de esa mercancía hizo el comprador (Marx, 1998: 722-723).

Hasta aquí, por tanto, sin salirnos de la esfera de la *circulación* –y la jurisprudencia, efectivamente, acoplada sin fisuras con los esquemas apologeticos de la economía política clásica, no traspone jamás los umbrales del «mercado»–, no podemos detectar en el contrato asalariado sino un perfectamente legítimo y paritario intercambio de equivalentes por parte de los contrayentes, aunque, por no se sabe qué misterio, uno salga notablemente mejor parado que el otro. No obstante, cuando uno abandona las abstracciones individualistas de la ciencia económica y del derecho se disipa irremisiblemente la ilusión de una suerte de constitución «republicana» del mercado –donde, según la ironía de Marx, solo reinan «la libertad, la igualdad, la propiedad y Bentham» (Marx, 1984: 214); sobre todo, cabría añadir, este último– y de sus relaciones contractuales isonómicas. Solo la perspectiva sociológica hace posible penetrar verdaderamente en los entresijos de la esfera de la *producción* –en que tiene lugar la extracción de plusvalor a través del plus trabajo no remunerado– y en la «autocracia» y el «despotismo» ocultos tras las relaciones salariales (cfr. Renner, 1965: 96).

[...] El aspecto de la cosa es totalmente diferente, por cierto, cuando examinamos la producción capitalista en la fluencia ininterrumpida de su renovación y tomamos en cuenta, en vez de al capitalista singular y al obrero singular, a la totalidad de la clase capitalista y, frente a ella, a la clase obrera.

[...] Mientras en cada acto de intercambio –considerado aisladamente– se observen las leyes del intercambio, el modo de apropiación puede experimentar un trastocamiento total sin afectar en ningún respecto al derecho de propiedad correspondiente a la producción de mercancías. Este mismo derecho está en vigor como al principio, cuando el producto pertenecía al productor; como cuando éste, intercambiando equivalente por equivalente, solo podía enriquecerse por su propio trabajo, y sigue también en vigor en el período capitalista, donde la riqueza social deviene, en medida cada vez mayor, la propiedad de aquellos que están en condiciones de volver siempre a apropiarse del trabajo impago de otros.

[...] Tan solo entonces, cuando el trabajo asalariado constituye su base, la producción de mercancías se impone forzosamente a la sociedad en su conjunto, y es también en ese momento cuando despliega todas sus potencias ocultas. [...] En la misma medida en que esa producción prosigue su desarrollo, conforme a sus propias leyes immanentes, y pasa a convertirse en la producción capitalista, en esa misma medida las leyes de propiedad de la producción capitalista se trastruecan en leyes de la apropiación capitalista (Marx, 1998: 724-725).

Tales «potencias ocultas» se traducen a nivel normativo en la creación, en paralelo al ordenamiento paritario del Derecho civil sancio-

nado por la soberanía estatal, de un auténtico oxímoron jurídico: una suerte de *legislación privada* –piénsese en los reglamentos internos de las empresas y la índole de las *obligaciones* con «fuerza de ley» que de ellos se derivan para el trabajador: son verdadero Derecho positivo dictado por una autoridad, en modo alguno derecho «consuetudinario» o de algún otro tipo difuso–, legislación dimanada de la dominación sobre otros que el capitalista se arroga en virtud de la propiedad con que parte en la negociación contractual y que el Estado posibilita –de un modo activo y positivo, paradójicamente– con su detracción del ámbito laboral. Legislación que, por supuesto, pierde el carácter democrático y garantista propio de las constituciones modernas: su legitimidad no radica en participación ni consentimiento algunos de los a ella sometidos y carece en absoluto de toda especie de «división de poderes». Solo situándonos ante este ambivalente fenómeno de la dominación laboral «se derrumban las ficciones de la jurisprudencia burguesa, sobre todo la separación de Derecho privado y público: el derecho del capitalista es *Derecho público delegado*, delegado de una manera incontrolada para beneficio propio del detentador de tal poder; la relación laboral es una relación de dominación mediada, es un *deber de servicio público* exactamente como lo era la pertenencia feudal, con la única salvedad de que esta relación de dominación está fundada contractual, y no hereditariamente» (Renner, 1965: 97).

En conclusión: el contenido del contrato laboral en las condiciones de socialización intensiva del trabajo que el capitalismo impulsa es, por tanto, de Derecho público, aun a pesar de que su expresión jurídica continúe siendo iusprivatística. La propiedad privada ha devenido, así, una institución de Derecho público, sin devenir por ello «propiedad pública»; ha devenido una producción social, sin que se socialicen por ello sus resultados. Pues, ¿qué ocurre con la propiedad en la *locatio-conductio operarum* capitalista y, sobre todo, en su producto, el plusvalor? Como en todo intercambio mercantil, concurren dos «personas»: el que «alquila» su fuerza de trabajo y el que la «usa». Recuperando la figura romana de la *specificatio* –la creación de una *nova species* en la «cosa» a través del trabajo que la «revaloriza»–, cabría inquirir, en fin, a quién corresponde la propiedad de tal *nova species* teniendo en cuenta que es justamente el «no-propietario», el trabajador, el que la genera. Esta, que en el Derecho romano era una cuestión controvertida, está para nosotros dirimida de antemano sin discusión alguna, dado que el derecho del propietario a la apropiación privada está reconocido tácitamente *a priori* –aquí es donde entra en juego la *abstención positiva* del Estado– en el contrato laboral asalariado; y es en este punto donde estriba la función *distributiva* de la propiedad –en contraposición a la puramente *productiva* del no-propietario–, no adquirida *contra o praeter legem*, sino, como hemos insistido, sin privilegio jurídico alguno, lo cual, lejos de contribuir a la «republicanización» de la vida social, la anquilosa en una estructura de dominación tanto más efectiva cuanto más imperceptible.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ABENSOUR, M., *La democracia contra el Estado. Marx y el momento maquiaveliano*, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2017.
- ADLER, M., *La concepción del Estado en el marxismo*, México D. F., Siglo XXI, 1982.
- CAPELLA, J.-R., *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del Derecho y del Estado*, Madrid, Trotta, 1997.
- CERRONI, U., *Marx e il diritto moderno*, Roma, Editori Riuniti, 1972.
- JESSOP, B., *State Power*, Cambridge, Polity, 2007.
- KELSEN, H., *Socialismo y Estado*, México D. F., Siglo XXI, 1982.
- MARX, K., «Crítica del Derecho del Estado de Hegel», en *Escritos de juventud*, México D. F., FCE, 1982, pp. 319-440.
- «Los debates sobre la Ley acerca del robo de leña», en *En defensa de la libertad*, Valencia, Fernando Torres, 1983, pp. 204-244.
- *El capital*. libro I. vol. 1, Madrid, Siglo XXI, 1984.
- *El capital*. libro I. vol. 2, México D. F., Siglo XXI, 1998.
- *El capital*. libro I. vol. 3, México D. F., Siglo XXI.
- RENNER, K., *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion*, Stuttgart, Gustav Fischer, 1965.
- STUČKA, P. I., *La función revolucionaria del Derecho y del Estado*, Barcelona, Península, 1974.

Sobre la negación práctica de la doble naturaleza jurídica de la legalidad penal

Por MARÍA PERANDONES ALARCÓN
Colegio de Abogados de Madrid

RESUMEN

Partiendo de la complejidad de la cuestión relativa a la configuración de la naturaleza jurídica de la legalidad penal, este trabajo analiza, a través de las aportaciones de la jurisprudencia constitucional y de la doctrina científica, algunas de las consecuencias que derivan de la actual consideración práctica de la legalidad penal exclusivamente como principio general y no en su doble naturaleza de principio y derecho fundamental. Lo cual genera no solo la incuestionable desnaturalización de su fundamento jurídico último, sino también la anulación de facto de una parte importante de su contenido con el consiguiente riesgo para la seguridad jurídica y para los derechos de la ciudadanía. En su segunda parte, el trabajo expone las principales líneas jurisprudenciales del TEDH sobre la cuestión, así como algunas de las diferencias existentes en la amplitud que ambas doctrinas jurisprudenciales otorgan a la legalidad penal.

Palabras clave: *Legalidad penal, doble naturaleza jurídica, garantías procesales, límites de los derechos fundamentales.*

ABSTRACT

Starting from the complexity of the question regarding the configuration of the legal nature of criminal legality, this work analyzes, through the contri-

butions of constitutional jurisprudence and scientific doctrine, some of the consequences that derive from the current practical consideration of criminal law exclusively as a general principle and not in its dual nature of principle and fundamental right. This generates not only the undeniable denaturalization of its ultimate legal basis, but also the de facto nullification of an important part of its content with the consequent risk for legal security and for the rights of citizens. In its second part, the work exposes the main jurisprudential lines of the ECHR on the issue, as well as some of the existing differences in the extent that both jurisprudential doctrines grant to the criminal legality.

Keywords: Criminal legality, double legal nature, procedural guarantees, limits of fundamental rights.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: ¿PRINCIPIO O DERECHO A LA LEGALIDAD PENAL? – II. *NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE*: EVOLUCIÓN Y SOMBRAS DE SU VIGENTE CONCEPCIÓN. – III. LA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. – IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: ¿PRINCIPIO O DERECHO A LA LEGALIDAD PENAL?

Lejos de ser una cuestión más terminológica que jurídica, el problema relativo a la naturaleza última de la legalidad penal encierra importantes repercusiones prácticas. Efectivamente, aclarar si estamos ante un principio o ante un derecho o si quizás en la línea apuntada por Alexy resulta ser la legalidad penal un híbrido bifronte que goza de una doble estructura¹, implica determinar si es (solo) bueno que las normas penales sean vinculantes, mejor cuanto más precisas y desde luego irretroactivas, o si por el contrario a todo ello, además, han de adherírsele garantías materiales que supongan por un lado, una limitación efectiva a la acción normativa de los poderes públicos y por el otro, un medio seguro de satisfacción (subjetiva) del contenido (al menos *esencial*) del derecho.

Sin entrar ahora en la cuestión de cuáles son los rasgos que diferencian principios y derechos² y asumiendo, como señala Prieto San-

¹ ALEXY, R., «Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22, 2002, pp. 13-64.

² Véase en este sentido: DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984; PRIETO SANCHÍS, L., «Sobre la separación entre derecho y moral y otras cuestiones relativas a los principios», *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. X: pp. 545-553, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993; o PRIETO SANCHÍS, L., «Sobre principios y normas. Problemas

chís, que si bien es cierto que los principios son fundamentales también lo es el que no todos lo son en la misma medida así como que igualmente existen normas que gozan de la naturaleza jurídica de normas fundamentales³, puede inferirse *grosso modo* que si la legalidad penal fuera técnicamente (solo) un principio podría ser atemperada y cumplida en diferentes grados dado que la medida de su observancia «no solo dependería de las posibilidades fácticas sino también de las jurídicas»⁴. Sin embargo, si por el contrario es concebida como derecho fundamental tal atemperación sería inadmisibles, por cuanto los derechos, como resultado que son del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales a partir de relaciones de tensión⁵ no pueden ser cumplidos gradualmente, y o son respetados o simplemente no lo son.

Pese a la trascendencia práctica de la cuestión (o precisamente por ello) no parece existir unanimidad doctrinal en el tratamiento y en la concepción práctica de la misma en nuestro ordenamiento jurídico, –resultando igualmente heterogénea la forma en que en los distintos instrumentos internacionales se aborda su configuración, ora como derecho ora como principio⁶–. Y ello, sorprendentemente, pese a que la concepción constitucional de la legalidad penal no deja margen de

del razonamiento jurídico», *Cuaderno y Debates*, núm. 40, Centro de Estudios Constitucionales Madrid, 1992, pp. 419-438.

³ PRIETO SANCHÍS, L., «Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico», *Cuaderno y Debates*, núm. 40, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 57 -59.

⁴ ALEXY, R., *Estudios sobre la teoría jurídica*, Comares, Madrid, 2002, p. 80

⁵ PÉREZ LUÑO, A., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2007, p. 102.

⁶ Así, artículo 11.2 DUDH: «2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito»; artículo 15 PIDCP: «1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. 2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional»; artículo 7 CEDH: «1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. 2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas; artículo 49.1 CDFUE: «Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o el Derecho internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si, con posterioridad a esta infracción, la ley dispone una pena más leve, deberá ser aplicada ésta.»

dudas: la legalidad penal es un derecho fundamental reconocido⁷ en el artículo 25.1⁸ de la Constitución española.

En este sentido, además, ha de tenerse en cuenta que la Constitución no establece o define de forma primigenia la legalidad penal, sino que se limita a reconocer lo que de forma previa ya existe y es fruto de una profunda elaboración doctrinal. Lo cual debería determinar que su configuración no pueda distar mucho del contenido esencial que lo informa desde los albores de la codificación. Y por ello no deberían albergarse dudas acerca de su determinación (práctica) como derecho fundamental y de la consiguiente posibilidad de protección de la misma a través de la vía de amparo constitucional⁹.

Sin embargo, pese a ello, lo cierto es que, ni siquiera terminológicamente la legalidad penal es ha sido tratada como derecho¹⁰ siendo referida la inmensa mayoría de las ocasiones como principio¹¹. Efecti-

⁷ De lo cual derivan las garantías que se enumeran en los artículos 53, 54, 81, 161.1 y 168 CE: «Cualquier ciudadano puede recabar la tutela de los derechos subyacentes al principio de legalidad penal y los derechos de los condenados a penas de prisión recogidos en el artículo 25 de la Constitución española, ante los Tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad» (art. 53.2 CE); en segundo lugar, cualquier ciudadano puede acudir, tras el cumplimiento de los requisitos y tramitaciones establecidas para ello, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional para la protección de los derechos subyacentes al principio de legalidad penal y los derechos de los condenados a penas de prisión recogidos en el artículo 25 de la Constitución (arts. 53.2 y 161.1.b CE); en tercer lugar, cabe «el recurso de inconstitucionalidad contra las Leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley» que lo vulneren (arts. 53.1 y 161.1.a CE); en cuarto lugar, el Defensor del Pueblo, «como Alto Comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos recogidos en el Título I de la Constitución» (art. 54 CE), sea competente para su defensa; en quinto lugar, «solo por ley, que en todo caso deberá respetar el contenido esencial» del mismo, «podrá regularse» su ejercicio (art. 53.1 de la Constitución Española); en sexto lugar, el desarrollo normativo del derecho, debe realizarse mediante Ley Orgánica (art. 81.1 CE), que requiere, a tenor del artículo 81.2 CE, un especial consenso parlamentario al exigirse, para su aprobación, modificación o derogación, mayoría absoluta del Congreso; en séptimo lugar, se prohíbe la adopción de Decretos-Leyes que le afecten (art. 86.1 CE); y en séptimo y último lugar, cualquier modificación de la regulación que establece la Constitución Española para el mismo debe canalizarse a través de la vía de reforma constitucional gravada que establece el artículo 168 de la Constitución Española (art. 168 CE).

⁸ Artículo 25.1 CE: «1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento».

⁹ Protección que es admitida con multitud de condicionantes. En este sentido: STC 122/1994, de 25 de abril; STC 65/1985, de 23 de mayo; STC 50/1980, de 5 de abril; STC 150/1989 de 25 de septiembre; STC 62/1982 de 18 de octubre o más recientemente STC 11/12, de 24 de febrero.

¹⁰ STC 24/2004, de 24 de febrero: «(...) Como contenidos de este derecho fundamental, se encuentra la garantía material que se manifiesta en la triple exigencia de *lex scripta*, *lex previa* y *lex certa*».

¹¹ STC 108/1986, de 26 de julio: «En el artículo 25 encontramos una concreción del principio de legalidad en el ámbito sancionador (...)».

vamente, como señala Lascuraín Sánchez no resulta familiar en la reflexión jurídica la expresión «derecho a la legalidad sancionadora»¹².

La razón de ser de esta desnaturalización o, si se quiere, de esta atrofia estructural de la legalidad penal, –que curiosamente habría de determinar tanto su practicidad como el que deba ser respetado en todo caso y en todos los casos–, proviene precisamente de una deficiente formulación constitucional, que guiada por la necesidad de extender su radio de acción al ámbito del derecho administrativo sancionador, como no podía ser de otra manera, ha devenido en una desnaturalización de aquél originario contenido esencial del derecho al punto de hacerlo irreconocible.

En este sentido subraya Huerta Tocildo cómo incluso la propia jurisprudencia constitucional ha incurrido, a este respecto, en ciertas vacilaciones «pudiendo comprobarse que las sucesivas garantías que el Tribunal Constitucional ha venido estimando incluidas en el artículo 25.1 CE, o excluidas del mismo, no siempre coinciden con la opinión mantenida por la doctrina penal respecto de los elementos integrantes del derecho subjetivo que en él se recoge.»¹³

II. *NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE*: EVOLUCIÓN Y SOMBRAS DE SU VIGENTE CONCEPCIÓN

Conviene en este punto para una mejor comprensión de la disyuntiva jurisprudencial existente, recordar brevemente el origen de la legalidad penal, que para el sentir mayoritario de la doctrina¹⁴ entronca con las monarquías absolutistas de la Edad Moderna que procuraron concentrar y reservarse para sí el *Ius Puniendi* (a través de disposiciones penales normalmente duras y desproporcionadas que permitían un amplísimo arbitrio judicial¹⁵) siendo en la Ilustración cuando la doctrina más autorizada reconoce por vez primera que solo las leyes pueden definir los delitos con sus correspondientes penas –*nullum crimen sine praevia lege poenali*– y que nadie ha de ser castigado con pena diversa a la establecida de forma previa por la ley

¹² LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *Solo penas legales, precisas y previas: el Derecho a la Legalidad Penal en la Jurisprudencia Constitucional*, Thomson Reuters, Pamplona, 2009, p. 19.

¹³ HUERTA TOCILDO, S., «El derecho fundamental a la legalidad penal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39, 1993, pp. 86.

¹⁴ Sin faltar asimismo los autores que sostienen sus orígenes en épocas anteriores: desde en el Código de Hammurabi (VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Temis, Bogotá, 1995, p. 230.) hasta en la Carta Magna *Liberatum* de Juan sin Tierra de 1215.

¹⁵ En este sentido: CUERDA RIEZU, A., «La aplicación retroactiva de las leyes favorables y el principio de legalidad penal en clave constitucional», BALADO, GARCÍA REGUEIRO, J. A. (Dir.), *La Declaración Universal de Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 275-290.

–*nulla poena sine praevia lege*–; fórmula que se condensa en el clásico *nullum crimen nulla poena sine lege* cuyo origen ha sido atribuido en la mayoría de las ocasiones¹⁶ a Feuerbach¹⁷.

De aquella originaria interpretación de Beccaria en que la legalidad penal se sustentaba fundamentalmente en el hecho de que solo las leyes podían decretar las penas de los delitos residiendo la autoridad de definir aquéllos únicamente en el legislador, puesto que ni el monarca ni «ningún magistrado *podía* con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad»¹⁸, se ha pasado en la actualidad a la concepción estricta a que antes aludíamos basada exclusivamente en la exigencia de que las leyes sean únicas, codificadas, claras, sencillas e inteligibles para todos los ciudadanos¹⁹.

La esencia, pues, de su evolución puede resumirse en la transformación de la legalidad penal de una originaria garantía de prohibición de la arbitrariedad subjetiva de las normas dirigida principalmente a los poderes del Estado encargados de crearlas, a una posterior configuración estricta de la misma como garantía contra la inseguridad jurídica objetivamente considerada, que encuentra como sujetos exclusivos de la relación al ciudadano y a la norma²⁰.

Sin entrar en la cuestión, basta señalar que el proceso transformador tuvo lugar en dos fases. La primera (ya expuesta) de cuya manifestación es muestra suficiente el pensamiento de Beccaria²¹ y del resto de autores que posteriormente fueron ampliando el ámbito de la legalidad penal a la consecuencia jurídica del delito, es decir, a la pena así como al proceso en sí –órganos persecutorio y judicial– y a la ejecución final de la sentencia²²–; y una segunda fase en la que su ámbito pasa a incluir también la prohibición de la aplicación retroactiva de las leyes penales en perjuicio del acusado y/o condenado a fin de impedir que puedan ser castigadas conductas anteriores a la entrada en vigor de las leyes; la exigencia de tipicidad y la consiguiente exclusión de la costumbre y de la analogía como fuente de delitos y penas y circunstancias de agravación de la penalidad; así como, por último, la necesidad de la taxatividad en la descripción de las conductas típicas.

¹⁶ En sentido contrario, sobre el origen griego del axioma y el curso y evolución de su génesis: DEDES, CH., «Sobre el origen del principio “*nullum crimen nulla poena sine lege*”», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, núm. 9, 2002, pp. 141-146.

¹⁷ FEUERBACH, A., *Tratado de Derecho Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 63.

¹⁸ BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, 3.ª ed, Alianza Editorial, Madrid, 1982, pp. 29-31.

¹⁹ CUERDA RIEZU, A., «La aplicación retroactiva de las leyes favorables y...», ob. cit., p. 289.

²⁰ En este sentido véase SCHREIBER, H. L., *Gesetz und Richter: zur geschichtl. Entwicklung d. Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege*, METZNER, A., Frankfurt am Main, 1976, pp. 233-265.

²¹ *Idem*.

²² GARCÍA RAMÍREZ, S., *La Corte Penal Internacional*, Instituto Nacional de CC. Penales, México, 2004, p. 266.

Yuxtaposición de principios, que si en sus orígenes fue rápida y unánimemente admitida por la doctrina, en la actualidad vienen a integrarse y a conformar de forma indisoluble la legalidad penal como garantías de la misma inescindibles de su contenido esencial.

A propósito de esta yuxtaposición y de su reconocimiento en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)²³, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha manifestado que la legalidad penal «no se limita a prohibir la aplicación retroactiva de la ley penal con desventaja para el acusado, sino que consagra también de manera más general el principio de legalidad de los delitos y las penas –*nullum crimen sine lege*– y el que ordena no aplicar la Ley penal de manera más extensiva, en desventaja del acusado, principalmente por analogía»²⁴. Habiendo explicitado igualmente el TEDH que la definición previa del delito es una condición que se encuentra cumplida «cuando el justiciable puede saber, a partir de la redacción de la disposición pertinente y si fuera necesario con ayuda de su interpretación por parte de los Tribunales, qué actos u omisiones comprometen su responsabilidad penal»²⁵.

Resulta especialmente significativa la cuestión apuntada por el TEDH sobre la «ayuda» que los Tribunales, en forma de interpretación, han de brindar en orden a la satisfacción plena de la garantía de la legalidad penal del justiciable. Y ello porque, en efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, la interpretación que los Tribunales efectúan sobre la legalidad penal viene de hecho a suponer un límite extrínseco de la misma, al no ser admitida como suficiente para fundamentar un recurso de amparo la confrontación que de la legalidad penal hayan realizado los distintos Tribunales²⁶.

En este sentido fue ya en 1994 cuando por vez primera el Tribunal Constitucional (TC) se pronunció acotando su ámbito y denegando el amparo solicitado²⁷ al establecer que «la simple discrepancia con la interpretación razonada que de la legalidad (penal) ordinaria realizan los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial no tiene cabida en el marco objetivo del recurso de amparo por no implicar dicha dis-

²³ Artículo 7 CEDH: «1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. 2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas».

²⁴ Sentencia *Kokkinakis v. Grecia*, de 25 de mayo de 1993.

²⁵ *Idem*.

²⁶ Sobre esta cuestión véase MUÑOZ CONDE, F., «La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso de “La Manada”», *Revista Penal*, núm. 43, enero 2019, pp. 290-299, y MESTRE DELGADO, E., «No es abuso, es violación», *ABC*, 22 de junio de 2019.

²⁷ Declarado así, entre otras, en la reciente STC 11/12, de 24 de febrero.

crepancia, por sí sola, la vulneración de ningún derecho fundamental»²⁸. Contradiendo de esta forma la doctrina jurisprudencial anterior que establecía que «una controversia en el plano de la legalidad se convierte en materia constitucional si de ella se deriva la vulneración de un derecho fundamental»²⁹.

Lo que parece indiscutible es que si las controversias en el plano de la legalidad no pueden ser materia sobre la que gravite un recurso de amparo cuando de ello deriva la vulneración de un derecho protegible por esta vía, poca o ninguna virtualidad tiene en el plano fáctico el que la legalidad penal sea, como de hecho es y así recoge nuestra Constitución, uno de los más importantes derechos fundamentales. Lo cual, además, de fomentar la (también) errónea concepción de que jurisdicción constitucional y ordinaria son compartimentos estancos e intocables cuya proyección ni es ni debe ser es opuesta, igualmente contradice y parece anular importantes líneas jurisprudenciales anteriores que establecían, basándose en la inmutable unidad del ordenamiento jurídico, que la distinción entre jurisdicción constitucional y ordinaria era contraria a la propia Constitución y no podía ser establecida refiriendo la primera al plano de la «constitucionalidad» y la ordinaria al de la simple «legalidad» puesto que «la unidad del ordenamiento jurídico y la supremacía de la Constitución no toleran la consideración de ambos planos como si fueran mundos distintos e incommunicables»³⁰.

En la escasa jurisprudencia constitucional recaída a propósito de la legalidad, el TC la ha configurado sintéticamente partiendo de su evolución y así ha declarado que ésta ha pasado de relacionarse con una protección frente al monarca y por derivación frente al Estado a una «concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derechos estatal sancionador»³¹.

En la actualidad la legalidad penal se fundamenta en «el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado de Derecho sobre bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de los ciudadanos a la seguridad jurídica»³².

De su relación con otros preceptos y derechos fundamentales ha de destacarse su conexión con la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales, garantizados respectivamente en los artículos 24 y 117.1 de la Constitución; y muy especialmente con la declaración acerca del sometimiento de los jueces y magistrados únicamente al imperio de la ley. Presupuesto básico éste del Estado de Derecho, en el que como ha expresado el TC, «se integran también las exigencias (legalidad, segu-

²⁸ STC 122/1994, de 25 de abril.

²⁹ STC 65/1985, de 23 de mayo.

³⁰ STC 50/1980, de 5 de abril.

³¹ STC 150/1989 de 25 de septiembre.

³² STC 62/1982 de 18 de octubre.

ridad jurídica, irretroactividad, interdicción de la arbitrariedad) enunciadas por el artículo 9.3 de la Constitución»³³.

De forma que en la actualidad, igual que ocurre en Derecho comparado, junto a la finalidad estrictamente «científica» identificada y plasmada como expone De Vicente «con las múltiples exigencias legales o subprincipios que vienen a conformar el contenido real del principio de legalidad»³⁴ de las que hablábamos antes (mandato de taxatividad; irretroactividad de la norma penal, prohibición de regulación de la materia penal por normas que dimanen del Ejecutivo, prohibición de analogía; prohibición de la de regulación de la materia penal por normas consuetudinarias...etc.) nos encontramos con una cada vez más clara y marcada fundamentación de corte político criminal.

En efecto, la legalidad penal está hoy día también llamada a cumplir una función motivadora de las normas penales que únicamente podrán ser «recibidas» debidamente por el ciudadano cuando su mensaje sea claro y público además de anterior a la comisión de los hechos que determinen el accionamiento de aquella.

Este último aspecto es el que a juicio de un importante sector doctrinal es el más destacable puesto que a fin de cuentas «lo imprescindible de este fundamento radica en constatar la irretroactividad de las disposiciones legales»³⁵. Pudiéndose colegir sin mucho esfuerzo que, al menos en el plano estrictamente científico, cuando el Derecho Penal es utilizado por los poderes públicos para satisfacer fines ajenos al mismo (como ocurre cuando se utiliza como instrumento político o partidista), no solo se está haciendo uso de un derecho fundamental indisponible por los poderes públicos (y quebrándose por ello garantías esenciales del individuo), sino que también se está dificultando enormemente el que el ciudadano pueda recibir aquél mensaje que las disposiciones penales en su conjunto deben transmitirle.

Sobre ésta problemática, para Sáez Rodríguez, se parte de un planteamiento tan inexacto como dañino, esto es, considerar que la seguridad constituye en sí un valor soberano cuya vigencia y trascendencia se miden en proporción inversa a la libertad. En este sentido afirma el autor parafraseando a Baratta, que «la seguridad es una necesidad humana y una función general del sistema jurídico pero, en ambos casos, no tiene un contenido propio; respecto del sistema de necesidades, es una necesidad secundaria, respecto al sistema de derechos, es un derecho secundario con relación a otras necesidades básicas que podemos llamar primarias»³⁶.

³³ STC 133/1987 de 21 de julio.

³⁴ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El principio de legalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 89.

³⁵ LAMARCA PEREZ, C., «Formación histórica y significado político de la legalidad penal», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 2, 1987, pp. 35 ss.

³⁶ SÁEZ RODRÍGUEZ, C., *El Proyecto de Reforma del Código Penal: el orden público como instrumento de contención en el ejercicio de las libertades*, Plataforma

III. LA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Como parte integrante de nuestro ordenamiento jurídico resulta necesario abordar siquiera brevemente la formulación de la legalidad penal en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)³⁷, que no difiere en exceso de la realizada por el Convenio Europeo de Derechos Fundamentales (CEDH)³⁸, así como las líneas generales que a partir de ambos instrumentos traza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Tanto el CEDH como la posterior CDFUE basan la legalidad penal en tres aspectos: su proclamación en la forma clásica ya advertida, la prohibición de imposición de penas mayores a las previstas en el momento de la comisión y la advertencia de que la legalidad penal no es óbice para castigar acciones u omisiones consideradas criminales a la luz de los principios generales del derecho.

Este último enfoque colisiona con la consideración de la legalidad penal en la forma estricta en que tradicionalmente ha sido configurada en nuestro ordenamiento jurídico. Lo cual posiblemente tenga su origen en la incorporación por el TEDH de la configuración que de la legalidad penal ha venido realizándose por la *common law*, que ha obligado al TEDH a reelaborar una jurisprudencia cuya amplitud deriva necesariamente en la modificación de aspectos esenciales del principio³⁹.

Pese a la semejanza en la formulación de la legalidad penal en el CEDH y la CDFUE ambos instrumentos difieren sobremanera en lo relativo a su valor jurídico y efectividad. Mientras que en el CEDH la materialización efectiva de la legalidad debe realizarse necesariamen-

Otro Derecho Penal es Posible, <http://libros.otroderechopenal.com/elordenpublico.pdf>, p. 19.

³⁷ Artículo 7.1 CDFUE «Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o el Derecho internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si, con posterioridad a esta infracción, la ley dispone una pena más leve, deberá ser aplicada ésta. 2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento de su comisión, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones. 3. La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción».

³⁸ Artículo 7 CEDH «1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. 2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas» (art. 7 CEDH).

³⁹ En este sentido CANOSA USERA, R., *Sinopsis del artículo 25 de la Constitución Española*, <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=25&tipo=2>.

te a través de la aplicación que de la misma realice el TEDH (estando a su vez su ejecutividad condicionada a la decisión de los Estados parte, que son quienes tienen el deber «de comprometerse a acatar las sentencias»⁴⁰); la garantía que le otorga la CDFUE actualmente⁴¹ se sustenta en una obligación absoluta para el Estado que no tiene (como ocurre sí en el CEDH) posibilidad material de condicionarla u omitirla puesto que inexcusablemente debe «respetar sus derechos, observar los principios y promover su aplicación»⁴².

En resumidas cuentas la legalidad penal queda equiparada por lo que ahora interesa a los demás derechos reconocidos en los Tratados de la Unión Europea⁴³. Es decir, que pese a que teóricamente la vigencia de la legalidad penal en el CEDH es absoluta al no autorizarse ninguna derogación a aquella en tiempo de guerra u otro peligro público y al deber ser siempre interpretada y aplicada «de manera que se garantice una protección efectiva contra las diligencias, las condenas y las sanciones arbitrarias»⁴⁴; en la práctica y en tanto no se generen mecanismos incondicionales y garantías plenas de respeto, protección y ejecutividad de las sentencias del TEDH, no puede predicarse una salvaguarda real y efectiva de la misma⁴⁵, quedando relegada por ello a una mera formulación programática.

En la interpretación actual de la legalidad penal por el TEDH resultan suficientemente expresivos sus dos ejes delimitadores fundamentales, esto es, el ámbito sobre el que se proyecta la legalidad penal «que engloba el derecho escrito y el no escrito, e implica condiciones cualitativas (entre otras las de accesibilidad y previsibilidad)»⁴⁶; y, en segundo lugar, el significado de la «infracción» a que la legalidad penal ha de extenderse, sobre lo que también con vocación de totalidad se ha pronunciado el TEDH en el sentido de que: «si bien teóricamente el ámbito de aplicación del artículo 7 CEDH ha de ceñirse a las «penas»; en el terreno práctico, y dada la imposibilidad de distinguir, en muchas ocasiones, «penas» y «modalidades de ejecución» ha de decidirse

⁴⁰ Artículo 46.1 CEDH.

⁴¹ Tras aquella primera etapa en que su contenido carecía de eficacia vinculante pese a los esfuerzos de las Instituciones en coadyuvar a ella mediante su inclusión en Reglamentos y Directivas o su cita en Sentencias, muy especialmente en la SSTJUE de 13 de abril de 2000.

⁴² Artículo 51 CDFUE.

⁴³ A excepción de lo previsto en el Protocolo núm. 30, Sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea para Polonia y Reino Unido.

⁴⁴ Sentencia S. W. v. Reino Unido, de 22 de noviembre de 1995.

⁴⁵ En este sentido, Garriga Domínguez, A. (Dir.), Álvarez González, S. (Coord.), «La controvertida eficacia directa de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: apuntes sobre el alcance de la violación del derecho a un proceso equitativo contemplado en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y las limitadas posibilidades de su restitución plena en el proceso español en relación con los recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional» <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/dic10/06.pdf>.

⁴⁶ Sentencia Milokavsky v. Reino Unido, de 13 de julio de 1995.

«caso por caso lo que la “pena” impuesta implica(ba) realmente en Derecho interno o, en otras palabras, cuál era su naturaleza intrínseca»⁴⁷.

Advirtiéndose así un tímido aunque claro cambio frente a la inicial postura en que ni siquiera eran objeto de escrutinio para el TEDH (sino más bien de rechazo en bloque) los asuntos que constituyeran no ya una pena sino su forma de ejecución. Y ello con independencia de lo que en el plano material implicara en realidad tal imposición.

La evolución en el concepto de «pena», materializada en la Sentencia *Del Río v. España*, de 21 de octubre de 2013, tiene origen en la Sentencia *Kafkaris v. Chipre*, de 12 de febrero de 2008 en la cual el TEDH establece la efectiva vulneración del derecho a la legalidad penal (al habersele entregado al demandante, tras la condena, un documento escrito en el que se le otorgaba una fecha concreta de salida que con posterioridad resultó ser inobservada al haberse declarado inconstitucional determinada normativa a resultas de una litigación ajena a su caso y verse incrementada la estancia en prisión del condenado, sin posibilidad de una liberación anticipada). Atrayendo de esta forma hacia el ámbito material de la legalidad penal cuestiones más propias de la ejecución penitenciaria, pero que despliegan un efecto material en la definición de pena desde el punto de vista de su impacto real afflictivo. De tal forma que se pone en juego una prolongación de la pena de prisión por la pérdida sorpresiva de la posibilidad de una liberación anticipada, pues como señala Landa Gorostiza: «las expectativas del demandante se quiebran y por ello la forma de endosar el problema es ampliar la definición material del concepto de pena tomando «en su conjunto» no solo una aproximación formal a su definición legal sino a su real y efectivo significado de acuerdo también a la normativa y praxis penitenciaria. El TEDH no lo quiere decir, incluso lo niega, pero, de hecho, aplica las garantías del artículo 7 CEDH a aspectos de ejecución»⁴⁸.

Fruto, entre otros motivos, de esta línea general de ampliación de su ámbito resulta el notable aumento del número de condenas⁴⁹ del TEDH por vulneración de la legalidad penal. Número mucho

⁴⁷ Sentencia *Del Río v. España*, de 21 de octubre de 2013.

⁴⁸ LANDA GOROSTIZA, J. M., «Ejecución de penas y principio de legalidad ante el TEDH», *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2012 pp. 1-25.

⁴⁹ STEDH *Kononov v. Letonia*, de 24 de julio de 2008; STEDH *Korbely v. Hungría*, de 19 de septiembre de 2008; STEDH *Sud Fondi Srl y otros v. Italia*, de 20 de enero de 2009; STEDH, *Liivik v. Estonia*, de 25 de junio de 2009; STEDH *Scoppola v. Italia* de 17 de septiembre de 2009; STEDH *Gurguchiani v. España* de 15 de diciembre de 2009; STEDH *M. v. Alemania*, de 17 de diciembre de 2009; STEDH *Kallweit v. Alemania*, de 13 de enero de 2011; STEDH *Mautes v. Alemania*, de 13 de enero de 2011; STEDH *Schummer v. Alemania* de 13 de enero de 2011; STEDH *Jendrowiak v. Alemania* de 14 de abril de 2011; STEDH *O. H. v. Alemania*, de 24 de noviembre de 2011; STEDH *Mihai Toma v. Rumania*, de 24 de enero de 2012; STEDH *Alimucaj v. Albania* de 7 de febrero de 2012; STEDH *K. v. Alemania*, de 7 de junio de 2012; STEDH *G. v. Alemania*, de 7 de junio de 2012; STEDH, *Del Río Prada v. España*, de 10 de julio de 2012; STEDH *Camilleri v. Malta*, de 22 de enero de 2013; STEDH *Maktouf y Damjanovic v. Bosnia-Herzegovina*, de 18 de julio de 2013; STEDH *Del Río v. España*

mayor por lo demás desde 2008 (*Stedh Kafkaris*) hasta hoy que en los 14 años que comprende el período 1995⁵⁰ (año en que se produce la primera condena con la Sentencia Welch).

Aumento poco preocupante en el marco de los derechos fundamentales, pues si bien «quizás podamos permitirnos cierta incertidumbre jurídica cuando se trata del acceso a una subvención o de la imposición de una multa administrativa, (pero) nunca a la hora de prevenir cuándo podemos dar con nuestros huesos en la cárcel y cuándo podremos sacarlos de la misma. No a la hora de definir qué es un delito o cuánto se nos va a penar, si 20 años, si más, si esto depende de que el delito lo requiera a juicio del juez, si depende no del compromiso de que no vamos a delinquir sino de algo tan íntimo e inexigible como el arrepentimiento por lo ya hecho. Nos va en ello la seguridad más elemental; nos va en ello que el Estado sea de Derecho»⁵¹.

Es en la Sentencia *Kokkinakis v. Grecia*, de 25 de mayo de 1993 donde el TEDH perfilando la extensión del principio establece que el *nullum crime sine lege* obliga a no aplicar la ley de manera más extensiva en desventaja del acusado, principalmente por analogía, subrayando la necesidad de que el delito esté claramente definido; lo cual sucede «cuando el justiciable puede saber, a partir de la redacción de la disposición pertinente y si fuera necesario con ayuda de su interpretación por parte de los Tribunales, qué actos u omisiones comprometerán su responsabilidad penal». Sin olvidar tampoco, como recuerda en sentencias posteriores, que en materia penal es obligado siempre atender a la casuística (Sentencia *Miloslavsky v. Reino Unido*, de 13 de julio de 1995) al ser obligado reservar el margen debido a la interpretación judicial⁵².

La necesidad de precisión de la ley penal no es solo una cuestión que tenga que ver con puras garantías del acusado, sino que entronca con la propia sustantividad y naturaleza de la norma en sí. En este sentido ha declarado en la Sentencia *Sunday Times* de 26 de abril de 1979 la tácita inclusión del principio de tipicidad en la legalidad penal puesto que: «una norma no puede considerarse ley a menos que se formule con la suficiente precisión que permita al ciudadano adecuar su conducta; debe poder prever, rodeándose para ello de consejos clarificadores, las consecuencias de un acto determinado. Estas consecuencias no tienen necesidad de conocerse con una certidumbre absoluta; la experiencia lo revela fuera de su alcance.». Pese a lo cual curiosamente la línea mantenida por el TEDH es la de desestimar como regla general las violaciones del principio de tipicidad con base

ña, de 21 de octubre de 2013; y, finalmente a fecha de hoy, STEDH *Varvara v. Italia*, de 29 de septiembre de 2013.

⁵⁰ LANDA GOROSTIZA, J. M., *Ejecución de penas y...* ob. cit.

⁵¹ LASCURÁIN, J. A., «Los males de la cadena perpetua revisable», *El Mundo*, 10 de junio de 2010.

⁵² «Por muy clara que pueda estar una disposición legal, sea cual sea el sistema jurídico, incluido el Derecho Penal, existe indudablemente un elemento de interpretación judicial» (Sentencia *Miloslavsky v. Reino Unido*, de 13 de julio de 1995).

en el principio de generalidad de las leyes, en base al cual, la redacción de éstas no puede presentar una precisión absoluta⁵³.

Por último resulta también esencial en la jurisprudencia del TEDH la inclusión dentro del ámbito de la legalidad penal de la prohibición de analogía, de forma tal que «queda vedada la interpretación que vaya más allá del tenor literal posible utilizado por el legislador para fijar los límites de la punibilidad»⁵⁴. Sin embargo y dado que en la actualidad puede resultar difícil elaborar leyes con una precisión absoluta igualmente ha afirmado (Sentencia *Baskaya y Okcuoglu v. Turquía*, de 8 de julio de 1999) que a los tribunales nacionales se les puede exigir una cierta flexibilidad: «para determinar si una publicación debe considerarse propaganda separatista contra la indivisibilidad del Estado» puesto que, según razonamiento del TEDH, por muy clara que esté redactada una disposición jurídica, hay inevitablemente una parte de interpretación de los tribunales, y por tanto: «siempre será necesario dilucidar los puntos oscuros y adaptar el texto, en función de las circunstancias».

IV. CONCLUSIONES

La legalidad penal, que fue en sus orígenes la plasmación concreta de la defensa frente al arbitrio del poder es hoy fruto posiblemente de la practicidad de su naturaleza jurídica «cambiante» o doble (de derecho y principio), una figura elástica en la que no se advierte un nivel de garantía acorde con su importancia y significado.

La debacle que supone el que la legalidad penal sea concebida y tratada las más de las veces exclusivamente como principio y resorte motivador de la recepción de las normas penales por la ciudadanía, que como derecho fundamental vinculante igualmente para los poderes públicos ha generado, por un lado, la errónea concepción de la separación de la jurisdicción constitucional y la ordinaria (como si fueran espacios ajenos e irremediabilmente separados) y por otro, la pérdida de la garantía de la efectividad última de la legalidad penal.

No resulta innecesario recordar por todo ello, que por encima de las directrices político criminales y absolutamente separado de éstas, además, se encuentran los derechos fundamentales indisponibles para los poderes públicos, cuya salvaguarda y garantía resulta ser precisamente la misión de aquellos.

⁵³ «Una de las técnicas tipo de reglamentación consiste en recurrir a categorías generales más que a listas exhaustivas. Así, numerosas leyes se sirven por la fuerza de las cosas, de fórmulas más o menos imprecisas, para evitar una rigidez excesiva y poder adaptarse a los cambios de la situación» (Sentencia *Sunday Times*, de 26 de abril de 1979).

⁵⁴ Sentencias *SW v. Reino Unido* y *CR v. Reino Unido*, de 22 de noviembre de 1995.

En tal cambio ha ejercido una influencia notable la jurisprudencia del TEDH, que si bien recientemente ha atraído hacia el ámbito material de la legalidad penal cuestiones de ejecución penitenciaria –pero que despliegan un efecto material en la definición de pena desde el punto de vista de su impacto real aflictivo, ampliando con ello el margen de garantías de la legalidad penal–, también entiende, con base en el CEDH, que la legalidad penal no es óbice para castigar acciones u omisiones consideradas criminales a la luz de los principios generales del derecho.

La concepción práctica de la legalidad penal exclusivamente como principio general y no como derecho fundamental es lo que posibilita que en la práctica esté siendo atemperada por otros principios e intereses, pues dicha naturaleza jurídica sí permite que pueda moldearse en función de la elasticidad o rigidez que la política criminal imperante le quiera otorgar.

No parece en ningún caso positivo que se admita el que a la legalidad penal le sean impuestos límites exógenos, como si de un mero principio general programático se tratara, pues en cuestiones relativas a derechos fundamentales y la legalidad penal lo es incuestionablemente, la única flexibilidad admisible es la que promueve una más amplia plasmación y garantía de los mismos y permite, en el caso que nos ocupa, una interpretación de la legalidad más acorde con su esencia y basada en consideraciones objetivas no dependientes de lo que la política criminal dicte. De lo contrario, además de vulnerarse su naturaleza jurídica también se impide que la legalidad penal haga plausible la materialización de la seguridad jurídica lo cual es grave tanto a nivel teórico como desde el punto de vista de los derechos e intereses individuales de los ciudadanos práctico, pues en última instancia, la inseguridad jurídica imposibilita no solo una planificación racional de la propia actividad personal, social y laboral, sino también «la tranquilidad mínima existencial que exige nuestra concepción de la calidad de vida»⁵⁵.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁZER GUIRAO, R., «El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional», Mir Puig, S.; Queralt Jiménez, J. (Dir.), Fernández Bautista, S. (Coord.), *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- ALEXY, R., *Estudios sobre la teoría jurídica*, Editorial Comares, Madrid, 2002.
- «Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22, 2002.

⁵⁵ RÍOS MARTÍN, J. C., *La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad*, Gakoa, 2013, San Sebastián, p. 221.

- CANOSA USERA, R., *Sinopsis del artículo 25 de la Constitución Española*, <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=25&tipo=2>.
- CUERDA RIEZU, A., «La aplicación retroactiva de las leyes favorables y el principio de legalidad penal en clave constitucional», Balado, M., y García Regueiro, J. A. (Dir.), *La Declaración Universal de Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Bosch, Barcelona, 1998.
- DEDES, CH., «Sobre el origen del principio “nullum crimen nulla poena sine lege”», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, núm. 9, 2002.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El principio de legalidad penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984.
- FERRERES COMELLA, V., *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)*, Civitas, Madrid, 2002.
- FEUERBACH, A., *Tratado de Derecho Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
- GARCÍA RAMÍREZ, S., *La Corte Penal Internacional*, Instituto Nacional de CC. Penales, México, 2004.
- GARRIGA DOMÍNGUEZ, A. (Dir.); Álvarez González, S. (Coord.), «La controvertida eficacia directa de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: apuntes sobre el alcance de la violación del derecho a un proceso equitativo contemplado en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y las limitadas posibilidades de su restitución plena en el proceso español en relación con los recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional» <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/dic10/06.pdf>.
- HUERTA TÓCILDO, S., «El derecho fundamental a la legalidad penal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39, 1993.
- LAMARCA PEREZ, C., «Formación histórica y significado político de la legalidad penal», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 2, 1987.
- LANDA GOROSTIZA, J. M., «Ejecución de penas y principio de legalidad ante el TEDH», *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2012.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *Solo penas legales, precisas y previas: el Derecho a la Legalidad Penal en la Jurisprudencia Constitucional*, Thomson Reuters, Pamplona, 2009.
- «Los males de la cadena perpetua revisable», *El Mundo*, 10 de junio de 2010.
- MESTRE DELGADO, E., «No es abuso, es violación», *ABC*, 22 de junio de 2019.
- MONEREO ATIENZA, C.; MONEREO PÉREZ, J. L., *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Ed. Comares, Granada, 2012.
- MUÑOZ CONDE, F., «La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso de “La Manada”», *Revista Penal*, núm. 43, enero 2019.
- PÉREZ LUÑO, A., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2007.
- PRIETO SANCHÍS, L., «Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico», *Cuaderno y Debates*, núm. 40, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- «Sobre la separación entre derecho y moral y otras cuestiones relativas a los principios», *Anuario de Filosofía del Derecho*, nueva época, t. X: pp. 545-553, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

- RÍOS MARTÍN, J. C., *La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad*, Gakoia, San Sebastián, 2013.
- SÁEZ RODRÍGUEZ, C., *El Proyecto de Reforma del Código Penal: el orden público como instrumento de contención en el ejercicio de las libertades*, Plataforma Otro Derecho Penal es Posible, <http://libros.otroderecho penal.com/elordenpublico.pdf>.
- SCHREIBER, H. L., *Gesetz und Richter: zur geschichtl. Entwicklung d. Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege*, Metzner, A., Frankfurt am Main, 1976.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., *Derecho Penal*, Parte General, Editorial Temis, Bogotá, 1995.

Los precursores de la concepción kantiana de la paz

The Precursors of kant's peace conception

RAQUEL LUCÍA PÉREZ BRITO

Universidad de La Laguna

RESUMEN

La persistencia de los conflictos bélicos en el siglo XXI supondría el fracaso de la «teoría de la razón práctica» de Kant, en la que sostuvo que «no debía haber guerra». No solo no se han cumplido sus previsiones, sino que hemos involucionado hacia nuevos tipos de guerras. Pero, aun así, en medio del pesimismo generalizado de la capacidad humana para controlar los conflictos, y parafraseando a Kant, creemos en la «insociable sociabilidad del hombre». Esta permitirá que, a través de la «providencia», sea hoy más viable llegar a esa paz anhelada si lo comparamos con todos los demás autores que, a lo largo de los siglos, han reflexionado sobre esta posibilidad. Este trabajo pretende analizar la evolución del concepto de paz en los predecesores de Kant y reflejar los aspectos realmente novedosos que introdujo este en su obra, así como sus posibles fallos.

Palabras claves: *Immanuel Kant, Derecho natural, Derecho internacional, Pacifismo, Cosmopolitismo, Humanismo.*

ABSTRACT

The persistence of military conflicts in the XXI century would mean the failure of Kant's «theory of practical reason», in which he maintained that «there should be no wars». Not only have his forecasts failed to come true,

but also, we have regressed toward new types of wars. And yet, in the midst of the widespread pessimism about the human capacity to control conflicts and paraphrasing Kant, we believe in the «unsociable sociability of man». This quality, through «providence», will make achieving that desired peace more feasible for us than for any of the authors who throughout the centuries have reflected on this possibility. This work aims to analyze the evolution of the concept of peace in Kant's predecessors and reflect the truly novel aspects that Kant introduced in his work, as well as any possible flaws.

Keywords: *Immanuel Kant, Natural Law, International Law, Pacifism, Cosmopolitanism, Humanism.*

I. INTRODUCCIÓN

Hay que retrotraerse al origen de la sociedad, para entender la necesidad que el hombre tiene de ordenar la vida colectiva por medio de normas, con el objetivo de permitir o regular una convivencia pacífica. Partiendo de esta premisa, es fácil deducir que la legislación de cualquier ordenamiento jurídico, así como los tratados supranacionales, deberían ir encaminados a conseguir dicho fin. Solamente de esta manera se podría crear el caldo de cultivo necesario, pero no suficiente, para una convivencia pacífica.

Hablar de la paz a través del Derecho no es una reflexión novedosa. No en vano, a lo largo de la historia se han repetido argumentos en la misma dirección que han evolucionado a lo largo del tiempo hasta nuestros días.

Nos podríamos remontar, en este punto, al faraón egipcio Ramsés II y el emperador Tattusilis III hace más de tres mil años cuando firmaron el *Tratado Hitita* en 1276 A. C. Se trata del primer tratado en Medio Oriente y, quizás, del mundo conocido, que pone fin a un conflicto que duraba más de 80 años, entre dos imperios independientes y en el que se disputaban lo que hoy conocemos por Siria. Es un texto jurídico, en el ámbito de lo que hoy sería considerado derecho internacional público. Consta de un preámbulo y una parte dispositiva, objeto del pacto propiamente dicho *riksu* y de una conclusión admonitoria *mamitu* cuya ejecución se encomienda a los dioses. Se ponen las bases para que no se produzcan más guerras entre ellos. Sorprende que, en uno de sus artículos, se explique el motivo del conflicto y el reconocimiento de la culpa, contiene una cláusula de no agresión, una alianza defensiva, y llega, incluso, a establecer una acción común contra los futuros posibles rebeldes de cada imperio, así como una alianza defensiva recíproca.

Este tratado, de hecho, está expuesto en Nueva York en la sede de las Naciones Unidas ya que representa el primer intento de llegar a una paz perpetua. Es interesante constatar que, después de su firma, hubo prosperidad en ambos imperios debido, en parte, a una gran acti-

vidad comercial entre ambos países, e incluso cruces de sangre de ambas familias gobernantes. La paz duró más de 110 años, hasta que en 1190 A. C. Haití fue destruida, se cree que, por los Pueblos del Mar, nada tuvo que ver Egipto en ello¹.

II. EL CONCEPTO DE PAZ EN LA EMANCIPACIÓN DEL ESTADO CIVIL DE LA IGLESIA CATÓLICA

Marsilio de Padua (1275-1343) escribió en 1324 *El defensor pacis*², provocando un escándalo de tal magnitud que le obligó a refugiarse en la corte del emperador de Baviera al ser excomulgado por el Papa Juan XII. El motivo de estos hechos fue el ataque directo a la iglesia católica que desarrolló en su obra y que nadie antes, se había atrevido a realizar. Se plantean las ideas más radicales del momento que van contra la autoridad del pontífice y contra la jerarquía de la iglesia en general. Evidentemente, el objetivo que pretendía Marsilio, era la independencia de la sociedad civil del mundo espiritual. Recordemos que el pensamiento racional que dominaba en el siglos XII y XIII estaba unido a la fe cristiana. Los estamentos medievales, por lo tanto, tenían la creencia absoluta de que Dios existía y gobernaba el mundo mediante la ley divina. Por ello, ninguna ley positiva o humana podría entrar en conflicto con la ley divina o natural, y debido a ello, se le daba legitimidad en tanto en cuanto no contradijera la ley natural. Esa ley universal, que se suponía que todos conocían, y consecuentemente, permitía distinguir entre el bien y el mal, tenía que ser cumplida tanto por el rey como por los súbditos ya que se encontraba plasmada tanto en el Antiguo como en el Nuevo Testamento y nadie quedaba exento. La iglesia, por lo tanto, con su máximo representante a la cabeza, el Papa, era la legitimada para interpretar la Ley Natural; de ahí que todos, incluso los emperadores, quedaran supeditados al mundo espiritual. Por otro lado, se creía firmemente en la vida eterna, que dependía de nuestro comportamiento en la vida terrenal. Por lo tanto, se temía más al castigo eterno, si el comportamiento en la tierra no era el adecuado, aunque ya se hubiera soportado el correspondiente castigo terrenal. Por el contrario, también se esperaba una vida en el paraíso si el comportamiento en la tierra respondía a los preceptos religiosos.

Marsilio, en este contexto, afirmó que no se disponía de pruebas de la existencia de Dios y, por lo tanto, las especulaciones metafísicas sobre la ley divina³ le parecían absurdas e inadecuadas. Él sostiene que

¹ PIRENNE, J., *Historia del antiguo Egipto*, II, Barcelona, 1983.

² MARSILIO DE PADUA, *El defensor de la paz*, Madrid, estudio preliminar, introducción y notas de Luis Martínez Gómez, director Antonio Truylol y Serra, Tecnos, 1988.

³ Planteadas por Santo Tomas de Aquino (1224-1274). Es reconocido como el más destacado representante de la escolástica en la que se buscaba un equilibrio entre

los hombres tienen que organizarse políticamente pensando en sus intereses terrenales, y que los castigos, si los hubiere, por incumplir las leyes divinas debían, en su caso, ser exclusivamente divinos. Planteaba, en toda regla, la emancipación de la sociedad civil de la iglesia católica: «Cristo mismo no vino al mundo a dominar a los hombres, ni a juzgarlos con el juicio según la tercera significación, ni a gobernar temporalmente, sino más bien a someterse dentro del estado del presente siglo; más aún, de tal juicio o gobierno, en ese mismo sentido, se excluyó a sí mismo y a sus apóstoles y discípulos suyos; y, consiguientemente, a los sucesores de los mismos, obispos o presbíteros, los excluyó con su ejemplo y con su palabra de consejo y de precepto de todo principado o gobierno terreno semejante»⁴.

Si a Marsilio se le daba la razón, la consecuencia inmediata era que el poder del emperador no podía provenir del Papa, y, por tanto, solo debía tener la autoridad correspondiente al culto y debía estar subordinado a las leyes civiles, redactadas para y por las personas⁵. Como era de esperar, más de un emperador vio con agrado su punto de vista y recibió apoyo de Luís IV de Baviera que pretendió acabar con el poder del Papa, sin éxito. «Ningún obispo o sacerdote, en cuanto tal, tiene el principado o la jurisdicción coactiva sobre ningún clérigo o laico, aunque sea hereje»⁶. Llega a comparar con una «enfermedad» (la peste) la tutela eclesiástica que había existido hasta entonces y deseaba acabar cuanto antes con ella⁷.

Al igual que Aristóteles, Marsilio consideraba que el fin último de una sociedad era la felicidad de sus integrantes, y para llegar a ella, cada sociedad debía proponer sus propias leyes. Solo las leyes humanas debían regular la conducta de los hombres en aras de su felicidad *praeceptum universitatis civium*⁸. Para Marsilio, la paz es el resultado de la aplicación de la ley que el propio ciudadano se ha impuesto y, por lo tanto, son «excelentes los frutos de la paz o la tranquilidad, y de la contraria discordia intolerables los males», hay que desear la paz y, si no se tiene, hay que buscarla, y, cuando se tenga, protegerla. En definitiva, hay que rechazar la discordia⁹.

Con esta forma de entender la paz, se da un giro a la concepción tradicional medieval existente hasta el momento, que basaba la paz en un fundamento ético. Sin embargo, Marsilio está interpretando que la paz debe ser funcional y su objetivo final es la felicidad de la sociedad. Las leyes tienen que regular la vida de la ciudad y marcar

la fe y la razón que siempre era superado por la fe por entender que la razón estaba limitada y no podía alcanzar a comprender todo el conocimiento.

⁴ MARSILIO DE PADUA, *El defensor de la paz*, cit., IV párr. 3, pp. 139.

⁵ *Ibidem*, de la parte primera, XV párrs. del 2 al 4; de la parte segunda IV, V, IX y X párr. 7.

⁶ *Ibidem*, p. 536.

⁷ *Ibidem*, p. 534.

⁸ *Ibidem*, primera parte XII y XIII, pp. 53-66.

⁹ *Ibidem*, pp. 195-203.

el rumbo hacia un destino común. La paz no se entenderá, solamente, como la ausencia de guerra, sino también como el triunfo del imperio de la ley. Su pensamiento introduce el concepto de soberanía popular¹⁰ cuatro siglos antes de la revolución francesa y del triunfo del positivismo sobre el iusnaturalismo. Este libro es considerado, por algunos estudiosos de la materia¹¹, como una guía para la teoría política contemporánea. Plantea la búsqueda de la paz a través del derecho, tal y como otros autores y el propio Kant, plantearán siglos más tarde. Se trata de un concepto de paz más jurídico y práctico que filosófico.

Y, a pesar de lo avanzado de su planteamiento, su teoría quedó en el olvido debido al enfrentamiento con la iglesia católica que, tal y como ya hemos comentado, se cuestionaba la autoridad que seguía ejerciendo y, por lo tanto, se buscó y encontró la manera de silenciarlo. Sin embargo, con la reforma protestante se rescatan sus obras hasta el punto de convertirse en uno de los precursores del estado laico. Dos siglos más tarde Francisco de Vitoria le dará la razón al desvincular el derecho civil de la Ley divina¹².

Es necesario destacar que las reflexiones sobre «la paz y la guerra» no pertenecen exclusivamente al ámbito del pensamiento de los filósofos o juristas, pudiendo encontrar ejemplos en cualquier otra rama del saber¹³.

¹⁰ *Ibidem*, parte primera XII, pp. 53-59.

¹¹ MÜNKLER, H., y FETSCHER, I., *Kleine Geschichte der Philosophie*, Munich, Piper, 1993. Traducido por José Luis Gil Aristu, *Breve historia ilustrada de la filosofía. El mundo de las ideas a través de 180 imágenes*, Barcelona, ediciones península 2003, pp. 145-147.

En palabras de H. Münkler, Marsilio es «el fundador de la Teoría del Estado moderno y de la teoría de la soberanía popular».

¹² VITORIA, F. de, *De potestate Ecclesiae* I, 15-19, edición T. Urdanoz, Madrid 1960, pp. 310-316.

¹³ A modo de ejemplo:

– Dante Alighieri (1265-1321) propuso, con el objetivo de mantener la paz, crear una monarquía universal, pero eso sí, bajo el paraguas del Papa oportuno.

– También en el siglo XIII, Pierre Dubois soñaba con una Europa unida y publicó en el año 1305 un proyecto titulado *De recuperatione terrae sanctae*; en ella propone una Asamblea de príncipes eclesiásticos frente a Turquía.

– El Papa Pío II (1405-1464), consciente del peligro que corría el cristianismo por el avance del islam, llama a la unidad de Europa. Pretende una unión de todos los príncipes cristianos de Europa y la defensa de la cultura europea. Sin embargo, le fallan Alemania y Francia, las dos potencias más grandes de la cristiandad, y optó por proclamar una bula, con el objetivo de potenciar las cruzadas para reconquistar los territorios que estaban en mano de los infieles.

– Antoine Marini en 1464 planteó otro proyecto que denominó *Pacto Confederal* que constaba de 21 artículos explicando la necesidad de restablecer la paz entre los cristianos para impedir el avance de los turcos. Se trata de una federación europea con personalidad jurídica propia, a la que los países europeos que se unieran podrían encontrar el apoyo de los restantes ante cualquier ataque. Las decisiones se tomarían por mayoría y todos los países tendrían el mismo peso independientemente de su tamaño. Habría un ejército común y contaría con una corte arbitral.

Por su parte, Francisco de Vitoria (1483-1546) también aportó importantes reflexiones al concepto de paz y guerra. En sus clases trató temas tanto teológicos, jurídicos como filosóficos, y todos ellos, de relevante importancia¹⁴. Entre sus *relecciones* más conocidas, que se solían dictar como método de enseñanza¹⁵, se encuentra *De potestate civili*¹⁶, que estableció las bases teóricas de lo que hoy consideramos el derecho internacional moderno. De igual manera, fue de los primeros en proponer una organización internacional basada en el derecho natural en la que estuvieran representados todos los pueblos y países para poder plantear los posibles conflictos que podrían derivar en una guerra con la intención de buscar soluciones antes de que se iniciara. Por dicho motivo, fue considerado

– Jorge de Podiebrad (1420-1471) fue el único rey de bohemia sin sangre real pero el único que tenía un origen puramente checo. Es considerado uno de los precursores de la Unión Europea. Consciente de la amenaza de estado islámico, en 1463, puso en marcha una búsqueda de aliados entre otros monarcas europeos. Para ello propuso la fundación de la Liga de Reyes Cristianos, una organización internacional que garantizara solucionar conflictos de manera pacífica en un Tribunal Internacional. Su idea es parecida a lo que hoy sería el Parlamento Europeo. Planteó la suspensión de las aduanas y una moneda única, como veremos, más adelante, que también propuso Emeric Crucé. Aunque su propuesta no tuvo eco entre los diferentes monarcas, hoy también se considera a Jorge de Podiebrad como uno de los precursores de la Unión Europea. Hay autores que consideran que su propuesta está claramente inspirada en el manifiesto de su predecesor, el propio Marini.

– Erasmo de Rotterdam (1466-1536) es un reconocido filósofo, teólogo y humanista de origen holandés que tuvo una gran influencia cultural y social en su época. Es considerado como el representante del pensamiento humanista del Renacimiento. Abogaba por una reforma tanto de la iglesia como de la sociedad, y para ello era necesario profundizar en la ética y en la educación del ser humano. «La paz más desventajosa es mejor que la guerra más justa» es una frase que se le atribuye y que resume su forma de pensar.

– Luis Vives (1492-1540) humanista judío español convertido al cristianismo en la época de la Inquisición que acabó con la vida de su padre y con él huyendo de España. Erasmo de Rotterdam, coetáneo de Vives, eclipsó su trayectoria, de ahí que sea mucho más conocida la obra de Erasmo, que la de Vives. Sin embargo, para ser justos y siendo español, sus publicaciones han dejado grandes aportaciones en los campos de la filosofía, psicología, pedagogía y, en lo que más nos interesa en este artículo, en el pacifismo de Europa. Para este humanista, el cultivo de los saberes, su investigación y enseñanza son el único camino para conseguir el logro de la paz a través de la concordia y la paz. Sus libros más destacados sobre este tema son: *De concordia et discordia in humano genere, de pacificatione*, ambos de 1529. Propone una República cristiana europea.

¹⁴ BARRIENTOS GARCÍA, J., *La facultad de Teología de la Universidad de Salamanca a través de los libros de visitas de cátedras* (1560-1641). Sínderesis, Madrid, 2018, pp. 32-35.

