



EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad.
Número 3. Septiembre, 2012 – febrero, 2013
ÍNDICE

Presentación

José María Sauca 1

Estudios

El poder judicial bajo el imperio de la ley. Un punto de vista normativo 3

Riccardo Guastini

Sobre formalismo y antiformalismo en la Teoría del Derecho 13

Juan Antonio García Amado

Entre arbitrariedad y razonabilidad. Hacia una teoría crítica del neoconstitucionalismo 44

Massimo Cuono

The *Lex Specialis* Principle and its Uses in Legal Argumentation. An Analytical Inquire 61

Silvia Zorzetto

Foro y ágora

Derechos, mercado y luchas políticas: A propósito de la reforma sanitaria de la Administración Obama 88

María Luz Rodríguez González

La *regularización* tributaria prevista en el Real Decreto Ley 12/2012, de 30 de marzo: Una amnistía fiscal contraria a la justicia y manifiestamente ineficaz 103

Hugo López López y Róger Campione

Realizando la democracia; 衆人 Individuos y Reyes 125

Aurelio de Prada García

Voces de Cultura de la legalidad

Rodolfo Vázquez: «Legalidad y laicidad» 141

Andrea Greppi: «Eficacia» 150

Jesús Lizcano Álvarez: «Transparencia» 160

Carmen Pérez González: «Seguridad humana» 167

Pilar Otero González: «Corrupción entre particulares (Delito de)» 174

Mariano Melero de la Torre: «Neutralidad política» 184

Úrsula Zurita Rivera: «Educación ciudadana» 192

María G. Navarro: «Discrecionalidad administrativa» 200

Javier Camacho Gutiérrez: «Desarrollo comunitario» 206

Pedro Chaves Giraldo: «Democracia participativa» 213

Releyendo a...

Dos artículos de John Trenchard y Thomas Gordon sobre los fundamentos y límites constitucionales del poder: “*Donde se demuestra que la Libertad es el derecho inalienable de toda la Humanidad*”, y “*Todos los gobiernos han sido instituidos por los hombres y solo para su bienestar*” 218

Ricardo Cueva Fernández

Rincón de lecturas

Josep María Vilajosana (2010), *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas* 235

Alberto Carrio

Respuesta a Alberto Carrio. *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas* 252

Josep María Vilajosana

Javier García Roca y Pablo Santaolaya (2012), *Europe of Rights. A Compendium on the European Convention of Human Rights* 263

Carmen Pérez González

Eusebio Fernández García (2011), *Marxismo, democracia y derechos humanos* 270

Edgardo Rodríguez Gómez

Jorge Malem Seña (2010), *La profesionalidad judicial* 277

Ricardo Cueva Fernández

Michael J. Sandel (2010), *Justicia ¿Hacemos lo que debemos?* 282

David García García



Presentación

Entregamos el tercer número de *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* e iniciamos con ello su segundo año de vida.

La estructura del número se mantiene constante y conserva las mismas secciones, ampara las similares orientaciones y, en términos generales, sigue propiciando una notoria pluralidad disciplinar y equilibrio en el peso relativo de los trabajos.

Los **Estudios** adquieren en esta ocasión una impronta más iusfilosófica que en números anteriores, una influencia italiana más significativa y una convergencia más intensa sobre problemáticas relativas al Estado de Derecho. Se abren con un trabajo de Riccardo Guastini que aborda, precisamente, la idea del Imperio de la Ley. Creo que su aportación se aproxima al esfuerzo de un ensayo en la que sintetiza su propuesta normativa de la idea del imperio de la ley, deteniéndose especialmente en las imbricaciones que ésta conlleva para la separación de poderes y sus consecuencias para la Teoría del Derecho y de la Constitución. El segundo trabajo se debe a Juan Antonio García Amado y guarda una continuidad temática con las inquietudes fundamentales expuestas en el anterior. La agilidad de su pluma desgrana una defensa del iuspositivismo en la conceptualización de la decisión judicial que se contrapone a lo que denomina iusmoralismo, tanto en sus vertientes neoconstitucionalista y de entronque dworkiniano. La tercera contribución corre a cargo de Massimo Cuono quien profundiza en las características que presenta el neoconstitucionalismo para el Estado de Derecho, centrándose en el desarrollo del par conceptual de racionalidad y limitación de la arbitrariedad. Una versión previa de este trabajo fue defendida por el autor en el XVII Seminario Hispano-Italiano-Francés que se celebró en la Universidad Carlos III de Madrid el pasado año. Finalmente, el cuarto y último artículo viene ofrecido por Silvia Zorzetto. Su temática engarza igualmente con el razonamiento jurídico y ofrece una revisión del principio de *lex specialis* más amplio que el generalmente reconocido. Con su aportación damos paso a la primera ocasión en que se concreta el proyecto inicial de la revista de incluir en sus páginas la publicación de trabajos en lengua inglesa.

La sección de **Foro y Ágora** mantiene su apuesta por dar cuenta de reflexiones sobre cuestiones actuales de relevancia para la cultura de la legalidad. Se recogen tres trabajos que apuntan caracteres interdisciplinares y contenidos de notable importancia. El primero de ellos recoge las consideraciones de María Luz Rodríguez en torno al modelo de protección pública de la salud con ocasión de dos acontecimientos de largo alcance: la aprobación de la conocida como reforma sanitaria de Obama y la sentencia del Tribunal Supremo norteamericano que ha refrendado su

constitucionalidad. El segundo trabajo corresponde a un tributarista y a un filósofo del Derecho, los profesores Hugo López y Roger Campione, que articulan el análisis dogmático jurídico con consideraciones jurídico constitucionales en relación con el R.D.L. 12/2012, que aprueba la conocida como amnistía fiscal. Finalmente, Aurelio de Prada presenta un tercer artículo en el que desarrolla, a modo de ensayo, un balance de las contribuciones del movimiento del 15-M a favor de una profundización en la democracia.

La sección de **Voces de cultura de la legalidad** mantiene su ritmo de entrega a un *Léxico* en la materia con otras diez entradas nuevas. Las seleccionadas para esta ocasión responden a tres caracteres predominantes. Por un lado, ideas centrales en la configuración sustantiva del espacio público como laicidad, neutralidad, seguridad. Por otro, conceptos centrales en la dinámica de la cultura de la legalidad como eficacia del Derecho, transparencia y discrecionalidad. Y, finalmente, procesos sociales y políticos que tiendan al desarrollo de dicha idea como las voces de democracia participativa, educación o desarrollo comunitario. A todo ello, se añade el estudio del tratamiento penal de la corrupción entre particulares.

El **Releyendo** de este número presenta un carácter más filosófico político que en ocasiones anteriores y rescata, de la mano de Ricardo Cueva, algunas cartas de Trenchard y Gordon que permanecían inéditas en español. El estudio introductorio ofrece una contextualización de su publicación a comienzos del siglo XVIII, de la larga influencia que tuvieron en la época y la utilidad que presentan para la conformación de la tradición del pensamiento republicano.

2

Finalmente, la sección del **Rincón de Lecturas** se abre con una iniciativa que desearíamos poder potenciar en el futuro. Me refiero al diálogo mantenido entre Alberto Carrio y Josep Maria Vilajosana con ocasión del comentario que el primero hace del libro que éste último dedica al estudio de la dimensión social de las normas jurídicas. Además de ello, contamos con los estudios de obras recientes que se han considerado relevantes en la línea editorial de la revista: el importante trabajo colectivo editado por García Roca y Santolaya sobre la Convención Europea de Derechos Humanos; los trabajos sobre marxismo (Fernández) y comunitarismo (Sandel) y las características de la profesión judicial (Malem).

En definitiva, este tercer número de *Eunomía* mantiene la misma línea que los números anteriores, conservando la estructura y las proporciones temáticas y disciplinares que venían presentándose. Asimismo, ha incorporado un enriquecimiento de su horizonte lingüístico y ha abierto la promisorio vía de propiciar debates entre los autores y sus críticos.

José María Sauca



El poder judicial bajo el imperio de la ley. Un punto de vista normativo*

Riccardo Guastini

Universidad de Génova
guastini@unige.it

Resumen

Considerando la idea que cualquier acto del Estado está sujeto a normas jurídicas, el autor sintetiza las consecuencias normativas del imperio de la ley en el desempeño de los órganos jurisdiccionales. Bajo la primacía del Derecho los poderes estatales admiten límites al concretarse la separación y el balance de poderes. La eficacia de la jurisdicción constitucional al ejercer el control *a priori* y *a posteriori* en sistemas concentrados y difusos está fuera de duda; sin embargo, incluso aunque las decisiones de los jueces constitucionales puedan escapar, en apariencia, de cualquier posibilidad de control normativo, el equilibrio de poderes requerirá la existencia de algún contra-poder constitucional para limitarlos.

Palabras clave

Poder judicial, imperio de la ley, legalidad, separación de poderes, Constitución.

Judicial Power and Rule of Law. A normative perspective

Abstract

Taking into account the idea of the government under the law, the author synthesizes the normative consequences of the rule of law in judiciary power effectiveness. According to the supremacy of the law powers admit legal constraints when separation and checks and balances are realized. The effectiveness of constitutional jurisdiction through *a priori* and *a posteriori* control in concentrated and diffuse systems is beyond doubt; however, even if "Justices" decisions apparently can evade any normative control, balance of powers will demand the existence of some kind of constitutional counter-power to limit them.

Keywords

Judicial power, rule of law, legality, separation of powers, constitution.

* Traducción de Diego Moreno Cruz.

1. El imperio de la ley

(1) *El imperio de la ley en cuanto tal.* Por ‘imperio de la ley’ (*Rule of Law*) entiendo el principio según el cual cualquier acto del Estado deber estar sujeto a la “ley” (en el sentido genérico o “material” de fuente del derecho objetivo), es decir, a las normas jurídicas que lo gobiernan. Resulta inútil decir que dicho principio exige que todo acto del Estado esté realmente gobernado por normas jurídicas (que no existan actos estatales deónticamente indiferentes).

(2) *Su alcance.* El principio formulado ahora se aplica a *todos* los actos del Estado. Esto significa que el principio vale para los actos jurisdiccionales, ejecutivos (administrativos) y legislativos.

La sujeción a la ley es una obviedad respecto al juez, ya que la función jurisdiccional –según un modo de ver hoy en día generalmente compartido– es precisamente una actividad aplicativa de Derecho. La sujeción a la ley, sin embargo, no es en absoluto obvia respecto a la función ejecutiva y la función legislativa.

En particular, si se aplica a los actos legislativos, el imperio de la ley presupone una constitución rígida, ya que el órgano legislativo sólo puede estar vinculado por normas constitucionales. Una constitución rígida es un conjunto de normas jurídicas que no pueden ser derogadas, modificadas o derrotadas por medio de actos legislativos ordinarios, es decir, por la mayoría política (contingente) existente. Las normas de una constitución rígida pueden ser cambiadas sólo por medio de un procedimiento especial de revisión constitucional, lo cual requiere normalmente¹ –derrotando al principio de mayoría– el acuerdo de la minoría o de al menos una parte suya.

(3) *Sus aspectos sustanciales.* El imperio de la ley es un principio puramente formal: nada dice sobre el contenido del Derecho. No obstante, tal principio carecería de relevancia práctica si el Derecho no tuviera un cierto contenido: concretamente, si no limitara sustancialmente los poderes que ese mismo confiere.

Por tanto, una buena Constitución no debe limitarse a conferir poder legislativo a un parlamento: debe incluir además una declaración de los derechos (y quizás también un cierto número de principios) que el legislador no pueda violar, aunque esto conlleve un traslado de poder desde el legislador al juez constitucional (si un tal juez existe, evidentemente).

Del mismo modo, las leyes no deben simplemente conferir poderes al gobierno y a los órganos de la administración pública: deben también establecer límites sustanciales a los poderes conferidos.

(4) *Sus condiciones de efectividad.* Para que el imperio de la leyes sea efectivo, hay una condición obvia que debe ser satisfecha: todo acto del Estado debe estar sujeto a algún tipo de control, dirigido a averiguar si es conforme a las normas jurídicas que lo gobiernan desde un punto de vista sea formal (es decir, procedimental), sea sustancial. Para este objetivo es necesario instituir uno o más órganos a los cuales les sea atribuido el poder de ejercer tal control. En general, en los Estados de Derecho contemporáneos, el control sobre la conformidad al Derecho de los actos estatales es confiado a órganos jurisdiccionales, y es difícil imaginar una solución diversa.

¹ Normalmente, pero no necesariamente, me hace notar Alfonso Ruiz Miguel.

2. Separar y balancear los poderes

La separación de los poderes debe ser netamente distinguida del balance o equilibrio de los poderes (*checks and balances*), aunque muchos, equivocándose, confundan las dos cosas.

(1) *Separación de los poderes*. La separación de los poderes, entendida en sentido estricto, significa algo más que la simple división del poder político entre una multiplicidad de órganos. Significa más bien la especialización completa de las funciones estatales más la plena independencia recíproca de los órganos del Estado. Y esto comporta la ausencia de relaciones mutuas entre el legislativo, el ejecutivo y el jurisdiccional. De tal modo, en cuanto concierne al jurisdiccional, en un régimen de separación de poderes:

(a) primero, a los jueces les está prohibido legislar, es decir, crear normas generales (recuérdese el art. 5 del Code Napoléon²); y esto parece implicar, entre otras cosas, que los precedentes judiciales no sean vinculantes (lo que equivale a decir que la separación estricta es incompatible con cualquier forma de Derecho judicial).

(b) segundo, al legislativo y al ejecutivo les está prohibido juzgar, es decir, decidir controversias particulares;

(c) tercero, ni los actos legislativos, ni los actos ejecutivos (administrativos) están sujetos a control jurisdiccional: a los jueces no les está consentido en caso alguno denegar la aplicación de las leyes, ni les está consentido anular actos administrativos (el control sobre los actos administrativos está reservado a un órgano especial de la misma administración, esto es, del ejecutivo, como por ejemplo algún tipo de “tribunal administrativo”, cuya independencia y neutralidad política no puede ser plena).

(2) *Equilibrio de los poderes*. El equilibrio o balance de los poderes, por el contrario, comporta relaciones mutuas entre los poderes del Estado y la influencia mutua de unos sobre otros. Dicho de otra forma: hace falta que para cada poder (“*faculté da statuer*”) exista un contra-poder (“*faculté d’empêcher*”).

En particular, respecto al poder jurisdiccional, el equilibrio comporta que todo acto del Estado –legislativo o ejecutivo– esté sujeto a control jurisdiccional, teniendo los jueces el poder de juzgar la conformidad al Derecho sea de las leyes, sea de los actos administrativos. (Si los jueces deben tener el poder de denegar la aplicación de leyes inconstitucionales y de actos administrativos ilegales, o incluso de anular unas y otros, es una cuestión controvertida. Volveré a esto en el § 5).

(3) *Una combinación oportuna*. La separación de los poderes es ineficaz para garantizar el imperio de la ley, ya que, en esta forma de gobierno, los ciudadanos, cuyos derechos constitucionales o legales sean violados por leyes inconstitucionales y/o por actos administrativos ilegales, no tienen acceso a algún remedio eficiente. En general, una combinación entre separación y equilibrio de los poderes parece deseable.

En primer lugar, según el principio de la separación, al legislativo y al ejecutivo –tratándose de órganos políticamente orientados– les debe estar prohibido decidir controversias.

² “Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises”.

En segundo lugar, a los jueces les debe estar prohibido dictar normas generales. Esto por al menos dos razones. Por un lado, el Derecho judicial es necesariamente retroactivo, ya que toda norma creada por un juez está obviamente dirigida a resolver una controversia preexistente. Por otro lado, los jueces están, como se suele decir, desprovistos de “legitimación democrática”, en el sentido que no son –o más bien: no deben ser (véase *infra*, § 6)– seleccionados con procedimientos democráticos, como la elección.

En tercer lugar, el principio del equilibrio exige que a los jueces les sea consentido controlar la legalidad (la conformidad al Derecho) de todo acto del legislativo y del ejecutivo.

3. El poder judicial y el legislativo. (I) El control jurisdiccional sobre las leyes

En un “Estado constitucional de Derecho”, en el que el imperio de la ley se extiende también al poder legislativo, el parlamento no está totalmente libre: también los actos legislativos están sujetos a control jurisdiccional en lo que concierne a su conformidad con la Constitución³. Sin embargo, son concebibles formas diversas de control jurisdiccional sobre las leyes: las distinciones principales (aunque no exhaustivas) son las siguientes.

(1) “*A priori*” v. “*a posteriori*”. El control jurisdiccional sobre las leyes puede ejercerse “*a priori*”, es decir, sobre actos que (aunque aprobados por el parlamento) no están todavía en vigor, o “*a posteriori*”, es decir, sobre leyes que ya están en vigor. Los dos sistemas pueden ser valorados desde al menos dos puntos de vista, que son ambos relevantes para la materialización del imperio de la ley.

(a) Desde el punto de vista de la certeza del Derecho, el control “*a priori*” presenta una pequeña (pero importante) ventaja. Si el acto legislativo examinado supera el control, entra en vigor y no puede estar sujeto más a discusión. Por consecuencia, en todo momento dado, el conjunto de las leyes válidas es un dato estable y conocible, de modo que una cierta forma (mínima) de certeza del Derecho está garantizada. Mientras que, en un régimen de control “*a posteriori*”, ninguna disposición legislativa puede considerarse definitivamente válida, ya que toda disposición legislativa puede en todo momento ser sometida a discusión y ser reconocida como inconstitucional.

(b) Desde el punto de vista de la garantía de la supremacía (del respeto) de la Constitución, el control “*a posteriori*” no puede evitar que una ley inconstitucional entre en vigor y que sea incluso por un largo periodo aplicada (hasta que su inconstitucionalidad no sea reconocida por el juez competente). Mientras que el control “*a priori*” parece prevenir la entrada en vigor de leyes inconstitucionales.

Sin embargo, las cosas no son tan simples.

En primer lugar, el control “*a priori*” podría en realidad prevenir la entrada en vigor de cualquier ley inconstitucional sólo si fuera obligatorio, es decir, sólo si debiera ejercerse sobre todo acto del parlamento sin excepción alguna. Sin embargo, un control obligatorio de este tipo parece inadmisibles, porque tendría el efecto no deseable de transmutar al juez constitucional en algo parecido a una segunda (o tercera) cámara parlamentaria.

³ Lo que excluye la admisibilidad de leyes auto-aplicativas, es decir, leyes que tienen el contenido típico de actos administrativos, pero, siendo leyes formales, no están sujetas al control de los jueces ordinarios (y muy difícilmente pueden ser sometidas al juez constitucional). Soy deudor de esta observación a José María Sauca.

En segundo lugar, el control “*a priori*” es normalmente “abstracto”, en el sentido que no está conectado a la violación concreta de los derechos constitucionales de cualquier ciudadano en particular. El control “*a posteriori*”, por el contrario, siempre es “concreto”, en el sentido que se ejerce con ocasión de una concreta y efectiva violación de un derecho subjetivo. Ahora bien, el hecho es que la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas no puede ser plenamente apreciada “en abstracto”, es decir, antes que éstas sean interpretadas y concretamente aplicadas a supuestos de hecho específicos.

(2) *Control centralizado v. control difuso*. El control jurisdiccional sobre las leyes puede ser ejercido de forma centralizada o de forma difusa.

(a) En un sistema de control centralizado (como aquellos generalmente existentes en Europa), existe un juez constitucional especial. El Tribunal Constitucional es el único juez competente para controlar la conformidad de las leyes con las normas constitucionales que reglamentan la función legislativa. Este tipo de control puede ser ejercido “*a priori*” (como sucedía en Francia hasta hace poco) o “*a posteriori*” (como sucede en la mayor parte de los países europeos).

(b) En un sistema de control difuso (como aquel en vigor en los Estados Unidos), no existe un Tribunal Constitucional especial: cualquier juez puede controlar la conformidad de las leyes con la Constitución. Este tipo de control se ejerce necesariamente “*a posteriori*”.

Vale la pena subrayar dos diferencias principales entre estos dos sistemas de control.

(i) La primera diferencia concierne al acceso a la justicia constitucional.

En un sistema de control difuso, todo ciudadano tiene acceso directo a la justicia constitucional y, como no hay alguna diferencia entre justicia ordinaria y justicia constitucional, todo ciudadano puede actuar frente a un tribunal por la violación de sus derechos constitucionales.

Por el contrario, en un sistema con control centralizado y “*a priori*”, normalmente los ciudadanos no tienen acceso directo al juez constitucional: sólo algunos órganos constitucionales (por ejemplo, el jefe de estado, los presidentes de las cámaras, etc.), y eventualmente las minorías parlamentarias, tienen facultad de dirigirse al Tribunal Constitucional.

En general, en un sistema de control centralizado “*a posteriori*”, sólo los jueces ordinarios (i.e., no constitucionales) pueden someter casos al Tribunal Constitucional: cuando nazca una cuestión de constitucionalidad en el curso de un proceso frente a cualquier autoridad jurisdiccional, el juez somete la cuestión al Tribunal Constitucional, y suspende el proceso en espera de que la cuestión prejudicial sea resuelta. Sin embargo, nada impide que, en circunstancias determinadas, se admita el acceso directo de los ciudadanos al juez constitucional (como sucede, por ejemplo, en España y Alemania).

(ii) La segunda diferencia tiene que ver con los efectos jurídicos de las decisiones de inconstitucionalidad.

En un sistema de control difuso, la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legislativa (decisión que cualquier juez puede pronunciar) carece de efectos generales: sólo puede tener efectos circunscritos al caso decidido, “inter

partes”. La disposición legislativa en cuestión es desaplicada por el juez que la considera inconstitucional, pero no es definitivamente expulsada del ordenamiento: ésta conserva su validez, y es del todo posible que otros jueces (y sobre todo órganos administrativos) continúen aplicándola. Sin embargo, en la práctica, cuando una disposición legislativa haya sido declarada inconstitucional por un Tribunal Supremo, se puede prever que los tribunales inferiores se abstendrán de aplicarla⁴.

En un sistema de control centralizado “*a priori*”, la decisión de inconstitucionalidad, pronunciada por el Tribunal Constitucional, impide que la disposición que se trate sea promulgada y entre en vigor.

Normalmente, en un sistema de control centralizado “*a posteriori*”, la declaración de inconstitucionalidad, pronunciada por el Tribunal Constitucional, tiene efectos generales, “*erga omnes*”: de modo tal que la disposición inconstitucional es considerada definitivamente inválida, y por lo tanto excluida de cualquier aplicación jurisdiccional o administrativa.

(De hecho, existen ordenamientos donde las decisiones del juez constitucional no tienen efectos inmediatos sobre las disposiciones declaradas inconstitucionales; tienen sólo el efecto de obligar al legislador a derogar las disposiciones en cuestión. Una solución de este tipo, sin embargo, no es satisfactoria, sobre todo porque no puede en modo alguno garantizarse que el legislador cumpla sus obligaciones, y por tanto es posible que la declaración de inconstitucionalidad permanezca desprovista de cualquier consecuencia práctica y que por tanto la violación de la Constitución persista).

Cada sistema de control jurisdiccional sobre las leyes presenta ventajas y desventajas. Sin embargo, nada impide combinar sistemas diversos, para preservar así los beneficios y evitar los defectos (o los costes) de cada uno de ellos. Por ejemplo, un sistema de control centralizado “*a posteriori*” podría fácilmente ser combinado con un control “*a priori*” solicitado por las minorías parlamentarias o incluso por los ciudadanos. A mi modo de ver, esto sería sin duda recomendable. Se entiende que, en este caso, una ley que hubiera superado también el control “*a priori*” no debería considerarse definitivamente conforme a la Constitución, y por tanto excluida de cualquier control ulterior. También una tal ley, en cambio, debería ser susceptible todavía de control “*a posteriori*” cuando su aplicación a casos concretos hiciera sospechar su inconstitucionalidad.

4. El poder judicial y el legislativo. (II) Entre sujeción e independencia

(1) *Independencia del legislativo*. En un Estado de Derecho, los jueces están sujetos a la ley, no al legislador. La independencia del órgano legislativo es incluso condición necesaria para la satisfacción de los requisitos del imperio de la ley. La razón de esto es obvia: el órgano legislativo tiene, en todo momento, una orientación política definida, mientras que los jueces no deben tener alguna, ya que su tarea es sólo aplicar el Derecho, no realizar un programa político cualquiera.

La independencia del poder jurisdiccional reposa sobre dos condiciones principales:

⁴ Lo que, por otra parte, tienen la obligación de hacer en los ordenamientos donde está en vigor el principio del precedente vertical vinculante (como en los Estados Unidos).

(a) primero, los jueces –con la posible excepción del Tribunal Constitucional, donde un tal tribunal exista (véase *infra*, § 6)– no deben ser nombrados por el legislativo;

(b) segundo, y claramente más importante, el legislativo no debe tener algún poder de revocatoria de los jueces.

(2) *Sujeción a la ley*. Los jueces deben ser independientes del legislativo, pero sujetos a la ley, es decir (dejando de lado las leyes inconstitucionales), a los actos del parlamento.

Sin embargo, los actos del parlamento están sujetos a interpretación judicial. Ahora bien, es perfectamente posible que los jueces interpreten y apliquen las leyes de modo disconforme a los propósitos del parlamento. Pues bien, no contradice el imperio de la ley que el parlamento organice algún tipo de control –por ejemplo, un monitoreo permanente– sobre la interpretación judicial de la ley. Por consecuencia, el parlamento, cada vez que disintiese de la interpretación judicial de la ley, tendría el derecho no sólo de cambiar las leyes existentes (lo que es obvio), sino también de aprobar leyes de interpretación auténtica: la interpretación auténtica no contradice el principio de separación de los poderes, simplemente reafirma el principio democrático.

Nótese, sin embargo, que en ningún caso la legislación –inclusa la interpretación auténtica– puede revolver decisiones jurisdiccionales que son ya cosa juzgada⁵. El poder legislativo no puede ser extendido hasta tal punto, ya que invalidar una decisión jurisdiccional equivale a juzgar, es ejercicio de jurisdicción, y esto, sí, es incompatible con la separación de los poderes, y también con la certeza del Derecho (véase *supra*, § 2).

(3) *Control jurisdiccional sobre las leyes*. Es evidente que, en un “Estado constitucional de Derecho”, los jueces están sujetos a la legislación si, y sólo si, ésta es conforme a la Constitución. Cada vez que la ley no es conforme a la Constitución, los jueces –según los casos: todos los jueces o un Tribunal Constitucional especial– tienen el poder de denegar la aplicación de la ley, o incluso de anularla (véase, *supra*, § 3).

5. El poder judicial y el ejecutivo

(1) *Independencia del ejecutivo*. En un Estado de Derecho, el poder judicial debe ser independiente del ejecutivo: en realidad, esto es obvio y no necesita argumentación. Al igual que el legislativo, también el ejecutivo está políticamente orientado, mientras la aplicación jurisdiccional de la ley debe estar totalmente no condicionada por preferencias políticas.

Las condiciones de independencia del jurisdiccional del ejecutivo son las mismas que ya han sido enunciadas al hablar de las relaciones entre poder judicial y poder legislativo (véase *supra*, § 4):

(a) primero, los jueces no deben ser nombrados por el ejecutivo;

(b) segundo, y claramente más importante, el ejecutivo no debe tener poder de revocatoria de los jueces.

⁵ Lo que pone en tela de juicio las leyes de amnistía e indulto.

(2) *Control jurisdiccional sobre los actos administrativos*. En un Estado de Derecho, cualquier acto del ejecutivo está sujeto a control jurisdiccional (véase *supra*, §§ 1, 2).

Si los actos administrativos ilegales deban ser simplemente desaplicados (es decir desatendidos para decidir casos concretos), o deban ser sin más anulados, es una cuestión controvertible. Pero, de todas maneras, los actos ilegales del ejecutivo –sean éstos actos normativos (reglamentos) o medidas concretas– deben ser privados de todo efecto jurídico. Por otro lado, no parece aceptable que los jueces competentes para controlar la legalidad de los actos administrativos sean no ya los jueces ordinarios, sino en cambio ciertos jueces “administrativos” especiales, nombrados por el ejecutivo, ya que no estaría garantizada su independencia de juicio.

6. El poder judicial en cuanto tal

(1) *Poderes*. Resumiendo (véase *supra*, §§ 3, 4, 5), en un Estado constitucional de Derecho, el poder judicial, entendido en sentido amplio (es decir, incluyendo a los jueces constitucionales), debe tener competencia para controlar la conformidad al Derecho de todos los actos legislativos y administrativos.

(2) *Selección*. En general, la sujeción a la ley no es compatible con la selección de los jueces mediante elección (véase *supra*, § 2). La elección supone candidatos que busquen votos con base en programas políticos; por tanto es un método apropiado para elegir a los candidatos a la luz de sus inclinaciones políticas.

Los jueces, por el contrario, deben ser seleccionados con base en su preparación profesional en materia de Derecho. Una selección de este tipo supone algún tipo de concurso público –es decir una selección técnica y neutral fundada sobre el mérito de los candidatos– que debería ser reservado a personas calificadas (por ejemplo: abogados, profesores de Derecho, etc.).

(3) *Nombramiento*. Excluyendo que los jueces puedan ser nombrados por el legislativo y/o por el ejecutivo (véase *supra*, §§ 4, 5), sólo se puede prever que los jueces sean seleccionados y nombrados (de forma auto-referencial) por los propios jueces: por ejemplo, por una sección *ad hoc* del Tribunal Supremo⁶.

Este método de nombramiento no es apropiado para los jueces del Tribunal Constitucional (cuando un tal tribunal sea instituido, siendo el control de constitucionalidad centralizado). Los miembros –o la mayoría de los miembros– del Tribunal Constitucional sólo pueden ser nombrados por órganos políticos. El sentido común sugiere que sean nombrados –o mejor: elegidos– por el parlamento, ya que desarrollan precisamente la función de controlar los actos parlamentarios: elegidos por mayoría calificada, por supuesto (de otro modo, el tribunal sería expresión de la mayoría política contingente). Ciertamente es inadmisibles que todo el Tribunal Constitucional sea nombrado por un órgano atribuible al poder ejecutivo, como el Jefe de Estado.

En cuanto a los jueces supremos, es preciso distinguir. Si el control de constitucionalidad es centralizado, y por tanto el Tribunal Supremo no desarrolla la función de juez constitucional (y desarrolla en cambio la función de “tribunal de casación”, que ejerce el control de legalidad sobre los fallos de los jueces de mérito), también los jueces supremos bien podrían ser nombrados por el propio Tribunal

⁶ Soy deudor de esta sugerencia a Liborio Hierro y Juan Carlos Bayón.

Supremo. Si, por el contrario, el control de constitucionalidad no es centralizado, y por tanto el tribunal supremo desarrolla la función de juez constitucional, es natural que los jueces supremos sean nombrados por órganos políticos. Pero es necesario insistir: no es admisible que todo el Tribunal Supremo sea nombrado por un órgano atribuible al poder ejecutivo, como el Jefe de Estado (es lo que sucede en los Estados Unidos, aun con algún débil contrapeso).

(4) *No temporalidad del cargo e inamovilidad.* No temporalidad del cargo e inamovilidad son condiciones necesarias de independencia (política) de los jueces. En particular, el poder judicial, a diferencia del legislativo y del ejecutivo, no debe estar sujeto a las fluctuaciones de los resultados electorales. Los jueces no pueden ser revocados, transferidos, o suspendidos, si no sólo conforme a las condiciones sustanciales y procedimentales dispuestas por la ley.

Tal vez, la regla de la no temporalidad del cargo debería valer también para los jueces constitucionales y/o supremos, como garantía de su independencia. Sin embargo, si los jueces constitucionales y/o supremos son elegidos o nombrados por tiempo determinado, es oportuno que la Constitución excluya la posibilidad de una segunda elección o nombramiento. De otro modo, ellos serían “políticamente responsables” frente a quien los ha elegido o nombrado, de modo que su independencia política no estaría garantizada, porque sus decisiones podrían estar condicionadas por la expectativa de una reelección o de un segundo nombramiento.

(5) *Condiciones ulteriores de independencia.* Es fácil enumerar una serie de condiciones ulteriores de independencia.

(a) Medidas disciplinarias: la revocatoria, la suspensión o la transferencia de un juez puede tener lugar sólo como resultado de un proceso disciplinario. Y la competencia en materia disciplinaria no puede ser confiada al legislativo o al ejecutivo: sólo puede ser confiada a la Corte Suprema.

(b) Inmunidad: ningún juez puede ser privado de la libertad sino en virtud de una decisión jurisdiccional.

(c) Incompatibilidad: a los jueces debe ser prohibida la pertenencia a partidos o a grupos de interés (incluidos los sindicatos), como también debe ser prohibida cualquier tipo de actividad política. En general, los jueces no deben desarrollar alguna actividad pública o privada que sea incompatible con su independencia.

(d) Remuneración: a los jueces debe ser garantizada una remuneración que sea proporcional a la dignidad de su oficio y al alcance de sus deberes profesionales. Una remuneración apropiada es una importante *conditio sine qua non* de independencia fáctica.

(6) *Prohibición de los jueces extraordinarios.* Las reglas en materia de competencia jurisdiccional (relativas al territorio, a la materia, etc.) deben ser predeterminadas por la ley. La creación de jueces extraordinarios –es decir, “*ex post facto*”– debe ser prohibida. Se trata de una condición elemental de imparcialidad de los jueces y de certeza del derecho para los ciudadanos.

(7) *Decisiones jurisdiccionales.* Toda decisión jurisdiccional debe estar motivada: la motivación es condición esencial para la crítica de la jurisprudencia por parte de la opinión pública y, sobre todo, para el control de la misma por parte de los tribunales superiores.

(8) *Control sobre las decisiones jurisdiccionales.* Las decisiones jurisdiccionales –como todo otro acto del Estado– deben estar sujetas a control de legalidad (de conformidad con la ley). Es obvio que tal control puede ser confiado sólo a (otros) jueces (superiores), y en particular, en última instancia, a un Tribunal Supremo, con la tarea de asegurar la interpretación y aplicación uniforme de las leyes.

Sin embargo, las decisiones de los tribunales supremos –por definición (de otro modo no serían “supremos”)– no pueden estar sujetas a controles ulteriores y no pueden ser *overruled*. No obstante, los derechos de los ciudadanos deben estar garantizados también contra las decisiones jurisdiccionales supremas. Por tanto, alguna forma de control parlamentario sobre la interpretación y aplicación judicial es no sólo admisible –en el sentido que no contradice la separación de poderes (véase *supra*, 4)– sino incluso deseable.

También las decisiones de los jueces constitucionales escapan a cualquier posibilidad de control y *overruling*. Sin embargo, el principio de equilibrio de poderes exige que incluso para los tribunales constitucionales exista un contra-poder, lo cual sólo puede ser el poder de revisión constitucional.

(9) *Los fiscales.* Una nota final sobre los fiscales resulta oportuna. Los fiscales, obviamente, no pertenecen al poder judicial en sentido estricto, ya que no tienen el poder de “juzgar”: ellos sólo son parte (“actores”) en el proceso penal. Sin embargo, no se puede negar que haya una conexión estrecha entre su función y la función judicial, siendo la acusación pública (en la mayor parte de los ordenamientos) una *conditio sine qua non* del ejercicio de la función jurisdiccional en materia penal. Por esta razón, en muchas constituciones los fiscales están expresamente considerados.

Algunas constituciones estatuyen la obligatoriedad de la acción penal: el fiscal tiene la obligación de ejercer la acción penal cada vez que sea conocido un delito. Es una buena regla, funcional a la garantía tanto de la imparcialidad de los fiscales, como de la igualdad de los ciudadanos.