En la Universidad de Salamanca las *relecciones* eran conferencias solemnes que pronunciaban los catedráticos de las cátedras de propiedad, una vez al año, ante su respectiva facultad o ante toda la Universidad. Debía versar sobre algún tema que se hubiera impartido durante el año académico, de ahí el nombre de *relecciones*.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 35-63.

¹⁶ VITORIA, F. de, *De potestate civili* (1528) edición CHP, Jesús Cordero Pando, Madrid CSIC, 2008, vol. XV, segunda serie.

también el precursor de la idea de la Organización de las Naciones Unidas, un siglo antes que William Peen¹⁷.

El teólogo de la Universidad de Salamanca, «considerado también como el fundador y maestro de la primera generación de la Escuela de Salamanca¹⁸», entra a valorar los derechos de la corona española con respecto a los indios de América, y, para ello, no basa sus argumentos en la legislación vigente, sino en la naturaleza del indio como ser humano¹⁹. Vitoria, de alguna manera, cuestiona la tarea de los juristas porque considera que enseñan lo que dice la ley y no lo que para él es importante, es decir, los fundamentos a los que debe subordinarse todo ordenamiento jurídico «el hecho de que las leyes sean de una manera no significa que deban ser así»²⁰. Estableciendo así, desde nuestro punto de vista, las bases del nuevo concepto de filosofía jurídica, que comenzará a desarrollarse siglos más tarde. Comparo con el profesor Fernando Llano la plena vigencia y actualidad que aún hoy en día mantienen las ideas humanistas, iusracionalistas y universalistas defendidas por este autor en sus *Relecciones* ético-jurídicas²¹, así como el desencaje de sus ideas en el momento histórico que vivió donde dominaba la visión papista e imperialista que consideraba legítimo el dominio espiritual y del poder secular del emperador, propio de la época medieval²².

Tal y como también confirma el profesor Narciso Martínez Morán, el dominico «aunque amante de la paz, no excluye completamente la guerra en las relaciones con otros pueblos»²³, de hecho, contempla que la Iglesia pueda emprender una guerra justa contra infieles en diferentes casos. Por ejemplo, cuando matan a otros infieles para ofrecerlos en sacrificios a sus dioses o para alimentarse de ellos²⁴. La justificación viene de que toda persona debe preservar a los inocentes de la injuria y esos inocentes están pidiendo la ayuda del prójimo²⁵. Considera que la guerra es justa no solo en defensa propia sino también en

¹⁷ William Peen será analizado en páginas posteriores.

¹⁸ LLANO ALONSO, F., «Humanismo renacentista, razón universal y sociedad humana en el pensamiento jurídico de Francisco de Vitoria», *Derechos y libertades*, núm. 34, 2016, pp. 91-114, p. 92.

¹⁹ FRANCISCO DE VITORIA, *De indis*, edición CHP, Luciano Pereña, Madrid CSIC, vol. V, 1967, pp. 69-72.

²⁰ FRANCISCO DE VITORIA, *Derecho natural y de gentes*, Emece Editores, S. A. Buenos Aires, 1946.

²¹ LLANO ALONSO, F., «Humanismo renacentista, razón universal y sociedad humana en el pensamiento jurídico de Francisco de Vitoria», cit., p. 95.

²² *Ibidem*, pp. 98-99.

²³ MARTÍNEZ MORÁN, N., «Teorías sobre la guerra en el contexto político de comienzos del siglo XXI», en *Filosofía Práctica y Persona Humana*, Ildefonso Murillo (Coordinador), Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, Ediciones Diálogo Filosófico, Salamanca, 2004, pp. 445-478, p. 453.

²⁴ *Ibidem*, pp. 93-94.

²⁵ ÁLVAREZ TURIENZO, S., *Evangelización en América. Los agustinos*, colaboradores Teófilo Viñas Román, José Barrientos García, S. Folgado Flórez, Salamanca, 1988, p. 120.

defensa del prójimo²⁶. También es posible hacer una guerra justa contra los infieles si con blasfemias y malas persuasiones impiden la fe de Cristo e impiden a los cristianos predicar libremente la fe de Cristo en sus provincias²⁷. Otro caso que contempla para legitimar una guerra justa contra los infieles es cuando estos impidan a los cristianos recorrer sus territorios, siempre que lo hagan sin causar ningún daño ni perjuicio a los nativos, *ius peregrinandi*²⁸ supuesto habilitado por el derecho de gentes. En todos estos casos, según el dominico, las justificaciones se encuentran en las Sagradas Escrituras.

Sin embargo, Francisco de Vitoria considera ilícito obligar al infiel a recibir la fe y el bautizo y hacerle la guerra y someterle por la sola causa de su infidelidad porque la iglesia tiene el derecho de predicar y divulgar, pero no el de juzgar, castigar y obligar a quienes no pertenecen a ella²⁹.

A él se debe un nuevo planteamiento del concepto de guerra justa y estableció las diferencias entre el *ius ad bellum* y el *ius in bello*. Por otro lado, contempla la legalidad tanto de la guerra en defensa propia como la ofensiva³⁰:

«y porque no puede ponerse en duda la licitud de la guerra defensiva, puesto que es lícito repeler la fuerza con la fuerza»³¹... «en cuarto lugar, se prueba también la licitud de la guerra ofensiva, esto es, de aquella en la cual, no solo se defienden o se reclaman las cosas, sino que, además, se pide satisfacción por una injuria recibida»³².

Llegados hasta aquí, corresponde saber cuáles son los motivos por los que los Estados pueden considerar que se dan las condiciones que les permitan comenzar una guerra justa. Y el catedrático responde, no solo aclarando lo que es una causa justa, sino que también se detiene en explicar lo que él no considera una causa justa³³. Para Francisco de Vitoria la única causa justa es «la injuria

²⁶ Esta posición es similar a la que contempla I. Kant al especificar cuándo un estado puede intervenir en el conflicto de otro estado, como veremos más adelante en el opúsculo *Hacia una paz perpetua*.

²⁷ FRANCISCO DE VITORIA, *De indis*, cit., pp. 84-90.

²⁸ *Ibidem*, pp. 77-84.

²⁹ *Ibidem*, pp. 54-67.

³⁰ Francisco de Vitoria comparte con San Agustín de Hipona el pensamiento de que no puede haber seguridad y por tanto paz en el Estado si no existe el temor de los demás Estados a una posible guerra. Aquí las diferencias con Kant son importantes, como veremos más adelante.

³¹ FRANCISCO DE VITORIA, *Derecho natural y de gentes, capítulo: De los indios o del Derecho de Guerra (211-251)*, Emece Editores S. A., Buenos Aires, 1.946, p. 216.

³² *Ibidem*, p. 216.

³³ Francisco de Vitoria no considera una causa justa las disputas por cuestiones religiosas, el deseo de anexionar más territorio a tu país, es decir conquistar otros países para hacerse más grande y poderoso. Tampoco considera una causa justa el deseo de los gobernantes de conquistar su propia gloria o cualquier otro provecho particular. Por lo tanto, ninguno de estos motivos es una causa justa para comenzar una guerra.

recibida»³⁴ y «no basta con cualquier injuria para declarar una guerra: debe ser una injuria que merezca una guerra, en la cual habrá devastación, incendios y matanzas»³⁵.

También pide proporcionalidad en la respuesta a la propia injuria, por lo que cualquier injuria no puede comenzar una guerra justa, ya que la pena debe ser proporcional a la gravedad del delito «conviene examinar con grande diligencia la justicia y las causas de ella y escuchar, asimismo, las razones de los adversarios, si acaso quisieren discutir según razón y justicia»³⁶.

El teólogo detalla lo que no se puede hacer, una vez que ya estás inmerso en una guerra justa y pone ejemplos:

«Porque el fundamento de la guerra es la injuria, como queda demostrado. Pero la injuria no procede de los inocentes. Luego, no es lícito usar la guerra contra ellos». «Lo mismo se debe decir de los labradores inofensivos entre cristianos, como también de la demás gente togada y pacífica, pues todos se presumen inocentes, mientras no conste lo contrario. Por esta misma razón tampoco se puede matar a los peregrinos y huéspedes que acaso están entre los enemigos, pues también se reputan inocentes, ya que, en realidad, no son enemigos. Asimismo, a los clérigos, porque también se tienen por inocentes en la guerra, a no ser que conste lo contrario, como es, cuando toman parte de ella»³⁷.

En cuanto a los culpables, el dominico considera que no siempre es lícito darles muerte, para vengar la injuria cometida y se debe evitar en la guerra toda atrocidad e inhumanidad. Al ser necesaria una justa condena para los culpables, se contempla la necesidad de que la nación vencida puede soportar la condena y reponerse del castigo:

«Una vez ha estallado la guerra, por alguna causa justa, se debe de hacer, no para ruina y perdición de la nación a quien se hace, sino para la consecución de su derecho y para la defensa de la patria, y de la propia república, y para que por esa guerra se llegue a conseguir la paz y la seguridad. [...] Obtenida la victoria y terminada la guerra, conviene usar el triunfo con moderación y modestia cristianas, y que el vencedor se considere como un juez entre dos repúblicas, una ofendida y otra que hizo la injuria, para que de esta manera profiera su sentencia, no como acusador, sino como juez, con la cual pueda satisfacer a la nación ofendida. Pero cuanto sea posible, con el menor daño y perjuicio de la nación ofensora. Bastante es que sean castigados los culpables, en lo que sea debido»³⁸.

³⁴ FRANCISCO DE VITORIA, *De iure Belli*, edición CHP, Luciano Pereña, Madrid CSIC, vol. VI, 1981.

³⁵ *Ibidem*, pp. 131-161.

³⁶ FRANCISCO DE VITORIA, *Derecho natural y de gentes. Capítulo: De los indios o del Derecho de Guerra (211-251)*, Emece Editores S. A., Buenos Aires. 1946, p. 227.

³⁷ *Ibidem*, p. 236.

³⁸ *Ibidem*, p. 242.

Sin embargo, de las lecturas de las *relecciones* y de las obras en general del dominico, se observa que no llegó a contemplar la situación en la que una guerra fuera ganada por la parte que ha ofendido, es decir la culpable. En este caso, la parte que ha provocado una guerra se podría convertir en el juez por haberla ganado siendo realmente el agresor injusto. Es posible que no quisiera tener un enfrentamiento directo con la Iglesia católica ni con la propia monarquía. Lo que sí es evidente es que él no creía que los enfrentamientos con los indígenas pudieran estar justificados ni por motivos religiosos ni por cualquier otro. Este razonamiento convertía a la corona en el agresor injusto que gana la guerra y se convierte en juez:

«Por todo lo dicho queda claro que cuando los españoles se embarcaron hacia las tierras de los bárbaros, no llevaban consigo el derecho a ocuparlas»³⁹.

En su obra *De indis* manifiesta su preocupación y malestar por la forma en la que los colonizadores están efectuando la conquista del continente americano. Considera que las diferentes creencias religiosas no los convierten en seres inferiores y mucho menos por ello puedan perder las tierras que les han pertenecido durante siglos. Es partidario de colaborar con los indígenas para ayudarles a desarrollarse y mejorar su país y, de paso, enseñarles el evangelio. Da por hecho que las colonizaciones son situaciones temporales donde se debe potenciar el gobierno propio y se debe contar en todo momento con la voluntad de los indígenas. Por tanto, la independencia de los indígenas es total y ni el emperador ni el Papa pueden mandar sobre unas tierras que no les pertenecen⁴⁰.

El dominico censura abiertamente la guerra que los conquistadores españoles estaban practicando despiadadamente contra los indígenas del continente americano y sienta las bases del derecho internacional de gentes que podría interpretarse como la norma no escrita que regula las relaciones entre ciudadanos de diferentes Estados o entre varios Estados por lo que podríamos considerarlo, de algún modo, «derecho natural internacional».

Del estudio de las obras del dominico se puede observar que trabaja el concepto de guerra y paz, como ausencia de guerra, desde un punto de vista más filosófico y teológico que jurídico. Es importante señalar que la doctrina jurídica iniciada por Vitoria y seguida por otros en la Escuela de Salamanca representó el fin de los conceptos medievales del derecho. De hecho, la distinción entre el poder secular y el espiritual, característica que distingue el pensamiento moderno del medieval, abrió el camino para la construcción de una nueva ley secular de naciones⁴¹.

³⁹ FRANCISCO DE VITORIA, *De indis*, cit., pp. 13-22.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 69-72.

⁴¹ FERNÁNDEZ RUIZ GLÁVEZ, E. (2017), «El *totus orbis* y el *ius gentium* en Francisco de Vitoria», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 35, pp. 19-43, p. 26.

En la misma línea, son conocidas las disputas entre el sacerdote cordobés Juan Ginés de Sepúlveda (1490-1573) y el fraile dominico Bartolomé de las Casas (1484-1566) defensor de los indígenas. Sepúlveda justificaba el derecho a someter al pueblo indio por considerar que eran pueblos no civilizados con costumbres caníbales y sacrificios humanos. Defendía la justicia de la guerra ya que la civilización superior tenía el derecho y también la obligación de dominar para evangelizar. Sin embargo, Bartolomé de las Casas mantenía una postura contraria al considerar que existía una igualdad genérica del ser humano y que no había ningún derecho que justificara la guerra en nombre de la evangelización⁴², aunque sí estaba de acuerdo en intentar su evangelización, pero sin coacciones.

El rey católico Carlos I de España y V de Alemania preocupado por las controversias sobre las conquistas y el trato a los indígenas, convocó una junta en Valladolid para que los adversarios más prominentes debatieran, ante un tribunal constituido por catorce teólogos y juristas, sobre el derecho de los españoles a imponer su dominio sobre los indígenas y a negarles su derecho a gobernarse. Principalmente se discutieron tres puntos de vista, el de Francisco de Vitoria⁴³, el de Juan Ginés de Sepúlveda y el de Bartolomé de las Casas.

Sepúlveda utilizó en sus discursos como referencia al teólogo Francisco de Vitoria como autoridad sobre el tema utilizando sus argumentos. Valga recordar que Vitoria contempló el derecho de España a la posesión de las Indias, aceptó como títulos legítimos de conquista la necesidad de castigar y prohibir los sacrificios humanos y la antropofagia o canibalismo, también el derecho de los españoles a evangelizar a los indígenas. Vitoria llegó a dudar si se podía o no aplicar el conocido argumento aristotélico sobre la esclavitud natural, con él se justificaba la relación jerárquica entre los dos pueblos. Vitoria no se atrevió a darlo por bueno ni a condenarlo. Dejó la duda en el aire, supuestamente, porque existían ciertos argumentos que permitían considerar que a los indígenas les podían faltar leyes, magistrados e, incluso, podían parecer estar incapacitados para gobernar a sus familias:

«que no podía afirmarse con seguridad, pero sí discutirse... los indios no son idóneos para constituir y administrar una república legítima⁴⁴».

LLANO ALONSO, F., «Humanismo renacentista, razón universal y sociedad humana en el pensamiento jurídico de FRANCISCO DE VITORIA, cit., p. 95.

⁴² DE LAS CASAS, B., *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*, 1552.

En este libro condena las conquistas como ilegítimas al llamar tiranos a los conquistadores y al calificar de violencia injustificable sus acciones. Fue escrito 10 años antes para convencer a los consejos reales de Castilla a abolir la esclavitud india y prohibir la perpetuidad de las encomiendas.

⁴³ Francisco de Vitoria ya había fallecido cuando se produjo el debate vallisoletano, pero al haber sido nombrado por Sepúlveda sus ideas del derecho de gentes se tuvieron en cuenta en este acontecimiento.

⁴⁴ FRANCISCO DE VITORIA, *De Indis*, cit., 97.

Sin embargo, en su última *relección* de 1539, Vitoria ya tenía claro su posición al respecto y concluyó, como ya hemos dicho con anterioridad, que la única y sola causa justa de hacer la guerra contra los indios era la injuria recibida «no es lícito castigar con la guerra por injurias leves a sus autores, porque la dureza de la pena debe ser proporcional a la gravedad del delito»⁴⁵.

En contraste con Vitoria, Juan Ginés de Sepúlveda, no cambió de opinión a lo largo de su vida. Estaba convencido de la relación jerárquica que se manifestaba en ambos pueblos. Aunque reconocía que existían diversos modos de ejercer el dominio de unos sobre otros, todos, dijo, tenían su fundamento en el mismo modelo aristotélico que utilizó al principio Vitoria para avalar la gobernación de las Indias por los españoles:

«un solo principio y dogma natural: el imperio y dominio de la perfección sobre la imperfección, de la fortaleza sobre la debilidad, de la virtud excelsa sobre el vicio»⁴⁶.

Bartolomé de las Casas, en su intervención en los debates sobre las Indias, no se centró en el derecho o no que el reino de Castilla poseía para gobernar a los indios sino del tratamiento que éstos recibían de los españoles. Casas rechazó el principio aristotélico, aceptado tanto por Vitoria (al principio) y defendido siempre por Sepúlveda, del dominio de lo perfecto sobre lo imperfecto. Él defendía que este principio solo se podía aplicar cuando las dos cosas se encontraban unidas por naturaleza, *in acto primu*, como «cuando el cuerpo y el alma se conglutinan y forman un animal, o cuando el sentido y la razón existen en el mismo sujeto»⁴⁷. Pero nunca se podría aplicar para pueblos distintos:

«la cosa perfecta y la imperfecta se encuentran separadas y se refieren a distintos sujetos: por mucho que éstos (los más aptos) les aventajasen (a los otros) en prudencia, ningún pueblo libre está obligado a someterse a otro»⁴⁸.

El Rey, una vez finalizada la junta en Valladolid, saca sus propias conclusiones y promulgó en 1542 las Leyes Nuevas, en las que se prohibía la esclavitud de los indios y los liberaba de los encomendados. Añadiendo que para futuras penetraciones en territorios no explorados siempre se debería intentar la conversión de forma dialogada y pacífica⁴⁹.

⁴⁵ FRANCISCO DE VITORIA, *De Indis*, cit., 825-826

⁴⁶ SEPÚLVEDA J. G., *Demócrates segundo: o de las justas causas de la guerra contra los indios*, traducción Marcelino Menéndez Pelayo, independently Published, 2018, P. 20.

⁴⁷ CASAS, B., *Apología de Juan Ginés*, p. 139.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ De las Casas, que al principio había pretendido fomentar y reglamentar el asiento español en las Indias y de castigar sus excesos, terminó recomendando a Feli-

Otra figura destacada en la Escuela de Salamanca es el jurista y jesuita Francisco Suárez (1548-1617) en sus obras desarrolló el concepto de la «guerra justa» y de la «justicia de guerra» siguiendo las obras de su predecesor Francisco de Vitoria. Sin embargo, hay diferencia entre ambos autores⁵⁰, Suárez considera que sí está justificado el derecho a la guerra ofensiva para liberar una venganza independientemente de que se supiera que el adversario hubiera actuado de buena fe. Desarrolla en sus obras diferentes aspectos como el de «guerra justa para ambas partes» así como la posibilidad de una intervención bélica en favor de los inocentes. En el contexto en el que le tocó vivir, parece lógico que el jesuita mantuviese el reconocimiento de la misión específica de los soberanos cristianos sobre el resto que habría que evangelizar, al igual que lo hizo Vitoria, sin embargo, defendió que la legitimación para comenzar una guerra no se puede basar en si una de las partes es creyente o infiel. Otro aspecto que se debe destacar es la justificación que llega a hacer de la muerte de un inocente en pos de un bien superior, y compara a un soldado con una mujer embarazada que se ve obligada a decidir entre salvar su vida tomándose una medicación que acabará con la vida de su hijo o morir ambos. De esta manera, justificaba las situaciones en la que un inocente tuviera que morir para poder acabar con una guerra.

Comparto con el profesor Narciso Martínez Morán que la filosofía de los pensadores de la Escuela de Salamanca de los siglos XVI y XVII fue innovadora en su tiempo y abrieron las puertas a las grandes construcciones jurídico-políticas de nuestra época dando paso al concepto moderno de sociedad de Estados o Comunidad Internacional así como al derecho de gentes positivo⁵¹.

Alberto Gentili (1552-1608) tal y como él mismo reconoció, se sintió muy influenciado por Francisco de Vitoria, de hecho, recoge parte de su doctrina y lo cita en sus obras. En 1588 Alberto Gentili, catedrático de Oxford de civil, publicó en Londres la primera parte del libro *De jure belli commentatio prima*. Un año más tarde se publicaron, conjuntamente, las tres partes con el título *Commentationes*, y diez años más tarde aparecería una nueva edición con algunas correcciones y el nombre *De jure belli Libri tres*⁵².

Gentili, de la misma manera que lo hizo su predecesor Francisco de Vitoria, analiza, por un lado, los motivos que pueden considerarse jus-

pe II que retirara la soberanía castellana sobre las Indias y que restaurara a los soberanos autóctonos. Sus viajes a las Indias le hizo evolucionar al comprobar el deterioro grave de la situación en las Indias hasta comprender que no existía ninguna justificación que valiera la pena para la posesión de las Indias.

⁵⁰ SÁNCHEZ HIDALGO, A., «Vitoria y Suárez: el derecho internacional en el tránsito a la modernidad», *Anales de la Cátedra Francisco de Suárez*, núm. 51, 2017, pp. 163-182.

⁵¹ MARTÍNEZ MORÁN, N., *Aportaciones de la Escuela de Salamanca al reconocimiento de los Derechos Humanos*, Universidad Pontificia de Salamanca, pp. 491-520.

⁵² GENTILI, A., *De jure belli Libri tres*, Hanoviae, 1598.

tos para acudir a la guerra y por otro, en su segundo libro, una vez que ya se está en una guerra justa plantea la necesidad de respetar ciertas normas jurídicas. Gentili admite como *honesta causa belli inferendi*⁵³ la lucha contra los «delitos que atentan contra la misma naturaleza humana», recordemos que Vitoria se centraba en la injuria.

En su tercer libro, *De jure belli Libri tres*, trabaja el concepto de paz como el fin de la guerra. Considera que la paz debe estar regulada por el derecho, según el principio de atribuir a cada uno lo suyo. Es curioso destacar que, a pesar de analizar la guerra y la paz desde una perspectiva jurídica y estar convencido de que debía estar regulada por el derecho, termina recurriendo a Dios para solicitar, por un lado, la desaparición de las guerras y por el otro, que los príncipes respeten el derecho a la paz y el derecho de los tratados⁵⁴. Esta solicitud a Dios no es más que una consecuencia lógica del momento histórico en el que vivió y escribió sus obras.

Como hemos podido comprobar, otros autores antes que él ha tratado el derecho de guerra desde un punto de vista moral, político e incluso militar. Por ejemplo, Francisco de Vitoria, su inspirador inicial, puso el acento en los aspectos teleológicos o morales⁵⁵. Marsilio de Padua le dio un enfoque jurídico funcional dando por hecho que el triunfo de la ley garantizaría una sociedad en paz. El hilo conductor vendría del propio pueblo que, siendo el responsable de aprobar el ordenamiento jurídico, qué otra cosa se debía esperar, sino que el principal fin, del mismo, fuese garantizar la felicidad de los ciudadanos. Consecuentemente el triunfo de la Ley implicaría el triunfo de la paz. A diferencia de este planteamiento, Alberto Gentili se centra en la guerra, en aspectos como cuándo se puede considerar justa y en el comportamiento jurídico que se debe tener por parte de todos los bandos cuando se encuentren en contienda. Gentili define la guerra como *publicorum armorum insta contentio*⁵⁶. Se puede concluir que el análisis que hace de la guerra desde la perspectiva jurídica y con la profundidad que lo hizo no tiene precedente en la historia del derecho internacional hasta ese momento.

Sin embargo, la fama de Gentili como abogado internacional⁵⁷ pronto fue eclipsada por Hugo Grocio. Gentili obtuvo un escaso reco-

⁵³ *Ibidem*, XXV.

⁵⁴ *Ibidem*, XXIV.

⁵⁵ Al igual que San Agustín o Santo Tomás.

⁵⁶ Definición que parece más correcta que la que Grocio dio más tarde, *status per vim certatum, qua tales sunt*, ya que, en este caso, no solo se hace referencia a las guerras sino también a las disputas privadas.

⁵⁷ En 1605 Gentili fue nombrado por la embajada española abogado de los súbditos de la Corona española hasta su muerte en 1608 (SIMMONDS, K. R., *Alberico Gentili at the Admiralty Bar, 1605-1608 Archiv des Völkerrechts*», núm. 1/2 (julio 1958), pp. 3-23. Por dicho motivo, abandona la cátedra en Oxford y se traslada a Londres. Quiero destacar, que España, eligió a Gentili de religión protestante para defender a los súbditos de un Estado católico. También él fue criticado por aceptar defender los intereses españoles. Sin embargo, no tuvo problema en hacer su trabajo correcta-

nocimiento en su tiempo, si bien cambió sustancialmente el panorama a finales del siglo XIX⁵⁸.

Una de las obras más conocidas del holandés Hugo Grocio (1583-1645) es *De Iure Belli ac Pacis* publicada en 1625. En ella, cita a más de veinte autores tanto españoles como portugueses pertenecientes a la escolástica de la Escuela de Salamanca. Como es de esperar, Francisco de Vitoria fue uno de los filósofos citados más destacados de sus obras, de ahí que, cuando se trate de poner un nombre para asignar el honor de ser el precursor del derecho internacional moderno se deba citar, al menos, a Francisco de Vitoria, Francisco Suárez, Alberto Gentili y al propio Hugo Grocio sin descartar a otros que también podrían haber aportado su granito de arena al mundo de las ideas y no por ello haber quedado constancia escrita, tal como hemos apuntado que sucedió con el *Tratado Hitita*.

Hugo Grocio introduce un nuevo concepto, el *Iustus hostis*⁵⁹ con el que pretende que no se haga distinciones entre culpables o no del inicio de la guerra. Tampoco se valora si la guerra se puede o no considerar justa. Por tanto, no habrá ni buenos ni malos, mientras dure el conflicto. El derecho internacional consideraría a todos con los mismos derechos independientemente de quién sea el ofendido o el que ofende. Grocio, en el desarrollo que plantea de la guerra⁶⁰, parte del concepto de humanidad, diferenciándose así de Francisco de Vitoria y de Alberto Gentili.

A Hugo Grocio se le ha considerado el primer autor del iusnaturalismo moderno o, dicho de otro modo, del iusnaturalismo secularizado dentro del iusnaturalismo moderno, sin embargo, no fue el primero en proponer la secularización del derecho. Como ya hemos analizado anteriormente, el deseo de emancipar el mundo civil de la Iglesia católica ya lo había planteado Marsilio de Padua en el siglo XIV.

Algunos autores actuales⁶¹, consideran que la postura de Grocio de «reafirmación secularizada de la ley natural por la cual la ética política ahora es capaz de articularse independientemente de cualquier premisa teológica» se ha interpretado desde las corrientes contemporáneas basándose en una cita de Grocio en su libro *De Iure Belli ac*

mente ya que nunca mezcló la teología con el derecho. Podemos observar, en este hecho, una analogía a la que veremos más adelante con el Duque de Sully.

⁵⁸ Gracias a Sir Thomas Erskine Holland (1835-1926) que le dedicó su conferencia inaugural como catedrático de derecho internacional y diplomacia en Oxford y exaltó los méritos de Gentili recordando su labor como predecesor en la misma universidad unos siglos antes.

⁵⁹ BULL, H.; KINGSBURY, B., y ROBERTS, A., *Hugo Grotius and International Relations*, Oxford University, 2003.

⁶⁰ GROCIO, H., *Del Derecho de la Guerra y de la Paz*, Jaime Torrubiano Ripoll, clásicos jurídicos vol XIII, Madrid, Reus, 1925.

⁶¹ HASKELL J. D., «Hugo Grotius in the Contemporary memory of International Law: Secularism, Liberalism, and the Politics of Restatement and Denial», *Emory International Law Review*, vol 25, núm. 1, 2011, p 273. Disponible SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1893205>

Pacis que dice así: «Lo que hemos estado diciendo tendría cierto grado de validez incluso si reconociéramos lo que no puede concederse sin la mayor iniquidad, que no hay Dios». En otras palabras, Grocio plantea que, sin menoscabo de la apreciación de la existencia de Dios, el derecho natural, cuyo principio supremo consiste en el respeto a los compromisos contraídos, existiría incluso en la hipótesis de que no existiera Dios, o no se ocupara de las cosas humanas⁶². Existen dos posturas. Los que creen que Grocio era un creyente ferviente y que, por lo tanto, no pretendía empujar a la cristiandad hacia una nueva evaluación agnóstica del orden político, más bien todo lo contrario, quería confirmar su existencia y frenar las dudas que en el siglo XVII se plantearon sobre la existencia de Dios, alejándolo de la política, ya que Dios no tendría por qué ocuparse de los problemas humanos. Y los que piensan que realmente Grocio no tenía una fe inquebrantable, y lo que pretendía era agradar a las poblaciones cristianas y a sus líderes; y que realmente se movía por intereses económicos familiares al estar interesado en la libertad del comercio internacional, debido a que el colonialismo holandés le afectaba directamente al ser accionista en East India Company.

Nos parece más convincente pensar que si Grocio planteó un iusnaturalismo secularizado no se debía a un pensamiento neutral de su forma de enfocar el predominio, hasta el momento, de la iglesia católica, sino que más bien se debía a la situación histórica en la que vivió, donde las polémicas entre humanistas protestantes y juristas tardomedievales,⁶³ le hicieron opinar puntualmente.

Se puede considerar a Hugo Grocio uno de los primeros en desarrollar la «libertad de comercio» en su obra *Mare liberum*⁶⁴. Sin embargo, la base doctrinal la podemos encontrar en Francisco de Vitoria⁶⁵ en la exaltación del *ius communicationis*, tanto para la navegación como para el comercio, así como las restricciones de la potestad temporal pontificia y del *ius occupationis*. Esta obra fue escrita contra Portugal, publicada contra España y utilizada contra Gran Bretaña por los holandeses ya que pretendía defender la libertad de los mares para la navegación y el comercio por todos los

⁶² SCHWARZENBERGER, G., «The Grotius Factor in International Law and International Relations: A Functional Approach, en Hugo Grotius and international relations», *Heldley Bull*, Benedict Kingsbury & Adam Roberts, *Oxford scholarship online*, 1990.

⁶³ HASKELL J. D., *Hugo Grotius*, International Law-Oxford Bibliographies, 2016, pp. 274-275.

⁶⁴ GROCIO, H., *De la libertad de los mares*, prólogo de Luis García Arias, traducción de Blanco García, V. y García Arias, L., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979.

Mare Liberum fue publicado de forma anónima en 1609. Sin embargo, corresponde a un capítulo del libro *De Indis* del mismo autor manuscrito en 1604 o 1605 no publicado hasta 1868 *De Iure praede commentarius*.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 42.

océanos⁶⁶. En este reducido tratado⁶⁷, afirma que el mar no es propiedad de nadie y, por lo tanto, debe ser territorio internacional, y consecuentemente, tenía que ser libre, cada nación podría utilizarlo y aprovecharlo en su beneficio, sin que otros Estados pudieran impedirlo. Este tratado, como es obvio, tiene un trasfondo importante económico. El holandés pretendía que su país no se viera impedido, tal y como estaba ocurriendo, del comercio con las Indias. Sin embargo, no profundizó en la idea, tal y como sí hizo Émeric Crucé en 1623, al plantear la necesidad de una unidad monetaria y un comercio internacional libre, en general, como base para conseguir la paz.

III. EL CONCEPTO DE PAZ ASOCIADO A CONFEDERACIÓN DE ESTADOS

Contemporáneos tanto de Alberto Gentili como de Hugo Grocio encontramos al rey Enrique IV (1553-1610) y a su amigo y ministro Maximilien de Béthune (1560-1641) conocido por el Duque de Sully⁶⁸. Este último, después de la muerte del monarca, publica en 1638 los primeros tomos de las *Memorias de las sabias y reales economías de Estado, domésticas, políticas y militares de Enrique el Grande*⁶⁹ que pretenden describir las memorias del proyecto de paz que Enrique IV quiso llevar a cabo en su reinado. En esta obra se describe una república cristiana, que nada tiene que ver con la medieval de su época, proponiendo un estado más afín al nuevo orden que se impondrá a partir de 1648. El reinado de Enrique IV ha sido considerado por los franceses como el fundador de la Francia moderna. No en vano, en cualquier conmemoración de cierto relieve nacional, se le recuerda y homenaja. De la interpretación, durante algunos siglos, sesgada de la historia, se consideró que Enrique IV con su inseparable Duque de Sully, deseaba poner fin a las guerras europeas e instaurar la paz perpetua. Sin embargo, se empieza a cuestionar las intenciones reales tanto de Enrique IV como del Duque de Sully pasados dos siglos⁷⁰ de la publicación de su obra.

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 14-15.

⁶⁷ Cita a Diego de Covarrubias (1512-1577), representante de la Escuela de Salamanca. En realidad, Hugo Grocio ayudó a divulgar el trabajo que se hacía en la Escuela de Salamanca por todo Europa.

⁶⁸ REZA, G., *La invención de la paz. De la República Cristiana del Duque de Sully a la Sociedad de naciones de Simón Bolívar*, Mexico, editores Siglo XXI, Universidad Autónoma Metropolitana, 2009.

⁶⁹ DE BETHUNE SULLY, M., *Memoirs of Maximilian de Bethune, Duke of Sully VI: Prime Minister to Henry the Great (1756)*, traducción de Charlotte Lennox, Kessinger legal reprint, 2010.

⁷⁰ El propio Pierre Marbault en 1837, secretario de Duplessis-Mornay, se cuestiona el verdadero interés que ambos tenían para conseguir la paz. Este creyó que lo que

Se puede afirmar, independientemente de que los acontecimientos históricos y que la intencionalidad real no fueran los que se planteó en la obra de Sully, que el gran proyecto descrito en el que se proponía una confederación europea para establecer la paz fue uno de los antecedentes, al menos en el plano intelectual, de la actual Unión Europea, sin olvidar a otros autores ya nombrados en este artículo.

Émeric Crucé (1590-1648), contemporáneo de esa época, se reconoce admirador de Enrique IV por rechazar las costumbres guerreras al considerarlas bárbaras, tratar de poner límites a las ambiciones territoriales de los reyes y recomendar la tolerancia de las religiones ya arraigadas. Crucé también ve compatible la convivencia pacífica de las diferentes religiones ya existentes en Europa y ve con esperanza como el Duque de Sully, a pesar de ser calvinista, pudo servir lealmente a su Rey Enrique IV, convertido al catolicismo por obligación⁷¹.

En su libro, publicado en 1623 *The New Cyneas of Émeric Crucé*⁷², anterior en fecha al del Duque de Sully y del que este se inspiró, plantea la creación de una policía y un consejo universal⁷³ que supera las fronteras de Europa y en el que la conexión entre la paz y el comercio internacional es innegable. Propone una unión monetaria convencido de la necesidad de homologar las condiciones de intercambio comercial entre los diferentes reinos. El estado no debía intervenir en materia monetaria «no innovar nada en ese (terreno) pues si existe incertidumbre en el curso o en la calidad de la moneda, los contratos serían inciertos y nadie podría estar seguro de lo que obtendrían». Para ello, los legisladores de cada país debían reducir, en la medida de las posi-

realmente pretendía el monarca y el propio Sully era disminuir el poder de la monarquía de la Casa de Austria que amenazaba, en aquel entonces, en convertirse en una monarquía universal, lo que no podía, de ninguna manera aceptar Francia.

También se tarda dos siglos en cuestionar la veracidad histórica que el propio Sully describe de los acontecimientos vividos por él en su propio libro. A pesar de que ya en París en 1725 Hyacinthe Robillard d'Avrigny en su libro *Mémoires pour servir à l'histoire universelle de l'Europe* duda de los testimonios de propio Sully. Sin embargo, estas críticas no fueron secundadas hasta el siglo XIX.

⁷¹ Situación similar a la que vivió su predecesor Alberto Gentili protestante defendiendo los intereses de los súbditos del reino de España católico.

⁷² CRUCÉ, E., *The New Cyneas of Émeric Crucé* traducido por Thomas Willing Balch (1909), Large print, 2009.

⁷³ El Consejo del *Cyneas* de Crucé reúne a embajadores de todas las partes del mundo para resolver los conflictos que fueran surgiendo. El lugar más adecuado para reunirse, según Crucé, era Venecia, por su neutralidad y su situación entre las monarquías más importantes de la tierra. Sus miembros serían los siguientes: el Papa, en razón de su vocación ecuménica, ocuparía el primer rango; el emperador de los turcos tendría el segundo lugar; después, según «un orden razonable», estarían el emperador de Alemania, los reyes de Francia, España, Persia, Tartaria, China, y también Gran Bretaña, Polonia, Dinamarca, Suecia, Japón, Marruecos y otros monarcas de las Indias y de África. Dentro de este consejo, que funcionaría como una corte de justicia, los embajadores expondrían las quejas de sus señores, y los demás diputados juzgarían sin pasión. En el caso de que algún monarca rechazara el juicio del consejo, se prevén sanciones, aunque Crucé no es muy preciso en ese punto.

bilidades, las diferencias existentes⁷⁴. Considera un imperativo erradicar las guerras por razones humanitarias y por el efecto negativo que tendrían sobre la ejecución las empresas futuras.

Crucé tiene una visión del mundo universalista que recuerda a los clásicos estoicos: «qué placentero sería ver a los hombres ir de un lugar a otro libremente y comunicar juntos sin ningún escrúpulo de país, de ceremonias o de otras diversidades parecidas, como si la tierra fuera entonces lo que verdaderamente es, una ciudad común a todos»⁷⁵. Su idea cosmopolita nada tiene que ver con la que escribe el Duque de Sully que se circunscribe al ámbito europeo y pretendía, por un lado, disminuir el poder de los Austrias y, por otro, una unión de los reinos europeos cristianos para luchar contra la expansión de los musulmanes. Crucé, sin embargo, plantea una paz universal que supera las fronteras de Europa, y donde las diferencias religiosas pueden y deben ser salvadas. Ninguna causa, ni las justas, puede justificar una guerra. El pensamiento de Émeric claramente humanitario, universal, tolerante y pacifista está más próximo a la idea que Kant, más tarde desarrollará. Es curioso observar como la obra de Émeric Crucé fue eclipsada por la del Duque de Sully que se convirtió en un referente obligado durante varios siglos a pesar de la inconsistencia histórica de su obra.

El inglés William Penn⁷⁶ (1644-1718), influenciado tanto por las memorias de Sully como por las ideas de Crucé, quería que Inglaterra liderara la construcción de un Parlamento y una Confederación Europea. En 1693 publica *An Essay Towards the Present and Future Peace of Europe* y propone la creación de un parlamento para lo que él mismo llama una «Liga o Confederación Europea». William Penn llegó a articular la idea hasta el mínimo detalle⁷⁷. Comparando su propuesta con la de Francisco de Vitoria, podemos observar cómo el dominico creía que una organización internacional basada en el derecho natural debía tener un carácter imperialista y, sin embargo, Penn, la visualizó como una federación de naciones. Algunos años más tarde, en 1710, su amigo y compatriota John Bellers (1654-1725) publicó el libro titulado: *Some Reason for an European*

⁷⁴ *Ibidem*, p. 195.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 36.

⁷⁶ William Penn nació en Londres en octubre de 1644. Le tocó vivir en una época muy turbulenta en la historia europea en la que se sucedieron múltiples conflictos bélicos: las guerras civiles inglesas, la Guerra de los 30 Años, la Guerra franco-española, la Guerra de Flandes.

⁷⁷ Tales como la disposición de la sala dónde se llevarían a cabo las deliberaciones, de forma redonda para impedir que nadie se sintiera más o menos importante que el resto. Propuso que hubiera puertas en todos los extremos y dedicó tiempo a idear las reglas que deberían regir las votaciones futuras. Pero lo más llamativo, desde mi punto de vista, es que el idioma de trabajo no debía ser el inglés, sino que consideraba que debía ser el latín o el francés.

*State*⁷⁸. La obra cuenta con siete partes, y en la primera, que va dirigida a la reina Ana de Gran Bretaña, confirma que su objetivo era «establecer una paz universal en Europa». Compara la unión de Inglaterra con Gales, Irlanda y Escocia que acabó con la guerra entre ellos, con la posible unión entre todos los países de Europa. Según J. Bellers, el resultado sería el mismo, ya que se haría un pacto entre todos los países y se crearían instituciones jurídicas que resolverían las disputas de forma pacífica. Es de destacar, en la tercera parte del libro, que va dirigida a las potencias de Europa, cómo explica las consecuencias económicas y humanas que habían acarreado las guerras sufridas en los últimos años cuantificándolas. Llega a la conclusión de que, en el mejor de los casos, incluso habiendo ganado todas las batallas, las posibles ganancias nunca hubieran compensado las pérdidas humanas y económicas que se hubieran tenido⁷⁹. J. Bellers ha sido más recordado en la historia por ser considerado el precursor del socialismo y del estado del bienestar⁸⁰ que por su deseo de establecer una paz universal en Europa.

No deja de ser llamativo que dos de los impulsores de la unidad de Europa de la época de la Ilustración, William Penn y John Bellers, tuvieran claro la necesidad de impulsar una unión europea entre todos los países posible del continente y, ahora, en el siglo XXI, nos encontremos en pleno proceso de salida del Reino Unido de la Unión Europea.

El Abad de Saint-Pierre (1658-1743) sigue la línea argumental de Sully y en su libro *Projet de Paix Perpétuelle* así lo reconoce⁸¹. Él plantea adaptaciones al proyecto argumental de Sully para evitar ser tratado de visionario como le ocurrió al propio Sully, pero no lo consigue. De cualquier manera, sí se pueden observar diferencias entre las líneas argumentales de Sully y las del Abad. En concreto, el proyecto de Sully se centra en una coalición entre los Estados europeos, probablemente con el objetivo de frenar la hegemonía creciente de la Casa de Austria. En cambio, el Abad de Saint-Pierre se centra en conseguir una federación de Estados cristianos, objetivo que también tenía el Duque de

⁷⁸ BELLERS, J., «Some Reasons for an European State: Facsimile of the Original Essay of 1710», introducción y anotaciones de Roderick Pace and Peter van den Dungen, Universidad de Malta, 2010, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 20. Publicada en *Araucaria* núm. 39

⁷⁹ Y si se hubieran invertido los recursos económicos y humanos que se utilizaron para los diferentes conflictos en hospitales, palacios, puentes o mejorar la navegación entre otras obras, hubieran prosperado el país mucho más y en menor tiempo.

⁸⁰ MARX, K., *El capital, crítica de la economía política, el proceso de producción del capital, clásicos del pensamiento crítico*, Siglo XXI, Madrid, 2017, capítulos 23 y 25. Es importante destacar que Karl Marx se sintió inspirado por John Bellers, no en vano, se refiere a él en varias ocasiones en su libro *Das Kapital*, 1867. También lo recuerda, DUNGEN, P., *Some Reasons for Remembering John Bellers (1710-2010)*, pp. 25-26.

⁸¹ En el mismo título elegido para el libro pone de relieve que su proyecto pretendía ser una adaptación política y realista del gran diseño de paz perpetua ideado por Enrique IV escrito por el Duque de Sully.

Sully pero no de forma prioritaria. Hay autores que, de la lectura de las obras de ambos filósofos, han llegado a la conclusión de que, en el fondo, no se pretendía buscar la paz sino una estrategia al servicio de los planes hegemónicos de Francia.

Hasta el propio Rousseau (1712-1778), que en sus primeras publicaciones se encuentra claramente influenciado por la obra de Saint-Pierre y a favor de sus pensamientos, pasados veinte años duda del pacifismo de la obra de Sully y, por lo tanto, también del Abad. En 1761 publica el *Extrait du projet de paix perpétuelle de M. l'abbé de Saint-Pierre*. En este libro Rousseau resume la obra de quien había sido uno de sus mentores, dando por hecho que la paz perpetua que plantea Saint-Pierre es viable. El ginebrino fija su atención en el real plan de paz gestado por Enrique IV y su ministro, el Duque de Sully, para intentar demostrar que el proyecto del Abad era viable. Sin embargo, las críticas de Rousseau a Saint-Pierre fueron conocidas más tarde. En primer lugar, probablemente porque el pensamiento del propio Rousseau fue evolucionando y, en segundo lugar, porque hasta 1782 no se publica otro de sus libros el *Juicio sobre la paz perpetua*. En esta publicación el ginebrino expresa claramente el desacuerdo con el propio Abad, su antiguo mentor y utiliza la ironía para descalificarlo. Para el autor, la liga europea no podría llevarse a cabo sin una revolución o guerra que destruyera el *statu quo* existente, es decir, era necesario, para conseguir los objetivos planteados, utilizar medios violentos y nada humanitarios, lo que parece contradictorio con el lógico fin de instaurar una paz perpetua.

«Admiremos un proyecto tan bello, pero consolémonos de no verlo realizarse, pues no se podría hacer más que por medios violentos y temibles para la Humanidad. No se ve cómo se puede establecer ligas federativas de otra manera que por revoluciones. Y de acuerdo con este principio, ¿quién de nosotros osaría decir si esta liga es algo a desear o a temer? Ella haría quizás más mal de una vez que el que podría evitar por los siglos»⁸².

IV. ARTICULACIÓN DE LA CONCEPCIÓN KANTIANA DE LA PAZ

Kant (1724-1804) escribe su obra *Hacia la paz perpetua* en 1795. Sin embargo, como ya hemos visto, no fue el primero en utilizar dicho término, el Abad de Saint-Pierre en 1713 ya había publicado su *Proyecto para la paz perpetua* y éste a su vez, copia la idea del Gran Proyecto del Duque de Sully de 1638. Sully, por su parte, basa

⁸² ROUSSEAU, J., *Jugement sur la paix perpétuelle*, Gallimard, París, 1964, p. 592.

su obra en las ideas que Émeric Crucé había articulado en 1623. Rousseau se ve influenciado por el Abad en su etapa primera hasta que sus ideas se distancian del todo en 1782 con la publicación *Juicio sobre la paz perpetua*.

Es cierto que la mayoría de los predecesores de Kant se centran en buscar soluciones para una convivencia pacífica en el ámbito europeo, valga de ejemplos, Pio II, Antoine Marini, Jorge de Podiebrand, Erasmo de Rotterdam, Luis Vives, Enrique IV con su inseparable Duque de Sully, Willian Penn, John Bellers, el Abad de Saint-Pierre y Rousseau. Pero no menos cierto es que en el siglo xvii Émeric Crucé en su proyecto superaba las fronteras europeas y su planteamiento cosmopolita es recogido por Kant.

También se ha dicho que el pacifismo jurídico de Kant lo diferenciaba de otros autores, pero esta afirmación tampoco es exacta ya que tanto Marsilio de Padua, Alberto Gentili, Hugo Grocio como Saint-Pierre también utilizaron esa línea argumental en sus obras, aunque estos últimos estuvieran centrados en la paz de Europa. Marsilio de Padua, por ejemplo, se mostró escéptico respecto a la posibilidad de un poder mundial, entre otras cosas porque dudaba de la capacidad de la razón para alcanzar el conocimiento universal que permitiera entender la necesidad de llegar al poder mundial.

Por tanto, ni el título que da nombre a su opúsculo, ni la universalidad de sus ideas, ni el planteamiento pacifista desde un punto de vista jurídico de Kant se deben considerar propiamente originales.

No obstante, no siendo un tema totalmente novedoso, la repercusión de su obra es innegable si se compara con el resto de las obras que versan sobre «casi lo mismo». Es evidente que introduce en su planteamiento nuevos e importantes argumentos, con respecto a sus predecesores, que, de alguna manera, convierten a Kant en el referente incuestionable a la hora de abordar el tema de la paz.

El filósofo de Königsberg considera que solo es viable llegar a una paz perpetua desde una visión cosmopolita no solo del derecho, como había planteado Crucé, sino también de la justicia. Y en este punto, sí que se diferencia de sus predecesores. Esta obra⁸³ traslada el foco a las relaciones internacionales y va mucho más allá de los ordenamientos jurídicos estatales. Con un concepto más próximo a nuestro siglo, Kant propone la globalización de la justicia, que haría posible crear el caldo de cultivo necesario, pero no suficiente, para alcanzar la paz anhelada. Francisco Contreras⁸⁴, en la misma línea, considera acertada la expre-

⁸³ KANT, I., *Sobre la paz perpetua*, presentación de Antonio Truyol y Serra, traducción de Joaquín Abellán, Madrid, sexta edición, Tecnos, 1998.

⁸⁴ CONTRERAS PELÁEZ, F., *Kant y la Guerra, una revisión de La Paz Perpetua desde las preguntas actuales*, Tirant lo Blanch, 2007, p. 37

sión propuesta por Georg Geismann en la que define a la obra de Kant como «una teoría jurídica de la paz mundial»⁸⁵.

Para Kant, la ausencia de normas que regulen los comportamientos de los Estados es una de las causas que provocan las guerras. Consecuentemente, es necesario contar con normas supranacionales que frenen los impulsos de los Estados a expandirse o a entrometerse en los asuntos de otros Estados. De esta afirmación, se desprende que su doctrina se encamina más hacia un planteamiento de pacifismo filósofo jurídico que a una cuestión ética. En este punto, también Kant analizó a sus predecesores. Tanto en el caso del Duque de Sully como en el de Saint-Pierre los títulos de sus obras hablan de alcanzar la paz perpetua, pero sus propuestas son realmente belicistas ya que, por un lado, pretenden una unión de Estados cristianos para luchar contra los infieles y, por otro, necesitan una redistribución territorial de los Estados que solo se puede conseguir con guerras. Sin embargo, en la obra de Francisco de Vitoria, así como en la de Gentili sí se encuentran las bases (*ius peregrinandi*, *ius communicationis*, *ius inventionis*, *ius occupationis*), a pesar de ser europeístas, que permitirán el desarrollo de una teoría jurídica cosmopolita posterior para alcanzar la paz. Émeric Crucé sí está más cerca de la idea cosmopolita que desarrolla Kant.

Para llegar a este objetivo es necesario progresar jurídica e institucionalmente de forma gradual y no sería posible desde planteamientos morales exclusivamente. Esto no quiere decir que el filósofo de Königsberg le dé la espalda a la moral, ni mucho menos. Quiere decir, desde nuestro punto de vista, que considera que, si se espera a que la razón práctica haga su trabajo y, gracias a ello, la moral permita alcanzar la paz perpetua, es posible que ya nos encontremos en la paz de los cementerios a la que él mismo hacía alusión al comienzo de su obra.

Sin abandonar del todo la fundamentación moral, y no siendo en absoluto incompatible o contradictoria con el pacifismo filosófico jurídico como ya han señalado diferentes autores⁸⁶, lleva a cabo un esfuerzo importante para demostrar que el uso de la razón práctica es la única vía correcta para lograr la convivencia pacífica, tanto entre los individuos como entre los pueblos y naciones. Ve clara la necesidad de ampliar el círculo de convivencia pacífica hasta extenderla a diferentes naciones. Kant interpreta que, al igual que Hobbes planteaba que el hombre era un lobo para el hombre, los Estados eran también lobos para los propios Estados. Por lo tanto, de la misma manera que los hombres se ponen de acuerdo en el contrato social para acabar con esta inseguridad que hacía peligrar la vida del individuo constante-

⁸⁵ GEISMANN, G., «Kants Rechtslehre vom Weltfrieden», *Zeitschrift für philosophische Forschung*, 37, 1983, pp. 363-388.

⁸⁶ Antonio Truyol y Serra en la presentación que hace del libro, *op. cit.*, p. XIII. SANTIAGO OROPEZA, T., «Kant: La guerra y el progreso moral», *open Insight*, volumen VII, núm. 11, 2016, pp. 11-33.

mente, los Estados se encuentran en la misma situación de barbarie natural. Siguiendo esta argumentación, de nada serviría trabajar en pro de un estado conforme a leyes si no se ponen límites a la libertad salvaje de los otros Estados. La paz solo es posible en un contexto legal, y no es suficiente con solucionar el orden interno de un estado si no se extiende este contexto legal al orden supraestatal. ¿De qué valdría mantener la paz dentro de la propia nación si puede llegar otro estado desde fuera y quebrantarla?

Para entender el breve ensayo filosófico *Hacia la paz perpetua* (1795) hay que tener en cuenta otros trabajos previos y posteriores al esbozo filosófico del propio Kant, como son: *Crítica del juicio* (1790) conocida como la tercera crítica, *Idea de una historia universal desde una perspectiva cosmopolita* (1784)⁸⁷. En ambos, se puede observar como Kant ya tenía en mente escribir *Hacia la paz perpetua*. Obras posteriores, también se deben tener en cuenta como *Metafísica de las costumbres* (1797) y *Sobre: esto puede ser justo en teoría, pero no vale nada en la práctica* (1793).

Kant, en la tercera crítica, desarrolla la teleología que sirve de fundamento a la idea que plasma en *Hacia la paz perpetua*. En ella se dice que la providencia actúa obligando a los hombres a realizar aquello que por sí mismos no realizarían. Según Kant es la providencia, por tanto, la que permitiría que el hombre, que es de por sí insociable, termine aceptando firmar un pacto social para poder llegar a la paz, hasta el punto de poder pensar que, cuando se den las condiciones adecuadas, sea posible firmar un pacto de paz definitivo supraestatal.

En su publicación, *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita*, formuló claramente que el conflicto, en la forma de una «insociable sociabilidad», es el motor del cambio hacia formas mejores de convivencia social. La naturaleza conflictiva del ser humano no es necesariamente un aspecto negativo sino un elemento indispensable para su avance en la formación de principios prácticos para convivir en sociedad. El hombre, por su «insociable sociabilidad», a pesar de su libertad, se ve impulsado a alcanzar el orden social o el estado de derecho. Siguiendo este razonamiento, el estado de derecho no es el remedio a la naturaleza conflictiva del ser humano, sino la salida más racional y deseable. De ahí que los grandes cambios irán asociados a las movilizaciones sociales, las revoluciones y las guerras, hasta el punto de justificar la necesidad de éstas para poder progresar como humanidad. Y no en vano, considera que la guerra es un mecanismo dispuesto por la naturaleza para impulsar a las naciones a encontrar las herramientas racionales que sustituyan a las armas: «la guerra misma, cuando es llevada con orden y respeto sagrado de los derechos ciudadanos, tiene algo de sublime en sí, y, al mismo tiempo, hace tanto más sublime

⁸⁷ Se trata de un artículo publicado en la revista *Berlininische Monatsschrift*.

el modo de pensar del pueblo que la lleva de esta manera cuanto mayores son los peligros que ha arrostrado y en ellos se han podido afirmar valeroso; en cambio, una larga paz suele hacer dominar el mero espíritu de negocio y, con él, el bajo provecho propio, la cobardía y la malicia y rebajar el modo de pensar del pueblo»⁸⁸.

«Dado el estadio cultural en que se halla todavía el género humano, la guerra constituye un medio indispensable para hacer avanzar a la cultura y solo cuando se alcance una cultura más perfecta –Dios sabe cuándo– podría sernos provechosa una paz perpetua, que además solo sería posible en virtud de aquella»⁸⁹.

Por su parte, en la *Metafísica de las costumbres* es donde Kant desarrolla la filosofía de las relaciones internacionales, y aquí expresa claramente, que no debe haber guerra: «La razón práctico-moral expresa en nosotros su veto irrevocable: No debe haber guerra: ni guerra entre tú y yo en el estado de naturaleza, ni guerra entre nosotros como Estados que, aunque se encuentren internamente en un estado legal, sin embargo, exteriormente (en su relación mutua) se encuentren en un estado sin ley; porque esto no es el modo en que cada uno debe procurar su derecho. Por lo tanto, la cuestión no es ya la de saber si la paz perpetua es algo o es un absurdo, y si nos engañamos en nuestro juicio teórico si suponemos lo primero; sino que hemos de actuar con vistas a su establecimiento como si fuera algo que a lo mejor no es, y elaborar la constitución que nos parezca más idónea para lograrla (tal vez el republicanismo de todos los Estados sin excepción) y acabar con la terrible guerra, que es el fin al que, como su fin principal, han dirigido hasta ahora todos los Estados sin excepción sus disposiciones internas...»⁹⁰.

La guerra debe ser rechazada por ser la negación del derecho y por la irracional moral que representa. Podríamos pensar que hay un Kant belicista y agradecido a la existencia de las guerras, porque sin ellas no cabría la evolución del ser humano, y otro Kant pacifista que no admite en ningún caso las guerras, sea cual fuere su justificación. Esto que podría parecer una contradicción no tiene por qué serlo, como veremos más adelante.

Centrándonos en el breve ensayo *Hacia la Paz perpetua*, Kant pretende poner fin al estado de guerra entre las naciones y se pregunta cuáles son las condiciones que se tendrían que satisfacer para alcanzarla. La estructura de texto que utiliza el filósofo de Königsberg no

⁸⁸ KANT, I., *Crítica del Juicio*, Madrid, edición de Juan José García Norro y Rogelio Rovira, traducción de Manuel García Morente, Madrid, Tecnos, 2007, p. 183.

⁸⁹ KANT, I., *Muthmasslicher Anfang de Menschengeschichte* (1786), en *Kants Werke*, VIII, p. 121.

⁹⁰ KANT, I., *La metafísica de las Costumbres*, estudio preliminar de Adela Cortina Orts, traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Tecnos, colección Clásicos del Pensamiento, director Antonio Truyol y Serra, 1989, p. 195.

parece haber sido hecha al azar. Él divide su opúsculo en dos partes: artículos preliminares y artículos definitivos. También hay dos suplementos y un anexo, donde se encuentran las reflexiones más propiamente filosóficas del tratado. De forma simplificada, Kant entiende que hay que preparar el camino hacia la paz y cree que para ello son necesarias dos etapas.

La primera etapa trataría de poner límites a la guerra a través de ciertas reglas y leyes, con el fin de ir reduciendo las opciones que permitan llegar legítimamente al recurso bélico. La segunda etapa es la que corresponde, realmente, a la construcción de la paz.

Es interesante resaltar que el filósofo de Königsberg pretende establecer una base de entendimiento mínimo entre los Estados. Dicha base es de orden jurídico y también moral, en la medida en que pretende no solo contener la guerra, sino además ser la condición de la confianza mutua. Requisito que provocó que en la época de Ramsés II, tras el «*Tratado de Hitita*» (1276 A. C) ambos imperios prosperaran por las relaciones comerciales basadas en la confianza. La misma confianza que Aristóteles planteó en la *Ética Nicómaco* enfatizando la necesidad de promocionar la amistad para que una sociedad sea pacífica. Y la misma que Émeric Crucé plantea en su filosofía cosmopolita en la que entiende que la unión monetaria y la eliminación de los aranceles facilitarían la convivencia entre todos y aumentarían la confianza que se tendría al considerar «... la tierra como lo que verdaderamente es, una ciudad común a todos».

Kant cree que «ningún Estado debe inmiscuirse por la fuerza en la constitución y en el gobierno de otro»⁹¹. Pero al mismo tiempo abre la puerta a que sí se pueda hacer si ese otro está inmerso en una guerra civil. Kant considera que no habría ninguna violación al artículo que él plantea, ya que, si el Estado se encuentra en guerra, no se puede decir que exista estado como tal, porque está en conflicto y el Estado de por sí, debe estar en paz. Por lo tanto, en este contexto, él interpreta que lo que realmente impera es la anarquía y, en este sentido, una de las partes de la unidad original (el estado antes de la guerra civil) tiene todo el derecho a solicitar ayuda para restablecer el orden fracturado.

Sin embargo, sí admite la posibilidad de combatir a los Estados que ponen en peligro la posibilidad de consolidación de una comunidad pacífica ya que estaríamos ante un «enemigo injusto»⁹², tal y como Kant desarrolló en la *Metafísica de las costumbres*. Sin embargo, no consideró otros casos como, por ejemplo, intervenir por necesidad de

⁹¹ KANT, I., *Hacia la paz perpetua. Un esbozo filosófico*, edición de Jacobo Muñoz, Clásicos del Pensamiento, Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, p. 76.

⁹² KANT, I., *La metafísica de las Costumbres*, estudio preliminar de Adela Cortina Orts, traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, colección Clásicos del Pensamiento, director Antonio Truyol y Serra, Madrid, Tecnos, & 60, p. 189.

ayuda humanitaria, por la violación a los Derechos Humanos y el genocidio, en los cuales podría cuestionarse y aceptarse la intervención de un estado en otro estado actualmente⁹³. Es muy probable que no los contemplara porque no eran propios de la época en la que le tocó vivir. Es muy probable que Kant los hubiera tenido en cuenta si hoy en día escribiera su breve ensayo *Hacia la paz perpetua*.

Kant en su tercer artículo preliminar establece que: «con el tiempo los ejércitos permanentes deben desaparecer totalmente» y, sin embargo, en nuestra opinión, la función que deberían tener es, precisamente, la de garantizar la paz y, por lo tanto, debería ser lo último en desaparecer y, de hacerlo, sería en la última fase de la construcción de la paz. Compartimos que los ejércitos nacionales deberían ir desapareciendo en la medida que sus Estados se fueran uniendo voluntariamente a esa «constitución republicana». Pero a la vez, se crearía otro ejército supranacional formado por la unión de los diferentes soldados de cada Estado partícipe, formando una única entidad, mucho más fuerte que cualquier ejército estatal. El gradualismo necesario que Kant representa en sus obras debe ser más lento del que se prevé con las dos fases planteadas en *Hacia la paz perpetua*. El paso de una «constitución republicana» hacia una «constitución universal» no puede ir más que de la mano de la confianza mutua de un pacto entre Estados amigos, tal y como planteó Aristóteles, entre amigos hay confianza y no hay enfrentamiento. Pero mientras no estén todos los Estados dentro de ese pacto, sí es necesario contar con un ejército que persuada al resto de agredir a los que están dentro. Solo en el caso que ya se haya llegado a la situación óptima de madurez moral, en la que todos los Estados estén de acuerdo, y bajo el paraguas de una constitución universal, es cuando se podría plantear la posibilidad de hacer desaparecer el ejército, ya que no tendría sentido, al no ser necesaria la defensa. También establece la opción de que el ejército cambiara su función de defensa, que se le presupone hasta ahora, por otras más acorde con el momento histórico.

Una vez superada la primera etapa de los artículos preliminares en la que se ponen los límites para que los casos de conflicto bélico sean los mínimos posibles, comienza la segunda etapa y, en este momento, es cuando se construye la verdadera paz.

Uno de los requisitos que pone Kant es la necesidad de contar con una «constitución republicana», así lo establece en el primer artículo definitivo. Coincido parcialmente con Francisco Contreras Peláez⁹⁴

⁹³ RAWLS, J.; *Rawls's Law of People. A Realistic Utopia?*, Rex Martin, David A. Reidy, Blackwell 2006, pp. 66 ss. SANTIAGO OROPEZA, T., «Kant y su proyecto de una paz perpetua», *Revista Digital Universitaria UNAM*, vol 5, núm. 11, 2004, p. 6.

⁹⁴ CONTRERAS PELÁEZ, F. J., «La libertad en el pensamiento de Kant», segunda parte de un artículo colectivo con PÉREZ LUÑO, A., «El papel de Kant en la formación histórica de los derechos humanos», capítulo XIII, «Kant y los derechos humanos», en *Historia de los derechos humanos*, tomo II, siglo XVIII, volumen II, *La filosofía de los derechos humanos* (dir. Peces-Barba Martínez, G., Fernández García, E. y De Asis

cuando interpreta que, cuando Kant habla de la República como forma ideal de gobierno está pensando en un estado liberal de derecho en el que se respete la separación de poderes legislativo y ejecutivo. Sin embargo, ese estado liberal de derecho que desea Kant, desde nuestro punto de vista, sí se refiere a la ausencia de la monarquía, y más aún, teniendo en cuenta el contexto histórico en el que vivió. Kant no ocultó su simpatía por la revolución francesa: «la revolución de un pueblo pletórico de espíritu, que estamos presenciando en nuestros días, puede triunfar o fracasar, puede acumular miserias y atrocidades... y, sin embargo, esa revolución (a mi modo de ver) encuentra en el ánimo de todos los espectadores una simpatía rayana en el entusiasmo, cuya manifestación lleva aparejada un riesgo, que no puede tener otra causa sino la de una disposición moral en el género humano. Replanteamiento sobre la cuestión de si el género humano se halla en continuo progreso hacia lo mejor»⁹⁵.

Con estas afirmaciones, es difícil explicar que Kant estuviera pensando realmente en una monarquía constitucional y hablara de constitución republicana. Lo más probable es que el concepto que él podía tener de monarquía con su experiencia histórica no pudiera ir enlazado con el adjetivo de constitucional. No olvidemos que, hasta el concepto de nación, en sí mismo, también se estaba definiendo en aquella época. Desde nuestro punto de vista, la república francesa permitía una visión de libertad, igualdad y fraternidad mucho más acorde con la idea de paz universal que él promovía y en el núcleo de la idea estaba la República.

En el segundo artículo definitivo de su breve ensayo *Hacia la paz perpetua* habla de «federalismo libre» o «confederación de Estados», de esta manera, podrían conciliarse la soberanía y la paz entre diferentes Estados independientes entre sí. No puede existir una instancia superior que controle y regule las relaciones entre éstos. Los Estados no tendrían que renunciar a la soberanía que les fue conferida a través del pacto fundacional. La unión entre los Estados no debe dar lugar a un superestado por encima de éstos. Aquí coincide con Saint-Pierre, ya que se mantiene el *statu quo* de cada Estado. En este punto es donde surgen mayores discrepancias, porque si no existe una instancia jurídica que ejerza coerción sobre los miembros de la federación, entonces, el derecho internacional se convierte en una idea que debe alimentar el pacto entre Estados, pero carece de herramientas eficaces para que se cumpla.

Por lo que, la pregunta que cabría hacerse en la época de Kant, y en la actual, es cómo se puede conseguir que los Estados deseen ponerse de acuerdo para poder firmar este pacto sellando una «constitución

Roig, R. Madrid), Dykinson-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas (Universidad Carlos III) 2001, p. 534, nt 268.

⁹⁵ KANT, I., *Idea para una historia universal en clave cosmopolita*, Madrid, Tecnos, Clásicos del Pensamiento, 1994, p.88.

republicana». Es evidente que nada puede obligar a los Estados a firmar un pacto de naciones que establezca la paz duradera. La respuesta que cabría dar es similar a la que dieron tanto Hobbes como Kant cuando aseguraban que los grandes cambios van asociados a las movilizaciones sociales, las revoluciones o a las guerras. Si los individuos, en su estado de naturaleza, deciden firmar un pacto social y vivir en armonía y en paz, lo hacen porque su seguridad corría peligro y el uso de la razón que poseen les hace desear una solución satisfactoria aceptando el contrato social, que pone de acuerdo a todas las partes. En el caso de los Estados pasaría algo similar. Los Estados se encontrarían en una situación de barbarie natural y eso haría que la providencia actuara obligando a los Estados a ponerse de acuerdo; en este caso, la razón la tendría el hombre, y el instrumento para hacerla valer estaría en manos del propio Estado como ente jurídico al que el pueblo le ha dado esa legitimidad.

Llegados hasta aquí, creo que es el momento de justificar por qué entendemos que no tienen que ser incompatibles los aspectos belicista y pacifista del pensamiento kantiano. Hay autores que consideran irreconciliables⁹⁶ ambas posturas y, por tanto, dan por hecho que la teoría jurídica kantiana adolece de una contradicción interna. Otros, sin embargo, creen que hay un Kant belicista que, después de la revolución francesa, se convierte al pacifismo⁹⁷, pero por las fechas de las obras publicadas por Kant, esta teoría quedaría desmontada tal y como Francisco Contreras confirma⁹⁸. Otra postura sería entender, como hace Georg Cavallar, que ambas posturas, la pacífica y la belicista, coinciden en Kant haciendo mayor o menor énfasis según el punto de vista desde el que se observe. Si el análisis se hace desde una perspectiva deontológica la razón práctica rechazará de inmediato a la guerra. Pero, si la perspectiva es histórica, es fácil reconocer, a pesar de que no nos agrada, que las guerras han sido de utilidad, aunque sean moralmente rechazables y, por medio de la providencia, han conseguido que la humanidad progrese. Recordemos que, para Émeric Cruce, todas las guerras, e incluso las justas, no son justificables de ninguna manera, en este punto choca frontalmente, con la parte belicista de la filosofía Kantiana, pero se encuadra, perfectamente, en la pacifista que obliga la razón práctica.

⁹⁶ BORRIES, K., *Kant als Politiker: Zur Staats und Gesellschaftslehre des Kritizismus*, 1928, Scientia Verlag, Aalen, 1973, p. 223. VEROSTA, S., «Krieg und Angriffskrieg im Denken Kants», *Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 31, 1981, p. 250.

⁹⁷ GERHARDT, V., *Immanuel Kants Entwurf Zum ewigen Frieden: eien Theorie der Politik*, Wissenschaftliche Bchegesellschaft, Darmstadt, 1995, p. 21.

⁹⁸ CONTRERAS PELÁEZ, F., *Kant y la Guerra. Una revisión de la Paz Perpetua desde las preguntas actuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 149. Cavallar también rechaza esta hipótesis: CAVALLAR, G., *Pax Kantiana: Systematisch-historische Untersuchung des Entwurfs «Zum ewigen Frieden»* (1795), Böhlau Verlag, Viena-Colonia-Weimar, 1992, p. 389.

Desde nuestro punto de vista, ambas posturas no son contradictorias en la filosofía jurídica de Kant. Por un lado, la postura belicista que plantea y agradece Kant, es la que se ha dado y se puede seguir dando en la primera etapa de su esbozo filosófico, en la que aún se está construyendo la paz y, por lo tanto, no se ha desarrollado ni firmado un contrato social entre Estados que permita eliminar las guerras. En la segunda etapa, una vez que moralmente la humanidad ya haya llegado a su nivel máximo de cultura, las guerras no existirán y, si las hubiera, serían totalmente rechazadas por la razón práctica de la humanidad. De esta manera, las posturas aparentemente contradictorias de Kant dejarían de serlo.

Si ahora centramos el momento histórico en el que nos encontramos, deberíamos no pasar por alto cómo hemos sobrevivido a dos guerras mundiales cuyas principales consecuencias se sufrieron en Europa. No es novedoso decir que los diferentes Estados europeos se han sentido obligados a evitar que la historia se repita. Por lo tanto, no resulta extraño que podamos afirmar que, teniendo en cuenta los grandes perjuicios⁹⁹ que ambas guerras acarrearón a los vencidos y a los vencedores en Europa, es evidente que es mucho más rentable convivir en paz que en guerra, tal y como también planteó John Bellers. Por eso, esta decisión no solo es racional, sino también práctica, porque obedece al principio de evitar el mal y procurar el más alto bien en el mundo. La *providencia* ha hecho posible una cierta unión dentro de nuestro continente, provocando el inicio de la Comunidad Europea (CE) hasta llegar a lo que hoy en día, denominamos Unión Europea. Por lo tanto, hoy nos encontramos en una situación que no es más que el reflejo de la necesidad de los diferentes Estados de garantizar una supervivencia en paz, ya que lo contrario es menos beneficioso para la humanidad, independientemente de quiénes sean los vencedores o los vencidos. Una vez más, la *providencia* ha hecho que vencedores y vencidos puedan firmar un pacto de no violación de sus diferentes derechos y que permita una convivencia pacífica.

Hay que hacer un esfuerzo para pensar qué hubiera ocurrido si las dos guerras mundiales hubieran afectado por igual a todos los países del mundo. Quizás, en este supuesto, podría haberse dado el caso en el que el origen de la Unión Europea, con los Tratados Constitutivos, Tratado de París» (mientras existió la CECA), y Tratado de Roma hubiera tenido una mayor envergadura en cuanto a número de Estados implicados y, por supuesto, se hubieran superado las fronteras europeas.

Es por esto por lo que insistimos en que la paz perpetua se podría alcanzar, pero no al mismo tiempo, y no en todo el mundo a la vez.

⁹⁹ Recordemos que en 1710 John Bellers, ya expuso que ninguna guerra merecía la pena haciendo una cuantificación económica de los costes personales y económicos que habían supuesto los conflictos de su época y llegando a la conclusión que ese dinero bien invertido hubiera hecho progresar a los países exponencialmente, incluso en los casos en los que la guerra se ganó.

Tampoco pretendemos que se interprete, de estas palabras, que es estrictamente necesario que exista una guerra que acabe con medio planeta y en la que se vean afectados gravemente todos los países para que la providencia permita el entendimiento, que hasta ahora ha sido imposible, y así encontrar una solución que sustituya las armas por el triunfo del derecho. Aunque seguramente en este caso, una vez más, la providencia facilitaría el entendimiento por necesidad. La razón humana será la que permita que se pueda llegar a los acuerdos entre Estados lo suficientemente amplios para garantizar la paz perpetua o al menos duradera. De los horrores sufridos se aprende, aunque es verdad que siempre se aprende más rápidamente si los horrores los sufre uno mismo que si el que los ha padecido es un estado ajeno al tuyo.

V. CONCLUSIÓN

El pensamiento pre-kantiano evoluciona desde una idea de la paz como mera ausencia de guerra hacia un concepto jurídico dominado por la necesidad de construir la paz desde una perspectiva supraestatal normativamente regulada. La configuración de la concepción kantiana de la paz reclama la forma republicana de gobierno, debido a la necesidad imperiosa de la división de los poderes ejecutivo y legislativo después del triunfo de la Revolución Francesa.

Compartimos con Kant que lo único que podía empujar a los Estados a colaborar entre ellos para lograr una paz eterna es una decisión de carácter moral y, por supuesto, es necesario que exista un ente institucionalizado, pero, a diferencia de Kant, sí creemos en la necesidad de contar con el poder coercitivo hacia los Estados para que pueda garantizarse la paz. Si no existe el temor de los demás Estados a una posible guerra, la paz perpetua sería un ideal irrealizable tal y como Francisco de Vitoria y su predecesor, San Agustín de Hipona pensaban. Su posición contraria a la existencia del ejército, resulta inconsecuente con su idea de la belicosidad de los estados, porque la confianza que sustenta el acuerdo supraestatal difícilmente podría alcanzar el nivel universal de forma simultánea. Por tanto, no existe una contradicción entre el supuesto belicismo kantiano que sustenta la idea de providencia y la consideración de la paz como inevitable derivada de la razón práctica.

Es evidente que el camino necesario para alcanzar la paz eterna debe tener más etapas de las que planteó el propio Kant. En ningún momento parece posible que se produzca al unísono, ni siquiera a la misma velocidad, la paz en todo el mundo. Por lo tanto, habría que añadir, al menos, una tercera etapa en la que, una vez ya aprobada la constitución federal, o como quiera llamarse, se dé opción a los restantes Estados no incorporados, a que se vayan adhiriendo. Se trataría de un proceso continuo y más gra-

dual, en el que exista la posibilidad coercitiva en caso necesario, a diferencia de los criterios planteados en la obra de Kant. Podría ser viable imaginar algo parecido a lo que ha ocurrido con la Unión Europea o la Declaración Universal de los Derechos Humanos, donde los Estados fueron poco numerosos y progresivamente se han ido uniendo más.

Kant considera que los pactos de paz con pretensiones de crear derecho internacional que realmente puedan servir para establecer la paz debían tener una «*motivación moral del derecho*». Introduce elementos como el de la cultura, el espíritu comercial de los pueblos y el fortalecimiento de la esfera pública como tendencias positivas a partir de las cuales pueden crearse las condiciones para el progreso moral y político. Dicho esto, creemos que Kant hubiera valorado positivamente el estado en el que se encuentra actualmente la Unión Europea. Se han creado las condiciones económicas, morales y también culturales para que exista una motivación y deseo de pertenecer a la Unión, no solo por parte de los Estados sino también de sus ciudadanos¹⁰⁰. En las estructuras de la Unión Europea sí existe el poder coercitivo, aunque muy débil aún y no se ha aplicado contundentemente. Por otro lado, los Estados no han tenido grandes problemas en aceptar la disminución de sus potestades para entregarlas o compartirlas, en algunos casos, con un ente con carácter supranacional que las controla y ejerce su autoridad.

En la mayoría de los casos, los estudiosos del Derecho contemporáneo han considerado, al analizar lo aportado por los autores mencionados con anterioridad, que sus planteamientos y sus objetivos eran utópicos y, por lo tanto, inalcanzables. De esta manera, se ha dado por hecho que, parafraseando a Kant, el estado de insociabilidad de la humanidad es perpetuo y que nada se puede hacer para evitarlo. Sin embargo, aunque siga habiendo guerras en el siglo XXI, esto no es más que la evidencia, en su caso, de la inconsistencia de la propia condición humana, que no siempre acierta a representarse y valorar adecuadamente los instrumentos que en mejor medida puede ayudarle a la realización de sus propios fines. Que la especie humana no haya sido capaz de culminar a través de la razón práctica su progreso moral en toda su dimensión¹⁰¹ no quiere decir que no lo consiga en un futuro, siempre que no sea muy tarde para la humanidad, claro está. No otra

¹⁰⁰ A pesar de los acontecimientos actuales que estamos viviendo en España con el proceso independentista de Cataluña y en el Reino Unido con su salida o no de la Unión Europea, es importante remarcar que, ni los catalanes independentistas ni los escoceses pretenden salir de la Unión Europea. Se sienten más identificados con la Unión Europea que con sus propias Estados nacionales. En otro artículo analizaremos la situación en la que se encuentra la Unión Europea y los pasos que le quedan por dar.

¹⁰¹ En este caso, podemos decir que el hombre aún está progresando moralmente, planteamiento que I. Kant ya plasmó en 1798 en su obra *Replanteamiento de la cuestión sobre si el género humano se halla en continuo progreso hacia lo mejor*.

cosa cabría esperar a la luz de la naturaleza estrictamente de subsistencia que para el individuo representa la garantía de la paz y la necesidad que tiene de ella.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ TURIENZO, S., *Evangelización en América. Los agustinos*, colaboradores Teófilo Viñas Román, José Barrientos García, S. Folgado Flórez, Salamanca, 1988.
- APARISI MIRALLES, A., *Derecho a la paz y derecho a la guerra en la obra de Francisco de Vitoria*, Granada, Comares, 2007.
- ARISTÓTELES, *Ética Nicómaco*, cuarta reimpresión, 2005, Alianza Editorial, Clásicos de Grecia y Roma. Introducción, traducción y notas de José Luis Calvo Martínez.
- BARRIENTOS GARCÍA, J., *La facultad de Teología de la Universidad de Salamanca a través de los libros de visitas de cátedras (1560-1641)*, Sínderesis, Madrid, 2018.
- *Repertorio de Moral Económica (1536-1670). La Escuela de Salamanca y su proyección*, Barañáin (Navarra), Ediciones Universidad de Navarra, 2011.
- BELLERS, J., *Some Reasons for an European State: Facsimile of the original essay of 1710*, introducción y anotaciones de Roderick Pace y Peter van den Dungen, Universidad de Malta, 2010.
- BETHUNE SULLY, M. de, *Memoirs of Maximilian de Bethune, Duke of Sully VI: Prime Minister to Henry the Great (1756)*, traducción de Charlotte Lennox, Kessinger legal reprint, 2010.
- BORRIES, K., *Kant als Politiker: Zur Staats und Gesellschaftslehre des Kritizismus*, 1928, Scientia Verlag, Aalen, 1973.
- BULL, H.; KINGSBURY, B., y ROBERTS, A., *Hugo Grotius and International Relations*, Oxford University, 2003.
- CASAS, B., *Apología de Juan Ginés*, p. 139.
- CAVALLAR, G., *Pax Kantiana: Systematisch-historische Untersuchung des Entwurfs «Zum ewigen Frieden» (1795)*, Böhlau Verlag, Viena-Colonia-Weimar, 1992.
- CONTRERAS PELÁEZ, F., *Kant y la Guerra. Una revisión de la Paz Perpetua desde las preguntas actuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- «La libertad en el pensamiento de Kant», segunda parte de un artículo colectivo con PÉREZ LUÑO, Antonio, *El papel de Kant en la formación histórica de los derechos humanos*, capítulo XIII, «Kant y los derechos humanos», Libro Historia de los derechos humanos, tomo II, siglo XVIII, volumen II, «La filosofía de los derechos humanos» (dir. Peces-Barba Martínez, G., Fernández García, E. y De Asis Roig, R. Madrid), Dykinson-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas (Universidad Carlos III), 2001.
- «La idea de la igualdad en el pensamiento político de Kant», *Derechos y libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año V, núm. 9, julio-diciembre 2000.
- «El tribunal de la Razón», *El Pensamiento Jurídico de Kant*, Sevilla, 2005.
- CRUCÉ, E., *The New Cyneas of Émeric Crucé*, traducido por Thomas Willing Balch (1909), Large print, 2009.

- DUNGEN, P., *Some Reasons for Remembering John Bellers (1710-2010)*.
- FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., «El *totus orbis* y el *ius gentium* en Francisco de Vitoria», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 35, 2017.
- GEISMANN, G., «Kants Rechtslehre vom Weltfrieden», *Zeitschrift für philosophische Forschung*, 37, 1983.
- GENTILI, A., *De Iure Belli Libri Tres*, traducción de John C. Rolfe, introducción de Coleman Phillipson, Oxford, Clarendon Press, 1933.
- GERHARDT, V., *Immanuel Kants Entwurf Zum ewigen Frieden: eien Theorie der Politik*, Wissenschaftliche Bchegesellschaft, Darmstadt, 1995.
- GROCIO, H., *De la libertad de los mares*, prólogo de Luis García Arias, traducción de Blanco García, V. y García Arias, L., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979.
- *Del Derecho de la Guerra y de la Paz*, Jaime Torrubiano Ripoll, Clásicos Jurídicos, vol. XIII, Madrid, Reus, 1925.
- GROTIUS, H., *De Jure Belli ac Pacis Libri Tres*, en 2 Classics of International Law, James B. Scott, Francis W. Kelsey y otros, William S. Hein & Co., 1995.
- HASKELL J. D., *Hugo Grotius*, International Law-Oxford Bibliographies, 2016.
- «Hugo Grotius in the Contemporary memory of International Law: Secularism, Liberalism, and the Politics of Restatement and Denial», *Emory International Law Review*, vol 25, núm. 1, 2011.
- KANT, I., *La metafísica de las Costumbres*, estudio preliminar de Adela Cortina Orts, traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Tecnos, colección Clásicos del Pensamiento, director Antonio Truyol y Serra, 1989.
- *Crítica de la razón práctica*, Barcelona, Círculo de Lectores, 1995.
- *Crítica de la razón pura*, Buenos Aires, Editorial Losada, 2003.
- *Crítica del Juicio*, Madrid, edición de Juan José García Norro y Rogelio Rovira, traducción de Manuel García Morente, Madrid, Tecnos, 2007.
- *Enciclopedia filosófica*, Palamedes Editorial, 2012.
- *Ensayos sobre la paz, el progreso y el ideal cosmopolita*, Madrid, Ediciones Cátedra, 2005.
- *Filosofía de la historia*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1985.
- *Hacia la paz perpetua. Un esbozo filosófico*, edición de Jacobo Muñoz, Clásicos del Pensamiento, Biblioteca Nueva, Madrid, 1999.
- *Idea para una historia universal en clave cosmopolita*, Madrid, Tecnos, clásicos del pensamiento, 1994.
- *Observaciones acerca del sentimiento de lo bello y de lo sublime*, Madrid, Alianza Editorial, 1997.
- *Opúsculos de filosofía natural*, Madrid, Alianza Editorial, 1992.
- *Sobre la paz perpetua*, presentación de Antonio Truyol y Serra, traducción de Joaquín Abellán, Madrid, sexta edición Tecnos, 1998.
- LESAFFER, R., «Aberico Gentili's *Ius post bellum* and Early Modern Peace Treaties», en *The Roman Foundations of the Laws of Nations*.
- LLANO ALONSO, F. H., *El humanismo cosmopolita de Immanuel Kant*, Madrid, Dykinson, 2002.
- «Humanismo renacentista, razón universal y sociedad humana en el pensamiento jurídico de Francisco de Vitoria», *Derechos y libertades*, núm. 34, 2016.
- *El Gobierno de la Razón: la Filosofía Jurídico-Política de Marco Tulio Cicerón*, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, 2017.

- MARCO, F., y SANTOS, N., *Textos fundamentales para la historia del Próximo Oriente antiguo*, 2 vols., Oviedo, 1980.
- MARTÍNEZ MORÁN, N., «Teorías sobre la guerra en el contexto político de comienzos del siglo XXI», en *Filosofía práctica y persona humana*, Idefonso Murillo (Coordinador), Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, Ediciones Diálogo Filosófico Salamanca, 2004, pp. 445-478.
- MARX, K., *El capital, crítica de la economía política, el proceso de producción del capital*, Clásicos del Pensamiento Crítico, siglo XXI, Madrid, 2017.
- MOLEN, G., *Alberico Gentili and the Development of International Law*, Leyden Sijthoff, 1968.
- MÜNKLER, H., y FETSCHER, I., *Breve historia ilustrada de la filosofía. El mundo de las ideas a través de 180 imágenes*, traducción de José Luis Gil Aristu, Barcelona, Ediciones Península, 2003.
- MURALT, A. (2002), *La estructura de la filosofía política moderna*, Madrid, Istmo.
- NUMELIN, R., *The Beginnings of Diplomacy*, Londres-Copenhague, 1950.
- PADUA, M. de, *El defensor de la paz*, Estudio preliminar, introducción y notas de Luis Martínez Gómez, director Antonio Truyol y Serra, Tecnos, 1988.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., FERNÁNDEZ GARCÍA, E., y ASÍS ROIG, R. de, «Historia de los derechos humanos», tomo II, siglo XVIII, volumen II, *La filosofía de los derechos humanos*, Madrid, Dykinson-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas (Universidad Carlos III), 2001.
- PÉREZ LUÑO, A. E., «Derecho a la guerra y derechos humanos: una aproximación desde los clásicos españoles de la filosofía del Derecho», *Cuadernos Salmantinos de Filosofía*, XXX, 2003.
- «Intervenciones por razones de humanidad: una aproximación desde los clásicos españoles de la filosofía del Derecho», *Revista de Occidente*, 2001.
- *La paz en la Constitución*, Madrid, Tecnos, 2003.
- *Construcción Europea y Teledemocracia*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2013.
- *La filosofía del Derecho en perspectiva histórica*, Salamanca, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 2009.
- *La polémica sobre el Nuevo Mundo: los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*, Madrid, Trotta, 1995.
- PIIRIMÄE, P., «Alberico Gentili's Doctrine of Defensive War and its Impact on Seventeenth-Century Normative Views», en *The Roman Foundations of the Law of Nations*.
- PIRENNE, J., *Historia del antiguo Egipto*, II, Barcelona, Océano, 1980.
- RAWLS, J., *El Derecho de gentes y Una revisión de la idea de razón pública*, Barcelona, Paidós, 2001.
- *The law of People. A realistic utopia?*, Rex Martin, David A. Reidy, Blackwell, 2006, pp. 66 ss.
- SANTIAGO OROPEZA, T.; «Kant y su proyecto de una paz perpetua», *Revista Digital Universitaria UNAM*, vol 5, núm. 11, 2004.
- REZA, G., *La invención de la paz. De la República Cristiana del Duque de Sully a la Sociedad de Naciones de Simón Bolívar*, Mexico, editores Siglo XXI, Universidad Autónoma Metropolitana, 2009.
- ROUSSEAU, J., *Jugement sur la paix perpétuelle*, Gallimard, París, 1964.
- SÁNCHEZ HIDALGO, A. (2017), «Vitoria y Suárez: el derecho internacional en el tránsito a la modernidad», *Anales de la Cátedra Francisco de Suárez*, núm. 51.

- SANTIAGO OROPEZA, T., «Kant: La guerra y el progreso moral», *Open Insight*, volumen VII, núm. 11, 2016.
- SCHWARZENBERGER, G., «The Grotius Factor in International Law and International Relations: A Functional Approach», en Hugo Grotius and international relations», *Heldley Bull*, Benedict Kingsbury & Adam Roberts, *Oxford scholarshiponline*, 1990.
- SEPÚLVEDA J. G., *Demócrates segundo: o de las justas causas de la guerra contra los indios*, traducción Marcelino Menéndez Pelayo, independently Published, 2018, p. 20.
- TRUYOL Y SERRA, A., «La paz perpetua de Kant en la Historia del Derecho de gentes», en Rodríguez Aramayo, R.; Muguerza, J.; Roldán, C. (eds.), *La paz y el ideal cosmopolita de la Ilustración*.
— *Historia de la filosofía del Derecho y del Estado*, vol. II, Madrid, Alianza, 1988.
- VEROSTA, S., «Krieg und Angriffskrieg im Denken Kants», *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 31, 1981.
- VITORIA, F. de, *Relección primera de los indios últimamente descubiertos*, Madrid, Espasa-Calpe, 1975.
— «Relección segunda de los indios, o del derecho de guerra de los españoles en los bárbaros», en VITORIA, F. de, *Relecciones sobre los indios y el derecho de guerra*.
— *De indis*, edición CHP, Luciano Pereña, publicado en Madrid por el CSIC, vol. V, 1967.
— *De iure Belli*, edición CHP, Luciano Pereña, Madrid CSIC, vol. VI, 1981.
— «De potestate civili» (1528), *De potestate civili*, Jesús Cordero Pando, publicada en Madrid por el CSIC. en 2008, vol. XV del CHP, segunda serie.
— *De potestate Ecclesiae I*, edición T. Urdánoz, Madrid, 1960.
— *Derecho natural y de gentes*, Emece Editores S. A., Buenos Aires, 1946.
— *La ética en la conquista de América*, edición CHP, José Barrientos entre otros, publicada en Madrid por el CSIC, vol. XXV, 1984.

La corrupción como delito en el pensamiento
del siglo xx. Su conformación ideológica
en el siglo pasado

*The corruption as crime in the thought
of the twentieth century. Its ideological establishment
in the past century*

Por MANUEL L. RUIZ-MORALES
Universidad de Cádiz

RESUMEN

El artículo estudia el proceso de conformación de la corrupción como conducta delictiva durante el siglo xx por parte de los principales pensadores de dicho siglo. De este modo, se analizará desde un enfoque histórico-filosófico el significado penal que en la última centuria se le dio al fenómeno séptico.

Igualmente, el trabajo atiende a los aspectos históricos, sociales, políticos y económicos del momento, ya que para comprender el sentido de las teorías filosóficas que vieron la luz en mencionada centuria, se tienen que tener en cuenta estos aspectos circunstanciales anejos.

Finalmente, se podrá observar cómo los teóricos recientes –independientemente de su formación– no prestan especial atención en ofrecer soluciones y mecanismos de lucha contra la corrupción, sino que de acuerdo a sus teorías y a sus ideales explican cuándo, cómo o por qué surge el fenómeno séptico, adquiriendo un rol distinto a los pensadores de siglos anteriores, que a veces proponían instrumentos anticorrupción.

Palabras clave: *Corrupción. Delito. Filosofía. Siglo xx. Ideología política.*

ABSTRACT

This article analyses –from an historical and philosophical approach– the establishment of the corruption as an offensive or criminal behavior by the thinkers of the nineteenth century. Accordingly, it will study the criminal meaning that was given to the corrupt-operations during that century.

Nevertheless, this writing also will attend to other historical and political aspects, in order to contextualize and facilitate the understanding of the analysis, because thought of a specific moment is indissoluble to its appended circumstances.

Finally, it will observe how the recent theorists don't pay attention to offer anti-corruption solutions or mechanisms, but, they explain when, how and why the corruption arises, in order to its theories or ideas. Thus, the most actual thinkers acquire a different role in relation to the previous philosophers, who sometimes proposed anti-corruption tools.

Keywords: *Corruption. Crime. Philosophy. Twentieth century. Political ideology.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. MAX WEBER (1864-1920). – 3. EDWIN SUTHERLAND (1883-1950). – 4. ERNST FORSTHOFF (1902-1974). – 5. ROBERT NOZICK (1938-2002). – 6. JÜRGEN HABERMAS. – 7. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

La pasada centuria fue un siglo de grandes avances en todos los campos, especialmente en ámbitos como en el tecnológico, el médico-farmacéutico, el astronómico, el económico, el demográfico o el de la ciencia.

Así las cosas, las primeras tres décadas del siglo fueron un periodo de gran esplendor, preponderantemente en el ámbito de la física y en el mundo artístico en general, a pesar de haber acaecido entre medias la Primera Guerra Mundial. Es por ello que a los años anteriores a la Primera de las Grandes Guerras se le conoció como *Belle Epoque*¹ y como los Felices Años Veinte a la década posterior al conflicto bélico².

¹ Desde la Guerra Franco-Prusiana –con la batalla de Sedán, 1870– hasta el comienzo de la Gran Guerra, existió una época de paz y prosperidad, amparada por la Segunda Revolución Industrial o Segunda Fase de la Industrialización, que sustituyó al carbón por el petróleo. Ello dio lugar a grandes genios en sus respectivas disciplinas, como Einstein, Heisenberg, Planck, Freud, Chaikovski o Verdi, Munch, Matisse o Picasso, Rubén Darío, Ortega y Gasset, Juan Ramón Jiménez, entre otros muchos.

² Existen ciertas salvedades a esa época de bonanza generalizada, como fue la ya mencionada I Guerra Mundial o la Revolución Rusa.

Ahora bien, insertos en el objeto de análisis del presente artículo, se debe decir que durante esos años las prácticas corruptivas se encontraban generalizadas y extendidas por muchos lugares del mundo³. En la Inglaterra, Italia, Estados Unidos o la URSS del primer cuarto del siglo pasado, se producían cotidianamente conductas como el intercambio de favores, el soborno, o los fraudes; hasta el punto de desarrollarse –como se verá más adelante–, la noción de «delito de cuello blanco» por Sutherland⁴.

En este punto, parece interesante esgrimir los hechos que se sucedieron en ese periodo para llegar a concebir tal concepto. Se puede hablar entonces de la aparición de fraudes y sobornos por parte de grandes empresas multinacionales, tales como la automovilística General Motors, Chrysler, o la tabacalera Philip Morris⁵.

Igualmente, en estos años de prosperidad se produjeron actos sépticos por parte de organizaciones criminales –extendiéndose la Mafia a distintos países del mundo⁶–, que actuaban en las diversas facetas de la vida de una forma clandestina. Sin embargo, estos negocios encubiertos movían cantidades ingentes de dinero, lo que les permitía captar a funcionarios, policías, e incluso por sus influencias en las altas esferas, en ocasiones llegaban a comprar a las mayores instancias políticas^{7/8}.

Posteriormente, durante los años treinta la Gran Depresión marcó un periodo de decadencia de la sociedad, debido a los problemas económicos que tuvo que enfrentar la mayoría de la población a ambos lados del Atlántico, que terminó desembocando en la Guerra Civil Española, como un mero adelanto de lo que vendría a ser la II Guerra Mundial.

Aunque pareciese que durante los periodos beligerantes se produjo y se produce una merma en la utilización de praxis sépticas, es dable destacar que durante los conflictos bélicos la corrupción se convierte en principal protagonista en el día a día, puesto que quedan en suspen-

³ No debe de extrañar tal afirmación, puesto que la corrupción ha sido un fenómeno que ha venido aparejado a la historia de la humanidad, independientemente del momento o de la civilización, de ahí que ya en época sumeria el Código de Hammurabi contuviese alguna norma anticorrupción. Vid. RUIZ-MORALES, M. L., «Corruptelas y prácticas ilícitas en la Antigüedad: soluciones análogas a las actuales en la Historia del pensamiento», *Foro, Nueva Época*, 21 (1), 2018, pp. 304-308. Posteriormente, a lo largo de la historia se ha venido repitiendo dicha preocupación, atendiendo a este problema filósofos de la talla de Platón, Aristóteles, Maquiavelo, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau o Bentham.

⁴ BRIOSCHI, C. A., *Breve storia della corruzione. Dall'età antica ai giorni nostri*, Roma, TEA, 2004, 217 pp. 137, 164-179, 229.

⁵ ALMEIDA MENDOÇA, A. L. de, *Sistema de principios para la recuperación de activos procedentes de la corrupción* (Tesis doctoral inédita), Universidad de Salamanca, Salamanca, 2018, p. 32.

⁶ Más allá de Italia, y principalmente sufre un periodo de eclosión en Estados Unidos.

⁷ CUERDA RIEZU, A. R., «La despenalización de las drogas: tres parábolas históricas y una conclusión», *Jueces para la democracia*, 22, 1994, p. 26.

⁸ Piénsese en este caso en gánsteres del tipo de Al Capone o Frank Costello.

so todas las garantías constitucionales y los derechos civiles. Además, hay que prestar atención en que en los periodos de contienda la vida humana pasa a tener un valor ínfimo. De este modo, si el bien jurídico que requiere de mayor protección pasa a no tener apenas consideración, es entendible que la preocupación por los actos de corrupción desaparezca, más si cabe cuando una de las más habituales actividades bélicas es la explotación de riquezas del enemigo, permitiéndose el saqueo de los territorios conquistados a manos de los soldados.

Ahora bien, tras el mayor conflicto bélico de la historia de la humanidad, se impuso un nuevo orden mundial, auspiciado por el capitalismo y la creación de las Naciones Unidas –esta última como garante de la paz y seguridad internacional, entre otros muchos fines–. Dicha organización proclamaría –tres años más tarde de su creación– la Declaración Universal de Derechos Humanos, con la finalidad de amparar esos derechos elementales para el hombre, cuyo desmedro había provocado los más envilecidos actos de barbarie del ser humano a sus propios semejantes.

A partir de entonces, desde la posguerra, el mundo se dividió en gobiernos o países que se decantaron por un sistema capitalista, y otros que optaron por un sistema comunista, dando lugar al enfrentamiento entre estos dos bloques. Es cierto que esta rivalidad no dio lugar a contienda alguna, aunque las hostilidades abarcaron multitud de formas, desde la competencia económica, la política, los niveles sociales y acomodo de los ciudadanos en cada modelo, hasta existir pugnas comunicativas, informativas y propagandísticas. Ello provocó que se desvelaran escasos casos de corrupción, ya que situaron el esfuerzo en mostrar las benignidades de cada sistema estatal. Por tanto, se enmascaró y simuló la iniquidad que presentaban sendos prototipos de Estado⁹, ante sus flancos más débiles e inconsistentes, como podía ser, parece obvio, el tema de la corrupción.

Sin embargo, ello no significó que desapareciese el fenómeno séptico, puesto que durante muchos años del siglo xx –tanto antes, como durante, o incluso después de la Guerra Fría– el poder político de muchos países fue tomado por figuras dictatoriales, que instauraron sistemas tiránicos y regímenes totalitarios, donde la desaparición de personas, las condenas a muerte por motivos ideológicos, los trabajos forzados, la suspensión de los derechos civiles, y mil y una medidas más violadoras de los Derechos Humanos, fueron las bases políticas y jurídicas de estos gobiernos.

Además, no es que se tratase de una experiencia peregrina, sino todo lo contrario, toda vez que se puede mencionar multitud de dictaduras en infinidad de países. Bastará aquí con recordar alguno de esos nombres, a saber: Miguel Primo de Rivera y Francisco Franco –España–, Benito Mussolini –Italia–, Adolf Hitler –Alemania–, Iósif Stalin

⁹ ALMEIDA MENDOÇA, A. L. de, *op. cit.*, pp. 32-33.

–Unión Soviética–, Fulgencio Batista –Cuba–, Mao Zedong –China–, Juan Carlos Onganía, Marcelo Levingston, Alejandro Lanusse y Jorge Rafael Videla, entre otros –Argentina–, Juan María Bordaberry –Uruguay–, Augusto Pinochet –Chile–, Juan Alberto Melgar Castro –Honduras–, Hugo Banzer –Bolivia–, Anastasio Somoza¹⁰ y Luis Somoza –Nicaragua–, Manuel Antonio Noriega –Panamá–, Alfredo Stroessner –Paraguay–, Marcos Pérez Jiménez –Venezuela–, Juan Velasco Alvarado –Perú–, Humberto Castelo Branco y los gobiernos militares posteriores –Brasil–, Zinedine Ben Ali –Túnez–, Idi Amin –Uganda–, Jean-Bédel Bokassa –República Centroafricana–, Francisco Macías Nguema y Teodoro Obiang –Guinea Ecuatorial–, Gnassingbé Eyadéma –Togo–, Robert Mugabe –Zimbabue–, y muchísimos más, entre derrocados y aquellos que continúan actualmente en el poder, a pesar de encontrarnos ya en el siglo XXI.

Huelga decir que en las etapas basadas en el totalitarismo, la corrupción es evidente y manifiesta, ya que si la propia vida de los ciudadanos es investida de un valor escaso –al ceder derechos básicos de las personas–, menos estimación aún presenta el Tesoro Público, que es administrado como el patrimonio personal del autócrata, toda vez que no existen medios de controlar y fiscalizar a esa autoridad suprema, primando naturalmente ese velo de oscurantismo. Esta circunstancia es algo más que usual en casi todos los regímenes en los que se ha ejercido y se ejerce el poder omnímodamente¹¹.

Todo lo que se viene diciendo nos sirve para comprender la forma en que la actividad corruptiva fue evolucionando –como cualquier institución jurídica– y, específicamente, cómo se fueron transformando las modalidades delictuales insertas en ella. Así, a lo largo del siglo XX, los delitos relacionados con el fenómeno séptico se consolidaron como prácticas desarrolladas de forma colectiva, por corporaciones, dejando un poco de lado su plano individual. En este sentido, es posible hablar de empresas e instituciones financieras que sirven de apoyo a los agentes públicos en la ejecución de tal accionar, o bien en la distracción de los fondos obtenidos como resultado de la acción ilícita

¹⁰ Padre e hijo.

¹¹ En este sentido, se ha de decir que se ha analizado insuficientemente este problema, en cuanto a la necesidad y desmesurada magnitud del mismo. No obstante, en los casos español, chileno, argentino y alemán han sido examinados sucintamente por diversos autores. Vid. BARCIELA GÓMEZ, C., «Franquismo y corrupción económica», *Historia Social*, 30, 1998, pp. 83-96; FERNÁNDEZ ROCA, F. J., «El tráfico de influencias en la España franquista: decisiones públicas, beneficios privados», *América Latina, Historia Económica*, 2 (38), 2012, pp. 193-218; GÓMEZ LEYTON, J. C., «Corrupción política y dictadura de Pinochet: un caso de cleptocracia», *Revista Rc et Ratio*, 9, 2014, pp. 79-87; YAPUR, F., «Corrupción y autoritarismo en Argentina», de Rafael Rincón Patiño (comp.), en *Corrupción y derechos humanos: estrategias comunes por la transparencia y contra la impunidad*, Medellín: Instituto Popular de Capacitación, 2005, pp. 73-80; Berkel, A. et al. (Dirs.): *Nazi underworld. Hitler's Money*, 2013. (Documental de National Geographic en formato video en línea) (fecha de consulta: 2 de enero de 2019). Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=22IYcivM9es>.

ta, lo que da lugar a una operatividad, en cierto modo, organizada a la hora de cometer estos crímenes.

Unas connotaciones especiales exhibiría la particular experiencia italiana, puesto que en este caso la mafia adquiere el gran papel protagonista. Esta –en su funcionamiento– se relaciona con multitud de intereses en asuntos públicos, políticos, empresariales, policiales, judiciales o sindicales, y constituye un claro ejemplo de criminalidad organizada¹². La mafia está presente en la cotidianidad de la vida de las gentes, articulando sus actividades al margen del ordenamiento jurídico, y creando a veces un acervo jurídico paralelo, basado en las costumbres o normas internas de esa *famiglie*¹³.

Por ello, a lo largo del siglo xx y en la actualidad van apareciendo cada vez más casos de corrupción altamente complejos¹⁴, que afectan a funcionarios públicos y a los más altos dirigentes de un Estado, así como a miembros de empresas que, o bien pretenden obtener influencias, contratos o concesiones –sin competir en igualdad de condiciones a sus competidores–, al efecto de asegurar el éxito de su propuesta; o bien facilitan el distraimiento del lucro obtenido producto del delito, dando lugar a problemas penales muy relevantes.

De ahí que sean de público conocimiento muchos de estos casos judiciales, algunos de los cuales son renombrados internacionalmente como los casos Watergate, Lockheed, Nóos, Malaya, FIFA, el caso de Sani Abacha, el caso Partida Secreta, el actual caso Lava Jato, o los casos Parmalat y Enron, en relación a la necesidad de auditar las cuentas de grandes empresas ante el eventual falseo de la contabilidad, por mencionar algunos.

Esa es la razón por la que los gobiernos del mundo han considerado la necesidad de crear instrumentos normativos internacionales frente a la corrupción y el blanqueo de capitales asociada a la misma, ya que en la actualidad es indispensable una respuesta conjunta en un mundo cada vez más globalizado, puesto que las represalias unilaterales de un solo Estado serán deficientes y superficiales ante este tipo de criminalidad.

Hecho el repaso histórico de la degeneración del sistema en los últimos ciento veinte años, es hora de analizar a los pensadores del siglo pasado que le prestaron atención al fenómeno séptico, bien de una forma central, bien de soslayo, mas en todo caso, tratando aspectos interesantes de la historia del pensamiento político –del último siglo– ligado a la corrupción.

¹² Los modelos de comportamiento de la mafia italo-estadounidense es distinta a la propiamente italiana, en tanto que entre estas últimas no se disputan el poder, sino que se reparten el territorio del sur de Italia, a saber: La *Cosa Nostra* –Sicilia–, la *Camorra* –Campania–, *Ndrangueta* –Calabria– y *Sacra Corona Unitá* –Puglia–.

¹³ FERNÁNDEZ DÍAZ, A., *La recuperación de la ética en la economía a través de la teoría de la justicia. Discurso de investidura como Doctor Honoris Causa*, Cádiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2004, p. 60.

¹⁴ Por el número de intervinientes, la envergadura del asunto, la inmensidad de relaciones y la posibilidad probatoria de todo ello.

2. MAX WEBER (1864-1920)

El historiador de Érfurt comenzaba su argumentación entendiendo que el poder debía ser considerado como la probabilidad o posibilidad de imponer la propia voluntad frente a cualquier oposición o resistencia, con independencia de cuál fuera la base de la que proviniera esa posibilidad de imposición¹⁵. Por su parte, también definió la dominación, considerando que se trata de la probabilidad de obtener una conducta obediente a un concreto mandato entre unas personas determinadas¹⁶. Así las cosas, la organización que –según el sociólogo alemán– presentaba mayor poder y ejercía superiores cotas de dominación era el Estado, pudiendo deberse a diferentes motivos la mencionada sumisión¹⁷. De este modo, diferenciaba Weber entre tres formas de dominación política legítima puras.

La dominación racional es la que se basa en la legitimidad de las ordenaciones estatuidas y en los derechos de mando de los que ejercen la autoridad. De este modo, de acuerdo a unas reglas jurídicas –autoridad legal–, se fija un universo de normas abstractas decretadas con cierta intencionalidad –originado en el derecho pactado u otorgado–, que serán protegidas concretamente por el poder judicial, y generalmente por la administración. En estos casos, el régimen es dominado por un soberano legal –por razón de su competencia– que ordena y manda el derecho, al cual él mismo está sujeto. En relación a la administración, ésta es jerárquica, poseyendo funcionarios técnicos o profesionales, sujetos a las obligaciones y competencias del puesto, en virtud de una correcta disciplina, vigilancia y rendición de cuentas ejercidas oportunamente. El patrimonio de la burocracia estatal es distinto y separado del propio de los funcionarios, existiendo sanciones a las prácticas consistentes en la confusión de los mismos. La actividad funcional es exclusiva, y las decisiones de los administradores públicos pueden ser revisadas en impugnación por sus superiores, ofreciendo precisión, rigor y confianza, al soberano y a los interesados¹⁸.

La dominación tradicional se fundamenta en la creencia de santidad del orden imperante desde tiempos lejanos –costumbres– y en la legitimidad de los fijados en base a esos hábitos para ejercer el poder –autoridad tradicional-¹⁹. El señor recibe sus potestades de reglas consuetudinarias e inveteradas, por lo que no es un superior jerárquico.

¹⁵ WEBER, M., *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 43.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 42-44.

¹⁷ LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., «El concepto de legitimidad en perspectiva histórica», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 18, 2009, p. 158.

¹⁸ VÁSQUEZ CÁRDENAS, A. V.; MONTROYA BRAND, M., «Corrupción, lucha anticorrupción y formas de gobierno: hacia la búsqueda del concepto de corrupción», *Estudios de Derecho*, LXVIII (152), 2011, pp. 239-240.

¹⁹ LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, p. 158.

Su administración no es profesional, ni de naturaleza funcional – sino de carácter servicial–, ya que se trata de servidores que deben respeto y fidelidad a la persona del soberano, debido –principalmente– por su forma de reclutamiento, puesto que normalmente se hace por criterios particulares, como el patrimonio, el linaje, la esclavitud, el favoritismo, las lealtades, por mencionar algunos²⁰.

La dominación carismática se asienta en la entrega a la santidad, heroísmo o ejemplaridad de una persona y en las reglamentaciones u órdenes fijados por ésta –autoridad carismática–²¹. Los dominados son adeptos del gobernante en virtud de sus atributos extraordinarios y sobrehumanos, otorgados por Dios u otra fuerza sobrenatural, aceptándolo personalmente como jefe o caudillo. Su administración se funda en razones de confianza, correspondiéndose con su séquito o sus discípulos, que pueden reivindicar al líder el establecimiento de cargos o puestos para ellos mismos, obteniendo cantidades lucrativas de la ocupación ejercida en la burocracia estatal²².

En el modelo racional de dominación se obedecen órdenes impersonales en la forma de normas jurídicas, de acuerdo a las atribuciones competenciales instituidas por las autoridades fijadas y nombradas por las propias normas –autoridad legal–. De ahí que en el sistema burocrático surgido de la dominación legítima racional-legal no debieran surgir prácticas corruptas –ya que por dicha finalidad velará el propio ordenamiento jurídico del que emana–, en tanto en cuanto no incorporase o apareciesen los elementos propios de los modelos de dominación tradicional y carismático. Es decir, transponiendo la proposición negativamente, se puede afirmar que la corrupción existente en los sistemas democráticos, se debe a que en él perduran algunos rasgos y características inherentes a las formas de dominación carismática y tradicional, bajo la apariencia de un modelo estatal basado en la legitimidad racional de una manera integral.

3. EDWIN SUTHERLAND (1883-1950)²³

Este criminólogo estadounidense propuso y materializó en sus estudios la Teoría de la Asociación Diferencial, de acuerdo a la cual el comportamiento delictivo es siempre consecuencia de un proceso de aprendizaje, como puede ser el concretado a través de la experien-

²⁰ VÁSQUEZ CÁRDENAS, A. V.; MONTOYA BRAND, M., *op. cit.*, p. 240.

²¹ LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, pp. 158-159.

²² VÁSQUEZ CÁRDENAS, A. V.; MONTOYA BRAND, M., *op. cit.*, p. 241.

²³ Este autor, lejos de ser un pensador político, un filósofo de las formas de gobierno, o incluso de la manera que debe actuar el aparato administrativo –al estilo weberiano–, fue sociólogo y criminólogo, y desarrolló una explicación de la actividad delincencial y de aquellos sujetos investidos de cierto poder, que es digno de mención en este punto.

cia²⁴. Además, ese aprender florece como consecuencia de las comunicaciones e interacciones que el individuo realiza en la sociedad, principalmente en su círculo más cercano de familiares y amigos, de ahí que los miembros de ese grupo de personas, tiendan a ejecutar las conductas criminales siguiendo una misma operatividad o persiguiendo los mismos objetivos, en virtud de una misma racionalidad²⁵. De este modo, se unen entre aquellos que poseen una misma forma de ver las cosas y consideran favorable la comisión del ilícito, aislándose respecto de aquellos que la valoran desfavorablemente²⁶.

Sutherland se encargó de analizar la criminalidad de los poderosos, ya fuera en el marco de grandes corporaciones profesionales y privadas, ya se tratase de empresas prestadoras de servicios públicos²⁷. Fue en 1937 cuando escribió *The Professional Thief*, en el que explicaba tomando de base su teoría explicativa de las conductas delictivas, que los «ladrones profesionales» actúan como si de un oficio se tratara, puesto que se requiere en sus miembros de habilidades técnicas, de un comportamiento común, de una estructura organizativa, así como de la consideración de formar parte de un equipo. Siendo aspectos fundamentales para estos delincuentes, el poseer inteligencia, sentido negociador y facilidad de palabra, esto es, sencillez en la expresión hablada²⁸. Definiendo al delito de cuello blanco como «aquel cometido por una persona de respetabilidad y status social alto en el curso de su ocupación»²⁹.

Argüía este sociólogo que estos expertos delincuentes se alían y seducen a los políticos, porque ambos grupos presentan intereses comunes, obteniéndose un provecho mutuo. Esta relación no solo se produce en el ejercicio de sus actividades laborales, sino también en el resto de las facetas de la vida social³⁰. Es complicada la persecución y puesta en conocimiento a la opinión pública de esta modalidad delictiva, ya que o bien tienen contactos en los principales medios de comunicación, o bien los grandes imperios de difusión se manejan de acuerdo a los mismos estándares de comportamiento y en similar forma de pensar que los anteriormente señalados, uniéndose –de este modo– gobiernos y empresarios, tanto por la necesidad mutua de

²⁴ TIEGHI, O., *Tratado de Criminología*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 1989, p. 417.

²⁵ PÉREZ LÓPEZ, J. A., «La explicación sociológica de la criminalidad», *Derecho y Cambio Social*, 22, 2010, pp. 5-6.

²⁶ SUTHERLAND, E., *El delito de cuello blanco*. Madrid, La Piqueta, 1999, p. 207.

²⁷ LLOBET RODRÍGUEZ, J., «La corrupción pública como parte de la criminalidad de los poderosos (Comentario a la lección inaugural de la Facultad de Derecho de la UCR del curso lectivo 2012, impartida por el Prof. Dr. Cornelius Prittwitz)», *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, 6, 2012, p. 8.

²⁸ PEGORARO, J. S., *Los lazos sociales del delito económico y el orden social*, Buenos Aires, Eudeba, 2015, pp. 31-33.

²⁹ SUTHERLAND, E., *El delito...*, *op. cit.*, p. 9.

³⁰ SUTHERLAND, E., *Ladrones profesionales*, Madrid, La Piqueta, 1988, pp. 201-202.

ambos³¹, como por el constante intercambio de roles, ya que hay empresarios que entrarán a formar parte del poder político o saldrán del mismo, o bien se relacionará con personas al efecto, laboralmente o en el seno de su propia familia³².

Por ello, aunque la postura del de Chicago fuera demasiada general y no se refiriera a los miembros del gobierno o la Administración unívocamente, no se puede dejar de afirmar, igualmente, que consiguió plasmar una forma de delincuencia de los sujetos que detentan el poder, criticando la inmunidad penal que ostentan los ciudadanos poderosos debido a su respetabilidad. Esta impunidad adquiere una mayúscula figuración, ya que en otro modo no se explicaría la falta de estigma social, que hacen que estos delincuentes reciban un tratamiento indulgente tanto de los operadores jurídico-procesales como de la amplia mayoría de la sociedad³³.

4. ERNST FORSTHOFF (1902-1974)

Este académico nacido en Laar iniciaba su discurso diferenciando fundamentalmente entre el Estado de Derecho y el Estado Social. El primero, según Forsthoff, era el creado por la sociedad burguesa liberal para que destacase el interés general frente a los intereses particulares divergentes, por lo que Estado y sociedad se situaban en planos diferenciados³⁴.

Mientras, el segundo se asentaba en la noción de «procura existencial». Y ello era así, porque desde la Industrialización el hombre comenzó a necesitar –en mayor medida– de prevenciones organizadas y generalizadas de suministros, que escapaban de lo que él mismo podía autosatisfacerse y autodisponer. Pues esa provisión de prestaciones necesarias a una generalidad o sector concreto que no podía ser materializada por el propio individuo, siendo el Estado el que desempeñaba tal función, se correspondía con la procura existencial estatal, siendo el basamento conformador del Estado Social³⁵.

Esta postura exigía la colaboración entre el Estado y la sociedad, que –gracias al progreso técnico– haría posible que se establecieran métodos para alcanzar esas oportunidades materiales para vivir que ostenta el hombre, superando las condiciones de indigencia y pobreza de la población³⁶.

³¹ Piénsese por ejemplo a la hora de financiar a un partido político o una campaña.

³² SUTHERLAND, E., *El delito...*, *op. cit.*, pp. 289-290.

³³ LLOBET RODRÍGUEZ, J., *op. cit.*, pp. 8-9.

³⁴ LANDWERLIN, G. M., «El Estado social de Derecho: Forsthoff y Abendroth, dos interpretaciones teóricas para dos posiciones políticas», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 42, 1984, pp. 215.

³⁵ LANDWERLIN, G. M., *op. cit.*, pp. 216-217.

³⁶ SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Introducción al Estado Constitucional*, Barcelona, Ariel, 1993, pp. 144-148.

De acuerdo a este punto de vista, los funcionarios estatales son considerados servidores públicos, puesto que la función prestacional es la imperante en la maquinaria estatal. Este modelo de democracia no pretende eliminar los desequilibrios sociales, ahora bien, pretende suprimir la precariedad de los individuos y de la sociedad en general³⁷ mediante la redistribución de la renta y de los excedentes de recursos³⁸, bajo el parapeto de cierto intervencionismo estatal.

Según este modelo del Estado Social, en tanto en cuanto se produjera una escasez de los recursos existentes en la economía –como consecuencia de la desviación de los mismos–, cuya procedencia podía estar bien en el propio aparato estatal, esto es, en su Administración burocrática, en el mercado, o en la sociedad, habría corrupción; Además, independientemente del origen de mencionada insuficiencia, la carencia de estas condiciones materiales, provocaría una crisis de la legitimidad del poder³⁹.

5. ROBERT NOZICK (1938-2002)

En relación a este autor, se debe advertir –en primer lugar–, que desarrolló su tesis de filosofía política con ciertas referencias a la teoría expuesta por John Rawls, puesto que su principal obra «Anarquía, Estado y Utopía» fue una réplica a la Teoría de la Justicia de este renombrado pensador.

Pues bien, para Rawls la justicia era la asignación equitativa de derechos y obligaciones, por lo que continuando y avanzando en la senda del Estado Social⁴⁰, expresó que todos los bienes sociales deberían ser distribuidos de una manera igualitaria, a no ser que esa desigualdad distributiva beneficiase a los menos favorecidos. De ahí que las disimilitudes que redunden en un desmedro de los más desfavorecidos fueran consideradas como «injusticia». De este modo, el Estado

³⁷ VÁSQUEZ CÁRDENAS, A. V.; MONTOYA BRAND, M., *op. cit.*, pp. 242-243.

³⁸ LANDWERLIN, G. M., *op. cit.*, pp. 217-218.

³⁹ VÁSQUEZ CÁRDENAS, A. V.; MONTOYA BRAND, M., *op. cit.*, p. 243.

⁴⁰ Rawls (1921-2002) en «Teoría de la Justicia» (1971) rebasó la teoría del Estado Social, e incluso superó –desde la óptica filosófica, claro está– las tesis sobre la teoría de juegos creada por John Forbes Nash (1949). Las ideas de Nash ponían en entredicho las ideas liberales de Adam Smith, al destruir matemáticamente la propuesta del inglés, a través del Equilibrio de Nash. Además, según este autor, no había que buscar el mejor resultado posible individualmente –puesto que ello podría redundar en una gran pérdida para otro, lo que provocaría que en una negociación posterior aquel malogrado rehusara un nuevo acuerdo–, sino que lo relevante era la cooperación entre todos –que podría ofrecer unos mejores resultados–. De este modo, se debía optar –al menos– por elegir un beneficio propio, pero no tan perjudicial para el resto que luego no permitiesen nuevos tratos; sino que para repetir el juego de forma indefinida y salir beneficiados todos, habría que optar por una ganancia media o incluso menor, para que la contraparte minimizase su riesgo de pérdidas.

era el instrumento que podía paliar estas injusticias, a través de la redistribución llevada a cabo por medio de los impuestos, obteniéndose una sociedad más equitativa e igualitaria. Esta era la misión estatal⁴¹ (Rawls, 1995, p. 84).

Por su parte, Nozick declaraba que las desigualdades eran inevitables, rechazando la injerencia estatal de redistribuir recursos, para conseguir ciertas cotas de igualdad social. La intervención del aparato burocrático era inadmisibles para este autor, puesto que la consideraba una agresión ilegítima en los derechos individuales de los ciudadanos, ya que entendía que era justa la propiedad adquirida por apropiación legítima o por transmisión voluntaria entre particulares⁴², y no más allá, esto es, por medio de la participación de la burocracia estatal. De ahí que la forma de Estado que propugnó era el de un Estado mínimo –más incluso– «ultramínimo»⁴³, toda vez que éste mantendría simplemente el monopolio del uso de la fuerza –al objeto de proteger de la violencia, el robo y el fraude–. Lo que excediera de estas competencias, sería del todo injustificable –según Nozick–.

Por tanto, desde las perspectivas libertarias de Nozick, la corrupción pública consistiría en la actividad de la maquinaria estatal a través de sus agentes excediéndose en los límites de ese Estado rematadamente mínimo, esto es, sería corrupta toda acción que limitase los derechos individuales de los ciudadanos, fundamentalmente si se atentara contra el derecho de propiedad o se alterasen las reglas del mercado, como podría entenderse en el caso de la introducción de impuestos. Según el neoyorquino, como consecuencia del estrecho margen a la intervención estatal, los problemas de corrupción serían minoritarios, y el mercado con su propia regulación sería el que resolvería estos problemas si los hubiera⁴⁴.

6. JÜRGEN HABERMAS

Las mayores aportaciones de este filósofo alemán son las de construir teóricamente la acción comunicativa y la democracia deliberativa. Como representante de la Teoría Crítica siente cierta preocupación en el modo en el que la sociedad y los individuos eliminan las cadenas y se libera de las fuerzas opresoras dominantes.

⁴¹ RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 84.

⁴² HIERRO, J. L. del, *Informe sobre las causas de la corrupción en la sociedad española actual: economía sumergida y comercio ilícito en España*, Madrid, Universidad Complutense, 2014, pp. 20-22.

⁴³ VÁSQUEZ CÁRDENAS, A. V.; MONTROYA BRAND, M., *op. cit.*, p. 244.

⁴⁴ VILLORIA MENDIETA, M., *La corrupción como problema, la calidad de la democracia como respuesta*, Madrid, IX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, 2004, pp. 4-6.

El pensador de Düsseldorf observa que en el mundo moderno se ha producido una ruptura de la sociedad, debido a que la racionalidad actual –sin influjos religiosos– y a la disparidad de nociones de lo que está bien o mal –o de lo que es verdad–, el ser humano está sumido en una vorágine caótica que aleja a la sociedad de ella misma, hasta el punto de que el ser humano se halla dominado por una racionalidad tecnológica que lleva al individuo a la esfera íntima y personal, a la vida privada, donde no se rebate ni reflexiona por nada⁴⁵.

Por este motivo, se produce un retroceso del hombre en la vida pública –que solo sufre una excepción en el acercamiento que existe entre la sociedad y la Administración–. Se trata del momento en el que la maquinaria burocrática estatal suministra servicios, instaurando una relación de dependencia en el individuo, respecto a las utilidades que el Estado le ofrece⁴⁶.

Ahora bien, este mundo técnico provoca un problema de legitimidad social y política, puesto que ante esta racionalidad instrumental, no existe finalidad para que la colectividad participe en las acciones sociales y políticas, ya que la relación del ciudadano con el poder solo se da para obtener esas prestaciones.

Por esta razón la obra habermasiana intenta lograr la relegitimación de las instituciones democráticas, apoyándose para ello en el discurso. Y es que para este filósofo germano el lenguaje ostenta una órbita racionalizadora, en base a unas reglas que posee el diálogo⁴⁷, que a su vez posibilita la argumentación y ofrece –paralelamente– grandes niveles de integración social. Esa es la fundamentación básica por la cual Habermas se decanta por la comunicación, porque es un proceso que –además de acercar a los ciudadanos entre ellos– permite argumentar⁴⁸.

Sin embargo, esa comunicación que defiende este sociólogo alemán requiere de la voluntad de entregarse al razonamiento y al diálogo abierto, ya que si existe alguna limitación o coacción en el diálogo, esta llevará a la violencia. Por tanto, en el diálogo social debe darse una interacción discursiva en la que las partes puedan exponer sus puntos de vista sin restricciones; debe ampararse la igualdad de las partes, en el sentido de que a las distintas argumentaciones se les dé el mismo valor, estando permitido replicar, contestar, cuestionar, etc.; imponiéndose, de este modo, el mejor fundamento argumentativo, que será aquel que los propios participantes reconozcan como tal como consecuencia de sus creencias, valores y/o experiencias –no viciadas–⁴⁹.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 14.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 15.

⁴⁷ Existe el presupuesto de que aquellos que dialogan tienen la intencionalidad de entender lo que dice el otro.

⁴⁸ VILLORIA MENDIETA, M., *op. cit.*, p. 15.

⁴⁹ El sistema propuesto respeta los imperativos categóricos kantianos de universalidad y autonomía. Pero en vez de elevar mi móvil a ley universal para ver si la conducta es correcta si todos hiciéramos lo mismo, instaura unos cambios en el mode-

Como resultado de esto, cada persona se dirige a sí misma. Y solo tendrían valor aquellas acciones ante las que todos los individuos acordasen prestar su consentimiento, en el proceso de comunicación amparado por esas reglas mencionadas sin presiones ni coacciones. Estos discursos deben desarrollarse en el terreno o ámbito de la sociedad civil, en el espacio público. Posteriormente, lo concordado de forma deliberada por la sociedad civil deberá pasar al plano estatal y parlamentario, para que nuevamente sean devueltas esas acciones y valores a la sociedad, en forma de normas jurídicas, esto es, de Derecho. Este derecho, que será moral, se podrá imponer a los ciudadanos, puesto que vendrá dado por el procedimiento discursivo-argumentativo legitimado⁵⁰.

Por tanto, la política debe ser el foro en el cual los diversos ciudadanos se percatan de que se hallan en situación de dependencia mutua y gracias a los procesos de comunicación deliberada transforman y potencian las relaciones mutuas que permiten la vida y el desarrollo en sociedad. Ahora bien, para ello se requiere de cierta justicia social, porque para que el individuo participe de la vida pública y política deberían estar libres de toda forma de sujeción, con autonomía, ostentando la seguridad de que ni su actividad tendrá represalias, ni tampoco perderá servicios y derechos sociales básicos.

En base a la teoría habermasiana, la corrupción consistiría entonces en el uso abusivo de recursos públicos para obtener beneficios privados, ya fuere del tipo que fuere⁵¹, en su persona o en la de otra⁵². Mas también sería corrupción desde esta óptica, el favorecimiento a alguna persona o grupo de personas realizadas con carácter público si se dan los requisitos siguientes: si no se persigue el interés general consolidado mediante un proceso deliberativo, si violan el principio de igualdad política y comunicativa, y si no existe coherencia ideológica entre lo que se defiende y el discurso o ideas de su agrupación⁵³.

7. CONCLUSIONES

Como se ha analizado, los pensadores del pasado siglo –a diferencia de algunos de sus antecesores– no se detuvieron a ofrecer medidas o herramientas creadas desde su objeto de estudio para contener o disminuir la corrupción.

lo. Para Habermas debería someter mi máxima a todos para dilucidar discursivamente si esta debería ser universal.

⁵⁰ VILLORIA MENDIETA, M., *op. cit.*, p. 16.

⁵¹ DELLA PORTA, D.; VANUCCI, A., «Los recursos de la corrupción: algunas reflexiones sobre el caso italiano», *Zona Abierta*, 98-99, 2002, p. 86.

⁵² Piénsese en reuniones con *lobbys*, que persiguen sus intereses particulares en asuntos públicos.

⁵³ VILLORIA MENDIETA, M., *op. cit.*, pp. 17-18.

En este sentido, basta recordar como Platón o Aristóteles atendieron a los mecanismos educativos, al control y la supervisión de los funcionarios y gobernantes, entre otras medidas. Por su parte, Maquiavelo sugirió la efectividad del juzgamiento y la dilucidación de la causa por medio de un jurado, o por los propios ciudadanos, como propios interesados en la buena gestión del patrimonio público. Más recientemente, en el siglo XIX, Bentham continuó la senda del control ciudadano de la labor desarrollada por políticos y administradores públicos, no obstante, ideó un sistema basado en el aparato democrático de conceder anualmente la confianza a un determinado gobernante, a través de elecciones anuales.

No obstante, los pensadores del siglo XX –ya presentasen un carácter más filosófico, sociológico, histórico o criminológico–, no ofrecieron medidas ante dicho fenómeno –posiblemente, puesto que los ordenamientos jurídicos ya contaban con medidas consolidadas contra la corrupción heredadas de los siglos anteriores, que se adaptaron a los tiempos actuales–, lo que puede entenderse como uno de los motivos del estancamiento y mantenimiento de los actos de naturaleza séptica.

Sin embargo, este problema era bastante relevante y se hallaba bastante extendido durante la centuria pasada, toda vez que únicamente habría que pensar en una contabilidad, en unos presupuestos, en unos asientos contables elaborados simplemente a mano o mecanografiados, con la sencillez en el falseamiento y en la adulteración de estos procedimientos, si los miramos desde la óptica tecnológica de nuestros tiempos.

Por tanto, cada pensador –de los examinados–, pretendió meramente explicar la corrupción como falencias del modelo o sistema político que dicho autor vituperaba, conforme a su ideología política.