Sin embargo, en realidad no todos los delitos pueden ser perseguidos, de modo que los fiscales, a pesar de su obligación constitucional, gozan de un poder discrecional amplio, por ejemplo de decidir si un hecho dado constituye delito, si hay pruebas suficientes para ejercer la acción penal, etc. Por lo tanto, es razonable prever que algo como un “fiscal general” tenga la obligación de referir al parlamento sobre la actividad de fiscalía, y que el parlamento tenga a su vez el poder de sugerir a él o ella un determinado curso de acción.



Sobre formalismos y antiformalismos en la Teoría del Derecho *

Juan Antonio García Amado

Universidad de León

jagara@unileon.es

Resumen

El autor revisa los contenidos de las posturas formalistas y antiformalistas presentes en las decisiones judiciales cuestionando la acrítica tendencia a vincular formalismo y positivismo. Iusmoralistas como Dworkin o Alexy, y seguidores del neoconstitucionalismo, sería víctimas de la influencia formalista como lo hicieron los positivistas metafísicos decimonónicos. Es necesario, por ello, reconocer que el Derecho se manifiesta a través de ciertos enunciados, dotados de autoridad por su origen en determinadas fuentes. En Derecho, las decisiones de los jueces se adoptan aplicando los contenidos normativos de dichos enunciados. Allí se halla la razón que lleva a los positivistas a reconocer la inevitabilidad de la discrecionalidad judicial.

Palabras clave

Formalismo, antiformalismo, normativismo, iusmoralismo, decisión judicial.

On Formalism and Anti-formalism in Theory of Law

Abstract

The author reviews the characteristics of formalist and anti-formalist perspectives that inform judicial decisions. He disapproves the acritical propensity to associate formalism and positivism. Iusmoralist thinkers such as Dworkin and Alexy, and the followers of neo-constitutionalism, are also the victims of the formalist influence as well as the metaphysic positivist jurists of the 19th century. Therefore it is necessary to acknowledge that Law is expressed through certain statements invested with official authority by legal sources. Judges' decisions based on Law must be adopted in accordance with normative statements. Taking into account these circumstances positivist thinkers assume that judicial discretion is unavoidable.

Keywords

Formalism, antiformalism, normativism, legal moralism, judicial decision

* Este trabajo se integra en el proyecto de investigación DER2010-19897-C02-01, del Ministerio de Ciencia e Innovación.

1. Formalismo en la decisión judicial de aplicación del Derecho a casos

Cuando hablamos de la *decisión judicial* de casos ordinarios y se trata de doctrinas formalistas de la misma, se suelen mezclar varios sentidos de esa expresión, como muy bien enumera Martin Stone (2002: 171-205). Mencionemos algunos, los que más nos importan en este momento. Según las habituales descripciones¹ del formalismo de la decisión judicial, las doctrinas formalistas mantienen tesis como todas o algunas de las siguientes:

1) Las normas jurídicas, o al menos muchas de ellas, determinan por sí plenamente el contenido de la decisión judicial, que se ve, por tanto, como puramente “mecánica” o meramente silogística. Digamos que basta “acercar” los hechos del caso a la norma para que la solución salga sola y siendo el juez mero conducto por el que dicha solución se transmite de la norma al caso. La característica que viene a continuación se deriva de esta primera.

2) En la decisión judicial conforme con el sistema jurídico –o al menos en la determinada del modo descrito en el apartado anterior- no queda espacio para que el juez opte entre soluciones alternativas; por consiguiente: a) las valoraciones del juez no son determinantes del contenido de la decisión; b) no hay lugar para el ejercicio legítimo de la discrecionalidad judicial; c) la sentencia será plenamente correcta solo cuando se atenga a esa solución objetivamente predeterminada por el sistema jurídico mismo.

3) El juez no *debe* en ningún caso hacer excepciones a la aplicación de las soluciones que las normas del sistema jurídico prescriben para el caso de que se trate. Las únicas excepciones a la aplicación de una norma del sistema jurídico a un caso que bajo ella encaje son las que se amparen en una norma del mismo sistema que prevea para dicho caso una solución especial.

Dos comentarios provisionales tenemos que hacer ahora mismo a la asignación de esas notas al formalismo jurídico. La primera, que, conforme a las mismas, habría que calificar como formalistas a Dworkin y a muchos de los que, en su estela y en la –anterior- de la alemana Jurisprudencia de Valores, mantienen tesis iusmoralistas aplicadas a la decisión judicial. Mas esa correlación entre iusmoralismo y formalismo de la decisión judicial chocará a más de cuatro, por la sencilla razón de que la acusación de formalistas se suele verter contra el iuspositivismo, no contra el iusmoralismo. Sin embargo, un vistazo a la obra de los iuspositivistas más relevantes a lo largo del siglo XX (Kelsen, Hart, Bobbio, Ross...) y hasta ahora mismo nos enseña, sin lugar a la más mínima duda, que ninguna de esas tres tesis fue por ellos defendida, bien al contrario. Bien al contrario, porque este positivismo contemporáneo se decanta como doctrina con perfiles peculiares a partir, precisamente, de la ruptura con el positivismo ingenuo y metafísico que dominó durante el siglo XIX y que, en el ámbito del Derecho continental, tiene sus doctrinas más significativas en la Escuela de la Exégesis francesa y en la Jurisprudencia de Conceptos alemana.

¹ Importa que reparemos en que las características del formalismo jurídico, y más en lo que versa sobre la decisión judicial, no han sido sistematizadas o descritas por ninguna doctrina autodenominada formalista, sino por aquellas corrientes que tratan de constituirse y afirmarse por contraste con ese “formalismo” que, en todo o en parte, inventan o caricaturizan. Al respecto véase Lyons (1993: 42), por ejemplo, Seguramente ahí está la razón por la que, en la literatura jurídica, “formalismo” es una etiqueta generalmente usada con intención peyorativa o, en palabras de Weinrib (1995: 22), “«Formalism» is a term of opprobium”. Puesto que el formalismo suele aparecer en la doctrina jurídica como un muñeco de trapo construido por los mismos que le arrojan piedras para vengar su maldad, puede hacer algo de cierto en estas palabras de Martin Stone (2002: 170): “Part of the campaign against formalism thus looks like an effortless assault on undefended positions”.

Cuando se imputan aquellas tres tesis “formalistas” al iuspositivismo contemporáneo se incurre en un curiosísimo desplazamiento del punto de mira, pues dichas tesis, repito, no son propias de este positivismo que arranca de Kelsen y continúa, con las variantes de rigor, en Hart o Bobbio, sino que pertenecen, si a caso o todo lo más, a una doctrina bien opuesta a él: la del positivismo metafísico y, ese sí, formalista del siglo XIX². Pero no sólo existe ese desajuste, sino que se aprecia también una tremenda paradoja: cuando el iusmoralismo de ahora predica del formalismo esos tres caracteres mencionados y aplica al positivismo contemporáneo una tal propiedad de ser, así, formalista, no sólo yerra el tiro, sino que se da en el propio pie. Se hace ese mismo iusmoralismo merecedor de la calificación de formalista porque las tres notas son perfectamente predicables de sus más importantes doctrinas actuales, comenzando por la de Dworkin y siguiendo por su secuela en el llamado neoconstitucionalismo.

Ese iusmoralismo es como el reflejo en un espejo de aquel formalismo decimonónico que partía de que el sistema jurídico es completo, coherente y claro en sus mandatos, por lo que sólo hace falta que el juez, mediante el método adecuado a su objeto, sepa conocer lo que para cada caso el sistema jurídico prescribe y aplicarlo, una vez conocido, de modo que no queda sitio para elección ni discrecionalidad ninguna, al menos ninguna que sea compatible con su vinculación al Derecho. Lo único que cambia es la materia prima con la que se estima construido el Derecho, su esencia básica o su cimiento primero. Para el iusmoralismo, o bien la naturaleza o esencia última de las normas jurídicas es moral, o bien el Derecho contiene normas de dos tipos diferentes, pero las jerárquicamente superiores son, al tiempo, normas morales o normas que forman parte simultáneamente de los dos sistemas, el moral y el jurídico. Por su parte, para el

² En realidad, posiblemente el desplazamiento es mayor y las paradojas más profundas. Recientemente Brian Z. Tamanaha (2012: 13, 27) ha mostrado de modo sumamente contundente que, en la vertiente norteamericana de la polémica entre los supuestos formalistas del siglo XIX y principios del XX y los realistas antiformalistas existen tergiversaciones radicales. Ninguno de los que, por ejemplo, Jerome Frank citaba como formalistas y defensores del carácter puramente mecánico de la decisión judicial y de la perfección del sistema jurídico de base habrían, ni de lejos, mantenido dichas posturas. Tamanaha demuestra las adulteraciones de Frank y el modo en que este manipula las citas. Nadie habría sostenido esa concepción mecanicista de la jurisprudencia que Frank utiliza como guiñapo contra el que lanzar los venablos del realismo. Son esos primeros autores del realismo, como Pound, Frank, primero, y Gilmore, más tarde y más matizadamente, los que construyen un rival a medida y crean el mito del formalismo mecanicista de la doctrina anterior. Además, como también indica Tamanaha, una parte importante de su inspiración la toman de autores alemanes que combaten el formalismo de la Jurisprudencia de Conceptos, por lo que existe una desubicación grave de las críticas: presentan los realistas como descripción crítica del formalismo norteamericano copias de las descripciones que los alemanes, como Munzel, hacen del formalismo decimonónico alemán. Pero la paradoja puede prolongarse. Hace años que, en Alemania, Regina Ogorek (1986) ha puesto de relieve que tampoco el formalismo de los conceptualistas alemanes tenía propiamente aquellos caracteres de puro mecanicismo que luego le imputaron sus críticos de la Escuela de Derecho Libre o de la Jurisprudencia de Intereses.

Así que podríamos completar de esa forma ese ciclo de desfiguraciones. Primero el realismo deforma las corrientes “formalistas” antes dominantes. Luego el iusmoralismo utiliza esa misma caricatura, pero ahora para fines opuestos a los de los realistas, quienes en verdad pretendían subrayar la dimensión puramente social y política del Derecho y sus decisiones, por un lado, y la naturaleza meramente empírica de todo fenómeno jurídico, por otro. En esa última vuelta de tuerca, aquel formalismo decimonónico, presentado caricaturescamente y, con ello, falseado en algunos de sus rasgos principales, es ahora predicado, con idénticos rasgos infundados, del positivismo del siglo XX, pero ya no para subrayar la contingencia de todo Derecho, sino la necesidad de su componente moral, y ya no para traer a colación la discrecionalidad judicial, sino para ocultarla bajo el manto de un sistema que acoge la única respuesta correcta para todo caso, o poco menos.

Y todo por el escasísimo cultivo que la Teoría del Derecho hace de su propia historia real y de la historia de las ciencias jurídicas o la jurisprudencia de los tribunales. Por lo común, el teórico del Derecho, sea analítico o iusmoralista con o sin alzacuellos, cae como un puro paracaidista sobre su disciplina y se siente capacitado para dar, a pelo, con sus supremas y ahistóricas verdades. Lo así descubierto suele ser la pólvora, como era de esperar.



positivismo la naturaleza o esencia última del Derecho está en normas que tienen su especificidad en la suma de estas dos características estructurales: se originan en convenciones sociales específicas y se plasman en enunciados particulares, dotados de autoridad por razón de su origen conforme al mismo sistema jurídico en cuestión.

Para nuestro tema aquí lo crucial es reparar en que el formalismo de la decisión judicial, tal como quedaba retratado en aquellas tres notas definitorias antes citadas, no es propio ni del iuspositivismo ni del iusmoralismo como tales, sino que puede estar presente en uno u otro en función de otro dato, que es el dirimente: *los caracteres que se prediquen del sistema jurídico en tanto que sistema.*

Pues bien, aquellas tres notas (plena determinación de las decisiones por las normas del sistema, eliminación de la discrecionalidad judicial y descarte de las excepciones a la aplicación de las normas) que hemos mencionado y que permiten denominar con propiedad una doctrina de la decisión judicial como formalista sólo tienen encaje cuando se trata de doctrinas que ven el sistema jurídico así configurado: como *completo, coherente y claro*. Y dicha configuración se ha propuesto tanto en el iuspositivismo decimonónico, como en corrientes del iusmoralismo actual como la de Dworkin y bastantes representantes del neoconstitucionalismo.

Por el contrario, el positivismo jurídico contemporáneo está en las antípodas de ese formalismo, ya que resalta con insistencia que la capacidad de las normas jurídicas para determinar el contenido de las decisiones judiciales de los casos es considerablemente limitada y que, en consecuencia, dichas decisiones también dependen en amplia medida de las valoraciones del juez, esto es, de su *discrecionalidad*. En cuanto a que el juez pueda o deba, o no, hacer excepciones a la aplicación de la norma que viene al caso –en lo que esté claro o quede establecido que la norma venga al caso–, el positivismo contemporáneo ha de distinguir dos sentidos de tal *poder* o *deber* del juez: bajo el punto de vista del sistema jurídico de que se trate y bajo puntos de vista externos a o diversos del propio y específico del sistema jurídico.

Cuando un sistema jurídico SJ prevé mediante una de sus normas, N², la “excepción” a otra de sus normas, N¹, no es que el sistema jurídico justifique las excepciones, sino que propiamente no hay tales: cada norma suya se debe aplicar, bajo ese prisma interno del sistema, a “sus” casos. Cuando se aplica N² es porque no correspondía, a tenor del juego conjunto de ambas dentro del SJ, aplicar N¹; y a la inversa. Ningún sistema jurídico se estructura sobre la base de esta regla de fondo: “Las normas de este sistema son jurídicamente obligatorias, pero también jurídicamente derrotables, al menos en casos excepcionales, por normas externas o ajenas a este sistema jurídico”. Eso es un absurdo, va contra la naturaleza o razón de ser inmanente de los sistemas jurídicos. Por eso, y en tal línea, lo que los iusmoralismos hacen es incorporar la norma derrotante al propio sistema en el que se halla la norma derrotada. Así, sostienen que cuando una norma jurídica se inaplica por razones morales, por causa de la inmoralidad o injusticia de la solución a la que conduce para el caso, es porque dicha norma inaplicada era, como todas las normas “positivas”, una norma derrotable, pero seguidamente afirman que la norma moral que la derrotó era también y simultáneamente una norma jurídica, aunque no necesariamente jurídico-positiva, formaba parte también del mismo sistema jurídico que la norma derrotada. Con ello, *al juridificar la norma derrotante hacen inderrotable el sistema jurídico*. Es lo que denominamos *fetichismo* jurídico iusmoralista.

En cambio, el positivista puede entender que una norma jurídica (jurídico-positiva) sea derrotada, por inaplicada, sin que por eso haya ni que pensar que el sistema es autocontradictorio y afirme que sus normas son obligatorias para los casos que contemplan, pero pueden (en el sentido que está permitido por el sistema) no aplicarse a los casos que contemplan, ni que proponer que la norma moral que derrota a la jurídica es también jurídica nada más que por esa su capacidad para vencer a ésta. Para el positivista, no siempre que una norma deliberadamente se inaplica porque el juez (o la sociedad entera, si se quiere) piensa que es injustísima la solución que da para el caso, estamos ante una norma jurídica superior que vence a una norma jurídica inferior, ante normas del mismo sistema normativo, por tanto, sino ante la supremacía práctica de un sistema (un sistema moral) sobre otro, el jurídico. O, dicho de otra forma, ante un dilema normativo en la conciencia del juez y que éste ha resuelto optando por una de las alternativas que *en conciencia* tenía.

El iusmoralista tiende a profesar, inconscientemente, y por paradójico que parezca, un cierto fetichismo jurídico, propende a mitificar el poder y el alcance del Derecho, ya que otorga de inmediato el sello de “jurídico” al vencedor de cualquier contienda, piensa que siempre que una norma gana a otra se deberá a que la vencedora era Derecho, o más Derecho o Derecho más auténtico que el que se contenía en la norma perdedora. De ahí que sólo se explique que *por razones morales* una norma jurídica puede de hecho ser inaplicada, diciendo que esa norma moral sin duda es también parte del sistema jurídico.

Total determinación y pura mecánica

Hemos seleccionado tres características que se suelen predicar como definitorias del formalismo jurídico aplicado a la decisión judicial, y hemos recordado que es muy común imputar un tal formalismo al positivismo jurídico. Sobre tal imputación, he afirmado primeramente que es plena y radicalmente insostenible en lo que se refiere al positivismo jurídico del siglo XX y de autores tan representativos como Kelsen, Hart, Bobbio o los realistas como Alf Ross, aun con las diferencias que entre todos ellos puedan existir respecto a otras cuestiones, como la de la teoría de la validez, donde unos, como Kelsen, pueden ser tildados de formalistas, mientras otros, como Ross, combaten tal formalismo de la validez. En segundo lugar, vengo manteniendo que el formalismo de la decisión judicial, tal como lo hemos caracterizado aquí, sí se puede predicar de dos grandes corrientes en esa materia: el positivismo metafísico e ingenuo del siglo XIX, tal como aparece en la Escuela de la Exégesis y en la Jurisprudencia de Conceptos, y buena parte del iusmoralismo del siglo XX, en especial en ese neoconstitucionalismo que tiene su primer antecedente claro en la Jurisprudencia de Valores alemana a partir de fines de los años cincuenta, y su principal inspiración en Dworkin, en particular en el Dworkin de *Los derechos en serio*.

Tratemos ahora de fundamentar esa última tesis, la de que aquellas tres notas definitorias del formalismo de la decisión judicial se ajustan bien a ese neoconstitucionalismo iusmoralista. Recordémoslas y vayamos comprobando tal encaje.

La primera rezaba así:

Las normas jurídicas, o al menos muchas de ellas, determinan por sí plenamente el contenido de la decisión judicial, que se ve, por tanto, como puramente “mecánica” o meramente silogística.



El iusmoralismo suele defender dos tesis aquí, al atribuir esa postura al iuspositivismo. La primera, que efectivamente los positivistas creen y proclaman que el sistema jurídico tiene las propiedades necesarias para que tal capacidad de plena determinación de las decisiones mediante sus elementos constitutivos sea posible, y esas propiedades son la plenitud, la coherencia y la claridad significativa. La segunda, que los positivistas piensan que un sistema jurídico así puede ser y es el formado por normas positivas, legisladas, normas contenidas en determinados enunciados lingüísticos.

Que lo primero solamente lo mantuvo el positivismo metafísico decimonónico y que lo segundo es exactamente lo contrario de lo que las sucesivas olas de positivismo han ido resaltando durante el transcurso del siglo pasado ya lo hemos recalado bastante, y es tan absolutamente evidente, que no necesita ni siquiera el respaldo de un gran aparato crítico: basta saber algo de historia de la teoría del Derecho contemporánea.

En cuanto a lo segundo, cierto es que el positivismo centra el Derecho en el elemento tangible de los enunciados contenidos en determinados documentos provenientes de ciertas fuentes que son reconocidas como creadoras de normas jurídicas, de normas que forman parte del sistema jurídico, pero es esa naturaleza primariamente lingüística la que hace a los positivistas subrayar, con el mayor énfasis, que la capacidad prescriptiva o determinante de la solución de cualquier caso que tienen esas normas que integran el sistema jurídico es una capacidad muy limitada. De ahí que se resalte la existencia de “zonas de penumbra”, que se acentúe el papel de la discrecionalidad y hasta que, en muchos casos, se caiga en tesis irracionalistas, al dudar de que, cuando colma esos márgenes de discrecionalidad inevitable, pueda el juez sustraerse a las influencias de su mera subjetividad, de sus particulares intereses y sus personales prejuicios.

¿Y el iusmoralismo neoconstitucionalista? A sus más típicos defensores sí les es aplicable esa característica, con algún leve cambio o matiz nada más. En primer lugar, sí que existe esa plena determinación –o casi- de las decisiones por los elementos prescriptivos del sistema jurídico, pero dichos elementos no son sólo ni principalmente los enunciados de la legislación positiva, sino también, y principalmente, normas de otra naturaleza originaria, como las morales, que son también y al tiempo normas jurídicas aunque no se contengan en enunciados “positivos”, o entes con una estructura prescriptiva distinta o una forma diferente de predeterminar los contenidos de la decisión, como principios o valores³. Mas, sea como sea, el sistema jurídico, así constituido por la suma de esos elementos diversos, pero ordenados armónicamente y jerarquizados, es capaz de albergar o proponer una única respuesta correcta para cada caso, como en Dworkin, o poco menos, como en Alexy.

El segundo matiz está en el método. Tan cierto es que el positivismo decimonónico proponía un razonamiento puramente silogístico como vía hacia la única decisión correcta determinada por el sistema jurídico, como que el positivismo

³ Martin Stone (2002: 197) destaca lo paradójico de considerar los enunciados jurídico-positivos incapaces de determinar soluciones plenamente (esa es, sabemos, una de las críticas que el iusmoralismo formula a un fantasmagórico positivismo contemporáneo que nunca mantuvo dicha tesis de la plena determinación) y, al tiempo, pensar que otro tipo de “normas” sí poseen tal capacidad. “Why did those who criticized the «formalist» view that legal reasoning could be deductive also typically urge judges to understand and apply legal rules as instruments of policy? Hoy could such critics stress the need for recourse to interpretative premises of policy on account of the impossibility of a deductive decision procedure, when such premises seems to be themselves a way of making legal judgment deductively available? This may sound as a paradox, as if the critic of formalism were denying in one breath the possibility he is affirming in the next”.

del siglo XX sostenía que el silogismo del que el fallo emana es la etapa final de un razonamiento cuyo contenido es dependiente de la elección de las premisas por el aplicador, de entre una serie de opciones que como posibles le deja el sistema mismo por razón del grado de indeterminación de sus normas. Por su parte, el iusmoralismo neoconstitucionalista propone un nuevo método para los casos difíciles, el de la ponderación, mientras que para los fáciles nos dice que seguirá operativo y eficaz el de la subsunción.

¿Sin discrecionalidad?

La segunda nota con la que identificábamos el formalismo de la decisión judicial era esta:

En la decisión judicial conforme con el sistema jurídico –o al menos en la determinada del modo descrito en el apartado anterior- no queda espacio para que el juez opte entre soluciones alternativas y, por consiguiente: a) las valoraciones del juez no son determinantes del contenido de la decisión; b) no hay lugar para el ejercicio legítimo de la discrecionalidad judicial; c) la sentencia será plenamente correcta solo cuando se atenga a esa solución objetivamente predeterminada por el sistema jurídico mismo.

Es de sobra conocida la crítica de Dworkin a Hart por causa del espacio que este último deja para la discrecionalidad judicial y que Dworkin niega, con argumentos tan especiosos como que con tal discrecionalidad el juez se arrojaría capacidad para crear normas y no sólo para aplicar las provenientes de las instancias legislativas legítimas, y que tales normas las aplicaría el juez retroactivamente, produciéndolas en la sentencia para el caso que en ella se resuelve, el cual, obviamente, es temporalmente anterior a ella. Como si a Dworkin y al iusmoralismo en general le importara tanto la prioridad del legislador y como si no supiéramos que su manera de solucionar el problema de la discrecionalidad, que para el positivista no tiene propiamente arreglo –y quizá ni lo necesita-, consiste nada más que en “suponer” o “presuponer” que existen siempre, para los casos difíciles, normas fuera del sistema positivo, que el juez puede conocer y aplicar, por lo cual aquello que otros entienden como ejercicio de discrecionalidad ahora se pinta con los colores de la más estricta vinculación al Derecho. Deberíamos decir que si para cada caso está siempre predeterminada en el sistema jurídico –se componga de lo que se componga- la solución, no existen propiamente casos difíciles. Mas en Dworkin y sus seguidores los casos son difíciles no porque el sistema no dé para ellos solución, o no la dé clara y unívoca o coherente, sino porque aun brindando siempre el sistema tal solución, puede ser difícil conocerla para el común de los mortales y hasta para los juristas peor dotados, y por eso se necesitan jueces especialmente cualificados y que sean diestros en el manejo del método que conduce a descubrir esas verdades de razón práctico-jurídica que en el fondo del sistema laten y esperan “la mano de nieve que sepa arrancarlas”.

En el método de “desenterramiento” de las soluciones para los casos difíciles está la clave. Y en este punto importa mucho desmenuzar algunos equívocos muy frecuentes, sobre todo en lo atinente al papel o función posible, en la decisión judicial, de la argumentación racional y sus reglas.

Cuando hablamos de métodos aplicados a la decisión judicial, podemos ubicarnos en un plano descriptivo o en uno normativo. Bajo un punto de vista descriptivo, la metodología tratará de averiguar qué pautas o esquemas decisorios, qué modos de razonar y qué métodos *de hecho* utilizan los jueces de un determinado tiempo y lugar. Por ejemplo, podemos interrogarnos y tratar de



investigar acerca de si, a la hora de interpretar las normas, acuden más a un método de interpretación subjetiva, de averiguación de cuál fue la voluntad del autor de la norma, o a un método teleológico-objetivo, de establecimiento de cuál es el fin que en el momento actual podemos razonablemente asignar a la norma que interpretamos.

Estamos ante metodologías normativas cuando lo que ante todo se pretende es reglar los pasos y referencias de la decisión judicial, dar al juez pautas a las que pueda y deba atenerse para que su decisión sea correcta y racional. La metodología normativa no describe el camino que los jueces siguen habitualmente, sino que prescribe el que estos deben transitar para llegar a la meta de la decisión correcta. Naturalmente, cuál sea el método que se proponga en tales metodologías normativas dependerá de estos dos factores interrelacionados: cómo se conciba la materia de la que el Derecho está formado y cómo se entienda la posibilidad de construir decisiones correctas a partir de dicha materia prima de lo jurídico. Por ejemplo, es perfectamente congruente que el iusmoralismo ofrezca para la decisión judicial métodos de razón práctica que son, en todo o en parte, comunes con los métodos de la decisión moral, pues el iusmoralismo piensa que una parte esencial y suprema del sistema jurídico está formada por normas que son, al tiempo, morales y que integran el Derecho aunque no estén positivadas o desarrolladas en ese sistema, y que el objetivo de la decisión judicial tiene en común con la decisión moral o con la decisión práctica en general el siguiente rasgo esencial: se trata en todo caso de aplicar al caso la solución justa o, al menos, de evitar para todo caso una decisión injusta. Lo bueno, para el iusmoralismo, y aun bajo el punto de vista del Derecho, pesa más que lo legal, lo justo es condición de lo jurídico.

Una metodología normativa se puede proponer, a su vez, con uno de estos dos designios básicos: pretendiendo que conduzca a la decisión objetivamente correcta de los casos y, consiguientemente, a la justificación de tal corrección objetiva, o pretendiendo que valga para la mera justificación de las opciones que, en uso de su discrecionalidad, el juez toma, justificación cuyo enfoque es más negativo que positivo, pues no se tratará de hacer valer que la decisión tomada es *la* correcta, sino de alejar las sospechas de incorrección debida a la arbitrariedad. En resumidas cuentas, cabe una metodología normativa orientada a llevar al juez a la decisión debida, que será la decisión objetivamente correcta, y cabe una metodología normativa dirigida a descartar ciertas decisiones por incorrectas, siendo tales las que no pasan determinadas pruebas o tests y dándose por sentado que las que los pasen pueden ser varias y que entre ellas el juez puede elegir discrecionalmente, pues, de entre ese ramillete de decisiones posibles, no hay una que destaque como *la* correcta.

En la teoría de la decisión judicial uno de los asuntos principales consiste en establecer cómo y en qué medida aparece la relación entre el decididor del caso y la base de la decisión; esto es, la relación entre (el elemento de) el sistema jurídico que prescribe la solución del caso y la decisión que aplica al caso dicha solución⁴. Para el iuspositivismo contemporáneo, dicha relación es una relación de referencia lingüística sumada a un elemento de autoridad. Quiere decirse que, por un lado, lo que el Derecho sea se contiene en ciertos enunciados, dotados de particular autoridad por su origen en determinadas “fuentes”, y que, por otro, el propio sistema jurídico prescribe (mediante enunciados también, aunque de cierto tipo específico)

⁴ Va de suyo que el Derecho sólo puede concebirse como un sistema de soluciones para casos, soluciones de cierto tipo y que se aplican de determinada manera, por órganos y con procedimientos peculiares.

que, “*en Derecho*”, los casos *deben* decidirse aplicando los contenidos normativos de dichos enunciados.

Ahí está el salto que lleva al iuspositivista a diagnosticar lo inevitable de la discrecionalidad judicial. El *sistema jurídico* da al juez estas dos órdenes: una, debes decidir conforme a Derecho, no según tu opinión o inclinación; y ya se sabe que, para el positivista, decidir conforme a Derecho es decidir a partir de aquellos enunciados normativos peculiares; y, dos, debes decidir en todo caso que se te someta y para el que, según el propio sistema jurídico, seas competente (prohibición del *non liquet*). Unidas estas dos prescripciones, y puesto que los enunciados jurídicos, como todos los del lenguaje ordinario, padecen siempre de algún grado de indeterminación, queda la situación así: puesto que debes decidir todo caso, y puesto que en todo caso debes decidir con arreglo a aquellos enunciados que conforman el sistema jurídico, pero dado también que esos enunciados pueden no prescribirte unívocamente una única solución posible, o pueden no prescribirte ninguna (laguna) o pueden prescribirte varias contradictorias (contradicción irresoluble con pautas intrasistemáticas), aquel mandato queda reducido a este otro: debes decidir de manera que tu decisión no contradiga ninguno de los enunciados normativos del sistema jurídico, tal como este se configura para el momento de los hechos y/o de la decisión, o hallándose tu decisión avalada por una norma de dicho sistema, si tal contradicción (no resoluble con criterios intrasistemáticos) entre dos normas existe dentro del sistema.

Para el iuspositivista, pues, no es posible dentro del sistema cualquier contenido de la decisión judicial del caso, ya que para eso el sistema enuncia normas; pero a menudo son posibles varias decisiones diversas de un caso, todas ellas conciliables con las normas del sistema, ya que así resulta inevitablemente de los márgenes de indeterminación que aquejan a los enunciados normativos que forman el sistema.

A la hora de ofrecer metodologías de la decisión judicial, el iuspositivismo contemporáneo va a oscilar entre el escepticismo sobre su utilidad o la resignación ante lo limitado de su cometido posible. Los escépticos, de los que Kelsen sería ejemplo evidente, opinan que ningún método sirve para otorgar ni una mínima objetividad ni al juez que decide ni al crítico que valora esa decisión, pues uno y otros son rehenes de sus personales valores e intereses y no existe, en materia de razón práctica, ningún patrón objetivo, capaz de dirimir quién se halla en lo correcto y quién en el error. Por su parte, los resignados piensan que, aunque la corrección de la decisión, como única decisión correcta, no sea demostrable, sí que existen vías metodológicas para acreditar la incorrección de determinadas decisiones. Es en este punto donde el positivismo y una teoría de la argumentación jurídica de alcances no muy ambiciosos u optimistas pueden ir de la mano. El proponer, como método que ha de guiar al juez, el respeto de ciertas reglas argumentativas tendría como objetivo el de obligar al juez a salir de sí mismo, por así decir, y aportar como fundamento de su fallo razones que sean admisibles en el contexto jurídico-social y jurídico-político de que se trate y que estén bien construidas, tanto en lo referido a la corrección lógica de los razonamientos en que se envuelven como en lo atinente a la suficiencia de las justificaciones que se aporten de cada valoración determinante y de contenido no perfectamente evidente⁵.

Cuanto más se quiera negar la discrecionalidad judicial, tanto más habrá que confiar en el método que se propone, como instrumento adecuado para, primero, llevar al juez al descubrimiento de esos contenidos que hasta para la solución del

⁵ Más ampliamente García Amado (2010a: 17).



caso más difícil el sistema jurídico en su fondo (o en su cima, según se mire) tiene preestablecidos, y, luego, para presentar en su sentencia tal solución, que no es “suya”, sino del propio sistema, de manera suficientemente demostrativa, a fin de que quede claro que es *la* respuesta correcta conforme al sistema en cuestión.

Conviene preguntarse qué métodos proponen los autores que niegan o restringen enormemente la discrecionalidad judicial. Ya sabemos que uno, de los más complejos, es el de ponderación⁶. Aunque no podremos fundamentarla aquí, es posible plantear la siguiente hipótesis: cuando una doctrina jurídica niega (o acota como excepcional) la discrecionalidad judicial, pero no propone o desarrolla suficientemente un método que dé cuenta de cómo puede el juez encontrar en el sistema la solución predeterminada y atenerse a ella, o bien se trata de doctrinas sumamente triviales y de muy escaso interés, o bien están presuponiendo una visión del conocimiento de razón-práctica de corte fuertemente intuicionista o del estilo del que siempre ha sido propio a las llamadas teorías materiales de los valores, a *la* Scheler y similares⁷.

¿Sin excepciones?

La tercera tesis que definía el formalismo de la decisión judicial la enunciábamos así:

El juez no debe en ningún caso hacer excepciones a la aplicación de las soluciones que las normas del sistema jurídico prescriben para el caso de que se trate. Las únicas excepciones a la aplicación de una norma del sistema jurídico a un caso que bajo ella encaje son las que se amparen en una norma del mismo sistema que prevea para dicho caso una solución especial.

Es necesario, antes que nada, preguntarse de qué tipo es ese “deber” aludido al principio de ese enunciado. Se puede tratar de un deber jurídico o de un deber moral. Si es lo primero, el juez que excepciona la aplicación de la norma del sistema que viene al caso, y que lo hace así sin el amparo de otra norma del sistema que se presente como preferente frente a la otra para ese caso, estaría incumpliendo una obligación jurídica, una obligación que para él dispone ese mismo sistema que le da su estatuto de juez. Si en ese enunciado definitorio hacemos referencia, en cambio, a un deber moral, estaremos sentándolo desde un sistema moral que califique como loables y justas todas las normas del sistema jurídico, siendo esa de su justicia (o de su no injusticia) la razón moral para aplicarlas. Desde un sistema moral que admita que pueda una norma jurídica ser jurídica y, al tiempo, inmoral, injusta, no se podría justificar, como *mandato moral*, ese de que el juez aplique siempre y en todo caso las normas jurídicas, sin excepción.

En virtud de la división conceptual entre Derecho y moral que lo caracteriza, el iuspositivismo separa deber jurídico y deber moral. Que los separa quiere decir que considera como perfectamente normal que una misma acción reciba calificación desde sistemas normativos diversos, como son un sistema jurídico o un sistema moral. Exactamente igual que una misma acción puede ser distintamente calificada con base en sistemas jurídicos diferentes o en sistemas morales diferentes. Para el sistema jurídico SJ¹, la acción puede estar permitida, por ejemplo, y a tenor el

⁶ Cuando se plantea como método de averiguación de la decisión debida, no cuando nada más que se propone como esquema argumentativo conveniente para justificar las opciones propias de la discrecionalidad. Véase, Juan Antonio García Amado (2010b: 207).

⁷ Al fin y al cabo, no estaban nada lejos de ahí aquellos autores que, como G. Dürig, sientan uno de los primeros precedentes claros de lo que hoy se llama neoconstitucionalismo. Sobre el particular, véase García Amado (2010c: 131, 144).

sistema jurídico SJ² (sistema de otro país, mismamente) puede estar prohibida. Para un sistema jurídico dado, una acción puede resultar permitida y para un sistema moral determinado esa acción puede ser absolutamente inmoral. El aborto voluntario, pongamos por caso bien obvio, puede hallarse permitido por un sistema jurídico bajo ciertas condiciones, mientras que un sistema moral puede valorarlo como crimen horrendo en todo caso y bajo cualquier condición.

Si al positivista le preguntamos si al juez le está permitido hacer excepciones a la aplicación de la norma que, según el sistema jurídico, es aplicable al caso, nos preguntará, a su vez, por el sentido de “permitido”. Jurídicamente, dependerá de si en el sistema jurídico de referencia se contiene o no, bajo una u otra forma, dicho permiso. Moralmente, dependerá de si nos encontramos ante un sistema moral que sólo considere que puede ser Derecho el Derecho justo (o el no injusto), como veremos enseguida. Mas el positivista, que separa bien esos dos juicios, nunca dirá –nunca lo han dicho los positivistas contemporáneos relevantes- que él piense que está *moralmente* injustificada la actitud del juez que consciente y voluntariamente inaplica una norma jurídica por entender inmoral la norma misma o la solución que para el caso determina⁸. El positivista opina al respecto algo tan simple como esto: que una cosa es una cosa y otra cosa es otra cosa. Que lo que no tiene sentido es buscar primero la norma jurídica aplicable al caso, examinar luego la justicia de la solución que para ese caso dicha norma brinda, juzgar esa solución como inmoral o injusta, excepcionar dicha norma por esa razón y, en consecuencia, no aplicar al caso su solución y, *al final, sostener que esa norma jurídica no era en verdad jurídica o que cede ante otra norma que es moral, pero también y al mismo tiempo jurídica*. El esquema del positivista es más simple: el juez X inaplica la norma jurídica NJ, pues aunque sabe que es jurídica, su resultado le parece inmoral y decide obedecer una norma moral NM que prescribe una solución diferente de la que establecía NJ.

¿Es muy diferente, en el fondo, el planteamiento del iusmoralista? No tanto. La diferencia está, otra vez, en la materia prima del Derecho y en la destreza analítica de unos y otros. Por lo común, el iusmoralista dice que pueden, y muchas veces deben, inaplicarse las normas jurídicas positivas o legisladas. ¿Cuándo? Cuando sea inmoral su resultado para el caso. Hasta ahí parece que hay acuerdo, pues esto no lo rechaza abruptamente ningún positivista de hoy. La distinción está en que el positivista dirá que en la conciencia del juez la norma moral ha pesado más que la jurídica, mientras que el iusmoralista entenderá que una norma jurídica más alta o de carácter especial, una norma moral que es también parte del sistema jurídico, se ha impuesto sobre una norma más baja o más general de ese sistema. El positivista contempla al jurídico y al moral (los morales) como sistemas normativos separados y cuyas relaciones (por ejemplo, la coincidencia en el contenido de algunas normas o las históricas influencias e interrelaciones entre los contenidos de uno y otro) son puramente contingentes; el iusmoralista o bien los entiende como cortándose, con un espacio común, o como superpuestos, con el moral *objetivamente* por encima del jurídico.

Con esto vemos que, con sólo reparar en que el iusmoralismo integra como parte del sistema jurídico aquellas normas morales que usa para justificar las excepciones a la aplicación de las normas “positivas”, el enunciado antes recogido y definitorio de una de las facetas del formalismo se aplica plenamente al iusmoralismo. El iusmoralismo sólo critica el formalismo en cuanto doctrina que

⁸ Tampoco sostiene el positivismo que siempre esté moralmente justificada la aplicación de la norma jurídica que venga al caso. La relación entre justificación moral y jurídica es puramente contingente, en función de los respectivos sistemas, y admite todas las combinaciones posibles.



propugne la aplicación sin excepción de las normas “positivas” o legisladas, pero, en cambio, el iusmoralista no admite excepción a la aplicación de las normas que vengan al caso desde el conjunto del sistema, tal como el iusmoralismo lo entiende, y con las jerarquías obrantes en ese sistema. Veámoslo con un ejemplo demasiado simple, pero suficientemente gráfico como esquema. Si una de las normas del sistema jurídico SJ es la norma moral NM que dice que no debe aplicarse ninguna solución muy injusta a la resolución de casos por los jueces, cuando no se aplica la norma positiva NP de ese sistema, que prescribe para el caso la solución S, y se aplica para tal caso NM, que prescribe la solución S', se está decidiendo *conforme a Derecho*; simplemente NM se impone dentro del sistema y con arreglo al juego de jerarquías e interrelaciones de las normas del sistema: NM vence o por superior o por especial, pero vence como norma jurídica, aunque no esté legislada o no lo esté con la precisión suficiente como para que se pueda “leer” en parte alguna que esa solución que al caso se aplica es exactamente la que para el caso NM predetermina.

Ahora preguntémosnos si alguna norma, sea positiva, sea una norma moral-jurídica NM', podría vencer a NM y justificar que el juez hiciera una excepción a lo que para el caso NM prescribe. El iusmoralismo dirá que no, que en modo alguno, pues ello supondría entender que en ese estrato de normas morales que son al tiempo jurídicas puede haber falta de armonía, puede haber antinomias no resolubles. Para el iusmoralismo, las antinomias entre las normas morales que son jurídicas no son más que antinomias *prima facie*: con un método adecuado se puede y se suele descubrir cuál es la que objetivamente impera para cada ocasión, por lo que la solución que para el caso ofrece la norma es la solución del sistema, no la solución de una parte del sistema que se opone hasta el final a otra parte del sistema mismo.

Si en lo anterior estamos en lo cierto, el formalismo en este sentido se aplicará con mayor propiedad a los iusmoralistas que a los iuspositivistas, pues son los primeros los que no admiten excepciones al deber de que el juez aplique la norma que venga al caso, teniendo en cuenta que cuál sea esa norma aplicable lo dictará la relación interna de las normas dentro del sistema jurídico, de ese sistema jurídico en el que se integran tanto las normas “positivas”, es decir, creadas con arreglo a los procedimientos que a tal fin prevé el mismo sistema, como las normas morales que están dentro del sistema, aun cuando no hayan sido creadas y promulgadas por ninguno de esos procedimientos. Con la misma naturalidad con que el positivista asume que es un asunto de “lógica” interna del sistema jurídico el que la ley se imponga al reglamento o la Constitución a la ley, en caso de conflicto, también es parte de tal lógica “formal”, para el iusmoralista, que la norma positiva, legal y hasta constitucional que se enfrente con la norma moral-jurídica ceda ante ella, sea derrotada por ella.

Vamos a explicarlo todavía de una manera más. Para el positivista, cuando una norma del sistema jurídico es inaplicada por un juez y tal inaplicación no se justifica por la concurrencia de otra norma que, según el juego de ese mismo sistema, deba vencerla para el caso, aquella norma ha sido derrotada, pero no porque la normas, todas y siempre, sean *jurídicamente* derrotables, sino porque *el juez mismo la derrotó*, la derrotó *al decidir inaplicarla* porque dio prioridad a una norma del (de su) sistema moral. Por el contrario, para el iusmoralista esa aplicación no será un acto de autonomía moral del juez, sino objetivo testimonio de que toda norma jurídico-positiva es por naturaleza derrotable *jurídicamente*, ya que (i) todas pueden en algún caso ser excepcionadas desde la moral, y (ii) cuando así ocurre, la norma moral excepcionadora se considera, por el iusmoralismo, parte del propio sistema jurídico al que pertenece la norma derrotada. La derrotabilidad de las

normas jurídicas, tal como la entiende y la suele explicar el iusmoralismo, es indicio del formalismo de los iusmoralistas, por paradójico que esto suene.

Pero, aunque no sea más que incidentalmente, no podemos dejar de mencionar que no es cierto que para el iusmoralista todas las normas jurídicas sean por su naturaleza derrotables, ya que en ese caso podrían ser todas excepcionadas conforme a otras normas del mismo sistema. Las más altas y fundamentales de aquellas normas morales que, según el iusmoralista, son también jurídicas, son inderrotables⁹ por definición. Así se aprecia, por ejemplo, cuando, en su teoría de las normas iusfundamentales, Robert Alexy nos explica que hay reglas de validez estricta, que son aquellas que ganan en cualquier ponderación posible, aquellas que jamás pueden ser derrotadas ni por una regla ordinaria ni por un principio del mismo sistema¹⁰.

Es el positivismo el que, en el fondo, admite la derrotabilidad de todas las normas jurídico positivas, bien por otras normas jurídico-positivas que establezcan excepciones (en cuyo caso la derrotabilidad no es propiamente tal), bien porque cualquiera puede ser *de hecho* inaplicada por el juez que decida atender antes que a ella a su propia conciencia y asumir las consecuencias. Sólo que a la derrota *de hecho* el positivista no la llama derrota de derecho, aunque sea derrota del Derecho.

2. Formalismo y validez de las normas jurídicas

En este apartado me referiré al debate sobre el formalismo en lo referido a la validez de las normas. Abarcaré, entrelazándolos, dos problemas aquí: la *validez en general de una norma y su validez como solución para un caso concreto*. No es lo mismo decir que la norma N no es válida, que es una norma nula, que no forma parte del sistema jurídico o debe ser expulsada de él, que decir que N, cuya validez en general no se cuestiona, no “vale” para este caso, aun cuando los hechos del mismo caigan patentemente bajo ella. En esta segunda ocasión lo que se quiere justificar es que para un caso C se haga una excepción a N, excepción que no está justificada por ninguna otra norma del mismo sistema positivo¹¹, sino por razón del carácter injusto o inhumano que resultaría de aplicar N a C. Retomamos a este respecto el último punto tratado en el apartado anterior, aunque lo haremos desde una óptica algo distinta o con matices diferentes.

El eterno problema capital de la Teoría del Derecho es el de cómo o en qué se diferencia una norma que forma parte del Derecho de una norma que no es Derecho. Si no existe un criterio delimitador y diferenciador de lo jurídico, carecemos de base para afirmar de la norma N que es una norma jurídica o que forma parte del sistema jurídico S, o de la norma N' que no es jurídica, aunque sea norma moral o norma social de otro tipo. En Teoría del Derecho se suele decir que la norma que forma parte de un sistema jurídico, por cumplir los requisitos establecidos de pertenencia a ese conjunto de normas así denominado, Derecho o sistema jurídico, es una norma válida o que posee la nota de validez. No hace falta dotar a ese concepto de una carga ontológica muy fuerte ni imaginarse mundos del ser donde cada tipo de norma tenga inmutables notas distintivas. Se trata de criterios de clasificación normativa cuya naturaleza puede ser puramente convencional. Nada se opone a que podamos decir que del sistema jurídico forman parte aquellas normas que la sociedad “reconozca” como Derecho y no aquellas otras normas (morales, sociales, hasta mandatos particulares) que la sociedad no considere así, como parte

⁹ Cfr. Sauca (2009: 55).

¹⁰ Cfr. Alexy (2007: 67).

¹¹ Del modo como, por ejemplo, con arreglo al sistema actual, la eximente de legítima defensa excepciona la norma que prescribe castigo para el homicidio.



del Derecho. Nada impide que pensemos que Derecho es lo que la sociedad piensa o cree como Derecho, en cuanto realidad normativa diferente de otras normatividades, pero en ese caso habrá que ser capaz de discernir cuáles son las condiciones que en la sociedad tal o cual se aplican para atribuir esa calificación de jurídica a una norma y para diferenciarla así de otras normas que no son parte del sistema jurídico.

Aunque hay relación entre los dos ámbitos, no es lo mismo que nos preguntemos qué caracteres atribuye la Teoría del Derecho a una norma para tenerla por elemento del sistema jurídico y qué caracteres rigen *socialmente* para tal consideración de una norma como jurídica¹². Esto segundo es una cuestión de mentalidades e imaginarios colectivos y debería estudiarlo con su particular método la Sociología del Derecho, caso de que la hubiere y se dedicara a temas de interés. Aquí nos ocuparemos de los criterios de validez o juridicidad que se discuten en la Teoría del Derecho de nuestro tiempo. Pero, antes, debemos explorar un poco más esos dos ámbitos al hablar de la validez del Derecho, de los criterios delimitadores acerca de lo que en un tiempo T y en un lugar L sea Derecho, el vivencial o sociológico y el teórico.

La pregunta decisiva es ésta: ¿puede haber partes del Derecho independientes del reconocimiento social como tal, como Derecho? En otras palabras, ¿puede ocurrir que una norma¹³ sea Derecho, sea parte del Derecho, aun cuando en una sociedad determinada en un tiempo T no se reconozca dicha norma como Derecho, es decir, como parte del conjunto normativo que esa sociedad tiene por Derecho? Expresémoslo aún de una manera más. Pongamos que el conjunto de normas que en una sociedad dada y en un momento determinado son consideradas o reconocidas como Derecho tienen las propiedades definitorias o especificadoras P¹, P² y P³. Hay una norma N que no posee ninguna de esas propiedades y que no es vista con el estatuto de jurídica en esa sociedad¹⁴. ¿Puede N ser parte de ese Derecho o sistema jurídico de tal sociedad en ese tiempo? La respuesta dependerá de qué se entienda por “ser” Derecho.

Para empezar, parece claro que N no podrá ser Derecho eficaz, si por eficacia entendemos aquella propiedad operativa de las normas que consiste en que son, como tales, obedecidas y aplicadas para la resolución de conflictos. Que en una sociedad se aplique como Derecho una norma que no se considera Derecho es, en términos generales, algo que suena absurdo. Así que tendremos que la tesis que sostenga que N es Derecho porque posee la propiedad P^x, que no es ninguna de esas propiedades P¹, P² y P³ que caracterizan las normas entendidas como jurídicas en una sociedad S en un tiempo T, tendrá que hacerse cargo del siguiente problema: habría normas que son jurídicas aunque socialmente no se crea que son tales y aunque, consecuentemente, no se cumplan y apliquen como tales. Tradicionalmente el iusnaturalismo ha defendido la existencia de tales tipos de

¹² Para esta diferencia entre la perspectiva teórica sobre el Derecho y un enfoque que atienda o bien a los datos sociales, puramente empíricos, o bien a la mera descripción de la actividad judicial, así como para la diferencia entre metodologías descriptivas y normativas de la decisión judicial, tal como antes la trazamos, es de interés el siguiente pasaje de B. Leiter (2007: 60): “I shall argue that whereas Positivism is essentially a *theory of law* – a theory, in part about what is distinctive in any society’s *legal norm* (as opposed to e.g., its moral, aesthetic, and social norms)– Realism is essentially a *descriptive theory of adjudication*, a theory what it is judges really do when they decide cases. In defending their descriptive theory of adjudication, however, it turns out that the Realism must *presuppose* a theory of law, one that is, in fact, a kind of Positivism”.

¹³ En el sentido más amplio posible de la expresión “norma”.

¹⁴ Podríamos manejar otras versiones de la cuestión, por ejemplo refiriendo ese “reconocimiento” no a la sociedad entera o como tal, sino a sus funcionarios o jueces o gobernantes, etc. Pero creo que no es necesario complicar más el asunto para lo que con este argumento pretendo ahora resaltar.

normas jurídicas, precisamente las de derecho natural: son Derecho universal e inmutablemente, aunque una sociedad dada aún no las haya descubierto o las contradiga con las otras que considera jurídicas y que, así, en ella están vigentes.

Tesis tales se enfrentan con dos problemas filosóficos de gran envergadura: el ontológico (cómo son, qué tipo de existencia tienen y donde están o habitan esas normas) y el epistemológico (cómo podemos conocerlas con una mínima certeza y sobreponiéndonos a la falsa conciencia o a las sombras con que las oculta la sociedad empírica, con sus normas operativas que hasta pueden contradecir esas otras supraempíricas o necesariamente ideales).

Pero no nos interesa aquí y en este momento tratar los muy manidos problemas del iusnaturalismo, sino reconducir el asunto a las relaciones con el formalismo jurídico. Ahora el tema es éste: esas posturas, que, para resumir y sintetizar, llamaremos iusmoralistas, ¿son o no son, a su vez, formalistas? Defenderé que sí. ¿Y es formalista el positivismo que dice que Derecho es lo que en cada sociedad se reconozca como Derecho? Vayamos por partes.

¿Es formalista el antiformalismo iusmoralista?

Naturalmente, todo dependerá de cómo definamos formalismo. Puesto que hablamos de formalismo en relación con la validez de las normas jurídicas, el formalismo se predicará cuando tal validez dependa de una pauta o criterio puramente formal. Pero, entonces, ¿qué significa *formal*?

Conforme al concepto que aquí manejaremos, se habla de formalismo cuando el contenido del juicio no es casuístico, sino basado en una pauta previa y establecida con carácter general y abstracto; cuando la valoración no se hace caso por caso y con libertad, forjando los criterios de valoración exactamente para las concretas circunstancias de cada ocasión, sino que se aplican parámetros que agrupan casos con elementos sustanciales coincidentes bajo soluciones comunes. En relación con la decisión, sería formalista, en este sentido, toda doctrina que propugne que las decisiones judiciales se guíen por o estén atadas a normas previas de carácter general y abstracto, mientras que antiformalistas resultarían las que proponen que la decisión se oriente siempre y nada más que por la equidad¹⁵ o las que, al menos, combaten la noción moderna de norma jurídica general y abstracta, como entre los autores más conocidos hizo Michel Villey y entre las corrientes iusmoralistas propone el llamado “realismo clásico”.

Supongamos que a usted se le pide que de un grupo de diez personas seleccione a los tres más fuertes. Por tanto, el criterio de selección ha de ser la fortaleza de cada uno de los miembros de ese grupo. Caben dos situaciones a efectos de calificar con precisión cómo será su selección, esa que a usted se le solicita. Una, que le sean indicados unos criterios o estándares de fortaleza, que usted deberá limitarse a aplicar¹⁶. Entonces, usted tendrá que cotejar esos diez

¹⁵ Como bien puntualiza Sunstein (1999: 640), “The real question is ‘what degree of formalism?’ , rather than ‘formalist or not’. It is hard to find anyone who believes that canons of construction have no longer legitimate place in interpretation, or who thinks that literal language should always be followed, no matter how absurd and palpably unintended the outcome. No antiformalist thinks that judges interpreting statutes should engage in ad hoc balancing of all relevant considerations. The real division is along a continuum. One pole is represented by those who aspire to textually driven, rule-bound, rule-announcing judgments; the other is represented by those who are quite willing to reject the text when it would produce an unreasonable outcome, or when it is inconsistent with the legislative history, or when it conflicts with policy judgments of certain kinds or substantive canons of construction”.

¹⁶ Al menos en lo que para usted sean comprensibles y claros dichos estándares o pautas. Prescindiremos aquí ahora de los problemas de interpretación que la formulación general de esos



individuos con la pauta o estándar decisivo que se le ha dado, a fin de comprobar, primero, quién posee la o las propiedades que son determinantes de la fortaleza y, luego, quién las posee en grado más alto.

La otra situación posible es que esa instrucción para que escoja a los tres sujetos más fuertes no vaya acompañada de ninguna regla que precise lo que por fortaleza de una persona haya de entenderse, y pongamos que ni siquiera el contexto de esa instrucción nos sirve de mucha ayuda para descartar o adoptar alternativas sobre a qué puede referirse, en un ser humano, el calificativo de “fuerte”. ¿Hablamos sólo de fortaleza física? ¿Se incluye también la resistencia física o se trata sólo de fuerza aplicada en un momento dado? Más aún, ¿nos referimos nada más que a la fortaleza física o cuenta igualmente la psíquica, la resistencia psicológica? Y así sucesivamente.

Llamemos a la primera situación, donde se cuenta con reglas objetivas, situación A; a la otra, sin reglas de selección, situación B. Conforme a la noción de formalismo que ahora analizamos, si usted, en la situación A, aplica objetivamente esas reglas que son dirimentes al margen del juicio suyo, de usted, usted es formalista, procede de manera formalista. En cambio, no se hará acreedor de tal calificación si usted ignora esas reglas de selección que precisan qué ha de entenderse por fortaleza a tales efectos, o si, aun sin desconocerlas del todo, las filtra y las hace depender de su propio juicio¹⁷. Por ejemplo, para usted fuerte es ante todo el que es capaz de resistir mejor las tentaciones más pecaminosas, y por eso no elige del grupo en cuestión a los tres sujetos que reúnen en mayor medida las propiedades mentadas por la pauta establecida, sino que a alguno lo elimina, para que entre otro que posee en menor medida dichas características, pero que ha conseguido mantenerse impávido, impasible cual estatua, ante los cuerpos oferentes de varias/os modelos de alta costura y ante los platos más exquisitos de los restaurantes más reputados.

Si todos hicieran como usted, cuando en casos así aplican reglas como esas, que dan criterios generales con propósito de proporcionar pautas objetivas y comunes, perdería todo sentido y razón de ser la oferta de tales pautas. El antiformalismo radical impediría la vida social porque descartaría las reglas comunes y las elecciones previsibles. Sería una perfecta pérdida de tiempo preguntarle a alguien la hora que es o cómo se llama la capital de tal Estado o si hay serpientes en ese bosque. Dependerá de lo que cada uno entienda o quiera entender por bosque o por serpiente y de cómo desee o le convenga interpretar las intenciones y la pregunta misma de ese interlocutor.

Por consiguiente, el antiformalista, incluido el operador jurídico antiformalista, es parásito del formalismo circundante, del formalismo que domina en su medio. Así, una aplicación antiformalista de las normas de esta Constitución o de aquella ley presupone necesariamente que lo usual es su aplicación formalista, esto es, aquiescente. Porque sin ese formalismo imperante en el medio, el antiformalismo carecería de razón de ser, porque no habría ni Constitución ni ley que aplicar formalista o antiformalistamente, ya que su falta de vigencia las haría ociosas, prescindibles, y nadie se regiría por ellas para nada. Ahora, por lo menos, los antiformalistas jurídicos las invocan, a ellas apelan y con ellas en la mano pleitean

estándares pueda suscitar y trabajaremos con la idea de que puedan ser del todo o bastante objetivos, como ocurriría, por ejemplo, si se dijera que, a los efectos de la selección que se le pide, fuertes serán los que tengan más peso en proporción a su estatura o un mayor índice de masa muscular.

¹⁷ No nos estamos refiriendo en este momento a la presencia de los juicios del intérprete a la hora de elegir entre lo que propiamente son interpretaciones posibles del enunciado normativo, sino al hecho de excepcionar la norma en lo que claramente es aplicable al caso en cuestión.

cuando sus reglas los favorecen en algún conflicto. En otras palabras, el antiformalista “vive” de que el formalismo sea la regla y no la excepción, ya que si esa proporción se invirtiera a fin de darle la razón, su propio discurso no tendría ya sentido.

Pero, de nuevo, evitemos la mezcla de temas y recordemos que queríamos tomar en cuenta ahora el formalismo en relación con las teorías sobre la validez de las normas. Una teoría de la validez es formalista, en el sentido del significado de formalismo que ahora estamos glosando, cuando el juicio sobre la validez de una norma se hace depender de la aplicación de criterios o pautas generales. Del conjunto $N^1 \dots N^n$ de normas candidatas a ser jurídicas o que alguien pretende tales, sólo lo serán las que posean las propiedades $P^1 \dots P^n$, igual que, en el ejemplo que hace un momento manejábamos, fuerte sólo lo será quien posea las propiedades definitorias previamente sentadas como pauta o criterio de selección. El juicio de validez jurídica no es más que un juicio selectivo de ese tipo, que escoge, de entre las normas posibles o concurrentes, aquellas que son jurídicas.

Siempre que una teoría diga que la validez de una norma depende de que posea las propiedades $p^1 \dots P^n$; sea cual sea el contenido u origen de las mismas, esa teoría será formalista. Antiformalista sólo resultaría aquella doctrina que sostuviera que la respuesta aquella pregunta es contingente en cada caso, sin que de antemano sea posible fijar una mínima lista de las propiedades de referencia mediante términos que tengan mínimamente precisa su referencia.

En este sentido, las teorías positivistas son también formalistas, pero el asunto más interesante es el de si lo serán o no las iusmoralistas. Debemos aplicar la distinción entre iusmoralismo de pautas generales o generalizante y iusmoralismo de equidad o particularista, como antes ya se ha señalado, pero aquí vamos a ocuparnos solamente del primero.

El iusmoralismo *generalizante* mantiene respecto de la cuestión de la validez de las normas jurídico-positivas un esquema de juicio del siguiente tipo: Las normas provenientes de las instancias con capacidad legislativa reconocida son Derecho cuando reúnen estos tres requisitos:

(i) cumplen las propiedades formales $P^{f1} \dots P^{fn}$ (por ejemplo, haber sido elaboradas por órgano competente y con arreglo al procedimiento debido);

(ii) cumplen la propiedad de no ser contradictorias o incompatibles con lo dispuesto en una norma de más alta jerarquía en ese sistema jurídico.

(iii) cumplen la propiedad de no ser contradictorias o incompatibles con una norma moral condicionante de tal validez jurídica de las normas¹⁸.

Llamemos a las propiedades dirimentes según (i) propiedades formales (p^f), a las de (ii) propiedades *sustantivas* (p^s) y a las de (iii) propiedades morales (p^m). Podemos, pues, esquematizar así el juicio de validez que propone este iusmoralismo generalizante:

Una norma positiva N es válida si tiene las propiedades formales $p^1 \dots p^n$, la propiedad sustantiva p^s y la propiedad moral p^m .

¹⁸ Como luego se verá, las propiedades de (ii) y de (iii) son reconducibles a una sola, ya que el iusmoralismo coloca ciertas normas morales como las de más alta jerarquía del sistema jurídico.



Para una doctrina positivista estándar los criterios de validez son los dos primeros, por lo que su correspondiente juicio de validez puede esquematizarse de este modo:

Las normas provenientes de las instancias con capacidad legislativa reconocida son Derecho cuando reúnen estos dos requisitos:

(i) cumplen las propiedades formales $P^{f1} \dots P^{fn}$ (por ejemplo, haber sido elaboradas por órgano competente y con arreglo al procedimiento debido);

(ii) cumplen la propiedad de no ser contradictorias o incompatibles con lo dispuesto en una norma¹⁹ de más alta jerarquía en ese sistema jurídico.

El esquema quedaría, por tanto, así:

Una norma N es válida si tiene las propiedades formales $p^1 \dots p^n$ y la propiedad sustantiva p^s .

Vemos que la diferencia está en que la teoría positivista no incluye el criterio (iii) de validez, sólo los dos primeros.

El mayor problema del positivismo está en la justificación de la validez de la norma jerárquica más alta de su esquema, la que se suele denominar Constitución. Son bien conocidas las soluciones que, ante todo, Kelsen y Hart han propuesto para esa dificultad interna del sistema. Para las teorías del iusmoralismo generalizante, el problema más importante es el del fundamento de validez de las normas morales que condicionan la validez de las positivas conforme a (iii). Tienen que presuponerse válidas en sí, pues si se hacen depender de su origen en un legislador moral, ese iusmoralismo sería formalista desde su mismo punto de partida. Además, si la validez de esas normas morales que condicionan la validez de las normas jurídicas dependiera de otras normas morales, no haríamos más que trasladar el mismo problema un paso atrás y habría que interrogarse acerca de la fuente de validez de las normas morales últimas.

Acabamos de hablar de validez entremezclando esa propiedad como propiedad de las normas jurídico-positivas y como propiedad de las normas morales que condicionan la de las normas jurídico-positivas. Pero, si asumimos, con el iusmoralismo, que las normas morales que condicionan la validez de las normas jurídico-positivas son también jurídicas, por formar parte del sistema jurídico y/o por esa función de control de la validez de las otras normas de dicho sistema, tenemos que, para el iusmoralismo generalizante, hay dos versiones del sistema jurídico: el sistema jurídico-positivo, compuesto por las normas provenientes del legislador establecido por el propio sistema jurídico (dicho así para simplificar) y el sistema jurídico en sentido lato, que abarca aquel sistema jurídico-positivo y las normas de control de origen moral, pero que, por esa función y por su superior jerarquía frente a las positivas o legisladas, integran también el sistema jurídico.

El iusmoralismo generalizante es, en su teoría de la validez, formalista en ese sentido descrito antes con el ejemplo de la situación A a propósito de la selección de los individuos más fuertes de un grupo. Es formalista porque, al tiempo de seleccionar qué normas son jurídicas, emplea una pauta general del tipo: son jurídicas las normas que posean la propiedad de no contradecir con su contenido el contenido de las normas morales $N^{m1} \dots N^{mn}$. Se trata de formalismo, en el sentido

¹⁹ Una norma legislada, se ha de decir en realidad. Si no se pone esta condición, no habría diferencia entre iuspositivismo y iusmoralismo, por la razón apuntada en la nota anterior.

que ahora estamos viendo, porque no dicen que el juicio sobre la validez de una norma jurídico-positiva se dirima como juicio nada más que sobre esa norma individual y utilizando parámetros *ad hoc* o para el caso, no generales, sino al contrario: la pauta de validez es una pauta general, como acabamos de ver y repetimos: la compatibilidad con las normas $N^{m1} \dots N^{mn}$. Y esas mismas normas morales $N^{m1} \dots N^{mn}$ tienen ese carácter general y abstracto.

Y ello es así porque un iusmoralista mínimamente congruente nunca dirá que una norma jurídico-positiva N es válida aun en el caso excepcional de que contradiga las normas morales $N^{m1} \dots N^{mn}$.

En realidad, ¿desde dónde o desde qué excepcionan los iusmoralistas la validez de las normas jurídico-positivas? Desde la moral o desde algún sistema moral. Y han de hacerlo presuponiendo que no se trata de una moral aleatoria, subjetivamente preferible o de dudosa validez (moral) o racionalidad, pues en tal caso decaería todo fundamento para su pretensión de ser doctrinas objetivas y verdaderas de la validez. Pero el precio por ese carácter general de las normas morales de control y por la validez objetiva que, en tanto moral verdadera o racional, se les presupone es el del formalismo.

Debe interesarnos explorar una analogía entre positivismo y iusmoralismo generalizante que ha quedado expuesta hace un momento. Veíamos que el positivismo²⁰ condiciona la validez de una norma jurídica a su compatibilidad, a la ausencia de antinomia, con una norma superior del sistema jurídico, mientras que el iusmoralismo generalizante la condiciona a ese requisito y, además, al de compatibilidad o ausencia de antinomia con una norma moral o un conjunto de ellas. ¿Opera este requisito de igual manera en el caso del iuspositivismo y del iusmoralismo?

Para el positivismo, las relaciones entre las normas jurídicas son relaciones lógico-semánticas. Entre dos normas hay contradicción o antinomia cuando, para idéntico supuesto de hecho, una y otra norma prevén consecuencias jurídicas incompatibles, tales como que, para las mismas circunstancias, una prohíba una acción y otra la califique como obligatoria. Lo que se requiere, pues, es que: a) tengamos los enunciados de ambas normas; b) los interpretemos en lo concerniente a la referencia de cada uno al conjunto de casos que son subsumibles -después de esa interpretación que señala los significados posibles y elige uno de ellos- bajo el respectivo supuesto de hecho; c) interpretemos igualmente lo relativo a las respectivas consecuencias jurídicas; d) resulte que los hechos del caso en cuestión son subsumibles tanto bajo el supuesto de una norma como bajo el supuesto de la otra (una vez elegida la interpretación de ambas, en lo que fuera dudosa) y que, por ser incompatibles las consecuencias jurídicas de una y otra para sus supuestos (una vez elegida la interpretación de la consecuencia jurídica de cada una, si hubiere lugar o fuera necesario), nos hallamos ante una antinomia en toda regla. Entonces entran en juego los criterios de resolución de antinomias previstos en el sistema jurídico y, entre ellos y en lo que aquí ahora importa, el jerárquico, a tenor del cual prevalecerá la norma más alta de esas dos en conflicto.

El iusmoralismo, en su versión actualmente más pujante en nuestro país y los de nuestro entorno de cultura jurídica, como es el neoconstitucionalismo, introduce algunas variantes merecedoras de examen. Por una parte, se encuentra ante el clásico obstáculo de cómo puede darse una contradicción entre una norma

²⁰ Al menos una vez superado, si es que está superado, el empeño de Kelsen por explicar los sistemas jurídicos como sistemas dinámicos puros.



positiva y plasmada en un enunciado y una norma no dotada de un enunciado de esas características. Por otra parte, busca una síntesis novedosa al entender que aquella moral condicionadora de la validez ya no es supra o extrapositiva, sino que es también parte del Derecho positivo por hallarse positivada en la Constitución, aunque sea de modo aparentemente muy equívoco, contradictorio y balbuciente.

La contradicción entre las normas jurídico-positivas y las extra o suprapositivas no puede ser entre enunciados con estructura normativa (como el de la clásica de supuesto de hecho y consecuencia jurídica), sino entre un enunciado, el de la norma jurídico-positiva, y un valor, sea éste o se llame justicia, dignidad, bondad, caridad, templanza o cualquier otro de ese calibre. Comencemos con un ejemplo que jurídicamente será poco relevante, pero que nos da un muy oportuno distanciamiento analítico, el del valor belleza.

Imaginemos que en un país se organiza un concurso de belleza, con regulación jurídica del mismo: condiciones de participación, modo de designación del jurado, etc. Lo esencial para nuestro asunto es si en esa reglamentación se contiene o no enumeración de los atributos físicos, psíquicos y/o intelectuales que han de ponderarse en los candidatos, así como algún tipo de escala de valor de los mismos. Pongamos primeramente que no, que no se contempla regulación expresa de este aspecto. En tal situación, el tribunal tendrá que cotejar las características de cada candidato con el concepto que cada miembro de tal tribunal tenga de belleza. Y nosotros, aquí, conviene que nos preguntemos qué será eso de la belleza. Un valor, sí, pero con qué propiedades o notas definitorias que no sean puramente tautológicas (belleza es la propiedad de ser bello) o vacías de cualquier contenido tangible e intersubjetivamente compartido (v.gr.: belleza es la propiedad que poseen los seres y objetos cuya contemplación provoca delectación o intenso placer estético y/o sensual). Todos, los que integran ese imaginario jurado, y nosotros, sabemos qué es la *belleza en cuanto propiedad positiva predicada de una persona*²¹ y estaremos de acuerdo en señalar algunas personas que representan casos claros de personas bellas, así como otras que representan casos claros de personas carentes de belleza, feas.

Pero esa afirmación que acabamos de hacer requiere algunos matices adicionales. En primer lugar, hay que preguntarse si dichos acuerdos responden a patrones culturales geográfica e históricamente cambiantes, o si son universales e intemporales. Cuando decimos, y decimos todos, que X es bello, ¿lo decimos porque captamos el contenido ideal y objetivo de ese valor o propiedad belleza y lo cotejamos con los atributos de X, resultando un balance positivo, o, por contra, X nos parece bello a (casi) todos, aquí, por determinaciones culturales, es decir, precisamente porque aquí y ahora X parece bello a todos?

Supongamos que la norma N, rectora de ese concurso de belleza, dice que se deberá considerar tanto más bella una persona cuanto mayores sean sus ojos. En aplicación correcta de N, resulta ganadora del concurso la persona X. Es decir, no cuestionamos, en el ejemplo, la aplicación de N a X y a los demás concursantes. Pero alguien entiende que N no recoge el parámetro mejor o más correcto de belleza, pues la característica principal de la belleza personal no es el tamaño de los ojos, sino la perfecta forma rectilínea de la nariz y su tamaño proporcionado con el conjunto del rostro. En consecuencia, puesto que al concurso concurría también un candidato, Y, con una nariz perfecta a tenor de este último parámetro, aunque sus

²¹ Esto es, sabemos qué significado tiene decir que algo o alguien es bello o tiene belleza, en el sentido de que conocemos la función de tal predicación, aun cuando discrepemos en los atributos que hacen a éste o a aquél merecedores adecuados de la misma.

ojos eran considerablemente más pequeños que los de X, se inaplica N aduciendo que el concurso es de belleza y N no recoge los caracteres que mejor o más verdaderamente expresan tal valor, el, en cuanto propiedad de una persona.

La pregunta que primeramente tenemos que plantearnos, llegados a este punto de nuestro ejemplo, es la siguiente: si existe un patrón objetivo de belleza, si hay unos caracteres definitorios de ese valor y que sean aplicables y mensurables para la ordenación de personas por razón de su grado de posesión de esos caracteres, o si, por el contrario, el predicar de un ser humano la condición de bello depende enteramente del gusto personal, subjetivo.