De todas formas, ello no es óbice para detenerse y destacar que sus posturas tenían sentido en el momento político en el que vivían cada uno de ellos, siendo –además– que muchas de las teorías ideadas han revolucionado el mundo de las ideas, llevándonos a las teorías filosóficas más contemporáneas y, en base a ellas, se podrán desarrollar medidas de lucha contra la corrupción futuras.

Así, Weber se situó en un periodo a caballo entre el derrocamiento de las monarquías tradicionales –con las revoluciones liberales del siglo XIX⁵⁴–, la instauración de las jóvenes democracias –post revolucionarias– y el establecimiento de gobiernos totalitarios y dictatoriales con líder carismático, en pleno apogeo de la incipiente sociedad capitalista.

Como parece obvio, el de Érfurt se decantó por el modelo de poder de dominación racional, no obstante, mientras que el sistema demo-

⁵⁴ Desde la Revolución Francesa, o la de las Trece Colonias a las revoluciones liberales burguesas de 1820, 1830 y 1848. En el caso español, son mencionables como revoluciones de este tipo la Revolución de las Cabezas de San Juan –mediante el levantamiento del coronel Riego– o la Revolución «Gloriosa» de 1868.

crático presentase aspectos y caracteres de los otros modelos de poder, existiría la corrupción; ya que –en otro caso– los gobiernos democráticos basados en la racionalidad no deberían adolecer de actos sépticos por los contrapesos regulatorios de las normas insertadas en dicho sistema.

Por tanto, de acuerdo a las tesis de este historiador y sociólogo alemán, las medidas anticorrupción consistirían en eliminar las singularidades propias de las dominaciones carismática y tradicional.

Sutherland, como sociólogo y criminólogo, sentó las bases necesarias para identificar un tipo de criminalidad diferente a la delincuencia tradicional, poniendo el foco también en los altos cargos y en las personas de gran respetabilidad. Además, construyó los cimientos criminológicos de otros delitos vinculados al poder e incardinados dentro de la corrupción, como son los delitos contra el orden socioeconómico, iniciando la explicación en torno a ellos.

En este ámbito, puso Sutherland el acento de esta modalidad delictual en los altos cargos de grandes empresas y en el sentido de pertenencia y de grupo –y en el aprendizaje dentro del mismo–, dejando a las claras la operatividad a través de estructuras que funcionan en el orden económico legal que en el tiempo actual es un requerimiento elemental de la corrupción⁵⁵.

Posteriormente, en autores como Forsthoff, Rawls o Nozick, puede observarse claramente la dicotomía surgida a partir de la II Guerra Mundial entre comunismo y capitalismo.

De este modo, algunos pensadores presentaron un corte más socialista como Forsthoff y Rawls, y otros –como Nozick– una ideología puramente liberal. Ellos explicaron la corrupción como una consecuencia nefasta del modelo contrario al que defendieron ideológicamente, sin embargo, no establecieron mecanismo de lucha alguno contra la corrupción.

Por último, Habermas, como una especie de respuesta adelantada varias décadas a la sociedad de las «pantallas», desarrolla sus tesis democráticas en base a estructuras dialógicas y discursivas.

Por tanto, explica la corrupción como la desigualdad en la capacidad de comunicación –que hogaño podría ser una especie de «desigualdad mediática o en los medios de comunicación», cuando no existiese un proceso de deliberación social que busque el interés gene-

⁵⁵ En este sentido, es dable destacar que para parte de la doctrina los delitos contra el orden socioeconómico –donde también entraría la corrupción–, agrupa a unos delitos que presentan características comunes en el campo criminológico –como intencionalidad de obtención de un provecho económico, provocando una alta lesividad, cometidos por personas con ciertas capacidades y cierta posición social, que requiere además de un andamiaje que opere en la actividad económica legal–, y que amparan bienes jurídicos inmateriales e institucionalizados de naturaleza social o comunitaria, *vid.* TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Delitos contra el orden socioeconómico», de Juan María Terradillos Basoco (coord.), *Lecciones de Derecho penal*, tomo V, San José de Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2017, pp. 15-17.

ral, o en el caso que existieran divergencias o disociación entre lo que se persigue y ampara y el discurso –propagandístico–.

De este modo, a partir de su definición de la corrupción, se pueden extraer algunos instrumentos de lucha contra el fenómeno séptico, a saber: el establecimiento de una igualdad en los medios –es decir, igualdad en la capacidad para comunicarse de los distintos grupos–, la imposición de una norma sin deliberación, o la menesterosa asociación entre discurso y objetivo.

No obstante, estos elementos de lucha contra la corrupción, parecen alejarse de los instrumentos anticorrupción en el plano puramente económico, aunque evidentemente, pueden que sean vitales para el establecimiento de herramientas o medidas de dicho corte, en un futuro.

El modelo parlamentario de protección
de los derechos como alternativa al modelo judicial

*The parliamentary model of rights protection
as an alternative to the judicial model*

POR RAMÓN RUIZ RUIZ
Universidad de Jaén

RESUMEN

Aunque existe un amplio consenso respecto a que un Estado democrático debe dotarse de una constitución que blinde ciertos derechos fundamentales, no lo hay tanto a la hora de determinar quién deba ser su «guardián». Es mayoritaria la postura partidaria de una supervisión de tipo judicial, pero también existe un sector doctrinal que ante tal solución esgrime la «objeción contramayoritaria» y que no comparte la supuesta superioridad epistémica de los tribunales constitucionales y supremos a la hora de interpretar y determinar el contenido de los derechos, por lo que apuesta por que dicha función quede en manos del poder legislativo, por entender, entre otras razones, que está más legitimado para ello por ser el más directo representante de la soberanía popular.

Palabras clave: *Justicia constitucional, objeción contramayoritaria, derechos fundamentales, democracia.*

ABSTRACT

Although there is a broad consensus that a democratic state should endow itself with a constitution that entrenches certain fundamental rights, it is not so broad when it comes to determining who should be its «guardian». The proponents of judicial supervision are majority, but there is also a doctrinal sector that objects the «countermajoritarian difficulty» to this solution and does not share the alleged epistemic superiority of the constitutional and supreme courts when interpreting and determining the content of the rights, so they propose to leave this function in the hands of the legislature, among other reasons, because it is the most legitimate branch of the government for being the most direct representative of popular sovereignty.

Keywords: Judicial review, countermajoritarian difficulty, fundamental rights, democracy.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. – 1. LA OBJECCIÓN CONTRAMAYORITARIA. – 2. APUNTES SOBRE EL DEBATE RESPECTO A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL. – 3. EL MODELO PARLAMENTARIO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS. – CONCLUSIONES.

SUMMARY: INTRODUCTION. – 1. THE COUNTER-MAJORITARIAN DIFFICULTY. – 2. NOTES ON THE DEBATE ABOUT CONSTITUTIONAL JUSTICE. – 3. THE PARLIAMENTARY MODEL FOR THE PROTECTION OF RIGHTS. – CONCLUSIONS.

INTRODUCCIÓN

Pocos son en nuestros días quienes dudan de la conveniencia de que los estados democráticos se doten de textos constitucionales como norma suprema del ordenamiento jurídico y de que estos contengan algún catálogo de derechos fundamentales como mejor medio para su salvaguarda y acatamiento, no solo por los ciudadanos, sino también por los poderes públicos, incluyendo los órganos parlamentarios en el ejercicio de su potestad legislativa.

En lo que existe mayor discrepancia es en determinar quién deba ser el «guardián de la constitución» (y, por ende, de los derechos). La mayor parte de la doctrina –y de la práctica política– aboga por la supervisión judicial, esto es, por la instauración de un órgano de carácter judicial (sea un tribunal constitucional o un tribunal supremo) que vigile su cumplimiento y que tenga potestad incluso para anular las normas legislativas que la contradigan.

No obstante, existe un sector doctrinal (y también algunos, pocos, ejemplos de práctica política, especialmente en países de la *Commonwealth*) que se decanta por un modelo de supremacía parlamentaria en el que el propio órgano legislativo sea quien se autosupervise y se asegure de respetar los preceptos constitucionales –u otras normas que reconozcan derechos– o, lo que es lo mismo, quien tenga la última palabra a la hora de concretar sus contenidos, por entender que es el órgano más legitimado para ello por ser el más directo representante de la voluntad popular.

De los argumentos esgrimidos por este sector doctrinal es de lo que trata este trabajo, donde se dará cuenta, en primer lugar, de la conocida objeción contramayoritaria, esto es, de las razones que alegan quienes entienden que la justicia constitucional y, en especial, el control judicial de constitucionalidad de las normas legislativas puede llegar a vulnerar la soberanía popular encarnada en el parlamento.

La segunda parte planteará las objeciones al autocontrol parlamentario de constitucionalidad –a veces denominado constitucionalismo popular– y la respuesta que a las mismas dan sus proponentes, así como las réplicas que suelen esgrimirse frente a la supuesta superioridad moral y epistémica de los tribunales constitucionales (o supremos) a la hora de determinar el significado de los preceptos constitucionales y de proteger los derechos fundamentales.

La tercera parte, en fin, expone algunas de las virtudes del modelo parlamentario de protección de los derechos planteadas y los argumentos que lo respaldan, indicando al mismo tiempo, y como conclusión, la necesidad de ser conscientes de que, independientemente del modelo elegido, sea judicial, sea parlamentario, a fin de cuentas, el verdadero «guardián de la constitución» debe ser el pueblo mismo, un pueblo vigilante sin el cual ningún modelo podría garantizar plenamente la salvaguardia de nuestros derechos.

1. LA OBJECCIÓN CONTRAMAYORITARIA

Parece evidente que una constitución, como cualquier otra norma jurídica, si quiere ser eficaz, si aspira a ser algo más que un mero conjunto de recomendaciones, debe contar con mecanismos que garanticen su implementación y, en el caso de la norma que pretende ser suprema, que aseguren que sea acatada no solo por la ciudadanía, sino también por los poderes públicos, incluyendo los parlamentos en el desarrollo de su función legislativa.

El problema surge a la hora de determinar quién debe tener la potestad para hacerla respetar o, en otros términos, quien ha de tener la última palabra a la hora de interpretar el significado de sus disposiciones y de imponer dicha interpretación. Más en concreto, surgen

dudas sobre si dicha potestad ha de estar en manos de un órgano de carácter judicial o en las de la ciudadanía o sus representantes.

Porque, ciertamente, las constituciones –de nuevo, al igual que muchas otras normas jurídicas– contienen algunos preceptos claros, precisos, cuya significado no genera apenas dudas, y otros muy ambiguos, poco determinados, que pueden dar lugar a interpretaciones variadas y aún contradictorias¹. Señala al respecto Allan que pocos son quienes realmente creen que sea evidente cómo deben ser interpretados y desarrollados este tipo de preceptos, especialmente los que reconocen derechos, cuáles de ellos deberían prevalecer en caso de conflicto o en qué casos deberían ceder ante intereses sociales generales². Dejar en manos de los tribunales la interpretación y salvaguardia de los primeros de estos preceptos –lo más precisos, que suelen conformar lo que tradicionalmente se ha conocido como parte orgánica de las constituciones– no parece despertar especiales recelos; sí los origina, en cambio, dejar en dichas manos la interpretación del segundo tipo de preceptos –que forman parte de la también tradicionalmente llamada parte dogmática–.

Ante tal tesitura, hay quienes propugnan que los preceptos constitucionales sean redactados en términos menos ambiguos, más claros para evitar un conflicto interpretativo entre los legisladores y los magistrados en el que se acabe imponiendo la visión de estos últimos, modificándose así la acción política de los primeros. No obstante, también se ha señalado, en sentido contrario, que unos preceptos constitucionales más definidos limitarían en mayor medida el margen de maniobra de la ciudadanía y sus representantes, en tanto que las normas constitucionales indeterminadas proporcionan la oportunidad de discutir su significado y de adaptarlas a las cambiantes circunstan-

¹ Vid. LIMBACH, J., «Papel y poder del Tribunal Constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 4, 2.º semestre 1999, p. 103. De hecho, la propia presidenta del *Bundesverfassungsgericht* escribió en este mismo artículo que «si el Tribunal precisa de treinta o más días de deliberación para enjuiciar la constitucionalidad de una norma, no será sino porque la respuesta no era evidente».

² Vid. ALLAN, J., «A Defence of the Status Quo», en Campbell, T., Goldsworthy, J. y Stone, A. (eds.), *Protecting Human Rights. Instruments and Institutions*, Oxford University Press, 2003, p. 190. Esta es la causa, según el referido profesor canadiense, de que en Australia continúe habiendo un amplio rechazo tanto académico como social y político a la adopción de una *Human Rights Act* similar a las que se han ido aprobando en los últimos tiempos en otros estados anglosajones como Canadá, Reino Unido o Nueva Zelanda. Escribe al respecto lo siguiente: «Pon en vigor una carta de derechos con sus normas abiertas e imprecisas escritas en el lenguaje de los derechos y nadie debería esperar consenso, ni siquiera un amplio acuerdo cuando tengan que ser aplicadas a situaciones concretas. La cuestión es que si Australia opta por una carta de derechos, entonces los jueces acabarán decidiendo asuntos controvertidos de política social sobre los cuales personas sinceras, inteligentes y bien intencionadas discrepan –asuntos sobre dónde poner los límites en relación con el aborto, la intimidad, la libertad de expresión, la autoridad, los poderes de la policía, las prácticas religiosas, cómo debe tratarse a los peticionarios de asilo, quién puede casarse y muchos más– [...] (incluso si se venden bajo la apariencia de mantener y proteger derechos universalmente deseados y no controvertidos)».

cias políticas y sociales³ –además de que puede sostenerse, con Aguiló, que no debe pretenderse que las constituciones resuelvan *ex ante* todos los problemas o conflictos que puedan surgir, sino que más bien han de orientar la solución de todos esos problemas, conforme a determinados principios y valores socialmente aceptados (o, al menos, mayoritariamente aceptados)⁴–.

Sin embargo, esta necesaria indeterminación de buena parte de los contenidos constitucionales es lo que hace posible sostener que cuando se afirma que en los estados dotados con tribunales constitucionales⁵ –u órganos judiciales con similares funciones– la última palabra respecto a la legislación la tiene la constitución, en realidad lo que se está afirmando es que quien la tiene es el juez al que corresponde decir lo que dice la constitución⁶. Señala al respecto Bayón que «el

³ Vid. TUSHNET, M., «Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Countermajoritarian Difficulty», 94 *Michigan Law Review* 245, november 1995, p. 13.

⁴ Vid. AGUILÓ REGLA, J., «Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional», *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 26, 2003, pp. 314-315. Añade Aguiló que de este modo las generaciones futuras pueden adaptar los preceptos constitucionales, desde el respeto a esos principios y valores, a sus específicas circunstancias para evitar la «tiranía del pasado», esto es, para evitar la deslegitimación que supone el que las generaciones presentes se queden ancladas en mandatos de las generaciones pasadas. Por ello, lo fundamental para la estabilidad de una constitución es que «las generaciones vivas se «reconozcan» en esos mismos valores aunque sin duda es posible que los «teoricen» de maneras distintas a como los hubieran teorizado los «padres fundadores» (*ibidem*).

⁵ La gran mayoría en la actualidad, como nos ilustra Ferreres: «Dieciocho de los veintisiete estados que actualmente pertenecen a la Unión Europea [...] han creado tribunales constitucionales [...] solo tres países dentro de la U. E. han adoptado un sistema de *judicial review* similar al de los Estados Unidos: Suecia, Finlandia y Dinamarca. En la práctica, sin embargo, los tribunales de estos países nórdicos muy raramente encuentran una norma inconstitucional. De los seis países restantes dentro de la U. E., cuatro –Irlanda, Grecia, Chipre y Estonia– han adoptado sistemas que son difíciles de clasificar porque combinan características de los modelos europeo y americano en diferentes modos. Los otros dos estados, los Países Bajos y el Reino Unido son excepcionales en que no tiene sistemas de revisión constitucional de la legislación». Por su parte, el modelo centralizado, que es claramente dominante en la Unión Europea, ha tenido también alguna influencia en otras regiones. Así –sigue refiriendo Ferreres– en Latinoamérica, por ejemplo, algunos países gradualmente se han separado del modelo estadounidense que fue originalmente establecido en el siglo XIX y se han movido hacia un sistema mixto que incluye algunos componentes del modelo centralizado. El sistema es mixto «en el sentido de que todos los tribunales están generalmente facultados para ejercer la revisión constitucional en el curso de la labor jurisdiccional ordinaria, pero además, la legislación puede ser formalmente invalidada por un órgano específico. Para tal fin, algunos países (Perú, Guatemala, Chile, Ecuador, Bolivia, Colombia) han introducido tribunales constitucionales mientras otros (Costa Rica, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Venezuela) han creado una cámara constitucional especial dentro del existente tribunal supremo (vid. FERRERES COMELLA, V., *Constitutional Courts and Democratic Values: A European Perspective*, New Haven, Yale University Press, 2009, pp. 4-5).

⁶ Vid. GARRORENA MORALES, A., «El debate *justicia constitucional-democracia* en los procesos constituyentes de 1931 y 1978», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, enero-abril 2011, p. 32.

límite al poder de decisión de la mayoría no son los derechos constitucionalizados, sino lo que el órgano que ejerza el control jurisdiccional de constitucionalidad –o incluso la mayoría de sus miembros– establezca qué es el contenido de esos derechos, porque por discutibles o infundadas que puedan parecernos las decisiones que adoptan, su firmeza no está condicionada a su corrección material»⁷. Así, y dado que una constitución se puede interpretar de distintas maneras, se corre el peligro de que los jueces sustituyan los principios de la constitución por los suyos; no hay razón «para que los magistrados actuales no puedan, como con facilidad hicieron sus predecesores, imponer opiniones privadas o ideologías personales respecto a los derechos sociales o económicos» o cualquier visión particular de la justicia social⁸. Y estas decisiones –esto es, los valores, las opiniones o las interpretaciones de los tribunales constitucionales– se van a imponer a las de los representantes de los ciudadanos democráticamente elegidos y responsables ante ellos, encontrándonos, así, de lleno, con la consabida objeción contramayoritaria.

Existe, en este sentido, una polémica sobre si los tribunales constitucionales deberían o no tomar sus decisiones en conformidad con el sentir mayoritario de la sociedad. Así, por un lado, están quienes, como Garzón Valdés, son de la opinión de que dado que los tribunales constitucionales no son democráticamente responsables, deberían, al menos, ser confiables en el sentido de que adopten buenas decisiones desde el punto de vista democrático-constitucional. Esta confiabilidad se pondría a prueba con cada sentencia y requiere que exista, por lo general, coincidencia entre la interpretación constitucional del tribunal y la interpretación que sustenta la *communis opinio*; o, en sentido contrario, «esta confiabilidad puede verse severamente afectada por [...] una reiterada o permanente divergencia entre los fallos del tribunal constitucional y la *communis opinio*, que puede conducir a una pérdida de confianza por parte de la ciudadanía»⁹. Y, llegado el caso, la sociedad difícilmente podría aceptar el deslizamiento «de la democracia constitucional del presente hacia su configuración como una forma mixta de gobierno en la que la democracia de la ley se encuentre corregida por la aristocracia de los jueces»¹⁰.

En el bando opuesto, por ejemplo, Jutta Limbach¹¹, antigua presidenta del Tribunal Constitucional Alemán, en relación con la cuestión

⁷ BAYÓN, J. C., «Derechos, democracia y constitución», *Discusiones*, núm. 1, 2000, p. 71.

⁸ Vid. AGRESTO, J., *The Supreme Court and Constitutional Democracy*, Cornell University Press, 1984, pp. 156-159.

⁹ Vid. GARZÓN VALDÉS, E., «El papel del poder judicial en la transición a la democracia», *Isonomía*, núm. 18, 2003, p. 132

¹⁰ GARCÍA-CALVO, R., «La doble vinculación del juez a la Constitución y a la ley», en Orozco, J. J., Vázquez, R. y Malem, J. F. (comps.), *La función judicial: ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003, p. 273.

¹¹ Vid. LIMBACH, J., *op. cit.*, pp. 118-119.

de «si el Tribunal ha de tener necesariamente en cuenta que su jurisprudencia coincida con las expectativas de justicia y la escala de valores de la sociedad» discrepaba con su antecesor en el cargo Ernst Benda, para quien –según ella misma relata– era un deber jurídico del Tribunal elaborar una jurisprudencia socialmente aceptable, toda vez que, a su juicio, la obligación del juez constitucional de fallar un caso de modo que el resultado encuentre aceptación en la sociedad deriva del principio democrático. Por el contrario, Limbach era de la opinión de que la Ley Fundamental había limitado el derecho de la mayoría a decidir discrecionalmente en tanto que la dignidad humana y los principios estructurales ya no podían estar a disposición ni siquiera de una mayoría cualificada. Y esto sería así porque la regla de la mayoría no es el único componente de la democracia, toda vez que «la democracia no significa solamente que todos los poderes públicos emanan del pueblo y que la política es determinada por los representantes populares elegidos [...] a la democracia pertenecen también determinados valores que vinculan a los órganos del Estado»; valores como los derechos fundamentales, sin cuya vigencia esta forma de gobierno no puede ser preservada. Por ello afirmaba que la democracia supone «un equilibrio delicado entre la regla de la mayoría y determinados valores como los derechos humanos». De lo que deducía que los magistrados, cuando juran la constitución, tienen en consecuencia que marcar distancias respecto de la mayoría o de la voluntad general tan pronto como estén en juego garantías constitucionales; los magistrados, en definitiva, «deben pronunciar Derecho, al margen del aplauso o la crítica que puedan recibir por ello»¹².

Y es que, ciertamente, es habitual leer, frente al argumento de que el legislador ha sido elegido democráticamente y, por tanto, a él compete determinar el contenido de la ley y no a los jueces, que tal argumento denota una concepción excesivamente formal de la democracia y olvida que la protección de los derechos constituye una parte esencial de dicho sistema político. Esto implica un posible conflicto entre una decisión judicial sustancialmente democrática que protege los derechos fundamentales de un ciudadano que, sin embargo, no es democráticamente legítima, desde un punto de vista formal, por un lado, y una ley que es formalmente legítima, pero no satisface los criterios democráticos sustantivos respecto a los derechos, por el otro. En tal caso, habría de prevalecer la primera decisión, puesto que –para este sector doctrinal– «la legitimación demo-

¹² Harel y Shinar hacen una llamativa reflexión al respecto. Según ellos, normalmente la opiniones de los jueces constitucionales coinciden con las mayoritarias de la sociedad y, en tal caso, no está claro por qué un sistema provisto de *judicial review* ha de funcionar mejor que uno sin dicha institución (*vid.* HAREL, A., y SHINAR, A., «Between judicial and legislative supremacy: A cautious defense of constrained judicial review», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, núm. 4, 2012, p. 563).

crática formal no sería más que un elemento en la discusión, no el único, e incluso no el principal»¹³.

Se refleja aquí la muy extendida idea de que para que los derechos sean efectivos, la interpretación judicial debe prevalecer sobre la política, pues toda interpretación política de los derechos que discrepe de la judicial es considerada inválida o irrazonable¹⁴. En otras palabras –aduce Hiebert¹⁵–, la mayoría concibe los derechos como una restricción a los poderes legislativo y ejecutivo, lo cual implica una visión parcial de los poderes del Estado que ve al poder judicial como un árbitro neutral para resolver conflictos, pero nunca como una potencial amenaza para los derechos, por lo que no es frecuente que se propongan restricciones a su función similares a la de los otros poderes. Sin embargo –concluye su argumento– si los derechos tienen como finalidad proteger al individuo frente a actuaciones inapropiadas del Estado, no habría que olvidar que el Estado comprende actos legislativos, ejecutivos y, también, judiciales¹⁶.

Por otro lado, el problema de la objeción contramayoritaria se acentúa cuanto mayor es la rigidez de la constitución porque «si el procedimiento de su reforma es tan exigente que, en la práctica, es inviable, entonces *de facto* los jueces constitucionales tienen la última palabra sobre el contenido y alcance de sus preceptos»¹⁷. En cambio, si la constitución puede ser enmendada por mayoría simple, en tal caso la voluntad popular representada en el parlamento puede modificar el precepto constitucional que choque con la ley impugnada por un alto tribunal, de modo que esta finalmente prevalezca –aunque no es este el caso de la gran mayoría de las constituciones actuales y, especialmente, de las que instauran la revisión de constitucionalidad, que por lo general son rígidas o, incluso, muy rígidas–¹⁸.

¹³ HOECKE, M., «Judicial Review and Deliverative Democracy: A Circular Model of Law Creation and Legitimation», *Ratio Juris*, vol. 14, núm. 4, december, 2001, p. 416.

¹⁴ Vid. HIEBERT, J. L., «Interpreting a Bill of Rights: The Importance of Legislative Rights Review», *British Journal of Political Science*, 35, núm. 2, 2005, p. 235.

¹⁵ Vid. *ibidem*, pp. 235-237.

¹⁶ Y, ciertamente, es posible aducir que un tribunal constitucional puede vulnerar derechos en supuestos como la anulación de una nueva norma que reconociera nuevos derechos a los ciudadanos pero que se considerara contraria a la constitución, o cuando resuelve un conflicto de derechos estimando que uno de ellos debe prevalecer sobre el otro, con lo cual este último queda relegado (si bien, solo en ese caso concreto).

¹⁷ BAYÓN, J. C., «Derechos, democracia y constitución», cit., p. 69. Respecto a esta cuestión llama la atención Martí sobre el hecho de que, debido a la rigidez de la mayoría de nuestras constituciones, las minorías pueden bloquear cualquier propuesta de enmendarlas, aunque sea apoyada incluso por una amplia mayoría, imponiéndole así sus preferencias (vid. MARTÍ, J. L., «Is Constitutional Rigidity the Problem? Democratic Legitimacy and the Last Word», *Ratio Juris*, vol. 27, núm. 4, 2014, p. 550).

¹⁸ Respecto a esta cuestión Kay llega a afirmar que «en la mayoría de los sistemas constitucionales, el procedimiento establecido para enmendar la constitución está diseñado para frustrar la voluntad de una mayoría transitoria, incluso de una

Suele aducirse, no obstante, que cuando una norma legislativa es derogada por inconstitucional, en realidad no se está vulnerando la voluntad del pueblo, sino preservándola tal y como aparece en la constitución, frente a la voluntad de los legisladores y, por tanto, se está preservando la democracia. O, como señala Hoecke, «la decisión judicial es democráticamente legítima en virtud de su contenido, puesto que sirve para hacer respetar los derechos previamente promulgados por el legislador constitucional. Así, se presupone alguna preexistente “voluntad” del “pueblo” o “voluntad” del “legislador constitucional”, lo que debería legitimar la decisión judicial de hoy»¹⁹.

Pero es posible responder a tal argumento denunciando –aparte del hecho de que no todos los procesos constituyentes han sido genuinamente democráticos– que el paso del tiempo menoscaba la legitimidad democrática en la medida en que los individuos representados en el momento constituyente son reemplazados por nuevas generaciones, de modo que, en tal caso, los preceptos constitucionales no pueden ser ya en realidad considerados como autoimpuestos –por lo que las referencias en el caso de las constituciones antiguas al mandato «del pueblo» serían, en el mejor de los casos, retóricas–²⁰.

Esto ha llevado a afirmaciones que podrían calificarse de drásticas –de las que da cuenta Tremblay²¹– según las cuales el mero hecho de que una constitución fuera aprobada por la voluntad de la mayoría del pueblo o de sus representantes electos no necesariamente implica que deba prevalecer sobre una ley posterior que ha sido igualmente aprobada por ellos. Por consiguiente, la legitimidad del *judicial review* no puede derivar del carácter democrático de la constitución. En la medida en que la legitimidad del poder judicial se basa en la aplicación de normas que son legítimas por contar con el consentimiento o aprobación del pueblo o de sus representantes, los tribunales deben reconocer como razones legítimas para tomar decisiones la norma que mejor represente el consentimiento del pueblo o de sus representantes en el momento de la decisión. Por ello –continúa el razonamiento– el mero hecho de que una constitución democráticamente promulgada haya sido considerada como supralegislativa dentro de una jerarquía formal de fuentes normativas no puede ser razón suficiente para dejar de lado

mayoría sustancial» (KAY, R. S., «Rights, Rules and Democracy», en Campbell, T., Goldsworthy, J., y Stone, A. (eds.), *Protecting Human Rights*, cit., p. 121).

¹⁹ HOECKE, M. van, «Judicial Review and Deliverative Democracy: A Circular Model of Law Creation and Legitimation», *Ratio Juris*, vol. 14, núm. 4, december, 2001, p. 417. Es habitual, cuando se defienden este tipo de tesis, recurrir a la doctrina del originalismo o al argumento del precompromiso (sobre esta cuestión, véase RUIZ RUIZ, R., *Discrecionalidad judicial, justicia constitucional y objeción contramayoritaria*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016).

²⁰ Vid. KAY, R. S., *op. cit.*, p. 121.

²¹ Vid. TREMBLAY, L. C., «General Legitimacy of Judicial Review and the Fundamental Basis of Constitutional Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 23, núm. 4, 2003, pp. 533-534.

una ley que representa mejor lo que, en el momento de la decisión judicial, el pueblo o sus representantes electos opinan. Por tanto, en principio, cuando surge un conflicto entre dos leyes, el tribunal debería respaldar la ley que mejor representa la voluntad o el criterio de la ciudadanía contemporánea; de lo contrario, la voluntad o el criterio de los ciudadanos del pasado limitaría el poder de los ciudadanos del presente para determinar democráticamente y por sí mismos qué tipo de políticas, valores, intereses y fines deberían promoverse hoy. En definitiva, no se puede inferir que la constitución debe necesariamente prevalecer sobre la legislación ni el pueblo soberano debería ser nunca limitado por sus decisiones políticas previas –de hecho, concluye el argumento, este ha sido un elemento constitutivo de la doctrina de la soberanía parlamentaria en el Reino Unido²²–.

Para Tremblay este principio está bien establecido en la aplicación del resto de las normas, como se evidencia en las reglas para resolver las antinomias, tales como las máximas *leges posteriores priores contrarias abrogant* y *generalia specialibus non derogant*, las cuales, a su juicio, pueden ser justificadas por el principio de que los tribunales deberían aplicar la ley que mejor representa el sentir de la mayoría del pueblo o de sus representantes en el momento de la decisión. Sin embargo, se trata de una postura problemática, toda vez que si se tomara en consideración, las constituciones no tendrían ningún valor real, además de que no debemos olvidar que existe un tercer criterio de resolución de antinomias, quizás el más relevante, que establece que *lex superior derogat inferiori*.

No obstante, en la línea anterior, señalan Harel y Shinar que incluso aceptando que la constitución sea democráticamente superior a la legislación ordinaria por lo que, consecuentemente, debería prevalecer en caso de conflicto, de ello no derivaría necesariamente que los tribunales debieran estar facultados para no aplicar las leyes democráticamente promulgadas pues, a su juicio, los órganos legislativos representativos son foros más apropiados para tomar este tipo de decisiones, por representar mejor la voluntad o las opiniones de los ciudadanos. Esto es así porque hay razones para creer que los representantes electos que colectivamente han promulgado una ley que en apariencia es contraria a los valores constitucionales, han tomado en consideración estos valores de un modo razonable y han concluido, después de un proceso de deliberación, que era deseable implementar la norma o la medida política en cuestión incluso a costa de dejar de

²² Apunta en este sentido Ackerman lo siguiente: «Seguramente, el problema es real. Ciertamente, si se tiene en cuenta la habitual cláusula *ceteris paribus*, la dificultad intertemporal es irrefutable. Llamemos a este el *principio de la última palabra*: siendo el resto de las circunstancias iguales, sería antidemocrático que los tribunales rechazaran una decisión posterior de un gobierno representativo simplemente porque es contraria a una anterior. El pueblo debe preservar el derecho a cambiar de opinión, de lo contrario tendríamos idolatría de los ancestros, no democracia» (ACKERMAN, B., «Storrs Lectures: Discovering the Constitution», *Yale Law Journal*, vol. 93, 1984, p. 1046).

lado algunos aspectos de la constitución. Evidentemente –conceden–, alguien razonable puede disentir de esto –y precisamente ahí está el valor de la democracia, en el hecho de que los ciudadanos pueden razonablemente disentir en asuntos de carácter político o moral– pero los juicios de los representantes electos no tienen por qué ser menos razonables que los de los tribunales²³.

2. APUNTES SOBRE EL DEBATE RESPECTO A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Sin embargo, son varias las objeciones que se plantean a la posibilidad de prescindir de una institución de control de constitucionalidad de carácter judicial, entre las que se tratará de dar cuenta aquí, por motivos de espacio, solo de aquella que es seguramente la más reiterada y de mayor calado. Concretamente, el más recurrente de los argumentos esgrimidos por los proponentes de la justicia constitucional se basa en que considerar un elemento imprescindible para la defensa de los derechos, especialmente los de las minorías, frente a posibles abusos de las mayorías, la instauración de algún tipo de agencia de control de carácter judicial que vele por el respeto a tales derechos. En efecto, no faltan los argumentos que alarman sobre los riesgos de las decisiones mayoritarias toda vez que, como sintetiza Bellamy²⁴, la democracia, al agregar votos, sacrifica los individuos al bienestar colectivo o las decisiones democráticas se deciden por aquellos que más gritan o por aquellos capaces de aplicar una mayor presión en un determinado momento y, por tanto, no tratan cada argumento de acuerdo a sus méritos respecto a ciertos criterios establecidos.

En este sentido, escribe Gargarella que se suele argumentar que el carácter contramayoritario del poder judicial (esto es, el hecho de que sus miembros no resulten elegidos directamente por la ciudadanía ni tengan que revalidar periódicamente sus puestos ante el pueblo) aparece como un objetivo buscado: si los jueces dependieran (para llegar a sus cargos o para mantenerse en los mismos) de las simpatías populares, entonces, la suerte de las minorías aparecería fuertemente amenazada, «¿quién protegería a las minorías si es que todo el sistema institucional se organizase de tal modo de complacer las apetencias mayoritarias?»²⁵.

En cambio, se presume que los tribunales, por un lado, se centran en los individuos, no en la comunidad y, por otro, son independientes

²³ Vid. HAREL, A., y SHINAR, A., *op. cit.*, p. 537.

²⁴ Vid. BELLAMY, R., *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 45.

²⁵ GARGARELLA, R., «La dificultad de defender el control constitucional de las leyes», *Isonomía*, núm. 6, 1997, p. 63.

y se hallan sujetos a normas y modelos legales, lo que les provee de un dispositivo contramayoritario que sirve para proteger los derechos de las minorías. La consecuencia evidente sería que en caso de conflicto los tribunales deben prevalecer debido a que defienden los intereses a largo plazo que todos los individuos tienen en que sus derechos se encuentren protegidos de modo que sean tratados como merecedores de igual consideración y respeto.

Por eso escribe Sager²⁶ que la justicia política no es una simple cuestión de fuerza de voluntades, en función del número de personas, sino una cuestión de justicia para cada persona individualmente considerada y, a la luz de esta ambición moral, los jueces están particularmente bien situados para enfrentarse a las cuestiones de justicia política, logrando así el objetivo de hacer más justa nuestra comunidad. Entre otras razones, porque la labor de contrastar un acto político democrático con los principios constitutivos de la justicia política no debería corresponder a la misma institución que emitió este acto, pues es probable que tal institución no sea objetiva al evaluar su propia conducta; es, en cambio, en la justicia constitucional donde reside la imparcialidad y la generalidad respecto a la moralidad política en general y a los derechos en particular, por lo que será más factible que las perspectivas de cada grupo, de cada clase y de cada individuo sean consideradas seriamente y preservadas.

La razón de estas aseveraciones radica –como ya se ha señalado– en que «los tribunales superiores no son elegidos popularmente y, por ello, no están vinculados directamente a los intereses inmediatos (personales o políticos) de los miembros de su comunidad política»²⁷. Se insiste, en esta línea, en que las mayorías parlamentarias no son adecuadas para la protección de las minorías ni de los derechos en general porque lo que realmente les interesa es continuar siéndolo, por lo que se van a poner de parte de la mayoría social siempre que surja una controversia entre esta y la minoría o las diferentes minorías.

También Hiebert²⁸ explica que está muy extendida la opinión de que el poder legislativo, a la hora de tomar decisiones relativas a derechos, no se caracteriza por tomar estas decisiones basándose en principios, pues lo que le interesa es dar respuesta a las preferencias mayoritarias o se basa en consideraciones utilitaristas que son informadas por costos políticos y razones de conveniencia, por lo que no se puede considerar un defensor de los derechos, especialmente los de las minorías, y por ello, cuando sus decisiones son contrarias a las interpretaciones judiciales, se suele dar por sentado que ignoran o restringen los derechos. En cambio, los jueces constitucionales, dada la

²⁶ Vid. SAGER, L., *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 89-92.

²⁷ *Ibidem*, p. 202.

²⁸ Vid. HIEBERT, J. L., «Parliament and Rights», en Campbell, T., Goldsworthy, J. y Stone, A. (eds.), *Protecting Human Rights*, cit., 2003, p. 232.

posición institucional que ocupan, serían inmunes a este tipo de presiones o incentivos políticos a corto plazo.

No obstante –advierte Bayón²⁹–, este tipo de argumentos comparativos frecuentemente caen en lo que se podría denominar «falacias de asimetría», esto es, comparaciones de los peores rasgos o de la descripción más pesimista posible de uno de los actores cuyas posiciones institucionales se están contrastando, con los mejores rasgos o la descripción más idealizada del otro.

Y en esta misma línea, González Bertoméu³⁰ señala que quienes se muestran críticos con la facultad de los jueces para derogar un ley objetan que los partidarios de este modelo llevan a cabo una comparación de instituciones asimétrica, que generalmente describen el peor y más crudo escenario en relación con el funcionamiento de las instituciones políticas y del proceso político y lo contraponen a una visión del poder judicial «de color de rosa» –cuando en realidad, como también apunta Griffith, «como uno podría esperar, los jueces, como el resto de nosotros, no son todos iguales y son susceptibles de ser influidos por perjuicios emocionales [...] y con frecuencia se muestran como hombres con graves, incluso apasionadas, opiniones de la naturaleza de la sociedad y del contenido del Derecho»³¹–. Por ello, es de la opinión de que una teoría de la revisión judicial de la legislación no puede surgir automáticamente de una descripción de las deficiencias del proceso político; a lo sumo, esta podría ser una condición necesaria para su justificación –si bien tampoco habría que caer en el otro extremo y comparar una visión sombría del poder judicial con una idílica del legislativo–.

De modo que –indica nuevamente Bayón³²– conforme a una visión realista (ni idealizadora ni peyorativa) de los jueces constitucionales sería ingenuo pensar que su posición les aísla totalmente de cualquier forma de presión política o que sus decisiones no puedan estar en ocasiones condicionadas de algún modo. Sería más realista –continúa– aceptar que en el seno de un tribunal constitucional se reproducen a grandes rasgos las mismas divisiones ideológicas que están presentes

²⁹ Bayón reflexiona al respecto que algo parecido sucede cuando se comparan los momentos constituyentes con los de la política ordinaria, de modo que cuando se insiste en que la mayoría es sistemáticamente una amenaza para los derechos no queda muy claro de quién se espera entonces la aprobación de constituciones que reconozcan los derechos de los más débiles, pues nada impide que las decisiones constituyentes sean estrictamente interesadas (BAYÓN, J. C., «Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo», en Betegón, J., Laporta, F. J., Páramo, J. R. y Prieto Sanchís, L. (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 100-103).

³⁰ Vid. GONZÁLEZ BERTOMÉU, J. F., «Against the Core of the Case. Structuring the Evaluation of Judicial Review», *Legal Theory*, 17, 2001, pp. 81-82.

³¹ GRIFFITH, J. A. G., *The Politics of the Judiciary*, Londres, Fontana Press, 1997, p. 284.

³² Vid. BAYÓN, J. C., «Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo», cit., pp. 100-103.

en la política ordinaria y que también dentro de él la formación de una mayoría se consigue en parte a través de la negociación y el compromiso. En definitiva, como apunta Allan, no parece haber «motivos plausibles» para creer que los jueces no electos que aplican derechos gozan de «un sentido de la perspicacia moral más altamente desarrollado que los políticos electos» –y concluye recordando que si «la promesa del Tribunal Supremo siempre ha sido ser la voz en potencia de la razón dentro de unas instituciones estatales entregadas casi exclusivamente a satisfacer las demandas del electorado», no podemos olvidar la falibilidad de los jueces como elemento razonador–³³.

Por ello, los partidarios de la supremacía parlamentaria, en respuesta a la supuesta amenaza que supondría para los derechos en general y los de las minorías en particular la ausencia de mecanismos de control judicial de constitucionalidad aducen –como lo hace Hiebert³⁴– que la idea de que solo los tribunales pueden interpretar los derechos representa una visión cínica del compromiso de la sociedad con los principios o los derechos, porque niega cualquier valor moral a los criterios políticos de los ciudadanos o del parlamento sobre cómo resolver conflictos relacionados con los derechos. En cambio, son muchos quienes piensan que la democracia (en el sentido de autogobierno del y por el pueblo) tiene tanta probabilidad de conducir a resultados aceptables moralmente como cualquier alternativa elitista de carácter judicial y que, por ello, albergan la duda de si es conveniente dejar los derechos en manos de los jueces.³⁵ Porque, efectivamente, el parlamento puede tener una opinión diferente sobre cómo resolver un conflicto entre derechos o relativo a los derechos, pero el mero hecho de que sea diferente no significa que el criterio del parlamento no sea razonable ni que todas las decisiones legislativas que difieran de las interpretaciones judiciales deban ser consideradas como inherentemente discordes con los derechos, únicamente porque con frecuencia se equipare, de forma acrítica, la interpretación que los jueces hacen de un derecho con el significado auténtico de ese derecho³⁶.

Señala al respecto Waldron que entre los modernos teóricos del Derecho, especialmente entre los estadounidenses, prevalece una muy poco atractiva imagen de la legislación, que la presenta como una actividad de «negociación de acuerdos, intercambio de favores, satisfac-

³³ Vid. ALLAN, J., *op. cit.*, p. 190. Puntualizan al respecto Harel y Shinar que no está claro que la superioridad epistémica de los tribunales justifique que se les conceda la facultad de *judicial review*, del mismo modo que si creyéramos que un grupo de filósofos morales o de autoridades religiosas son mejores a la hora de identificar qué derechos tenemos por su educación, su compromiso y su integridad o por las características institucionales de la institución a la que pertenecen, es evidente que esta no sería una justificación suficiente para otorgarles tal poder (HAREL, A., y SHINAR, A., *op. cit.*, p. 563).

³⁴ Vid. HIEBERT, J. L., «Parliament and Rights», *cit.*, p. 234.

³⁵ Vid. ALLAN, J., «A Defence of the Status Quo», *cit.*, p. 187.

³⁶ Vid. HIEBERT, J. L., «Parliament and Rights», *cit.*, p. 245.

ción de intereses, clientelismo, chalaneo», etc.; en definitiva, cualquier cosa menos un procedimiento de toma de decisiones basado en principios. Esta visión de la legislación tendría como finalidad, al menos en parte, «sin duda, otorgar credibilidad a nuestros modelos normativos de revisión de constitucionalidad y acallar así los recelos sobre el carácter no democrático de dicha revisión»³⁷.

Sin embargo, hay quienes, como Bayón³⁸, entre otros, denuncian que no hay ninguna razón sólida para dar por sentado que los ciudadanos y sus representantes actúen sistemáticamente movidos únicamente por sus propios intereses y que nunca lo hagan por razones de principio que reflejen distintas consideraciones de lo justo. También Kyritsis³⁹ recalca que sería un error suponer que los legisladores se limitan a agregar las preferencias autointeresadas de sus electores o que estos, a la hora de apoyar o repudiar un candidato, o de aprobar o desaprobar la actuación y las decisiones de sus representantes, no expresan con frecuencia de modo consciente alguna visión de lo que consideran que debería o no hacerse en una comunidad política justa y bien ordenada.

Por su parte, Goldsworthy⁴⁰ sale también en defensa de la función legislativa arguyendo que, al representar todos los intereses en juego (o, al menos, la mayor parte de ellos), hace más probable que se tome en consideración más puntos de vista, más información y se escuche cuidadosamente al otro (si bien sea únicamente para «agudizar las réplicas»). Y no solo esto, sino que los legisladores deben construir coaliciones, agrupar minorías diversas bien en la cámara legislativa, bien en el seno de sus propios partidos, lo que, aunque no siempre sea de buen grado, les forzará a la moderación y a renunciar a demandas extremas, excesivamente parciales o estrechas de miras.

Hay que rechazar, por tanto, la idea de que la mayoría tiende sistemáticamente a ser una amenaza para los derechos o que el mero hecho de que un determinado punto de vista sobre estos sea asumido por la mayoría popular implique que sea necesariamente hostil o suponga una amenaza para los derechos en general ni para los derechos o los intereses de la minoría (o de las minorías) en particular.⁴¹

Porque, además, no son muchos los derechos que pueden caracterizarse como específicos de una minoría en sentido numérico, toda vez

³⁷ WALDRON, J., «The Dignity of Legislation», *Maryland Law Review*, vol. 54, núm. 2, 1995, p. 640.

³⁸ Vid. BAYÓN, J. C., «Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo», cit., pp. 100-103.

³⁹ Vid. KYRITSIS, D., «Constitutional Review in Representative Democracy», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 32, núm. 2, 2012, pp. 306-307.

⁴⁰ Vid. GOLDSWORTHY, J., «Judicial Review, Legislative Override, and Democracy», en Campbell, T., Goldsworthy, J. y Stone, A. (eds.) *Protecting Human Rights. Instruments and Institutions*, Oxford University Press, 2003, p. 270.

⁴¹ Vid. BAYÓN, J. C., «Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo», cit., pp. 100-103.

que en casi todos los casos la clase de los beneficiarios de un derecho fundamental (a la vida, a la libertad de expresión, a la intimidad...) no puede ser identificada con un grupo social específico, ni mayoritario ni minoritario; quienes discrepan sobre su contenido y alcance pueden estar en desacuerdo acerca de cómo articular los derechos, pero sus beneficiarios serán todos los individuos⁴² –esto es, los miembros de las mayorías son los primeros interesados en que se protejan y respeten los derechos pues también ellos son titulares de los mismos–.

Es más, se ha llegado a señalar que el argumento de la tiranía de las mayorías «olvida el riesgo de la tiranía de las minorías, en particular de los tribunales constitucionales, alguno de los cuales, como el Tribunal Supremo de Estados Unidos, tiene acreditado un historial en materia racial y económico-social del siglo XIX hasta bien entrado el siglo XX»⁴³. Incide en esta cuestión Martí señalando que algunos estudios empíricos parecen demostrar que en algunas de las ocasiones en las que los jueces constitucionales anulan una norma aprobada mayoritariamente no «se alinean con una minoría débil que está siendo presumiblemente dominada por una mayoría poderosa, sino con una minoría empoderada e incluso tal vez muy poderosa e influyente capaz de resistir la voluntad de la mayoría»⁴⁴. Y, Bayón recuerda que, en sentido inverso, el reconocimiento de buena parte de los derechos de las minorías (e incluso la adopción de medidas de discriminación inversa en su favor) se ha producido en muchos sistemas políticos precisamente a través del proceso mayoritario⁴⁵.

Una vez dada respuesta a las supuestas amenazas para los derechos por parte del parlamentarismo, los proponentes de la supremacía parlamentaria opinan –sobre esto se incidirá más adelante– que una de las principales virtudes de la renuncia a la justicia constitucional sería que volvería a las manos de la ciudadanía la capacidad para tomar decisiones políticas y constitucionales⁴⁶.

No obstante, y en referencia a esta aseveración, también es común negar que en tal caso fuera en realidad la opinión de los ciudadanos la que se impusiera pues algunos, como Rivera⁴⁷, entienden que una decisión contramayoritaria es aquella tomada en contra de una mayoría determinada; sin embargo, normalmente cuando decimos que una

⁴² Vid. GOLDSWORTHY, J., «Judicial Review, Legislative Override, and Democracy», p. 272.

⁴³ RUIZ MIGUEL, A., «Constitucionalismo y democracia», *Isonomía*, núm. 21, 2004, p. 72.

⁴⁴ MARTÍ, J. L., «Is Constitutional Rigidity the Problem? Democratic Legitimacy and the Last Word», cit., p. 551.

⁴⁵ Vid. BAYÓN, J. C., «Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo», cit., pp. 100-103.

⁴⁶ Vid. TUSHNET, M., *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999, p. 154.

⁴⁷ Vid. RIVERA LEÓN, M. A., «Jurisdicción constitucional: Ecos del argumento contramayoritario», *Cuestiones constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 22, 2010, p. 236.

decisión de un tribunal es contramayoritaria, nos referimos a que atenta contra la voluntad de los representantes del pueblo y no la del pueblo mismo. También Kyritsis es de la opinión de que no es realista equiparar los parlamentos, aun democráticamente elegidos, con el pueblo concebido como colectivo autogobernado, pues aquellos no siempre pueden ser considerados como los portadores de la voz del «pueblo»⁴⁸, toda vez que los legisladores también imponen en ocasiones su propio criterio independiente, es decir, el criterio que refleja su propia visión (y no la de los electores) de la justicia y de lo que es una comunidad política justa y bien ordenada. Y, en fin, también se aduce por parte de los proponentes de la justicia constitucional que en realidad en las democracias actuales el valor tan pequeño del voto hace que no sea relevante la diferencia entre un sistema dotado de control de constitucionalidad y otro sin dicho mecanismo.

A esto responde Ruiz Miguel⁴⁹ que, ciertamente, en nuestros sistemas democráticos la capacidad de los ciudadanos para influir directamente en las decisiones políticas, por lo general, se reduce a la elección de los representantes, que serán quienes adopten estas decisiones con gran autonomía –si bien dicha capacidad de influencia, no ya solo en los representantes políticos sino en las opiniones del resto del electorado, va a ser enormemente desigual según la posición económica, la posesión de medios de comunicación o el acceso a ellos, o la cercanía de los centros de decisión política–. Pero reconocer esta realidad, por un lado, no altera el hecho de que hay algunos mecanismos públicos de toma de decisiones que son más sensibles a las preferencias expresadas por la mayoría de la ciudadanía que otros⁵⁰ y, por otro, que este indiscutible hecho no suprime la diferencia cuantitativa y cualitativa que va entre poder y no poder participar, aunque sea mediante representantes, en la decisión de un conjunto de materias especialmente importantes para la colectividad⁵¹.

Y, sobre todo, el sistema representativo permite a los ciudadanos exigir responsabilidades (mediante la no reelección) a quienes deben adoptar las decisiones políticas. Ciertamente, quienes apuestan por la supremacía parlamentaria son conscientes de que ni siempre el parlamento representa fielmente la voluntad popular ni siempre la legislación encarna escrupulosamente los valores, juicios u opiniones de los ciudadanos, pero al menos los legisladores tiene que responder ante ellos periódicamente lo que les impulsará (seguramente tampoco de buen grado en ocasiones) a explicar sus decisiones pasadas y planes futuros al electorado y a atender sus pareceres y sus intereses. Y en el

⁴⁸ Vid. KYRITSIS, D., «Representation and Waldron's Objection to Judicial Review», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, núm. 4, 2006, p. 735.

⁴⁹ Vid. RUIZ MIGUEL, A., «Constitucionalismo y democracia», cit., pp. 70-76.

⁵⁰ Vid. KAY, R. S., *op. cit.*, p. 121.

⁵¹ Vid. RUIZ MIGUEL, A., «Constitucionalismo y democracia», cit., pp. 70-76.

último caso, los ciudadanos pueden sustituirlos por otros que les representen más fielmente.

Señala, en fin, Bayón que el valor moral del gobierno representativo no deriva de que en la toma de cada decisión la opinión de cada ciudadano tenga exactamente el mismo peso que la de cualquier otro, sino «de que el representante ocupa esa posición no por su calidad sino por la cantidad de ciudadanos ordinarios que le respaldan (y no parece haber otro sistema de selección de quienes toman de modo directo las decisiones que respete en el mismo grado el ideal del valor igual de todos); y que con todas las limitaciones que se quiera –y que es justo reconocer–, ningún otro procedimiento asegura la misma capacidad de reacción a la mayoría de los ciudadanos frente a decisiones que desaprueba»⁵².

Por último, como respuesta a las críticas en relación con la baja calidad de los sistemas representativos actuales, Bellamy escribe que «los informes sobre la muerte de la democracia se han exagerado mucho: podría estar más sana, pero todavía está muy viva»; en vez de abandonar la democracia, queda mucho por hacer para mejorar los mecanismos que la posibilitan⁵³. Y Gargarella, por su parte, reconoce que las críticas que dirige a las debilidades que a su juicio presentan muchos de los argumentos en favor del control judicial de constitucionalidad, tal y como hoy se ejerce, no deben verse como una defensa implícita de los legislativos actuales, sino que, muy al contrario, coincide en que los órganos de representación atraviesan una severa crisis que requiere ser atendida, pero la respuesta no es deslegitimarlos, sino perfeccionarlos y abrirlos a la ciudadanía. Y añade, a modo de ejemplo, que «el hecho de que los órganos de representación no funcionen bien no nos permite defender el rol de los jueces en reemplazo de aquellos, del mismo modo que no tendríamos razones para proponer, en reemplazo de un parlamento en crisis, la autoridad incuestionada de un dictador o de un grupo cualquiera de «reyes filósofos»⁵⁴.

⁵² BAYÓN, J. C., «Derechos, democracia y constitución», *Discusiones*, núm. 1, 2000, p. 87.

⁵³ Vid. BELLAMY, R., *Constitucionalismo político*, cit., p. 283.

⁵⁴ Vid. GARGARELLA, R., «La dificultad de defender el control constitucional de las leyes», cit., p. 70. En un sentido similar, Ruiz Miguel, en referencia a unas palabras de Waldron, escribe que «la baja calidad democrática no justifica la limitación del derecho de participación popular en las cuestiones de principio ni la atribución de su decisión a un reducido grupo de juristas, de igual modo que [...], los defectos de la Cámara de los Comunes no justifican instituciones menos democráticas todavía como la monarquía o la Cámara de los Lores» (RUIZ MIGUEL, A., «Constitucionalismo y democracia», cit., p. 73). Y Goldsworthy se pregunta: «¿Por qué no mejorar el sistema de democracia representativa en lugar de disminuirlo aún más?» [GOLDSWORTHY, J., «Introduction», en Campbell, T., Goldsworthy, J. y Stone, A. (eds.), *Protecting Human Rights*, cit., p. 6].

3. EL MODELO PARLAMENTARIO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS

A todo esto Becker⁵⁵ añade lo que él considera el mejor argumento que puede esgrimirse contra la revisión judicial y que no suele aducirse: que atrofia el crecimiento político de los individuos dentro de la sociedad. Esto, a su juicio, se debería a que, entre otras cosas, la revisión judicial exonera al pueblo de su responsabilidad por su propio bienestar. Si los ciudadanos han de crecer como seres políticos, si una sociedad ha de ganar su propia madurez, el pueblo no puede ser tratado como inmaduro y necesitado de algún remoto supervisor paternal –o cuasi-tutor, como diría Dahl–. En el Reino Unido, el legislativo, los partidos políticos y el pueblo cuentan con plenos poderes: si obtienes la mayoría en el Parlamento, puedes cambiar legalmente el tejido político y social del Estado, lo que supone un estímulo para los ciudadanos para participar y comprometerse. En los Estados Unidos, en cambio, el Congreso está en un estado perpetuo de minoría de edad y el pueblo sometido por un testamento que hicieron sus antepasados⁵⁶.

Indica en este mismo sentido Bickel⁵⁷ que la revisión judicial, además de suponer un control contramayoritario contra el poder legislativo, a la larga puede llegar a debilitar seriamente el proceso democrático. Y ya Thayer⁵⁸ escribía a principios del siglo pasado que los legislativos se están acostumbrando a la desconfianza y a inhibirse de consideraciones de contención constitucional, cediéndolas a los tribunales, y «el pueblo, mientras tanto, se vuelve más despreocupado respecto a quienes le representan en el Congreso, demasiado a menudo votan a la ligera a hombres a quienes no confiarían un asunto privado importante, y cuando estas personas incompetentes aprueban leyes malas y absurdas y los tribunales intervienen y las dejan sin efecto, el pueblo se muestra contento de que estos caballeros de la judicatura, poco más sabios, estén tan dispuestos a protegerlos contra sus más inmediatos representantes [...] debería recordarse que el ejercicio de la revisión judicial, incluso cuando es insoslayable, implica siempre un importante perjuicio, a saber, que la corrección de los errores del legislativo procede desde el exterior, y de este modo el pueblo pierde la experiencia política, la educación moral y el estímulo que propor-

⁵⁵ BECKER, T. L., *Comparative Judicial Politics. The Political Functionings of Courts*, Chicago, Rand McNally, 1970, p. 228.

⁵⁶ Escribe en este sentido Waldron que el control judicial de constitucionalidad «es en parte una respuesta a los fallos detectados en las instituciones democráticas o en parte una respuesta al hecho de que mucha gente no toma en serio los derechos [...] así que necesitan un tribunal que lo haga por ellos» (WALDRON, J., «The Core of the Case against Judicial Review», *The Yale Law Journal*, núm. 115, 2006, p. 1401).

⁵⁷ Vid. BICKEL, A. M., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1986, p. 21.

⁵⁸ Citado en BICKEL, A. M., *The Least Dangerous Branch*, cit., pp. 21-22.

ciona resolver las cuestiones por el procedimiento ordinario y corregir sus propios errores». Concluye por ello que «la proclividad a recurrir a este procedimiento, ahora lamentablemente demasiado común, empequeñece la capacidad política del pueblo y su sentido de responsabilidad moral»⁵⁹.

En definitiva, otorgar la última palabra a los tribunales en relación con cuestiones básicas de justicia social y política, supone para algunos excluir a los ciudadanos de la participación en la actividad esencial de una comunidad política. Es más, hay quienes «sostienen que una sociedad que confía en los tribunales para tomar las decisiones importantes políticas y morales es una sociedad que ha perdido el contacto con lo que realmente significa el autogobierno»⁶⁰. Así lo proclamaba Theodore Roosevelt en un discurso ante el Congreso de los Estados Unidos en 1908:

«No se debería permitir que el pueblo perdonara la legislación injusta y negligente en base a la teoría de que el tribunal la enderezará; debe enseñársele que la forma correcta de deshacerse de las malas leyes es que el legislativo las revoque y no que los tribunales la invaliden con ingeniosas argucias. Una ley puede ser desacertada e inadecuada, pero no debería ser por estas razones declarada inconstitucional conforme a una interpretación forzada, porque el resultado de tal acción implica despojar al pueblo en su conjunto su sentido de la responsabilidad y al final destruir su capacidad para su autorrestricción y su autogobierno disciplinado. Bajo un gobierno popular como el nuestro, fundado en la teoría de que en última instancia la voluntad del pueblo es suprema, la seguridad última de la Nación solo puede descansar en instruir y guiar al pueblo de modo que su voluntad será correcta y no en idear medios para frustrar su voluntad por medio de tecnicismos o interpretaciones forzadas»⁶¹.

Además, suele aducirse que la revisión judicial de constitucionalidad puede llevar a transformar los desacuerdos políticos y sociales en cuestiones técnico-legales, hasta el punto de que los parlamentarios

⁵⁹ Argumentos similares se esgrimieron en Suecia en 1974, a propósito del debate en relación con la aprobación del *Regeringsformen* (o Instrumento de Gobierno, una de las cuatro leyes que podrían calificarse de constitucionales) en el que los conservadores querían introducir un mecanismo de revisión judicial de constitucionalidad, a lo que se oponían los socialdemócratas. Estos advertían de que tal mecanismo pondría en riesgo la existencia misma de un Estado democrático avanzado, pues la revisión judicial tendería a debilitar la responsabilidad política compartida, convirtiendo la protección de los derechos y el gobierno democrático en un asunto de los tribunales e insinuando que los representantes electos del pueblo eran los presuntos maleantes que amenazaban estos derechos y libertades [HOLMSTRÖM, B., «Sweden», en Tate, C. N. y Vallinder, T. (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, 1995, p. 356].

⁶⁰ PACELLE, R. L., *The role of the Supreme Court in American politics. The Least Dangerous Branch?*, Boulder, Westview Press, 2002, p. 60.

⁶¹ MURPHY, W. F., y PRITCHETT, C. H., *Courts, Judges and Politics. An Introduction to the Judicial Process*, Nueva York, Random House, 1961, p. 19.

no se decidan a entrar de lleno a legislar sobre cuestiones morales o políticas comprometidas por temor a que sus decisiones sean refutadas por un tribunal constitucional con el costo político que tal hecho les reportaría. Señala al respecto Goldsworthy⁶² –recuperando un argumento esgrimido por quienes se mostraban contrarios a la aprobación de la *Canadian Charter of Rights and Freedoms* de 1982– que cuando los jueces tienen potestad para imponer derechos (o una determinada interpretación de los derechos), los antagonistas políticos se muestran más inclinados a resolver los desacuerdos por medio de la litigación que a través de la discusión y la búsqueda de compromisos.

Esto es así porque en ocasiones se polarizan y se amplifican determinadas pretensiones políticas que deberían ser susceptibles de desacuerdos razonables y resueltas políticamente hasta transformarlas en posiciones morales absolutas frente a las que no cabe oposición. En estos casos, la retórica de los derechos incentiva la asunción de que no hay más que una única respuesta correcta a cuestiones social, política o moralmente controvertidas y que cualquier discrepancia con dicha respuesta es incorrecta o incluso ilegítima y debería ser, por tanto, desautorizada. Y –como ya se ha señalado– la respuesta correcta será siempre la de los tribunales, nunca la de los parlamentos –esta es la razón por la que, conforme a Hiebert, los regímenes parlamentarios tipo Westminster han rechazado históricamente la idea de concebir los debates políticos como conflictos jurídicos para cuya resolución se precisa una intervención judicial (lo que no quiere decir que los derechos sean ajenos a estos regímenes ni que no estén protegidos por el Estado de Derecho, simplemente no van a ser concluyentes para determinar la validez de las decisiones legislativas)⁶³–.

En esta línea, de forma indirecta, las prerrogativas de los tribunales constitucionales implican, además, otra consecuencia que tampoco suele señalarse con frecuencia pero que puede alterar también el juego democrático y que puede describirse así: «si un político quiere atacar las medidas de otro político de un modo que parezca no partidista, la acusación de que dicha medida es inconstitucional es la mejor apuesta»⁶⁴. O, en palabras de Stone Sweet, «diciéndolo crudamente,

⁶² Vid., GOLDSWORTHY, J., «Judicial Review, Legislative Override, and Democracy», cit., p. 272.

⁶³ Vid. HIEBERT, J. L., «Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model?», *The Modern Law Review* vol. 69, núm. 1, 2006, p. 7. Quien, en otro lugar, escribe que el mensaje de la revisión judicial de constitucionalidad es que «existe una respuesta singular correcta u obviamente mejor en los conflictos de derechos y que únicamente los jueces pueden alcanzar esta respuesta. Este mensaje instila en la comunidad política un falso sentimiento de seguridad de que los jueces pueden objetivamente resolver complejos dilemas y, al mismo tiempo, dificulta que las comunidades políticas tomen en consideración y debatan perspectivas alternativas (HIEBERT, J. L., «Interpreting a Bill of Rights: The Importance of Legislative Rights Review», *British Journal of Political Science*, 35, núm. 2, 2005, p. 242).

⁶⁴ ROBERTSON, D., *The Judge as Political Theorist. Contemporary Constitutional Review*, Princeton, Princeton University Press, 2010, p. 7.

los tribunales constitucionales y la oposición están conectadas entre sí por un tipo de correa de transmisión judicializada. La oposición judicializa los procesos legislativos para ganar lo que de otro modo perdería en procesos «normales», no judicializados (por estar en minoría)»⁶⁵. Y también advierte Alexy, en este sentido, que podemos llegar al desatino de que quien, a partir de su concepción sobre la interpretación de los derechos fundamentales, logre convencer a un tribunal constitucional sobre la misma puede llegar a alcanzar lo que en un proceso político ordinario sería inalcanzable, haciendo prevalecer su concepción sobre las más importantes cuestiones sociales y políticas. Entonces, «una simple mayoría parlamentaria no puede conseguir nada, pues solamente el Tribunal Constitucional o la mayoría calificada exigida para las reformas constitucionales, respectivamente, pueden cambiar la situación»⁶⁶.

Es cierto que, como señala Stone Sweet, las minorías parlamentarias podrían acatar los deseos de la mayoría, como el precio que debe pagarse por perder las elecciones; sin embargo, viendo la oportunidad de alterar el programa legislativo de la mayoría y como un medio de obtener concesiones por parte de esta, es razonable prever que la oposición «usará los recursos de inconstitucionalidad generosamente, toda vez que son armas potencialmente poderosas de oposición y que apenas les cuesta nada, en tanto que los gobiernos no pueden evitarlos y las decisiones del tribunal son vinculantes para la mayoría parlamentaria sin posibilidad de apelación». De este modo –continúa su razonamiento–, el poder judicial se entromete en la legislación, al tiempo que los legisladores ven reducido el alcance de su propia autoridad y discrecionalidad, no solo en los casos concretos en que una norma se ve anulada, sino también en el futuro, toda vez que tal práctica puede llegar a condicionarle e inducirle a autorrestringirse en adelante por miedo a las decisiones del tribunal⁶⁷.