Parece que lo más razonable es una cierta salida por la vía de en medio. Por una parte, quién en sus cabales podría dudar de que Sofía Loren, Claudia Cardinale o Ava Gardner fueron personas de una belleza extrema, sublime. El mismo acuerdo puede haber sobre la fealdad de otros personajes, incluidos varios iusfilósofos. Ahora bien, y por seguir con nuestra muestra, si esas tres beldades se presentasen a un concurso de belleza en el que tuviera usted que votar discrecionalmente para darle el premio a una, ¿por cuál votaría? Creo que por muy razonables que todos seamos y muy dados al diálogo y a la búsqueda de consensos sobre el fondo de los debates, no nos pondríamos de acuerdo.

De ser cierto todo lo dicho en el párrafo anterior, resulta que sí compartimos un cierto concepto de belleza, que nos permite concordar al clasificar a muchas personas como ejemplos claros de fealdad o hermosura, pero ese canon vigente no es suficientemente preciso para hacer una escala exacta en la que cualquier candidato se ubique antes o después que otro. Es decir, no sirve para resolver los casos difíciles, los conflictos bien argumentados. Pero en este momento nos interesa otro asunto, el de la validez.

Permítase solamente, de pasada, la siguiente observación elemental. Si no existieran pautas generales o, en nombre del antiformalismo, rigiera una llamada a su desconocimiento en caso de desacuerdo del aplicador sobre su contenido o sus consecuencias para el caso, cuando -por seguir con el ejemplo- se organiza un concurso de belleza, carecería completamente de sentido estipular normas para su aplicación por el jurado, pues la decisión no dependería *en nada* de las normas²², sino de los concretos integrantes del jurado; con lo cual, lo decisivo no es la regulación del concurso, sino la elección de los jurados. Por otro lado, si las normas, por sí, pudieran ser para todo caso suficientemente claras y dirimentes, sin márgenes para la interpretación y la duda, la decisión no dependería *en nada* de jueces y jurados y estos serían plenamente intercambiables y hasta prescindibles, ya que cualquier persona con uso de razón y adecuada comprensión lingüística podría aplicar esas normas tan transparentes: las meras subsunciones están al alcance de cualquiera.

Como en este momento estamos hablando de la relación entre valores y validez de las normas jurídicas, retornemos a aquella norma N que pone como suprema pauta de belleza el tamaño de los ojos y no la perfección y proporción de la nariz, como algunos preferirían. ¿Cabe, tiene sentido proclamar que N no es norma jurídicamente válida por oponerse su contenido al verdadero contenido o ser del

²² Si el llamado a aplicar la norma sólo se atiene a ella cuando está de acuerdo con el resultado que de ahí sale, en realidad no aplica la norma como patrón decisorio, sino su conciencia, su patrón personal. Cuando hay coincidencia en el resultado entre la norma general externa al aplicador y su "norma" personal, simplemente parece prioridad de la primera lo que es mera consecuencia de la prioridad de la segunda.



valor belleza? El legislador²³ autor de N ha tomado una de las opciones posibles con arreglo a los estándares de belleza socialmente vigentes en este tiempo. Declarar la invalidez de N equivale a sustituir la opción del legislador por la opción personal de quien hace dicha declaración. ¿Qué tipo de razones pueden dar una justificación de esa sustitución del legislador por uno mismo? Si se trata de cuestiones de conveniencia (es mejor para la marcha del país o para que tengamos más posibilidades en el concurso de miss universo que tomemos en cuenta el patrón de belleza A en lugar del B), no parece que sea fácilmente demostrable la superior condición de tal o cual sujeto particular sobre el criterio o la preferencia del legislador. Si se trata de cuestión de gusto subjetivo, queda descartada la legitimidad de aquella sustitución del legislador, salvo que se demuestre que (i) la sociedad está jerarquizada por grupos por razón del gusto, de manera que unas personas o grupos tienen un gusto superior a las otras, (ii) las de gusto superior tienen un derecho “natural” o con algún tipo de evidencia a imponer su criterio a los demás grupos, a los de gusto inferior, y (iii) el legislador ha tomado una opción propia de los “inferiores”.

Así pues, la declaración de que N es inválida porque no recoge el auténtico o mejor contenido del valor belleza y, por tanto, no resuelve todos los casos posibles conforme a la mejor aplicación de ese valor, implica, si en verdad se pretende legítima y no asume su autor que se trata de impostura o mera lucha por ver quién manda más: 1) que el valor belleza tiene un contenido objetivo y preciso; 2) que hay sujetos que pueden conocer esos contenidos objetivos y precisos del valor; y 3) que esos sujetos están, por su superior conocimiento del valor o los valores, legitimados por definición para enmendar al legislador, incluso al legislador más democrático.

Tres posibles discrepancias u objeciones debemos tocar en este instante: la de qué pasaría si el legislador fuera dictatorial, tiránico, no democrático, la del constructivismo y la de qué ocurriría si el valor belleza se hallara consagrado en la Constitución como valor supremo de ese ordenamiento e inspirador de todo él. Vayamos con ellas.

¿Y si la norma proviene de un dictador?

Si el legislador fuera un dictador, podría estar política y moralmente muy justificado, más justificado de lo que pueda estarlo en otros casos, que se resistieran sus normas y que se intentara o tenerlas por nulas o hacer un uso alternativo de las mismas. Cuando es un dictador el que legisla, es la preferencia personal de uno solo²⁴ lo que como ley se constituye. Si fue él el autor o inspirador incuestionado de N, habrá puesto en ella su particular concepción de la belleza o su peculiar gusto en ese tema. Tal vez N dice que es tanto más bella una persona cuantos más pelos tiene en las piernas. Los dictadores suelen cultivar extrañas perversiones. Pero, entonces, si queremos atacar la legitimidad o incluso la validez de N, ¿qué aduciremos? ¿Que N es incompatible con el contenido objetivo y real de la belleza o que N es dictatorial, ilegítima por no democrática?

Si yo alego lo primero, que N es inválida por ser su contenido inconciliable con la verdadera belleza, me estoy contraponiendo yo al dictador, estoy oponiendo mi idea de ese valor a la idea de ese autor de N. ¿Con qué autoridad? La única diferencia entre él y yo será el poder. Desde idéntica convicción, probablemente, de que cada uno posee las claves de lo que de verdad significa la belleza, hay uno, él,

²³ Cuando hablemos del legislador aquí, nos estaremos refiriendo siempre a un legislador democrático, aunque sea imperfectamente democrático, es decir, propio de una democracia que no funcione exactamente según los estándares teóricos perfectos o ideales de democracia.

²⁴ Unido, si acaso, a su camarilla o corte de cobistas, pero este detalle da igual en estos momentos.

que puede imponer su idea, y hay otro, yo, al que sólo le queda el recurso de decir que el otro se equivoca y que, por tanto, no vale N; pues, para valer, N debería adoptar mi idea de lo bello.

Así que para que el crítico de la norma del dictador no se “iguale” a él en ese sentido, *su crítica ha de ser no de la validez de la norma por razón de su contenido, sino de la ilegitimidad de la misma por razón de su origen*, su origen dictatorial, antidemocrático, precisamente. Pero, entonces, primero, *la ilegitimidad no es invalidez* y, segundo, la razón de la ilegitimidad no es que el contenido de N no sea conciliable con el contenido real y objetivo, verdadero, del valor en cuestión, sino que *es una razón formal*: es la idea que de tal contenido tiene uno, el dictador, en lugar de ser la idea que de ese valor tiene o podría tener la mayoría social representada democráticamente en el órgano legislativo. Es una razón, por tanto, no sustantiva, sino formal²⁵.

Los tejemanejes del constructivismo

Esta objeción tiende hoy el antiformalista a responderla mediante el recurso al tan manido constructivismo. En esquema, el constructivista es aquel que viene a sostener que, en cualquier sociedad madura y con auténtica democracia deliberativa, la mayoría, o -idealmente- todos, coincidiría en otorgar a cada valor moral el mismo contenido: concretamente el que yo, constructivista, le asigno. Es decir, deliberando en libertad, con suficiente información, con imparcialidad y con buen respeto a las reglas de la argumentación racional, todos llegarían, para cada norma o cada caso, a las mismas conclusiones a las que yo llego por mi cuenta y sin deliberar con nadie. Pues nunca se ha visto un constructivista que formule un enunciado como éste: *“yo, en tal asunto de razón práctica, me inclino o prefiero o estimo más racional la tesis T, pero admito que puede tener más razón este legislador o aquel juez al preferir la tesis T”, ya que seguramente ahí ha tenido lugar un proceso reflexivo y deliberativo más puro que el acaecido en mi mera conciencia*. Jamás se ve un razonamiento así entre los constructivistas. Al contrario, su idea es que si los otros no han llegado a la conclusión de él, es porque no han reflexionado con la imparcialidad que deben ni deliberado con la ecuanimidad necesaria²⁶; es porque los otros no se ponen en el lugar del otro: el mío.

Permítaseme explicar lo del constructivismo todavía de otra forma más. Las éticas constructivistas parten de que nuestros concretos juicios en el campo de la razón práctica pueden y suelen estar viciados por nuestra inevitable inserción en el “mundo de la vida” (determinaciones culturales, sociales, prejuicios compartidos...) y en un entramado de intereses puramente personales, todo lo cual nos determina de manera consciente o, sobre todo, inconsciente. Es decir que cuando yo afirmo “X es

²⁵ Expresémoslo de otra manera: cuando un sujeto dice que la norma N, creada por un tirano, no es Derecho porque es injusta, ¿dicha injusticia se debe al contraste con lo que demanda materialmente la justicia o a que no ha sido producida por un procedimiento democrático? Tenemos que preguntarle a ese sujeto lo siguiente: si estuviera en su mano imponer, como jurídicamente vinculante para todos, una norma N' que fuera en esa materia justa sin tacha, ¿la dictaría usted, aun cuando la mayoría social discrepara de ella y a ella se opusiera a través de sus representantes democráticos? Si ese sujeto responde que sí, es un déspota más, en potencia, pero no ha tenido suerte de hacerse con el poder o no ha llegado todavía su hora. Si responde que simplemente sometería su norma al debate social, la defendería con los mejores argumentos que pudiera y se plegaría al veredicto libre de la mayoría sin poner en duda ni la legitimidad ni la validez de la norma resultante de tal mayoría, sea la suya o sea otra, no hay peligro, estaremos ante un demócrata que tiene su propia concepción de lo justo, como corresponde a un ser humano con criterio y personalidad, pero no tan soberbio como para pensarse superior a los otros.

²⁶ Véase más ampliamente García Amado (2010d: 337).



justo”, y aunque lo haga con la pretensión y el convencimiento de que tal afirmación es racional y de que es racional también la reflexión mía que está en la base, yo seguramente estoy expresando con ese juicio lo que es el producto de mi concreta socialización, de las pautas culturales de esta sociedad en la que vivo e, incluso, de mis intereses, temperamento e inclinaciones puramente personales. Esto, según el constructivismo moral, no ocurriría así si los individuos fuéramos capaces de razonar con prescindencia total de tales condicionamientos sociales y personales, nada más que en cuanto seres humanos genéricos dotados de una razón no desfigurada por esas “contaminaciones”. Así que se propone el siguiente experimento: si somos capaces de imaginar cómo razonaría y a qué conclusiones llegaría, en estas materias de razón práctica (moral, Derecho, política...), un sujeto perfectamente imparcial y no dirigido por prejuicios como aquellos, estaremos reconociendo que eso que pensamos que diría un sujeto imparcial es, por una parte, lo que sostendría cualquier sujeto imparcial, por lo que los acuerdos, incluso unánimes, entre individuos imparciales serían posibles; y, por otra parte, tendremos que admitir que eso que pensamos que pensarían los imparciales es lo verdadera y objetivamente racional, y no lo que opinamos nosotros cuando razonamos tal como somos, condicionados, prejuiciosos y, en consecuencia, no imparciales. Y entonces el constructivista hace su salto y dice: pues ya está, puesto que estoy seriamente convencido de que mi afirmación “X es justo” es la misma que sería objeto del acuerdo entre sujetos razonadores plenamente imparciales y, por tanto, en pleno ejercicio de una razón práctica no manchada de prejuicio, puedo decir que esto que pienso yo (que “X es justo”) es perfectamente racional, aun cuando lo haya pensado yo y no conste que se haya reunido aquella asamblea hipotética de imparciales, llámese auditorio universal, comunidad ideal de diálogo o situación originaria bajo el velo de ignorancia.

Lo que nunca hemos visto hacer a un constructivista es afirmar “X es justo” y añadir luego que eso es lo que le parece a él, que es un sujeto inserto en su horizonte social y personal particular, y que vaya usted a saber si creería lo mismo un individuo sin prejuicios ni influencias sociales, culturales y contextuales. Por eso el constructivismo gusta a tantos que piensan entre sí distinto: porque a todos les parece que les refuerza sus razones, que deberían ser las razones de todos si la gente fuera como es debido. No compromete a nada más que a estar de acuerdo con uno mismo en que uno mismo tiene razón. Es un buen respaldo de la autoestima.

Lo que venimos manteniendo se podría poner a prueba a base de introducir un ejemplo distinto en la legislación dictatorial. Supóngase que la norma N del tirano reza que en los concursos de belleza humana se computará como mérito mayor el grado de estrabismo, de modo que a más estrábico el candidato, más alta puntuación merecerá. ¿Seguiremos manteniendo que se puede discutir la legitimidad de N por no tener un origen democrático, pero no su validez por razón de su muy contraintuitivo contenido? ¿Realmente alguien en sus cabales puede ver belleza superior en el estrabismo? Sí. Con ayuda de historiadores y antropólogos seguro que podríamos dar con alguna cultura pasada o remota en la que los estrábicos son vistos como el *summum* de la guapura. Por las mismas, en ciertas sociedades se desea a los que llevan la nariz atravesada por un palo, las orejas estiradas con pesos o el labio inferior ampliado por una placa redonda de madera. No existe un patrón universal y ahistórico de belleza, salvo que nos pongamos contrafácticos a base de sostener que lo verdadero sólo es lo nuestro y que todos los demás yerran y han errado siempre.

Pero se podrá decir que aquí y ahora nadie -o casi- comparte ese canon de belleza del dictador filoestrábico y que, por consiguiente, no puede ser válida la

norma, por lo que supone de atentado patente contra el valor belleza, pues no olvidemos que para el iusmoralismo las normas del Derecho no pueden oponerse a los valores rectores del mundo y de la vida. Tenemos que hacer algunas consideraciones sobre este argumento.

Para empezar, se ha dado un salto excesivo, no justificado. A partir del mero hecho de que *aquí y ahora* nadie, o casi, comparta ese criterio de belleza, no se puede concluir que tengamos prueba de que N se opone al contenido objetivo del valor belleza. No, a lo que N se opone es al contenido subjetivo del valor belleza para la mayoría, a la idea *socialmente dominante* de belleza, aquí y ahora. Esa incompatibilidad entre la percepción social de tal valor y la plasmación de ese valor en N por obra del tirano, que aplica a la legislación su gusto personal extraño o único, puede suponer un problema para ese legislador, pero en términos prácticos, porque le resultará más difícil hacer cumplir N, al menos mientras no sea capaz de utilizar medios ideológicos, de manipulación de conciencias, para lograr que cambie el sentir social dominante sobre la belleza²⁷. Pero, si somos demócratas, no tenemos por qué confundir legitimidad con eficacia ni con validez. La razón para resistirse a N en este caso no es ni que N tenga dificultades para ser eficaz, por contravenir los valores dominantes, ni que N tenga o no defectos “formales” que la puedan formalmente invalidar. La razón para oponerse a N está en que no es fruto de lo que la sociedad colectivamente decida, a través de *procedimientos* de deliberación libre, elección de representantes y aplicación del sistema de mayorías, sino que nace de la voluntad de uno solo, que está *convencido* de que tiene razón y de que se halla en posesión de la verdad. *El problema es de legitimidad, no de validez.*

La validez y la legitimidad respectivas de N serían exactamente las mismas si, proviniendo del mismo legislador, fuera acorde en su contenido con la idea de belleza socialmente dominante. *Lo que legitima o deslegitima una norma no es lo que la norma dice, sino esto otro: quién y cómo la ha hecho.* Y esto son pautas formales. Un constructivista convertido en dictador y convencido de que su legislación la aprobaría una comunidad de humanos imparciales, aunque la rechace esta lamentable sociedad de descarriados, pariría normas jurídicas igual de válidas, pero idénticamente ilegítimas. Y no perdamos de vista que la razón moral y política más aceptable para oponerse a las normas jurídicas, para pelear por su cambio o mejora y hasta para arriesgarse personalmente con su desobediencia o con la insumisión ante las mismas, no está en que las normas digan sustantivamente esto o aquello, sino *en que no son normas nuestras, sino de alguien que se nos impone con pretensiones de ser y de saber más que nosotros.* Un nazi o un estalinista que desobedezca una norma jurídica alegando su invalidez por razón de la inmoralidad de esa norma no es alguien que nos merezca ningún respeto, aunque haga lo que tantos iusmoralistas que son buenas personas. La diferencia decisiva está en que un nazi o un estalinista nunca dirán seriamente que una norma no merece ser obedecida si su génesis no es suficientemente democrática. Pero *cuando uno es demócrata, tampoco puede tachar de inválida una norma por opuesta a un valor moral, por muy evidente que a uno le parezca el contenido de ese valor y aunque piense que lo darían por bueno los reunidos a la sombra de los cocoteros en la comunidad ideal de diálogo* o en la situación originaria y bajo ese velo de ignorancia que sólo nos tapa un ojo: el de la autocrítica y el escepticismo o la sospecha hasta con las propias convicciones.

²⁷ Al fin y al cabo, muchas tiranías consiguen apoyo de facto para sus gobernantes y sus normas a base de imponer un determinado sistema valorativo como verdadero y único posible. No olvidemos que, por ejemplo, bajo Franco la mayoría social compartía, sin cuestionarlos en lo más mínimo, los valores morales del catolicismo de ese Estado confesional, valores impuestos con manipulación, coacción y violencia.



¿Y si son valores constitucionales?

A estas alturas, el sufrido lector ya tendrá más que claro que lo que en nuestro ejemplo aplicamos a la belleza, en tanto que valor, lo podríamos predicar de pe a pa de valores como la justicia o la dignidad, esos que son cimiento del pensamiento iusmoralista de todos los tiempos y de ahora mismo. Pero, para que se aprecie mejor lo peculiar del iusmoralismo actual, denominado a veces neoconstitucionalismo, hemos de añadir un detalle. Lo haremos a base de jugar un rato más con el valor belleza y dejando que el lector haga las traducciones oportunas. De esta manera conseguimos un cierto distanciamiento que ayuda al análisis.

¿Qué pasaría si la belleza estuviera recogida en la Constitución como valor superior o principio principalísimo, de la misma manera que ahora suelen aparecer la justicia o la dignidad, entre otros? La belleza se habría convertido en patrón de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales y, por tanto, en parámetro de validez de dichas normas. Los modos posibles de declarar tal inconstitucionalidad/invalidéz dependerían de las concretas previsiones que al efecto se contuvieran en la propia Constitución y en las normas que formen parte de ese bloque de constitucionalidad.

Si, con arreglo al entendimiento establecido en nuestra cultura jurídica, una norma inferior, en la jerarquía del sistema, es contraria a, antinómica con, una norma superior, en la jerarquía del sistema, dicha norma inferior será inválida²⁸. La ordenación jerárquica de (los tipos de) las normas del sistema jurídico es otro dato tan formal como fundamental, pues sin él faltaría una pauta crucial para resolver las antinomias dentro del sistema; por ejemplo, si una norma reglamentaria contradice una norma constitucional, podría declararse la nulidad de la una o de la otra, indistintamente, o según otros criterios de ordenación, como el de la importancia que el operador les asigne respectivamente. Un reglamento, mismamente, podría reformar la Constitución sin más. Además, sin jerarquía de normas tampoco cabría jerarquía u orden de los órganos y las instituciones²⁹, y usted y yo podríamos, con un simple contrato, dejar sin efecto, al menos para nosotros, una norma legal imperativa; por ejemplo, una que establezca las condiciones de validez de los contratos.

Demos, pues, por sentado el funcionamiento del orden jerárquico de las normas en un sistema jurídico SJ, y el consiguiente modo de solucionar las antinomias entre norma superior e inferior. Pensemos, seguidamente, que hubiera *en la Constitución* de SJ un precepto (N) que dijera así, exactamente así:

N: “*Supremo valor de este ordenamiento jurídico es Ω , y no será válida ninguna norma infraconstitucional que a Ω se oponga*”.

²⁸ Lo que quiere decir que podrá o deberá declararse su nulidad, invalidez, cuando se cumplan las condiciones de legitimación, competencia y procedimiento que el propio sistema siente a ese propósito. Pero no interesa aquí, en este instante, complicarse con estas precisiones, por lo demás obvias.

²⁹ Como nos recuerda Frederick Schauer (2008a: 434): “the debate about formalism in constitutional law is not only a debate about empowering or disempowering judges but is also one about empowering or disempowering presidents, generals, admirals, sergeants, cabinet officials, members of Congress, regulators, bureaucrats, city councilors, and police officers”. Y en su trabajo “A Critical Guide to Vehicles in the Park” (Schauer, 2008b: 1128-1129) nos dice este mismo autor que “sometimes the language of a rule generates a bad result, and sometimes we have to live with that bad result as the price to be paid for refusing to empower judges or bureaucrats or police officers with the authority to modify the language of a rule in the service of what they think, perhaps mistakenly, is the best outcome. This is the argument for a plausible formalism”.

¿Qué normas infraconstitucionales podríamos -o podrían los órganos para ello competentes y siguiendo el procedimiento debido- declarar nulas por oponerse a “Ω”? Todas o ninguna, según se mire. Pues la expresión “Ω”, como tal, carece de cualquier contenido semántico, no tiene referencia, salvo que el signo que representa esa letra griega, la omega. La presencia de N en la Constitución podría ser vista de tres maneras:

a) Como norma fallida o absurda, como norma carente de contenido normativo real y que, por consiguiente, no puede admitir ninguna aplicación ni operar como pauta de control de constitucionalidad de norma ninguna de SJ.

b) Como norma de contenido absolutamente indeterminado, pero que, por lo mismo, faculta al intérprete para aplicar pautas enteramente subjetivas y discrecionales que la rellenen; se trataría de una norma que habilita para que los órganos de control se empleen con libertad a la hora de eliminar de SJ las normas infraconstitucionales que no resulten de su gusto o les parezcan inconvenientes por cualquier razón; sería una norma-comodín para la declaración de inconstitucionalidad.

c) Como norma que remite a contenidos materiales objetivos y por sí mismos subsistentes, fundamentalmente contenidos morales, valores. Remite a ellos sin mencionarlos por su nombre, y con esa aparente habilitación en blanco simplemente da lugar a que los órganos decisorios en el control de constitucionalidad puedan hacer valer cualquier atentado legal contra los valores morales (o estéticos, o económicos, o políticos, o religiosos..., los que queramos) sin tener que embarcarse en ociosas disquisiciones semánticas y en estériles nominalismos.

39

Este último sería el planteamiento antiformalista por antonomasia. Al fin y al cabo, para el antiformalismo lo esencial, tanto a la hora de decretar la validez de las normas jurídicas como a la de aplicarlas, no es el significado lingüístico, la semántica, la referencia, idioma en mano, de una determinada expresión o un cierto enunciado, sino que lo que más importa es que se haga el debido homenaje, en tales decisiones, a los valores que para ellas concurren, empezando por el mandato de hacer justicia por encima de “vacíos formalismos”. Pues problema resuelto, basta meter en cada constitución una expresión como la de N.

Ahora hagamos una segunda versión, modificada, de N. Llamémosla N’:

N’: *“Supremo valor de este ordenamiento jurídico es la justicia, y no será válida ninguna norma infraconstitucional que a la justicia se oponga”*.

¿Qué normas infraconstitucionales podrían ser declaradas inválidas por oponerse a la justicia? Todas o ninguna, según se mire. Depende de cuán firme sea, en el operador jurídico de turno, su convicción de que lo que él piensa o cree que puede averiguar, con una buena reflexión, que es justo se corresponde con el contenido objetivo y verdadero de la justicia. Cuanto mayor sea un convencimiento así, tantas más normas se declararán inconstitucionales por injustas, y con la conciencia tranquila y la seguridad de estar aplicando Derecho auténtico, y del más profundo, y la Constitución misma en su más íntima esencia. Se puede hacer de esa guisa con sumo gusto, pues jamás ese operador jurídico va a sufrir desgarro moral: nunca fallará contra sus convicciones morales; es decir, en la idea de que una cosa es lo que tenga por justo él y otra la justicia objetiva que, como valor supremo, la Constitución expresamente acoge. Si la norma legal se enfrenta a mi concepción de lo justo, peor para la norma legal, pues será inconstitucional por contraria al valor constitucional de la justicia. Porque va de suyo que no voy yo a pensar que



mantengo posiciones morales erróneas, ya que, de creerlo así, las rectificaría de inmediato, para que la justicia mía no discrepara de la justicia verdadera, para que mis elecciones morales volvieran a ser las correctas. Con lo que el juez de los juicios jurídicos de aplicación de la norma jurídica de justicia será siempre mi conciencia, tenida por conciencia cognoscente de lo verdadero, eso sí. Una suerte y una gran tranquilidad para el espíritu en estos tiempos de pluralismos disolventes y de multiculturalismos enigmáticos.

A la inversa, cuanto menor sea el convencimiento de que la justicia exista objetivamente como valor con contenidos predeterminados, preestablecidos, y/o de que resulte posible conocer con objetividad los contenidos objetivos y racionales de lo justo, tanto menor será la tendencia -al menos entre escépticos mínimamente honestos- a anular o inaplicar normas por antinómicas con ese valor.

Así que tenemos, aun en esta versión de N', las mismas tres posibles actitudes que vimos a propósito de N:

a) Unos piensan que ese término, "justicia", es demasiado indeterminado o dependiente de consideraciones enteramente personales, como para que pueda y deba ser propiamente utilizado en el control de constitucionalidad. Bajo esta óptica, no serían muy distintos los efectos de aplicar N o N'a tal propósito. Se temen las consecuencias disolventes y de inseguridad de un judicialismo extremo, como el que propiciarían tanto N como N', tomadas a pecho como pautas de control. El positivismo normativista suele andar por estos lados.

b) Otros comparten ese escepticismo semántico, pero hacen de la necesidad virtud y o bien ven ventajas en tanta indeterminación que aumenta desmesuradamente la discrecionalidad judicial, a fin de que el juez ponga orden donde el legislador no suele hacerlo, o bien, con un escepticismo extremo, piensan que no hay más cera que la que arde y que siempre, en todo caso y con toda norma es el juez el que tiene la sartén por el mango y en toda ocasión hará de su capa un sayo, diga la norma "justicia" o diga "treinta y tres". El realismo jurídico acostumbraba a transitar por estas veredas.

c) Otros se sentirán reconfortados porque el Derecho mencione expresamente las partes suyas que más cuentan e importan, los valores morales, y ante todo y sobre todo, el de justicia. Aunque no fuera expresamente mencionado, ya estaría ahí, presente en el trasfondo de todo sistema de normas jurídicas que verdaderamente sea un sistema de Derecho y no de arbitrariedad y abuso. Pero la ventaja de esa mención expresa, dicen los iusmoralistas, es que así ya no nos podrán llamar iusnaturalistas. Ya somos igual de "positivistas" que los otros, pues no necesitamos salirnos del Derecho positivo y positivado para sostener que la parte primera y principal de cualquier sistema de normas jurídicas válidas es la parte moral. Ahora, con la moral constitucionalizada, ya no pueden haber dudas.

Y entonces, ahí, *es cuando los iusmoralistas se hacen formalistas extremos.*

Llegamos por fin a lo que más nos interesa y justifiquemos nuestra afirmación de hace un instante: ¿por qué serían formalistas extremos los iusmoralistas mencionados un par de veces en c)? Respuesta: porque *no admiten excepciones para la validez de las normas que pasan el filtro de "su" sistema, ni excepciones para su aplicación a los casos.* Ese iusmoralismo que hemos denominado iusmoralismo generalizante no es casuístico, sino que entiende que existen una serie de normas contenidas en o desprendidas de valores de alcance general, y que cuando una norma o una decisión son acordes con o vienen exigidos

por una de esas normas que son válidas por conformes con ese contenido axiológico, no cabe excepción ninguna. Sí pueden excepcionarse unas a otras, mediante un mecanismo que no es de verdadera excepción, sino de mutuo acomodo o recíproca delimitación del alcance de cada una de esas normas-valores. Que ese acomodo o delimitación tenga lugar caso por caso no hace casuístico el sistema, dado que con la reflexión o ponderación caso por caso, conocemos hasta dónde alcanza objetivamente y en su "valor" o peso cada una de esas normas de contenido preestablecido; pero no fijamos, nosotros, tales alcances respectivos, sino que los averiguamos. Y los averiguamos gracias al empleo de los métodos apropiados para tal propósito, que pueden ser los generales de la razón práctica o, en ciertos conflictos especiales, el particular de la ponderación.

El iusmoralista admite, por supuesto, que, desde ese estrato superior de juridicidad que son los valores morales, una norma se invalide o se excepcione en su aplicación al caso. Pero eso es nada más que una consecuencia del modo como funciona, en el iusmoralismo, el criterio jerárquico, con un peldaño más que para el positivista, y de naturaleza diferente: por encima de las normas positivas, formalmente legisladas, están esas normas morales que reflejan o expresan valores. Y de la misma manera que, para el positivista de siempre, puede una norma constitucional ser la base para la invalidación de o para la excepción a la norma legal o reglamentaria, *pero no a la inversa*, así para el iusmoralista, yendo *un paso más arriba*, puede la norma moral que es también jurídica *per se* justificar la invalidación o inaplicación al caso de la norma reglamentaria, legal y hasta constitucional; *pero no a la inversa*.

Una norma superior de ese sistema del iusmoralismo, una norma moral-jurídica, únicamente puede ser inaplicada en un caso por causa de que concurra preferentemente para ese caso otro valor, otra norma del mismo género, teniendo en cuenta que se presupone también un armonicismo³⁰ axiológico, y no una auténtica tensión dialéctica profunda o una incompatibilidad de fondo entre esos valores ético-jurídicos, pues si tal tensión existiera, decidirían los casos propiamente los jueces y no los valores mismos: habría discrecionalidad, y mucha, y ningún método otorgaría certeza y solución correcta en clave de razón práctica si resultara que hay muchos valores morales que son plenamente Derecho, sí, pero cada uno justifica soluciones diversas y no hay manera de *saber* más.

Otra diferencia importante es que mientras que para el iuspositivismo las normas supremas, las constitucionales, no son en sí inmutables, ya que cabe la reforma constitucional, regulada por el propio sistema, o cabe que se torne Derecho una constitución nueva y revolucionaria, por vía de su eficacia y reconocimiento, para el iusmoralismo las normas supremas suyas son irreformables. Pues, ¿cómo se reforma una norma moral objetivamente correcta y verdadera? A lo mejor tiene su propia dinámica interna ese sistema moral, hay quien incluso ha hablado de cosas tales como un "derecho natural de contenido variable"; pero lo indudable es que en un momento dado, si presumimos que hay unos valores morales de contenido tangible y apto para la solución jurídicamente correcta de casos jurídicos, esos valores son los que son y ni pueden verse como resultado de reformas intencionadas llevadas a cabo por nadie ni enmendables por nadie que plantee alternativas o contra su verdad y vigencia se rebele. Una Constitución puede cambiarse por vía constitucional o por vía fáctica, por lo que las normas jurídicas supremas de los formalistas iuspositivistas son de contenido inestable y siempre

³⁰ En alguna versión del positivismo puede aceptarse que existan normas constitucionales inconstitucionales, pero en el orden supremo de valores ético-jurídicos del iusmoralismo no tiene sentido pensar en supremas normas ético-jurídicas inmorales. Puestos a presuponer esos valores y su orden, presumiémoslos buenos y congruentes. Si no, para qué.



provisional, digámoslo así; el formalismo iuspositivista es un formalismo sustantivamente dependiente de circunstancias aleatorias. El formalismo iusmoralista, no, pues es un *formalismo sustantivo*, si así cabe decir. El repertorio de valores superiores que son moral y Derecho, que son Derecho por ser morales, es el que es y no admite reformas ni revoluciones de un mes para otro. Por eso el *formalismo iusmoralista* tiene una base sustantiva más fuerte que el del iuspositivismo. *El positivista suele ser formalista por demócrata; el iusmoralista es formalista (inconfeso) por otro tipo de razones.*

El iusmoralismo generalizador no se pretende casuístico, sino plenamente sistemático. Pero no puede ser sistemático sin ser formalista: sin establecer correlaciones necesarias entre normas y (soluciones de grupos de) casos. Para no ser formalista tendría que dejar la solución de cada caso al libre dictado de la discrecionalidad o la conciencia (incluso la conciencia moral, pero libre, puramente individual) de cada juez en cada caso, como quizá proponía en su momento la Escuela de Derecho Libre. Pero eso ni quiere ni puede hacerlo este iusmoralismo, pues, entonces, para qué todo el énfasis en que en el fondo del sistema jurídico y en lo íntimo de la Constitución habitan valores generales que aportan soluciones para casos y que pueden conocerse con los oportunos métodos de razón práctica.

Bibliografía

- ALEXY, R. (2007), *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- GARCIA AMADO, J.A. (2010a), "Interpretar, argumentar, decidir", *El Derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- GARCIA AMADO, J.A. (2010b), "El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica", *El Derecho y sus circunstancias*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- GARCIA AMADO, J.A. (2010c), "Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores", *El Derecho y sus circunstancias*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- GARCIA AMADO, J.A. (2010d), "Principios, reglas y otros misteriosos pobladores del mundo jurídico. Un análisis (parcial) de la Teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy", en BONORINO, P. (ed.), *Teoría del Derecho y decisión judicial*, Bubok, Madrid.
- LEITER, B. (2007), "Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered", *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, Oxford.
- LYONS, D. (1993), "Legal formalism and instrumentalism –a pathological study", *Moral Aspects of Legal Theory. Essays on Law, Justice and Political Responsibility*, Cambridge University Press, Cambridge.
- OGOREK, R. (1986), *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Vittorio Klostermann, Köln/Wien.
- SAUCA, J.M. (2009), "Cognoscitivismo y Rule of Law. Sobre los límites del formalismo", en REDONDO, M.C., SAUCA, J.M. y ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Estado de Derecho y decisiones judiciales*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.
- SCHAUER, F. (2008a), "Formalism: Legal, Constitutional, Judicial", en WHITTINGTON, K.E., KELEMEN, R.D., CALDEIRA, G.A. (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press, Oxford.
- SCHAUER, F. (2008b), "A Critical Guide to Vehicles in the Park", *New York University Law Review*, Vol. 83, pp. 1109-1134.
- STONE, M. (2002), "Formalism", en COLEMAN, J. y SHAPIRO, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford/New York.

- SUNSTEIN, C.R. (1999), "Must Formalism be Defended Empirically?", *The University of Chicago Law Review*, Núm. 33, pp. 636-669.
- TAMANAHHA, B.Z. (2010), *Beyond the Formalist-Realist Divide*, Princeton University Press, Princeton/Oxford.
- WEINRIB, E.J. (1995), "Formalism", *The Idea of Private Law*, Harvard University Press, Cambridge.





Entre arbitrariedad y razonabilidad. Hacia una teoría crítica del neoconstitucionalismo*

Massimo Cuono

Università di Sassari

mcuono@uniss.it

Resumen

El autor reconstruye varios de los posibles significados de la noción de “razonabilidad de la ley” y analiza en profundidad aquellos más característicos del pensamiento neoconstitucionalista con el objetivo de estudiar su incidencia en el ideal del Estado de derecho como modelo para la limitación del poder arbitrario. Se examinan, en primer lugar, la teoría de la ponderación racional de principios como instrumento para alcanzar la “decisión correcta” de un caso y, en segundo lugar, la teoría de la argumentación jurídica en relación a la flexibilidad en la toma de decisiones. Por último, se afronta la relación entre neoconstitucionalismo y cognitivismo meta-ético.

Palabras clave

Razonabilidad, racionalidad, arbitrariedad, justicia, equidad, flexibilidad, discriminación, neoconstitucionalismo.

Between Arbitrary and Reasonable. A Criticism of the (Neo)Constitutionalism

Abstract

The author reviews different possible meanings of the notion of “reasonableness of the law”. He analyses the main thesis on reasonableness of the so-called neocostituzionalismo (neo-constitutionalism), focusing on the relationship between this thesis and the rule of law as a limit to arbitrary power. He discusses the theory of the reasonable balancing of principles as a way to take the “correct decision” in a judicial case as well as the theory of legal argumentation in relation to the problem of flexibility in decision-making. In conclusion, the author discusses the relationship between neo-constitutionalism and cognitivist thesis in meta-ethics.

Keywords

Reasonableness, rationality, arbitrary, justice, equity, flexibility, discrimination, constitutionalism.

* Traducido del italiano por Álvaro Núñez Vaquero. Una primera versión de este texto fue presentada en el XVII Seminario hispano-italiano-francés de Teoría del Derecho, celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid los días 21 y 22 de octubre de 2011. Quiero agradecer a todos los participantes sus valiosos consejos, observaciones y comentarios críticos.

J'ai l'amour de la raison, je n'en ai pas le fanatisme, répondit Brotteaux. La raison nous guide et nous éclaire; Quand vous en aurez fait une divinité, elle vous aveuglera et vous persuadera des crimes.

Antole France, *Les dieux ont soif*

Si è soprattutto fatto un grande uso del termine “ragionevolezza”, per il suo indubitabile potere consolatorio. Nessuno sa cosa voglia dire, ma è rassicurante pensare che, se non si può essere razionali, almeno si è ragionevoli.

Flavio Baroncelli, *Etica e razionalità*

1. Introducción

«Razonabilidad», parece superfluo señalarlo, es un término del lenguaje jurídico contemporáneo que jueces y juristas han usado –y del que han abusado– como punto arquimédico para comprender “el entramado lógico (no deductivo) y la naturaleza política del control de legitimidad *tout court*”¹.

Recurrir a tal concepto parece hacer referencia al milenar debate sobre la relación entre *ratio* y *voluntas* (o *potestas*, en su variedad más específicamente político-jurídica): *stat pro ratio voluntas*, aquella que según Leibniz sería “propriadamente la divisa de un tirano”². El tirano, en síntesis, es quien sustituye la razón por su propia voluntad, en diferentes sentidos. De aquí la vasta literatura sobre la arbitrariedad del poder³, como aquella característica del gobernante que se comporta *libremente*⁴ sin las «leyes» y los «frenos» de los que hablaba Montesquieu.

Pensar en la razón como un límite al arbitrio del poder nos induce a reformular la noción misma de «razón» utilizada –tanto en el lenguaje común como en el teórico– en una amplia variedad de significados. «Razón» puede significar: calcular, ordenar, reconocer o construir regularidades, valorar la adecuación entre medios y fines, generalizar, universalizar, controlar las propias emociones... pero también pensar abandonando dogmas y supersticiones. En resumen: pensar por sí mismos, según la máxima kantiana de la Ilustración⁵.

El pensamiento iusnaturalista, al menos el moderno, resuelve esta compleja relación optando por la indiscutible superioridad de la razón legisladora sobre la voluntad del gobernante porque la primera sería capaz de diferenciar –mediante un método no diferente de aquel científico– lo justo de lo injusto en materia moral.

Según John Locke:

Partiendo de proposiciones de suyo evidentes, las verdades medidas del bien y del mal, por una serie de consecuencias necesarias e incontestables como las que se emplean en las matemáticas, pero siempre que se aplique alguien a esa tarea con la misma indiferencia y atención que se emplean en los razonamientos matemáticos.⁶

¹ Scaccia (2000: 23).

² Leibniz (1951: 213) [trad. esp., p. 81].

³ Me permito señalar sobre este punto, Cuono (2011).

⁴ Nótese que el arbitrio como “facultad de elegir y juzgar autónomamente” (De Giorgi, 2009: 26) es frecuentemente caracterizado negativamente cuando hace referencia al poder, mientras que es utilizado en términos neutros o positivos en otros contextos como, por ejemplo, en la literatura sobre el “libre albedrío”.

⁵ Kant, (1999: § 40, 130). Las tres máximas del sentido común son enunciadas por Kant también en Kant, 2001: § 43 y 59).

⁶ Locke (1971: 663) [trad. esp., p. 548].



Aunque hoy en día, sueños iusnaturalistas tan ambiciosos como estos parecen haber sido abandonados, el debate sobre los límites impuestos por la «razón» al poder no se ha aplacado. No es casual que el término «razonabilidad» aparezca frecuentemente en la teoría política normativa (por ejemplo, en Habermas y en Rawls) y en la teoría de la interpretación jurídica de cuño hermenéutico –o como se diría hoy, neoconstitucionalista– como las de Perelman, MacCormick, Aarnio, Alexy, Zagrebelsky o Atienza.

El objetivo de este trabajo es reconstruir los diferentes significados posibles de «razonabilidad» de los actos del poder, y analizar en profundidad aquellos más característicos del pensamiento neoconstitucionalista con el fin de valorar su impacto en el ideal del Estado de Derecho.

2. Cinco posibles significados de “razonabilidad”

Es posible identificar, *ex negativo*, cinco posibles significados de «razonabilidad» de los actos del poder a partir de otros tantos tipos de gobernantes que sustituyen el dictado de la razón por su propia voluntad.

a) *Irrazonable como insensato*. El primer caso tiene que ver con el problema de la racionalidad en sentido estricto. A la pregunta «¿en qué sentido los gobernantes se comportan racionalmente?» se podría responder “en el sentido de que tienen necesidades, gustos y valores, y eligen los medios que –también para quienes no compartan los fines– parecen razonablemente idóneos para tales fines, con la obvia falibilidad de las cosas humanas”⁷. Se trata de una concepción puramente instrumental de la racionalidad como adecuación medios-fines: «si quieres x, entonces debes hacer y»⁸. El soberano insensato es aquel que no usa la razón para emplear los medios idóneos para alcanzar los fines deseados en su propia actuación, ignorando el *vínculo prudencial* hobbesiano el cual, en el estado civil, es tan válido para los súbditos que respetan las leyes por temor a la sanción como para el soberano que respeta la ley natural por temor a perder el trono (corriendo así el riesgo de provocar el caos en el Estado). Más allá de los pertinentes juicios de valor, la campaña de Napoleón en Rusia, y también la de Hitler, fueron «errores de cálculo» estratégico.

b) *Irrazonable como inicuo*. El antiquísimo problema de la equidad encuentra su primera sistematización conceptual en la *Ética a Nicómaco* de Aristóteles, donde se afirma que “[P]or eso lo equitativo es justo, y mejor que una clase de justicia; no que la justicia absoluta, pero sí que el error producido por su carácter absoluto”⁹. La *epieikeia*, según Aristóteles, es un correctivo de la justicia en los casos concretos. Por ejemplo: en 1991 llegó al Tribunal Constitucional italiano el caso de un médico de Génova a quien le habían calculado el finiquito con base en el último año de actividad durante el que no había trabajado a tiempo completo, sin tener en cuenta la mayor retribución percibida en los años anteriores. El Tribunal acogió el recurso presentado por el prefecto de Génova quien –invocando el principio de equidad– argumentó que en el caso específico se había generado un caso de *disparidad*¹⁰ y,

⁷ Baroncelli (2004: 369). Giorgio Maniaci (2008) reconstruye un concepto de racionalidad práctica formal y limitada, donde por “formal” entiende el análisis de los medios, y nunca el de los fines, de la acción; por “limitada” entiende el hecho de que tales medios no deben ser siempre considerados óptimos sino más bien suficientes.

⁸ Ello es independiente de la teoría epistemológica relativa sobre el antecedente x. Sobre la distinción entre regla técnica (los *imperativos hipotéticos técnicos* kantianos o regla de habilidad) y la regla pragmática (los *imperativos hipotéticos pragmáticos*), véanse, entre otros, Conte (1985), Azzoni (1991), Gometz (2008).

⁹ Aristóteles (1998: 1137b).

¹⁰ Sentencia de la *Corte Costituzionale* italiana 421/1991.

por tanto, una violación de la (regla de) justicia. En efecto, dicha norma reconocía la misma indemnización con base en el último año de trabajo a diferentes sujetos sin tener en cuenta el tiempo trabajado anteriormente. Este es un caso de resultado «inicuo» (específicamente injusto) debido a la creación de una disparidad de tratamiento debido a la aplicación de la misma norma a casos concretos diferentes.

«Equidad»¹¹ –*epieikeia* en griego, *aequitas* en la traducción de Cicerón¹² y *equity*¹³ en la traducción inglesa– hace referencia a un instituto que permite al juez apartarse de la ley en el caso en que su aplicación produzca efectos que parezcan (¿inmediatamente?, ¿intuitivamente?) inaceptables por ser *injustificables*. Por tanto, no se trata de un juicio del Cadí o de juicios salomónicos en los que los proverbios sirven “para conocer la sabiduría y la instrucción, para entender las palabras profundas, para obtener una instrucción esmerada –justicia, equidad y rectitud–, para dar perspicacia a los incautos, y al joven, ciencia y reflexión”¹⁴. Ni tampoco se trata del juez “de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas, a quién [Dworkin llama] Hércules”¹⁵. Antes bien, se trata de un instituto jurídico que permite al juez no atenerse al mero dictado de la ley, y sobre el cual son todavía hoy actuales las polémicas palabras de John Selden según el cual “hacer de la conciencia del juez el criterio de la *equity* es como hacer del pie de cada juez la medida de la longitud”¹⁶.

c. *Irrazonable como discriminatorio*. El significado más común de la expresión «razonabilidad de la ley», tanto en la teoría como en las sentencias de los tribunales, hace referencia a la violación del principio de igualdad. La construcción por parte del legislador de los tipos jurídicos mediante su equiparación y diferenciación en clases lógicas¹⁷ constituye una de las actividades fundamentales del Derecho. Decía Carlo Esposito que “tratar del mismo modo al ladrón que al hombre gentil sería eliminar el derecho”. Sin embargo, es una opinión muy difundida que el límite entre la diferenciación y la discriminación consiste en la presencia de una “razón suficiente”¹⁸ –y de aquí, a través del concepto de *ratio legis*, el recurso al término “razonabilidad”– para la diferencia de tratamiento. Lo contrario supondría una violación de la regla de justicia que prescribe tratar a los iguales de manera igual, y a los desiguales de manera desigual. Hart lo explica de este modo:

De un padre que ha tratado con crueldad a su hijo se dirá por lo común que ha hecho algo moralmente *malo*, o aún *malvado* [...] Pero sería extraño que se criticara su conducta como injusta [...] «Injusto» sería apropiado si el padre hubiera elegido

¹¹ Véanse, por ejemplo, Newman (1974); Pinna Pagliarini (1969); Pinna Pagliarini (1973); D’Agostino (1973); D’Agostino (1977); Maitland (1979); Lundstedt (1952); Allen (1958: 56); Ciulei (1972); Chiodi (1989); Chiodi (2000); D’Avack y Riccobono (2004); Carpi (2007); Barberis (1986); Barberis (2008b).

¹² Cicerone (1987: I, 10, 33).

¹³ Nótese que el término «equidad» (it. *equità*) no sería una buena traducción del término inglés *fairness*. No obstante, tal traducción se ha impuesto tanto en italiano como en francés a raíz de las respectivas traducciones de *A Theory of Justice*. En español, por su parte, no existe un acuerdo sobre la traducción del término en relación a la obra de Rawls, que ha sido traducido como «equidad», pero también como «imparcialidad». En cualquier caso, *fairness* hace referencia a una gama de significados más cercanos a «corrección recíproca entre las partes», «imparcialidad», «honestidad en el juicio», más parecido a «justo» como contrario de «equivocado» que como contrario de «injusto».

¹⁴ *Proverbios*, 1, 2-4.

¹⁵ Dworkin (1982: 203) [trad. esp., p. 177].

¹⁶ Véase Selden (1689: 38, 2, 44).

¹⁷ Scarpelli (1988).

¹⁸ Según Leibniz: “ningún hecho puede ser verdadero o existente y ninguna Enunciación verdadera, sin que de ello haya una razón bastate para que así sea y no de otro modo. Aunque las más veces esas razones no pueden ser conocidas por nosotros”. (Leibniz, 1967: 32, 288) [trad. esp., p. 17]. Véase Modugno (2009: 26).



arbitrariamente a alguno de sus hijos para aplicarle un castigo más severo que a otros de ellos culpables de la misma falta¹⁹.

Según Roberto Bin, el juicio de razonabilidad aplicado a la cuestión de la igualdad no sería muy diferente del clásico argumento por analogía²⁰, fundado –según Letizia Gianformaggio– sobre el “núcleo racional de la idea de justicia distributiva, es decir, la igualdad, que no se requiere solo en la aplicación de reglas sino también en su producción”²¹. Ello naturalmente no excluye –cosa que Hart tenía bien presente– que el mencionado criterio sea “cambiante y variable”²², siendo buen ejemplo de ello la jurisprudencia italiana en materia de punición sólo del adulterio femenino. Planteada una cuestión de constitucionalidad en 1961, el Tribunal Constitucional llegó a la conclusión según la cual “desde el punto de vista de su legitimidad constitucional, no hay nada en la norma impugnada, ni en su contenido ni en su finalidad, que pueda ser calificado como violación del principio de igualdad. Mediante dicha norma no se ha creado ninguna posición de inferioridad para la esposa sino que únicamente se ha tomado acto de una situación diferente, adaptando una disciplina jurídica diferente. Si tal disciplina satisface todo tipo de exigencia, y si es el medio idóneo y suficiente para las finalidades tomadas en cuenta por el legislador, son cuestiones de política legislativa, no de legitimidad constitucional”²³. La cuestión, planteada nuevamente al Tribunal en 1968 en un clima político profundamente distinto, fue acogida con la siguiente motivación: “el Tribunal considera por tanto que la discriminación sancionada en el primer párrafo del artículo 559 del Código penal no garantiza la unidad familiar sino que constituye un privilegio asegurado para el marido; y como todos los privilegios, viola el principio de paridad”²⁴.

d. Irrazonable como inmoral. En su cuarto significado, irrazonables son los actos contrarios a los *dictamina rectae rationis*. El iusnaturalismo antiguo y el iusracionalismo moderno coinciden en la posibilidad de establecer un conjunto de normas que constituyen un derecho fundado en verdades cognoscibles. Según Gustav Radbruch, ello permitiría excluir las leyes a las que les faltaría “total sentido de la verdad y del Derecho”²⁵ –recuérdese que estamos justo en el periodo inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial– como límite a los “mandatos ilegítimos de los tiranos inhumanos”²⁶.

e. Irrazonable como inflexible. En un quinto significado, irrazonables serían los actos de los gobernantes incapaces de tomar en consideración las razones de los otros: “nada tiene de vergonzoso que un hombre, aunque sea sabio, aprenda

¹⁹ Hart (2002: 185) [trad. esp., p. 196].

²⁰ Bin (2002: 115). Nótese que esta posición no es en absoluto mayoritaria en la literatura contemporánea. Hoy, por el contrario, está más bien orientada a definir la razonabilidad como una suerte de principio ordenador del Derecho, recurriendo a entusiastas observaciones, rozando incluso el misticismo: “No hay ningún estudioso que –aunque sensible a los riesgos ínsitos a un recurso siempre más masivo del incierto e imprevisible (y por tanto incontrolable) criterio bajo examen– llegue a negar (ni tampoco a discutir seriamente) la necesidad de su uso para conferir el efectivo alcance normativo a las disposiciones constitucionales (especialmente a las disposiciones de principio) y, por tanto, para garantizar la misma rigidez constitucional (D’Andrea, 2002: 22). O bien: “es verdad que un derecho razonable –por la discrecionalidad (y por tanto la incertidumbre) que caracteriza su determinación– es «menos» objetivo pero, en cualquier caso, al gozar de una legitimación intersubjetiva, aquél se presenta como «más» justo” (Spadaro, 2006:170, cursivas en el original).

²¹ Gianformaggio (1987: 325).

²² Hart (2002: 187) [trad. esp., p. 199].

²³ Sentencia de la Corte Costituzionale italiana 64/1961.

²⁴ Sentencia de la Corte Costituzionale italiana 126/1968.

²⁵ Radbruch (2002: 157) [trad. esp., p. 14].

²⁶ Radbruch (2002: 156) [trad. esp. p. 10].

mucho y no se obstina en demasía”²⁷, le dice Hemón a su padre Creonte para intentar evitar la condena a muerte de Antígona, en contra de la opinión mayoritaria de la ciudad. “Ser razonables”, sostiene Nicola Abbagnano, “significa, en la lengua común, darse cuenta de las circunstancias y de las limitaciones que éstas implican, con la renuncia a una actitud, teórica o práctica, de absolutismo”²⁸.

Estas dos últimas acepciones de razonabilidad, como una suerte de «justicia racional» y como «flexibilidad», constituyen los dos significados más frecuentes en la literatura teórico-jurídica comúnmente identificada bajo la etiqueta «neoconstitucionalismo»²⁹. Dicha expresión, acuñada en el contexto de la Filosofía del Derecho genovesa³⁰ y más tarde difundida en el debate italiano, español y latinoamericano³¹, indica una corriente de pensamiento jurídico que tiene en común las siguientes tesis: la crítica al positivismo jurídico³²; la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral; la tesis según la cual la interpretación jurídica consiste sobre todo en un proceso de ponderación entre principios; y una tesis meta-ética con un marcado carácter cognitivista. Obviamente, no todos los autores que normalmente se identifican como neoconstitucionalistas concuerdan pacíficamente sobre todos los problemas de teoría y meta-teoría del Derecho. No obstante, se da una sustancial consonancia en todos los puntos anteriormente enumerados y sobre algunos de sus corolarios, como aquel según el cual la ciencia jurídica es una disciplina eminentemente práctico-normativa, y no teórico-descriptiva³³.

Para reconstruir una teoría de la razonabilidad neoconstitucionalista me concentraré en dos tipos de gobernantes: aquellos *inmorales* y los *inflexibles*.

3. El gobernante inmoral: ponderación y decisión correcta

Para comprender qué significa razonabilidad en el sentido de «conforme a la razón práctica» –y por tanto en cierto sentido «bueno» o (moralmente) «justo»– analizaré el reciente ensayo de Robert Alexy “*The Reasonableness of Law*”³⁴.

A través de la lectura de von Wright y Rawls, Alexy elabora una definición de «razonabilidad» en contraposición a «racionalidad»: mientras que la primera se referiría al bien y a lo justo en sentido moral, la segunda haría referencia a la corrección lógica y a la eficiencia de los medios en relación a los fines. Sin embargo, en el razonamiento de Alexy se sobreponen al menos cuatro significados diferentes e intuitivos de la oposición entre racional-razonable; «intuitivos» porque son todos reconducibles a alguna forma de atenuación –más o menos explícita– de lo razonable respecto de lo racional, detectable por el recurso al sufijo *-evole* (italiano *ragionevole*, español *razonable*) que, del mismo modo que el sufijo latino *-abile*,

²⁷ Sófocles (1997: 710) [trad. esp., p.275].

²⁸ Abbagnano (1998³: 896). [trad. esp., pp. 986-987].

²⁹ Me refiero, en concreto, a aquello que Paolo Comanducci ha definido como «neoconstituzionalismo metodológico» en oposición a lo que Bobbio definió como «positivismo metodológico». En particular, el neoconstitucionalismo metodológico se concentra en la crítica de la tesis según la cual sería posible identificar y describir el Derecho como es, distinguiéndolo, de este modo, del Derecho como debería ser. Véase Comanducci (2002).

³⁰ Pozzolo (2001); Comanducci. (1999); Barberis (2000).

³¹ Véanse, entre otros, Mazzarese (2002); Carbonell (2003); Barberis (2008a: 29-37); Atienza y Chiassoni (2010); Dogliani, Atienza., Guastini y Salazar Ugarte (2011). Mauro Barberis ha señalado recientemente algunos puntos de contacto entre los usos de la expresión neocostitucionalismo y la expresión anglosajona “*New Constitutionalism*”. Sobre este punto, véase Barberis (2012).

³² Aquí me ocuparé exclusivamente de aquello que Luigi Ferrajoli (2010) ha definido como «neoconstitucionalismo principialista» en oposición al «neoconstitucionalismo garantista».

³³ Véase Guastini (2011: 149).

³⁴ Alexy (2009).

tiene en las lenguas romances la función de atenuar las raíces a las que acompaña, añadiendo un matiz de posibilidad, eventualidad o relatividad.

a. En un primer ámbito de significados, la racionalidad del *objeto* se contrapone a la razonabilidad del *sujeto*. Este significado –sólo lateralmente mencionado por Alexy y luego inmediatamente abandonado – es tal vez aquél más frecuente en el lenguaje común. En el *Dizionario della Lingua Italiana* de Devoto y Oli se habla de «razonable» como “de dotado de facultades racionales [...] oportuno, conveniente, en cuanto inspirado por un justo criterio de valoración, [...] de persona que demuestra equilibrio, sensatez, medida en sus peticiones o en sus juicios”³⁵. Por el contrario, sobre «racional» el mismo *Dizionario* afirma: “provisto de razón como facultad peculiar del hombre [...] relativo a la razón en la medida en que se corresponde con una exigencia de ser lógico, de sistematicidad, de rigor científico, de congruencia y funcionalidad”^{36**}. Es decir, la *ratio* es usada para el cálculo lógico, *rationabile* (it. *ragionevole*, esp. razonable) es quien tiene la facultad de usar la *ratio*. «Racional» serviría para designar el cálculo (y, si es correcto, también su resultado), mientras que «razonable» sería el sujeto que calcula.

b. En un segundo significado, la oposición racional-razonable toma la forma de la contraposición *necesidad-posibilidad*. Es decir, ya no se trata del problema sobre «quién es razonable (o se comporta razonablemente)» sino «sobre qué es razonable». La expresión «razonable certeza» (o al contrario, «duda razonable») hace referencia a la presencia de argumentos suficientemente concluyentes. En este sentido es en el que Alexy afirma que el concepto de «razonabilidad» tiene “una función similar al de verdad”³⁷, pero en un ámbito diferente. No se pregunta sobre la verdad de la aserción «fuera llueve» sino sobre la razonabilidad –que aquí parece corresponder a la presencia de razones suficientes– del enunciado «fumar en un lugar público es (moralmente) errado». Según Alexy, por tanto, lo que justificaría tal afirmación sería la razonable certeza de que fumar perjudica la salud. Es necesario señalar que en tal argumento se da una falacia naturalista, es decir, la derivación de un juicio de valor a partir de un juicio de hecho, aunque esto no parece turbar demasiado a Alexy, quien está convencido de la necesidad de abandonar el principio positivista de la avaloratividad de la ciencia jurídica.

c. Siguiendo a von Wright, Alexy utiliza una tercera oposición, esta vez más explícita: la «racionalidad» se predica de los *medios*, mientras que la «razonabilidad» de los *finés*³⁸. La referencia aquí es a la weberiana *Zweckrationalität*, que se refiere a la idoneidad de los medios respecto de los fines, contrapuesta a la «razón práctica» que emplea quien se interroga sobre la corrección moral –es decir, en sustancia, sobre la bondad– de los fines mismos. Este es el sentido de la referencia de Alexy a von Wright, y de su afirmación según la cual la «razonabilidad» tendría que ver con “the right way of living” y con “what is good or bad for man”³⁹. Nótese cómo aquí *right* se refiere explícitamente a una –

³⁵ Devoto Oli (1997: 2541).

³⁶ Devoto Oli (1997: 2562).

** Nota del Traductor: El Diccionario de la RAE ofrece tres significados para «razonable». Los dos primeros no difieren demasiado del significado ofrecido por el *Dizionario* italiano: “1. Arreglado, justo, conforme a razón. 2. Mediano, regular, bastante en calidad o en cantidad». No obstante, el tercer significado del Diccionario de la RAE propone como tercer significado de razonable: “3. Racional”. Por el contrario, en su entrada «racional», se limita a decir: “1. Perteneciente o relativo a la razón. 2. Conforme a ella. 3. Dotado de razón. 4. Dicho de una expresión algebraica: Que no contienen cantidades irracionales”. El resto de significados ofrecidos por el Diccionario de la RAE en esta entrada no hacen referencia a la idea aquí discutida.

³⁷ Alexy (2009: 7).

³⁸ Alexy (2009: 5).

³⁹ *Ibidem*.

presunta, pero por él asumida— noción de *intrínseca* corrección moral. Según Alexy, podemos establecer si un comportamiento es *razonable* —es decir, bueno o malo para los hombres— mediante criterios objetivos o, en cualquier caso, no subjetivos⁴⁰.

d. Para distinguir entre «racional» y «razonable», Alexy utiliza una cuarta y última estrategia a partir del Rawls del *Liberalismo político*. Basándose en una discutible interpretación de Kant, «racional» sería el juicio *de hecho* típico de los imperativos hipotéticos, mientras que aquel de «razonabilidad» sería el juicio *de valor*, propio de los imperativos categóricos. Por tanto, la razonabilidad tendría que ver con los juicios prácticos, y sería el criterio propio del razonamiento moral.

La conclusión a la que Alexy llega mediante esta estructura teórica es que la razonabilidad es el criterio de validez de los juicios de valor, representado por el razonamiento práctico por excelencia: la ponderación⁴¹ entre valores morales o principios jurídicos, entre los que se daría una correspondencia estructural⁴². Por su parte, la ponderación sería un instrumento no estrictamente deductivo⁴³ para determinar la aceptabilidad de una decisión moral.

En este momento de su elaboración teórica, Alexy recupera algunas de sus tesis más celebres para justificar el análisis de la razonabilidad de los *finés* del derecho como paso fundamental de la interpretación jurídica y, por tanto, de la labor de jueces y juristas. Según Alexy, todo sistema jurídico —así como cada una de las normas que lo componen— contiene una pretensión de corrección formal (*claim to correctness*⁴⁴) ya que toda norma implica una pretensión de justificación (*claim to justification*) basada en razones⁴⁵. Ello equivale, en algún sentido, a hablar del derecho en términos de «empresa racional», es decir, sostener que —dicho con palabras de Letizia Gianformaggio— “si yo afirmo, por ejemplo, que Tizio ha cometido el delito R, entiendo que «existe una razón» por la cual el comportamiento de Tizio es el «delito R»”⁴⁶. Sin embargo, como es bien sabido, Alexy va más mucho allá, sosteniendo la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral⁴⁷, tesis cuya negación implicaría, según Alexy, que toda vez que el legislador emanara una norma se incurriría en una contradicción performativa ya que se estaría afirmando simultáneamente su injusticia moral.

Mediante la tesis de la conexión pragmática entre derecho y moral⁴⁸, Alexy toma distancia de la idea intuitiva y consolidada —común tanto a von Wrigth como a Rawls⁴⁹— según la cual la razonabilidad sería una forma rebajada de racionalidad. Para Alexy, la respuesta correcta para un conflicto entre principios resultaría del proceso racional (y también justo) de la ponderación entre aquellos. Una decisión *justa*, por tanto, sería para Alexy una decisión justificada por el procedimiento (discursivo) elaborado a la luz de las transformaciones realizadas por la inclusión en las constituciones de valores morales bajo la forma de principios⁵⁰.

⁴⁰ Alexy (2009: 13)

⁴¹ Alexy (2009: 8).

⁴² La tesis de la equivalencia entre principios y valores es defendida por el autor en diferentes obras, entre las cuales Alexy (1997: 79) [trad. esp. pp. 79-80].

⁴³ Alexy (2009: 13).

⁴⁴ Alexy (1997: 38) [trad. esp., p. 44-45]

⁴⁵ Alexy (1996: 215) [trad. esp., p. 78-79].

⁴⁶ Gianformaggio (1995: 97).

⁴⁷ Alexy (1989).

⁴⁸ Para una crítica de esta tesis, véase, Guastini (2011: 150); Buligyn (2000).

⁴⁹ Alexy (2009: 6).

⁵⁰ Alexy (2002).

En este sentido, la teoría de Alexy⁵¹ se acerca a aquella de Ronald Dworkin, según el cual la actividad del intérprete sería “asegurar un resultado defendible desde el punto de vista moral”⁵², reconociendo un amplio margen de juicio necesario a quien debe ponderar principios, costumbres y los –definidos en manera no muy precisa– “estándares de racionalidad, justicia y eficacia”⁵³.

El primer significado de razonabilidad de la ley dentro de una teoría neoconstitucionalista del Derecho es, por tanto, *el razonamiento práctico de ponderación y equilibrio entre principios (o valores) dirigido a la “correcta resolución” de un caso concreto.*

4. El gobernante *inflexible*: ponderación y razón argumentativa

En una segunda gama de significados –igualmente amplia y no siempre opuesta a la anterior– el término «razonabilidad» atraviesa la literatura jurídica para designar la actitud «anti-absolutista» del intérprete de la ley en los estados constitucionales. Según Gustavo Zagrebelsky, por ejemplo, la ductilidad es la actitud de quien toma en cuenta también las “razones de los otros”:

La problemática coexistencia entre los distintos aspectos que constituyen el derecho (derechos, justicia, ley) y la adecuación entre casos y reglas son cuestiones que exigen una particular actitud espiritual por parte de quien opera jurídicamente. A esta actitud, que guarda una estrecha relación con el carácter práctico del derecho, se le denomina «razonabilidad» y alude a la necesidad de un espíritu de «adaptación» de alguien respecto a algo o algún otro, con el fin de evitar conflictos mediante la adopción de soluciones que satisfagan a todos en el mayor grado que las circunstancias permitan. «Razonable», también en el lenguaje común («sé razonable»), es quien se da cuenta de lo necesario que es para la coexistencia llegar a «compromisos» en los que haya espacio no sólo para una, sino para muchas «razones»⁵⁴.

La referencia a algún tipo de «razonabilidad» con el objetivo de encontrar soluciones para las controversias en sociedades plurales es común a las dos teorías de la razón práctica más influyentes después de la Segunda Guerra Mundial: la *razón pública* de Rawls y la *razón discursiva* de Habermas⁵⁵. Este no es el lugar indicado para reconstruir las características específicas de estas dos teorías, su evolución interna o sus relaciones recíprocas⁵⁶, lo que constituye uno de los debates filosóficos más interesantes de los últimos años⁵⁷.

Aquello que resulta especialmente relevante para el tema aquí tratado son las características comunes a las dos majestuosas construcciones filosóficas. Para Rawls, la teoría de la «justicia como equidad» (*fairness*, no *equity*) tiene como pre-

⁵¹ Nótese que Alexy es menos categórico que Dworkin en relación al problema de la «única respuesta correcta». La conocida «fórmula de la ponderación» –propuesta por Alexy en diferentes ocasiones, y últimamente en Alexy (2009: 9)– hace la teoría de la interpretación de Alexy más indeterminada respecto de aquella de Dworkin. Sobre la *One Right Answer Thesis*, véase, Schiavello (1998: 228).

⁵² Dworkin (1989: 157) [trad. esp., p. 124].

⁵³ Dworkin (1982: 104) [trad. esp., p. 86].

⁵⁴ Zagrebelsky (1992: 203) [trad. esp., p. 147].

⁵⁵ Nótese, en primer lugar, que las posiciones de Rawls y Habermas difieren respecto de la de Zagrebelsky quien, en el pasaje citado, habla de soluciones “razonables” que “satisfacen a todos en la mayor medida permitida por las circunstancias”. Por el contrario, la teoría del *overlapping consensus* de Rawls no sirve para alcanzar acuerdos, ya que excluye las posiciones “irrazonables” del debate público. Véase, Rawls (1999: 31) [trad. esp., p. 38-39].

⁵⁶ Para una interesante reconstrucción de las líneas principales de estas dos líneas filosóficas, véanse los capítulos I y II de Ferrara (2000).

⁵⁷ Véanse Habermas (1996a); Rawls (1995). En este sentido, véase también Habermas (1996b); Ferrara (2004: 44).

condición necesaria –en sus diferentes formulaciones– una actitud «razonable» por parte de los ciudadanos de las democracias constitucionales contemporáneas. Esto implica que las personas «razonables» estén dispuestas a “proponer principios y normas como términos justos de cooperación y cumplir con ellos de buen grado, si se les asegura que las demás personas harán lo mismo”⁵⁸.

Por el contrario, la ética del discurso habermasiana asume que la «validez» de una norma moral depende de los vínculos iniciales del procedimiento discursivo racional, a través del cual dicha norma es formulada⁵⁹. Según Habermas, el término «validez» es sinónimo de aceptabilidad universal desde un punto de vista deontológico y cognitivista. El principio *U* es un principio moral imparcial que reconoce que una norma es válida “cuando todos pueden aceptar *libremente* las consecuencias y los efectos colaterales que se producirán previsiblemente del cumplimiento *general* de una norma polémica para la satisfacción de los intereses de *cada uno*”⁶⁰.

Tanto Rawls como Habermas recurren a juicios sobre la racionalidad de los *finés* a partir del presupuesto según el cual la elección sobre los valores últimos no es –ni debe ser– de tipo emotivo. La «justicia como equidad» tiene como resultado la formulación de los principios de justicia⁶¹ para el buen orden de sociedades complejas y plurales. Por su parte, la ética del discurso culmina en la elaboración de una serie de vínculos formales sobre los procedimientos discursivos cuya universalidad, neutralidad e inclusividad serían garantías del buen resultado de la deliberación, y no sólo –como parecería legítimo pensar– de la igualdad formal para participar en las decisiones públicas⁶².

Estas teorías hacen referencia al concepto de «razón argumentativa», vecina de la retórica de los antiguos –mirada con sospecha por parte de los científicos modernos⁶³– y que se ha impuesto nuevamente en el debate filosófico, sobre todo con el movimiento alemán de la llamada «rehabilitación de la filosofía práctica»⁶⁴. La racionalidad argumentativa⁶⁵, como proceso de justificación, consiste en aducir «razones» (en el sentido de argumentos, no de demostraciones) en apoyo de una tesis. Estas «razones» se parecen a las «creencias y certezas del sentido común» de las que hablaba Wittgenstein, o al «saber práctico» de los neoaristotélicos de escuela heideggeriana. En la teoría contemporánea del Derecho aparecen como instrumentos de la llamada «teoría de la argumentación jurídica», que comienza con los estudios de Perelman⁶⁶, y en la que por «pruebas» se entiende razones

⁵⁸ Rawls (1999: 133) [trad. esp., p. 67]. Véase también Rawls (2001: 220) [trad. esp., pp. 189].

⁵⁹ En relación a la noción habermasiana de «racionalidad formal», véase Habermas (2001); Petrucciani (2000: 139).

⁶⁰ Habermas (1985: 103) [trad. esp., p. 116]. También la teoría habermasiana ha sido modificada a lo largo de los años por parte de su autor. En *Facticidad y validez*, por ejemplo, el principio *U* quedaba englobado en un principio discursivo más general. Según el llamado principio *D*, “válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que pueden verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales”. (Habermas, 1996c: 131) [trad. esp., p. 172].

⁶¹ Rawls (1982: 255) [trad. esp., p. 280].

⁶² Sobre el tema de los llamados «falsos procedimentalismos», véase Pintore (2003: 76).