En vista de todos estos argumentos, en la actualidad hay una considerable literatura académica –especialmente en el mundo anglosajón– que explora las posibilidades de un modelo parlamentario de protec-

⁶⁵ STONE SWEET, A., *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 55.

⁶⁶ ALEXY, R., «Derechos fundamentales y derechos humanos», en VV. AA., *El Derecho contemporáneo. Lecciones fundamentales para su estudio*, Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, 2004, p. 73.

⁶⁷ Y añade que «las mayorías gobernantes a menudo se quejan, después de una anulación, de que los jueces constitucionales han frustrado los principios democráticos y subvertido la soberanía legislativa. Sin embargo, cuando estos mismos partidos están en la oposición, no dudan en hacer uso del recurso de constitucionalidad y caracterizan sus victorias como fortalecimiento de los principios democráticos encarnados en la constitución. En general, encontramos más, no menos, litigios constitucionales con el tiempo, a lo largo de Europa, por la simple razón de que los individuos la encuentran útil para realizar sus propios intereses por medio de la revisión constitucional» (STONE SWEET, A., *Governing with Judges*, cit., p. 74).

ción de los derechos que sustituya al modelo judicial⁶⁸ (por medio de instrumentos como el *Joint Committee on Human Rights* británico, por ejemplo). Para sus proponentes, parece justificado que las cuestiones relativas a los derechos se mantengan y diluciden en manos del único foro que consideran democráticamente legítimo –el parlamento–, toda vez que hay conflictos persistentes e inevitables tanto sobre lo que son los derechos como sobre su interpretación o sobre cómo deberían aplicarse en circunstancias concretas y particulares, en los cuales están implicados juicios de valor que deberían ser resueltos por un poder que responda ante la ciudadanía⁶⁹ –y no se trata de un modelo únicamente académico, sino que está presente, con variantes, en algunas de las naciones con una mayor tradición democrática y de respeto a los derechos–.

Reflexiona al respecto Sadurski «¿están los derechos individuales mejor protegidos en los Estados Unidos que en los Países Bajos, en Alemania que en Suecia, en Canadá que en Australia o en España que en el Reino Unido? Como cualquier estudiante de constitucionalismo comparado sabrá, esta pregunta retórica insinúa que países sin revisión constitucional [...] protegen los derechos tan bien como, y a veces mejor que, aquellos con declaraciones de derechos fuertemente atrincheradas que permiten a los jueces derogar leyes inconstitucionales»⁷⁰. Y Tushnet se pregunta «¿a qué se parecería un mundo sin control judicial de constitucionalidad?» A lo que él mismo responde que podría parecerse a la Rusia estalinista o también al Reino Unido que no tiene constitución escrita –o más bien habría que decir constitución codificada– o a los Países Bajos que sí la tienen pero que los tribunales no pueden imponer. Estos dos estados serían, a su juicio, ejemplos de que es posible desarrollar sistemas políticos en los que los derechos individuales son garantizados sin necesidad de recurrir a un control de constitucionalidad como el existente en los Estados Unidos, sobre el que opina que si se suprimiera «nuestro comportamiento político podría cambiar de tal forma que se podría posibilitar un mayor autogobierno»⁷¹.

Ahora bien, para que este ideal de autorregulación y de protección parlamentaria de los derechos sea efectivo es imprescindible que el poder legislativo se dote de los instrumentos, los controles y los procedimientos adecuados para tal fin. Por ello, el propio Waldron⁷², tan

⁶⁸ HUNT, M., «The Impact of the Human Rights Act on the Legislature: A Diminution of Democracy or a New Voice for Parliament?», *European Human Rights Law Review*, núm. 6, 2010, p. 602.

⁶⁹ Vid. BELL, J., *Policy Arguments in Judicial Decisions*, Oxford, Oxford University Press, 1983, p. 214.

⁷⁰ SADURSKI, W., «Judicial Review and the Protection of Constitutional Rights», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 22, núm. 2, 2002, pp. 275-276.

⁷¹ TUSHNET, M., *Taking the Constitution away from the Courts*, cit., p. 163.

⁷² Vid. WALDRON, J., «Compared to what? Judicial activism and New Zealand's Parliament», *The New Zealand Law Journal*, núm. 11, 2005, pp. 442-444.

crítico con la revisión judicial de las decisiones parlamentarias en un sistema como el estadounidense, considera esta práctica, en cambio, pertinente en su propio país, Nueva Zelanda, donde, a su juicio, el parlamentarismo adolece de graves defectos.

Señala en este sentido que en los Estados Unidos hay instituciones legislativas independientes, tanto estatales como federales, la mayoría bicamerales, y todas ellas con complejos mecanismos de control y contrapeso del proceso legislativo que no están presentes en Nueva Zelanda, que cuenta con un parlamento unicameral que ha virado hacia procedimientos legislativos por la vía rápida muy desafortunados en relación con los estándares mundiales y que lo convierten en el juguete del ejecutivo. Hasta tal punto el sistema parlamentario estaría en manos del gobierno, que sostiene que no se puede hablar en su país de soberanía parlamentaria, sino más bien de lo que él califica como soberanía del ejecutivo parlamentario. Y, a su juicio, una cosa es defender el activismo judicial contra una genuina soberanía parlamentaria y otra defenderlo contra la soberanía del ejecutivo parlamentario.

Justifica esta aseveración exponiendo que hay dos modos de defender el activismo judicial contra la soberanía parlamentaria. Uno de ellos se fundamenta en lo que se considera como el deber inherente de los tribunales de salvaguardar los derechos fundamentales, y conforme a esta concepción los jueces tendrían este deber independientemente de cuál sea la calidad del proceso legislativo. Waldron, como es notorio, no comparte esta opinión, no cree que los tribunales tengan un deber inherente de proteger los derechos contra el poder legislativo, especialmente si tenemos en cuenta que los derechos mismos son controvertidos, por lo que las discrepancias sobre su interpretación y aplicación a supuestos concretos deberían ser dirimidas por medio del debate y la votación entre el pueblo y sus representantes, toda vez que para él los parlamentos no son inherentemente incapaces de abordar responsablemente las cuestiones referidas a los derechos.

Ahora bien, existe otro modo de defender el activismo judicial que consistiría en afirmar que mientras que en un mundo ideal la legislación parlamentaria no debería poder ser impugnada por el poder judicial, en el mundo real en ocasiones los procedimientos legislativos se han empobrecido tanto que se precisa algún filtro o control que podría estar en manos de los tribunales. En este caso, la responsabilidad de los tribunales no será inherente, sino comparativa, y sí podría estar justificada. Conforme a este argumento, por ejemplo, en los Estados Unidos, con un sistema parlamentario que en opinión de Waldron está dotado de todo tipo de controles y filtros, no es necesario que las leyes sean depuradas nuevamente por los tribunales; en Nueva Zelanda, donde no están presentes esos controles y filtros, donde una ley se puede aprobar en un día, donde no hay debates deliberativos apropiados, donde la legislación no es independiente del ejecutivo, etc., se hace, en cambio, necesario una segunda instancia que examine y con-

trole la decisión del legislativo. Esta instancia podría ser una segunda cámara, como la que existe en la mayoría de los países democráticos, o el veto presidencial o la revisión judicial de los que normalmente disponen los sistemas unicamerales.

No obstante, todos estos controles y filtros, con ser imprescindibles, no son suficientes para garantizar por completo que la legislación sea verdaderamente representativa de la opinión y el sentir de la ciudadanía y para que promueva sus intereses y proteja sus derechos, algo más hace falta, una ciudadanía consciente, vigilante, que se involucre en los asuntos públicos, que esté atenta a las decisiones de sus representantes y que reaccione frente a los posibles abusos de poder –como escribiera en 1790 el juez y político irlandés John Curran, «la condición bajo la cual Dios ha dado la libertad al hombre es la vigilancia eterna»–⁷³.

Reconoce así Sadurski⁷⁴ que cuando argumentaba que no es posible sostener que en los países sin revisión judicial de constitucionalidad de las leyes los derechos estén peor protegidos que en aquellos que sí disponen de dicho mecanismo, para que dicha conclusión fuera legítima tendrían que ser iguales el resto de las circunstancias y que la única variable fuera la presencia o ausencia del control judicial. Sin embargo, añade que la condición de *ceteris paribus* nunca es satisfecha en comparaciones entre diferentes países y puede haber otros factores que afecten significativamente a nivel de la protección de los derechos, tales como la naturaleza del sistema político, la tradición, la cultura política o las actitudes sociales que en países como Suecia, Australia, el Reino Unido o los Países Bajos compensan la ausencia de dicho control judicial de constitucionalidad.

⁷³ No obstante, esta función de vigilancia también podría ejercerla directamente el pueblo de un modo institucionalizado por medio de, por ejemplo, un referéndum. Considero, en este sentido que merece la pena ser explorado un modelo en el que las decisiones legislativas pudieran ser revisadas y, llegado el caso, impugnadas por un órgano de carácter judicial pero cuya decisión, sin embargo, no fuera final, sino que ante la discrepancia en la interpretación de los derechos o de los preceptos constitucionales entre los poderes legislativo y judicial fuera la ciudadanía, como titular de la soberanía popular y, por tanto, origen último de ambos poderes, quien tuviera la última palabra. Se salvaría así también la distinción que hace Ackerman en el marco de su descripción de la «democracia dualista» entre las decisiones tomadas por el pueblo (que se producen raramente) y las decisiones tomadas por sus gobiernos (que tienen lugar a diario). Estas últimas, incluso las que tienen rango de ley aprobada mayoritariamente por el parlamento democráticamente elegido no deberían –a su juicio– poder anular los «juicios ponderados previamente formulados por el pueblo» (ACKERMAN, B., *We the people I. Fundamentos de la historia constitucional estadounidense*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2015, pp. 24-25). De este modo, si existe discrepancia entre el parlamento y el tribunal constitucional o supremo sobre si estas decisiones legislativas contravienen tales juicios ponderados previamente formulados por el pueblo, sería este mismo directamente, sin intermediarios y, sobre todo el pueblo del presente, no el del pasado, quien se manifestaría al respecto.

⁷⁴ Vid. SADURSKI, W., «Judicial Review and the Protection of Constitutional Rights», cit., pp. 275-276.

Dahl, por su parte, se muestra igualmente convencido de que entre los países democráticos maduros, donde las condiciones para la democracia son favorables, las diferencias en los derechos y libertades no se pueden atribuir a las diferencias en sus respectivos sistemas constitucionales. Ahora bien –se pregunta–, si no se trata de los sistemas constitucionales, ¿entonces de qué? La respuesta «se encuentra, creo, en las diferencias en las historias nacionales, culturas políticas y percepciones de las amenazas internas y estratégicas. Si es este el caso, un país democrático no puede entonces depender de sus sistemas constitucionales para la preservación de sus libertades. Depende solamente de las convicciones y culturas compartidas por sus élites culturales, legales y políticas, y por los ciudadanos ante quienes estas élites son responsables»⁷⁵.

Y escribe también al respecto Griffith que mucho más que del poder judicial, nuestras libertades dependen de la disposición de la prensa⁷⁶, los políticos y otros agentes a denunciar su violación, así como de la falta de inmunidad de los cargos y funcionarios públicos y de las poderosos intereses privados frente a las acusaciones de que estas libertades están siendo infringidas. En otras palabras, «dependemos mucho más del clima político y de la vigilancia de estos miembros de la sociedad que por distintas razones, unas políticas y otras humanitarias, se preocupan por buscar que las autoridades públicas permanezcan en sus límites propios prescritos por la ley; [...] que a los jueces también se les puede pedir que los mantengan [dentro de tales límites] no deja de tener importancia, pero los jueces no son [...] los más relevantes defensores naturales de la libertad»⁷⁷.

⁷⁵ DAHL, R., *¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 108.

⁷⁶ Coincide Bell en que «la ausencia de un tribunal constitucional con poder para derogar leyes que violan derechos fundamentales muestra hasta qué punto el guardián primario de los derechos es la conciencia de los las instancias decisorias colectivas. Una prensa libre es el principal modo en el que estos son protegidos» (BELL, J., *op. cit.*, p. 214). Esta era la opinión también de los constituyentes españoles de 1812 quienes –como nos ilustra Ruiz– la garantía constitucional contra una ley injusta la apostaban al contrapeso institucional del veto regio y también a la opinión pública, por eso la libertad de prensa era esencial y se reconocía por primera vez en España. En efecto, «para algunos de los padres de esa constitución [...] el escrutinio de la ley consiste en una crítica razonada y reflexiva ejercida con vigilancia constante por la opinión pública, auténtico parlamento de papel, a fin de que las Cortes no traspasen los límites constitucionales [...] teniendo en cuenta que opinión pública no es solo la que se manifiesta sobre el contenido de las decisiones adoptadas por el legislador, sino también la que se pronuncia sobre las razones que han guiado a los representantes de la nación. [...] La publicidad de los debates devenía así una garantía instrumental del control de la opinión pública sobre el legislador, pues se trataba de controlar en todo momento la rectitud de intenciones de los representantes (RUIZ RUIZ, J. J., «Leyes inconstitucionales y autocontrol parlamentario en la Constitución de 1812», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 96, 2012, pp. 203-204).

⁷⁷ GRIFFITH, J. A. G., *The Politics of the Judiciary*, cit., p. 342.

CONCLUSIONES

En este trabajo se ha tratado de dar cuenta –de manera necesariamente sucinta– del debate en relación a la denominada «objeción contramayoritaria» y más específicamente de lo que en ocasiones se denomina «constitucionalismo popular»⁷⁸ o «modelo parlamentario de protección de los derechos»⁷⁹, para cuyos proponentes los jueces han arrebatado la constitución de las manos del pueblo, quien debería ser el intérprete autorizado de la misma, teniendo en cuenta que fue su creador. Además, aducen estos que la jurisdicción constitucional como institución no es algo evidente en una democracia, pues algunas de las democracias más consolidadas y estables protegen los derechos de los ciudadanos sin recurrir a tribunales constitucionales o instituciones similares y, sin embargo, no parece que en estos estados los derechos corran riesgo. Para Hiebert⁸⁰ este modelo se caracteriza por intentar salir al encuentro de dos preceptos básicos del sistema estadounidense: que solo los tribunales determinan los méritos de la legislación donde hay derechos implicados y que los principios constitucionales se ven comprometidos si un legislativo actúa de un modo que contradice o altera la definición judicial de un derecho constitucional.

Porque, en efecto, cuando se afirma que una determinada norma legislativa debe ser declarada inconstitucional por vulnerar un derecho o cualquier otro precepto de la norma suprema, dicha vulneración no es siempre evidente ni compartida unánimemente, sino que, con frecuencia, dicho derecho o precepto supuestamente vulnerado admite distintas interpretaciones conforme a algunas de las cuales la norma impugnada podría ajustarse al texto constitucional y, por tanto, continuar perteneciendo al ordenamiento jurídico. En estos casos ¿por qué siempre habría de prevalecer la interpretación forjada por del órgano judicial en lugar de la del parlamento?

Por eso parece interesante explorar otros argumentos doctrinales no tan conocidos y otras experiencias jurídico-constitucionales que se apartan de la doctrina o la práctica mayoritaria en estos momentos. En este sentido, y por las razones expuestas en estas páginas, coincido con Hunt⁸¹ en que la protección efectiva de los derechos requiere que tanto los tribunales como los legislativos jueguen un rol significativo a la hora de velar por el respeto de los derechos funda-

⁷⁸ BENÍTEZ, V. F., «Jueces y democracia: entre Ulises y los cantos de sirenas», *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 42, núm. 117, 2012, p. 381.

⁷⁹ HIEBERT, J. L., «New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?», *Texas Law Review*, vol. 82, núm. 7, 2004, p. 1963.

⁸⁰ *Vid. ibidem.*

⁸¹ *Vid. HUNT, M.*, «The Impact of the Human Rights Act on the Legislature», *cit.*, p. 602.

mentales y, en general del ordenamiento constitucional. Me parece atinada, por ello, la solución de compromiso que ha surgido en las últimas décadas entre la doctrina y también en la práctica política, una fórmula intermedia entre parlamentarismo y constitucionalismo clásico que se ha venido en llamar «constitucionalismo débil»⁸² (o también *Commonwealth model of constitutionalism*) que, con variantes, trata de buscar un diseño institucional que respete el valor del procedimiento democrático y reserve la última palabra a la mayoría parlamentaria ordinaria pero que, al mismo tiempo, se sirva de las bondades y las ventajas instrumentales del control judicial de constitucionalidad⁸³.

Ejemplo de este modelo son los sistemas neozelandés, británico y canadiense (junto a los adoptados en el Territorio de la Capital Australiana y en el estado australiano de Victoria) donde la adopción de sus respectivas cartas no ha significado el triunfo del modelo de revisión judicial de estilo norteamericano, sino una «mezcla alternativa o híbrida de formas política y judicial de constitucionalismo»⁸⁴, que se caracteriza, por un lado, por la adopción de un control político previo de la legislación en relación a los derechos y, por otro, por la potestad del parlamento para disentir con la interpretación judicial de los mismos⁸⁵.

Señala al respecto Bayón que la intervención de los jueces constitucionales dentro de un diseño de constitucionalismo débil puede dar pie a una forma de diálogo institucional que aumente la calidad deliberativa de los procesos de decisión, pero no imponiendo al legisla-

⁸² «Weak judicial review», un término acuñado por Mark Tushnet conforme a Harel y Shinar (HAREL, A., y SHINAR, A., «Between judicial and legislative supremacy», cit., p. 958).

⁸³ Vid. LOPERA MESA, G. P., «La problemática legitimidad de la justicia constitucional», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2, 2001, p. 254.

⁸⁴ HIEBERT, J. L., «Parliamentary Bills of Rights», cit., p. 9.

⁸⁵ Concretamente, en estos estados se ha aprobado en fechas relativamente recientes sendas cartas de derechos que conceden cierto papel de vigilancia del respeto a los derechos y demás preceptos constitucionales a los tribunales pero que otorgan a los legislativos la última palabra a la hora de interpretarlos y de decidir si la legislación es o no compatible con los mismos. Así, en Nueva Zelanda, el papel del poder judicial se limita a imponer interpretaciones de la legislación que sean respetuosas con esos derechos, pero no tiene potestad para invalidar una norma que finalmente no pueda de ningún modo ser interpretada conforme a los mismos ni tan siquiera para hacer una declaración de incompatibilidad al respecto. En el Reino Unido, los tribunales, además de imponer interpretaciones conformes a los derechos, pueden emitir una declaración de incompatibilidad cuando tal interpretación no sea posible —si bien, no disponen de potestad para anular la legislación—. Finalmente, el sistema donde más prerrogativas se le han concedido al poder judicial es el canadiense, donde, a pesar de que no se reconoce explícitamente tal facultad, los tribunales se arrogaron la potestad de invalidar la legislación contraria a los derechos; sin embargo, el poder legislativo, conforme a la llamada «cláusula derogatoria» puede derogar dicha declaración de incompatibilidad y restaurar el vigor de la legislación impugnada —o «preventivamente» puede declarar que una norma entrará en vigor a pesar de lo dispuesto en la carta de derechos.

dor ordinario sus puntos de vista acerca de cuestiones relativas a la concreción de los derechos sobre los que existen desacuerdos razonables, sino haciéndole ver a la mayoría el peso de razones o puntos de vista que no ha sabido tener en cuenta, o contradicciones y puntos débiles en la fundamentación de sus decisiones, forzándola de ese modo a reconsiderarlas, pero no necesariamente a abandonarlas⁸⁶–.

⁸⁶ *Vid.* BAYÓN, J. C., «Democracia y derechos», cit., p. 73.

La forja del principio de mayoría en la modernidad.
De Hobbes a Chuck Norris

*The forge of the majority principle in the modernity.
From Hobbes to Chuck Norris*

Por JORGE URDÁÑOZ GANUZA¹
Universidad Pública de Navarra (UPNA)

RESUMEN

Este artículo desvela que el término «mayoría» solo aparece tras Locke, y que por tanto Hobbes, Grocio y otros «clásicos de la mayoría» realmente no usaban esa expresión. Se describe el nacimiento del término en la Modernidad, tras las guerras de religión, y se ahonda en los problemas que desde un punto de vista normativo rodean al «Principio de la Mayoría». Por último, se aboga por una mayor comunicación entre las variadas disciplinas que se ocupan de la cuestión de la mayoría.

Palabras clave: *Principio de Mayoría. Teoría de la democracia. Hobbes. Elección Social. Filosofía Política. Teoría de las Votaciones.*

SUMMARY

This article reveals that the term «majority» appears only after Locke. As a consequence, Hobbes, Grotius and others «classics of majority» never

¹ Este artículo se enmarca en el Programa de Investigación DER2015-69217-C2-1-R, titulado «Reforma Constitucional: problemas filosóficos y jurídicos», y dirigido por Juan Carlos Bayón (Universidad Autónoma de Madrid).

actually used such a word. The text describes the birth of the expression in the Modernity –after European wars of religion– and delves into the normative troubles surrounding the «Majority Principle». In closing, the article calls for greater communication among the diverse disciplines studying majority.

Keywords: *Majority principle. Theory of democracy. Hobbes. Social Choice. Political Philosophy. Voting Theory.*

1. INTRODUCCIÓN

El Principio de Mayoría tiene un lugar predominante en la reflexión moderna en prácticamente todos los ámbitos relacionados con lo político: se trata de un principio central en la Teoría de la Democracia, en la Filosofía Política, en el Derecho Constitucional, en la Filosofía del Derecho y en la Ciencia Política. La literatura al respecto es amplísima, y la conforman disciplinas diversas: matemáticas, economía, filosofía, etc. Por debajo de esa innegable importancia y de esa multiplicidad disciplinar, sin embargo, existe un considerable desconocimiento de lo que significa la expresión «mayoría»².

En este artículo pretendemos tres cosas. La primera, explorar el origen de la propia expresión «mayoría» en la historia del pensamiento. Como veremos, hay un problema considerable en cuanto a la recepción terminológica de los «clásicos de la mayoría». La segunda, llamar la atención sobre el vacío que en muchas ocasiones existe sobre las relaciones entre los variados sistemas «mayoritarios» –que, según parece, podrían ser muchos– y el Principio de Mayoría, que inicialmente solo puede ser uno. En tercero, promover un diálogo entre las disciplinas y miradas que se ocupan a día de hoy del tema, y entre las que en muchas ocasiones la incomunicación es casi absoluta³.

El texto, por lo demás, se desarrolla en dos fases. En primer lugar, nos acercamos al proceso histórico en el que surge la voz «mayoría» en los epígrafes 2 (significante) y 3 (significado). Tras ello (4), reflexionamos sobre el significado técnico y normativo de tal término,

² Chueca afirma que «existe mucha miseria teórica en torno a la mayoría». En CHUECA, R., *La Regla y el Principio de la Mayoría*, Madrid, CEC, 1993, p. 12. Risse concluye que la defensa de la mayoría se basa mucho más en cuestiones pragmáticas que en motivos de principio. En RISSE, M., «On the philosophy of group decision methods I: the nonobviousness of Majority Rule», *Philosophy Compass*, vol. 4, núm. 5, 2009, pp. 793-802, p. 799.

³ No es este el lugar para hacer un mapa disciplinar, pero sí puede apuntarse que de la cuestión de la mayoría se han ocupado la Teoría de las Votaciones (desde una perspectiva sobre todo matemática y formal); la Elección Social (perspectiva económica) y la reflexión filosófica, política y jurídica (normativa). Tres autores representativos de cada una de esas miradas podrían ser Fishburn, Arrow y Kelsen. Pero remarcaríamos que este mapa es totalmente provisional.

en relación sobre todo a lo que suele denominarse «Principio de Mayoría» e introducimos ciertos apuntes sobre la potencialidad de tal principio para el pensamiento filosófico-político actual y las enormes –y en buena medida inexploradas– posibilidades que quedan abiertas al respecto.

2. EL SIGNIFICANTE «MAYORÍA». EL SURGIMIENTO DEL VOCABLO EN LA MODERNIDAD

En este apartado se plantea una determinada hipótesis y se aportan las pruebas que vendrían a sustentarla. La hipótesis es la siguiente: la expresión lingüística –el significante, si queremos– «majority» aparece en la Edad Moderna. El primer gran teórico que la utiliza es Locke, no habiendo antes de él apenas rastros significativos de la misma. «Majority» es un término que no tiene un correlato *exacto* en los idiomas precedentes (básicamente, el latín y el griego) si bien, como veremos, existían expresiones más o menos equivalentes que sin embargo no se adoptaron. De la reflexión filosófico-política inglesa, el vocablo saltaría de modo casi inmediato a la Europa continental y a los futuros Estados Unidos. Así, un corolario de la hipótesis consistiría en que el término apareció más o menos a la vez en francés («majorité»), castellano («mayoría») y sin duda otros idiomas cultos de la época, si bien aquí nos ocuparemos sobre todo de su surgimiento en inglés y no nos será posible atender a su evolución posterior en otros idiomas, más allá de los dos mencionados (y de un modo, con todo, más superficial).

2.1 Evidencias textuales (I): términos originales

Con respecto a las pruebas que aportamos nos gustaría, antes que nada, aclarar que la revisión que se lleva a cabo en las siguientes líneas está lejos de poder ser considerada exhaustiva desde una perspectiva filológica, y se centra solo en los términos que aparecen en ciertas obras consideradas clásicas porque de alguna manera puede decirse que inauguran el concepto de *modernidad*, especialmente en lo relativo a la reflexión filosófico-política moderna. En ese sentido, es una indagación que se pretende filosófica –o histórico-filosófica, si se quiere– pero que en todo caso no ha de juzgarse con los sin duda muchísimo más estrictos criterios aplicables a la filología. Cuando se afirma, por ejemplo, que el primero que utiliza el término «majority» es Locke, no queremos decir que fuera el primero en usar el término en inglés desde un punto de vista cronológico, sino el primero que le da cierta consistencia filosófica y política. Evidentemente, queda por completo fuera de nuestro alcance una investigación filológica exhaustiva, que ojalá alguien con más competencia pueda llevar a cabo en un futuro cercano,

si es que el tema se considera de interés (algo que, por lo demás, no deja de ser uno de los principales objetivos del presente texto).

En la Tabla 1 presentamos algunas evidencias textuales para sostener la hipótesis de que la palabra «majority» surge con Locke. En ella nos ceñimos al título de este apartado: examinamos tan solo los *significantes*. Alguien podría señalar, por descontado, que las diferentes expresiones originales –«major part», por ejemplo– son semánticamente equivalentes a «mayoría» (algo que, sin duda, alegarían los propios traductores involucrados). Pero esa cuestión se refiere ya al *significado* de la expresión «mayoría», y pertenece por tanto al epígrafe cuatro. Aquí nos ceñimos tan solo a las desnudas palabras, y cuando lo hacemos así, todo apunta que «majority» carece de existencia lingüística relevante antes de la época de Locke.

La Tabla 1, por lo demás, se explica por sí sola: a un lado reseñamos los vocablos originales, anteriores a Locke. Al otro, su habitual traducción *moderna* –siempre posterior a 1700 y por tanto a Locke– por «mayoría».

El resultado es el que sigue:

TABLA 1

CARTA MAGNA (1215)

<p>Art. 55. Omnes fines qui injuste et contra legem terre facti sunt nobiscum, et omnia amerciamenta facta injuste et contra legem terre, omnino condonentur, vel fiat inde per judicium viginti quinque baronum de quibus fit mencio inferius in securitate pacis, vel per judicium majoris partis eorundem⁴.</p>	<p>Art. 55. All fines made with us unjustly and against the law of the land, and all amercements imposed unjustly and against the law of the land, shall be entirely remitted, or else it shall be done concerning them according to the decision of the five–and–twenty barons of whom mention is made below in the clause for securing the peace, or according to the judgment of the majority of the same⁵.</p>
--	--

⁴ Versión en el latín original y en inglés en MCKECHNIE, W. S.; *Magna carta: A commentary on the great charter of king john, with an historical introduction*, J. Maclehose and Sons, 1914. p. 354.

⁵ *Ibidem*, p. 354.

Art. 61. In omnibus autem que istis viginti quinque baronibus committuntur exequenda, si forte ipsi viginti quinque presentes fuerint, et inter se super re aliqua discordaverint, vel aliqui ex eis summoniti nolint vel nequeant interesse, ratum habeatur et firmum quod **major pars** eorum qui presentes fuerint providerit, vel preceperit, ac si omnes viginti quinque in hoc consensissent⁶.

Art. 61. Further, in all matters, the execution of which is intrusted to these twenty-five barons, if perchance these twenty-five are present and disagree about anything, or if some of them, after being summoned, are unwilling or unable to be present, that which **the majority** of those present ordain or command shall be held as fixed and established, exactly as if the whole twenty-five had concurred in this⁷.

MARSILIO DE PADUA (1324)

Nos autem dicamus fecundum veritatem atque canfilium Ariftotelis, 3. Politicae, cap. 7. Legislatorem feu caufam legis effectiua primam & propiam effe populum feu eiuium vninerfitate, aut eius **valentiore partem** per fuam electione feu voluntate in generali eiuium congregationes perfermonem expreffam, praecipientem feu determinantem aliquid fieri vel omitti circa civiles actus humanos fub poena vel fupplio temporali⁸.

We declare that according to the Truth and to the opinion of Aristotle, the Lawgiver, that is, the primary, essential and efficient source of law, is the People, that is the whole body of citizens or **a majority** of them, acting of their own free choice openly declared in a general assembly of the citizens and prescribing something to be done or not done in regard to civil affairs under penalty of temporal punishment⁹.

⁶ *Ibidem*, p. 364.

⁷ *Ibidem*, p. 366.

⁸ Versión en latín en PADUA, M. de, *Defensor pacis*, Edición de Francisco Gomarus, Wechel, 1592, p. 48.

⁹ EMERTON, E., *The defensor pacis of marsiglio of padua: A critical study*, Harvard University Press, 1920, p. 24. La traducción de «Valentior pars» por «mayoría» ya era polémica en 1920 (de todas las traducciones de la Tabla 1, es probablemente la única que siempre despertó sospechas, por razones obvias), y de hecho ya entonces el propio Emerton ha de defenderla contra quienes opinan que no recoge el sentido de la expresión de Marsilio (pp. 25 ss.). Una panorámica sobre la relación entre mayoría y *valentior pars* se encontrará en BAYONA, B., «La singularidad de Marsilio de Padua: el fundamento del poder fuera de la teología política», *Revista Portuguesa de Filosofia*, 75, 2019 (en prensa).

NICOLAS DE CUSA (1433)

Unde qui se in Christiana fide esse putant, de illis est regula Cypriani infallibilis, quod **maior pars** semper in fide et veritate legis persistit, et quicumque se ab illa separat, ab ecclesia fidelium se separat¹⁰.

In aliis autem, ubi non secundum unanimitatem, sed **vocum pluralitatem** diffinitio exspectatur, ibi discretio et prudentia et auctoritas merito ponderari debet, ne fatuorum iudicium, quorum infinitus est numerus, numero vota sapientum vincat¹².

Unde, ut in Calcedonensi concilio legitur, **maior pars** semper regulariter vincat et hoc iudicium certius praesumatur¹⁴.

In electionibus ad hoc laboratur, ut **plurimorum iudicio** melior perficiatur, et ad finem huius variae formae sunt inventae¹⁶.

Hence whoever thinks that he is in the Christian faith should observe the infallible rule of Cyprian that the **majority** always continues in the faith and true law, and whoever separates himself from it separates himself from the church of the faithful¹¹.

But in other matters, where a decision is made not by unanimity but by **majority** vote, discretion and prudence and authority ought rightly to lead us to consider whether the judgment of fools whose number is infinite might not outweigh the votes of the wise¹³.

Hence, as appears in the Council of Chalcedon, ordinarily the **majority** always rules and its decision is presumed more certain¹⁵.

Elections serve the purpose that **majority rule** is used to put the best into power, and to this end various rules have been invented¹⁷.

¹⁰ CUSA, N. de, *De concordantia catholica*, Editado por Gerhardus Kallen, F. Meiner, 1939, p. 77. El texto latino se encuentra accesible en versión digital en el «Cusanus-Portal», en la siguiente dirección: <http://www.cusanus-portal.de/>.

¹¹ CUSA, N. de, *The catholic concordance*, Cambridge University Press, 1991, p. 40.

¹² CUSA, N. de, *op. cit.* (latín), p. 173.

¹³ CUSA, N. de, *op. cit.* (inglés), p. 106.

¹⁴ CUSA, N. de, *op. cit.* (latín), p. 107.

¹⁵ CUSA, N. de, *op. cit.* (inglés), p. 58.

¹⁶ II, 33, #245a [h XIV, 280] de la obra (no publicada en vida) de Nicolás de Cusa *Libellus*, citado en PUKELSHEIM, F., y HÄGELE, G., «The electoral systems of Nicholas of Cusa in the *Catholic Concordance* and beyond», en *The church, the councils, & reform*, The Catholic University of America Press, 2008, pp. 229-250, p. 244.

¹⁷ *Ibidem*, p. 244.

BODIN (1576)

«La Démocratie ou l'estat populaire, quád tout le peuple, ou **la plus part** d'iceluy en corps a la puiffance foueraine»¹⁸.

Quand ie dy **la pluspart** du peuple tenir la foueraineté en l'estat populaire, celas'entend fi on prend les voix par testes²⁰.

Democracy, or the popular state, is one in which all the people, or a **majority** among them, exercise sovereign power collectively»¹⁹.

When I say that **the majority** of the people are invested with sovereign power in a popular state, this holds good when votes are counted by head²¹.

Cuando digo que **la mayoría** del pueblo detenta la soberanía en el estado popular, me refiero al caso en que los votos se cuenten por cabezas²².

GROCIO (1625)

Est autem manifeste iniquum, ut pars maior sequatur minorem: quare naturaliter, seclusis pactis ac legibus quae formam tractandis negotiis imponunt, **pars maior** ius habet integri²³.

Curtius libro. Eo quod **maior pars** decreverit, stetur²⁵.

Thucydides κύριον εἶναι ὅ,τι ἄν τὸ πλῆθος ψηφίσηται²⁷.

But 'tis altogether Unreasonable, that a greater Number should be govern'd by a less, and therefore, though there were no Articles agreed on, or Laws that express's the precise form of managing Affairs, the **Majority** would naturally have the Right and Authority to the whole²⁴.

And Curtius, Let us stand to what the **Majority** have determin'd²⁶.

Thucydides says, κύριον εἶναι ὅ,τι ἄν τὸ πλῆθος ψηφίσηται, what the **Majority** Vote, must stand good²⁸.

¹⁸ BODIN, J., *Les six livres de la république*, Chez Jacques du Puys, 1577, p. 244.

¹⁹ BODIN, J., *Six books of the commonwealth*, B. Blackwell Oxford, 1955, p. 52.

²⁰ BODIN, J., *op. cit.* (francés), p. 244.

²¹ BODIN, J., *op. cit.* (inglés), p. P. 73.

²² BODIN, J., *Los seis libros de la república*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999, p. 110.

²³ Versión original en latín en GROTIUS, H., *De jure belli ac pacis libri tres*, Arnoldum Leers, 1680 [1625] p. 250.

²⁴ GROTIUS, H., *Of the rights of war and peace. Together with the author's own notes. Done into english by several hands*, D. Brown, 1715, p. 125.

²⁵ GROCIO, H., *op. cit.* (latín), p. 250.

²⁶ GROCIO, H., *op. cit.* (inglés), p. 125.

²⁷ GROCIO, H., *op. cit.* (latín), p. 251.

²⁸ GROCIO, H., *op. cit.* (inglés), p. 125.

AGREEMENT OF THE PEOPLE (1648)

That two hundred of the four hundred Members, and not lesse, shall be taken and esteemed for a competent Representative; and **the major Voyces** present shall be concluding to this Nation²⁹.

For security whereof, having by wofull experience found the prevalence of corrupt interests powerfully inclining **most men** once entrusted with authority, to pervert the same to their own domination, and to the prejudice of our Peace and Liberties, we therefore further agree and declare³¹.

Que doscientos de esos cuatrocientos Miembros, y no menos, serán tomados y considerados como una Representación competente; y **la mayoría de las Voces** presentes serán concluyentes para esta Nación³⁰.

Por la seguridad de lo cual, habiendo hallado, por experiencia deplorable, la preponderancia de intereses corruptos que poderosamente inclinan a **la mayoría** de los hombres, una vez que se les ha encargado la autoridad, a pervertirla en favor de su propia dominación y en perjuicio de nuestra Paz y Libertades, por consiguiente acordamos y declaramos³².

HOBBS (1651)

And if the representative consist of many men, the voice of **the greater number**, must be considered as the voice of them all³³.

A commonwealth is said to be instituted, when a multitude of men do agree, and covenant, every one, with every one, that to whatsoever man, or assembly of men, shall be given by **the major part**, the right to present the person of them all, that is to say, to be their representative³⁵.

Y si los representantes son muchos hombres, la voz de **la mayoría** ha de ser considerada como la voz de todos³⁴.

Se dice que un Estado ha sido instituido, cuando una multitud de hombres establece un convenio entre todos y cada uno de sus miembros, según el cual se le da a un hombre o a una asamblea de hombres, por **mayoría**, el derecho de personificar a todos, es decir, de representarlos³⁶.

²⁹ LILBURNE, J., *et al.*, *Three Agreements of the People*, 1647-49, Indianapolis, Liberty Fund, 2016, p. 13.

³⁰ LILBURNE, J., *et al.*, «Acuerdo del pueblo libre de Inglaterra. Presentado como una oferta de paz a esta nación desolada», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, vol. 41, 2007, pp. 261-271, p. 264.

³¹ LILBURNE, J., *op. cit.* (inglés), p. 14.

³² LILBURNE, J., *op. cit.* (castellano), p. 266.

³³ HOBBS, T., «Leviathan, or the matter, form and power of a commonwealth», en *The english works of Thomas Hobbes of Malmesbury*, William Molesworth, vol. III, John Bohn, 1839 [1651], p. 151.

³⁴ HOBBS, T., *Leviatán*, Alianza, 1995, p. 148.

³⁵ HOBBS, T., *op. cit.* (1641), p. 160.

³⁶ HOBBS, T., *op. cit.* (1995), p. 159.

Thirdly, because **the major part** hath by consenting voices declared a sovereign; he that dissented must now consent with the rest; that is, be contented to avow all the actions he shall do, or else justly be destroyed **by the rest**. For if he voluntarily entered into the congregation of them that were assembled, he sufficiently declared thereby his will, and therefore tacitly covenanted, to stand to what **the major part** should ordain: and therefore if he refuse to stand thereto, or make protestation against any of their decrees, he does contrary to **his** covenant, and therefore unjustly³⁷.

The greatest of human powers, is that which is compounded of the powers of **most men**, united by consent, in one person, natural, or civil, that has the use of all their powers depending on his will³⁹.

En tercer lugar, como **la mayoría** ha proclamado aun soberano mediante voto con el que va unida su aprobación, quien haya disentido deberá conformarse con la voluntad del resto, es decir, deberá avenirse a aceptar todas las acciones que realice el soberano, sino quiere ser destruido **por la mayoría**. Pues si entró voluntariamente en la congregación de quienes se reunieron para establecer el pacto, tácitamente dio su consentimiento para reconocer la voluntad de **la mayoría**. Por tanto, si rehúsa cooperar con lo establecido, o protesta contra algo de lo que **la mayoría** ha decretado, está actuando contrariamente a lo acordado, injustamente³⁸.

El más grande de los poderes humanos es el que está compuesto de los poderes de **la mayoría**, unidos, por consentimiento, en una sola persona natural o civil que puede usarlos todos según su propia voluntad⁴⁰.

LOCKE (1689)

When any number of men have so consented to make one community or government, they are thereby presently incorporated, and make one body politic, wherein **the majority** have a right to act and conclude the rest⁴¹.

Por descontado, puede ocurrir que el vocablo «majority» aparezca en obras anteriores a Locke que no hemos cotejado. Sin embargo, creemos que la muestra es lo suficientemente representativa como para plantear, como hipótesis científica y por tanto perfectamente falsable, que el vocablo aparece después de Hobbes, y que antes de Locke no se utilizaba en el sentido que tiene actualmente.

³⁷ HOBBS, T., *op. cit.* (1641), pp. 163-164.

³⁸ HOBBS, T., *op. cit.* (1995), p. 161.

³⁹ HOBBS, T., *op. cit.* (1641), p. 74.

⁴⁰ HOBBS, T., *op. cit.* (1995), p. 83.

⁴¹ LOCKE, J., «Two treatises of government», en *The works of John Locke in nine volumes*, vol. 4, C. and J. Rivington, 1824, p. 395.

Lo que se desprende es, en primer lugar, que los autores que pasan hoy por ser «clásicos de la mayoría» –Grocio y Hobbes, especialmente⁴²– no utilizaban, en realidad, el vocablo «mayoría» en sus escritos. La expresión «majorité» no aparece en los Seis libros de la República ni una sola vez. La voz «majority» no está en el Leviatán. Y, con respecto a Grocio y los autores anteriores que escribían en latín, no hay un vocablo latino para «mayoría», más allá de «maior pars», una expresión que, por otro lado, no es equivalente a otras de las locuciones latinas descritas. Todos esos autores usaban otras expresiones, cuya traducción literal no resulta en absoluto problemática. La principal es **maior pars**, la parte mayor, pero existen otras: **plurimorum iudicio** (*el juicio de los muchos*), **vocum pluralitatem** (la voz de los muchos), **the major voyces** (las mayores voces), etc. Sin embargo, como hemos visto, todas se subsumen bajo la bóveda omniabarcante del significante «mayoría».

Locke será el primer gran pensador moderno en introducir, en sus *Tratados sobre el gobierno Civil*, el término «majority», con tal éxito que el vocablo se impone de modo casi inmediato, también en francés y castellano, y marca a fuego, de modo retrospectivo, la mirada hacia el pasado, razón por la cual incluso a los autores anteriores a Locke se les asigna ese término.

Esa asignación retrospectiva del término «mayoría» *hacia atrás* acontece, como se refleja en la tabla, de dos modos muy diferentes. Para los autores anteriores a Locke que escriben en latín (y en griego, si bien no podemos profundizar aquí en ello⁴³), la cuestión principal se cifra en la *traducción* de sus textos. Aunque ellos no empleaban un

⁴² V. RISSE, M., «Arguing for majority rule», *Journal of political philosophy*, vol. 12, 1, 2004, pp. 41-64; FOISNEAU, L., «La démocratie à rebours. Hobbes et la question de la règle de majorité», *Le philosophe*, 1, 2013, pp. 147-162; FERNÁNDEZ MANZANO, J. A., «Justificación del principio mayoritario», en *Decidir por mayoría*, Marcial Pons, 2016, pp. 15-29.

⁴³ Hoy hay un término moderno en griego para «mayoría» («ἡ πλειοψηφία»), pero casi con absoluta seguridad no es el término que usaban los griegos en la época de la democracia ateniense. No podemos, por falta de tiempo, de espacio y de conocimientos suficientes del idioma, profundizar en ello, pero animamos a hacerlo a quien tenga la capacidad necesaria, porque es casi seguro que lo mismo que aquí hemos visto que ocurría con las expresiones latinas, ocurrirá con el griego clásico. Podemos, en ese sentido, constatar como pequeño botón de muestra que, aunque hoy en día estudios tan justamente celebrados como el de Hansen sobre la democracia ateniense introducen en inglés la expresión «majority» para traducir ciertas expresiones griegas de la época clásica, el propio Hobbes, que como es sabido tradujo a Tucídides en 1629, no utiliza ese vocablo. Así, mientras en Hansen leemos el famoso discurso fúnebre de Pericles en los términos «it has the name democracy because government is in the hands not of the few, but of *the majority*», lo que Hobbes transcribe es «we have a form of government (...) which, because in the administration it hath respect not to a few, but *to the multitude*, is called a democracy». V. HANSEN, M. H.; *The athenian democracy in the age of Demosthenes: structure, principles, and ideology*, University of Oklahoma Press, 1999, p. 73; HOBBS, T.; «Thucydides' peloponnesian war part I», en *The english works of Thomas Hobbes of Malmesbury*, William Molesworth, vol. VIII, John Bohn, 1839 [1629], p. 192.

término como «mayoría», las traducciones a las lenguas modernas que estamos considerando –francés, inglés y castellano– adoptan tal vocablo de modo automático y generalizado. Así, leer a esos autores en tales idiomas implica necesariamente leerlos como adalides de algo denominado «mayoría», y, mientras esa traducción no se ponga en duda, esa es la única interpretación posible. Con respecto a Hobbes, por otro lado, y dado que ya escribe en inglés, el proceso es doble. Por un lado, la traducción a otros idiomas modernos distintos al inglés sigue el cauce descrito: se adopta prácticamente siempre «majorité» o «mayoría», expresiones que Hobbes jamás utilizó. Por otro, incluso en la *recepción* posterior de Hobbes en su propio idioma, el término «majority» se superpone a la literalidad de lo expresado por el autor, de tal manera que Hobbes pasa por ser considerado hoy como uno de los grandes defensores del Principio de Mayoría⁴⁴.

2.2 Evidencias textuales (II): traducciones *premodernas*

Pueden esgrimirse, además, otro tipo de pruebas textuales en favor de la hipótesis distintas a las recogidas en la Tabla 1, y que surgen como un corolario lógico de la misma. Si se diera el caso de que alguna de las obras mencionadas se hubiera traducido a otro idioma moderno con anterioridad a Locke –y por tanto, y según la propia hipótesis, en una época en la que no existía todavía el significante «mayoría» en el ambiente– entonces en tales traducciones *antiguas* no deberíamos encontrarlo. Hemos podido consultar tres traducciones de ese tenor (evidentemente, aquí el conjunto de posibles evidencias es mucho más reducido), y en las tres se cumple la hipótesis.

Hay, en primer lugar, una traducción al inglés de *El Defensor de la Paz* llevada a cabo por William Marshall. Data de 1535, y al parecer fue encargada por el propio Cromwell. En ella, en el texto señalado en la Tabla 1, en el que las palabras literales de Marsilio de Padua son **eius valentiore partem**, y para las que como hemos visto ciertas traducciones modernas interpretan «a majority of them», la traducción es la que sigue: «is the people or the whole multytuÂde of the citezens inhabitants or elles **the biggest parte** of the sayde multytuÂde, by

⁴⁴ Así por ejemplo, en la edición de sus Opera, en 1839, en el glosario aparece hasta en tres ocasiones la expresión «majority» para remitir a la propias propias páginas de Hobbes en las que tal expresión no aparece. V. HOBBS, T., «Index», en *The english works of Thomas Hobbes of Malmesbury*, William Molesworth, vol. XI, John Bohn, 1839, pp. V, LII y CXLVIII. La propensión moderna a introducir el vocablo «mayoría» allá donde sencillamente no está tiene probablemente su culminación en la obra «Hobbes and his critics», en la que el autor, Jon Bowle, hace hablar a Filmer en términos de «majority» con tal intensidad que llega incluso a entrecomillar un fragmento de tal autor –coetáneo de Locke– incluyendo «majority» en la cita supuestamente literal, un vocablo que, cuando acudimos a la fuente original, no aparece. Filmer no hablaba de «majority», sino de «plurality of voices». En BOWLE, J., *Hobbes and his critics*, London, Frank Cass & Co, 1969, p. 60.

theyr eleccyon or wyll by wordes expressed in the generall congregacyon parlyamente or assemble»⁴⁵. En toda la traducción la expresión «majority» no aparece ni una sola vez, trasladándose siempre «valentior part» como «the byggest part».

De Bodin también tenemos dos traducciones tempranas. Los *Seis Libros de la República* fueron «traducidos de la lengua francefa, y enmendados Catholicamente» por Gaspar de Añastro Ysunza en 1590. En el fragmento recogido en la Tabla 1, en el que las palabras literales de Bodin eran «Quand ie dy **la plufpart du peuple** tenir la fouueraineté en Peftat populaire, cela s'entend fi on prend les voix par teftes», y que en la versión de 1985 se recoge en términos de «**la mayoría** del pueblo», lo que se leía en 1590 es «quando digo que **la mayor parte** del pueblo tiene la suprema autoridad en el estado Popular, sea de entender, quando los votos se toman por cauezas»⁴⁶. Lo mismo ocurre con la primera versión inglesa de la obra de Bodin, que data de 1606. Se vierte allí «**la plufpart du peuple**» como «**the greater part** of the people»⁴⁷, frente a las traducciones posteriores que, como ya hemos visto, introducen el vocablo «**la mayoría**». Las tres traducciones modernas resultan, en consecuencia, acordes con la hipótesis.

Tenemos, por tanto, como conclusión de todo este apartado meramente *terminológico*, conformado por dos tipos de pruebas textuales, dos fases en relación al significante «mayoría». En la primera, anterior a Locke, el vocablo no existe en su sentido actual. En la segunda –tras Locke, que lo introduce en la discusión política de la época– se impone no solo hacia adelante, sino además hacia atrás. Una inercia que llega hasta nuestros días, y sobre cuya posible justificación nos interrogaremos en breve.

3. MAJESTAD Y MULTITUD: EL SIGNIFICADO DE LA MAYORÍA

3.1 *Majoritas, majestad, grandeza: la legitimación lingüística de la voz «mayoría»*

La versión al castellano de 1590 de la obra de Bodin recoge en al menos dos ocasiones la expresión «mayoría». No lo hemos señalado en el epígrafe anterior debido a que no lo hace en el sentido actual sino en otro muy diferente que, sin embargo, nos da la pista de las razones

⁴⁵ PADUA, M. de, *The defence of peace, lately translated out of laten in to englyshe, with the kynges moste gracyous priuilege*, translated by Wylliam Marshall, Robert Wyer, 1342, p. 28.

⁴⁶ BODIN, J., *Los seis libros de la republica*, traducción de Gaspar de Añastro Ysunza, 1590, p. 195.

⁴⁷ BODIN, J., *The six bookes of a common-weale. Vvritten by I. Bodin a famous lawyer, and a man of great experience in matters of state. Out of the french and latine copies, done into english, by richard knolles*, Impensis G. Bishop, 1606 [1577], p. 245.

por las que todo indica que «mayoría» pasó a adoptarse como término para cubrir lo que antes se señalaba con las expresiones «mayor parte» y similares. El traductor Gaspar de Añastro Ysunza se expresa, en 1590, como sigue: «La nobleza antigua de M. Emilio Scauro, dize Valerio que le faluo la vida durante el estado popular, y **efta mayoría** fue mejor obferuada deípues de la mutación del eflado...»⁴⁸.

Como se observa, ahí «mayoría» no significa nada numérico, ni puede tener relación alguna con una «parte mayor» de algo. Es más bien una cualidad, cierta «nobleza antigua» de alguien. Se trata del sentido, ya perdido en nuestro castellano, que tenía en latín la expresión «majoritas». Un vocablo cuya raíz es lógicamente «maior», esto es, mayor, más grande... pero no en un sentido numérico, sino relativo a alguna clase de dignidad. Esa «mayoría» no numérica es, como puede observarse, muy parecida a las actuales expresiones «magnanimidad», «grandeza» o «majestad». De hecho, «magnanimidad» o «grandeza» son hoy sinónimos perfectos para la cita de Gaspar de Añastro, mucho más que «mayoría», que no significa ya lo mismo tras más de cuatro siglos de evolución del idioma⁴⁹.

Todas esas expresiones se remiten a algo asumiendo siempre que ese algo, más que «grande» o «mayor» en un sentido físico o mensurable, es valioso y digno de desde un punto de vista específicamente moral. Esa «mayoría» del siglo XIV no lo puede ser de ruindad, de fealdad o de falsedad, pues no solo mide algo, sino que lo denota moralmente. Es una «mayoría» que no sopesa, ni computa, ni calibra, sino que asigna inmediatamente un valor positivo y admirable a aquello a lo que viene referida. Como las otras expresiones (magnanimidad, grandeza, majestad) esa «mayoría» no es –como sí lo es *también* la nuestra– un instrumento de medición, sino un timbre de legitimación⁵⁰.

⁴⁸ BODIN, J., *op. cit.* trad de Gaspar de Añastro Ysunza, 1590, p. 622.

⁴⁹ La otra ocasión en la que Gaspar de Añastro introduce el término «mayoría» está al final de la página 573 y reza como sigue, hablando de los Guelfos en sus luchas contra los Gibelinos: «Y fiendo con poderofas fuerças continuamente moleftados de sus aduerfarios, y defeando fufenttarfe con alguna *mayoría* fobre los otros, diero al abfoluto dominio de todo el estado al Papa Iuan XXII». Sorprendentemente, esta cita y todo el pasaje en el que se encuentra (desde «el qual deípues del gobierno de los Confules», en la página 573, hasta «continuando el gouierno de baxo de varios Duques», en la 574) no aparecen en el original de Bodin en francés, o no por lo menos en el que hemos consultado. Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que el texto de Gaspar de Añastro denota igualmente el significado antiguo de «mayoría» en castellano: no tanto algo *numérico*, ceñido a la operación puramente matemática de *contar*, sino algo relativo más bien a cierta «autoridad» o «dignidad» bajo cuya protección tuvieron a bien ponerse los Guelfos. Aunque aquí no nos podemos detener en ello, es el sentido que tiene «majoritas» para Llull, que diseñó su *Ars Magna* para deducir los atributos divinos (uno de los cuales es, precisamente, la «majoritas»). V. URKEN, A. B., y McLEAN I., *Classics of social choice*, University of Michigan Press, 1995.

⁵⁰ En inglés y en francés la evolución del significado del término sigue una línea idéntica, derivada de «majoritas», esto es, de «superioridad», un sentido que hoy se ha perdido en ambos idiomas. Cfs. para francés, voz «Majorité», Centre National de ressources Textuelles et lexicales, <http://www.cnrtl.fr/>, consultado el 25 de marzo

3.2 *Jeirotoneó*: la legitimación político-filosófica de la mayoría

Por descontado, el mero brillo legitimador que sin duda relucía en el significativo «mayoría» desde la Edad Media no puede ser supuesto como causa o motivo de su adopción generalizada entre los teóricos de la política a partir de finales del siglo xvii. Es más bien al revés: hubo de haberse producido primero algún tipo de legitimación previa *fáctica* del concreto proceso decisorio que hasta entonces se designaba con la expresión «*maior pars*» y otras similares, de tal modo que, tras la misma, acabó surgiendo como resultado de ese proceso histórico la fusión entre el significado moderno de «mayoría» y el antiguo significativo «*majoritas*».

Al final de tal proceso encontramos que, como una suerte de comodín terminológico multiusos, esa comprensión moderna de «mayoría» se superpone –ocultándolas en el proceso– a toda una gama de expresiones –*major pars*, *greater number*, etc– que, aunque sin duda poseían un aire de familia, no significaban exactamente lo mismo. Será en el siguiente apartado cuando volvamos a las diferencias entre tales expresiones y nuestra actual «mayoría». Aquí nos centraremos, muy brevemente, en el proceso histórico-filosófico mediante el cual se legitimó ese «aire de familia» que caracterizaba a todas esas expresiones que acabaron subsumidas en la voz «mayoría». ¿Cómo llegó la idea de mayoría a ser considerada como uno de los principios fundamentales del poder político?

Sobra decir que narrar ese proceso sería como narrar uno de los hilos –y uno de los principales, además– que trenzan el relato de la aparición en Europa de eso que ahora conocemos como «Modernidad». Un proceso sobremanera complejo, extendido en el tiempo y que adoptó diferentes formatos en cada país, razones por las que su descripción excede por completo los límites del presente texto. Podemos, con todo, ceñirnos a un episodio teológico-filosófico plenamente representativo del mismo, centrado en torno al término griego *jeirotoneó* y la sorprendente evolución del pensamiento de Hobbes al respecto.

Jeirotoneó es un término griego que, tomado en su literalidad, significa «alzar o extender» (*teinó*) «la mano» (*jeir*). Cobró una importancia crucial durante la época de las guerras de religión en Europa debido a que aparece en el griego original en el que se redactó la Biblia, concretamente en el versículo 23 del capítulo 14 de los *Hechos de los Apóstoles*. Allí se narra la labor evangelizadora de Pablo de Tarso y Bernabé en las ciudades de Listra, Iconio y Antioquía, y se

de 2019; para inglés, voz «Majority», Online Etymology Dictionary, <https://www.etymonline.com/> consultado el 25 de marzo de 2019. Hemos de consignar aquí que esta última entrada recoge de hecho nuestra hipótesis: ahí se afirma que la palabra «majority» surge en 1690. Sobra decir que nos hemos encontrado esta confirmación filológica –tras un rastreo, como se ha dicho, más bien histórico-filosófico– de la conjetura *al final* de la investigación, y no al principio.

afirma que «después de *haber constituido* ancianos para ellos en cada iglesia y de haber orado con ayunos, los encomendaron al Señor en quien habían creído»⁵¹. En esta traducción concreta que acabamos de ofrecer para el versículo, *jeirotonesantes* (el participio de *jeirotoneó*) se transcribe como «*haber constituido*». Sin embargo, estamos ante un término griego «fatalmente ambiguo»⁵², puesto que otra traducción posible para el mismo es nada menos que «elegir mediante votación». «Alzar la mano» era, en efecto, lo que hacían los ciudadanos en la Asamblea ateniense. Y *jeirotoneó* es el verbo griego para «votar». Está en Demóstenes, está en Tucídides, está en Platón, está en Aristóteles: está en todos los textos clásicos de la democracia griega.

Como desnuda descripción aséptica de un movimiento puramente físico, «extender la mano» puede, en efecto, reseñar dos cosas diferentes: puede referirse a una comunidad de personas que votan a mano alzada y eligen algo o a alguien; o puede referirse a la acción de «imponer las manos» y designar a alguien para un cargo. Este segundo significado lo recogen las expresiones religiosas «ordenar» o «consagrar» a alguien. Hay una diferencia crucial. En el primer caso son un conjunto de personas las que, entre todas y por votación, deciden entre dos alternativas o entre varios candidatos. Los protagonistas de la decisión son ellos, el colectivo de personas que forman la comunidad. En la segunda acepción ocurre al contrario: ciertas personas revestidas de autoridad deciden a quien nombrar, designar, ordenar o consagrar para un cargo.

La elección del concreto vocablo griego «*jeirotonesantes*» por parte de quien quiera que hubiera redactado, durante el primer siglo de nuestra época, el libro de los *Hechos de los Apóstoles*, provocó unos quince siglos después una formidable disputa terminológica bajo cuya superficie aparentemente filológica se libraba en realidad toda una pugna entre dos cosmovisiones de la esencia del poder político completamente opuestas. Si *jeirotoneó* se interpretaba como «votación», entonces lo que la mismísima palabra de dios revelaba es que en las primeras iglesias (un nombre que en griego significa «asambleas», recordemos) cristianas fundadas por los apóstoles eran los propios miembros de la comunidad los que elegían, a mano alzada, a sus líderes, esto es, a sus «ancianos». Pero si, por el contrario, se interpretaba el término como «ordenación», lo que la Biblia decía es que en cada iglesia que visitaban Pablo de Tarso y Bernabé eran ellos mismos, los más altos cargos de la incipiente jerarquía cristiana, los que, de arriba abajo, nombraban a los diferentes líderes de cada comunidad, imponiéndoles sus manos como mera representación ritual de la designación.

⁵¹ Versión Reina-Valera 2015, disponible en www.biblegateway.com, consultado el 27 de marzo de 2019.

⁵² RAMSAY, W. M., *St. Paul: The traveler and roman citizen*, Kregel Academic, 2001, p. 108.

Aunque a nosotros esta discusión se nos pueda antojar considerablemente bizantina, lo cierto es que venía a encarnar el corazón mismo de un conflicto teológico y político que no tardaría en teñir de sangre toda Europa, guerras de religión mediante, y que por ello mismo atrapa en su interior todo un cambio de época, cifrando en su mera exposición la diferencia entre la perspectiva medieval y la moderna. Erasmo de Rotterdam, Calvino, Beza y Harrington –entre otros– se acogieron a la interpretación *electoral de jeirotoneó*⁵³. Para ellos ese término significaba ni más ni menos que la sanción por parte de la Biblia del origen popular del poder eclesiástico. No eran ni el papa ni la jerarquía romana los que habían de decidir sobre los líderes religiosos, sino la propia comunidad de creyentes. No hace falta insistir, ni es este el lugar para ello, en la influencia que tuvo la reforma en la aparición de la nueva concepción política de la modernidad⁵⁴.

El caso de Hobbes es sencillamente espectacular a este respecto. En su obra *The Elements of Law*, escrita en 1641, Hobbes defiende la postura conservadora. En las sagradas escrituras no puede interpretarse, a su juicio, que sean las asambleas cristianas las que elegían, mediante mano alzada, a sus ancianos. El texto de Hobbes es aquí tajante y no deja lugar a dudas. Merece la pena citarlo entero para contrastarlo en toda su contundencia con lo que escribirá después:

And of those elders some were subordinate to others, according as the apostles, who ordained them, thought meet. So St. Paul gave power to Titus, to ordain elders in Crete, and to redress things that were amiss. So that Titus was both an elder, and ordained elders, Tit. 1. 5: «For this cause I left thee in Crete, that thou shouldest continue to redress the things that remain, and ordain elders in every city»; where the word is *katasteses*, that is constitute; whereby it appeareth that in the apostles' times, one elder had authority over another, to ordain and rule them. For 1 Tim. 5, 19, Timothy an elder, is made judge of accusations against other elders. And Acts 14, 23, the disciples are said to ordain elders for all the congregations of the cities they had preached in; and though the word there be *χειροτονήσαντες* (*jeirotonesantes*), yet it signifieth not election by holding up of hands, but simply and absolutely ordination⁵⁵.

⁵³ V. PUNCHARD, G., *View of congregationalism*, Andover, 1844. En las pp. 59 ss. se incluyen las citas concretas de los autores referenciados defendiendo que *jeirotoneó* significaba en la Biblia, en palabras de Calvino, elegir «mediante los sufragios o votos del pueblo».

⁵⁴ Una panorámica magnífica de dicha influencia se hallará en REY MARTÍNEZ, F., «La ética protestante y el espíritu del constitucionalismo: la impronta calvinista del constitucionalismo norteamericano», en *La democracia constitucional: Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Congreso de los Diputados, 2002, pp. 3-36.

⁵⁵ HOBBS, T., *The elements of law, natural and politic*, University of Virginia Library, 2001 [1640], Cap. 26, 8. Añadimos las comillas al versículo bíblico, que en Hobbes no están.

Once años más tarde, sin embargo, lo que leemos en el *Leviatán* (1651) es todo lo contrario:

And, because all the Churches had their presbyters ordained in the same manner, where the word is constitute, (as Titus i. 5) ἵνα καταστησῆς κατα πόλιν πρεσβυτέρους, «For this cause left I thee in Crete, that thou shouldest constitute elders in every city», we are to understand the same thing, namely, that he should call the faithful together, and ordain them presbyters *by plurality of suffrages*. It had been a strange thing, if in a town, where men perhaps had never seen any magistrate otherwise *chosen than by an assembly*, those of the town becoming Christians should so much as have thought on any other way of *election* of their teachers and guides, that is to say, of their presbyters, (otherwise called bishops) than this of *plurality of suffrages, intimated by St. Paul* (Acts xiv. 23) in the word χειροτονήσαντες (*jeirotonesantes*)⁵⁶.

Por si hubiera alguna duda, el párrafo en el que se inserta esta cita se inicia así:

«As the apostles, Matthias, Paul, and Barnabas, were not made by our Saviour himself, but *were elected by the Church, that is, by the assembly of Christians*; namely, Matthias by the Church of Jerusalem, and Paul and Barnabas by the Church of Antioch (...) We read (Acts xiv. 23) that they ordained elders in every Church; which at first sight may be taken for an argument, that they themselves chose, and gave them their authority: but if we consider the original text, it will be manifest that they were authorized and chosen by the assembly of the Christians of each city. For the words there are, χειροτονήσαντες ἑκαστοῖς πρεσβυτέρους κατ' ἐκκλησίαν, that is, when they had ordained them elders by the holding up of hands in every congregation. Now it is well enough known, that in all those cities the manner of choosing magistrates and officers, was by *plurality of suffrages*»⁵⁷.

Es decir, que mientras en los *Elementos* Hobbes solo cita una vez *jeirotoneó*, y para traducirlo explícitamente como «ordenación», en el *Leviatán* introduce dos veces el término, y en ambas para interpretarlo sin ambages como votación por parte de los cristianos de cada asamblea/iglesia. ¿Qué ha cambiado en Hobbes durante los once años que separan los *Elementos* del *Leviatán*? No son once años cualesquiera: son los años exactos de las guerras civiles inglesas, del Parlamento Largo, de la decapitación del rey Carlos I. Hobbes los vive en Francia, exiliado de su tierra. Tras ellos, retornará a la Inglaterra de Cromwell en 1651.