⁶³ Según Jean-Pierre Vernant «esta razón verbal es desde luego justificadora, por no decir teológica. Más que preguntar sobre lo real para investigar en qué medida nuestras teorías se percatan de esto, se plantea como tarea elaborar, a nivel de discurso, una argumentación al término de la cual todos los problemas aparezcan ordenados, todas las contradicciones suprimidas o superadas» (Vernant, 1998: 81) [trad. esp., p. 80].

⁶⁴ Véase Riedel (1972-1974).

⁶⁵ Atienza (2006: 203).

⁶⁶ Aquí no se está sosteniendo que la elaboración de Wittgenstein sobre «seguir una regla» sea equivalente a la hermenéutica de Gadamer o a la «nueva retórica» de Perelman. Tales teorías difieren profundamente tanto en sus aspectos epistemológicos como en aquellos morales. Sin embargo, el



argumentativas y persuasivas irreducibles a la evidencia demostrativa. Parafraseando a Perelman, Silvia Zorzetto sostiene que “la tesis central de la nueva retórica afirma que es razonable, sobre todo, aquello que suscita la adhesión del auditorio universal, lo que persuade a un auditorio privilegiado –imaginado por el retórico– compuesto por individuos razonables. Aquí razonabilidad y persuasión son, por decirlo de algún modo, los dos lados de la misma medalla”⁶⁷.

Las diferentes teorías que recurren a la razón argumentativa tienen, por tanto, frecuentemente dos consecuencias: a) dejan de lado –cuando no prescinden completamente de– la razón demostrativa en favor de formas «lógicamente no deductivas de razonamiento». La racionalidad rigurosa⁶⁸ como instrumento del razonamiento político no parece poder garantizar la pacífica convivencia de intereses y valores sumamente diferentes, como sucede en las democracias contemporáneas⁶⁹; b) la reconstrucción de nuevos criterios –comprendidos precisamente bajo la etiqueta «razonabilidad»– para identificar la *mejor* forma de convivencia posible.

Tales asunciones son frecuentes en la teoría jurídica contemporánea donde se sustituye un proceso de garantías formales –típicas de las concepciones iuspositivistas del «Estado de Derecho»– por nuevas asunciones de tipo cognitivista⁷⁰ que se presume que son más funcionales para la resolución de controversias dentro de los estados constitucionales. Dentro de este cuadro, la «razonabilidad» del Derecho deriva de lecturas morales de los textos constitucionales y de la positivización de los derechos fundamentales, denominados por Dworkin *creatures of morality*⁷¹.

El segundo significado de razonabilidad de la ley dentro de una teoría del Derecho neoconstitucionalista es, por tanto, *el resultado de razonamientos argumentativos a partir de la interpretación moral de los derechos fundamentales recogidos en las constituciones contemporáneas*.

horizonte común es una profunda desconfianza hacia la posibilidad de emplear la racionalidad científica y demostrativa en el campo práctico. Cualquiera que tenga familiaridad con el pensamiento de Wittgenstein sabe que las reflexiones de las *Investigaciones filosóficas* (Wittgenstein, 1967) se basan en las conclusiones del *Tractatus Logico-Philosophicus* (Wittgenstein, 1989) donde se excluye la posibilidad de usar la lógica deductiva en todos los ámbitos no estrictamente científicos. La lapidaria conclusión de su obra más famosa recita: «de todo aquello que no se puede hablar, hay que callar».

⁶⁷ Zorzetto (2008: 20).

⁶⁸ Hablando de la retórica neoconservadora contemporánea, Ota de Leonardis señala que hoy «se subrayan los límites de la regulación estatal, su hipertrofia, su distancia respecto a los ciudadanos y la irrazonabilidad del criterio de racionalidad sobre el que se funda» (De Leonardis, 2002: 10).

⁶⁹ La tesis del «hecho del pluralismo» es formulada por Rawls: “una sociedad democrática moderna se caracteriza no sólo por la pluralidad de doctrinas comprensivas, ya sean religiosas, filosóficas y morales, sino también porque ese conjunto de doctrinas comprensivas razonables es un pluralismo de doctrinas que resultan incompatibles entre sí. Ninguna de estas doctrinas cuenta con el consenso de los ciudadanos en general. Ni tampoco deberíamos suponer que en un futuro previsible una de ellas, o alguna otra doctrina razonable, algún día sea suscrita por todos o casi todos los ciudadanos de esa sociedad. El liberalismo político presupone que, en cuanto a propósitos políticos, una pluralidad de doctrinas comprensivas razonables, aunque incompatibles entre sí, es el resultado normal del ejercicio de la razón humana dentro del marco de las instituciones libres de un régimen constitucional democrático” (Rawls, 1999: 5) [trad. esp., pp. 11-12].

⁷⁰ Este aspecto es válido también para Rawls. Sobre este punto en Rawls, véase Estlund (1998). Para una interpretación de las tesis rawlsianas desde una perspectiva pragmatista y no-cognitivista, véase Rorty (1994) y Berstein (1994), sobre todo capítulo 8.

⁷¹ Dworkin (1984: 256). Véase también, García Figueroa (2009). En un sentido crítico, véase Laporta (2007: 71), donde se habla de los derechos como “criaturas del poder”.

5. Neoconstitucionalismo y cognitivismo ético

Con base en el análisis de las características comunes de los diferentes significados del término «razonabilidad» propuestos por los autores neoconstitucionalistas, me parece posible afirmar que existe un sustancial acuerdo entre tales autores sobre el cognitivismo ético como meta-ética de referencia. «Razonable» sería aquella característica de las leyes y de las sentencias que las hace compatibles con la estructura moral de las constituciones. «Razonabilidad», en resumen, corresponde a corrección ética, a justicia en sentido moral. Los teóricos de la razonabilidad derivan la legitimidad de los principios constitucionales –no tanto de su validez en relación al ordenamiento, fruto de batallas políticas, sino– a partir de una razón aminorada respecto al iusnaturalismo moderno.

Todo ello es criticable tanto desde el plano descriptivo como desde el normativo.

Hoy en día parece muy difundida la tesis según la cual las elecciones valorativas no son susceptibles de demostración⁷². No obstante, los neoconstitucionalistas consideran que ello equivale a decir que tales elecciones valorativas derivan de un acuerdo universal y razonable, y no de la persuasión. Sin embargo, ya los sofistas consideraban que tal acuerdo no puede ser nunca realmente universal ni definitivo. En el Teeteto de Platón, por ejemplo, las tesis sofistas parecen un manifiesto *ante litteram* del «relativismo»:

Pues lo que a cada ciudad le parece justo y recto, lo es, en efecto, para ella, en tanto lo juzgue así. Pero la tarea del sabio es hacer que lo beneficioso sea para ellas lo justo y les parezca así, en lugar de lo que es perjudicial⁷³.

55

Más adelante, por boca de Sócrates, Platón insiste en el argumento afirmando que “tanto en lo justo, como en lo piadoso y en lo impío, están dispuestos a afrontar que nada de esto tiene por naturaleza una realidad propia, sino que la opinión de una comunidad se hace verdadera en el momento [en] que a ésta se lo parece y durante el tiempo que se lo parece”⁷⁴. En términos similares, Alf Ross afirma:

El derecho natural busca lo absoluto, lo eterno, que hará del derecho algo más que la obra de seres humanos y librerá al legislador de las penurias y las responsabilidades de una decisión. La fuente de la validez trascendente del derecho ha sido buscada en una mágica ley del destino de la voluntad de Dios, o en una captación racional absoluta. Pero la experiencia muestra que las doctrinas que los hombres han construido sobre estas fuentes, lejos de ser eternas e inmutables, han cambiado con arreglo al tiempo, al lugar y a la persona.⁷⁵

Pasando a las críticas prescriptivas al neoconstitucionalismo, vuelven a aparecer problemas ya típicos del iusracionalismo. En efecto, el cognitivismo ético corre el peligro de caer en contradicción con los principios de tolerancia y pluralismo que intenta proteger, del mismo modo que le sucedió a la anti-dogmática razón ilustrada, divinizada durante el terror jacobino⁷⁶. El abandono de los instrumentos

⁷² Ya David Hume afirmaba que “ha sido una opinión muy activamente propagada por ciertos filósofos la de que la moralidad es susceptible de demostración, y aunque nadie haya sido nunca capaz de dar un solo paso en estas demostraciones, sin embargo se da por supuesto que esa ciencia puede ser llevada a la misma certeza que la geometría o el álgebra” (Hume, 1971: 490) [trad. esp., p. 626].

⁷³ Platón (1999: 167c).

⁷⁴ Platón (1999: 172 b).

⁷⁵ Ross, A. (2001): 241 [trad. esp., p. 319].

⁷⁶ Sobre este punto, véanse las reflexiones de Remo Bodei (2007: 479) [trad. esp., pp. 451].



consolidados por el positivismo jurídico, además, entraña el riesgo de que se deje de lado el análisis acerca de si las normas han sido creadas respetando las reglas formales y sustanciales para la producción del Derecho. Dicho con otras palabras: sin instrumentos como la racionalidad no parece posible perseguir estándares de certeza, coherencia e igualdad formal, los cuales constituyen la base del «Estado de Derecho». Pretender que sea la *justicia moral* –independientemente de lo que se entienda con tal expresión– la que limite el arbitrio de los gobernantes parece una pretensión, por lo menos, ambiciosa. Más razonable, en el sentido de «probablemente más útil al objetivo», parece ser defender el Estado de Derecho también mediante nuevas garantías tales como la rigidez de las constituciones o el control de constitucionalidad.

Llegados a este punto, sin embargo, es todavía necesario responder a la objeción de quien recuerda que el neoconstitucionalismo puede ser interpretado como una forma de cognitivismo moral en algún sentido «situado»: una moral objetivamente válida para el aquí y el ahora, en la medida en que sería ampliamente aprobada en una época de gran consenso sobre los ideales democráticos y sobre los derechos humanos. Sin embargo, esta visión no sólo parece peligrosamente optimista, sino que además parece un potente instrumento de justificación del *status quo*⁷⁷ mediante categorías racionales.

Norberto Bobbio señaló que la justificación racional de lo existente es común a la defensa de los Estuardo por parte de Hobbes –la aproximación es tan insólita como acertada– y a la del Estado burocrático prusiano por parte de Hegel. Precisamente en relación a Hobbes, Bobbio (2004: 66) afirma:

Lo que sus contemporáneos no pudieron comprender fue que el Leviatán era el gran estado moderno que nacía de las cenizas de la sociedad medieval. Tomaron a su autor por un escéptico, por un cínico, incluso por un libertino, mientras él era antes que nada un observador sin prejuicios que asistía, humanamente horrorizado pero filosóficamente impasible, al nacimiento de un gran acontecimiento cuya causa y cuyo fin trató de comprender. Y estaba tan convencido de la exactitud geométrica de su construcción como para hacer una descripción – como Hegel – que era una justificación, en lo que lo real era racional, y lo que era como lo que tenía que ser. Como todos los realistas, que se ríen de todos aquellos que confunden sus deseos con realidades, también Hobbes acabó, como Hegel, confundiendo la realidad más cruel por lo que era más deseable⁷⁸.

Bibliografía

- ABBAGNANO, N. (1998), *Dizionario di filosofia*, UTET, Torino
 ABBAGNANO, N. (1998), *Diccionario de Filosofía*, Fondo de Cultura Económica, México DF.
 ALEXY, R. (1989), “On Necessary Relation between Law and Morality”, *Ratio Juris*, Vol. 2, Núm. 2, pp. 167-183
 ALEXY, R. (1998), “Sobre las relaciones necesarias entre derecho y moral”, en VÁZQUEZ, R. *Derecho y Moral*, Paidós, Barcelona.

⁷⁷ Según Riccardo Guastini, “La tesis según la cual el derecho nace no del legislador sino de las «costumbres», de la «conciencia social», de las «dinámicas» sociales o de cosas parecidas – a menos que se circunscriba irreflexivamente la noción de derecho sólo a las normas consuetudinarias – no sólo es históricamente falsa sino también simpáticamente reaccionaria. Implica, por decir una banalidad, que el *Code Napoléon*, aunque hiciera tabula rasa de las relaciones feudales, maduró precisamente en las costumbres de la sociedad feudal. Y esto es su lado históricamente falso. Pero implica también que ninguna reforma del derecho vigente sea posible (ni legítima) hasta que la necesidad de la reforma misma no se manifieste en las costumbres o en la conciencia social. Y este es su lado reaccionario” (Guastini, 2007: 1374).

⁷⁸ [trad. esp., pp. 100-101].

- ALEXY, R. (1996), "Discourse Theory and Human Rights", *Ratio Juris*, Vol. 9, Núm. 3, pp. 209-235.
- ALEXY, R. (1995), *Teoría del discurso y derechos humanos*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá.
- ALEXY, R. (1997), *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino.
- ALEXY, R. (2002), *Concepto y validez del derecho*, Gedisa, Barcelona.
- ALEXY, R. (2002), "Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità", *Ars Interpretandi*, Núm. 7, pp. 131-140.
- ALEXY, R. (2009), "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", *Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional*, Núm. 11, pp. 3-14.
- ALEXY, R. (2009), "The Reasonableness of the Law". en BONGIOVANNI, G., SARTOR, G. y VALENTINI, C., *Reasonableness and Law*, Springer, Dordrecht, pp. 5-15.
- ALLEN, C.K. (1958), *Aspects of Justice*, Stevens, London.
- ARISTÓTELES (1998), *Ética nicomachea*, Rizzoli, Milano.
- ARISTÓTELES (1989), *Ética a Nicómaco*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- ATIENZA, M. (2006), *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona.
- ATIENZA, M. y CHIASSONI, P. (2010), "Debate sobre el positivismo jurídico. Un intercambio epistolar. Con un comentario de Álvaro Núñez Vaquero", *Analisi e diritto*, Núm. 3, pp. 289-321.
- AZZONI, G.M. (1991), *Cognitivo e normativo: il paradosso delle regole tecniche*, FrancoAngeli, Torino.
- BARBERIS, M. (1986), "Equità", *il Mulino*, Núm. 2, pp. 304-312.
- BARBERIS, M. (2000), "Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale", *Ragion pratica*, Núm. 14, pp. 147-162.
- BARBERIS, M. (2003), "Neoconstituzionalismo, democrazia e imperialismo de la moral", en CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstituzionalismo(s)*, Trotta, Madrid.
- BARBERIS, M. (2008a), *Filosofía del diritto. Un'introduzione teorica*, Giappichelli, Torino.
- BARBERIS, M. (2008b), "Tutta un'altra storia. Equity, diritto e letteratura", *Etica & Politica*, Vol. X, Núm. 1, pp. 143-150.
- BARBERIS, M. (2012), "Nuovo costituzionalismo, democrazia costituzionale e pluralismo dei valori", *Teoria politica*, Núm. 2, pp. 189-203.
- BARONCELLI, F. (2004), "Razionali, troppo razionali. Lo scontro tra mito e ragione nell'analisi delle elezioni americane", *diario*, 26 de noviembre, pp. 36-37.
- BERNSTEIN, R. (1991), *The New Constellation*, Polity, 1991.
- BERNSTEIN, R. (1994), *La nuova costellazione. Gli orizzonti etico-politici del moderno/postmoderno*, Feltrinelli, Milano.
- BIN, R. (2002), "Ragionevolezza e divisione dei poteri", *Diritto e questioni pubbliche*, Núm. 2, pp. 115-131.
- BOBBIO, N. (2004), "La teoría política de Hobbes", *Thomas Hobbes*, Einaudi, Torino.
- BOBBIO, N. (1991), *Thomas Hobbes*, Plaza y Janés, Madrid.
- BODEI, R. (2007), *Geometria delle passioni. Paura, speranza, felicità: filosofia e uso politico*, Feltrinelli, Milano.
- BODEI, R. (1995), *Geometría de las pasiones*, Muchnik, Barcelona.
- BULYGIN, E. (2000), "Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality", *Ratio Juris*, Vol. 13, Núm. 2, pp. 133-137.
- BULYGIN, E. (2001), "Alexy y el argumento de la corrección", en Alexy, R. y Bulygin, E., *La pretensión de corrección en el derecho*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá.
- CARBONELL, M. (2003), *Neoconstituzionalismo(s)*, Trotta, Madrid.
- CARPI, D. (2007), *The Concept of Equity. An Interdisciplinary Assessment*, Winter, Heidelberg.
- CHIODI G.M. (1989), *Equità: la categoria regolativa del diritto*, Guida, Napoli.



- CHIODI G.M. (2000), *Equità: la regola costitutiva del diritto*, Giappichelli, Torino.
- CICERONE (1987), *De officiis*, Rizzoli, Milano.
- CICERÓN (1943), *De los oficios*, Espasa-Calpe, Madrid.
- CIULEI, G. (1972), *L'équité chez Ciceron*, Hakkert, Amsterdam.
- COMANDUCCI, P. (1999), "Il positivismo giuridico: un tentativo di bilancio", en BIANCHINI, M. y VIARENGO, G., *Studi in onore di Franca De Marini Avonzo*, Giappichelli, Torino.
- COMANDUCCI, P. (2002), "Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione metateorica", en MAZZARESE, T., *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino.
- COMANDUCCI, P. (1993), "Formas de neocosntituzionalismo: un análisis metateórico", en CARBONELL, M., *Neocostitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid.
- CONTE A.G. (1985), "Materiali per una tipologia delle regole", *Materiali per una storia delle cultura giuridica*, Núm. 15, pp. 343-368.
- CUONO, M. (2011), "Sul potere arbitrario. Esercizi di ridefinizione", *Teoria politica*, Núm. 1, pp. 407-423.
- D'AGOSTINO, F. (1973), *Epieikeia: il tema dell'equità nell'antichità greca*, Giuffrè, Milano.
- D'AGOSTINO, F. (1977), *Dimensioni dell'equità*, Giappichelli, Torino.
- D'ANDREA, L. (2002), *Contributo ad uno studio sul principio di ragionevolezza nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano.
- D'AVACK, L. y RICCOBONO, F. (2004), *Equità e ragionevolezza nell'attuazione dei diritti*, Guida, Napoli.
- DE GIORGI, A. (2009), "Arbitrio", en FLORODI, L. y TERRAVECCHIA, G.P., *Le parole della filosofia contemporanea*, Carocci, Roma.
- DE LEONARDIS, O. (2002), *In un diverso welfare. Sogni e incubi*, Feltrinelli, Milano.
- DEVOTO-OLI (1997), *Dizionario della lingua italiana*, UTET, Torino.
- DOGLIANI, M., ATIENZA, M., GUASTINI, R. y SALAZAR UGARTE, P. (2011), "Neocostituzionalismo: un'altra rinascita del diritto naturale?", *Teoria politica*, Núm. 1, pp. 129-168.
- DWORKIN, R. (1982), *I diritti presi sul serio* (1977), il Mulino, Bologna.
- DWORKIN, R. (2002), *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona.
- DWORKIN, R. (1984), "A Reply by Ronald Dworkin", en COHEN, M., *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Rowman & Allanheld, Totowa.
- DWORKIN, R. (1989), *L'impero del diritto*, Il saggiaiore, Milano.
- DWORKIN, R. (2008), *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona.
- ESTLUND, D. (1998), "The Insularity of the Reasonable: Why Political Liberalism Must Admit the Truth", *Ethics*, Vol. 118, Núm. 2, pp. 292-275.
- FERRAJOLI, L. (2010), "Neocostituzionalismo principialista e neocostituzionalismo garantista", *Giurisprudenza costituzionale*, Vol. 55, Núm. 3, pp. 2771-2771.
- FERRAJOLI, L. (2012), "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", *Doxa*, Núm. 34, pp. 15-54.
- FERRARA, A. (2000), *Giustizia e giudizio*, Laterza, Roma-Bari.
- GARCÍA FIGUEROA, A. (2009), *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid.
- GIANFORMAGGIO, L. (1987), "Analogia", en *Digesto delle discipline civilistiche*, I, UTET, Torino, pp. 320-329.
- GIANFORMAGGIO, L. (1995), *Filosofía e crítica del diritto*, Giappichelli, Torino.
- GOMETZ, G. (2008), *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, Ets, Pisa.
- GUASTINI, R. (2007), "Sostiene Baldassarre", *Giurisprudenza costituzionale*, Vol. 52, Núm. 2, pp. 1373-1383.
- GUASTINI, R. (2011), "A proposito di neo-costituzionalismo", *Teoria politica*, Núm 1, p. 147-158.
- HABERMAS, J. (1985), *L'etica del discorso*, Laterza, Roma-Bari.
- HABERMAS, J. (1991), *Conciencia moral y acción comunicativa*, Península, Madrid.

- HABERMAS, J. (1996a), "Per la critica del liberalismo politico di John Rawls", *Micromega. Almanacco di filosofia*, suppl. del Núm. 5/95, pp. 26-50.
- HABERMAS, J. (1998), "Reconciliación mediante el uso público de la razón", en HABERMAS, J. y RAWLS, J., *Debate sobre el liberalismo político*, Paidós, Barcelona.
- HABERMAS, J. (1996b), "L'insostenibile contingenza della giustizia", *Micromega*, Núm. 5, pp. 127-154.
- HABERMAS, J. (1996c), *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini, Milano.
- HABERMAS, J. (2010), *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid.
- HABERMAS, J. (2001), "Diritto e morale", *Morale, Diritto e Politica*, Edizioni di Comunità, Torino.
- HART, H.L.A. (2002), *Il concetto di diritto* (1961), Einaudi, Torino.
- HART, H.L.A. (2004), *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- HUME, D. (1971 [1739]), *Trattato sulla natura umana. Opere*, vol. I, Laterza, Roma-Bari.
- HUME, D. (1998), *Tratado sobre la naturaleza humana*, Tecnos, Madrid.
- KANT, I. (1999 [1790]), *Critica della facoltà di giudizio*, Einaudi, Torino.
- KANT, I. (1999), *Critica del juicio*, Austral, Madrid.
- KANT, I. (2001 [1798]), *Antropología Pragmática*, Laterza, Roma-Bari.
- KANT, I. (1990), *Antropología Práctica*, Tecnos, Madrid.
- LAPORTA, F. (2007), *El imperio del ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid.
- LEIBNIZ G.W. (1951 [1703]), "Se la giustizia sia arbitraria", *Scritti politici e di diritto naturale*, UTET, Torino.
- LEIBNIZ G.W. (2001), *Escritos de filosofía política y jurídica*, Biblioteca Nueva, Madrid.
- LEIBNIZ, G.W. (1967 [1714]), *Monadologia. Scritti filosofici, Vol. I*, UTET, Torino.
- LEIBNIZ, G.W. (1994), *Monadología: principios de la naturaleza de la gracia*, Universidad Complutense, Madrid.
- LOCKE, J. (1971 [1690]), *Saggio sull'intelletto umano*, UTET, Torino.
- LOCKE, J. (1956), *Ensayo sobre el entendimiento humano*, Fondo de Cultura Económica, México.
- LUNDSTEDT, V. (1952), *Law and Justice*, Almqvist & Wiksell, Stockolm.
- MAITLAND, F.W. (1979 [1909]), *L'equità*, Giuffrè, Milano.
- MANIACI, G. (2008), *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giudiziale*, Giappichelli, Torino.
- MAZZARESE, T. (2002), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino.
- MODUGNO, F. (2009), *Ragione e ragionevolezza*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- NEWMAN, R.A. (1974), *Equity in the World's Legal System*, Edinburgh University Press, Edinburg.
- PETRUCCIANI, S. (2000), *Introduzione a Habermas*, Laterza, Roma-Bari.
- PINNA PAGLIARINI P. (1969), *Aequitas romana ed Epieikeia aristotelica nella dottrina romanistica*, Gallizzi, Sassari.
- PINNA PAGLIARINI P. (1973), *Aequitas in libera republica*, Giuffrè, Milano.
- PINTORE, A. (2003), *I diritti della democrazia*, Laterza, Roma-Bari.
- PLATÓN (1999), *Teeteto*, Laterza, Roma-Bari.
- PLATÓN (1900), *Diálogos*, Editorial Gredos, Madrid.
- POZZOLO, S. (2001), *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino.
- POZZOLO, S. (2011), *Neoconstituzionalismo y positivismo jurídico*, Palestra, Lima, 2011.
- RADBRUCH, G. (2002), "Ingiustizia legale e diritto sovralegale" (1946), en CONTE, A.G., DI LUCIA, P., FERRAJOLI, L. y IORI, M., *Filosofia del diritto*, Raffaello Cortina, Milano.



- RADBRUCH, G. (1971), "Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes", en RADBRUCH, G., SCHMITT, E. y WELZEL, H., *Derecho injusto y Derecho nulo*, Aguilar, Madrid.
- RAWLS, J. (1982 [1971]), *Una teoría della giustizia*, Feltrinelli, Milano.
- RAWLS, J. (2003), *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México DF.
- RAWLS, J. (1996), "Risposta a Jürgen Habermas", *Micromega. Almanacco di filosofia*, suppl. del Núm. 5/95, pp. 51-106.
- RAWLS, J. (1998), "Réplica a Habermas", en HABERMAS, J. y RAWLS, G., *Debate sobre el liberalismo político*, Paidós, Barcelona.
- RAWLS, J. (1999), *Liberalismo político*, Edizioni di Comunità, Torino.
- RAWLS, J. (1995), *Liberalismo político*, Fondo de Cultura Económica, México D.F.
- RAWLS, J. (2001), "Un riesame dell'idea di ragione pubblica", *Il diritto dei popoli*, Edizioni di Comunità, Torino.
- RAWLS, J. (2001), *El derecho de gentes*, Paidós, Barcelona.
- RIEDEL, M. (1972-1974), *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*, Rombach, Freiburg.
- RORTY, R. (1994), "La priorità della democrazia sulla filosofia", *Scritti filosofici, Vol. I*, Laterza, Roma-Bari.
- RORTY, R. (1996), "La prioridad de la democracia sobre la filosofía", *Objetividad, relativismo y verdad*, Paidós, Barcelona.
- ROSS, A. (2001 [1959]), *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino.
- ROSS, A. (1995), *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires.
- SCACCIA, G. (2000), *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano.
- SCARPELLI, U. (1988), "Classi logiche e discriminazione dei sessi", *Lavoro e diritto*, pp. 615-622.
- SCHIAVELLO, A. (1998), *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, Giappichelli, Torino.
- SELDEN, J. (1689), *Equity*, in *Table-Talk: Being the Discourses of John Selden*, J.M. Dent, London.
- SOFOCLE (1997), *Antigone*, Rizzoli, Milano.
- SÓFOCLES (1992), *Tragedias*, Gredos, Madrid.
- SPADARO, A. (2006), "Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di doveri altrettanto fondamentali", *Politica del diritto*, Vol. XXXVII, Núm. 1, pp. 167-181.
- VERNANT, J.-P. (1998), *Tra mito e politica*, Raffaello Cortina, Milano.
- VERNANT, J.-P. (2002), *Entre mito y política*, Fondo de Cultura Económica, México.
- WITTGENSTEIN, L. (1967 [1953]), *Ricerche filosofiche*, Einaudi, Torino.
- WITTGENSTEIN, L. (2008), *Investigaciones filosóficas*, Crítica, Barcelona.
- WITTGENSTEIN, L. (1989 [1922]), *Tractatus Logico-Philosophicus*, Einaudi, Torino.
- WITTGENSTEIN, L. (2007), *Tractatus Logico-Philosophicus*, Tecnos, Madrid.
- ZAGREBELSKY, G. (1992), *Il diritto mite*, Einaudi, Torino.
- ZAGREBELSKY, G. (1995), *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid.
- ZORZETTO, S. (2008), *La ragionevolezza dei privati. Saggio di metagiurisprudenza esplicativa*, FrancoAngeli, Milano.



The *Lex Specialis* Principle and its Uses in Legal Argumentation. An Analytical Inquire

Silvia Zorzetto
University of Milan
zorzetto@fildir.unimi.it

Abstract

The *lex specialis* principle according to which special rules derogate from general ones lies in the core of the Western legal tradition. In the eyes of jurists and legal philosophers this principle is one of the most typical criterion against legal antinomies and has a plain and clear meaning. Most theories are concerned only with its interferences with the *lex posterior* and the *lex superior* principles. But this common view is unsatisfactory in many aspects. In fact, the *lex specialis* principle may be applied and it is often used to solve redundancy in law, rather than legal antinomies, and so it is a tool to prevent the simultaneous application of special and general compatible rules. This use is prominent in criminal law but it is widespread even in the other fields of law. Moreover, in every fields of law, the *lex specialis* principle is a device to coordinate and integrate special and general rules to obtain a more complete regulation of a certain matter: this use is essential for legal systems. In this paper there will be distinguished and discussed three very general topics: the *speciality* of law, *i.e.* the *genus-species* relationship among legal concepts; the phenomena of *total-partial antinomies* and of *concurrent and repetitive rules*; the *derogation* among special and general rules in the context of legal justification.

Keywords

Lex specialis principle, legal reasoning, legal concepts, antinomies, redundancies in law.

El principio de *lex specialis* y su uso en la argumentación jurídica: Una aproximación analítica

Resumen

La idea de *lex specialis* de acuerdo con la cual las reglas especiales derogan a las más generales es central en la tradición jurídica occidental. Los juristas y filósofos del Derecho presentan la *lex specialis* fundamentalmente como un criterio para resolver las antinomias jurídicas. Su significado a menudo es considerado sencillo y claro y la mayoría de las teorías se ocupan básicamente de sus interferencias con los principios *lex posterior* y *lex superior*. Creo que esta posición es insatisfactoria. De hecho, el principio *lex specialis* con frecuencia es empleado para resolver las redundancias en el Derecho, es decir, la aplicación simultánea de reglas específicas y generales compatibles. Este uso es patente en el Derecho penal, pero está también extendido en otras áreas del Derecho. Además, en todas las ramas jurídicas, nuestro principio sirve para coordinar e integrar reglas especiales y generales para obtener una regulación más completa de determinados asuntos: la vinculación de estas reglas constituye una herramienta fundamental de los sistemas jurídicos. Por tanto, en este artículo intento distinguir tres cuestiones: la especialidad del Derecho, es decir, la relación género-especie entre los conceptos jurídicos; el fenómeno de las antinomias total-parcial y las reglas concurrentes y reiterativas; la derogación entre reglas especiales y generales en el contexto de la justificación jurídica.

Palabras clave

Principio de *lex specialis*, razonamiento jurídico, conceptos jurídicos, antinomia, redundancias en el Derecho.

1. A typical tool of legal thinking

According to a plain belief, law may be conceived as nature in the guise of *genera* and *species*. In actual fact it is very common to portray as entities related *per genus and differentia* legal systems or laws, likewise legal concepts or rules. The *lex specialis* principle is a main appearance of this scenario. In short, as widely known, this principle envelops the idea that any special rule derogates from those more general, according to the Latin legal maxim *lex specialis derogat legi generali*.

On a historical view, this principle has been seen many times as an essential device to discover the real structure of law (Stein, 1966). To limit the discourse to the Modern Ages, first in the late Middle Ages and then in the Humanism period, the *lex specialis* principle has been frequently shaped according to predetermined systematic patterns. In these centuries, the idea that special rules derogate from general ones has been grown closely with the firm belief that laws and legal rules take root in previous entities and should reflect them.

In the current Western legal tradition the *lex specialis* principle seems not to be compromised with this background yet¹. As a matter of fact, essentialism towards special and general rules in actual legal practice is not completely disappeared. In many cases jurists and judges still show various essentialist attitudes in the application of the *lex specialis* principle. But these attitudes are fairly superficial and they seem to resemble, rather than a real deep ontology, preferences and value choices among alternative normative solutions.

Of course, between the *lex specialis* principle and essentialism in law there are no conceptual nor logical or necessary connections. The pure idea that special rules derogate from more general ones is compatible equally with essentialist or anti-essentialist concepts of law.

A small evidence of this circumstance is that, in the current legal practice, the *lex specialis* principle is ordinarily used to lawyers and judges that join anti-systematic legal doctrines or manifest skepticism towards any systematic view of law. Also legal thinkers that refuse any version of essentialism are acquainted with this principle and include it among the typical instruments of the legal toolbox.

In this analysis, I will approach the *lex specialis* principle from an analytical perspective². But the semiotic and constructive view here proposed may represent an explanation also of the alternative essentialist views.

2. The outline of the analysis

To give an outline of my analysis, first, in the next paragraph, I will sketch some uncontested points of legal doctrines and theories about the *lex specialis* principle. Then, in the further paragraphs, I will distinct and examine in particular three topics that many doctrines and theories usually mix up.

¹ Of course, there are significant exceptions. To give two samples, let consider for instance the discussion among Bulygin, Raz and Alexy about the concept of law and the features of legal concepts (Bulygin, Raz and Alexy, 2007): in the eyes of Bulygin (2007: 100-102), Raz's approach to (legal) concepts since profess the existence of certain natural conceptual features is vitiated by essentialism. Besides, consider all those essentialist approaches to special and general rules that have been developed in the past and still are proposed in the present on the grounds of natural law theories such as for instance the Aquinas practical reason conception (Pattaro, 2005).

² A preliminary draft of this paper has been presented at a seminar discussed at the Oxford Jurisprudence Discussion Group on May 17, 2012 (see <http://www.oxford-jdg.net/>). In this paper, I will seek to give a further clarification of some details of the analysis I did in my book (Zorzetto, 2010).

A *first* topic is the meaning of *speciality* in law domain and, on the opposite side, the *generality* that is to say the *genus-species* relationship among legal entities or, to be more precise, among legal concepts.

A *second* topic regards the *deontic relationships* among special and general rules and therefore two phenomena that are characteristic of our legal systems: *total-partial antinomies* and *concurrent and repetitive rules*.

A *third* topic is the *derogation* among legal rules and in particular among special and general rules in the context of legal justification.

Each one of these topics refer to a fundamentally distinct relationship: first, the *genus-species* relationship is a correlation among the semantic content of rules and hence their *legal concepts*; rather, legal antinomies and redundancy or recurrences in law primarily depend on the relationships among the *deontic modalities* of legal rules; finally, derogation requires a correlation among *legal rules* in legal reasoning. Each of these relationships belongs to a different domain: respectively the domains of legal *semiotics*, of *deontic logic* and of *legal justification*.

The prime operative consequence of this very abstract analysis is that no special rules necessary either conflict with those more general or derogate from them.

A special rule A may conflict with a general rule B and derogate from this second rule B, according to the *lex specialis* principle, but it may also be compatible with a more general rule C and concur with it.

For example³, a rule such as *everyone has the right to use his language in procedures before authorities performing a public function* is more general than a rule such as *the parties and other participants in the proceedings may use their language at hearings and during other oral proceedings before courts*. The former is also compatible with the latter, since the latter is a specification of the former and concurs with it to regulate the matter in more detail. On the other side, the latter is also special with regard to a rule that provides that *in all proceedings before courts everyone must use the national language of the State*. There is an obvious conflict between these rules and to solve such antinomy we can use the *lex specialis* principle.

However, the *lex specialis* principle in itself does not necessary involve any conflict among special and general rules and it does not operate only as a criterion to solve legal antinomies. Although legal scholars and legal philosophers do not usually stress this point, in many relevant cases, the *lex specialis* principle is used to solve or prevent instead the simultaneous application of special and general rules, when they are compatible and hence would concur. This use of the principle is of the utmost importance in criminal law but it is evident and it permeates the legal reasoning even in the other branches of law.

The distinction I mentioned above among special and general legal concepts, deontic modalities and rules is a first step to shed light on the pervasive and diverse uses of the *lex specialis* principle actually existing in legal practice. Looking into these uses can be a main route to make a more realistic description of a legal system as it is and to comprehend the real functioning of legal reasoning.

³ See the art. 62 of the *Constitution of the Republic of Slovenia* and the art. 102 of the *Civil Procedure Act (Zakon o pravdnem postopku, or ZPP)*.

3. The common perspective on the *lex specialis* principle

A positive criterion against legal antinomies

Legal scholars and legal thinkers use to draw a common picture of the *lex specialis* principle⁴.

According to the mainstream in legal practice and the general theory of law, the *lex specialis* principle is neither an inner feature of every legal system nor a logical principle. Rather, it is just a positive rule whose existence depends on the normative choices of the legal authorities (*i.e.* legislators and/or legal interpreters). In the eyes of jurists and theoreticians, the *lex specialis* principle is mostly a traditional and implicit rule that is independent by all its expressed formulations in legal texts. In actual fact, its origin and nature are disputed: there is no consensus for instance on its customary nature. But, in spite of this detail, as I said above, there is wide agreement that it is a historical tool to make laws and legal rules consistent. In short, it represents one of the most typical criteria against legal antinomies together with the hierarchical and the temporal criteria, currently known as the *lex posterior* and the *lex superior* principles.

In particular, the *lex specialis* principle is considered a rule feasible to prevent or to solve conflicts among legal rules within one and the same legal system and hence to delimit the material sphere among different laws and legal rules (these days the *lex specialis* principle has a paramount importance for instance relating to the conflicts among international laws, international humanitarian law and human rights law)⁵. The content or the meaning of the principle is generally described as plain and clear and in point of fact it is assumed without giving any clarification. In the opinion of legal philosophers, the application of the principle to real cases is not genuinely interesting unless in particular circumstances. Thus, most theories investigate only the possible interferences existing between the *lex specialis* principle and the other main criteria mentioned above: the *lex posterior* and the *lex superior* principles. In spite of that, the concrete application of the *lex specialis* principle very often causes a serious concern among lawyers and judges: in any fields of law, there are remarkable disagreements about the special and the general nature of rules and their derogating force.

⁴ During the XIX century, many legal scholars and philosophers have developed significant legal theories about the *lex specialis* principle. Even though the interest towards the theme is gradually decreased since the second part of the last century and especially these days, the contemporary literature about the *lex specialis* principle is very extensive just the same. Here I can recall only few works. A fair map of the logical issues involved in the *genus-species* relationship is given by the analysis of García Máynez (1959) and Klug (1996: 57). Relating to the general theory of law, the common approach to the *lex specialis* principle is paradigmatically described in the analysis, for instance, of Kelsen (1962: 339; 1991: 106-114 and 123-127), Ross (2004: 129-130) and Engisch (1970: 255-274). With regard to Italian analytical approach some main studies on the *lex specialis* principle are, for instance, the works of Gavazzi (1959: 62 and 81); Bobbio (1967: 303-322; 1993: 209); Tarello (1980: 313, 336 and 382); Carcaterra (1990: 167; 1994: 177), Chiassoni (1999: 277, 286-287, 344); Pino (2006: 160-161); Ferrajoli, (2007: 689, 690, 691 and 909); Barberis (2011); Guastini, (2011: 117). Among Italian legal scholars some remarkable theories have been developed by Frosali (1971); Mantovani (1966); Pagliaro (1976: 217); Modugno (1979: 507); Irti (1999). With reference to the Spanish and the South American analytical legal theory see for example the studies of Llorca (1981); Aguiló Regla (1995); Nino (1996: 243-244); Manero (2005); Martínez Zorrilla (2007: 148 and 151); Guarinoni (2001; 2006); Ochoa (2003); Rodilla (2009: 255-314); Tolosa (2010: 103-123); Ferrer and Rodríguez (2011: 135-167).

⁵ See e.g. Sassol (2007); Prichard (2007); Schabas (2007).

The extensional approach to speciality

To examine in detail the common picture of the principle, both in legal practice and in legal thinking, special and general rules are seen as entities correlated, as they are logical classes or geometric sets. To represent the relationship existing between special and general rules it is common to speak indifferently of circles or circumferences and these figures are also drawn but normally without explaining the meaning. There the *genus-species* relationship among rules is simply reduced to a formal inclusion. In this respect, the fundamental semantic bases of this relationship is totally ignored unless in few analyses. The point of view of the analyses is so merely extensive without regard to the intensive dimension of the *genus-species* relationship. This means that legal language is figure out as a formal language and that legal rules and legal concepts are conceived as perfectly defined and exactly determinate as classes and sets are in logic and mathematics. As a consequence, many analyses handle the *lex specialis* principle with a rudimentary semiotics based on a rough distinction between logical syntax and its rules of interpretation, albeit this distinction does not apply to legal language that it is not of course a calculus.

Moreover, legal scholars usually talk about the *lex specialis* principle embracing a broad concept of (special and general) rules. It is uncontested that a rule may be special when correlated with another one in the same way as a species is related to a genre. But in law it is not clear-cut which elements are precisely the correlatives. In legal practise, but also in many theories the genus and the species (*i.e.* the common element and the special difference) are not well identified. In particular, there is no inclination for distinguishing among rules, their elements (the legal concepts of each rule) and the singular concrete situation to which a rule may be applied. Speciality as generality seems to be conceived as a property of two opposite and correlated rules, considering each rule as a whole abstract entity. But, in depth, only certain elements of rules rather than the rule itself are relevant in the eyes of legal scholars. In addition, the relevant elements are various and variable according to the circumstances: in many cases it seems relevant the entire class of situations regulated by the rule but on the other hand only the subject or the conduct or a temporal or spatial requirement has the utmost importance. Finally, sometimes it comes to play directly the concrete situation to which rules refer.

Two unexplored issues: conditions and reasons of derogation

Furthermore, lots of theories about the *lex specialis* principle purely affirm that, on the strength of it, special rules derogate from those more general. Obviously, this is a tautological explanation that leaves open at least two main issues: on one hand, which are the *conditions* to apply the principle; on the other hand, which is the *reason* of the derogation according to it.

Of course, a first necessary condition to apply the *lex specialis* principle is the reciprocal speciality and generality of rules. But, as I said above, it is very common to argue that derogation comes to play when there is a conflict between the special and the general rule. In this view the inconsistency of rules is another condition to apply the principle. Usually this idea is ambiguous because it might be interpreted as a logical assumption but also as a sociological thesis. However, in any case it is misleading, since on the grounds of logic special rules may be compatible with general ones and on a sociological perspective derogation is a remarkable phenomena even when rules are compatible.



Rather, there is another condition to apply the *lex specialis* principle not overt in legal thinking: the application of the principle depends on the *previous identification of distinct rules*. In fact, considering that according to the principle a special rule derogates from one more general, the correlative rules in hand must be identified and ranked in advance in a certain order of lower/higher generality. Yet, if this is true, the *lex specialis* principle cannot be a device to identify (special and general) rules. It is able to come to play when the works of interpreting and identifying rules has already been done.

With regard to the second issue mentioned above, it is ambiguous whether the reciprocal speciality/generality of rules represents not only a necessary condition to apply the *lex specialis* principle, but also the precise reason of derogation. Roughly speaking, the crucial alternative is if, according to the *lex specialis* principle, special rules derogate from those more general on the strength of their speciality or if they can derogate instead in virtue of other reasons. For instance, other features that might be relevant are the spatial or chronological sphere of application, the occasion of the promulgation, the pertinence to a certain *sedes materiae* or branch of law, the authority from which the rule belongs to, the favour for a certain category, the severity of punishments, etc.

The qualification of fact and the choice of rules

According to many theories, special rules exclude those general and this exclusion is presented as a feature of a special rule in itself. This view is misleading since it does not distinguish between two functions of rules: a rule is of course a prescription but it also gives a qualification to certain (abstract or concrete) situations. Any special rule necessarily refers to a rank of situations comprehended also by all more general rules. In virtue of the logic inclusion, special and general rule give multiple and compatible descriptions of the single situation or class of situations to which they refer. Then, considering their discipline, special and general rules may be compatible prescriptions or not depending on their deontic modalities. In both cases, there is the problem of derogation, that is to say the issue of which rule should be applied. This latter issue is logically distinct by the former sketched above, although there is place for derogation only when multiple qualifications can coexist. In fact, only since a same situation or class of situations may be qualified by more than one rule (*i.e.* multiple qualifications) it makes sense to search and choice the rule (more or less special or general) that has to be applied⁶. In this perspective, a deficiency of the common view is not to stress this point and to put derogation in its proper place: derogation and not speciality is a phenomenon that pertains to the external justification⁷.

4. The speciality and the generality of rules

An inquire in intensional logic

Thus, what is meant by “special rule” or “general rule”? In which sense legal scholars and legal philosophers require that certain rules are “special” or “general”? To which requirements is it possible to qualify a rule as “special” or “general”?

⁶ This point is correctly stressed for instance by Papa (1997).

⁷ From this view, a suitable clarification of the *lex specialis* principle's structure and functions belongs to the analyses of Wróblewski (1967); Lazzaro (1971); Bulygin (1982; 1991; 1992); Comanducci (1992: 60-64); Moreso and Navarro (1996); Navarro, Orunesu, Rodríguez, Suar (2000); Moreso (2002).

Here a term with the term 'rule' leads to a positive prescription determined by legal interpretation and, hence, one of the possible meanings of a written legal statement such as, for instance, a paragraph or a section of a statute or a sentence in a judicial decision.

'Special' and 'general' are correlative terms and predicate adjectives denoting a *genus-species* relationship among certain entities. In its form this relationship is isomorphic to inclusion among mathematical sets and logical classes. This is evident in logic as in the modern natural sciences, where the *genus-species* relationship has a systematic application. But this is invariably indisputable in ordinary languages and also in law.

Legal texts and legal provisions sometimes explicitly qualify themselves as "special" or "general". An interesting sample is the article 6 entitled *Special rule on defence* of the *Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations* according to which *In the case of maintenance obligations other than those arising from a parent-child relationship towards a child (...), the debtor may contest a claim from the creditor on the ground that there is no such obligation under both the law of the State of the habitual residence of the debtor and the law of the State of the common nationality of the parties, if there is one.*⁸ The speciality of this rule, however, does not root in the auto-qualification of the legal statement in which it is expressed, but in the circumstance that the rule gives to a specified category of debtors a determined power of exception that it is presumed all the other debtors do not have.

In many analyses about the *lex specialis* principles it is not clear-cut if speciality and generality are properties of rules rather than of the legal statements in which rules are expressed. As yet I think I am able to show that speciality and generality are properties neither of rules nor of legal statements.

First, these predicates cannot pertain by nature to texts, sentences, statements, words or signs giving that speciality as generality are opposite and correlated conceptual properties, *i.e.* logical-semantic features of concepts. In fact, the concept of color differs from the concept of red, even though the word 'color' does not share a common origin with the word 'red'.

But, in addition, speciality as generality is none a character of legal rules considering a rule as a whole entity. To show this point it is useful to recall our ordinary intuitions. Though rules are not objects, in the same way as the speciality of an object belongs to its features and not to the object in itself, the speciality of a rule is related to its features and not to the rule as a whole. For instance, star apple is a special fruit giving that it has a star-shaped cross section: this specific difference is the relevant feature that makes star apple a special fruit. Equally, rules concerning dogs *ceteris paribus* will be special with regards to rules concerning animals since the concept of dog is special with regards to the concept of animal.

Speciality as generality are features related to the content of legal rules that hence precisely pertains to their conceptual components. Legal concepts that compose rules and not rules themselves are the pivotal terms of the *genus-species*

⁸ Available at http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=133. (Date of access: August 31, 2012).



relationship⁹. Saying that a certain rule is “special” or “general” is a bit empty, although legal scholars never say so.

In this view it becomes crucial inquiring the conceptual relationships existing among legal concept and the real task is to individuate which legal concepts are relevant and count as common elements or specific differences. Of course, this inquiry may be extremely complex considering the nature of legal language.

While there is an evident relation between two rules such those ones that provides that *the right of property shall be inviolable* and that *no person shall be ordered to surrender his property except where required in the public interest*¹⁰: there is no doubt in fact that the latter rule is special with regard to the former given that the concept of property links them. Instead, it is not obvious whether a rule according to which *a third person can be called by a party in guarantee in the first defensive response* is special or not relating to a rule according to which *the guarantor is suited at the first hearing on demand of the parties and with the authorization of the judge*. In this case, the speciality is a variable of the structure of the process.

These samples show that it is logically possible to identify a rule A as “general” with regard to a rule B, or to classify saying that the first denotes a certain genre and the second a species. Conversely, it is impossible to identify any special rule without assuming *ex hypothesis* that it refers to a species of a pre-determinate genre regulated by another rule. In this perspective, the speciality/generality of law and legal rules is not a pure logical-syntactic issue, but entails also in depth a semantic approach. To comprehend speciality/generality is a task that requires an intensional inquiry as in logic so in law. Formal inclusion is based on an ordered construction of concepts or inferior and superior classes¹¹.

⁹ This thesis that the *genus-species* relationship pertains to the semantic content of legal rules so their legal concepts can be explained using two common models of legal rules. On one hand, it can be used the categorical model and the distinction of R.M. Hare (1952; 1967) between the *phrastic* and the *neustic*. According to this model, the speciality of rules may depend on the propositional content of rules, the *phrastic*, and/or on the *neustic*, that is to say, its deontic modality. On the other hand, it can be used the hypothetical rule model, according to which a rule may be special on the strengths of the concepts of its antecedent (the descriptive part of the rule) and/or of its consequent (the effects or the sanction in legal parlance) as well on the strengths of its deontic modality. Legal concepts in my perspective are the basic elements of rules conceiving a rule as a prescription, that is to say, a semiotic and normative entity -on this topic see Scarpelli (1985 and 1969). A concept is a legal concept since it is a part of a legal rule. Legal concepts may belong to ordinary languages or other linguistic contexts (e.g. the discourses of jurists and judges, the legislation process, politics, ethics, natural sciences or other sciences such as economics, etc.). Every legal concept may be relevant to speciality according to certain previous assumptions.

¹⁰ See the art. 73.

¹¹ A very useful device to elucidate the *genus-species* relationship in the domain of law is the strict implication as defined by Lewis (1918; 1950). This form of implication fits in the intensional logic approach, rather than in the extensional logic approach that prevails in contemporary formal logic and mathematics, and it demonstrates that the *genus-species* relationship, in logic as well as in every other domain, included the law, is of a semantic nature. For this reason and given that legal rules are a semiotic object and that their truth-value is problematic, the strict implication notion seems to me the best logic tool to examine the speciality and generality of law. See Zorzetto (2010), Ch. 2 and Appendix: the same structure of Lewis' strict implication is shared by many others logical relationships, such as, for instance, the formal implication of Russell, the intensional implication of Klug, the L-implication of Carnap, the generalized conditional of Quine, the rigid implication of Pasquinelli, the logical consequence of Geymonat. As the historical studies of Bochenski demonstrate, also a form of implication conceived by Diodorus Cronus and described by Crisippus presents the same structure of Lewis' strict implication. This implication is even useful to explicate some logical schemes formulated by medieval and contemporary logicians such as Petrus Abelardus, William of Champeaux, Reichenbach and Toulmin.

Legal concepts, basic assumptions and disagreements

This basic analysis has three important corollaries.

A first corollary is that speciality as generality is not an inner feature of legal rules or laws but it is a variable involved in the previous assumptions of all those who use rules. Hence it largely depends on the assumption of legal interpreters, jurists and judges. An open inventory of some common assumptions might encompass for instance human intuitions about reality, common sense ideas, positive moral considerations, conceptions on the nature and the functions of law, legal doctrines held in certain branches of positive law or legal institutions, legal policies, moral values, hypotheses about purposes or *ratios* of legal rules, ethical or moral values and so on. The construction and conceptual linkages among legal concepts and in particular the *genus-species* relationships lie upon all these factors.

A second corollary is that all the disagreements about the special/general nature of legal rules, that so often characterize legal literature and jurisprudence, are caused, at bottom, by different basic assumptions of interpreters. The assumptions mentioned above are the real origin of the disputes about the speciality insofar they represent the route along which interpreters shape legal concepts and the conceptual linkages among rules. Most disagreements among legal scholars seem to be irresolvable, since these diverse assumptions are normally undeclared in the discussions.

The “fulcrum” of speciality and the relevant legal concepts

A third corollary of my analysis is that a legal rule may be special or general with regard to its antecedent: so the hypothetical model “A → B”, a rule can be special when its antecedent A involves a specific difference. But, a legal rule may be special or general also with regard to its consequence: the sanction or the punishments or the effects in legal parlance, in the model represented by the symbol “B”. Besides, a legal rule can be special or general even considering its ontic modality.

Let us consider the following examples.

Example 1¹²

General rule: *During the period* provided for in Article 42, the consumer has a right to withdraw from the contract.

Special rule: The consumer may exercise the right to withdraw *at any time before the end of the period* of withdrawal provided for in Article 42.

The second rule is special and the first is general, because of the second specifies a feature of the right stated by the first. The italics above illustrate that the key-concept on which the *genus-species* relationship is based is here the concept of duration. When we interpret the expression “*during the period*” its original meaning the specification given by the special rule seems wholly superfluous (redundant in legal parlance). But then it is not so in legal discourses. To understand correctly speciality in law we have to take into account that legal language has its own rules that may be different from the rules that govern ordinary discourses.

¹² See the articles 40 and 41 of the *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law*.



*Example 2*¹³

General rule: *A person who takes the life of another shall be sentenced for murder to imprisonment for ten years or for life.*

Special rule: *A woman who kills her child at birth or at a time, when, owing to her confinement, she is in a disturbed mental state or in grave distress, shall be sentenced for infanticide to imprisonment for at most six years.*

It is apparent that the second rule is special and the first is general. That depends on the *genus-species* relationship existing between the two crimes (and concepts) of murder and infanticide. In fact, if we examine the main clauses of the two rules, we see that a woman in a disturbed mental state or in grave distress is a person; then, killing is a way to take a life; that a child is another person; finally, that the second rule gives relevance to a certain moment of the action, near to the birth and the time of the confinement, while for the first rule the moment of the action makes no difference.

As the italics added to the text illustrate, in this case, as the two crimes are related from genre to species, then so too are the rules. It does not matter whether the two sanctions are different. But, of course, this is not a logical necessity. Speciality is here uncontested since we have the habitual pattern to conceive criminal law as a system of crimes rather than of punishments. There when classifying penal laws as special or general it appears absolutely obvious that the crimes' characters are not those of punishments. However, it is equally obvious, once we think of it, that also punishments may be classified in genera and species. This is particularly evident in those legal systems such as the Italian, Spanish, Slovenian and Swedish legal systems, where the punishments are explicitly classified in penal codes or criminal general acts.

Example 3

General rule: Persons that have a physical disability have the right to be *exempted by military service.*

Special rule: Persons that have a physical disability have the duty to perform a *substitutive civil service* in accordance with their individual capabilities.

In this case, the second rule is special towards the first relating to their effects or consequences. Speciality depends on a double factor: the particular linkages existing between the concepts of exemption and substitution, on one hand, and the concepts of military and civil services, on the other hand.

Example 4

General rule: Parents *are free* to have their children vaccinated.

Special rule: Parents *have a duty to* vaccinate their children.

General rule: Not hunting deer *is permitted.*

Special rule: Hunting deer *is forbidden.*

¹³ See the sec. 1 and 3, of Ch. 3, Part 2, of the *Criminal Code of the Kingdom of Sweden.*

With reference to these rules the *fulcra* of the *genus-species* relationship are the deontic modalities. The provision that parents are free to give a vaccination to their children is general compared with the provision that parents have a duty to vaccinate their children because *in deontic logic ought implies –as a necessary albeit non-sufficient condition– a positive permission*¹⁴. Equally, *the prohibition to do an action whatever it is* (in my example the action of hunting deer) *implies –as a necessary albeit non-sufficient condition– a negative permission, that is to say, the faculty of not doing that action*. When special and general rules are so related then they are necessary consistent and the special one is a logical implication of the general one.

Example 5

General rule: Religious and other beliefs *may be freely professed in private and public life*.

Special rule: *No one shall be obliged to declare his religious or other beliefs in public university entrance examinations*.

The first rule is more general than the second one and the latter might be considered even a specification of the former, giving relevance not only to the material sphere of each rule but also to their deontic modalities. Of course, according to the first rule it is relevant the private and public life in general, rather than the context of public university entrance examinations, specifically points out by the second rule. This reason of speciality is plain. But, over and above that, the reciprocal speciality and generality between these rules could be justified on the strength of another distinct assumption: that to be free is equivalent to be unruled. This is a disputable assumption if truth be told. However, the second rule is a specification of the first general one (*i.e.* refers to a more specific and equally facultative course of action) assuming that to be free means that there is neither a duty nor a positive permission.

Categorization and systematization

Finally, speciality as generality in law depends mostly on implicit categorizations and the conceptual connections constructing among legal concepts in legal practice. Logic leaves open to draw possible alternative and even conflicting *genus-species* relationships among concepts. This means that any legal concept may become the *fulcrum* of a *genus-species* relationship. Which concepts are relevant is a variable of previous not logical assumptions.

Moreover, whenever the basic assumptions are shared in the legal community the speciality/generality of the rules will be solidly embedded in legal reasoning and there will not be disagreements about it. To the contrary, if the basic assumptions of the interpreters are controversial, the special/general nature of rules will be a contested matter and it is openly argued in legal reasoning. In this view, the consensus and the divergences present in the legal practice about speciality may reveal the existence of stable, rather than instable systematics inherent to the legal rules of a certain legal system.

¹⁴ See e.g. Ray (1926), Blanché (2008), Poggi (2000; 2004).

5. The *lex specialis* principle and the deontic relationships among special and general rules

“Prima facie” conflicts and “total-partial” antinomies

A leitmotif in the legal thinking about speciality is that the *lex specialis* principle is a positive rule available to solve and prevent the so-called *total-partial antinomies*. The expression, I borrow of course from Alf Ross (2004: 129-130), is currently used to indicate such *prima facie* conflicts between special and general rules that are not genuine in the eyes of the interpreters and are able to be removed simply using the *lex specialis* principle.

Of course, a total-partial antinomy occurs when the deontic modality of a more general rule A is opposite to, or in contradiction with the deontic modality of a less general rule B (the special rule). A simple example of total-partial antinomy is the following one: a general rule that states that *a party may avoid a contract for mistake of fact* conflicts with the special rule that states that *a party may not avoid a contract for mistake of fact if the risk of the mistake was assumed or should be borne by that party according with the circumstances*.

Nevertheless, speaking of *total-partial antinomies* or of *prima facie* conflicts is a metaphor. On one side, no logical relationship can exist to some extent though not entirely. On the other side, no logical opposition or contradiction can appear or disappear in virtues of a legal rule. Logical inconsistencies exist or not according to the rule of logic and not of law and they regard the intension and not the extension of concepts, propositions or prescriptions.

In this perspective it is misleading to draw a line between such *prima facie* or superficial legal antinomies repealing by derogation and such real legal antinomies that create practical dilemmas in the concrete application of rules. The logical relationships existing between the special and the general rule are identical in either case. The *lex specialis* principle may be used *ex ante* or *ex post*, and the choice between the two alternatives is a matter of argumentative strategy and not a matter of logic.

Inconsistencies and redundancies in law

As I said at the beginning, the analyses about the *lex specialis* principle are focused on legal conflicts among special and general rules and debate in particular the possible combinations of the principle with the *lex posterior* and *lex superior* criteria. This approach is unsatisfactory since *total-partial antinomies* and derogation among special and general rules are two phenomena independent one each other.

When we consider legal antinomies as a logical issue related to the deontic modalities of rules, and not to the application sphere of rules, as I explained above, special and general rules may be compatible, opposite or inconsistent or, even, unrelated according to their deontic modalities indeed.

Of course, special and general rules will be compatible if their deontic modalities are identical. They are necessarily compatible also when the terms of the *genus-species* relationship are the deontic modalities on their own, as in my examples above on vaccination and hunting.

Besides, special and general rules may be incompatible: this happens when, for instance, one prohibits and the other permits or one obligates and the other does not obligate.

Finally, they may be also irrelative: we have this situation, for instance, when one states a special power (viz. to *non liquet* in case of obscurity of law) with regard to a general duty (viz. to render sentences motivated on evidence).

In actual fact, an important characteristic of legal systems is the co-existence of concurrent and repetitive rules not logically inconsistent. There is no doubt that one of the main functions of the *lex specialis* principle is to solve or prevent legal antinomies among special and general rules, but nevertheless when a special rule is compatible and purely repeats what is stated by a more general one it becomes a criterion to solve or prevent a redundancy in law. This latter phenomenon is no less crucial than the former.

When a special rule is compatible with a more general one there is a redundancy because the first tells something just told by the second and, conversely, the second tells something just told by the first. This happens when the deontic modalities of rules are identical but the rules have diverse extent (it is allowed to play; it is allowed to play soccer)¹⁵. But we have a redundancy even when the deontic modalities are compatible, albeit not identical and a rule is more specific than another. So, to play soccer is allowed; players should play soccer in compliance with the rule of the game; players, except goalkeepers, may not touch the ball with the hands or arms during the game, etc. In this view, specifications are fruitful redundancies¹⁶.

There are several examples of this use in our legal systems.

Let us consider for instance the following rules of Italian contract law: *an agreement is void if it is contrary to a mandatory rule; an agreement that limits or releases debtor responsibility in case of gross negligence or fraud is void*. These rules are compatible and the second one, compared with the first, is a special rule, because an agreement that limits or releases debtor responsibility in case of gross negligence or fraud is contrary to the mandatory rule of article 1229 Italian Civil Code.

In some branches of law, such as criminal law, special and general rules are typically construed as compatible rules. In fact in criminal law, the same action (viz. killing her own child by a mother) is often qualified as a crime (viz. infanticide) by a special rule and as a different crime (viz. murder) by another more general rule. In all these situations special and general rules are concurrent rules and a main problem is in fact whether they must be applied together or not; going back to my example, the problem is whether the mother must be incriminated only according to the special rule that punishes infanticide or also to the general rule that punishes murder. Of course, both common law and civil law legal systems have dealt with this problem and have principles and doctrines to solve it, such as the double jeopardy doctrine and the *ne bis in idem* principle. It is the conjunction of such principles and doctrines with the speciality connection, not the speciality relationship by itself, which makes of the infanticide rule an attenuation rather than an aggravation of the punishment for

¹⁵ If the rules have the same extent we have two identical rules or one rule, recurring two times. But this phenomenon is distinct from speciality, since a special rule by definition cannot have the same extent of the general rule regarding a species of a genre.

¹⁶ See e.g. Lazzaro (1985); Nino (1996, pp. 246-248; 1989, pp. 85-101); Ross (2004, pp. 132-133); Tarello (1980, pp. 151-152).



murder. In other branches of law the result of a speciality relationship can be quite different.

Redundancies in law and legal certainty

Thus, approaching the *lex specialis* principle as a pure criterion against legal antinomies is a simplistic habit. The description of the principle made by legal scholars and legal philosophers is, all things considered, not a realistic description of its uses in the current legal practice. The *lex specialis* principle comes into play even when special and general rules are compatible or thought to be so. Its uses are significant in particular when the redundancy seems to be a deficiency of law or when the special rule provides a discipline that in the eyes of the interpreters is not only less generic but also more suitable than the general rule.

In legal text there are often syntactic or linguistic indicators that mark conceptual links between special and general rules and are a sign of the presence of concurrent special and general rules. These traces of redundancies may increase or decrease legal certainty, according with the circumstances.

Let us consider two examples of public law and contract law.

Example 1. Along park lanes dedicated to bicycles and running often there are notices prohibiting the entrance of dogs; sometimes we can find notices that prohibit the entrance of dogs on a short leash.

Example 2. Italian Civil Code says, at art. 1439, that a contract may be voided for fraud if without the deception of one party the other would not have concluded the contract. On the other hand, a statute on franchising contracts says that if one party gives false information, the other party may void the contract according to art. 1439 Civil Code, and is entitled to damages if any occur (viz. art. 8 of L. n. 129/2004).

These examples show the extreme complexity of legal classifications.

It is important to see that the special prohibition against the entrance of dogs on a short leash spell out that putting a leash, albeit short, on dogs is not a relevant characteristic that allows their entrance in park lanes. The leash and its length do not justify a different and opposite regulation. The *ratio* of the special prohibition is easily individuated and it is to keep safe cyclists and runners from the risk of tumbling on leashes and dogs. We can say that in this case the co-existence of the special and the general rule helps to solve a possible hard case.

On the contrary, the special rule on voiding franchising contracts seems unhelpful and produces uncertainty, since according to its ambiguous content we are unable to say how it should be precisely coordinated with the general provision of article 1439 Italian Civil Code. In fact, although we know that giving false information is a sort of fraud and a contract concluded because of fraud can be voided, we are left without guidance as to many others details. For instance, do we have or not to perform a counterfactual test as required by the general rule of art. 1439 and, hence, verify whether in case of true information the party would not have concluded the contract? Moreover, only if damages occur there may be a right to damages; as a consequence, in order to make the provision sound have we to conclude that the contract may be voided even if the party would have concluded it anyway?¹⁷

¹⁷ Consider that Italian Civil Code distinguishes between the case in which in absence of fraud the contract would not be concluded at all, and the case in which in absence of fraud it would have still be

Redundancies in law and logical deduction

Redundancies in law have paramount importance. To produce special rules in presence of more general rule may be not superfluous. General rules are not irrelevant in legal reasoning when there are more specific rules. To fail to think of this would be naïve.

Let us consider the following constitutional rules (Articles 15 and 16 of the *Constitution of the Republic of Slovenia*): Human rights and fundamental freedoms provided by this Constitution exceptionally may be *temporarily* suspended or restricted *during a war or state of emergency*; Human rights and fundamental freedoms may be suspended or restricted *only for the duration of the war or state of emergency, but only to the extent required by such circumstances*.

The second rule is special towards the first and compatible with it, given that it specifies the conditions and circumstances in which human rights and fundamental freedoms may be temporarily suspended or restricted. The first general rule above is itself special and compatible with a third more general constitutional rule such as: *human rights and fundamental freedoms shall be exercised directly on the basis of the Constitution and shall be limited only in such cases as are provided by the Constitution*. The former rules represent in fact a specification of this last rule.

These examples can help to understand an important aspect of speciality of law. As to the content of these rules, the two former special rules, though logically compatible and thus logically repetitive or redundant, have however a great importance from a legal perspective. While the *genus-species* relationship is logical-semantic in nature, however we should not confuse the domains of logic and concepts and their rules and relations with the domain of law and its rules. The content of special rules is not the result of a pure logical operation. In the domain of law we cannot purely derivate special from general rules by logical deduction. The existence or inexistence of legal rules is not simply a logical-semantic matter, but belongs to material activities and historical-political processes, that is to say, finally, human choices and decisions. It follows that a legal system that does not contemplate the two special rules I mention above would be very different from a legal system that does contemplate them.

6. The derogation among special and general rules

The “lex specialis” principle as a meta-rule of legal justification

My previous examples show that derogation and antinomies are logically independent of each other and speciality, in itself, does not requires or entails derogation. When we speak of derogation between special and general rules we do not deal with their legal concepts or the deontic modalities of rules, but we consider rules as reasons of action in the domain of legal justification.

The phrase “rule A derogates from rule B” means that if the first rule A, not the second rule B must be applied. If rule A derogates from rule B, only the rule A enters the chain of legal justification to justify the solution of legal cases; whilst the second rule B is excluded from the process of justification. Using the syllogism model, we can say that derogation among rules concerns the selection of the major

concluded but with a different content. Art. 1439 It. Civ. Cod. provides a right to void the contract for the first case, while art. 1440 It. Civ. Cod. provides a right to damages for the second.

premise of the syllogism (the so-called external justification, as opposed to the internal justification, that is to say the subsumption process).

In short, derogation is an answer to the question which rule must be applied? Or which rule has to be chosen among all those that may qualify the situation in hand. This is true relating both to the concrete cases decided by the courts and to the abstract cases invented by legal scholars.

That a first rule derogates from a second rule depends on the existence, in a legal system, of a third meta-rule on legal application. In a legal system there can be many different meta-rules that state that a certain kind of rules derogate from another. According to these meta-rules, a rule can derogate from the others for many different reasons. The *lex specialis* principle is only one of these meta-rules and its characteristic feature is that the reason of derogation is the *genus-species* relationship.

According to the *lex specialis* principle any special rule derogates from all those one more general, precisely *on the strength of its higher speciality/lower generality*, and not –albeit most theories argue the opposite– *on the strength of its inconsistency*.

There, the usual way of presenting the *lex specialis* principle is incomplete and misleading.

It is incomplete because it ignores one side of the matter: all the uses in which a redundancy rather than an antinomy is open to debate. It is also misleading because it confuses two alternative and distinct reasons of derogation (speciality and inconsistency).

As a result, the common view about the *lex specialis* runs the risk to surreptitiously increase judicial discretion in the selection of rules to support outcomes reached on other grounds. In this respect, it is important not to forget that, which rule ought to prevail, whether the special or the general one, is not decided by logic and it is not a plain consequence of speciality.

To the contrary, the choice of the rule that must be applied depends on the meta-rules on the application of law that exist in each legal system. In this, each legal system makes its own choices.

The criterion “lex generalis derogat speciali” and other clauses

From all this, it can be said that special rules derogate from general ones but it can also be said that certain general rules shall derogate from special rules and prevail on them according to the opposite criterion *lex generalis derogat legi speciali*.

For instance, the article 2672 of the Italian Civil Code provides an unless clause for those provisions of special statutes that impose a transcription in real property registers of acts different from those enumerated by the Code and of all the other provisions not inconsistent with Civil Code rules on transcription: this means that the Civil Code general rules derogate from and prevail with respect to the inconsistent special provisions of other statutes.

On the other hand, it can also happen that certain special and general rules must be applied together rather than derogate each other. Consider for instance clauses such as these: “Notwithstanding ...”, “These articles are

without prejudice to...” or “Irrespective of the provisions of paragraphs... of this article”.

Clauses such as these are embedded meta-rules regulating the application of law and they can be included in general as well as in special rules. In both cases they impose to interpreters to put together some special and general rules in order to achieve a consistent combination among them.

Sometimes legislation contemplates complex versions of the *lex specialis* principle. Consider a relevant example with broad application in international law, art. 2 of the *Annex 2 of the WTO Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*:

The rules and procedures of this Understanding shall apply subject to such special or additional rules and procedures on dispute settlement contained in the covered agreements as are identified in Appendix 2 to this Understanding. To the extent that there is a difference between the rules and procedures of this Understanding and the special or additional rules and procedures set forth in Appendix 2, the special or additional rules and procedures in Appendix 2 shall prevail. In disputes involving rules and procedures under more than one covered agreement, if there is a conflict between special or additional rules and procedures of such agreements under review, and where the parties to the dispute cannot agree on rules and procedures within 20 days of the establishment of the panel, the Chairman of the Dispute Settlement Body provided for in paragraph 1 of Article 2 (referred to in this Understanding as the “DSB”), consulted with the parties to the dispute, shall determine the rules and procedures to be followed within 10 days after a request by either Member. The Chairman shall be guided by the principle that special or additional rules and procedures should be used where possible, and the rules and procedures set out in this Understanding should be used to the extent necessary to avoid conflict.

This provision clearly shows that the *lex specialis* principle is part of positive law, where it may function equally as a criterion to solve or prevent antinomies and as a criterion to connect and unify special and general rules in order to achieve a more complete regulation of a certain matter.

The “lex specialis” principle in criminal law

As I remember above, in many legal systems the *lex specialis* principle is used to solve the concurrence of crimes. For my purposes, it is significant that its formulation changes in each legal system.

For instance, the Italian penal code states at art. 15 that *unless the contrary is stated, special statutes or provisions derogate general ones, when the same matter is regulated by more than a criminal statute or provision of the same criminal statute*. Italian criminal lawyers interpret this article as an instance of the *lex specialis* principle¹⁸.