⁵⁶ HOBBS, *Leviathán, op. cit* (1839) [1651], pp. 527 y 528. Añadimos las comillas al versículo.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 527.

De esta repentina *conversión* de Hobbes a las virtudes de la elección popular surgen al menos tres reflexiones, las tres por completo inabarcables aquí, si bien en el siguiente apartado avanzaremos algo, muy poco, sobre la última de ellas. La primera tiene que ver con el pensamiento de Hobbes. La conversión viene a apoyar la interpretación que asume que el *Leviatán* fue, en alguna medida, un intento de reconciliarse con los partidarios de Cromwell⁵⁸. La segunda tiene que ver con la eterna cuestión del derecho y su interpretación. Las palabras griegas inscritas en los *Hechos de los Apóstoles* son las mismas, pero su interpretación en uno u otro sentido dibuja mundos jurídico-políticos completamente diferentes. Lo mismo ocurre, a día de hoy, con nuestras modernas constituciones. La tercera tiene que ver con la legitimación de la «mayoría». El sorprendente giro de Hobbes es como una representación, en miniatura, del proceso a través del cual se transita en Europa desde una legitimación del poder sustanciada en Dios o el Príncipe a una radicada en los de abajo.

4. MAJOR PARS: LA MAYORÍA COMO LEGITIMACIÓN Y COMO VACÍO

De modo muy general, puede afirmarse que lo que el Principio de Mayoría establece es que, en las ocasiones en las que un colectivo ha de tomar una determinada decisión, ha de seguirse el criterio de «la mayoría». Hobbes y su época podían remitirse a una justificación basada en el mayor argumento de autoridad que cabe suponer: la palabra de dios. Si en la propia Biblia se establece que los líderes se eligen por la comunidad, entonces la legitimidad del procedimiento no puede siquiera discutirse. Nosotros, evidentemente, tenemos vedado ese camino. Por un lado, la justificación de la mayoría ha de ser racional, no religiosa. Por otro, y sobre ello nos detendremos aquí de modo muy sucinto, no siempre está claro qué sea eso de «la mayoría».

Con respecto a la justificación racional de la mayoría se han ofrecido un buen número de razones. Un listado apresurado de autores incluiría a Aristóteles, Grocio, Hobbes, Condorcet, Kelsen, Dahl, Waldrom y Risse⁵⁹. La mayor parte de ellos insisten, entre otras muchas razones, en una sobre la que nos detendremos brevemente: el autogobierno, la autodeterminación. En palabras de Risse, «la regla de la mayoría maximiza el número de personas que ejercitan la autodeterminación. Este argumento es válido

⁵⁸ V. pp. XV y XVI de la introducción de Sánchez Sarto a HOBBS, T., *Leviatán*, Fondo de cultura económica, México, 1949; PARKIN, J., «The reception of hobbes's leviathan», en *The cambridge companion to Hobbes's Leviathan*, Cambridge University Press, 2007, pp. 445 ss.; FOISNEAU, *op. cit.*, especialmente la nota a pie 2.

⁵⁹ V. RISSE, *op. cit.* (2004); FERNÁNDEZ MANZANO, J., *op. cit.*; ARCOS RAMÍREZ, F., «Regla de la mayoría, democracia deliberativa e igualdad política», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 46, 2012, pp. 13-36; MARTÍ, J. L., «Aristóteles y la sabiduría de la multitud», *Teoría Política*, 7, 2018, pp. 139-166.

para cualquier propiedad que podamos pensar que se persigue en el hecho de votar o que se logra al ganar una elección»⁶⁰. Esto es, la regla de la mayoría, por definición, logra que el número de personas que consiguen lo que quieren –en lo relativo a aquello que se esté decidiendo mediante la votación– sea el mayor posible. Si con un resultado A hay menos votantes satisfechos que con otro resultado B, es evidente que el Principio de Mayoría señalará B como resultado idóneo. En ese sentido, la *mayoría* maximiza –casi por principio, o de modo tautológico– el autogobierno para los miembros del grupo, en la medida en que logra que el número de individuos satisfechos o autogobernados sea el *mayor* posible.

Ahora bien, ¿qué es «la mayoría»? No siempre está claro. El significado de la expresión es intuitivo, sencillo e inmediato –claro y distinto, que diría Descartes– cuando solo existen dos alternativas, A y B. En ese caso, la mayor de las dos ha de ganar la elección, lo cual implicará lógicamente maximizar el autogobierno del mayor número de personas del grupo, como hemos visto. En casos así, binarios, «mayoría» y «mayor parte» coinciden. Por eso Hobbes, Grocio y otros muchos tenían una respuesta a la cuestión: mayoría es «la mayor parte».

Tras Condorcet, sin embargo, sabemos que cuando las alternativas son tres o más, esa evidencia desaparece⁶¹. Lo que inicialmente se conoció como la «paradoja de Condorcet» establece que, en ocasiones, sencillamente no hay una mayoría, esto es, no hay una «parte mayor» claramente identificada. Y ello debido a que al comparar de modo binario dos alternativas para ver cuál es «mayor» (en la preferencia de los votantes) nos encontramos con un ciclo. Puede ocurrir que, si un determinado colectivo ha de elegir una opción entre A, B y C, A es «mayor» que B, y gana la elección (si les damos a los votantes a elegir solo entre ambas). Si han de elegir entre A y C, gana C. Pero, entre C y B, gana B... ¿Cuál es entonces «la mayor parte» de las tres? No podemos saberlo⁶². Mejor dicho: sabemos que ninguna es «la mayor» de las tres. De la misma manera que en el juego infantil de «piedra, papel, tijera» se produce un ciclo –un ciclo que es el que posibilita el juego– y que cualquier niño sabe que es imposible responder a la pregunta «¿cuál es el más poderoso de los tres?», en ciertas votaciones se produce un ciclo entre las alternativas A, B y C en cuanto a la pregunta «¿cuál es *mayor* que la otra?». Por eso, en tales situaciones, no hay una «parte mayor». Y por

⁶⁰ RISSE, *op. cit.* (2004), p. 44.

⁶¹ Mucho antes de Condorcet, en realidad, pero ese es otro tema. V. COLOMER, J., y McLEAN, I., «Electing popes: Approval balloting and qualified-majority rule», *Journal of Interdisciplinary History*, 29, 1, 1998, pp. 1-22; McLEAN, I., *et al.*, «Voting in the medieval papacy and religious orders», *International Conference on Modeling Decisions for Artificial Intelligence*, Springer, 2007, pp. 30-44.

⁶² Esto ocurriría, por ejemplo, con tres personas, una prefiere A, luego B y luego C, por ese orden; otra B, C y A; y una tercera C, A, B. En un primer momento este tipo de resultados fueron denominados «paradojas», pero Duncan Black aconsejó denominarlos *ciclos*, ya que lo cierto es que no hay nada de paradójico en ellos. Lo paradójico, a veces, son más bien nuestras pretensiones.

eso traducir «mayor parte» como «mayoría» puede ocultar un vacío normativo abisal en los casos en los que las opciones son más de dos.

Mediante el procedimiento de las enmiendas, la práctica parlamentaria actual reduce las opciones a dos. De alguna manera, cabe defender que ese expediente logra salvar el problema de los ciclos de Condorcet. En la medida en que en sede parlamentaria son siempre dos opciones las que se enfrentan, la «mayoría» es la mayor parte, esto es, la opción con más votos de las dos. En ese sentido, el ideal del autogobierno quedaría por tanto garantizado. Ahora bien, incluso asumiendo eso, que es mucho asumir, hay un ámbito específico en el que ni las opciones son dos, ni pueden serlo. El ámbito electoral. El procedimiento parlamentario de enmiendas es un proceso subordinado, condicionado: tan solo tiene lugar tras unas elecciones. Los parlamentarios han de haber sido elegidos. Y en las elecciones, en la medida en que sean libres y competitivas –como garantiza toda constitución democrática– no se puede limitar el número de candidatos. Siempre son más de dos.

Sabemos, así, que en el ámbito electoral pueden darse ciclos, esto es, situaciones en las que no hay realmente una parte mayor que las otras. Situaciones en las que no hay una mayoría. Supongamos, por ejemplo, que trece amigos votan para elegir a su actor favorito. Adoptan el método más habitual: cada amigo vota por un actor y el actor más votado gana la elección. La pregunta es sencilla: «¿qué actor es el que más te gusta». Los resultados son estos:

4 amigos	3 amigos	2 amigos	2 amigos	2 amigos
CHUCK NORRIS	SEAN PENN	HARRISON FORD	TOM HANKS	JOHN CANDY

Chuck Norris –la «maior pars»– será declarado el actor favorito del grupo. Esto es, el actor mayoritario, el actor mayoritariamente preferido, el actor ungido por el Principio de Mayoría y, en consecuencia, el actor que maximiza la satisfacción de los trece amigos del grupo.

Pero supongamos que las preferencias completas de los 13 amigos son estas:

4 amigos	3 amigos	2 amigos	2 amigos	2 amigos
CHUCK NORRIS	SEAN PENN	HARRISON FORD	TOM HANKS	JOHN CANDY
TOM HANKS	JOHN CANDY	JOHN CANDY	JOHN CANDY	HARRISON FORD
HARRISON FORD	TOM HANKS	TOM HANKS	HARRISON FORD	TOM HANKS
JOHN CANDY	HARRISON FORD	SEAN PENN	SEAN PENN	SEAN PENN
SEAN PENN	CHUCK NORRIS	CHUCK NORRIS	CHUCK NORRIS	CHUCK NORRIS

Las preferencias se han de leer por columnas. Así, los cuatro amigos que prefieren en primer lugar a Chuck Norris, y que por tanto han votado por él, prefieren en segundo lugar a Tom Hanks, en tercero a Harrison Ford, después a John Candy y por último a Sean Penn. Los tres amigos que votaron por Sean Penn mantienen unas preferencias distintas, las de la segunda columna, etc. Si suponemos que los trece amigos, después de la votación, hablan sobre la misma y la comentan, es probable que muchos de ellos expresen su sorpresa por el resultado. Sería muy extraño que los nueve (de trece) que detestan a Chuck Norris, y que por eso lo sitúan en el último lugar de su escala de preferencias, estuvieran satisfechos. Sería muy extraño que consideraran que el hecho de declarar a Chuck Norris como el actor favorito *del grupo* es la opción que maximiza la satisfacción de un mayor número de amigos. Si alguien les asegurara algo así, lo más probable es que esos nueve amigos dijeran que algo no va bien.

Y algo, en efecto, no va bien. De hecho, tanto es así que los trece amigos deciden volver a votar, pero ahora no por su actor favorito, sino por el que más detestan. Si así lo hacen –y sin que ninguno haga trampas o modifique sus preferencias– su actor más odiado es... Chuck Norris. En efecto, y como se ve en la tabla, Chuck Norris recibiría 9 votos a la pregunta «¿quién es el que te gusta menos?», frente a 4 votos de Sean Penn. Esto es: según un sistema de votación «mayoritario», Chuck Norris es el actor que más le gusta a la mayoría del grupo y es el que menos le gusta a la mayoría del grupo. Todo a la vez.

¿Qué es lo que falla? Este tipo de resultados paradójicos son conocidos desde hace mucho. La Teoría de las Votaciones ha desarrollado todo un cuerpo de conocimiento al respecto que sin duda contiene enseñanzas considerables para la reflexión política. Por descontado, aquí no pretendemos avanzar ningún descubrimiento novedoso, sino más bien llamar la atención de la filosofía normativa sobre cuestiones de las que se ocupan, sobre todo, otras perspectivas. Y sobre el hecho de que quizás la suma de miradas enriquezca el resultado. En ese sentido, adelantaremos dos pequeñas reflexiones como colofón del presente texto, en la esperanza de que puedan, quizás, incitar a investigadores con más conocimientos que nosotros a adentrarse en ellas.

Existe, en primer lugar, una gran diferencia entre el enfoque de la Social Choice y el de la Ciencia Política. Para la primera, la «mayoría» es una propiedad de determinados *resultados*. Es algo que existe, o no, en el mundo *empírico* de las preferencias mantenidas por un grupo. Para la segunda, sin embargo, la «mayoría» es una característica definitoria de ciertos *sistemas electorales*. Se trata de una perspectiva extraña, y a nuestro juicio ilegítima, que, por decirlo de algún modo, *normativiza* el mismo el instrumento de medición, lo cual provoca que se produzca una «transferencia de sentido» –una legitimación– desde el método hasta el resultado. Esa transferencia es a la vez inconsciente y mítica.

Es inconsciente –de hecho, en esa inconsciencia se basa la propia transferencia– porque si partimos de algo denominado «sistema electoral mayoritario», entonces se asume *a priori*, como petición de principio *irreflexionada*, que el resultado que tal sistema arroje será sin duda «el mayoritario». Es lo que ocurre con la primera elección de los trece amigos. El elegido es Chuck Norris, y por tanto es el candidato «mayoritario» y, por desdoblamiento, «democrático». Extrapoléese eso a los ejemplos reales en el campo político: el sistema electoral de esos trece amigos (denominado siempre «mayoritario» por la Ciencia Política, y por tanto por los políticos, la prensa y la ciudadanía en general) es el más extendido del mundo en elecciones políticas⁶³. Miles de millones de personas eligen a su representante del distrito o al presidente de la República mediante tal sistema. A diferencia de los trece amigos, esos millones de personas no solo no pueden hablar tras la votación y darse cuenta, de modo inmediato, de que (quizás) «algo ha ido mal», sino que asumen como una verdad no solo «científica», sino sobre todo moral y política, que el candidato elegido, sea el que sea, es el «mayoritario». No pueden pensar otra cosa, pues ni siquiera existe conciencia pública de que pueda no haber «mayor parte» o «mayoría».

Y es en buena medida mítica porque –con independencia de lo que piensen millones de personas, de lo que afirme toda la Ciencia Política, de lo que sostenga la prensa y de lo que crean los propios políticos– lo cierto es hoy sabemos *científicamente*, de manera *irrefutable*, que en muchas ocasiones no hay realmente ninguna «mayoría», por mucho que sí que haya candidatos elegidos por sistemas «mayoritarios». Hace ya tiempo Dummett denunció lo que él denominaba «la mística de la mayoría»⁶⁴. Una mística de la que la ciencia política sigue prisionera, al clasificar ciertos sistemas electorales como *mayoritarios*. Eso supone asumir que hay siempre una «mayoría» que el sistema elige o selecciona. Pero el caso es que, si las alternativas son más de dos, sabemos que tal asunción es errónea. Y son precisamente los sistemas «electorales» –esto es: aquellos en los que por definición las alternativas son más de dos– los que la Ciencia Política cataloga como «mayoritarios». La transferencia de sentido desde el sistema al candidato crea siempre un mito, el mito del candidato *mayoritario*. Un mito, como todos los mitos, con pies de barro.

Existe también, en segundo lugar, una distancia –de planteamientos, de términos, de tradiciones y de objetivos– entre los estudios pro-

⁶³ Recibe muchos nombres («mayoría simple», «pluralidad», «First past the post», etc.), pero siempre bajo la rúbrica de «mayoritario». Con respecto a su presencia en el mundo, V. GOLDBER, M., «Democratic electoral systems around the world, 1946-2000», *Electoral Studies*, 24, 1, 2005, pp. 103-121.

⁶⁴ DUMMETT, M., *Voting procedures*, Clarendon Press, 1984, p. 142. Dummett no se refería con esa expresión a la cuestión que se apunta aquí, pero lo cierto es que en la cuestión que se apunta aquí hay –como la hay en la confrontación entre los valores que subyacen al sistema electoral de Borda con el de Condorcet, que es a lo que apuntaba él– cierta «mística» igualmente denunciada.

pios de la Teoría de las Votaciones y los de los Teóricos de la Democracia, en especial los deliberativistas. Los resultados contradictorios que desvela la Teoría de las Votaciones se han esgrimido en muchas ocasiones como artillería intelectual contra la toma de decisiones pública. No pocos representantes de la *Social Choice* pasan por ser, en ese sentido, famosos adversarios de la «mayoría» como opción a la hora de organizarse colectivamente. Sin embargo, no se insiste lo suficiente en el hecho de los resultados contradictorios se basan siempre en una distinción previa entre «votos» y «preferencias». Si atendemos solo a los votos, jamás veremos problema alguno. Los sistemas «mayoritarios» eligen siempre al candidato más votado. Es cuando suponemos preferencias *por debajo de esos votos* cuando nos encontramos con desajustes entre lo que dice el resultado y lo que apunta el ideal. Y, mientras las múltiples y concretas reglas de votación (los sistemas electorales de la Ciencia Política) solo pueden basarse en votos, el único y abstracto Principio de Mayoría solo puede expresarse en términos *volitivos*, esto es, basados en preferencias. En el *Agreement of the people* y en otros textos se utilizaba, recordemos, la expresión «the major Voyces». La Teoría de las Votaciones se ha ocupado de la cuestión de la mayoría, cierto, pero ha sido la Teoría de la Democracia deliberativa la que con más profundidad ha estudiado la cuestión de la «voz» y de las «voces». Y los votos no son otra cosa que una determina emisión de voz. Existe una distancia disciplinar considerable entre el estudio de los sistemas de votación, por un lado, y el de las condiciones ideales del diálogo, por otro, pero quizás no sean ámbitos tan diferentes y de la colaboración de esas miradas puedan esperarse resultados prometedores.

III

CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

BELLOSO MARTÍN, Nuria: «El debate sobre la tutela institucional: generaciones futuras y derechos de la naturaleza», *Cuadernos de la Cátedra Democracia y Derechos Humanos*, núm. 14. Universidad de Alcalá-Defensor del Pueblo, 2018.

La reciente obra «El debate sobre la tutela institucional: generaciones futuras y derechos de la naturaleza» de la Catedrática de Filosofía del Derecho del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Burgos, Nuria Beloso Martín, puede ser abordada desde una pluralidad de claves de lectura que articulan una serie de discusiones que, incluso, trascienden el campo jurídico. Se trata de un trabajo no solo de innegable actualidad para juristas, sino también para otras áreas del conocimiento que se están ocupando del problema ecológico que hemos generado y, paralelamente, estamos procurando enfrentar desde múltiples estrategias. Entre la multiplicidad de respuestas han cobrado impulso en los últimos decenios, primero, el reconocimiento de los intereses de las generaciones futuras y, más recientemente, el reconocimiento de los derechos de la naturaleza en particular desde la tracción latinoamericana de la primera década del siglo en curso que, más tarde, fue inspirando o fortaleciendo procesos en otras latitudes.

Esta proliferación normativa, que es observable en diversos espacios regulatorios, ha dado lugar a un creciente número de producciones intelectuales que, en general, prestan menos atención a lo que en esta obra aparece como central: el aspecto institucional. Conforme demuestra el título escogido por la autora, su producción se enfoca en el desafío que, en términos institucionales, implica reconocer que tanto las generaciones venideras como la naturaleza pueden ser portadoras de derechos. Esto lo convierte en una esperada reflexión que no solo atiende a los procesos de reconocimiento y de aplicación judicial de los intereses de las generaciones futuras y de los derechos de la naturaleza. Además, enfoca en este aspecto que es central debido a que el mencionado impulso, en alguna medida, se ve paralizado cuando se intenta escrutar en los mecanismos concretos para la representación y para la tutela de estas ampliaciones de derechos.

Así, la prosa de la Catedrática Beloso Martín se inclina por indagar en los desarrollos institucionales, sus fundamentos y los desafíos que implica desde un acervo teórico que enriquece la discusión actual al incorporar elementos sustanciales provenientes de la filosofía y de la filosofía del derecho. Sin embargo, también se ocupa de brindar un panorama detallado sobre

ambas categorías jurídicas presentando su surgimiento, las diversas perspectivas de análisis existentes y los debates que se han suscitado, particularmente en la doctrina. Muchos de estos últimos se encuentran enlazados con la centralidad que posee la simetría entre derechos y deberes así como en el arraigado concepto de sujeto de derecho¹.

El balance entre un aspecto poco explorado y una completa presentación sobre estos procesos emergentes permite que sus líneas interesen tanto a quienes ya se encuentran investigando sobre la temática y participando activamente de los debates doctrinarios y de otro tipo, como a quienes se aproximan al tópico por primera vez. Un acercamiento inicial a partir de este libro, además de colocar en relación dos temas que generan un conjunto de problemáticas similares para la reflexión jurídica, permite también una serie de articulaciones de ineludible actualidad al interior y por fuera del campo del derecho.

Esto último se advierte desde las primeras líneas de la introducción de la obra en la que se anuda el rol que las nociones de generaciones futuras y de naturaleza poseen sobre nuestra concepción contemporánea de derechos humanos. Seguidamente, se articula la discusión entre ambas categorías y el Antropoceno². Esta se convierte en una buena manera de forjar interés sobre cuál puede ser el rol del derecho en esta época geológica e inspira una serie de interrogantes: ¿Es posible seguir construyendo el derecho a un ambiente sano sin considerar la centralidad que posee el futuro para actuar y decidir en el presente y la relevancia ineludible que ostenta el conjunto de seres con quienes convivimos?, ¿Es suficiente con ampliar derechos o hace falta una mayor creatividad institucional para que esos derechos sean efectivamente respetados?, ¿De qué manera la diversidad de cosmovisiones –muchas de ellas ligadas al reconocimiento de derechos de la naturaleza– se puede articular con los procesos de creación jurídico-institucional? ¿Podría este aporte de parte del campo jurídico contribuir a cierta democratización del derecho ambiental?

Estas, entre muchas otras preguntas, pueden ser iluminadas por la obra que aquí reseñamos en la medida en que cuenta con una estructura que permite, por una parte, dotar a los lectores de un completo análisis sobre el con-

¹ Es llamativo, sin embargo, que en buena parte de estos debates doctrinarios no se recuperan discusiones similares procedentes de otros períodos históricos en los que existe una riqueza innegable para revisar los procesos actuales de ampliación de derechos. Por ejemplo, en un texto clásico de René Demogue se analiza la complejidad de este tema a partir de dos aristas. Una vinculada con la naturaleza basal de la categoría para el sistema jurídico. La otra, que considera que se ha dado por sencilla una pregunta compleja: ¿quiénes pueden ser sujetos de derecho? Este interrogante es de difícil respuesta al familiarizarse con la historia del derecho y verificar la variación de titulares de derechos a lo largo de diferentes períodos. DEMOGUE, R., *Les Notions fondamentales de droit privé. Essai critique*, Librairie Nouvelle de Droit et Jurisprudence, París, 1911.

² Sobre el Antropoceno se ha venido discutiendo desde múltiples áreas disciplinares, proponiéndose la necesidad de ampliar la agenda de investigación así como las colaboraciones entre disciplinas para su abordaje. Un interesante aporte sobre lo expuesto puede encontrarse en BAI, X., *et al.*, «Plausible and desirable futures in the Anthropocene: A new research agenda», *Global Environmental Change*, 39, Elsevier, 2016, pp. 351-362; BRONDIZIO, E. S., *et al.*, «Re-conceptualizing the Anthropocene: A call for collaboration», *Global Environmental Change*, 39, Elsevier, 2016, pp. 318-327.

tenido y particularidades del desarrollo de los dos conceptos claves del libro. Por la otra, permite colocar el acento en un aspecto en particular que es el desarrollo institucional. En otras palabras, focaliza en la necesaria creación de «defensores», «guardianes», «cuidadores» a largo plazo de los intereses de las generaciones futuras y de los derechos de la naturaleza que forman parte de diferentes sistemas jurídicos vigentes en la actualidad. Este tema sobre el que se enhebra la obra es sin dudas uno de los grandes desafíos para la creatividad jurídico- institucional contemporánea.

Así, las palabras introductorias permiten una articulación entre este tópico que interesa tanto al derecho como a otras disciplinas para, luego, desarrollar una serie de capítulos que condensan las principales características de estos procesos.

En primer término se repone el devenir del concepto de generaciones futuras cuyo contenido se vincula especialmente con el derecho internacional y con una situación histórica: hacia 1945 terminaba la segunda guerra mundial. El obrar humano en aquellos años de guerra tornó visible su capacidad de destrucción y, a la vez, permitió pensar en una categoría jurídica que trae al presente el futuro. Las generaciones venideras comenzarían a insertarse como sujeto de tutela en innumerables normas internacionales primero y, algunos años después, en normas constitucionales y locales que, al incorporar el derecho a un ambiente sano, comenzaron a reconocer a las generaciones futuras como un elemento fundamental para la preservación del ambiente. Este proceso de circulación desde el espacio internacional es detallado en este primer Capítulo, luego de lo cual se repone el debate sobre la titularidad de derechos por parte de este sujeto colectivo y futuro. En este apartado confluyen pensadores que traducen distintas posiciones sobre la temática lo que se complementa muy bien con el Capítulo II.

En este último la formación de la autora en filosofía del derecho se hace aún más presente en la medida en que se reponen diferentes perspectivas para el análisis de las generaciones futuras. Primeramente, la perspectiva moral: ¿Es posible reconocer derechos morales a las generaciones venideras? ¿Cuáles serían esos derechos? ¿Cuáles son las objeciones que presenta esta postura? ¿Podrá construirse una perspectiva basada en la idea de responsabilidad moral hacia las generaciones por venir? Estos interrogantes reciben un espacio en esta primera mirada. Luego se alude a la perspectiva filosófico-jurídica enfocando en el concepto de justicia y tiempo. Las conjugaciones entre la justicia transicional y el pasado, la justicia intrageneracional y el presente y la justicia intergeneracional y el futuro reciben un lugar privilegiado en estas páginas en las que se recuperan un conjunto de autores y aportes tanto clásicos como más contemporáneos para repensar la teoría de la justicia a la luz de estos nuevos desafíos. Finalmente, se aborda la perspectiva-filosófica política en la que, entre otros aspectos, el institucional adquiere un rol preponderante en la medida en que, verbigracia, se recuperan los conceptos de fideicomisario de las generaciones futuras e instituciones intergeneracionales que buscan salirse de la lógica política cortoplacista ante el grave diagnóstico en el que nos encontramos de cara a la sobrevivencia en el planeta.

El siguiente Capítulo III se enfoca en la tutela institucional que, como mencionamos, es clave en esta obra aunque sería difícil de abordar sin los párrafos previos que aproximan a los lectores un conjunto de referencias conceptuales ineludibles para abordar el tema. En esta parte de la obra el derecho constitucional aparece con un rol clave, lo cual es significativo frente

a las cartas magnas que incorporan este concepto. ¿Qué significa que en una constitución nacional se refiera a las generaciones futuras al reconocerse el derecho al ambiente? ¿Cuál es el legado que tenemos para con ellas? ¿Las generaciones actuales somos usufructuarias del planeta en que vivimos? ¿Qué límite a nuestro obrar significa ese usufructo? ¿El reconocimiento constitucional necesariamente implica que las generaciones futuras son sujetos portadores de derecho? Desde T. Jefferson hasta la actualidad se condensan una serie de contribuciones que permiten pensar en algunas respuestas a partir de herramientas provenientes de la teoría constitucional. Pero allí no se agota esta temática, por el contrario, se indican también las particularidades que reviste este problema en la arena jurisprudencial. ¿Qué casos han sido resueltos a partir de este argumento? Un recorrido por los principales supuestos en los que las generaciones futuras operaron como principal línea argumental completa este apartado de la obra que, a continuación, reseña las opciones de tutela de derechos de las generaciones venideras tanto en el derecho internacional como en el derecho nacional. Este estudio comparado viabiliza generar enlaces y comparaciones que pueden también cruzarse con un criterio temporal. Guardianes, enviados especiales, defensores, comités para el futuro, comisionados, son algunas de las traducciones legales que muestran la diversidad de experiencias en tránsito en diferentes latitudes del mundo. Esta pluralidad de experimentaciones en curso permite volver sobre el eje principal de la obra, la institucionalización, con herramientas sólidas que han sido ordenadas y presentadas críticamente a los efectos de recuperar la experiencia transitada para repensar cómo representar los intereses de las generaciones que nos suceden.

A partir del Capítulo IV el tópico comienza a versar sobre la naturaleza nutrido por un conjunto de reflexiones sobre las comprensiones existentes en las diferentes visiones de mundo. Partiendo de una mirada crítica y a la vez esclarecedora sobre el eurocentrismo se apuntan diferencias con cosmovisiones indígenas y, en especial, latinoamericanas andinas. De allí provienen los primeros sistemas legales que reconocieron a la naturaleza, a la Pachamama, a la Madre Tierra como sujeto de derechos, primero en la República del Ecuador y, seguidamente, en el Estado Plurinacional de Bolivia. De este modo, la década inicial del siglo XXI traía una importante novedad. Ya no solo se avanzaba en el significado de reconocer derechos a las generaciones del mañana sino de hacer lo propio con seres no humanos en la actualidad. Esto pone en jaque la perspectiva antropocéntrica que subyace, en general, al derecho ambiental que brega por la protección del ambiente que nos rodea. Esta centralidad del humano comienza a resquebrajarse a partir de las perspectivas biocéntricas que lo ubican en otro plano y, con ello, también permiten proponer que la naturaleza en lugar de ser un objeto a explotar o a proteger, sea un sujeto legal. De este modo, los ecosistemas y seres con quienes compartimos este planeta poseen un valor *per se*, más allá del que los humanos le puedan o no atribuir. En medio de ambas posturas el capítulo también recrea la posición intermedia que intenta situarse más allá de la dicotomía sujeto/objeto: los derechos humanos de naturaleza ambiental que, según algunas posiciones, permiten resolver los problemas ecológicos considerando particularmente las obligaciones de las que somos titulares respecto de las generaciones venideras. Esos posicionamientos son repuestos en este capítulo que oficia como introducción ineludible para comprender los diferentes impulsos que ha tenido un reconocimiento de derechos más allá del ser humano. Esta es la tarea del Capítulo V que se

encarga de reconstruir cómo progresivamente se han ido consolidando los derechos de la naturaleza.

Primero, se reseña el impulso que proviene de la doctrina jurídica. Allí se enumeran un conjunto de obras clave. En general se trata de textos provenientes de países centrales que bregaron por esta ampliación de derechos lo que, finalmente, décadas después se desarrolló de la mano de una articulación entre cosmovisiones indígenas andinas y movimientos socio-ambientales en América del Sur. En este caso, y a diferencia de las generaciones futuras, son estos reconocimientos a nivel nacional los que, luego, ingresaron en la arena internacional de discusión en particular de la mano de Naciones Unidas y su iniciativa Armonía con la Naturaleza. Se subvierte así el proceso de circulación de sentido en la generación de aportes jurídicos sobre el problema ambiental que, en general, provienen del ámbito internacional y luego son traducidos localmente. A este proceso se agrega el impulso constitucional y legal en el que se efectúa un recorrido por las experiencias de Ecuador y Bolivia, presentando también su articulación con propuestas que se presentan en términos de alternativas al capitalismo global: el buen vivir y el vivir bien. Esas alternativas poseen un aspecto ecológico y es allí que se enmarca el reconocimiento de derechos de la naturaleza. Esta ampliación de derechos pronto comienza a inspirar otras localidades, regiones y países en América Latina, lo que también se repone en este apartado de la obra. Finalmente, se aborda el impulso jurisprudencial que lejos en el tiempo se encontraba visible en un voto en disidencia en 1972 en Estados Unidos y hoy se convierte en un argumento que reviste cierta centralidad en la resolución de casos por parte de tribunales locales y de Cortes Supremas y Constitucionales de modo tal que ríos, animales, glaciares, la Amazonía, han sido recientemente declarados como sujetos de derecho en diversas decisiones judiciales, a las que se suma el sostenido obrar del Tribunal Internacional de los Derechos de la Naturaleza.

Sin embargo, los acuerdos sobre este tema se encuentran aún más lejos que aquellos sobre las generaciones futuras y esto se expresa claramente en el Capítulo VI. Allí se encuentra una clara enumeración de los argumentos en favor y en contra de este tipo de reconocimiento, lo que necesariamente implica volver sobre la diversidad de cosmovisiones presentes en este mundo y, también, sobre el aspecto institucional. No se trata solo de debatir quién puede ser sujeto de derechos sino de pensar en cómo tornar exigibles esos derechos cuando ya fue reconocido en un importante número de normas. Ambos aspectos están ligados de manera indisoluble debido a que difícilmente puede pensarse en un diseño institucional por fuera de la experiencia concreta que permitió ampliar derechos.

Para terminar este libro, en su último capítulo, la autora vuelve sobre su objetivo principal de investigación. Así como sobre el tópico de las generaciones futuras se escrutó en torno al diseño institucional para hacer efectivo ese reconocimiento, algo similar sucede con la naturaleza. ¿Cuál es la tutela institucional de los derechos de la naturaleza en el sistema iberoamericano? ¿Qué puede decirse sobre este tema en el derecho español?

La Catedrática Belloso Martín, para cerrar su obra, realiza una serie de reflexiones finales que efectúan una serie de contrapuntos entre los dos tópicos que analiza que, si bien pueden parecer algo distantes, poseen una serie de vasos comunicantes que robustecen las discusiones en ambos sentidos. La experiencia más desarrollada sobre las generaciones futuras permite hilvanar de otra manera la más embrionaria experiencia sobre los

derechos de la naturaleza, presentando las diferencias de contexto, surgimiento y funcionamiento así como las miradas críticas que pueden establecerse sobre categorías de este tipo que comienzan a resquebrajar la idea simétrica entre sujeto de derechos y sujeto de deberes con algunos interrogantes cuya complejidad no altera su centralidad: ¿Quién representa los intereses de las generaciones venideras? ¿Quién defiende a largo plazo los intereses y derechos de la naturaleza? ¿Cuál puede ser el rol del campo jurídico en la construcción de «guardianes», «defensores» del porvenir y del conjunto de seres que pueblan el planeta? ¿Podría el derecho realizar un aporte emancipador articulando estas ideas con la pluralidad de cosmovisiones presentes en nuestro planeta?

Estos, entre muchos otros interrogantes, sin duda pueden recibir respuestas más sólidas a partir de publicaciones como la reseñada que son resultado de investigaciones rigurosas y que anudan una diversidad de claves de lectura que permiten ampliar el horizonte al interior del campo jurídico y más allá del mismo.

María VALERIA BERROS

Centro de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional del Litoral-Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y
Técnicas. Argentina

CALVO GONZÁLEZ, José: *La destreza de Judith. Estudios de cultura literaria del derecho*, Granada, Comares, 2018, 417 pp.

La literatura resulta imprescindible en la formación de los juristas. Esta es una afirmación con el que la mayoría del profesorado de nuestras facultades de derecho estará de acuerdo. Unos señalarán que quien se dedique al derecho debe poseer una cultura general que pasa necesariamente por la literatura. Otros apuntarán que la lectura de obras literarias despierta la imaginación y agudiza el ingenio, otorgando así un abanico de recursos más amplio con el que afrontar los distintos casos a los que el jurista se enfrentará. Otros harán hincapié en que la familiaridad con las letras que proporciona la lectura contribuye a una mejor expresión oral y escrita, algo que parecen estar perdiendo nuestros estudiantes a pasos agigantados. Por un motivo u otro, los docentes tratamos de despertar en los estudiantes la inquietud por la lectura, recomendarles nuestros libros favoritos, o buscar ejemplos basados en los personajes de ficción que más conocemos. Sin embargo, no siempre conseguimos el objetivo porque no siempre disponemos de las herramientas y los conocimientos más apropiados. Eso es precisamente lo que puede proporcionar el libro *La destreza de Judith. Estudios de cultura literaria del derecho*, escrito por el profesor José Calvo González.

Calvo es uno de los más reconocidos especialistas en las relaciones entre derecho y literatura que podemos encontrar en el mundo académico latino. Este libro recoge una colección de ensayos ya publicados previamente en otros formatos, pero que consigue formar un sólido volumen en el que el lector encontrará una inmejorable guía para adentrarse en el estudio del así llamado campo *derecho y literatura*. Por la brevedad de este formato, en esta reseña me permitiré enunciar muy brevemente los temas concretos que pueden encontrarse en el libro para, a continuación, comentar con algo más de detalle el capítulo que considero central en él, que es el referido a la *teoría literaria del derecho*. El común denominador de todos los trabajos aquí reunidos es apuntado por el propio autor en la presentación que escribe para el volumen: la cultura literaria del derecho posibilita una visión crítica del fenómeno jurídico. Permite acometer el desafío de cuestionar las visiones dogmáticas. Asume miradas que resultan siempre incómodas, como aquellas que se dirigen a la latente violencia que acompaña al derecho, a sus presupuestos ideológicos, o a los inevitables reduccionismos que lo jurídico proyecta sobre la condición humana. Así, esa cultura literaria permitiría de alguna forma reconciliar al jurista con su humanidad, salvar –siquiera imperfectamente– los dilemas de lealtad que se nos pueden presentar entre «el alma y la ley».

Desde esa premisa, el lector comprobará que en el libro existen tanto apartados dedicados a autores u obras concretas, a partir de los cuales se desarrollan una multitud de asuntos jurídicos, como apartados dedicados a temas específicos. Sin pretensión de exhaustividad, entre los primeros, podemos destacar un primer apartado en el que se incluyen dos textos dedicados a Cervantes, así como otros apartados dedicados a Shakespeare, Tolstói o Borges. Encontramos también un sustancioso capítulo sobre el derecho de familia basado en *Le fils naturel* de Diderot, u otro más enfocado al derecho penal en base a *El delincuente honrado* de Gaspar Melchor de Jovellanos. Entre los apartados del segundo tipo, encontramos uno dedi-

cado al «compromiso literario y los derechos humanos», que cuenta con seis ensayos; por destacar solamente dos, uno sobre el *affaire Dreyfus* construido a partir de las crónicas de Rubén Darío, y otro sobre «lo oculto y lo visible» de la ley que toma como referencia el genial *Ensayo sobre la ceguera* de José Saramago. Otros apartados profundizan en las relaciones entre la literatura y la constitución –particularmente la justicia constitucional–, en el uso de la literatura en la enseñanza del derecho –presentada, o no, como *innovación docente*– y, en la propia teoría literaria del derecho, sobre la que nos centraremos a continuación. El libro es complementado además con el discurso pronunciado por el autor cuando fue investido Doctor Honoris Causa por la Universidad Ricardo Palma (en Lima, Perú) en julio de 2016; así como tres prólogos escritos para otras obras y que, en realidad, aquí fungen más bien de epílogos.

Como antes adelantaba, me parece que el décimo apartado, titulado «Teoría literaria del derecho», condensa algunas ideas que pueden ayudar a comprender el enfoque adoptado por el autor en el conjunto de la obra. Calvo diferencia tres maneras de entender el campo de estudios «derecho y literatura»: «derecho *en* la literatura», «derecho *como* literatura», o «derecho *con* literatura». La preposición utilizada en cada una de estas variantes es lo suficientemente explícita como para indicar los matices a los que apuntan, al mismo tiempo que anticipan el grado de complejidad que puede alcanzar este campo. El autor se mueve con soltura entre cada una de esas tres variantes, aunque en este capítulo adopte más la del «derecho *con* literatura». Desde ella se aborda el intrincado tema de las ficciones de las que hace uso el derecho. El derecho, muestra Calvo, hace propias las plantillas de ficcionalidad originadas en la literatura. Antes de que el positivismo adoptara los cánones de plenitud, coherencia y unidad del ordenamiento jurídico, la teoría literaria ya insistía en la consistencia y en la coherencia narrativas. Tanto la ley como la pieza literaria prometen un sentido que no podrá ser alcanzado con un texto incoherente y asistemático. La técnica legislativa se muestra, en ese sentido, como algo muy similar a la técnica narrativa. No importa solamente *qué* se manda, sino *cómo* se manda; es decir, cuáles son las razones que se ofrecen en el relato.

Y esto el derecho, como la literatura, lo consigue a base de ficciones. Pensar en ficciones puede incomodar al jurista que cree en la ley, en los valores de la ley. Sin embargo, la obra de Calvo, mediante la literatura, pone de manifiesto hasta qué punto es inevitable el uso de ficciones en la narratividad que pretende aportar la ley. Que la *verdad procesal* no es necesariamente coincidente con la *verdad absoluta* es quizá la más conocida muestra de la necesidad de ficción que condiciona al derecho: «el relato como condición intraficcional del derecho». Pero el fingimiento utilizado por el derecho no tiene necesariamente la función de engañar, sino que, al contrario, sirve para representar, para hacer inteligible y aprehensible la complejidad de la vida, traduciéndola a manejables términos jurídicos. Desde esa posición nos podemos hacer cargo de que la no equivalencia de la ficción con la realidad no se da siempre. Pero, aun en esas circunstancias, su solapamiento con la realidad, no priva a la ficción del status de ficción. Por otro lado, que la ficción no coincida con la realidad no quiere decir que la ficción deba resultar inverosímil. Es decir, que la ficción ha de someterse, a su vez, a las reglas de la lógica: el derecho solo puede prescribir las conductas posibles, de la misma manera que el relato de la obra más fantástica ha de resultar verosímil.

Estas son únicamente algunas pinceladas –sin duda insuficientes– sobre una obra con una deslumbrante profusión de citas y referencias literarias. Una obra que está llamada a ser una referencia en el imprescindible acercamiento del derecho a las humanidades, que tanto se reclama hoy en día, aunque no siempre de una manera tan coherente y contundente como lo hace el profesor Calvo.

Jose Antonio GARCÍA SÁEZ
Institut de Drets Humans
Departamento de Filosofía del Derecho y Política
Universitat de València

CUADROS AGUILERA, Pol. *La donación de sangre. Historia y crítica de su regulación*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2018, 279 pp.

Los continuos avances en biotecnología y biomedicina hacen posible que se desarrollen usos para el cuerpo humano y sus partes separables que unos años atrás resultaban insospechables. Pero al ampliarse los horizontes de lo posible en relación al cuerpo, aparecen nuevas situaciones que el derecho debe regular, y que el pensamiento debe enjuiciar. Ha sido objeto de mucha atención todo lo relacionado con la donación de órganos y su adecuada regulación. Sin embargo, la sangre, un importante componente del cuerpo, ha venido recibiendo mucha menor atención por parte del mundo académico. Con el libro *La donación de sangre. Historia y crítica de su regulación* (2018), el profesor de la Universitat de Lleida Pol Cuadros Aguilera contribuye a corregir esta situación. Desde la perspectiva de la filosofía del derecho, examina la regulación jurídica de la donación de sangre, con el fin de dirimir si dicha regulación es coherente con los principios que, sobre el papel, la inspiran.

Para responder al interrogante planteado, Cuadros empieza por dedicar la primera parte del libro a trazar un recorrido histórico de la técnica de la donación de sangre y de su regulación jurídica. A continuación, identifica el principio que ha inspirado la legislación sobre la materia, y entonces lo compara con su desarrollo normativo, llegando a la conclusión que la ordenación adolece de una falta de coherencia interna. A su luz, Cuadros realiza una propuesta de regulación alternativa para la donación de sangre que supere las deficiencias que ha ido poniendo al descubierto.

A continuación, se identificarán las líneas generales por las que discurre la argumentación de la obra, para pasar después a realizar un enjuiciamiento crítico del diagnóstico y de la propuesta que Cuadros presenta. Tal y como ya se ha comentado, el libro empieza con una panorámica histórica de la donación de sangre y de su ordenación. Escrita con un estilo claro y ameno, no reñido con el rigor y la profundidad, abarca desde las primeras donaciones, no más de un siglo atrás, hasta la crisis del SIDA y las últimas novedades legislativas, pasando por la creación de los sistemas estatales de donación. Se destaca que, si en los primeros momentos la donación se concibió como una especie de prestación onerosa y la sangre humana un recurso de cierto valor económico –y el derecho así lo reguló–, con el transcurso de los años la tendencia de la legislación fue ir apostando, de manera cada vez más convencida, por la no remuneración de la donación de sangre.

Cuadros identifica esta progresiva transición de la donación remunerada hacia la donación no remunerada con un creciente afianzamiento de lo que él llama *principio de no lucro*. Dicho principio establece la prohibición de recibir remuneración a cambio de la donación de sangre, y encuentra su justificación en razones de orden instrumental y ético. Por una parte, desde los años setenta del siglo pasado se empezó a denunciar que la donación remunerada suponía unos mayores riesgos para la salud tanto del donante, que suele pertenecer a estratos socioeconómicos bajos, y, por lo tanto, acostumbran a presentar un más bajo estado de salud; y del lado de quienes reciben la donación, porque la sangre obtenida por estas vías presenta unos mayores índices de enfermedades. Cuadros certeramente destaca que esta justificación, a pesar de tener una enorme popularidad y predicamento, tiene un carácter condicio-

nado, pues avances en la técnica y en el control de donantes podrían eliminar toda diferencia de calidad entre la sangre obtenida por donación remunerada y la obtenida por donación no remunerada.

Por otra parte, en relación a la segunda justificación citada, se invocan valores éticos, como la dignidad humana. Una tal invocación, que no dependen de hechos coyunturales, tiene la ventaja de proporcionar base para una prohibición incondicional de la remuneración por la sangre. Pero si las donaciones remuneradas afectan a la dignidad del donante es cuestión hartamente controvertida. Al no constituir el objeto del libro, y aunque hubiese sido deseable abordar este debate, Cuadros se contenta con recordar que el Convenio de Oviedo, derecho vigente en España, establece la prohibición del lucro en relación a la sangre en atención a la protección de la dignidad humana.

Pero ¿cuál es el grado de implantación efectiva del principio de no lucro en la regulación de la sangre? Cuadros concluye que, a pesar de sus virtudes y potencial, los resultados que la positivación de dicho principio ha llevado aparejados son más bien modestos. Ello se debe a dos tipos de problemas: de una parte, la falta de coherencia que afecta especialmente a los países europeos, pues mientras prohíben la remuneración al donante de sangre y plasma, siguen permitiendo la importación de hemoderivados de terceros países en donde las donaciones sí son remuneradas; y en segundo lugar, la falta de claridad, que afecta a la regulación nacional y comunitaria de todo lo relativo a los biomateriales humanos, y que deriva de un uso especialmente impropio de la terminología jurídica, marcado por el abuso de conceptos ajenos al derecho y por un elevado nivel de vaguedad. Todo ello afecta al significado y alcance del principio de no lucro en el ámbito de la sangre, que ve circunscrita su vigencia estricta a los actos de donación, y aplica de manera mucho más laxa a los actos que tienen que ver con los productos ya obtenidos.

No mostrándose satisfecho ante esta vigencia dubitativa y matizada del principio de no lucro, Cuadros apuesta por tomárselo en serio, y elabora una propuesta que pretende salvar los defectos apuntados. Para ello, empieza defendiendo la existencia en el ordenamiento jurídico español de un deber ciudadano de donar sangre, que propone concretar en un servicio obligatorio de donación de sangre. En relación al fundamento de dicho servicio, a diferencia de una propuesta similar formulada por Cécile Fabre, basada en razones de justicia distributiva, que considera a los biomateriales como *cosas* susceptibles de ser redistribuidas, Cuadros opta por construir su propuesta a partir de la noción de «derecho de los ciudadanos». La idea es la siguiente: teniendo en cuenta que los derechos –en este caso el derecho a la salud– son fórmulas vacías sin los correlativos deberes que los llenan de contenido; que el Estado debe actuar como garante del cumplimiento de esos deberes; y que en democracia el Estado es asimilable al conjunto de los ciudadanos que conforman el *demos*; entonces, en último término, son los ciudadanos quienes deben de asumir la carga que sus derechos llevan aparejada, y, por lo tanto, aportar la sangre necesaria para garantizar su derecho a la salud.

El sistema propuesto presenta ventajas en distintos ámbitos: supondría un avance hacia el autoabastecimiento nacional de sangre y hemoderivados; se conseguirían altos niveles de calidad y seguridad en el sistema, pues se reduciría el adicional riesgo para la salud que presentan los productos obtenidos remuneración mediante; se corregirían algunas incoherencias de la legislación actual, y se podría aumentar su claridad; se protegería mejor el

valor de dignidad; y, en general, se conseguiría una observancia más estricta del principio de no lucro a lo largo de todo el recorrido de la sangre, obteniendo un modelo de regulación jurídica del cuerpo que imposibilitara el lucro y la mercantilización.

Hasta aquí el resumen de los contenidos del libro. A continuación, me ocuparé de algunos puntos controvertidos. En lo tocante al diagnóstico, el que Cuadros ofrece adolece, en ocasiones, de una cierta falta de claridad. No es solo la remuneración y la gratuidad, el lucro y el no lucro, la patrimonialidad y la no patrimonialidad, o la voluntariedad y la obligación, sino también las intersecciones e interrelaciones entre estos conceptos, lo que añade un plus de complejidad al asunto. Haré unas cuantas observaciones que permiten concebir más claramente el esquema general que subyace a la regulación de la donación de sangre, y que arrojan algunas conclusiones que matizan, refuerzan o cuestionan las alcanzadas por Cuadros.

Viene bien empezar deslindando dos sentidos distintos de *lucro* que en el libro no se distinguen suficientemente. Según una acepción laxa, que es la que Cuadros usa recurrentemente a lo largo de su obra, *lucro* es sinónimo de *remuneración*, el pago o contraprestación que se recibe a cambio de algo. De acuerdo con esta acepción, el panadero que recibe dinero a cambio de su pan obtiene un lucro. Cuadros parece ignorar (excepto en p. 225) una acepción más técnica, propia del derecho patrimonial, según la cual solamente hay lucro cuando se produce un incremento en el patrimonio del interesado. Por lo tanto, este segundo *lucro* no equivale a *remuneración*, porque si la remuneración es igual o inferior al valor de la transmitido, entonces el patrimonio del interesado no se ve incrementado. De acuerdo con esta acepción, el panadero que, a cambio de su pan, recibe igual o menos dinero del que le ha costado producirlo, recibe remuneración, pero no lucro.

En segundo lugar, y en otro orden de cosas, se ha visto que la donación de sangre puede ser remunerada y no remunerada. Con independencia de ello, a la hora de lidiar con el cuerpo humano puede tomarse como punto de partida el principio de patrimonialidad o el de no patrimonialidad. Que seamos partidarios o detractores de considerar al cuerpo y sus partes como cosas susceptibles de apropiación no condiciona (necesariamente) nuestra posición en relación a la conveniencia de la remuneración o de la no remuneración de la donación de sangre. Pero la concepción que se tenga del cuerpo humano y de sus partes sí que condiciona qué cosa se remunere o se deje de remunerar en la hemodonación: si la sangre en sí, o si el acto de donar concebido como la prestación de un servicio.

Para comprender mejor lo hasta ahora expuesto, resulta útil pensarlo representado en un eje de coordenadas. Sobre el eje «x» situaremos la no patrimonialidad y la patrimonialidad del cuerpo, una a cada lado del origen de coordenadas; en el eje «y» haremos otro tanto con la donación remunerada y la no remunerada. Obtenemos cuatro posibles combinaciones: (a) patrimonialidad del cuerpo y donación remunerada; (b) patrimonialidad del cuerpo y donación no remunerada; (c) no patrimonialidad del cuerpo y donación remunerada; y (d) no patrimonialidad del cuerpo y donación no remunerada.

La teoría de Cuadros se enmarca en (d), porque parte de la situación fáctica de prohibición generalizada de la donación remunerada, y niega valor patrimonial a la sangre (la legislación parece apuntar también en esta dirección). Cuadros caracteriza la donación como una prestación personal (y no como una prestación patrimonial) consistente en un hacer, en la prestación de

un servicio, que se realiza de manera gratuita. Viéndolo a esta luz, se puede explicar mejor el recelo que Cuadros tiene ante las compensaciones por donar sangre. Si la hemodonación es la prestación de un servicio, ¿qué es lo que se debe compensar? ¿El tiempo invertido en prestar el servicio? ¿Las molestias derivadas de prestarlo? ¿No sería esa compensación algo muy próximo a una remuneración por donar?

En la (c), no se pagaría por la sangre (pues no se le reconoce valor patrimonial), sino por el servicio de donar. En este caso, no se vulneraría el principio de no lucro en relación a la sangre, porque el lucro se obtendría a cambio de un servicio, y no de la sangre en sí. Por idénticos motivos, la remuneración obtenida por el donante debería ser independiente de la calidad de la sangre donada.

En la (b), la sangre se donaría gratuitamente. Este sería el único caso en qué, en propiedad, podría hablarse de una donación como la prevista en el artículo 618 del Código Civil: un acto de liberalidad por el cual una persona dispondría gratuitamente de una cosa (en este caso, la sangre) en favor de otra. En este caso, como lo donado es propiamente la sangre, no atentaría contra el carácter no remunerado de la donación el prever compensaciones por el acto de donar. Tampoco habría lucro, ni en sentido laxo ni en sentido patrimonial.

En la (a), se paga por la sangre. En este caso hay siempre lucro en sentido laxo, y hay lucro en sentido patrimonial solamente si se paga por la sangre un precio superior a su valor patrimonial.

En lo tocante a la propuesta, quisiera, sin ánimo de ser excesivamente sistemático ni exhaustivo, detenerme en unas cuantas cuestiones que meritan una mayor atención o justificación. Por razones de índole prudencial, podría resultar aconsejable relajar el grado de ambición de la propuesta de Cuadros. Si resultara que la única articulación plenamente coherente del principio de no lucro fuera un servicio obligatorio de hemodonación, desde planteamientos liberales e individualistas desaparecería toda simpatía por dicho principio, ya que su puesta en práctica implicaría una severa afectación de la autonomía individual en su faceta corporal. De esta manera, la propuesta de Cuadros para reforzar el principio de no lucro podría ser contraproducente, puesto que terminaría exponiendo a dicho principio al rechazo tajante por parte de aquellos que, pudiendo comulgar con él en una versión menos exigente, rechazarían la versión del autor.

Es cierto que Cuadros aduce que su propuesta cumple con los requisitos establecidos por el Tribunal Constitucional (Sentencia 207/1996, de 16 de diciembre) en relación a las intervenciones corporales que afecten a la integridad física de los ciudadanos, según la cual «en ningún caso podrá acordarse la práctica de una intervención corporal cuando pueda suponer bien objetivamente, bien subjetivamente, para quien tenga la obligación de soportarla un riesgo o quebranto para su salud» (p. 249). Pero «objetivamente», perder sangre nunca es un bien, aunque pueda no ser un mal especialmente grave, y la salud se resiente de ello. Valga como prueba el hecho que después de donar se deban seguir unas ciertas pautas médicas para recuperar el volumen de sangre perdido; y el «subjetivamente» deja la puerta abierta a prácticamente cualquier cosa, pues la extracción de sangre puede ser percibida y vivida como un significativo riesgo o quebranto de la propia salud.

Al margen de lo anterior, requeriría una mayor atención examinar los efectos que el establecimiento de una donación obligatoria pudiera tener sobre la donación voluntaria. Sobre todo, si la obligatoria llevase apareja-

das unas compensaciones superiores a las previstas para la voluntaria. Cuadros descarta un efecto desincentivador, pero no aporta argumentos que respalden su posición (p. 269).

Por otra parte, según la ortodoxia internacional en la materia, la sangre proveniente de donaciones remuneradas presenta mayores riesgos para la salud que la sangre proveniente de donaciones no remuneradas (a pesar de los continuos avances de los controles de calidad). Cuadros dice eliminar este riesgo substituyendo la donación remunerada por la donación obligatoria. Pero ello no es tan simple. Si para garantizar el abastecimiento de sangre se establece un servicio de donación obligatorio, y subsidiario respecto de la donación no remunerada, la sangre que se obtenga provendrá de un perfil de donante distinto al donante altruista que dona por propia iniciativa, y cuya sangre se considera que presenta un menor riesgo para la salud. Por ello, la sangre obtenida por medio de la donación obligatoria puede seguir siendo de una calidad inferior a la sangre obtenida de donaciones voluntarias no remuneradas. Y, *a priori*, incluso se hace difícil determinar si la sangre de donaciones obligatorias (de los que no donan voluntariamente) sería superior en calidad a la sangre de donaciones remuneradas. Por todo ello, argumentos relativos a la salud y a la seguridad no pueden usarse para defender un sistema obligatorio de hemodonación.

Para terminar, unas observaciones finales. Al menos en un plano teórico, la obligatoriedad de un deber legal no elimina necesariamente la posibilidad de remuneración. Por ejemplo, en relación al hallazgo regulado en los artículos 615 y 616 del Código Civil, el que encuentra una cosa mueble tiene el deber de restituirla a su anterior poseedor, pero al mismo tiempo tiene derecho a percibir, por parte del propietario y a título de premio, una fracción del precio del bien. Otro ejemplo, aunque no se trate de un deber legal, sería el de unos padres que, para inculcar a sus hijos el valor del esfuerzo y el trabajo, les obligan a encargarse del jardín, y les pagan por ello.

Sirva lo anterior para extremar las precauciones: el establecimiento de un servicio obligatorio de donación de sangre no destierra a perpetuidad la posibilidad de remuneración y lucro. En relación a los biomateriales, el lucro puede introducirse subrepticamente en la delicada operación de deslindar la remuneración –pagar a cambio de algo–, de la compensación –cubrir unos gastos–. Cuadros da buena cuenta de cómo, en algunos países europeos en relación a la sangre, o en relación a los óvulos en España misma, la legislación contempla unos regímenes de compensación tan generosos que empañan la gratuidad de las donaciones. El hecho de convertir la donación en obligación legal no excluiría esta posibilidad, como no ocurre en el caso del deber de formar parte de una mesa electoral o de un jurado, a cambio del ejercicio del cual se prevén generosas compensaciones e indemnizaciones. Regímenes similares podrían establecerse para la donación obligatoria, pudiendo llegar a poner en tela de juicio su carácter no remunerado. Y, tal como se avanzaba unos párrafos atrás, se podría dar la paradójica situación de que se recibiese compensación a cambio de la donación obligatoria, pero no a cambio de la donación voluntaria.

Estas son algunas de las cuestiones que la lectura del libro deja en el aire. Ello es en alguna medida inevitable, pues el problema con el que este libro lidia –y no está de más destacar que se trata de un libro claro, coherente y ordenado– es complejo y lleno de aristas. En todo caso, considero que el de Pol Cuadros es un libro interesante y oportuno, porque trata un tema de máxima actualidad como es la mercantilización de los biomateria-

les humanos; porque se centra en uno de ellos, la sangre, que por su elevado valor simbólico puede servir de guía a la hora de diseñar regulaciones sobre los demás biomateriales; porque tiene un carácter pionero en nuestro país, que lo convierte en obra de referencia apta tanto para especialistas como para los que quieran introducirse en la materia; y porque invita a una reflexión crítica sobre el derecho vigente en materia de hemodonación, alimentando un debate que merece la máxima de las atenciones. Si además de estas cualidades tomamos en consideración las que se han ido apuntando a lo largo de la reseña, no queda más que felicitar al autor por este prometedor estreno.

Martí COLOM NICOLAU
Doctorando en la Universitat de Barcelona (PDI)

GARCÍA AMADO, Juan Antonio (coord.): *Conflictos de derechos: problemas teóricos y supuestos prácticos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, 632 pp.

La proliferación en los catálogos de derechos de normas de diferente tipo y rango y su vivificación en los cauces del método jurídico no solo constituye un fenómeno incontestable que no siempre puede resolverse hábilmente desde el pleno reconocimiento de la normatividad de los textos constitucionales, sino también un importante reto a la hora de indagar en la tipología y en la resolución de los conflictos que puedan surgir entre derechos. Estos parecen desplegarse en una práctica diversificada y conformada por los embates de reglas, principios y valores, sin que muchas veces el ciudadano medianamente informado se pregunte por qué puede o no puede hacer esto o aquello.

Los conflictos entre derechos, por lo demás inevitables dentro de las condiciones del pluralismo razonable de las democracias occidentales, se traducen así en la delimitación de los espacios de libertad en que nos movemos todos. Tan loable propósito debe exigir operaciones de cuidadosa cirugía jurídica que promuevan la efectividad de los derechos con garantías de que sus límites han surgido como resultado de un escrupuloso sometimiento a las máximas del método jurídico.

Lo cierto es, sin embargo, que los resultados de estas legítimas aspiraciones del individuo en sociedad han discurrido normalmente por los barrocos designios del jurista de laboratorio o de la mera resignación acomodaticia de los operadores jurídicos a una realidad exigente que reclama respuestas a los conflictos de pretensiones en el foro judicial.

El ambicioso título de esta magnífica obra colectiva podría ser un indicador de que sus artífices han seguido alguno de los dos derroteros mencionados. Pero no es así. Todos ellos han seleccionado un pequeño rincón de entre una constelación de posibilidades de conocimiento y, como si de artesanos se tratase, se han introducido en él con dedicación y desvelo, lo han exprimido y, aún más importante, permitirán a cualquier persona, ya sea experta o iniciada, introducirse en él sin mayor escollo que el de la voluntad propia.

El libro recensionado contiene aportaciones sobresalientes en un campo particularmente abonado para la reflexión y el diálogo. Los autores avanzan, página tras página, por los ingratos senderos de la investigación jurídica, pero sin perder el rigor ni la unidad de sentido de tan complejo fenómeno. Y quizá sea en esa interdisciplinariedad enriquecedora, con coherencia de construcción y una razonable trabazón interna en un tema tan inabarcable, donde radica uno de los mayores atractivos del libro. A todo lo anterior habría que añadir una acertada y estimulante perspectiva práctica en torno a los problemas planteados, que enriquece sustancialmente el valor científico de la obra y que, con toda seguridad, contribuirá a esclarecer los aspectos más intrincados de los conflictos de derechos.

El primer capítulo, que firma el propio García Amado con un título aparentemente neutro («¿Qué significa tener un derecho?»), constituye en última instancia una interesante crítica a la idea de los derechos de Alexy que, en ciertas partes del globo y, singularmente, en los foros de algunos tribunales constitucionales, se ha beneficiado de una cierta mitomanía. El papel de los jueces y las consecuencias prácticas de la eventual relativización de los dere-

chos anclados en los célebres mandatos alexyanos ocupan un lugar destacado en estas primeras páginas. La virtud del profesor de la Universidad de León de comunicar conceptos difíciles con un lenguaje sencillo, a través de esa genial combinación de lógica discursiva y viveza de ingenio tan personal que haría inoperativo el mejor sistema de revisión por pares ciegos, incide directamente en la mente del lector y lo invita, casi de forma inconsciente, a sumarse a las razones que sustentan su trabajo.

La originalidad de la contribución del profesor Cabra Apalategui sobre antinomias constitucionales reside esencialmente en que la crítica a la teoría neoconstitucionalista —aunque esta, a nuestro entender, no es un todo compacto y convendría hacer distingos— se dirige, no solo a la estructura de las normas de derecho fundamental y a la técnica de la ponderación, sino también, y, sobre todo, a la concepción conflictivista del sistema de derechos. Es particularmente cautivadora su objeción a la categoría de antinomia contextual propuesta por Martínez Zorrilla³, por la fortaleza de sus argumentos y porque es cierto que la construcción de nuevas figuras conceptuales no siempre se traduce en una mayor claridad o pedagogía con que afrontar el tema de las antinomias. Finaliza el texto con una firme apuesta por una teoría «coherentista» —esto es, «teleológica y sistemáticamente coherente», precisa el autor— para la que los derechos deben ser delimitados en la tarea de interpretación y puedan responder a técnicas subsuntivas en su aplicación.

Uno de los temas que se ha tratado de forma recurrente en los últimos años y en diversas ramas del Derecho es el de la limitada racionalidad de los operadores jurídicos cuando de resolver un caso se trata. Y ello se pone de manifiesto de forma singular, aunque no exclusiva, en los conflictos en que intervienen valores o principios considerados mutuamente inderrotables o que solo son resolubles a costa de un altísimo sacrificio moral. Sobre estos conflictos «genuinamente trágicos» trata el tercer capítulo (Uscanga Barradas). Aunque puede ser objeto de debate si todos los casos que incluye el texto responden a este último concepto, sin duda alguna es destacable el esfuerzo de la autora por incorporar un estudio casuístico con el que ilumina una idea algo empañada en la práctica por el deber inexcusable de los órganos jurisdiccionales de resolver todos los asuntos de que conozcan.

La profesora Restrepo Ospina ahonda en los criterios bien conocidos de solución de antinomias jurídicas, pero lo hace a través de la comparación entre las distintas tesis que a este respecto han construido iusmoralistas y positivistas. La parte más interesante del texto es, a nuestro juicio, la traslación de ese fino cotejo a los conflictos horizontales entre normas constitucionales, donde la autora empieza lamentando la ausencia de criterios estructurales para identificar las distintas categorías normativas en las construcciones teóricas de Dworkin y Alexy, y termina con un frontal rechazo al «complejo y laberíntico instrumental conceptual» que elaboran los principialistas.

Un libro completo y conceptualmente consistente sobre conflictos de derechos no podría dejar de lado la doctrina de Ferrajoli sobre antinomias y lagunas estructurales, espacio que cubre de manera magistral la contribución del profesor Ramos Pascua. La enmienda al jurista italiano, aun no

³ Entre otras, en MARTÍNEZ ZORRILLA, D., *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

siendo total, es acerada por las eventuales consecuencias prácticas a que puede conducir. La realización posible de los derechos consagrados en la ley fundamental o la cobertura de las omisiones inconstitucionales a través de resoluciones manipulativas o declarativas con delegación al legislador son algunos de los temas en que el autor despunta y se desenvuelve con solvencia y estilo elegante.

El trabajo relativo al conflicto entre publicidad y secretos de Estado (Sendín Mateos) es uno de los más interesantes y meritorios del volumen. Interesante, porque nos introduce con mano maestra en un tema sugerente y arcano, enriquecido además con posibles directrices para operar una reforma en la vigente legislación española sobre secretos oficiales. Meritorio, porque trata de cubrir un campo de estudio yermo, que cuenta una bibliografía inexplicablemente escasa si se tiene en cuenta la importancia atribuida en los últimos tiempos al ejercicio visible del poder. A ello se suma una cuidada combinación de estudio teórico, trabajo de campo y análisis de la cuestión en ordenamientos cercanos al nuestro. Con todo, el autor realiza una valiosa aportación que, sin duda alguna, contribuirá a nutrir las futuras y necesarias investigaciones en una materia de enorme trascendencia y actualidad.

El trabajo de la profesora Gutiérrez Santiago llama la atención por su enorme extensión, tanto cuantitativa como cualitativa, para un libro de estas características. Y, sin embargo, nos deja con ganas de seguir aprendiendo de ella. La protección de la personalidad pretérita ante las lagunas regulatorias y los retos tecnológicos y científicos o las posibilidades de recabar la tutela de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen tras el fallecimiento de su titular, entre otros temas, componen un documento muy completo sobre el que vale la pena detenerse. Civilistas, procesalistas y constitucionalistas, entre otros, encontrarán en él una visión panorámica apoyada en una valiosa bibliografía, y podrán beneficiarse del rigor con que la autora aborda cada uno de los aspectos contenidos en el capítulo. La conjunción de estas inusitadas virtudes hace obligatoria su referencia para todo el que quiera acercarse al tema, que no es poco decir.

La contribución del profesor Garzón Cárdenas hace partícipe al lector de una crítica valiente e incisiva. Se cuestiona el razonamiento de la casi omnipotente Corte Constitucional colombiana en torno a la declaración de constitucionalidad de las acciones positivas en materia de igualdad entre mujeres y hombres que, en su opinión, obedece a razones ajenas a la técnica jurídica y al juicio lógico de conformidad con que debe operar el máximo exégeta constitucional. Se suscriban o no las razones que componen el trabajo, lo cierto es que el autor no cae en la distensión de las valoraciones *a posteriori* que, aunque útiles desde el punto de vista académico e incluso político, carecen del impacto necesario en un tema de tan grave calado. Al contrario: es particularmente ensalzable la propuesta de una argumentación alternativa que, en su opinión, habría llegado al mismo fallo, pero con justo reconocimiento a los triunfos del legislador y respeto pleno a su libertad de configuración.

Los que hemos tenido la fortuna de seguir de cerca el trabajo de la profesora LEÓN ALONSO somos conocedores de la claridad y la solidez argumental con que reviste sus investigaciones. La que ahora incorpora al libro recensionado, sobre el derecho al sufragio de las personas con discapacidad, no es una excepción. Se contiene una crítica razonada y muy oportuna a la reciente reintegración en España del ejercicio de este derecho a las

personas incapacitadas y privadas de él sin que exista un tratamiento judicial individualizado de la diversidad. Aunque el estudio de la reforma reclama un tratamiento en clave netamente nacional, la definición precisa por parte de la autora de los conceptos que maneja y el recurso prudente a la normativa internacional permiten exportar las conclusiones de su trabajo más allá de nuestras fronteras, lo que sin duda es un alto valor añadido en los agitados tiempos por que atraviesan las concreciones del modelo de democracia constitucional.

La profesora Ordás Alonso nos regala dos títulos en este volumen. El primero es un estudio de las principales resoluciones del Tribunal Constitucional español sobre la protección del medio ambiente, especialmente en lo relativo a la contaminación acústica, y el compromiso, más o menos forzado, de aquel órgano jurisdiccional con la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, especialmente en materia probatoria. La diligente selección de casos clave y la detallada explicación de los antecedentes y fundamentos jurídicos de cada uno invitan a la reflexión sobre el parangón posible de las doctrinas que han venido construyendo los órganos nacional y europeo. Por otro lado, el segundo trabajo de la civilista desmitifica ciertos conceptos que con frecuencia se dan por supuestos en torno a la atribución de la vivienda familiar cuando sobreviene una crisis del matrimonio. En concreto, se subraya que el interés del menor como criterio de aquella atribución viene normalmente determinado por un entorno al que se le concede excesiva importancia y que, sin embargo, puede ser colmado por un conjunto infinito de posibilidades. La riqueza de situaciones a las que la autora nos hace enfrentar y, sobre todo, el recurso pertinente a fragmentos de sentencias y la incorporación de opiniones propias que atildan cada uno de los temas que se propone a tratar ponen en evidencia la rigidez argumental de la jurisprudencia española sobre este tema y hacen de estas páginas un conjunto compacto y merecedor de alabanza.

La relación entre el tiempo y el Derecho ha ocupado siempre una posición central en todos los estudios serios sobre las decisiones judiciales, y a ellos debe sumarse, por mérito propio, el del profesor Iniesta Delgado. El desgane lógico y ordenado de ideas en torno a la eficacia temporal de las resoluciones judiciales, la pedagogía de un ejemplo vertebrador —la nulidad de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario— al hilo de los temas tratados, así como el rigor procesal con que emprende uno de los conceptos más inasibles del Derecho —la cosa juzgada— hacen especialmente recomendable su lectura.

Cierra el volumen la visión de futuro contenida en el capítulo elaborado por el profesor Battelli (*Enforcement* privado y la autorregulación: nuevas perspectivas de protección), que pone de manifiesto la insuficiencia de los remedios procesales tradicionales para la protección de los derechos ante el surgimiento de plataformas digitales de información y difusión de contenidos en entornos cada vez más globalizados. La protección de los derechos de autor y los cambios en los ciclos creativos hacen necesaria la introducción de técnicas y herramientas de autorregulación que eviten la asimetría contractual sin distorsionar la eficiencia económica. Aunque se echa en falta en el estudio una valoración sobre la eficacia de estos mecanismos, que seguramente excedería con mucho el número de páginas permitidas para la colaboración, el completo diagnóstico sobre las ventajas y los límites de los modelos de autorregulación es un magnífico cimiento para posteriores estudios en la materia.

En suma, se tenga la concepción que se tenga sobre la forma de abordar correctamente los conflictos entre derechos, el lector se deleitará con la generosidad intelectual de todos los autores a lo largo de una obra por la que hay que felicitarlos y felicitarse. El ímprobo esfuerzo de cada uno de ellos en su jardín dibuja un paisaje, incompleto por necesidad, pero en el que cada detalle ha sido elegido con gusto y enorme vocación investigadora. El rigor, la extensión y la profundidad con que se emprenden los distintos temas son inequívocas señas de identidad de la mayor parte de su contenido. Se trata de un libro que apetece subrayar y anotar para futuras relecturas, estimula intelectualmente y deja huella en el lector. Una obra de primera línea, digna de tener un espacio reservado en los anaqueles de honor de cualquier biblioteca jurídica.

Walter REIFARTH MUÑOZ
Universidad de Salamanca

GIL RUIZ, Juana María: *El convenio de Estambul como marco de Derecho antisubordinatorio*, Dykinson, 2018.

La obra que dirige la profesora Juana María Gil Ruiz y en la que participa un conjunto de especialistas principalmente en el campo jurídico, pero también sociológico y de ciencias de la salud, propone una lectura de la violencia contra las mujeres desde el marco que proporciona el *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica* (2011), más conocido como Convenio de Estambul. Una obra que se inscribe en el planteamiento de acuerdo con el cual pensar sobre las mujeres es indisociable de la propuesta sobre un modelo social y un modelo de derechos, característico de la trayectoria de la Dra. Gil Ruiz y de la profesora Ana Rubio, a quien está dedicado.

Seguramente la clave interpretativa de esta obra la encontramos en la segunda parte de su título: *El Convenio de Estambul como marco de derecho antisubordinatorio*. El convenio realiza, entre otras muchas aportaciones, dos especialmente relevantes en el ámbito del sistema europeo de derechos humanos. Primero, mantiene un planteamiento coherente con la evolución normativa y doctrinal sobre la violencia contra las mujeres desarrollada en el derecho internacional de los derechos humanos e incorpora en el derecho europeo los avances por ellas propiciados. Es el caso de la *Convención internacional contra la discriminación de la mujer* (1965), la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer* (1993) y *Convención internacional para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer* (1994) más conocida como convención *Belem do Pará*. Segundo, se trata de un instrumento jurídico vinculante, el primero en la materia en el ámbito del Consejo de Europa. De ambas aportaciones se sigue, como muestra el libro de manera idónea, el convenio como un patrón que puede servir también para valorar la aplicación de la normativa española.

Los presupuestos sobre los que se asienta el análisis de las distintas contribuciones podemos identificarlos en tres ideas sobre la violencia contra las mujeres. La violencia como violación de derechos humanos, como paradigma de «subordiscriminación» y en tercer lugar la perspectiva de género. El término «subordiscriminación» acuñado por Barrère subraya que la violencia contra las mujeres es la forma más profunda de discriminación sistémica, estructural e intergrupala. Por tanto, adopta una perspectiva crítica con la categoría de discriminación, no tanto para negarla cuanto para superarla, y ahí se asienta la tesis del potencial transformador del derecho antisubordinatorio que, como enfoque, se percibe de una forma más nítida o con mayor fortaleza en algunas de las contribuciones, pero late en todo el texto. La importancia de incorporar la perspectiva de género en la totalidad de los procesos normativos de elaboración, interpretación y aplicación de las normas y en las políticas públicas a través de la idea no siempre bien comprendida de «gender mainstreaming», como explica muy bien la profesora Gil en el capítulo primero. Una obra amplia, rica en matices y en análisis plurales, de los que quisiera destacar aquellos que pueden tener mayor incidencia en las perspectivas señaladas.

El libro en conjunto puede ser leído como una aproximación holista e integral al fenómeno violento contra las mujeres por razón de género coherente con los estándares internacionales, que analiza y hace propuestas de interés en distintas vertientes. Así, contribuye a la revisión conceptual, ofre-

ce una perspectiva comprensiva de los procesos violentos contra las mujeres al reconocer diversos tipos de violencia que van más allá de las relaciones de pareja, presta atención al reconocimiento de los sujetos víctimas de la violencia y hace propuesta de mejora desde el punto de vista de las respuestas o la protección.

Así, la obra se mueve en una primera orientación hacia la revisión del concepto de violencia contra las mujeres, como concepto de carácter político y sitúa el núcleo de la concepción sobre la violencia contra las mujeres en la «subdiscriminación» derivada del sistema sexo-género de origen patriarcal que en tanto que sistema de dominación y control es origen y causa de esta violencia. Desde este prisma la transversalidad de género se presenta, como sostiene Juana M.^a Gil Ruiz en el capítulo primero «La catarsis del derecho ante la subdiscriminación», con un gran potencial transformador en todas las políticas públicas, bajo una triple condición: la revisión profunda de tales políticas, el compromiso con la igualdad efectiva y la formación en género de quienes han de impulsar y aplicar este principio. Resulta de especial interés el examen de la Dra. Gil Ruiz sobre las dificultades y efectos perversos derivados de anunciar la transversalidad sin llevar a cabo los cambios mencionados.

El Convenio de Estambul, en este sentido es expresión de esta concepción formando parte de un acervo jurídico internacional dirigido a combatir la violencia contra las mujeres y llamado sobre todo a articular una nueva y necesaria cultura jurídica en esta materia, como se propone a lo largo del texto y en especial en el capítulo M.^a Carmen Acuyo Verdejo, «La traducción en el ámbito de la violencia doméstica y de género: necesidades de formación del estudiantado universitario. Para llegar a una cultura jurídica de nuevo cuño que incorpore la perspectiva de género ha habido que atravesar un proceso de concienciación, reivindicación y conquista de derechos por los distintos feminismos plasmados en el texto de María Francisca Gámez Montalvo «Del silencio de las mujeres a la violencia de género», desde un enfoque metódico y riguroso como el que favorece la perspectiva histórico-jurídica.

Una segunda vertiente aglutinadora de esta obra, que apoya una visión integral del fenómeno de violencia contra las mujeres atiende a las causas de la violencia y a las diversas formas que adopta. La identificación de distintos supuestos constitutivos de violencia contra la mujer propicia una visión integral, y se retrotrae a las causas de la violencia y a la visibilización de los vínculos entre la violencia en distintos contextos. En este libro se hace referencia al acoso sexual, la trata de seres humanos, el matrimonio forzado y la mutilación genital femenina. Modalidades de acción constitutivas de violencia de género de acuerdo con el Convenio de Estambul que, sin embargo, la ley orgánica 1/2004 *de medidas de protección integral contra sobre violencia de género* no identifica como tales. En el ordenamiento jurídico español persisten obstáculos teórico-jurídicos para extender la violencia más allá de la relación de pareja, para comprender la violencia en el espacio público e institucional, así como otros tipos de subordinaciones. El libro también nos brinda la oportunidad de comprobar cómo en algunos campos aun es imprescindible la sensibilización y concienciación para poner nombre o identificar como violencia contra la mujer por razón de género una determinada realidad.

José Fernando Lousada Arochena ofrece un análisis riguroso y contextualizado del acoso sexual como violencia contra la mujer en el Convenio de

Estambul en el capítulo «Acoso sexual en el convenio y su transposición el pacto de estado en materia de violencia de género».

El magistrado de lo social adopta la perspectiva de los derechos humanos en el marco europeo y la conexión entre la violencia de género, la sexualidad y la violación de los derechos humanos. Situando esta violencia en la lucha contra la discriminación de las mujeres, el Convenio de Estambul favorece así la consideración de la violencia sexual como manifestación universal y cotidiana de la violencia de género arraigada en una cultura de la discriminación que legitima la apropiación y el control del cuerpo de la mujer por el hombre.

El texto examina las previsiones del Convenio, las directivas europeas en la materia y la legislación española, en especial la *ley de igualdad efectiva de hombres y mujeres*, ley orgánica 3/2007, y el pacto de estado en materia de violencia de género, para mostrar algunas de sus inconsistencias y también de sus avances. Un ámbito en el que persisten estereotipos de género fuertemente normalizados que impiden una adecuada interpretación y aplicación de la legislación. De ahí, el significativo llamamiento a avanzar más en desmitificar los discursos culturales, superar los estereotipos, modificación de patrones de conducta social y cultural orientados a la eliminación de prejuicios. En definitiva, contribuir así a la nueva cultura jurídica a la que hice referencia desde el principio.

Angeles Lara Aguado, autora de «violencia contra la mujer extranjera y trata desde la perspectiva de género» y especialista en derecho internacional privado, presenta la trata como delito –que afecta mayoritaria y desproporcionadamente a las mujeres extranjeras– y como grave violación de derechos humanos. Todas las formas de trata comportan violación de derechos humanos y muchas de ellas constituyen expresión de violencia contra la mujer. Somete a examen las inconsistencias entre el punto de vista sobre la trata desde los derechos humanos y ciertas medidas sobre las víctimas, así como la distancia entre las medidas protectoras derivadas de una concepción de la trata como violación de derechos humanos y como forma de violencia contra las mujeres y la práctica. Las debilidades de la normativa internacional y de buena parte de las medias protectoras conduce a la autora a proponer un decálogo de medidas contra la trata desde una perspectiva de género normativamente de carácter integral, protectora de las víctimas y eficaz frente a los tratantes.

El matrimonio forzoso como forma de violencia de género, como aportación del Convenio de Estambul, se aborda en el capítulo elaborado por M.^a Leticia Rojo Álvarez-Manzaneda, académica de eclesiástico del Estado. Una lectura de interés sobre los elementos basilares del matrimonio desde el punto de vista jurídico: consentimiento –capacidad y edad– y bilateralidad de la voluntad; así como las vías y formas de comprobación del consentimiento libre, sin violencia ni intimidación, por persona capaz, así como las distintas confesiones religiosas mayoritarias en este establecen que el consentimiento ha de ser prestado por varios esposos. Destaca, sin embargo, la advertencia sobre la dispersión normativa, las insuficiencias en protección de las víctimas, la ausencia de buenas prácticas. Propone de forma conclusiva un protocolo básico general de intervención en espacial para menores víctimas de matrimonios forzosos.

Otra de las formas de violencia de género que reconoce el Convenio de Estambul es la mutilación genital femenina. M.^a Teresa Gil Ruiz y M.^a Inmaculada Gil Ruiz (médica y enfermera respectivamente) escriben «Un nuevo

horizonte para la terapia ocupacional: la mutilación genital femenina». Desde una perspectiva sanitaria abordan esta forma de violencia desde una concepción de la salud y los cuerpos de las mujeres y las posibilidades de actuación que se abren a la figura del terapeuta ocupacional en el marco de equipos multidisciplinares. Por tanto, un proceso terapéutico efectivo que aporte beneficios en la salud y en la capacidad de vida a mujeres mutiladas o en riesgo de sufrir mutilación. Un tratamiento individual, considerado fundamental pero que adopta también una perspectiva contextual destacando la relevancia de la cultura. La historia y el entorno de cada persona y cada comunidad. Adoptar así una perspectiva holista es un recurso que el texto propone como necesario.

Tasia Aránguez Sánchez, autora de «La protección del cuerpo y discriminación sistémica» aborda, desde una perspectiva iusfilosófica, el significado de enfermedades de alta prevalencia femenina y su relación con manifestaciones de violencia de género. La consideración de ciertas enfermedades prevalentemente femeninas no visibilizadas, no valoradas o no identificadas desde la perspectiva de género comporta para las mujeres discriminación y violencia sanitaria e institucional. Muestra toda una serie de indicadores que afectan a la integridad física de las mujeres, su salud psicológica, capacidad económica o pérdida del empleo consecuencia de la discapacidad no reconocida. Estas mermas afectan a esferas vitales tanto en el espacio público como en el privado y aun no cuentan con respuestas adecuadas que restituyan a las mujeres en su autonomía relacional.

Una tercera dirección del libro apela a transformar la perspectiva sobre las mujeres y superar las dificultades para comprender a la mujer como sujeto de violencia que, coherentemente con informes y la doctrina internacionales se refieren a este paso como el cambio de perspectiva de la victimización y el asistencialismo al empoderamiento de la mujer, así como de otros sujetos relacionados con los procesos violentos sobre la mujer que ha dado pie a reinterpretar categorías como las de capacidad, autonomía y también la de vulnerabilidad. En este sentido, algunas de las contribuciones del libro se centran más bien en cuestiones que muestran las insuficiencias o el camino que queda por recorrer.

El capítulo de Paula Reyes Cano, «La suspensión del derecho de visitas en contextos de violencia de género: resistencias patriarcales» cuestiona la interpretación doctrinal y jurisprudencial dominante sobre el fundamento del régimen de comunicaciones paterno-filiales y sus déficits en relación con la autonomía y la capacidad de las mujeres víctimas de violencia de género y sus hijos. A pesar de los cambios legislativos en este aspecto, la jurisprudencia mantiene un principio general interpretativo de acuerdo con el cual la relación con el progenitor no custodio se considera beneficiosa para el hijo e hija y necesaria para el desarrollo integral de la personalidad. Y la pregunta pertinente que plantea el capítulo es si este paradigma puede mantenerse inalterado en supuestos de violencia de género. Del examen exhaustivo y de gran interés de sentencias entre 2015-2017 y entrevistas a menores concluye sobre la urgencia de modificar el paradigma existente en el derecho y la práctica judicial.

Carmen Ruiz Sutil, académica de derecho internacional privado, aborda «El enfoque de género en la sustracción internacional de menores». Advierte que los instrumentos internacionales tratan la situación de huida de una mujer maltratada con sus hijos e hijas del país en el que tenía fijada su residencia habitual, en la que media la denuncia del progenitor orientada a res-

tablecer la situación anterior quebrantada, con independencia de los motivos que ocasionaron la fuga. Por otra parte, los intentos de regulación del secuestro internacional de menores han llevado al legislador español a intentar ofrecer soluciones en diferentes ámbitos y sectores del ordenamiento jurídico español (penal, civil, internacional privado). Lo que le lleva a constatar que el tratamiento y los instrumentos jurídicos respecto a los desplazamientos ilícitos de menores a nivel internacional o en el marco de los estados de la Unión Europea no atiende suficientemente a la perspectiva de la violencia de género, cuando este es el motivo de la huida. Las soluciones jurídicas hasta el momento no han sido capaces de plantear la cuestión en términos que no sea de tensión entre la protección superior del menor expuesto a violencia de género y el refuerzo de la confianza mutua en el espacio judicial civil europeo. Concluye sobre una institución que aun precisa respuestas más reflexionadas y que garanticen la protección de los menores sin exponerlos a mayores riesgos.

Carmen Ruiz Repullo estudia desde un enfoque sociológico, «Un análisis de violencia de género desde la adolescencia». La violencia de género es la expresión extrema de las relaciones asimétricas de poder basadas en el género, cuya finalidad es mantener la desigualdad y la subalternidad a través del control.

La adolescencia siente lejana la violencia de género, no la reconoce en sus entornos y sus cotidianidades. Sin embargo, junto a los datos sobre la cara más visible de la violencia de género en la adolescencia (asesinatos, denuncias, número de denunciados) hay otros indicadores cuantitativos y cualitativos que el capítulo presenta como fundamentales, que si bien forman parte más de las formas de violencia de control, psicológica (como son humillación, el aislamiento, las amenazas, la descalificación), o formas de violencia sexual a través de ciberdelitos, cuentan con mayor permisividad en otras formas de machismo y violencia machista que tiene que ver con salirse de los patrones de género marcados por el patriarcado. Esta contribución finaliza apuntando a la insustituible prevención a través de la educación.

Finalmente, el libro ofrece algunos aspectos relativos a la protección y las respuestas ante la violencia, orientadas a aumentar el mayor grado de efectividad posible. Este texto aborda esta dimensión a través del examen de dos aspectos: la competencia de los juzgados de violencia de género y, sobre acceso a la justicia.

Marta Artacho Martín-Lagos en el capítulo «El tratamiento procesal de la competencia objetiva en materia civil del juzgado de violencia sobre la mujer» atiende, desde el área de derecho procesal, a aspectos relacionados con la competencia civil de los juzgados violencia sobre la mujer. El avance que supuso el reconocimiento de estos juzgados con competencias penales y civiles en virtud de la pertinente especialización, se desenvuelve también a través de dudas interpretativas y disfunciones en la aplicación en aspectos procesales en razón de la materia, de los sujetos, de las funciones y los tiempos del proceso que son objeto de un examen minucioso y propuestas de reforma que la autora considera indispensables.

Mariana N. Sánchez Busso examina en clave de sociología jurídica el «Acceso a la justicia. El ejercicio del un derecho humano fundamental en mujeres víctimas de violencia de género», el acceso a la justicia desde una perspectiva sociológico jurídica el derecho humano de acceso a la justicia, un derecho clave en la efectividad de derechos y la obtención de respuestas adecuadas por parte del sistema jurídico. El texto es el resultado de una investi-

gación que examina las representaciones conceptuales y las experiencias de las mujeres de una zona de Córdoba (Argentina) víctimas de violencia de género a través de entrevistas.

De esta investigación se desprenden consideraciones muy destacadas, como es la tesis de que la desigualdad en las posibilidades concretas de acceso no depende solo de causas de tipo económico sino también de características socioculturales derivadas del desconocimiento de las normas y procedimientos vigentes y en general de barreras que impiden a los grupos menos privilegiados la protección de sus derechos. Los obstáculos generales para el acceso a la justicia impactan de modo diferenciado en las mujeres, tanto por las brechas existentes en materia de inserción laboral como por las mayores responsabilidades reproductivas que asumen.

En suma, el libro contribuye, sin duda, a articular un enfoque integral que pretende no solo que las medidas predeterminadas por las normas tengan efectos sustantivos, sino al mismo tiempo que logren una transformación social y el reconocimiento de las mujeres como sujetos con derechos, y no solo como sujetos vulnerables necesitados de protección. Atravesado por el análisis de lo que puede significar la nueva norma europea sobre violencia de género respecto a los avances y retrocesos en distintas instituciones del ordenamiento jurídico tanto legislativas, jurisprudenciales y doctrinales. Puede ser así, una pieza en la nueva cultura jurídica que las autoras de esta obra proponen como meta y que está presente en todos los trabajos de la profesora Juana María Gil Ruiz.

María José AÑÓN
Universitat de València

MARCOS DEL CANO, Ana María/DE LA TORRE DÍAZ, Francisco Javier (Editores): *Y de nuevo la eutanasia. Una mirada nacional e internacional*, Colección: *Bioética para pensar*, Madrid, Editorial Dykinson, 2019, 217 pp.

La obra que tengo el placer de comentar se inicia con la valiosa exposición (a modo de Prólogo) del Profesor Francisco Javier de la Torre Díaz y de la Profesora Ana María Marcos del Cano, artífices como editores de esta gran iniciativa. De este modo, los eminentes bioeticistas y juristas comienzan por desplegar un somero pero elocuente, plano de la situación actual en relación con el improrrogable debate sobre la eutanasia y de la trascendencia que supone la regulación jurídica de la misma, en cuanto afecta a una dimensión humana de tal calado como es la responsabilidad y la inderogable dignidad de la propia vida.

Esta monografía surgió, como se expone en su Prólogo, en el marco del Proyecto de Investigación sobre «Bien morir, eutanasia y fin de la vida. Aspectos bioéticos» (abarcando el período 2017-2019) que, bajo la dirección del Profesor de la Torre Díaz, ha sido desarrollado en el seno de una Institución clásica en el estudio de las cuestiones bioéticas y biojurídicas: la Cátedra de Bioética de la Universidad Pontificia Comillas. No en vano, esta Cátedra nació con el objetivo de contribuir a iluminar los problemas morales suscitados por los espectaculares avances de las ciencias biomédicas. Y es que allá por 1980, la Facultad de Teología de dicha Universidad, comenzó a abordar esta temática mediante una serie de Seminarios internos sobre temas relacionados con la Bioética, lo que llevó a la publicación de dos conocidas obras, si bien la que ahora nos interesa destacar es: *La Eutanasia y el derecho a morir con dignidad*, editada por el célebre Profesor Gafo en 1984, bajo cuyos auspicios se llevó a cabo la renombrada Cátedra de Bioética. Ahora bien, el debate en torno a la eutanasia ha cambiado sobremanera desde entonces, en especial, los principales agentes de este sempiterno debate han cambiado, es decir, desde el colectivo de los profesionales de la salud, los juristas, las familias, los enfermos, los medios de comunicación hasta los partidos y representantes políticos. Un nuevo contexto social, político y cultural ha rescatado esta eterna controversia sin que tampoco se conozca muy bien en muchos ámbitos qué es exactamente la eutanasia y qué no es. Así las cosas, esta obra pretende abordar esta problemática desde este nuevo contexto, es decir, en una sociedad en la que, como acertadamente indica la Profesora Marcos del Cano, «la tecnología, la hospitalización, la soledad y el aumento de la expectativa de vida nos coloca en situaciones nuevas con respecto a otras épocas y en las que la persona debe poder anticipar ese momento y pensar en cómo y dónde quiere morir».

Paralelamente, es oportuno incidir en que este monográfico ha visto la luz, asimismo, gracias a la colaboración e impulso del Grupo de Investigación de la UNED «Derechos Humanos, Bioética y Multiculturalismo», que dirige Ana María Marcos del Cano. Este Grupo de Investigación inició su andadura durante el año académico 1995-1996, centrandose su foco de atención preferente en las complejas implicaciones morales y jurídicas que, desde de la óptica de los derechos humanos, presentaba la aplicación de los avances biotecnológicos en el campo de la reproducción humana, la asistencia sanitaria o, precisamente, el debate sobre la eutanasia. Desde el año 2006

este Grupo cuenta con el reconocimiento de «Grupo de Investigación Consolidado» por parte de la UNED.

Fruto de la concatenación de estos dos buques insignias de la Bioética nace esta obra, que ofrece una respuesta rigurosa, amplia y sistemática al candente debate en torno a la eutanasia.

Con solo echar una ojeada al índice ya se puede formar la idea, acertada sin duda, de que este libro tiene un contenido atractivo y prometedor de nuevos aspectos, sobre todo respecto a ámbitos supranacionales, en comparación a lo tradicionalmente escrito en su género. Resaltaré, a continuación, algunos de los puntos fundamentales que permiten calificar este libro de excelente, dejando constancia que sobran razones para recomendar su lectura a los estudiosos de la Bioética y el Bioderecho moderno.

A tenor de lo subrayado en las líneas iniciales de esta recensión, lo primero que me llama la atención y destacaría de este texto es la altísima calidad de sus editores (que se ha visto reflejada, como comentaremos posteriormente, asimismo en la capacidad de aunar en una obra a un elenco de autores del mismo nivel). Es a ellos a quienes corresponde la autoría de los dos primeros capítulos de este libro. El primer capítulo, bajo el título «Eutanasia y suicidio asistido. Razones y argumentos para pensar», es firmado por el director del Máster de Bioética de la Universidad Pontificia Comillas, el Profesor de la Torre Díaz donde aborda una suerte de atinados argumentos y razones de fondo en el debate sobre la eutanasia, para pasar, a continuación, a analizar la situación en España en el capítulo segundo, bautizado como: «La eutanasia: propuesta de regulación en España». Este segundo capítulo, de la mano de la Catedrática de Filosofía del Derecho de la UNED, la Profesora Marcos del Cano, se centra, especialmente, en la Proposición de Ley orgánica del Grupo Parlamentario Socialista del pasado 21 de mayo de 2018. La Profesora Marcos del Cano llama la atención, muy acertadamente, que en la ola de debates que se está produciendo, en nuestros días a nivel nacional, sobre dicha proposición de ley de la eutanasia no haya pronunciamientos de colectivos de afectados, véase el caso de asociaciones de familiares de enfermos, sino que lo único que sale a la luz son casos particulares. Lo que de nuevo demuestra, a su juicio, que no se trata de un clamor de la sociedad para ejercitar un derecho, sino más bien de establecer procedimientos para casos particulares y excepcionales que se produzcan. De hecho, en España no ha habido una generalidad de situaciones, sino casos concretos, algunos muy mediáticos, que todos tenemos en nuestra memoria, como el de Ramón Sampederro (del que se cumplen más de veinte años de su muerte) o recientemente, el caso que saltaba a la luz mediática, en el contexto del País Vasco, de Maribel Tellaetxe, enferma de Alzheimer que fallecía el pasado marzo de este mismo año 2019; cuya familia había logrado a través de la plataforma «change.org» más de 163.000 firmas de apoyo a su petición para la despenalización de la eutanasia y el suicidio médicamente asistido. Para la Directora del Grupo de Investigación «Derechos Humanos, Bioética y Multiculturalismo», llama poderosamente su atención que no se esté teniendo un diálogo con los profesionales sanitarios que deben aplicarla cuando la gran mayoría, como así se ha pronunciado la Organización Médica Colegial, se opone a su práctica.

En lo que concierne a este segundo capítulo que vertebra esta obra, me gustaría subrayar el más que pertinente –e ineludible– apartado sobre la conceptualización de la eutanasia. Igual de pertinente es el hecho de que sea la Profesora Marcos del Cano quien nos sumerja en las profundidades de los

conceptos atinentes a esta problemática en la medida en que, durante años, la Doctora Marcos del Cano ha buceado entre numerosas obras monográficas, tesis doctorales, capítulos de libros, artículos, en su labor de investigación –incluso investigación de campo– en torno a la eutanasia que cristalizaban en la monografía, de más de trescientas páginas, *La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico* publicada por la muy benemérita editorial Marcial Pons en 1999.

Junto a la eleva calidad de los editores de este libro, debemos resaltar la excelente elección del resto de autores que conforman esta obra coral. Así, encontraremos un nutrido elenco de profesionales de prestigio, que nos ofrecen visiones particulares, pero bien trenzadas por un hilo conductor común: la voluntad de debatir sobre los retos éticos y jurídicos de la eutanasia hoy en día. Podemos, de esta forma, leer el sentir y pensar de investigadores de Centros tan prestigiosos, nacional e internacionalmente, como el Comité de Bioética de España o la Cátedra de Bioética de la Universidad Pontificia Comilla, el Instituto de Bioética de la Universidad Javeriana en Bogotá, la UNED o la Universidad de Trento. Un equipo que nos ofrece reflexiones éticas, jurídicas, científicas, sociológicas, e incluso políticas, en ramas jurídicas que van desde el Derecho Constitucional, Penal, Civil y el Derecho Internacional.

En los capítulos que siguen se analiza, con claridad y datos actualizados, la situación en los países, en sede europea, que tienen aprobada la eutanasia o el suicidio asistido, tal es el caso de Holanda («La eutanasia y el suicidio asistido en Holanda», capítulo firmado por el Magistrado Dr. Fernando Pinto Palacios); Bélgica y Luxemburgo («La eutanasia en Bélgica y Luxemburgo», desarrollado por la Doctora en Derecho de la UNED, Ana Ylenia Guerra Vaquero) y Suiza («El suicidio asistido en Suiza», de la mano de Maro Botica, Doctor en Teología y Máster en Bioética). Igualmente se plasma la situación que acontece en el gigante canadiense («La eutanasia y el suicidio asistido en Canadá» que ha corrido a cargo del Investigador de la Universidad Pontificia Comillas Borja Sánchez Barroso). Debo, asimismo, resaltar el estudio realizado en ciertos estados norteamericanos, concretamente en el Estado de Oregón que ha sido abordado por Federico de Montalvo Jääskeläinen, Presidente del Comité de Bioética de España («La regulación del suicidio asistido en Estados Unidos; en especial, el modelo Oregón») y en América Latina, concretamente en el ámbito colombiano al que dedica sus esfuerzos Eduardo Díaz Amado del Instituto de Bioética de la Universidad Javeriana («El morir dignamente y la eutanasia en Colombia»).

Ponen el broche de oro a esta obra una serie de exhaustivos trabajos sobre las iniciativas jurídicas de países, tan importantes de nuestro entorno, como Francia, Alemania o Italia que claramente han optado por rechazar la eutanasia y el suicidio asistido. Así, destacamos el capítulo «La legislación francesa sobre el final de la vida» que desarrolla el Dr. José Ramón Díez Rodríguez, Doctor en Derecho por la UNED. El Prof. Federico de Montalvo Jääskeläinen y Borja Sánchez Barroso, Profesor e Investigador, respectivamente, de la Pontificia Universidad Comillas, nos ayudan, de forma decidida, a entender el contexto jurídico alemán en torno a la eutanasia con su bien trazado capítulo «La regulación de la eutanasia y el suicidio asistido en Alemania: ¿una excepcionalidad o un modelo europeo basado en la dignidad humana?» Finalmente, el desarrollo en Italia no podía tener mejor representante que el Profesor e Investigador de Derecho Constitucional Comparado de la Universidad de Trento, Dr. Simone Penasa, autor de innumerables artículos de investigación siempre con exquisitas aportaciones.

Con todo, podemos afirmar que el título otorgado a esta obra es fiel reflejo de una realidad que acomete. «Y de nuevo la eutanasia. *Una mirada nacional e internacional*». En efecto, el texto aborda la situación actual que preside esta problemática en España así como la vertiente internacional de la misma. Esta última ocupa una mayor extensión en páginas y esto es algo que es de alabar y que imprime a la obra originalidad, llegando a poder afirmar que, actualmente, en castellano no encontramos un libro que refleje esta realidad tan claramente y con tantos contrastes y contextos territoriales. Dentro de esta visión internacional de la eutanasia, la estructura bajo la cual se cimenta el trabajo obedece a dos bloques o unidades temáticas, nítidamente diferenciados, aunque, sin duda, vinculados entre sí: aquellos países cuya situación es que tienen aprobada la eutanasia o el suicidio asistido y, por otra parte, aquellos que claramente han optado por rechazarla de plano.

En otro orden de cosas, y también en referencia a la estructura del libro, resulta encomiable la atinada combinación de elementos científicos, herramientas éticas e instrumentos jurídicos en un mismo texto, lo que facilita enormemente la tarea de ofrecer una formación integral. Todo ello, supone que esta obra contenga una reflexión de carácter multidisciplinar que compagina, admirablemente, los discursos de la Bioética con los razonamientos filosóficos y jurídicos.

Estimo que es razonable afirmar que estamos ante una de las obras que, dentro de la literatura de la especialidad que vienen apareciendo en lengua española durante estos últimos años, ofrece aportaciones personales, sin limitarse, como no pocas veces ocurre, a exponer lo ya dicho y escrito por otros autores, incluso con gran proximidad en el tiempo. Considero, por ende, que se cumple con creces el objetivo que los editores plasmaban en el Prólogo, es decir, la monografía ayuda a pensar con hondura lo que supone social, moral, política y culturalmente el tema de la eutanasia y el suicidio asistido tanto a nivel nacional como internacional.

Concluiremos diciendo que se trata de una obra altamente recomendable con un texto ameno y de lectura fácil, sin que ello afecte a la profundidad del contenido, que además incluye todos los aspectos relevantes –y de los ámbitos y contextos territoriales más significativos– en relación con la temática, elegida con tino y oportunidad, a la que se halla adscrito. No en vano, afronta una problemática de la mayor actualidad e interés. Pero, sobre todo, se trata de una obra rigurosa y eficaz, que sabe poner el énfasis en los puntos cruciales, con un enfoque didáctico y discursivo. En este sentido, no pretende cerrar problemas jurídicos sino abrirlos o replantearlos, respondiendo con soluciones que recogen conceptos distintos, sólidamente fundamentados, desde un análisis interdisciplinar, propio del más exigente rigor científico de sus autores.

Elena ATIENZA MACÍAS
Universidad del País Vasco UPV/EHU

IV

NOTICIAS

Crónica de las XXVII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política

Las XXVII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, se celebraron en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid durante los días 6 y 7 de mayo de 2019, organizadas por el Observatorio de Derechos Humanos de la Universidad de Valladolid y el Área de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho, cuyos profesores, Jesús Castillo Vegas, Enrique Marcano Buénaga, Luis Carlos Amezúa Amezúa y Javier García Medina, como coordinador, se constituyeron como Comité organizador para dar acogida e infraestructura a este evento, siendo la aportación de los profesores Francisco Javier Andrés Santos, Alex Corona Cimas y Fernando Hernández Fradejas esencial para el desarrollo de la misma, sin olvidar a Belén Moreno Llorente, personal de administración del Observatorio de Derechos Humanos, cuya implicación fue encomiable.

La apertura y presentación de las Jornadas corrieron a cargo del Decano de la Facultad de Derecho, D. Juan María Bilbao Ubillos, y de la presidenta de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Doña Ana Rubio Castro.

El eje temático sobre el que versaron las jornadas fue «Debates en el modelo democrático y en el Estado de Derecho», articulándose a través de cuatro sesiones. La primera de ellas que llevaba por título *Reflexiones sobre derechos humanos y derechos fundamentales*, moderada por la profesora Juana M.^a Gil Ruiz, se abrió con la ponencia de la profesora M.^a José González Ordovás (Universidad de Zaragoza) titulada «Sobre el peso de los derechos humanos en momentos de ingravidez jurídica», en la que abordó por un lado, el papel que lo jurídico posee en la sociedad, centrándose principalmente en cómo inciden en el discurso de los derechos humanos los cambios derivados de la globalización y, por otro lado, en la relación entre el mercado y los derechos humanos, ya que muchas veces estos se consideran cargas u obstáculos del primero. La segunda de las ponencias de esta sesión fue presentada por la profesora Sonia Esperanza Rodríguez Boente (Universidad de Santiago de Compostela) bajo el título «Crónica de una guerra encubierta: los derechos fundamentales derrotados», en la que vino a ocuparse del debate, a su juicio no superado, entre el positivismo legalista

y el neoconstitucionalismo, inclinándose por el primero al entender que permite defender en mayor alto grado el imperio de la ley y, por tanto, la libertad humana.

La segunda de las sesiones, moderada por el profesor Javier Ansuátegui Roig, se desarrolló bajo la rúbrica de *El Estado y la Constitución en el contexto actual*, y en ella intervino, en primer lugar, el profesor Alfonso de Julios Campuzano (Universidad de Sevilla) con la ponencia titulada «Constitucionalismo y democracia tras la crisis del modelo westfaliano», en la que profundizaba sobre el futuro del Estado Constitucional, en un marco de globalización, con la consiguiente crisis estatalista, y cómo afectan las inevitables y mutuas dependencias interestatales a la supervivencia de ese mismo Estado. Por su parte, y como segunda ponencia de esta sesión, el profesor Antonio Manuel Peña Freire (Universidad de Granada) disertó sobre «La constitución del Estado de derecho», abogando porque debería estar constituida por valores y principios esencialmente de carácter moral pero de origen jurídico, que posibilitasen el Estado de derecho como forma de gobierno, siendo los principios de legalidad integrantes ineludibles de tal constitución.

Bajo el título común *Desarrollos normativos del principio de Igualdad y no discriminación*, se llevó a cabo la tercera de las sesiones, moderada por la profesora Encarna Bodelón González, en la que intervino, en primer lugar, la profesora Ana María Marcos del Cano (UNED) presentando la ponencia titulada «El derecho a la educación como fundamento de la igualdad», centrándose, esencialmente, en el análisis y discusión del *Proyecto de Ley de educación aprobado en febrero de 2019*, con el objetivo de determinar si garantiza un sistema educativo basado en la equidad, vía básica para alcanzar la igualdad efectiva y real. La segunda de las ponencias «La complejidad de las desigualdades: perspectivas enredadas para un desarrollo normativo», corrió a cargo del profesor Raúl Susín Betrán (Universidad de la Rioja).

Una cuarta sesión, moderada por la presidenta de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Ana Rubio Castro se realizó atendiendo al título *Modelos de ciudadanía y un nuevo pacto político*, en la que la primera de las ponencias «Las nuevas derechas y la libertad de enseñanza. Los recientes casos de Brasil y Alemania» fue impartida por el profesor Mario Losano (Accademia delle Scienze, Torino, Italia) subrayando los casos de limitación de la libertad de enseñanza, la censura y los mecanismos de delación frente al llamado «adoctrinamiento» que se vienen promoviendo en estos países. El profesor Javier de Lucas procedió a clausurar la sesión y las Jornadas, con su ponencia «A la espera de la ciudadanía cosmopolita: condiciones de una ciudadanía inclusiva».

Un momento especial de las Jornadas fue el *Recuerdo a Mario Ruiz*, rindiéndosele homenaje a través de la Mesa redonda centrada en «Cuatro temas iusfilosóficos en la obra de Mario Ruiz», moderada por la profesora M.^a José Añón Roig (Universitat de València) y en la que intervinieron: la profesora Patricia Cuenca Gómez (Universidad Carlos III de Madrid) con la ponencia «Coherencia y derecho»; la profesora Isabel Turégano Mansilla (Universidad de Castilla-La Mancha) abordando en su ponencia la cuestión del «Pluralismo jurídico»; el profesor Juan Ramón Fallada García-Valle (Universitat de València), quien presentó la temática sobre «Discriminación racial/dignidad humana»; y, por último, el profesor Víctor Merino Sancho (Universitat Rovira i Virgili) que se ocupó de la «Justicia medioambiental».

Las comunicaciones se agruparon en función de los ejes temáticos que habían dado título a las diferentes sesiones de las jornadas, posibilitando a

los autores que presentaran sus trabajos y principales conclusiones, procediéndose después a abrir un debate entre los asistentes, que discurrió, según señalan los moderadores, con un alto grado de participación e intercambio de pareceres muy enriquecedor.

En el marco de las Jornadas se celebró la Asamblea anual de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, en la que la Presidenta Ana Rubio Castro dio cuenta de las cuestiones de trámite en la marcha de la Sociedad. Por su parte la profesora Ángeles Solanes Corella, directora del Anuario de Filosofía del Derecho relató el proceso para la configuración del volumen de 2019, de las acciones que se habían efectuado para conseguir una mejor indexación y de la renovación del sello de calidad del Anuario. Se acordó, también, que las próximas Jornadas de la Sociedad se celebrasen en la Universidad de Sevilla. Punto importante y a destacar de la Asamblea fue la renovación de la Junta Directiva de la Sociedad, quedando integrada por la profesora Juana María Gil Ruiz como nueva presidenta; José Luís Pérez Triviño, tesorero; Javier García Medina, secretario; y María José González Ordovás, José Antonio Ramos Pascua, Ricardo García Manrique; Patricia Cuenca Gómez e Isabel Lifante Vidal, como vocales. En su despedida como presidenta de la Sociedad la profesora Ana Rubio Castro agradeció a los miembros de la Junta salientes todo el trabajo realizado y a los socios su apoyo durante estos años. Deseando a la Junta directiva entrante el mayor de los aciertos en esta nueva andadura.

La clausura oficial de las XXVII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, correspondió a Don Fernando Rey Martínez, Consejero de Educación de la Junta de Castilla y León, quien destacó la importancia de un evento como este dado que la reposada reflexión no es frecuente en nuestros días y más si procedía de reconocidos investigadores en una materia que indaga sobre las raíces de las cosas como es la Filosofía del Derecho.

Manifiestar a todos el agradecimiento por haber acudido a estas XXVII Jornadas ya que con esa presencia se han hecho realidad los debates, críticas e intercambios de opiniones que posibilitan el mutuo enriquecimiento intelectual y personal, núcleo esencial de este encuentro tanto en las ediciones pasadas como en las futuras.

Javier GARCÍA MEDINA
Director del Observatorio de Derechos Humanos
Universidad de Valladolid

Escritura, derecho, memoria II Simposio Internacional *La Cultura literaria del Derecho*

Tuvo lugar, entre los días 18 y 19 de octubre 2019, la celebración del II Simposio Internacional *La Cultura literaria del Derecho*, cuyos ejes temáticos fueron en esta ocasión «Escritura, Derecho, Memoria». Organizado por la Cátedra Abierta de Derecho y Literatura de la Universidad de Málaga, coordinada desde el Área de Filosofía del Derecho de su Facultad de Derecho, este II Simposio –el I (2017), convocado bajo el tema «Alianzas transatlánticas», estuvo orientado a las relaciones con Brasil y EEUU– reunió la presencia de ponentes universitarios de Iberoamérica (Pontificia Universidad Católica del Perú) y Europa (Università degli Studi del Molise, Italia), junto a españoles procedentes de la Universitat Jaume I (Castellón) y Universidad de Valladolid, además de la Universidad de Málaga. Los particulares abordajes concitaron enfoques desde la Historia del Derecho, Derecho constitucional, Derecho Internacional y la Filosofía del derecho. El desarrollo del Simposio ofreció, por su vocación iberoamericana, una señalada proyección hacia narrativas del mundo andino y amazónico.

Agrupo, de acuerdo a los mencionados marcadores temáticos, las intervenciones de los diversos participantes. Para «Escritura», la de Cristina Monereo Atienza, María Pina Fersini, Felipe Navarro Martínez y José Calvo González; en «Derecho», Jesús García Cívico y Alberto Vespaziani, y para «Memoria», las de Carlos Ramos Núñez y Javier Dámaso Vicente Blanco.

Las perspectivas utilizadas en el primer núcleo abrieron a panoramas como género y feminismo jurídico, los preámbulos constitucionales como epistolarios amorosos, o la escritura de la ley en la narrativa de la selva en África y la Amazonía. Así, *Escritura de los cuerpos y sujeto femenino en The Handmaid's Tale de Margaret Atwood*, a cargo de la Profra. Monereo, mostró a través de la conocida novela y serie televisiva *El cuento de la criada* (1985) –así como en su reciente secuela *The Testaments* (2019)– un análisis de formas escriturales gráficas –tatuajes– y agráficas –vestimentas, colores, etc– del cuerpo de mujeres y hombres a modo de sistemas de transferencias ideológicas de la identidad de género, y examinó asimismo el planteamiento de la novela en torno a la posibilidad de que tales identidades pudieran ser recuperadas y reconstruidas por las mujeres mismas, tal y como plantea el feminismo de la diferencia. En ese sentido, mostró la posición de Atwood, no siempre concluyente y, a menudo, limitada, particularmente respecto a la noción de subjetividad frente a la de identidad, consciente del fuerte poder de las convenciones generadas por el sistema y el activo mecanismo de borrado oficial de eventuales identidades anteriores, pues quienes están en el poder tienen siempre capacidad para «escribir» a los oprimidos y carecen de voz imponiéndoles una visión naturalizada de la vida. La tesis de Atwood, por tanto, estaría cerca enfrentar la noción de subjetividad a la de identidad, considerando que las identidades pueden ser útiles a corto plazo para la reivindicación de derechos, si bien a largo plazo segregan a los seres humanos, que son todos diferentes, de manera artificial. La Dra. Fersini acudió al relato ovidiano de *La Metamorfosis* sobre el mito «Eco y Narciso» para, con base en las tesis de J. J. Bachofen (*Das*

Mutterrecht: eine Untersuchung über die Gynaikokratie der alten Welt nach ihrer religiösen und rechtlichen Natur, 1861), introducir la hipótesis explicativa del modelo de ginecocracia o superioridad de las mujeres, antecedente al derecho patriarcal, que en una etapa violenta de la historia del paradigma sexuado de poder en la evolución jurídica occidental, acabó rechazado y sometido; de ahí, la reducción y castigo de Eco, ninfa de la Música y la Retórica, a mera la condición de reflejo lejano, reverberado, fragmentario y desvanecido de Narciso. La ninfa ovidiana, pues, reconducida a arquetípico de la mujer histérica e imaginario de referencia en la justificación del «discurso» clásico de exclusión de la mujer de la esfera pública; o sea, desplazamiento a otro lugar que está fuera de la Ley y dentro de un marco doméstico o, mejor dicho, de domesticación. De esta manera, investigar acerca de la mujer en el derecho no tanto implica trabajar con una inexistencia, sino, más bien, con la ausencia, que no significa necesariamente el no haber sido nunca dentro de la Ley, sino haber perdido el derecho de estar allí. Finalmente, la ponente acudió a la novela *Una Donna* (1906), de Sibilla Aleramo, para hacer ver cómo, en el siglo xx, la escritura autobiográfica en femenino representa la herramienta para reescribir la ausencia de la mujer en el derecho y, al mismo tiempo, un dispositivo de restitución de voz al sexo femenino. El Prof. Navarro –*Quién te escribirá cartas de amor. Constitución y procesos constituyentes como formas de epistolario amoroso*– ofreció una lectura de varios preámbulos constitucionales –Francia, USA, España (1978), Colombia (1991), Perú (1993) y otros– en clave de «cartas de amor», con referencias a epistolarios de Flaubert, Chéjov y Kafka, o la correspondencia entre Florentino Ariza y Fermina Daza en *El amor en los tiempos del cólera*, de G. García Márquez, para expresar –más allá del argumento de autoridad primario del constituyente formulado como consenso político a partir la aceptación/recepción privada y pública– una idea de consenso social afectivo (de *affectio societatis*, deseo de permanecer juntos, de fidelidad y constancia), alimentado por proposiciones, promesas, seducciones de un «te amo fundante», que permitiría la interpretación de los procesos constituyentes y la propia Constitución como un subgénero de la correspondencia y los epistolarios amorosos. Por último, el Prof. Calvo formulando la idea de que «la Ley escribe los cuerpos» se ocupó de una de las variantes de estilo caligráfico, el estilo de la letra a cuchillo. Las reglas gramaticales y ortográficas de la escritura jurídica, sostuvo, han subsistido sin apenas cambios durante más de veinte siglos; lo que sí ha cambiado ha sido, sin embargo, el estilo caligráfico de lo escrito en el *Cuaderno de Escritura de la Ley*. Sobre esa metáfora examinó una manifestación de la Escritura del Imperio de la Ley con el vacío, como escritura jurídica de *Vacatio Legis sine die*, atendiendo a las narrativas sobre la extracción del caucho en los bosques del África central y del área amazónica y el genocidio de las etnias congo, bora, huitoto y otras muchas como Ley sobre cuyos cuerpos caligrafizó Europa el vacío, un vacío (*vacuus*) legal persistente. *Escribir con el vacío. Escritura de la Ley en la narrativa de la selva*, pasó revista a la novela de la selva africana de finales del siglo xix –de la *Heart of Darkness* (1899), de J. Conrad, es el ejemplo más conocido– y a numerosos «libros de la selva» en la narrativa iberoamericana de la Amazonía durante las primeras décadas del siglo xx y hasta mediados del mismo, deteniéndose en pasajes de *La Vorágine* (1924) y *Toá. Narraciones de caucheras* (1933), de los colombianos José Eustaquio Rivera y César Uribe Piedrahita, *A Selva* (1930), del luso-brasileiro José Maria Ferreira de Castro, *Canaína* (1935)

del venezolano Rómulo Gallegos, *Borrachera verde* (1937) del boliviano Raúl Botelho Gosalvez, o *El mundo es ancho y ajeno* (1941), *Sangama. Novela de la selva amazónica* (1942) y *Bubinzana. La canción mágica del Amazonas* (1962), de los peruanos Ciro Alegría y Arturo D. Hernández.

Adheribles al segundo núcleo –Derecho– se encontrarían las ponencias sobre *Tortura y relato interior: de Villiers de l'Isle Adam a George Saunders*, del Prof. García Civico (UJI), e *Il Pentamerone di Giambattista Basile. Metafora del potere ne Lo Cunto de li Cunti*, del Prof. Vespaziani (Unimol). El primero se ocupó de aspectos ontológicos de la tortura que tienen que ver, precisamente, con lo innombrable, o mejor, con un relato cuyos elementos sustanciales se sitúan más allá de los enunciados característicos de los «hechos probados». Anotó la confesión a Mallarmé por el escritor francés Villiers de L'Isle mientras trabajaba en la preparación de sus *Contes cruels*, de hacer continuación en la estética de Poe, y cómo en sus posteriores *Nouveaux contes cruels*, el titulado «La tortura por la esperanza», relato inspirado en la retorcida figura del inquisidor español Pedro Arbués, abre a una sofisticación del *diseño* del tormento psicológico superador del antiguo suplicio afín al imaginario medieval. Esta perspectiva fue objeto de su detenido análisis en J. M. Coetzee, W. G. Sebald y, en especial, Georg Saunders, ganador el pasado año del Premio Booker por *Lincoln in the Bardo*, quien integra en «Escapar de la cabeza de araña» elementos novedosos relativos al modo y a la autoría que la evolución jurisprudencial del delito de tortura debe ir aceptando: más allá del elemento objetivo (la gravedad del daño), intencional (la finalidad del suplicio) y subjetivo (la identidad del torturador), la esencia de la tortura tiene que ver con aquello que la literatura, de Boccaccio al argentino Ariel Dorfman, de Voltaire al húngaro Imre Kertész, ha desvelado: un peculiar diseño de la imaginación. El Prof. Vespaziani, por su parte, previo descarte de una teoría general de la fábula-faba-fiaba-fable-favole y más cercano a la idea de *teoría de los casos* se detuvo en *Lo Cunto*, particularmente en el *Trattenimento sesto della Iornata Quarta*, intitulado *Le Tre Corone* como relato fabulístico representativo de niveles simbólicos e inconscientes de roles fundamentales atribuidos a las diferentes figuras del Poder y su ejercicio. *Le Tre Corone*, en efecto, nos permiten ahondar en temas como la tensión entre la mentira política y la verdad jurídica y entre el elemento masculino de control y toma de decisiones y el elemento femenino de la reproducción y continuidad del Estado. En *Le Tre Corone* hallamos un formidable debate y discusión acerca de la lucha maquiavélica entre la virtud y la fortuna, sobre la extensión y los límites de la disimulación, sobre la soberanía del Estado y el importante valor de la argumentación y la narración, además de un rico elenco de ideas sobre sucesión dinástica, institución matrimonial, o proceso –de carácter sumarial– y derecho de defensa y castigo, entre otros. Su intervención concluyó con una sugestiva *performance* en la que el ponente actuó como *narraturogo* de *Las Tres Coronas*.

En cuanto al tercer eje temático del Simposio, adscrito a Memoria, cabe registrar en él las intervenciones de los Profes. Carlos Ramos Núñez (PUCP) y Dámaso Javier Vicente Blanco (UVA), aquél con *Memoria y literatura: los años de la violencia terrorista en el Perú*, y éste con *Literatura indigenista y pluralismo jurídico: anticipos, recuperación y desarrollos en el mundo andino*. Así, con mirada abarcadora de historiador, Ramos Núñez se centró en la novelística y autobiografías peruanas atinentes al período 1980-2000, en que la violencia política asoló el país y del que, a juicio de la Comisión de la Verdad, actuante ya en un gobierno democrático, habrían

perecido alrededor de treinta mil personas una cifra indeterminada de desaparecidos, principalmente en áreas rurales. Contra lo que pudiera pensarse –sostuvo el ponente– los objetivos de los dos agrupaciones que sembraron la violencia, es decir, Sendero Luminoso y el MRTA, Movimiento Revolucionario Túpac Amaru, derivado a su vez de otras escisiones del APRA y también del Partido Comunista, no fueron precisamente encumbrados políticos o ministros de Estado en ejercicio –si bien los hubo, pero en escala menor– sino –y es lo más sorprendente– ante todo, campesinos indígenas. La violencia, por otro lado, no procedía únicamente de la subversión, sino también del propio Estado a través de sus fuerzas del orden, que igualmente arremetieron contra la población afincada en el espacio rural. De modo que, estos grupos y colectividades, vulnerables desde la época colonial, se hallaron entre dos fuegos. Por supuesto que el terror de los dos protagonistas abarcó asimismo a otros sectores, como maestros, profesores universitarios y estudiantes. Al propio tiempo, el sistema político y judicial –en particular mediante la formación de «tribunales sin rostro» (DL 25475, de 1992), cuya validez constitucional y convencional fue cuestionada– contribuyó sobremedida a la atmósfera de violencia. Así, su examen incidió sobre novelas como *Los rendidos* (2015), de José Carlos Agüero, *Cobriza. Honor y gloria* (2008), de Félix Huamán Cabrera, *Te esperaré en el cielo* (2005), de Fidel Mendoza, *Rosa cuchillo* (2009), de Óscar Colchado Lucio, *Un lugar llamado Oreja de Perro* (2008), de Iván Thays, *La hora azul* (2005), de Alonso Cueto y otras, además de *Historia de Mayta* (1984) y *Lituma en los Andes* (1993), de Mario Vargas Llosa. Todas ellas, desde las diferentes ópticas que aplican al convulsionado período terrible de la historia peruana objeto de examen, aportan un valioso material para la construcción social de la memoria jurídica de la Historia del Derecho y la propia Historia de Proceso judicial en el Perú, y que desde una percepción crítica de las implicaciones entre Derecho y Literatura hace ir a ésta última mucho más allá del punto en que tradicionalmente se la ha situado como fuente indirecta del conocimiento para los historiadores. Y para terminar, la intervención a cargo del Prof. Vicente Blanco, orientada a la idea del indigenismo como cultural que se desarrolló muy especialmente en el ámbito literario, donde destacó las figuras y obras de escritores peruanos como E. López Albújar, C. Alegría, J. M.^a Arguedas y M. Scorza, ecuatorianos como F. Chaves y J. Icaza, o del boliviano A. Arguedas, para subrayar, más en particular, la memoria de la literatura indigenista, en tanto que anticipación en una toma de conciencia de la identidad de las comunidades nativas, las reclamaciones políticas y jurídicas desarrolladas en el siglo XXI a través del reconocimiento del pluralismo jurídico en Estados andinos como Ecuador y Bolivia, así como el modo en que las controversias crítico-literarias sobre un «indigenismo literario» también llegaron a representar un adelanto en décadas de las confrontaciones políticas y jurídicas sobre la realidad «plurinacional» –expresada por la Constitución de Bolivia– reconocida jurídicamente. Así, pues, la recuperación e investigación de los antecedentes literarios llega a constituir un potente elemento de *memoria jurídica* capaz de arrojar luz sobre la actualidad y desarrollo de la plural realidad jurídica que el debate y mejor conocimiento sobre los Derechos indígenas demanda en el plano nacional e internacional.

Cristina MORALES SEGURA
City University of New York

VI Congreso El tiempo de los derechos Sevilla, 4 y 5 de noviembre de 2019

Durante los días 4 y 5 de noviembre de este año, tuvo lugar, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, el VI Congreso El tiempo de los derechos, organizado por la Red «El Tiempo de los Derechos».

Esta Red, compuesta en la actualidad por quince grupos de investigación de otras tantas Universidades y Organizaciones, se creó en 2008 en el marco del Programa Consolider-Ingenio, con el objetivo de promover acciones estratégicas en el ámbito de la docencia y la investigación en Derechos Humanos.

En el año 2014, la Asamblea de la Red decidió organizar todos los años un Congreso Internacional, celebrándose los cinco primeros en Zaragoza, Madrid, Valladolid y Cádiz (en dos ocasiones),

El Congreso de 2019, celebrado en Sevilla, ha abordado distintos temas de actualidad sobre los derechos humanos y ha servido tanto para discutir trabajos de investigación que se están desarrollando en el interior de los diferentes grupos de investigación, como para presentar algunos avances de resultados de investigaciones que están realizando conjuntamente los grupos.

El día 4, el Congreso se inició con la conferencia magistral del profesor Antonio Enrique Pérez Luño, quien abordó las diferencias entre el transhumanismo, el posthumanismo y el humanismo, haciendo una defensa de este último y de los valores de la modernidad.

A continuación se celebró la primera sesión que llevaba por título «Repensar la Democracia» y que fue moderada por Jesús García Cívico. En ella intervinieron profesoras y profesores de la Universidad de Cantabria y de la Universidad Jaume I. Así, M.^a Olga Sánchez Martínez presentó una ponencia sobre «Desafíos democráticos en el ecosistema digital», y Ángel Pelayo González-Torre lo hizo sobre «¿Es posible una democracia globalizada?». Por su parte, la ponencia de Ignacio Aymerich Ojea tuvo por título «Soberanía popular y legislación: la autorregulación de las democracias complejas», y la de las profesoras Cristina Pauner Chulvi y Beatriz Tomás Mallén fue, «¿Cuán transparente ha de ser la democracia?». La sesión de las comunicaciones destinadas a esta sesión fue moderada por José Ignacio Solar Cayón.

La segunda sesión, ya en la tarde del día 4, tuvo por título «Sobre la discriminación» y fue moderada por Rafael de Asís. En ella intervinieron investigadores e investigadoras de las Universidades de Deusto, Valencia y Carlos III de Madrid. Así, el profesor Ignacio Campoy abordó la cuestión de la «Educación inclusiva»; María José Añón se refirió a la «Discriminación estructural: evolución de un concepto»; Ángeles Solanes presentó una ponencia sobre «Líneas de actuación en la lucha contra la discriminación racial o étnica»; y Eduardo J. Ruiz Vieyetz, lo hizo sobre «Cláusulas antidiscriminatorias y motivos de discriminación en las constituciones europeas». Las comunicaciones fueron presentadas por Rafael de Asís.

La tercera sesión, con la que finalizaba el programa del primer día del Congreso, versó sobre «Responsabilidades públicas y privadas de los derechos en un mundo globalizado», y estuvo moderada por Ignacio Aymerich. En la sesión participaron María José González Ordovás, de la Universidad de Zaragoza, con su ponencia «Hacia una teoría del Estado y los derechos com-

patible con la globalización»; Francisco Javier Zamora y M.^a Chiara Marullo, de la Universidad Jaume I, con la ponencia, «Las grandes empresas y su incidencia sobre el sistema democrático»; y el profesor colombiano, Néstor Osuna, colaborador de la Red, con la ponencia «Obligaciones y responsabilidad de las empresas mineras transnacionales por la protección del medio ambiente en las zonas de extracción». La profesora M.^a Chiara Marullo fue la encargada de presentar las comunicaciones.

El día 5 comenzó con la cuarta sesión, moderada por David Bondía García, del Instituto de Derechos Humanos de Cataluña, y dedicada al «Diseño, elaboración e implementación de Planes Nacionales de Derechos Humanos». Los ponentes de la sesión fueron Itziar Ruiz-Jiménez, de la Universidad Autónoma de Madrid, que habló sobre «La implementación y seguimiento del Plan de Derechos Humanos del Ayuntamiento de Madrid»; Núria Camps Mirabet, de la Universidad de Lleida, que intervino sobre «Participación de expertos en la diagnosis de los derechos a incorporar en un Plan Nacional de Derechos Humanos»; y Jaume Saura Estapà, de la Universidad de Barcelona, con su ponencia «La Estructura de Derechos Humanos de Catalunya y el Plan de Derechos Humanos». Helena Castellà Duran, del Instituto de Derechos Humanos de Cataluña, se encargó de presentar las comunicaciones.

La quinta sesión del Congreso estuvo dedicada a «Los pronunciamientos de los órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos: la contribución de los órganos jurisdiccionales internos», y en ella intervinieron los profesores de la Universidad de Valladolid, Javier García Medina (que además moderó y presentó las comunicaciones) y Enrique Martínez Pérez, y el profesor de la Universidad de Sevilla, Alejandro de Pablo Serrano.

El Congreso finalizó la tarde del día 5 con la sexta sesión, dedicada a «Cuestiones ético-jurídicas en torno a la IA, Robótica y biogenética» y en la que participaron profesores de la Universidad de Sevilla. La sesión fue moderada por David Sánchez Rubio, y contó como ponentes con Fernando H. Llano Alonso, que se refirió a «Los límites ético-jurídicos del transhumanismo»; Álvaro Sánchez Bravo, que habló sobre «Inteligencia Artificial en la Unión Europea: valores y datos» y Enrique César Pérez-Luño Robledo, que intervino sobre «¿Es admisible un Juez Robot? Las proyecciones de la IA en el ámbito jurisdiccional». Miguel Alvarez Ortega se encargó de la presentación de las comunicaciones.

El VI Congreso El Tiempo de los Derechos ha reunido, durante dos días, a más de 100 investigadores, 60 de los cuales fueron miembros de la red. Se presentaron un total de 40 comunicaciones distribuidas entre las seis sesiones. Las ponencias y comunicaciones presentadas serán publicadas próximamente en las revistas y colecciones que se desarrollan en el marco de la Red.

Rafael DE ASÍS ROIG
Universidad Carlos III de Madrid

V

OBITUARIO

Recuerdo de un maestro: Amedeo Giovanni Conte¹ (Pavía, 24 de mayo de 1934-Cava Manara, 17 de mayo de 2019)²

Vi sono molte aurore che devono splendere ancora.
Rgveda

1. La obra de Amedeo Giovanni Conte

Amedeo Giovanni Conte, catedrático emérito de Filosofía del Derecho en la Universidad de Pavía y socio de la Accademia Nazionale dei Lincei (departamento de Ciencias Morales), falleció el pasado 17 de mayo de 2019, a la edad de 84 años. Era padre de Adelheid, nacida el 26 de septiembre de 1965, fruto del matrimonio con Maria-Elisabeth Conte (1935-1998).

Una anécdota, que él amaba recordar, ilumina el ánimo de su investigación filosófica. En un muro del metro de Nueva York apareció un día la frase «*God is the answer*» («Dios es la respuesta»). Al día siguiente, por debajo de este grafiti, apareció otro: «*What was the question?*» («¿Cuál era la pregunta?»).

Suscitar preguntas siempre fue para Amedeo Conte el eje y la razón última de la investigación filosófica, una investigación que focalizó desde la Filosofía del derecho para, finalmente, trascender esta disciplina, mostrando, a partir de esta, nuevas preguntas con las que ha investigado el fenómeno de las normas: preguntas de lógica filosófica (¿Es conveniente la lógica para las normas?); preguntas de semiótica y de filosofía del lenguaje (¿Cuál es la relación entre el lenguaje y las normas? ¿Qué significa negar una norma?); preguntas de gnoseología y epistemología (¿Qué papel asumen las normas en el conocimiento de los hechos?); preguntas de metafísica (¿Qué tipo de entidad son las normas?); preguntas de ontología (¿Qué significa la existencia de una norma? ¿Cuántos tipos de normas existen?).

¹ Texto original en italiano, traducido por Ferdinando A. Insanguine Mingarro.

² Agradezco a los amigos Alberto Sdravovich, Mario G. Losano, Giampaolo Azzoni, Stefano Colloca, Giuseppe Lorini, Lorenzo Passerini Glazel, por la ayuda para encontrar algunas informaciones.

En un breve *curriculum* escrito en el año 200X, en ocasión del nombramiento como socio de la Accademia Nazionale dei Lincei, Amedeo Conte recondujo todas sus investigaciones a una nueva ciencia, la deóntica filosófica, que él describió en términos parecidos a los que en Aristóteles caracterizan la ciencia que habría tomado el nombre de metafísica: «Así como, para Aristóteles, la metafísica es la teoría del ser como ser, del *ὄν ἡὲ ὄν*, de la misma manera, la deóntica es la teoría del deber ser en cuanto deber ser, del *déon ἡὲ déon*, la teoría del *Sollen* en cuanto *Sollen*.» (Amedeo G. Conte, *Deontica aristotelica*, 1990, riedizione in Amedeo G. Conte, *Filosofia del linguaggio normativo* II. Torino, Giappichelli, 1995, p. 432).

La lista, redactada por él mismo, de las principales áreas de investigación a las que él ha contribuido es la siguiente: (i) teoría de las reglas constitutivas; (ii) teoría de la validez; (iii) semiótica del lenguaje normativo; (iv) teoría de las condiciones de coherencia *de los y en los* ordenamientos; (v) deóntica de Ludwig Wittgenstein; (vi) epistemología de las ciencias sociales; (vii) ontología del deóntico; (viii) teoría de las relaciones entre óntico y deóntico.

Un testimonio de la variedad de disciplinas que él ha explorado se da por la impresionante bibliografía de sus escritos: desde el primer libro, *Ricerche in tema di interpretazione analogica* (Pavía, Tipografía del Libro, 1957), extraído de su *tesis de laurea* y dedicado al razonamiento por analogía en el Derecho, hasta el último libro, titulado *Adelaster. I nomi del vero* (Milano, LED [Edizioni di Lettere, Economia e Diritto], 2016), pasando por los tres volúmenes de *Filosofia del linguaggio normativo* (Torino, Giappichelli, vol. I: 1989; vol. II: 1995; vol. III: 2001), por *Filosofia dell'ordinamento normativo* (Torino, Giappichelli, 1997) y por *Sociologia filosofica del diritto* (Torino, Giappichelli, 2011).

Entre la primera y última publicación pueden contarse hasta 450 escritos que varían desde la lógica deóntica hasta la semántica del lenguaje normativo, desde la pragmática hasta la ontología, de la crítica filosófica hasta la crítica filológica.

2. Los años de su formación (años 50)

Amedeo Giovanni Conte, primogénito de tres hermanos, nació el 24 de mayo de 1934 en Pavía, ciudad en la que vive su niñez y adolescencia, excepto una breve estancia motivada por la guerra en la que su familia tuvo que desplazarse a los campos de Fidenza.

Después de haber conseguido la «maturità classica» en el Liceo «Ugo Foscolo» de Pavía, se matricula en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pavía como alumno del «Collegio Ghislieri». Desde su primer año como estudiante sus intereses se orientan hacia la lógica formal, disciplina entonces poco conocida en Italia (aunque profundizada en Pavía por docentes como Giulio Preti e Ludovico Geymonat), de la que empieza estudiando sus rudimentos gracias a la lectura de *Nove lezioni di logica simbolica* de József M. Bochenski, recibidas como regalo por Gabrio Lombardi, por aquel entonces profesor de Historia del derecho romano.

El 23 de abril de 1957 se licencia en la Facultad de Derecho de Pavía con una tesis en Filosofía del derecho sobre el razonamiento por analogía, dirigida por uno de los últimos discípulos de Gioele Solari: Bruno Leoni. En la misma elección del tema de tesis queda patente la influencia de Norberto Bobbio (también discípulo de Solari), que al razonamiento por analogía había dedicado uno de sus primeros libros, *L'analogia nella logica*

del diritto (Torino, Memorie dell'Istituto Giuridico, 1938 reeditado: Milano, Giuffrè, 2006).

El 29 de abril de 1954, con ni siquiera veinte años, Conte ya había conocido personalmente a Bobbio, con ocasión de una conferencia dictada por este en el Collegio Ghislieri de Pavía, titulada: *Diritto e logica*. La circunstancia es recordada por Bobbio, que pasó a ser para Conte el maestro de su vida, en una cariñosa carta escrita a su discípulo después de casi cincuenta años. «Tú sostienes –escribe Bobbio a Conte– que el joven de diecinueve años, que me presentó el Rector del Collegio prof. Aurelio Bernardi, escuchando esa conferencia descubrió su vocación» (Norberto Bobbio, *Lettera di Norberto Bobbio ad Amedeo Conte*, in Amedeo G. Conte, *Filosofia del linguaggio normativo*, II, cit., p. XV).

Después de haber publicado su *tesis de laurea* (*Ricerche in tema di interpretazione analogica*, Pavia, Tipografia del Libro, 1957), Conte perfecciona sus estudios filosóficos, como becado de la Alexander von Humboldt-Stiftung a Münster (Westfalen), en Alemania, en el prestigioso *Institut für mathematische Logik und Grundlagenforschung* fundado por Heinrich Scholz, pero por aquel entonces dirigido por Hans Hermes. En Münster conoce a Maria-Elisabeth Buse, investigadora de lingüística general, que se convertirá en su mujer el 10 de septiembre de 1964, y con la que inició una unión de vida y de estudios que se interrumpirá dolorosamente el 6 de marzo 1998, fecha en la que de forma prematura Maria-Elisabeth falleció.

Después de su estancia en Münster, con la intención de profundizar en el estudio de la filosofía de lógica de Husserl, Conte se muda a Freiburg im Breisgau, siempre en Alemania, donde estudia bajo la conducción de Eugen Fink, discípulo directo de Husserl. Se remonta exactamente a aquella época el interés de Conte por la obra del fenomenólogo Adolf Reinach, *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes* (1913), que Conte contribuirá en darla a conocer no solo en Italia.

En 1959, al haber ganado una beca de tres meses en el Istituto di Scienze politiche «Gioele Solari», dirigido entonces por Norberto Bobbio, Conte se establece en Turín donde forma parte de un grupo de jóvenes académicos «nacidos entre finales de los años veinte y principios de los treinta», «cuyo padre fundador era Uberto Scarpelli» (Norberto Bobbio, *Giovanni Tarello*, in Norberto Bobbio, *La mia Italia*, Firenze, Passigli, 2000, p. 174-192, p. 177).

Alrededor de la figura de Bobbio, «dieron origen, a partir de los cincuenta en adelante (*Filosofia analítica e giurisprudenza* de Scarpelli es del 1953), a una línea de estudios de teoría general del Derecho, sin muchos antecedentes en nuestro país» (Norberto Bobbio, *Giovanni Tarello*, cit.).

De este círculo de investigadores que cultivan el método anglosajón del análisis del lenguaje «en contraste con la prevalente tradición de la filosofía jurídica italiana», y que manifiestan intereses por la lingüística y la lógica («disciplinas que estaban entrando impetuosamente también en nuestro país»), formaban parte –como el mismo Bobbio recuerda– además de Scarpelli, también Enrico di Robilant, Mario Cattaneo, Giacomo Gavazzi, y entre los más jóvenes Amedeo Conte y Giovanni Tarello.

En 1960 Bobbio organiza en Bellagio, conjuntamente a Renato Treves, un seminario internacional acerca del positivismo jurídico invitando a Herbert Hart y Alf Ross.

En el año siguiente, la experiencia se repitió. Esta vez el tema abordado es el concepto de obligación y Conte está entre los participantes más jóvenes, como viene documentado por una descolorida fotografía tomada en Villa Ser-

belloni, y regalada por Treves al Istituto di Filosofia e sociología del diritto de la Universidad de Milán. Entre los invitados extranjeros, esta vez, además de Hart, aparecen John Rawls, Genaro Carrió y Ronald Dworkin.

Estimulado por Bobbio, Conte empieza durante estos años a colaborar con el editor turinés Einaudi, que acababa de publicar las obras de Hans Kelsen, de Alf Ross y de Herbert Hart. Bajo propuesta de Bobbio, se le encargó la traducción de Wittgenstein, autor que por aquel entonces Conte aún no conocía. Conte tradujo *The Blue and Brown Book* (1961), que será publicado en 1983, y en 1964 el más famoso *Tractatus logico-philosophicus* con los *Cuadernos*. (Para Einaudi, Conte editará también la traducción de la *Historia de la lógica* de William Calvert Kneale e Martha Kneale, del 1972.

3. La construcción lingüística de lo normativo (los años 60)

Al principio de la década de los 60, los intereses de Conte atienden al problema de la exhaustividad de los ordenamientos jurídicos. En el ámbito de la Filosofía del derecho de aquel tiempo seguía siendo muy viva y controvertida la cuestión acerca de la existencia y de la naturaleza de las lagunas del Derecho. Sin embargo, la forma en la que Conte abarca este problema trasciende los límites de la disciplina de la Filosofía del derecho.

Fascinado por la lectura del libro de Jean Ladrière sobre el teorema de Gödel (*Les limitations internes des formalismes*, 1957), Conte se pregunta acerca de las relaciones entre la exhaustividad de los sistemas lógicos y de los sistemas normativos *en general*.

Con ocasión del quinto Congreso nacional de Filosofía del derecho, que tuvo lugar en Roma en 1961, los nombres de Bobbio y Conte aparecen juntos en la sección dedicada a *Derecho y lógica*. (En el número de la «Rivista internazionale di filosofia del diritto», que recoge las actas de la conferencia romana, Conte publica una bibliografía sobre la lógica jurídica (1936-1960), que constituirá la base para la monumental bibliografía de lógica deóntica y semántica del lenguaje normativo que editará junto a Giuliano Bernano en el volumen *Logica deontica e semantica*, Bologna, il Mulino, 1977, pp. 347-447).

Siguiendo el consejo de Bobbio, Conte decide abarcar el tema de la exhaustividad en una obra monográfica publicada en 1962 con el título *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici* (Torino, Giappichelli), y con la que se presentará en 1964 al examen para la libre docencia.

El libro representa una de las primeras obras de Filosofía del derecho en la que ocupa amplio espacio y relevancia una nueva disciplina, la lógica deóntica, fundada algunos años antes (en 1951) por –de forma independiente el uno de los otros– el finlandés Georg Henrik von Wright, por el alemán Oskar Becker y por el polaco Jerzy *vel* Georges Kalinowski.

En noviembre de 1963 Conte recibe la invitación de Chaïm Perelman al congreso de lógica jurídica en el *Centre National de Recherches de Logique* de Bruselas, donde dicta una conferencia sobre las lagunas, reelaborada después en forma de ensayo intitolado *Décision, complétude, clôture. A propos des lacunes en droit* (en «Logique et Analyse, 9, 1966, pp. 1-18). En ese mismo año, dicta también un seminario en Trento, en la recién nacida Facultad de Sociología.

En abril de 1964 consigue la libre docencia en Filosofía del derecho y debuta en Pavía como docente de Teoría general del Derecho, después de haber

impartido un curso libre de Filosofía del derecho en la Universidad de Turín. A partir de 1974, asumirá en Pavía la docencia de Filosofía del derecho.

En los meses de febrero y marzo de 1965 es invitado a impartir cinco clases sobre *Metodología del lenguaje normativo* en el Centro di Studi Metodologici (nacido en Turín después de terminar la Primera Guerra Mundial, por impulso de Ludovico Geymonat).

«Habían pasado más de diez años desde nuestro primer encuentro –escribe Bobbio en la ya mencionada carta a Conte de 1995– y el discípulo no solo estaba destinado a ir más allá del maestro, sino que habría contribuido a transformar la lógica deóntica, en nuestro país, en una disciplina universitaria, formando una escuela que se enriquece de año en año con nuevos adeptos» (Norberto Bobbio, *Lettera di Norberto Bobbio ad Amedeo Conte*, cit., p. XVII).

A lo largo del verano de 1965, Conte participa, por invitación del filósofo del derecho francés Michel Villey, en la *Investigación sobre la relación entre derecho y lógica* de la revista «Archives de philosophie du droit».

En respuesta a dicha investigación, Conte interpreta la pregunta hecha por Villey articulando la misma en dos subpreguntas: por una parte, si es «lógicamente válida una conclusión obtenida aplicando un cálculo lógico a unas proposiciones, que sean, totalmente o en parte, prescriptivas»; por otro lado, si es «jurídicamente válida la norma obtenida aplicando unas reglas jurídicas y unas proposiciones que sean, totalmente o en parte, prescriptivas». Sin embargo, el breve manuscrito (12 páginas), titulado *Logique et normes*, no fue publicado entre los ensayos de la revista, quedando inédito. Al haber conocido, por medio de Mario G. Losano (que, por aquel entonces, estaba por publicar la traducción de la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* de Hans Kelsen), algunos ensayos inéditos de Kelsen acerca de Derecho y Lógica, en 1967 Conte estudia nuevamente el tema.

Y justamente moviéndose entre el pensamiento de Kelsen, Conte publica uno de sus artículos de mayor éxito: el ensayo *In margine all'ultimo Kelsen* (Pavía Tipografía del Libro, 1967, reeditado en italiano en 1980, y traducido al inglés con el título *Hans Kelsen's Deontics* en 1998 e insertado en la obra editada por Stanley L. Paulson e Bonnie Litschewski Paulson, *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 331-341).

Vol verá, por última vez, a ahondar en la cuestión de las relaciones entre Derecho y Lógica con una ponencia titulada *Deóntico vs. dianoético* dictada a lo largo del congreso de deóntica que tuvo lugar en Bolonia en 1986, con ocasión del debate acerca del manuscrito de Letizia Gianformaggio *In difesa del sillogismo pratico*, que vería la luz tipográfica en 1987.

En 1966 Conte, ya de forma estable en Pavía, continúa participando en las actividades del «circulo analítico» que se sigue reuniendo en Turín alrededor de Bobbio, y toma parte en la mesa redonda sobre el positivismo jurídico en la que se discutió acerca del libro de Uberto Scarpelli, *Che cos'è il positivismo giuridico*.

En los siguientes dos años (1967 y 1968), el «circulo analítico» sigue reuniéndose, con ocasión de los seminarios «de San Giuseppe», del 19 de marzo.

Pero –como escribe Bobbio en el ya varias veces mencionado discurso en memoria de Giovanni Tarello– «entre los escombros provocados por el “delirio de destrucción del 68” también cayeron nuestras reuniones de San Giuseppe» (Norberto Bobbio, *Giovanni Tarello*, cit., p. 180).

Vol verán a activarse, *una tantum*, en junio de 1971, en Camerino, por impulso de Alessandro Baratta y Luigi Ferrajoli, con el ambicioso proyecto

(que finalmente nunca se llevó a cabo) de construir un léxico de teoría general del Derecho.

A este, Conte contribuye de forma original, como se puede inferir por la transcripción de su ponencia en el seminario, que sigue siendo inédita.

En 1968, Conte publica un denso ensayo sobre la teoría de la validez: *Primi argomenti per una critica del normativismo* (Pavía, Tipografía del Libro, 1968). En este, Conte propone algunos argumentos a favor de la mediación entre los dos, *prima facie* opuestos, conceptos de validez propios del normativismo y del decisionismo. El ensayo cierra una fase de la investigación filosófica de Conte, la más íntimamente relacionada con el «círculo turinés», cuyo fondo filosófico es descrito por el título del ensayo *La costruzione linguistica del normativo* (que quedó incompleto), que Conte anuncia con ocasión de la reedición de *Primi argomenti per una critica del normativismo*, en el volumen *Filosofia dell'ordinamento normativo* (Torino, Giappichelli, 1997).

4. Deóntica de la validez (los años 70 y 80)

En 1970, después de una brusca interrupción de las actividades debida a una grave lesión causada por un atropello ciclistico sufrido el 30 de enero, Conte decide publicar un texto inédito de finales de los años 60 en el que reflexionaba acerca de algunos materiales para una teoría de la validez. El texto, publicado con el título *Studio per una teoria della validità* (en «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 47, 1970, pp. 331-354), coincide con dos puntos de inflexión en la investigación filosófica de Conte.

El primer punto de inflexión, contenido en el texto que se acaba de mencionar, consiste en el abandono de un concepto de *norma* como entidad lingüística. La *jugada* de Conte consiste en mover el discurso desde el nivel de los conceptos de la norma hacia el nivel de los conceptos, y en elaborar una *cuatripartición* de entidades designadas con el término «norma» (o referentes): enunciado deóntico, enunciación deóntica, proposición deóntica, *status* deóntico (cfr. Amedeo G. Conte, *Studio per una teoria della validità*, cit.).

El ensayo se mueve desde la observación, casi trivial, según la cual cuando hablamos de «normas» nos referimos cada vez a entidades heterogéneas. Tal vez, utilizamos el término «norma» para referirnos a enunciados, tal vez para proposiciones, y otras veces para enunciaciones. Quizás –observa Conte, con la complicidad de una lectura de los *Vorstudien zur Soziologie des Rechts* de Theodor Geiger– nos referimos con el término «norma» a un *quartum quid*: una cuarta entidad con una naturaleza no lingüística, que Conte llama –de forma provisional– «*status* deóntico». Según Conte, nos referimos a *status* deónticos, por ejemplo, cuando afirmamos que una «norma» entra en conflicto con otra «norma», o cuando afirmamos que un comportamiento ha violado una cierta «norma». En estos casos con el término «norma» –argumenta Conte– nos referimos a algo que es, en el mundo del deber ser, el *análogon* de un estado de cosas (*Sachverhalt*) en el mundo del ser: un estado de cosas de deber ser (*Sollenssachverhalt*).

En la *Enciclopedia filosofica* Bompiani, redactada en 2006, Conte describiendo el término *Norma* llegará a una más profunda distinción de los *status* deónticos *stricto sensu*, los cuales existen dentro de un ordenamiento y, como tales, pueden, por ejemplo, ser objeto de violaciones, por parte de los *status* deónticos meramente intencionados (en su léxico, los «normas deónticas»).

El segundo punto de inflexión contenido en la ya mencionada obra de 1970 consiste en una investigación acerca de las implicaciones que dicha *cuatripartición* de los conceptos de norma puede asumir para la teoría de la validez; implicaciones que Conte desarrollará cumplidamente en los años 80.

Una síntesis de estos avances se encuentra en la ponencia *Pragmatica della validità*, que fue presentada en Roma, mediante la invitación de Gaetano Carcaterra en 1988. En dicha ponencia, Conte distinguirá tres formas de validez en función del tipo de entidad con la que se quiere relacionar la validez: la validez *sintáctica*, que se predica de *status* deónticos; la validez *semántica*, que se predica de *proposiciones* deónticas; la validez *pragmática*, que se predica de *enunciaciones* deónticas. En el siguiente ensayo *Minima deontica* en «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 65, 1988, pp. 427-475), Conte investigará, especialmente, las relaciones de condicionamiento que pueden existir entre estas formas de validez, llegando a una plástica representación geométrica de los conceptos elaborados: el octaedro (deóntico), que acompaña al más conocido triángulo (deóntico) de los tres criterios de evaluación de las normas, en la clásica distinción de Bobbio (validez, justicia, eficacia).

5. Deóntica del adeóntico: reglas constitutivas y reglas anankásticas

A partir de la mitad de los años 70, la investigación de Conte, si bien sigue manteniéndose orientada a la deóntica filosófica –entendida como investigación acerca de los fenómenos normativos– trasciende progresivamente las fronteras de la lógica deóntica.

El hallazgo de fenómenos como las reglas constitutivas y las reglas anankásticas (que Conte llama *no deónticas*, al no ser directamente reconducibles a ninguna de las modalidades deónticas estudiadas por la lógica deóntica) muestra la exigencia de una progresiva superación de aquel edificio de lógica deóntica que había sido construido con las intuiciones de von Wright, y antes aun de Leibniz.

De esta forma, Conte identifica una nueva área de investigación que él mismo, con una expresión paradójica, define «deóntica del adeóntico».

Un primer documento de esta nueva fase de la investigación de Conte es la ponencia dictada en marzo de 1975 en el congreso *Deontische Logik und Semantik*, organizado por von Wright y Conte en el ZIF (*Zentrum für interdisziplinäre Forschung*) de Bielefeld (Alemania). En el ensayo generado por la ponencia, *Aspekte der Semantik der deontischen Sprache*, 1977 (reedición de la traducción italiana: *Aspetti della semantica del linguaggio deontico*, en Amedeo G. Conte, *Filosofía del linguaggio normativo I.*, cit., pp. 171-191), Conte examina los usos *no deónticos* de los enunciados deónticos. Entre ellos, Conte presta atención a los usos performativos y, especialmente, a los performativos que define como *theticos* (del griego *thesis* = postura).

Investiga la relación entre la performatividad *thetica* (productora de estados de cosas) y la verdad, construyendo además una tipología de verbos performativos, y dedicando amplio espacio a los verbos performativos *theticos* como «prometer».

La reflexión de Conte se desarrolla en un terreno fronterizo entre la semántica y la pragmática del lenguaje normativo, un terreno ya parcialmente explorado por Conte, en 1974, con dos ponencias dictadas, respectivamente, en Alemania (en Bad Homburg) y en Austria (en Salzburgo), y después convertidas en el ensayo *Ricerca di un paradosso deontico* (Pavía, Tipografía

del Libro, 1974, reeditado en Amedeo G. Conte, *Filosofía del linguaggio normativo I.*, cit., pp.75-116).

Un segundo ejemplo de la necesidad de superar los tradicionales límites de la lógica deóntica se puede observar en la ponencia presentada por Conte en el tercer congreso de la Associazione Italiana di Studi Semiotici (AISS), que tuvo lugar en Pavía en septiembre de 1975. El ensayo titulado *Codici deontici*, 1976 (reeditado en Amedeo G. Conte, *Filosofía del linguaggio normativo I.*, cit., pp. 147-161), que es una reelaboración de la ponencia dictada en Pavia, da muestra de una atención específica al estudio de las paradojas, de las antinomias y de aquel *tertium genus* de fenómenos patológicos de los ordenamientos normativos, que Conte define –con un eficaz neologismo– «paranomias» (es decir, conflictos entre deberes mediados por las circunstancias del *Sein*, o del caso).

El progresivo interés por fenómenos no deónticos (o adeónticos), que trasciende las tradicionales fronteras de la lógica deóntica, se manifiesta cumplidamente en Conte a finales de los años 70, cuando su investigación se centra de forma sistemática en las reglas eidético-constitutivas (no directamente reconducibles a ninguna de las modalidades deónticas estudiadas por la lógica deóntica) y sobre aquellas formas de deber (especialmente el deber eidético, de *eidōs* = forma, esencia) que no son exactamente deberes deónticos (por ejemplo, consideremos las reglas del ajedrez: nadie tiene el deber de levantar y mover el alfil en diagonal. Y, aun así, es un deber que constituye y determina la esencia, o el *eidōs*, del alfil, porque un alfil movido al gusto deja de ser un alfil).

La investigación de Conte se mueve en dos direcciones. Por un lado, reconstruye los orígenes del concepto de regla eidético-constitutiva, remontando a la prehistoria de este, y volviendo a dar luz a la contribución de autores relevantes, si bien poco conocidos, como el matemático Johannes Thomaes (1840-1921) o como el filósofo del derecho polaco Czesław Znamierowski (1888-1967).

Por el otro lado, ahonda en la obra de Ludwig Wittgenstein, en cuyos escritos póstumos (las *Investigaciones filosóficas*) encuentra una elaborada –si bien fragmentaria– teoría de la constitutividad eidética.

A la deóntica de Wittgenstein, Conte dedica cuatro fundamentales ponencias: en Roma en 1979 (*Variationen über Wittgensteins Regelbegriff*), en Trento en 1980 (*Regola costitutiva in Wittgenstein*), en Kirchberg am Wechsel, con ocasión del simposio anual internacional, en 1980 (*Konstitutive Regeln und Deontik*) y, después, en 1985 (*Erkenntnis von Regeln und Erkenntnis durch Regeln*).

El análisis más completo de la deóntica de Wittgenstein se puede encontrar en el ensayo de Conte titulado *Paradigmi d'analisi della regola in Wittgenstein*, publicado en la antología editada por Rosaria Egidi, *Wittgenstein. Momenti di una critica del sapere*, Napoli, Guida, 1983, pp. 37-82.

Las reglas eidético-constitutivas se revelan muy pronto como una tesela de un más amplio mosaico que se viene formando progresivamente, por medio de las investigaciones de Conte y sus discípulos. Junto a Giampaolo Azzoni, Conte traza una sofisticada tipología de reglas constitutivas en términos de condición (condición necesaria, condición suficiente, condición necesaria y suficiente): reglas eidético-constitutivas, reglas thetico-constitutivas, reglas noéticas-constitutivas, reglas anankástico-constitutivas, reglas metaethicos-constitutivas, reglas nomico-constitutivas.

Al estudio de los deberes eidéticos, que son el correlato de las reglas constitutivas-eidéticas, se acompaña progresivamente, en la investigación de Conte, el estudio de los deberes anankásticos, también adeónticos, que son la correlación de las reglas anankásticas (concepto introducido por Conte en 1983 en el ensayo *Regola costitutiva, condizione, antinomia*, negli *Studi dedicati a Norberto Bobbio*, editado por Uberto Scarpelli, y en dos ponencias del mismo año: *Phénoménologie du langage déontique* (dictada en Roma) y *Idealtypen für eine Typologie der konstitutiven Regeln* (presentada en Helsinki).

El tema de las implicaciones lógicas del hallazgo del deber anankástico, es ahondado por Conte en la ponencia *Deontisch vs. anankastisch*, dictada en el congreso mundial de la *Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie* (IVR) de Göttingen en agosto de 1991, y solo parcialmente transcrita en las actas del congreso publicadas en 1993.

6. El sentido normativo de la acción: el fenómeno del «nomotropismo» (actuar en función de reglas)

Ya en el apartado *Validità*, redactado en 1974 para el *Novissimo digesto italiano* (reeditado en Amedeo G. Conte, *Filosofia del linguaggio normativo I.*, cit., pp. 117-145), Conte se había cuestionado acerca de la indeterminación de las formas en las que un agente, que actúe en función de una regla regulativa, pueda actuar con relación a la misma.

El ejemplo que él había trazado era el del objeto de conciencia que quema la cartulina-precepto. A través del ejemplo, Conte muestra que una norma, en este caso una regla regulativa que prescribe la obligación del servicio militar, puede ser un modelo teórico de explicación de la acción (un esquema de interpretación), sin ser un modelo práctico de comportamiento (un esquema de acción).

Esta investigación de Conte acerca de las relaciones entre norma y acción asume nuevas dimensiones en los años 80, enriqueciéndose gracias a los desarrollos de sus reflexiones sobre el fenómeno de las reglas constitutivas.

En la ponencia *Fenomeni di fenomeni*, dictada en 1985 en el coloquio acerca de *Interpretación y epistemología* organizado por Giuseppe Galli en Macerata, Conte se cuestiona sobre el fenómeno de «hacer trampa» en el cuadro de un juego construido con reglas eidéticos-constitutivas, tratando de compararlo con el simple comportamiento que discrepa con una regla regulativa (por ejemplo, el comportamiento de un peatón que no actúa conforme a las reglas del código de circulación).

Es este el primer paso hacia la elaboración de una teoría de la acción en función de normas (o nomotropismo) que se infiere de forma implícita por numerosos estudios dedicados a las paradojas de «hacer trampa» en las que Conte denuncia la irreductibilidad de la relación entre norma y acción al binomio cumplimiento/violación.

En 2011, Conte publica los resultados de sus investigaciones acerca de la relación entre norma y acción en un volumen titulado *Sociologia filosofica del diritto* (Torino, Giappichelli), con un ensayo de introducción de Vincenzo Ferrari, con el título: *Una filosofia sociologica del diritto?*

En este volumen, Conte reivindica la filosoficidad de la investigación sociológica sobre el Derecho, que Bobbio definía «fenomenológica», retomando, además de algunas prefiguraciones weberianas sobre el concepto de acción en función de normas (nomotropismo), los estudios sobre los tipos de

regularidad del sociólogo y filósofo Theodor Geiger, para cuya difusión el mismo Conte había contribuido en los años 70.

7. Los nombres de la verdad, los nombres del Derecho, los nombres de los nombres

A finales de los años 90, Conte impulsa la propia investigación hacia una nueva dirección.

Una vez más, la ocasión es propiciada por el coloquio sobre interpretación organizado anualmente por Giuseppe Galli. El tema del coloquio de 1998 es *Interpretación y confianza*. En la última parte de su ponencia, después de un breve análisis acerca de las afinidades etimológicas entre nombres de la confianza y nombres de la verdad, Conte explora el comportamiento lingüístico de los nombres del verdadero («*true*», «*vrai*», «*wahr*»...) y de los nombres de la verdad («*truth*», «*vérité*» «*Wahrheit*»). En el ensayo que reelabora la ponencia que se acaba de mencionar, publicado el año siguiente con el título *Radici della fede: fides wiara truth*, 1999 (reeditado después en Amedeo G. Conte, *Filosofía del linguaggio normativo III.*, cit., pp. 843-879), Conte traza los primeros pasos de un análisis de los conceptos de verdad, que se transforma de pronto en el objeto principal de sus investigaciones hasta la publicación de *Adelaster. I nomi del vero* (Milano, LED [Edizioni di Lettere Economia e Diritto], 2016).

En la Filosofía contemporánea, la investigación acerca de los conceptos de verdadero y falso ha privilegiado la verdad «apofántica», es decir la verdad de los *dicta* (de enunciados y de proposiciones). Conte, sin embargo, se mueve desde una observación que parece evidente: así como solemos hablar de verdad de *proposiciones* (de *dicta*), nosotros hablamos con la misma frecuencia de verdad de cosas (de *res*). Digamos, por ejemplo, que «un billete de 17 euros no es un verdadero billete». ¿Pero cuál es el sentido de «verdadero» cuando predicamos la verdad de una cosa, de una *res*? Para Conte «verdadero» se refiere en este caso no a la verdad apofántica, a la verdad de los *dicta*, si no a aquella clase de verdad, a menudo infravalorada por la filosofía contemporánea, que él propone definir verdad *de re*, al ser ella predicada para las cosas, para las *res*. En el libro que se acaba de mencionar, Conte brinda al lector una serie de distinciones entre entidades conceptuales, con frecuencia implícitas en los discursos sobre la verdad *de re*, y que contribuyen a colmar esta laguna.

Además de distinguir la verdad como predicado de *dicta* (la verdad *de dicto*), por la verdad como predicado de *res* (la verdad *de re*), él articula el estudio de la verdad *de re* en varias formas: la verdad *eidológica*, la verdad *idiológica*, la verdad *axiológica*. Entre las investigaciones expuestas en *Adelaster. I nomi del vero* encuentra amplio espacio una investigación acerca de nombres de la verdad y étimos de estos nombres (en las lenguas indoeuropeas y no indoeuropeas), que es testimonio del amor, claro a todos los que han conocido a Conte, por el estudio de las lenguas y, especialmente, por el estudio de los vocablos históricos y etimológicos.

Análogos investigaciones han sido aquellas por él trazadas sobre los nombres del Derecho (nomónimi), de la equidad, del juez, de la prueba, del testimonio, de la ley (cf. Amedeo Giovanni Conte, *Res ex nomine*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009), y, por último, sobre los nombres de los nombres (onomatónimi), que han quedado inéditas, si bien contenidas en el manuscrito *Sette Anni* (Pavia Samizdat 2012), impreso en ocasión de la jornada de

estudios (intitulada *Salvare i fenomeni*), dedicada a él en la Residencia Golgi de Pavía, el 2 de marzo de 2012.

No menos importante ha sido para Conte la experimentación sobre las relaciones entre concepto, señal e imagen, como demuestran sus *eidogramas*, algunos de los cuales han sido impresos en el segundo y tercer volumen de *Filosofía del linguaggio normativo* (respectivamente: en el segundo volumen en las páginas XL-XLI, y en el tercero en las páginas XC-XCI).

8. La enseñanza universitaria (1964-2016)

Hasta ahora he intentado describir, sin pretensiones de exhaustividad, algunos momentos fundamentales en la investigación filosófica de Amedeo Conte reconstruyéndolos a través de las ponencias dictadas en seminarios y congresos, de sus escritos y de nuestras conversaciones privadas.

No menos fértil que la producción intelectual de Conte, ha sido su docencia. Él ha sido profesor de Teoría general del Derecho (de 1964 hasta 1974) y de Filosofía del derecho (de 1974 hasta 2016) en el Ateneo de Pavía, en el que ha contribuido a la formación –durante más de cincuenta años– de generaciones de juristas y filósofos.

Alrededor de su personalidad ha nacido, además de una escuela que se ha caracterizado por la atención específica a las relaciones entre las preguntas de la Filosofía del derecho y los interrogantes de disciplinas similares: la semiótica del lenguaje normativo, la lógica deóntica, la teoría de la argumentación, la ontología social.

Como recordó Giampaolo Azzoni (*Metonimie di metonimie. Ricordo di Amedeo Giovanni Conte*, discurso pronunciado en Pavía, el 21 de mayo de 2019), «el sentido de la escuela de Amedeo Conte era muy similar a aquel que existía en la Grecia antigua o en la Edad Media, donde el discípulo no se limitaba a escuchar las clases o atender a periódicos encuentros. Para muchos de nosotros ha sido una comunión de vida que nos ha acompañado desde la juventud hasta hoy».

En una breve autopresentación publicada en las primeras páginas de *Res ex nomine* (Napoli, Editoriale Scientifica, 2009), para confirmar la importancia que él otorgaba a los encuentros entre estudiosos de generaciones y nacionalidades diferentes, Amedeo recuerda la fundación (a partir de 1991) de seminarios filosóficos internacionales de San Alberto de Butrio, del nombre de la ermita del Oltrepò, en la zona de Pizzocorno (Pavía).

9. La poética de Amedeo Giovanni Conte

Conocí a Amedeo en septiembre de 1985, en Pavía, en el jardín de su casa en Piazza Castello 35, donde, sin haber alcanzado los veinte años, me disponía a matricularme en la Universidad, y he tenido el privilegio de cultivar con Amedeo un diálogo constante e ininterrumpido hasta algunos días antes de su muerte.

En los últimos años, Amedeo había abandonado su casa de Piazza Castello para mudarse a Cava Manara y había donado al Collegio «Giasone del Maino» su valiosa biblioteca de semiótica y filosofía construida durante años junto a su mujer Maria-Elisabeth.

Si bien dolido por la lejanía de las aulas universitarias, Conte no había perdido la «fe» (así llamaba a su pasión por la investigación), y la ha cultivado a través de la lectura y el comentario de los trabajos de sus discípulos que

ha recibido en Cava Manara –como recuerda Lorenzo Passerini Glazel («*In cento luoghi ancora è origine*». *Ricordo di Amedeo Giovanni Conte*, discurso pronunciado en Pavía, el 21 de mayo de 2019)– «hasta el final de sus días».

«Amedeo –afirma también Lorenzo Passerini Glazel– ha sido un espíritu fuertemente atormentado, pero de una enorme generosidad de ánimo. Como en muchas personalidades de genio, a su gran creatividad, lúcida y teórica, hacía de contrapunto una gran melancolía, a la que contestaba con la profundidad de sus pensamientos.»

La respuesta de Amedeo a estos tormentos ha tomado forma en una poética de la finitud y de la mortalidad de la que son máximo testimonio las líricas y las traducciones recolectadas en el volumen borgesiano *Kenningar* (Bari, Adriatica Editrice, 2006, con un prefacio de Giorgio Orelli).

Pero Amedeo ha sido también una persona jugosa e irónica, con un gusto sutil para la broma, como testimonian incluso los numerosos dísticos jugosos que trazaba con los amigos y para los amigos en ocasión de congresos y seminarios. Quien ha conocido a Amedeo cuando era joven lo describe con palabras que recuerdan los rasgos con los que Giuseppe Falaschi (*Betti privato*, Camerino, 2019) describía la personalidad de Emilio Betti: «candor extremo», «inocuidad de las extravagancias», «perspicacia excepcional en sectores particulares, ingenuidad añorada en otros», «pasión inmensa para la investigación», «ansiedad de evaluación, que siempre es un testimonio de humildad», «valor de medirse con temas de estudio tan exigentes que al final te alejan de la realidad cotidiana».

El 21 de mayo de 2019, a pocos días de su muerte, la Universidad de Pavía ha rendido tributo a Amedeo Conte con una ceremonia de despedida en el Cortile dei Caduti. El 2 de julio de 2019, en una mañana muda y luminosa, las cenizas de Amedeo han sido esparcidas, según sus últimas voluntades, en el río Ticino por su hija Adelheid, a pocas centenas de metros de donde él había nacido y crecido.

«Un giorno, la mattina,
le cose tutte si risveglieranno,
come sempre ogni giorno.
Ma non più a noi.

E questo vano,
risveglio delle cose
sarà il nostro
morire.»³

Paolo DI LUCIA
Università degli Studi di Milano

³ CONTE, A. G., «Il nostro morire (Pavía, 21 novembre 2001)», en CONTE, A. G., *Kenningar*, Bari Adriatica Editrice 2006, p. 78.

In Memoriam, Dr. H. C. Mult. Werner Krawietz (1933-2019)

El pasado 27 de agosto de 2019, cuando apurábamos los últimos días del verano académico, nos dejaba el profesor Werner Krawietz, Catedrático emérito de Filosofía del Derecho y Sociología Jurídica de la Westfälische Wilhelms Universität de Münster, a la edad de 85 años.

Tuve la fortuna de conocerle hace ya un cuarto de siglo cuando, como becaria del DAAD, me acogió en su *Lehrstuhl für Rechtssoziologie, Rechts- und Sozialphilosophie*, donde al tiempo que aprendía alemán, empezaba a investigar sobre la Jurisprudencia de intereses, que era el tema de mi tesis doctoral. En ambos empeños pude contar siempre con la ayuda generosa, inteligente y desinteresada del profesor Krawietz, que me introdujo en su seminario de doctorado cuando sabía que yo aún no entendía nada y que después dedicó muchas horas a hablar conmigo sobre Metodología Jurídica y sus alledaños, interesándose por el avance de mis investigaciones y poniendo siempre a mi disposición los recursos de su departamento y, sobre todo, su enorme erudición.

La Metodología Jurídica en general, y la Jurisprudencia de intereses y valoraciones en particular, siempre han tenido un lugar destacado en la obra del profesor Krawietz. Su trabajo sobre la *Interessenjurisprudenz* (Krawietz 1976a) sigue siendo, después de cuarenta años, uno de los análisis más acertados y exactos de este (des)conocido método jurídico, en cuyo papel dominante en la práctica jurídica y en la ciencia jurídica práctica, en forma de Jurisprudencia de intereses y valoraciones, ha insistido expresamente en muchas ocasiones (1976a, 4; 2001, 352). En su haber metodológico figura también el rescate, en forma de recopilación de artículos (Krawietz: 1976b), de la Jurisprudencia de conceptos, cuyas debilidades pone de manifiesto de forma muy crítica, sin dejar de cuestionarse, antes que otros, la consistencia de la caracterización interesada que de dicho movimiento habían hecho sus detractores (García Salgado: 2011, 70 ss.). Quien desee profundizar en la famosa disputa metodológica de finales del XIX encontrará en la obra de Werner Krawietz la mejor puerta de acceso y sobre todo llaves maestras para comprender a los movimientos teóricos que protagonizan la contienda y, no menos importante, para detectar sus vestigios en las décadas posteriores.

Al poner de relieve la importancia que ya la Jurisprudencia de intereses reconocía a las valoraciones, Krawietz no veía un cambio de paradigma entre ambos movimientos sino una evolución y desarrollo natural de la primera hacia la segunda. De ahí que acostumbrase a referirse a ambas conjuntamente, encontrando además las raíces de la teoría de Heck en una concepción del derecho normativo-realista que entendió al derecho no solo como un medio de asegurar expectativas sino principalmente como una forma de dirigir comportamientos (Krawietz: 1984, 14). La obra de Heck no cayó en el olvido en Münster, donde según Grundmann y Riesenhuber, encontró grandes cultivadores (2007: 347) y quizá ese clima favorable también influyó en la buena acogida teórica que le dispensó el profesor Krawietz, quien (como pusieron de manifiesto los editores de su Libro Homenaje con motivo de su 80 cumpleaños) atribuye un significado central a los intereses expresados en las nor-

mas y a sus valoraciones, lo que se refleja en «sus intensivas e instructivas investigaciones sobre la Jurisprudencia de intereses y valoraciones, así como sobre las teorías realistas del derecho» (Aarnio, Hoeren, Paulson, Schulte, Wyduckel: 2013, 5).

En 1984, en sus respuestas a la encuesta que la recién estrenada revista DOXA publicó con el título «Problemas abiertos en la Filosofía del Derecho», el profesor Krawietz apuntaba como uno de los déficits o «desarrollos fallidos en el pensamiento jurídico», la «supuesta unidad dialéctica» entre iusnaturalismo e iuspositivismo, que debía ser superada para que la teoría del derecho y la filosofía del derecho se tomaran «realmente en serio la positividad del derecho», al tiempo que señalaba la conveniencia de adoptar una perspectiva más realista, a partir de la que «todo *derecho* (...) demuestra ser un orden autosustitutivo independiente», puesto en vigencia a través de una decisión político-jurídica en la que influyen factores económicos, sociales, culturales o políticos, sin que quepa en los sistemas jurídicos estatalmente organizados de las sociedades modernas «ninguna alternativa al derecho. El derecho puede ser reemplazado solo por el derecho, pero no por la moral». Preguntado acerca de su propia posición teórico y filosófico jurídica, el profesor Krawietz la caracterizaba como «un *realismo jurídico con sentido crítico*, que tiene grandes afinidades con los realismos jurídicos americano y escandinavo», que se dirige críticamente contra todas las formas de la jurisprudencia analítica tal y como está representada por el positivismo jurídico de Kelsen y Hart, y se basa en «una *fusión de la teoría del derecho y la teoría de los sistemas*» (Krawietz: 1984a, 273-275). Años después seguiría considerándose dentro de las filas del *Nuevo institucionalismo y realismo jurídico* y de la *teoría de las instituciones y sistemas sociales*, donde también mencionaba a T. Eckhoff y a Schelsky (Krawietz: 1998, 133).

En esta breve autocaracterización se localizan ya los elementos en torno a los que el profesor Krawietz desarrollará sus reflexiones teóricas, y que han sido plasmados en los títulos de los tres libros homenajes con los que sus colegas, discípulos y amigos han querido mostrarle su respeto y afecto con motivo de su 60, 70 y 80 cumpleaños (*Norma jurídica y realidad del derecho; Teoría del derecho y de la sociedad; Positividad, normatividad e institucionalidad del derecho*). La reflexión sobre la norma jurídica y la realidad jurídica y su estrecha relación, ponían de manifiesto los editores del Libro Homenaje de 1993 recorre buena parte de la obra de Werner Krawietz e incluso en su completísima formación estudiantil en Friburgo, Graz y Münster, donde no solo estudió Derecho sino también Economía, Filosofía y Sociología, así como en su doble doctorado, en Economía y en Derecho, puede encontrarse la explicación de su aguda mirada hacia los presupuestos teóricos y sociales del Derecho (1993, V-VI).

Mirada y preocupación que ya quedaron reflejadas en su trabajo de habilitación en Münster (Krawietz: 1978) en el que se ocupaba de asuntos que nunca más abandonó totalmente, como la relación entre decisión jurídica y conocimiento científico, o en qué medida un mayor conocimiento científico puede provocar un aumento de la racionalidad de las decisiones jurídicas (Libro Homenaje 1993, VI). En el prólogo de dicha obra (1978) Krawietz muestra su gratitud hacia los profesores que más le han influido (y cita expresamente a H. U. Scupin, Norbert Achterberg, Hans J. Wolff, Friedrich Klein), destacando sobre todo a Joachim Ritter y su *Collegium Philosophicum*, y a Helmut Schelsky, cuyo *Lehrstuhl für Rechtssoziologie, Rechts- und Sozialphilosophie* en la Universidad de Münster, asumió Krawietz en 1979 y man-

tuvo hasta el momento de su jubilación. Como señalan los editores del primer libro homenaje, las teorías de Schelsky condicionaron decisivamente la perspectiva teórica de Werner Krawietz, que se confrontó exhaustivamente con sus obras, identificando en Ihering o en Weber los fundamentos de su concepción del derecho y de la sociedad y tratando de hacerla fructífera para una teoría y sociología del derecho. El interés de Krawietz por la relación entre la teoría del derecho y la teoría de sistemas le lleva también a analizar frecuentemente la teoría de sistemas de Niklas Luhmann y sus implicaciones y aportaciones a la ciencia del derecho y la práctica jurídica. (1973, VII). Todos estos autores y otros muchos conformarían lo que al profesor Krawietz gustaba denominar *Escuela münsterana de Teoría del Derecho*, que aglutinaba juristas de diferentes disciplinas que se aproximaban al análisis del derecho de un modo común, concibiéndolo, a pesar de su positividad y normatividad, como un fenómeno universal de la sociedad, cuya estructura y función traspasa todos los ámbitos sociales (Krawietz: 1978, XIII). En Münster se doctoró Werner Krawietz en Derecho en 1965, fue *wissenschaftlicher Assistent* (ayudante) en el Instituto de Derecho Público y Política, desde 1966 hasta 1974, año en que obtuvo la habilitación (*venia legendi*) para derecho público, teoría del derecho y sociología jurídica y, en el mismo año, fue nombrado profesor de Teoría General del Derecho y Filosofía del Derecho, con Derecho Público. En 1979 fue nombrado catedrático y sucedió a Schelsky en el *Lehrstuhl* al que ya nos hemos referido. (Boers: 2019).

Creo que una de las señas de identidad de la obra del profesor Krawietz es haber buscado siempre la conexión entre la reflexión teórica y los aspectos prácticos del derecho, y su trabajo sobre la comunicación jurídica en las teorías contemporáneas de las normas y de la acción es uno de los muchos ejemplos que se pueden mencionar de ese modo de trabajar que nunca perdía de vista que la reflexión teórica estaba íntimamente relacionada con la mejor comprensión del funcionamiento del derecho (Krawietz: 1998). Resalto este artículo porque en él se recogen las ideas que el profesor Krawietz expuso en la conferencia que pronunció en la Universidad de Oviedo la primera vez que nos visitó, en la que comenzó compartiendo con el auditorio la intuición de que el efecto que internet tendría sobre el derecho, que es tanto como decir sobre nuestra forma de vida, sería mucho mayor que el que había tenido la invención de la imprenta. Por eso demandaba, ya en el año 1997, la necesidad de que las teorías jurídicas y sociales abordasen las nuevas condiciones y los nuevos desafíos que las modernas sociedades de información planteaban a la organización y estructura del orden jurídico (Krawietz: 1998, 137). Y llegaba a la conclusión de que para una teoría basada en la información y la comunicación, los sistemas sociales y las instituciones no se componen de actores o de acciones intencionales sino que «están constituidos y solo puede ser comprendidos adecuadamente a la manera de actos comunicativos autorreferencialmente vinculados», es decir, como directivas y normas vinculadas con directivas y normas anteriores, etc. (Krawietz: 1998, 139).

Al profesor Krawietz le gustaba mucho hablar de teoría y sociología jurídica y analizar la realidad desde los marcos teóricos y conceptuales que iba diseñando. El día después de pronunciar su primera conferencia en la Universidad de Oviedo le propuse visitar algún pueblo de la costa asturiana, algo que aceptó con el entusiasmo, la curiosidad y la alegría que le caracterizaban. Nuestro mar Cantábrico –Océano Atlántico para la mayor parte de los demás– le dio pie a disertar sobre la conveniencia de no perder de vista el

carácter más regional que universal de los sistemas sociales y de la teoría de sistemas que pretenda dar cuenta de ellos. Lo recuerdo en Cudillero y después en Salinas, disfrutando de las vistas y del rumor de un mar, aquel día, muy picado, lleno de proyectos que hoy sé que se fueron haciendo realidad, que explicaba con una energía contagiosa y una generosidad enorme, buscando el modo de involucrarte en ellos.

Esa grandeza y disponibilidad académica y personal del profesor Krawietz no se entiende sin hacer referencia a la multitud de actividades que realizaba, tanto en Alemania como fuera de sus fronteras. Como señalan los editores de su primer libro homenaje, en el año 1993, los colegas, compañeros, discípulos y amigos que realizaron alguna contribución procedían de 18 países, lo que ya da cuenta del talante internacional del profesor Krawietz, que en 1982 fue nombrado *Professeur à la Faculté européenne des Sciences du Foncier*, en Estrasburgo, y cuya valía académica e intelectual le hizo merecedor de tres doctorados *honoris causa*: Universidad de Helsinki; Eötvös-Loránd-Universität en Budapest y *Russischen Akademie der Wissenschaft* (Boers: 2019). Los editores de su tercer libro homenaje hacen hincapié, en 2013, en su relación con la *Akademischen Rechtsuniversität* y su *Institut für Staat und Recht* en Moscú, que le llevó a fundar en Münster el *Centro internacional ruso-alemán de estudios jurídicos* y a intensificar, en las últimas décadas, su cooperación con Rusia y con el «Programa de estudios integrados ruso-alemán», vinculado a la Facultad de Derecho de la Universidad de Münster. Desplegando grandes dosis de entusiasmo y energía en este proyecto y otros similares, consiguió el apoyo y reconocimiento del *Petersburger Dialog* y del *DAAD*, que contribuyeron al éxito de estos programas de cooperación académica e intercambio, así como al desarrollo de nuevos proyectos de investigación.

Dentro de esta actividad internacional tampoco podemos dejar de mencionar el destacado papel del profesor Krawietz en la *Asociación internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social* (IVR), en la que llegó a presidir diferentes secciones y en la que tuvo siempre desarrollado importantes funciones.

Muchos de los frutos de esa intensa actividad nacional e internacional han ido apareciendo publicados en *RECHSTHEORIE*, la revista que Werner Krawietz fundó en 1970, involucrando a Karl Engisch, H. L. A. Hart, Hans Kelsen, Ulrich Klug y Karl R. Popper, de la que fue editor y redactor jefe, y que consiguió convertir en un referente en la Teoría del Derecho.

Después de su jubilación en 1999, el profesor Krawietz mantuvo su actividad y su vinculación con la Universidad de Münster, haciéndose merecedor de otros dos Libros Homenaje (en 2003 y 2013) que se sumaban al primero, de 1993, en los que juristas en general, y filósofos del derecho en particular, han querido mostrarle su respeto, consideración y afecto a lo largo de los años.

Rastrear las publicaciones del profesor Krawietz es sencillo gracias a los magníficos trabajos de Andreas Schemann (1993), que en la bibliografía recogida en el primer libro homenaje identifica 306 obras de Krawietz, clasificadas en libros y artículos, ediciones de obras colectivas, contribuciones a libros homenaje, diccionarios, capítulos de libros y revistas; reseñas, discusiones, prefacios, introducciones, obituarios, etc.; de Andreas Schemann y Petra Werner (2003), que llevan la citada bibliografía hasta las 368 aportaciones, y de los dos últimos autores más Dieter Wyduc-

kel (2013), que llegan a las 410 obras de Krawietz, y que permiten darse cuenta de los variados intereses y temas que atrajeron la atención y lograron la dedicación del profesor Krawietz.

Solo grandes discípulos hacen grandes maestros, y el profesor Krawietz los ha tenido. Compañeros, colegas, amigos y discípulos que han asistido a sus seminarios, que han leído sus obras y las han discutido con él; que han editado sus libros homenaje y que han colaborado activamente en sacar adelante RECHSTHEORIE; que han participado en sus proyectos de investigación y que han disfrutado de la generosa hospitalidad suya y de su familia: su esposa, su hija (Birgit Krawietz, profesora en la *Freie Universität de Berlín*), sus nietas. No menciono ningún nombre para no olvidarme de ninguno, pero son fáciles de localizar. En lo que han escrito me he apoyado para completar mi propio recuerdo del profesor Krawietz, que deja grandes discípulos y que hizo, a su vez, grandes a sus maestros. *Lieber Professor Krawietz, vielen Dank für alles. Ihre: María Salgado.*

María José GARCÍA SALGADO
Universidad de Oviedo

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AARNIO, A.; PAULSON, S. L., WEINBERGER, Ota; VON WRIGHT, Georg H.; WYDUCKEL, D. (eds.) (1993), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag*, Berlín, Duncker & Humblot.
- AARNIO, A.; HOEREN, T.; PAULSON, S. L.; SCHULTE, M.; WYDUCKEL, D. (eds.) (2013), *Positivität, Normativität und Institutionalität des Rechts. Festschrift für Werner Krawietz zum 80. Geburtstag*, Berlín, Duncker & Humblot.
- ATIENZA, M.; PATTARO, E.; SCHULTE, M.; TOPORNIN, B.; WYDUCKEL, D. (eds.) (2003), *Theorie des Rechts und der Gesellschaft. Festschrift für Werner Krawietz zum 70. Geburtstag*, Berlín, Duncker & Humblot.
- BOERS, K. (2019), «Trauer um Herrn Prof. Dr. h.c. mult. Werner Krawietz», en *Rechtswissenschaftliche Fakultät Münster* (<https://www.jura.uni-muenster.de/de>). Consultado por última vez el 19 de diciembre de 2019.
- GARCÍA SALGADO, M.^a J. (2011), *La Jurisprudencia de intereses de Philipp Heck*, Granada, Comares.
- KRAWIETZ, W. (1976a), «Interessenjurisprudenz», en Joachim Ritter/Karl-fried Gründer (Hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 4, Stuttgart, Basel, Schwabe & Co. Sp. 494-514.
- (1976b), *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- (1976c) «Zur Einleitung: Juristische Konstruktion, Kritik und Krise dogmatischer Rechtswissenschaft», en (1976b), pp. 1-10.
- (1976d) «Begriffsjurisprudenz», en (1976 b), pp. 432-437.
- (1978): *Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis. Eine Untersuchung zum Verhältnis von dogmatischer Kausalwissenschaft und rechtswissenschaftlicher Grundlagenforschung*, Viena/Nueva York, Springer-Verlag.

- KRAWIETZ, Werner (1981), «Rechtssystem und Rationalität in der Juristischen D.», en Aulis Aarnio, Ilkka Niiniluoto, Jyrki Uusitalo (Ed.), *Methodologie und Erkenntnistheorie der juristischen Argumentation. Beiträge des Internationalen Symposions. «Argumentation in Legal Science»* vom 10. bis 12. Dezember 1979 en Helsinki, Berlín, Duncker & Humblot 1981 (Rechtstheorie, Beiheft 2), pp. 299-335.
- (1984), *Recht als Regelsystem*, Wiesbaden, Steiner.
- (1984a), «Problemas abiertos en Filosofía del Derecho», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 1.
- (1988), «El concepto sociológico del Derecho», en *Doxa*, 5, pp. 253-274. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Es uno de los tres ensayos publicados también en Krawietz (1992).
- (1992), *El concepto sociológico del derecho. Y otros ensayos*, México: Fontamara. En esta obra se recogen tres artículos de Werner Krawietz, «El concepto sociológico del derecho» (traducción de Ernesto Garzón Valdés); «Principios de moralidad pública versus derecho» (traducción de Roberto J. Vernengo), y «Derecho y racionalidad en la moderna teoría del derecho» (traducción de Ernesto Garzón Valdés).
- (1998), «Sistemas jurídicos modernos en transición. Sobre la comunicación jurídica en las teorías contemporáneas de las normas y de la acción», en *Doxa*, 21, vol. I, pp. 123-143. Traducción de Daniel González Lagier.
- (2001), Ausdifferenzierung von Praxis und Theorie in juristischer systemtheoretischer Perspektive», en *Rechtstheorie* 32, pp. 345-357.
- GRUNDMANN, S.; RIESENHUBER, K. (eds.) (2007), *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler. Eine Ideen geschichte in Einzeldarstellungen*, tomo 1, Berlín, De Gruyter Recht.
- SCHEMANN, A. (1993), «Bibliographie Werner Krawietz», en Aarnio, Aulis; Paulson, Stanley L., Weinberger, Ota; Von Wright, Georg Henrik; Wyduckel, Dieter (eds.) (1993), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag*, Berlín, Duncker & Humblot, pp. 797-831.
- SCHEMANN, A.; WERNER, P. (2003), «Bibliographie Werner Krawietz», en Atienza, Manuel; Pattaro, Enrico; Schulte, Martin; Topornin, Boris; Wyduckel, Dieter (eds.) (2003), *Theorie des Rechts und der Gesellschaft. Festschrift für Werner Krawietz zum 70. Geburtstag*, Berlín, Duncker & Humblot. pp. 804-842.
- SCHEMANN, A., WERNER, Petra; WYDUCKEL, Dieter (2013), «Bibliographie Werner Krawietz», en Aarnio, Aulis; Hoeren, Thomas; Paulson, Stanley L.; Schulte, Martin; Wyduckel, Dieter (eds.) (2013), *Positivität, Normativität und Institutionalität des Rechts. Festschrift für Werner Krawietz zum 80. Geburtstag*, Berlín, Duncker & Humblot, pp. 731-770.

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

El Anuario de Filosofía del Derecho es una publicación oficial anual del Ministerio de Justicia con contenido científico y vinculada a la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política (SEFJP), dirigida desde mayo de 2018 por D.^a Ángeles Solanes Corella, catedrática de Filosofía del Derecho de la Universitat de València. 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* (afd@mjusticia.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:

Las notas a pie de página se confeccionarán según el criterio general que se incluye en el apartado III y se entenderá que constituyen las referencias bibliográficas del artículo, sin que sea necesario añadir una bibliografía final, evitando así reiteraciones. Una obra ya citada se mencionará con el nombre del autor o autora seguida de *op. cit.* y la página. Si el autor o autora 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, autora o documento, se indicará con *ibidem* y el número de página. Las abreviaciones de las locuciones de *ídem*, *ibídem*, *infra*, *supra*, *apud* o *pássim*, *vide*, cuando así lo exija la investigación serán preferentemente (*id.*, *ib.*, *infr.*, *supr.*, *ap.*, *páss. vid.*). Las palabras extranjeras deben ir en cursiva. En las notas al pie y texto, la palabra página se abreviará p. o pp., según proceda; siguientes se expresará como ss.; para especificar conferir se utilizará su abreviación (cfr.), si no se trata de cita literal; la abreviatura de artículo será art. y solo se empleará cuando vaya entre paréntesis, en los demás casos deberá ir con todas las letras. Las siglas, abreviaturas y acrónimos irán en mayúsculas sin espacio (pegadas) y sin puntos, salvo la primera vez que se mencionen que deberá constar, entre paréntesis el significado de éstas.

Por último, en la primera cita de textos legales figurará el rango normativo, el número, fecha, nombre del fundamento legal y, entre paréntesis, el Boletín oficial en el que se publicó con referencia de número y fecha. Las citas iniciales de jurisprudencia y otras resoluciones contendrán: las siglas de la resolución y tribunal u órgano, sala y fecha, referencia de repertorio en que se publicó o consultó el original y nombre y apellidos del magistrado ponente.

III. Referencias bibliográficas:

En cualquier caso, al citar la obra completa, deberá ser presentada de la siguiente forma: APELLIDO/S, inicial del nombre, *título*, lugar de edición, nombre del editor, año de aparición, número de páginas (eventualmente colección). Se distinguirá entre libro, artículo de revista, capítulo del libro, etc. Ejemplos:

1. Libro/monografía:

GONZÁLEZ VICÉN, F., *El Positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1950, 96 pp.

2. Artículo de revista:

GONZÁLEZ VICÉN, F., «La Filosofía del Derecho como concepto histórico», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1969, pp. 15-65.

3. Trabajo o capítulo del libro:

GONZÁLEZ VICÉN, F., «Estudio preliminar a la traducción de Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia» de John Austin, en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Santa Cruz de Tenerife, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, 1979, pp. 17-33.

IV. Proceso de evaluación, admisión y revisión de manuscritos:

Los trabajos enviados a la Redacción del Anuario de Filosofía del Derecho deben ser inéditos y no estarán pendientes de publicación en cualquier otro medio. 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.

A los autores cuyos trabajos hayan sido aceptados se les facilitará por correo electrónico el contrato de cesión de derechos de explotación del Ministerio de Justicia. Una vez cumplimentado y firmado debidamente, deberá ser remitido a la Secretaría del Anuario. Este trámite será condición imprescindible para la publicación del trabajo.

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

Directora

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

Secretaria

Prof.^a Dra. TERESA PICONTO NOVALES
Universidad de Zaragoza

CONSEJO DE REDACCIÓN

Prof.^a Dra. MARÍA ISABEL GARRIDO GÓMEZ
Universidad de Alcalá

Prof. Dr. JOSÉ ANTONIO GARCÍA SÁEZ
Universitat de València

Prof. Dr. FERNANDO HIGINIO LLANO ALONSO
Universidad de Sevilla

Prof. Dr. RAÚL SUSÍN BELTRÁN
Universidad de La Rioja

Prof. Dr. ANDRÉS GASCÓN CUENCA
Universitat de València

CONSEJO ASESOR

Prof.^a Dra. ANA RUBIO CASTRO
Universidad de Granada

Prof. Dr. JAVIER GARCÍA MEDINA
Universidad de Valladolid

Prof.^a Dra. CRISTINA GARCÍA PASCUAL
Universitat de València

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**