First, it is important to note that it contains an unless-clause (*unless the contrary is stated*) that leaves open the possibility that other provisions might provide different criteria. Both the Italian Penal Code and many other Italian criminal statutes contain numerous rules and clauses that exclude derogation or state different reason of derogation such as the typology of punishments or the competent legal authority (viz. federal, national, local, European authorities, etc.).

¹⁸ See e.g. Conti (1959); Pagliaro (1961); De Francesco (1980); Romano (2004); Masera (2006); Gatta (2008: 169).

Second, we can compare art. 15 of the Italian Penal Code with art. 8 of the Spanish Penal Code: *Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: 1ª. El precepto especial se aplicará con preferencia al general. 2ª. El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible. 3ª. El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél. 4ª. En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor*¹⁹.

The task of both the Italian and Spanish statements above is to regulate the redundancies among criminal rules; however they say something different. Saying that *los hechos son susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos* as does the Spanish Penal Code is in fact another way to approach the matter of redundancy in law. Under this respect, the *legal drafting* of the Spanish Penal Code is better than the Italian one: while the Italian version uses the *a b g o s* expresso “*sa e atter*” to el t the relevant rules among which judges have to select the right one, the Spanish one refers explicitly to its purpose, that is regulating the phenomenon of multiple qualification of actions by criminal rules.

Now, both Italian and Spanish statements express meta-rules on application of law. But art. 8 of the Spanish Penal Code enumerates explicitly four criteria: *i*) the *lex specialis* principle; *ii*) the principal/subsidiary criterion (usually, this criterion is e be e legal state e ts cla ses s ch as “Except where otherwise state”, “less the sa e acto s p she b article...” or “respect ve w th the other prov s o s o th s article or paragraph ...” a so o); *iii*) the incorporation criterion, which typically involves a reasoning such as this: killing a man has a greater offensiveness than damaging his clothes, hence murder prevails on damages; *iv*) the criterion of the measure of punishments, that major crimes prevail on minor ones.

Art. 15 Italian Penal Code states the *lex specialis* principle as a general rule adding an unless open clause.

However, we do not have to exaggerate this difference in legal texts. The four criteria enumerated above are in fact widely used in Italian criminal law, as in many other countries, albeit not expressly formulated in penal codes or statutes as in Spain.

Therefore, it is important to see that all these four criteria may be applied to special and general rules; but while the *lex specialis* principle may be applied only if there is a *genus-species* relationship; the other three criteria may be applied whenever criminal rules interfere.

In fact principal/subsidiary rules, incorporated/incorporating rules and minor/major severe rules may be correlated from *genus* to *species* and, hence, refer to a genre and a species, but they may also overlap solely in a certain extent and, hence, rule each one a different species. Typical examples of the latter rules are rules such as *hunting deer is prohibited* and *hunting in natural parks is prohibited*; or *every citizen has the right to vote* and *women have the right to vote*. Legal scholars a e th s st ato “b lateral or rec procal spec al t”. Th s s a slea g oto , as

¹⁹ See e.g. Bacigalupo (1999: 570); Ruiz Sanz (2003); Palma Herrera (2008); Prieto Sanchis (2002) and the historical analysis of Matus (2001a: 295-371; 2001b: 357-400).

inclusion and interference are two distinct logical relationships: the first is represented by two circles one wholly included in the other; while the second is represented by two circles each of one overlaps the other only to a certain extent.

All of this is well known and obvious. But it is important to see that if the principal rule is also special with regards to a subsidiary more general one, then the principal/subsidiary criterion produces the same result as the *lex specialis* principle. On the contrary, if the principal rule is more general than the subsidiary one, then the principal/subsidiary criterion operates in the opposite direction than the principle *lex generalis derogat speciali*.

Furthermore, the incorporation criterion can be construed as a sort of *lex specialis* principle and, conversely, our principle is sometimes conceived as the incorporation criterion. Many legal scholars assign a “scale of crimes” based on the values and goods protected by criminal rules and thus classify criminal rules according to their degree of offensiveness. In this perspective, as seen above, murder normally includes or absorbs damages and bodily harm; equally, to make another typical example, rape or sexual assault normally includes or absorbs violence.

Consider that in a well-ordered criminal system punishments should be proportionate to criminal offensiveness to values protected by criminal rules. In such case the *lex specialis* principle in the sense of incorporation criterion turns to coincide with the criterion of major/minor punishment.

7. Some argumentative uses of the *lex specialis* principle

An agenda for further research

Most legal practitioners currently use the *lex specialis* principle in ways rather different from a criterion against antinomies or redundancies in law I illustrated above. In this last paragraph I will present other two main uses of the principle.

A first use is known as the *ejusdem generis* rule and is typical in particular of common law legal culture. Yet, as the name reveals, this rule is original of Roman law tradition and these days it is widespread also in civil law legal systems, albeit ignored by current continental theories about the *lex specialis* principle. In this use the *lex specialis* principle is a lexical argument and it applies directly and openly to legal concepts.

The second use of the *lex specialis* principle is less evident but has great importance in legal reasoning. The principle is frequently embedded in complex argumentative schemes in which the idea that special rules derogate from those more general is combined with other traditional legal arguments.

The following points are mere sketches and hints that require further studies.

The doctrine of “ejusdem generis”

When the *lex specialis* principle is used as the *ejusdem generis* rule, the idea that *lex specialis derogate generali* turns into the idea that *generi per speciem derogatur* (i.e. species derogate from genus). This was the medieval and most philosophical interpretation of the Latin legal maxim (Stein, 1968; Talamanca, 1977).



The idea is that *generi per speciem derogatur* applies generally to criminal statutes and other general acts or to private acts such as contracts. This is a conceptual scheme used mainly when there are definition and series of words in a legal text.

In a common perspective it is a rule of construction of legal texts: *where general words follow the enumeration of particular classes of persons or things, the general words will be construed as applicable only to persons or things of the same general nature or class as those enumerated (In re New Castle County De, Appellant v. National Union Fire Insurance Company of Pittsburgh, 2000; Garner, 1999).* According to the doctrine of *ejusdem generis*, this rule is *an instrumentality for ascertaining the correct meaning of words when there is uncertainty. Ordinarily, it limits general terms which follow specific ones to matters similar to those specified; but it may not be used to defeat the obvious purpose of legislation. And, while (...) statutes are narrowly construed, this does not require rejection of that sense of the words which best harmonizes with the context and the end in view (In re United States v. Powell, 1975; In re Gooch v. United States, 1936).* Courts sometimes consider it as *one phase of the application of the broader rule under the maxim noscitur a sociis which is defined The meaning of a doubtful word may be ascertained by reference to the meaning of words associated with it (Broom's Legal Maxims)* and, hence, apply it *where the general words precede the specific terms, when it is manifest that such particular terms have reference to subjects embraced within the meaning of the general words (In re Spartan Airlines Inc., 1947).*

This version of the *lex specialis* principle represents a lexical legal argument in the genuine sense that regards legal lexicon. Considering it a literal or a textual canon, according to the common view, is slippery. In reality, it is an argumentative scheme to determine the specific content of those legal concepts that are expressed in general in legal statements and especially in legal definitions. There it is important to repeat once more time that even in this version the *lex specialis* principle does not regard words and signs, single terms or syntagmas. The idea that *generi per speciem derogatur* is indeed a rule to shape the conceptual relationships among legal concepts. In short, concepts and not linguistic terms are, properly speaking, the species and the genus.

Hybrid argumentative schemes

In addition, many arguments used in legal practice are a combination of the *lex specialis* principle with others traditional legal arguments. In actual fact the *lex specialis* principle is used together and appears jointly with typical legal arguments such as, to give some samples, the *a contrariis* argument, the rule from principles, the *ratio legis* rule, the mischief rule, the golden rule, the reasonable rule, the intention of legislator rule and so on (*In re Rodgers v. United States case*, (1902), Supreme Court of United States, No. 137, 185 U.S. 83).

Thus, the common argument according to which *it is unreasonable to have two rules that say the same thing so as the more specific one says truly something different* is but another formulation of the *lex specialis* principle when special and general rules are compatible one each other. This argument has various names (maybe, the most common names are the economic argument and the reasonable legislator canon). According with a certain view it expresses an essential feature of a rational legislator (Nino, 1989). What is more important is that, on one hand, it applies to rules able to exist or occur together without any conflict; on the other hand, it requires a further justification, since we can ever ask why to repeat a certain rule would be unreasonable. Still in legal texts, as in common discourses, sometimes

repetitions are far from unreasonable and to the contrary they seem perfectly justified. Moreover, in many significant circumstances anaphora is a deliberated strategy to structure legal texts (this is patent for instance especially in European legislation, as the numerous repetition within the *Treaty on European Union* and the *Treaty of on the Functioning of the European Union* reveal: *inter alia*, viz. articles 24 and 31 TUE, and 20 and 21 TFUE²⁰).

Sometimes the *lex specialis* principle merges into a peculiar version of the *a contrariis* argument. According to two common arguments, *every general legal rule should be applied only to the genus and not to its species, unless a special rule states the contrary and everything that is not explicitly permitted by a special rule should be considered as implicitly forbidden*²¹. These arguments are internally contradictory strictly applied. According to the first argument, general rules should not be applied in any case, unless an express rule provides the converse. But, this patently denies the generality as it is: in virtues of generality, general rules apply necessarily to a genre including all the species. The second argument entails that any species would be regulated as opposed as the genre and hence every other species too. This argument represents a general stop to generality in law. But it is unfeasible giving that opposition is a two-terms relationship, while the species of a genus may be uncountable and in logic are infinite in number.

However, the two arguments above mentioned are closed to another common argument: it is widespread the belief that *when a special rule seems incomplete, in order to fulfil the discipline of the species general rules might be applied but not directly, instead by analogical reasoning*²².

This thesis is fallacious. In fact, the analogical reasoning is able to run according to two genres or to a genre and a species of another genre, but not with reference to a genre and its species. As it is well known, the analogical reasoning consists in the determination of a remarkable similarity between two entities that

²⁰ Art de 24 TUE “1. (...) The co o oreg a secr t polc s s bject to spec c rles a procedures. It shall be defined and implemented by the European Council and the Council acting unanimously, except where the Treaties provide otherwise. The adoption of legislative acts shall be excl e . ” Art de 31 TUE “1. Dec s o s er th s Chapter [i.e. Specific provisions on the common foreign and security policy] shall be taken by the European Council and the Council acting unanimously, except where this Chapter provides otherwise. The adoption of legislative acts shall be excluded.” Art de 20 TFEU “2. Ct zes o the U o shall e jo the r ghts a be s bje ct to the t es prov e or in the Treaties. They shall have, inter alia: (a) the right to move and reside freely within the territory of the Member States; (b) the right to vote and to stand as candidates in elections to the European Parliament and in municipal elections in their Member State of residence, under the same conditions as nationals of that State; (c) the right to enjoy, in the territory of a third country in which the Member State of which they are nationals is not represented, the protection of the diplomatic and consular authorities of any Member State on the same conditions as the nationals of that State; (d) the right to petition the European Parliament, to apply to the European Ombudsman, and to address the institutions and advisory bodies of the Union in any of the Treaty languages and to obtain a reply in the same language. These rights shall be exercised in accordance with the conditions and limits defined by the Treaties and b the eas res a opte there er .”; Art de 21 TFEU “1. Ever ctze o the U o shall have the right to move and reside freely within the territory of the Member States, subject to the limitations and co t o s la ow the Treat es a b the eas res a opte to gve the e ect”.

²¹ See e.g. Tribunal of Rome, Sez. V, decree 6-22 July 2011; Tribunal of Varese, ordinance 20 December 2011; Tribunal of Rome, Sez. V, decree 8 February 2012; Tribunal of Catania, Sez. I, decree 24 February 2012; Tribunal of Como, Sez. Cantù, ordinance, 2 February 2012; Tribunal of Palermo, Sez. Bagheria, ordinance 30 December 2011. All these decisions concern civil mediation and in particular the issue whether private agreements on usucaption concluded ahead of a mediator may or not be presented for transcription in the real property official registers. The first two decisions are available on-line at <http://www.101mediatori.it/pagina/sentenze> (Date of access: August 31, 2012); all the others are on-line available at <http://www.progettoconciliamo.it/giurisprudenza/1,320,1> (Date of access: August 31, 2012).

²² See e.g. Mandrioli and Carratta (2012: 315, 326, 320).



under all other respects are assumed as distinct and unrelated. Even though this last assumption often remains unexpressed, it is an essential feature of analogical reasoning, because it is the bases on which the reasoning starts. Only upon this assumption the identification among many differences of a relevant similarity makes sense and this identification is the core of analogical reasoning. So, if this is true, the fundamental bases of analogical reasoning lacks when we have a genre and its species. Obviously, between a genre and its species there is no a broad bundle of differences but an identified common element and a specific difference.

A last striking argument related to speciality of law concerns the authentic interpretation, *i.e.* the interpretation of a law by the “same authority that proposes what has to be interpreted. In an opinion, this kind of interpretation would be done only with regard to special provisions and not to those general²³. Expressed so broadly the argument is spurious because of neither the generality nor the speciality itself preclude or contribute interpreting authentically a certain legal provision. However, the thesis in hand catches a glimpse of truth. It can be amended saying that when we have a generic statement, each of the possible interpretations that concerns only a particular species rather than the whole genre to which the statement refers, does not represent, in the actual fact, a genuine interpretation of the original statement and to the contrary it makes explicit another more specific rule (a special rule). This is another evidence of the circumstance that speciality can be bound up to specification and derogation, and it is logically distinct from inconsistencies in law.

To conclude, a close analysis of the *lex specialis* principle gives two main lessons. First, its role as a criterion against legal antinomies is not the sole one existing in legal practice and, maybe, it is not the most common and remarkable one. Second, the *lex specialis* principle represents a pervasive, albeit implicit scheme of reasoning when taking into account its overlappings and combinations with the other traditional legal arguments constructing legal reasoning.

Bibliographical References

- AGUILÓ REGLA, J. (1995), *Sobre la Derogación, Ensayo de Dinámica Jurídica*, Fontamara, México.
- LCH URR N, C.E., and KINS N, D. (1981), “Hierarchy of Regulations in the Logic”. In HILPINEN, R. (ed.), *New Studies in Deontic Logic. Norms, Actions, and the Foundations of Ethics*, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht, Boston, Hingham.
- BACIGALUPO, E. (1999), *Derecho penal. Parte general*, Hammurabi, José Luis Depalma Editor, Buenos Aires.

²³ On February 2011, the Italian legislator had introduced a provision (art. 2, 61° paragraph, Law n. 10/2011) to give an authentic interpretation of the art. 2935 Italian Civil Code, never modified since the promulgation of the Code in 1942. This article states a very general rule about prescription: in fact, it regulates the expiry of claimants in a generic manner without portraying any distinction among any kinds of claims. On the other hand, the authentic interpretation of the legislator dealt with a specific kind of contracts relationships: it considers only banking operations related to a loan account. The article quotes that “Ilor e alle operazioni bancarie regolate in conto corrente l'art. 2935 del codice civile si interpreta nel senso che la prescrizione relativa ai diritti nascenti dall'annotazione in conto inizia a decorrere dal giorno dell'annotazione stessa. In ogni caso non si fa luogo alla restituzione di importi già versati alla data entrata in vigore della legge o verso e del presente decreto legge”. The Tribunal of Brindisi-Ostuni, ordinance March 10, 2011, submits a constitutional issue with regard to art. 2, par. 61, Law n. 10/2011, denouncing conflicts to articles 3, 24, 101, 102, 104, 111, 117 of the Italian Constitution. Other seven tribunals submit the same issue to the Supreme Court. With the judgment n. 78 hold on April 2, 2012, the Constitutional Court has declared that the article 2, par. 61, Law n. 10/2011 does not comply with Constitution for two main reasons: because it conflicts with the principle of reasonableness and with the article 117, 1° par., of Italian Constitution, considered jointly with the art. 6 ECHR as interpreted by the European Court of Human Rights.

- BARBERIS, M. (2011), *Manuale di Filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino.
- BLANCHÉ, R. (2008 [1966]), *Structures intellectuelles: essai sur l'organisation systématique des concepts*, J. Vrin, Paris.
- B BBI , N. (1967), "S crter per rsolvere le a t o e". *Studi in onore di Antonio Segni, Vol. I*, Giuffrè, Milano.
- BOBBIO, N. (1993), *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino.
- BULYGIN, E. (1982), "T e a Val t". I MARTINO, A.A. (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, North-Holland Publ. Co., Amsterdam.
- BULYGIN, E. (1991), "lg as co s eraco es sobre los s ste as j rí cos", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N.º. 9, pp. 257-279.
- BULYGIN, E. (1992), "S ll' terpretaz o e g r ca", *Analisi e diritto 1992. Ricerche di giurisprudenza analitica*, pp. 11-30.
- BULYGIN, E. (2007), "Raz la teoría el erecho. Co e taros sobre P e e haber a teoría el erecho?» e Joseph Raz". In BULIGYN, E., RAZ, J. and ALEXI, R. *Una discusión sobre la teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid.
- BULYGIN, E., RAZ, J. and ALEXI, R. (2007), *Una discusión sobre la teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid.
- CARCATERA, G. (1990), *Metodologia giuridica. Corso di studi superiori legislativi 1988-1989*, Cedam, Padova.
- C RC TERR , G. (1994), "L'argo e to a co traro". I CASSESE, S. et. al. (eds.), *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Il Mulino, Bologna.
- CHIASSONI, P. (1999), *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Giuffrè, Milano.
- COMANDUCCI, P. (1992), *Assaggi di metaetica*, Giappichelli, Torino.
- C NTI, L. (1959), "Co corso appare te or e", *Novissimo Digesto Italiano, Vol. III*, Utet, Torino.
- DE FRANCESCO, G. (1980), *Lex Specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Giuffrè, Milano.
- DÍAZ TOLOSA, R.I. (2010), "Concurrencia de normas: la norma especial no siempre desplaza a la general", *Duc in Altum*, No. 19. Available on-line at: <http://www.slideshare.net/ReginalIngridDazTolosa/concurrencia-de-normas> (Date of access: August 31, 2012).
- ENGISCH, K. (1970), *Introduzione al pensiero giuridico*, Baratta A. (ed.), Giuffrè, Milano.
- FERRAJOLI, L. (2007), *Principia iuris. Teoria del diritto, I*, Laterza, Roma-Bari.
- FERRER BELTRÁN, J. and RODRÍGUEZ, J.L. (2011), *Jerarquía normativa y dinámica de los sistemas jurídicos*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires.
- FROSALI, R.A. (1971 [1937]), *Concorso di norme e concorso di reati*, Giuffrè, Milano.
- GARCÍA MÁYNEZ, E. (1959), *Lógica del concepto jurídico*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.
- GARNER, B.A. (ed.) (1999), *Black's Law Dictionary*, West Group, St. Paul.
- GATTA, G.L. (2008), *Abolitio criminis e successione di norme integratrici: teoria e prassi*, Giuffrè, Milano.
- GAVAZZI, G. (1959), *Delle antinomie*, Giappichelli, Torino.
- GU RIN NI, R.V. (2001), "Desp s, as alto excepc o al. Cr teros e sol c de incompatibili a es or atvas", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 24, pp. 547-558.
- GU RIN NI, R.V. (2006), "Derogac esp s", *sonom a. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N.º. 24, pp. 77-91.
- GUASTINI, R. (2011), *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano.

- HARE, R. (1967), "Some Logical Derivatives between Imperatives and Imperatives", *Mind*, Vol. 76, N° 303, pp. 309-326.
- HARE, R.M. (1952), *The Language of Morals*, Oxford University Press, London.
- HUERTA OCHOA, C. (2003), *Conflictos Normativos, Un verso a Nacional*, t o a e xco, xco.
- IRTI, N. (1999), *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano.
- KELSEN, H. (1962), "Derogatio". In Newman, R.A. (ed.), *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, The Bobbs-Merrill Co., Indianapolis.
- KELSEN, H. (1991), "Derogatio: The Repeal of the Valid or a Normative", *General Theory of Norms*, Clarendon, Oxford.
- KELSEN, H. (1991), "Concepts of Norms", *General Theory of Norms*, Clarendon, Oxford.
- KLUG, U. (1996), "Sobre el concepto de concurso de leyes (Análisis lógico de una regulación lingüística y la dogmática penal)", *Problemas de la filosofía y de la pragmática del derecho*, Fontamara, Mexico.
- LEZZI, G. (1971), "Sussidio", *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XVIII, Utet, Torino.
- LAZZARO, G. (1985), *Entropia della legge*, Giappichelli, Torino.
- LEWIS, C.I. (1918), *A Survey of Symbolic Logic*, University of California Press, Berkeley.
- LEWIS, C.I. and LANGFORD, C.H. (1950 [1932]), *Symbolic Logic*, Dover, New York.
- MANDRIOLI, C., and CARRATTA, A. (2012), *Corso di diritto processuale civile. L'esecuzione forzata, i procedimenti speciali, l'arbitrato e la mediazione*, Vol. III, Giappichelli, Torino.
- MANTOVANI, F. (1966), *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Zanichelli, Bologna.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, D. (2007), *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Marcial Pons, Madrid.
- SER, L. (2006), "Concorso ordo e concorso reat". In CASSESE, S. (dir.), CATENACCI M., et al. (coord.), *Dizionario di diritto pubblico*, Vol. II, Giuffrè, Milano.
- TUS, J.P. (2001), "La Teoría del Concurso (parete) y Leyes y la Dogmática Alemana, desde sus raíces hasta el Presente: (Primera Parte)", *Ius et Praxis*, Vol. 6, N° 2, pp. 295-371. Available on-line at: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=49&Itemid=27. (Date of access: August 31, 2012).
- TUS, J.P. (2001), "La Teoría del Concurso (Aparente) de Leyes en la Dogmática Alemana, desde sus raíces hasta el Presente: (Segunda Parte)", *Ius et Praxis*, Vol. 7, N° 2, pp. 357-400. Available on-line at: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122001000200016&lng=es&nrm=iso. (Date of access: August 31, 2012).
- DUGN, F. (1979), "Normas especiales, especiales", *Enciclopedia del derecho*, Vol. XXVIII, Giuffrè, Milano, pp. 506-533.
- RES, J.J. (2002), "Constitución para el costo", *Diritto & Questioni Pubbliche. Rivista di filosofia del diritto e cultura giuridica*, Núm. 2. Available on-line at: http://www.dirittoquestionipubbliche.org/D_Q-2/testi/D-Q-2_moreso.htm. (Date of access: August 31, 2012).
- MORESO, J.J. and NAVARRA, P.E. (1996), "Aplicabilidad y eficacia de los reglamentos". In COMANDUCCI, P. and GUASTINI, R. (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Giappichelli, Torino.
- NAVARRO, P.E., ORUNESU, C., RODRÍGUEZ, J.L. and SUCRÉ, G., "La aplicabilidad de las normas jurídicas", *Análisis e derecho 2000. Ricerche di giurisprudenza analitica*, pp. 133-152.
- NINO, C.S. (1989), *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, Universidad Nacional Autónoma de México,

México. Available on-line at: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=892>.
(Date of access: 31 August, 2012).

- NINO, C.S. (1996), *ntroduzione all'analisi del diritto*, Giappichelli, Torino.
- P GLI R , . (1961), "Co corso or e (r. pe .)", *Enciclopedia del diritto*, Vol. VIII, Giuffrè, Milano.
- P GLI R , . (1976), "Relaz o log che e apprezza e t valore el co corso or e pe al", *L'indice penale*, fasc. 2, p. 217.
- PALMA HERRERA, J.M. (2008), *Los actos copenados*, Dykinson, Madrid.
- PAPA, M. (1997), *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Giappichelli, Torino.
- PATTARO, E. (2005), " verview o Practcal Reaso q as", *Scandinavian Studies in Law*, Vol. 48, pp. 251-267. Available on-line at: www.scandinavianlaw.se/pdf/48-16.pdf. (Date of access: August 31, 2012).
- PIN , G. (2006), "L'ab so el r tto tra teor a e og at ca (preca zo per l' so)". In MANIACI, G. (ed.), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Giuffrè, Milano.
- P GGI, F. (2000), "“ bbl gator o’ pl ca ‘per esso’", *Analisi e diritto 2000. Ricerche di giurisprudenza analitica*, pp. 195-215.
- POGGI, F. (2004), *Norme permissive*, Giappichelli, Torino.
- PRIET S NCHÍS, L. (2002), " bservaco es sobre las a t o as el crter o e po erac ", *Diritto & Questioni Pubbliche. Rivista di filosofia del diritto e cultura giuridica*, N° 2. Available on-line at: http://www.dirittoequestionipubbliche.org/D_Q-2/testi/D-Q-2_prieto.htm (Date of access: August 31, 2012).
- PRUD'H E, N. (2007), "Lex specialis: oversimplifying a more complex and multifaceted relationship?", *Israel Law Review*, Vol. 40, No. 2, pp. 355-395.
- RAY, J. (1926), *Essai sur la structure logique du code civil francais*, Felix Alcan, Paris.
- R DILL , . . (2009), " U a l g ca o á ca? Cohere ca sste a j rí co e Kelse ", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 32, pp. 255-314.
- ROMANO, M. (2004), *Commentario sistematico al codice penale, I, art. 1-84*, Giuffrè, Milano.
- ROSS, A. (2004 [1958]), *On Law and Justice*, The Lawbook Exchange, Ltd., Clark, New Jersey.
- RUIZ NER , J. (2005), " lgunas concepc o es el erecho s s lag as". I ATRIA, F., BULIGYN, E., MORESO, J.J., NAVARRO, P.E., RODRÍGUEZ, J.L. and RUIZ MANERO, J. (eds.), *Lagunas en el derecho. na controversia sobre el derecho y la funci n judicial*, Marcial Pons, Madrid.
- RUIZ SANZ, M. (2003), *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, Dykinson, Madrid.
- S SS LI, . (2007), "Le DIH, e lex specialis par rapport a x ro t h a s?". I AUER, A., FLÜCKIGER, A., HOTTELIER, M. (eds.), *Les droits de l'homme et la constitution. Études en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni*, Schulthess, Genève.
- SCARPELLI, U. (1985 [1959]), *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Giuffrè, Milano.
- SCARPELLI, U. (1969), *Semantica, morale, diritto*, Giappichelli, Torino.
- SCH B S, W. . (2007), "Lex specialis? Belt and suspenders? The parallel operation of human rights law and the law of armed conflict, and the conundrum of jus ad bellum", *Israel Law Review*, Vol. 40, N° 2, pp. 592-613.
- STEIN, P. (1966), *Regulae Iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgh University Press, Edinburgh.
- STEIN, P. (1968), "The For ato o the Gloss 'De Regulis Iuris' a the Glossators' Co cept o 'Regula'". In ROSSI, G. (ed.), *Atti del Convegno internazionale di studi accursiani: Bologna, 21-26 ottobre 1963*, Vol. II, Milano, Giuffrè.



- T L NC , . (1977), "Lo sche a 'genus-species' elle sste atche e g rst ro a ". I *Colloquio italo-francese. La filosofia greca e il diritto romano (Roma, 14-17 aprile 1973)*, Vol. II, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma.
- TARELLO, G. (1980), *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano.
- WR BLEWSKI, J. (1967), "Il o ello teor co ell'applcaz o e ella legge", *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, N°. 1, pp. 10-30.
- ZORZETTO, S. (2010), *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, ETS, Pisa.

Legal Texts

Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, Charter of Fundamental Rights of the European Union (Official Journal of the European Union C 83 Volume 53, 30 March 2010), Editions in all the European official languages available on-line at: <http://www.consilium.europa.eu/documents/treaty-of-lisbon?lang=en> (Date of access: 31 August, 2012).

Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, Brussels, 11 October 2011, COM(2011) 635 final, available on-line at http://ec.europa.eu/justice/newsroom/news/20111011_en.htm (Date of access: August 31, 2012).

Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations, English text available on-line at http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=133 (Date of access: August 31, 2012).

Criminal Code of the Kingdom of Sweden, adopted in 1962 and entered into force on 1 January 1965 and subsequent amendments (Unofficial translation made by Bishop, N.). English text available on-line at <http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes> (Date of access: August 31, 2012).

The Constitutional Act of Denmark, of June 5, 1953 (Unofficial translation). English text available on-line at <http://legislationline.org/documents/section/constitutions> (Date of access: August 31, 2012).

Constitution of the Republic of Slovenia, of 23 December 1991, consolidated including amendments adopted up to the Constitutional Act of 20 June 2006 (Unofficial translation). English text available on-line at <http://legislationline.org/documents/section/constitutions> (Date of access: August 31, 2012).

Civil Procedure Act Zakon o pravdnem postopku, or ZPP of 1999 amended in 2004 (Unofficial translation). English text available on-line at: <http://sgdatabse.unwomen.org/searchDetail.action?measureId=35623&baseHREF=country&baseHREFId=1186> (Date of access: August 31, 2012).

In re Rodgers v. United States case, Supreme Court of United States, 185 U.S. 83 (1902), text available on-line at <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/185/83> (Date of access: August 31, 2012).

In re Gooch v. United States, Supreme Court of United States, 297 U.S. 124 (1936), text available on-line at <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=297&invol=124> (Date of access: August 31, 2012).

In re United States v. Powell, Supreme Court of United States, 423 U.S. 87 (1975), text available on-line at <http://laws.findlaw.com/us/423/87.html> (Date of access: August 31, 2012).

In re Spartan Airlines Inc., 1947, Supreme Court of Oklahoma Case n. 32386, decided 21 October 1947, text available on-line at <http://law.justia.com/cases/oklahoma/supreme-court/1947/1995-1.html> (Date of access: August 31, 2012).

In re New Castle County De, Appellant v. National Union Fire Insurance Company of Pittsburgh, Pa, United States Court of Appeals for the Third Circuit, 243 F.3d 744, argued 31 October 2000, filed 21 March 2001, text available on-line at <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/243/744/603710/> (Date of access: June 1, 2012).

Tribunal of Rome, Sez. V, decree 6-22 July 2011, available on-line at <http://www.101mediatori.it/pagina/sentenza?titolo=il-verbale-di-conciliazione-con-cui-si-accerti-l-usucapione-non-puo-essere-trascritto-1&id=85> (Date of access: August, 31, 2012).

Tribunal of Varese, ordinance 20 December 2011, available on-line at <http://www.101mediatori.it/pagina/sentenza?titolo=le-controversie-in-materia-di-usucapione-non-sono-soggette-alla-mediazione-obbligatoria-ex-art-5-d-lgs-28-2010-pena-il-rischio-di-una-applicazione&id=117> (Date of access: August 31, 2012).

Tribunal of Palermo, Sez. Bagheria, ordinance 30 December 2011, available on-line at <http://www.progettoconciliamo.it/giurisprudenza/1,320,1>, (Date of access: August 31, 2012).

Tribunal of Como, Sez. Cantù, ordinance, 2 February 2012, available on-line at <http://www.progettoconciliamo.it/giurisprudenza/1,320,1>, (Date of access: August 31, 2012).

Tribunal of Rome, Sez. V, decree 8 February 2012, available on-line at <http://www.progettoconciliamo.it/giurisprudenza/1,320,1>, (Date of access: August 31, 2012).

Tribunal of Catania, Sez. I, decree 24 February 2012, available on-line at <http://www.progettoconciliamo.it/giurisprudenza/1,320,1>, (Date of access: August 31, 2012).



Derechos, mercado y luchas políticas. A propósito de la reforma sanitaria de la Administración Obama

María Luz Rodríguez Fernández

Universidad de Castilla-La Mancha

Marialuz.rodriquez@uclm.es

Resumen

En 2010, el modelo norteamericano de protección de la salud fue sometido a una profunda reforma por parte de la Administración Obama. En este artículo se analizan las disfunciones y los costes que produce un modelo sanitario privado y basado en el juego del libre mercado, así como la confrontación política en torno a dicha reforma. También es objeto de análisis, fundamentalmente desde la perspectiva económica, el llamado "mandato individual" u obligación ciudadana de tener seguro médico, que es la pieza clave de la reforma, junto con los motivos que han llevado a la Corte Suprema de los Estados Unidos a considerar el mismo un impuesto y su conformidad con la Constitución.

Palabras clave

Reforma sanitaria, Administración Obama, cobertura universal de la salud, mandato individual, Corte Suprema.

88

Obamacare: Rights, Market and Political Struggle

Abstract

Obama Administration made a deep reform of US Health Care in 2010. Analyse the dysfunctions and costs that provokes a private and market based health care system, as well as the political controversy that followed such reform, is the main objective of this article. It is also analysed, basically from an economic point of view, the so-called "individual mandate", i.e., the legal obligation to contract a medical insurance, considered as the key of the Obama reform. Finally, the article studies the Supreme Court arguments considering the individual mandate a tax and, consequently, according to US Constitution.

Keywords

Health care reform, Obama Administration, universal health care, individual mandate, Supreme Court.

The term 'social insurance' to describe this institution implies both that it is compulsory and that men stand together with their fellows.

W. Beveridge, *Social Insurance and Allied Services*¹

1. Un mercado privado de salud en busca de una reforma

Para alguien que ha crecido en la cultura jurídica del Estado Social puede resultar sorprendente el modo elegido por la Administración Obama para garantizar la protección de la salud de toda la población norteamericana. A diferencia de lo que sucede en buena parte de los países europeos, donde sus constituciones reconocen los derechos sociales, Estados Unidos no ha completado la evolución en el ámbito de los derechos que explicara T. H. Marshall (1950: 10-27) en *Citizenship and Social Class*, ya que, una vez reconocidos los derechos civiles y los políticos, la Constitución americana -o, más bien, la sociedad americana- nunca ha dado el paso de reconocer en el mismo nivel los derechos sociales. Por ello, ni en el pasado ni en el presente han apelado a la Constitución o a un inexistente derecho a la salud de la ciudadanía para construir su sistema sanitario. Es el mercado el que proporciona los cuidados sanitarios a la gran mayoría de los norteamericanos y es interviniendo en el mercado como la Administración Obama pretende obtener el acceso universal al sistema de salud.

Los norteamericanos tienen Seguridad Social desde el 15 de agosto de 1935, cuando, a iniciativa del Presidente Franklin D. Roosevelt, y formando parte de la política del llamado *New Deal*, se aprobó la *Social Security Act*. Pero en ella no se garantizaba prestación pública alguna en relación con el cuidado de la salud. Treinta años más tarde, durante el mandato del Presidente Lyndon B. Johnson, y dentro de la política conocida como *Great Society*, se aprobó la *Social Security Amendments of 1965*. En esta ocasión sí se abordaron las prestaciones sanitarias de la población, aunque de manera claramente limitada. Fue entonces cuando se crearon los dos grandes programas públicos de salud que todavía hoy están vigentes en Estados Unidos: *Medicare* y *Medicaid*. El primero, de carácter federal, es un programa destinado a garantizar la protección de la salud de la población mayor de 65 años y de las personas con discapacidad. En la actualidad, son 48'7 millones de personas (40'4 millones de mayores de 65 años y 8'3 millones de personas con discapacidad) las que están acogidas a este programa, con una inversión pública que ascendió en 2011 a 549'1 billones de dólares². *Medicaid* cubre la asistencia sanitaria de las personas con menos ingresos, se administra por los estados y, según los últimos datos oficiales, son 66'6 millones de norteamericanos los que obtienen cuidados de salud por medio de él, con una inversión pública de 383'4 billones de dólares en el último año (*Medicaid.gov*, 2010).

A pesar de la impresión que puedan causar estos datos, sobre todo vistos desde un país como España que tiene poco más de 47 millones de habitantes, no conviene confundirse. Estados Unidos no tiene un sistema público y mucho menos universal de salud. *Medicare* y *Medicaid* son una mínima parte del modelo sanitario. Redes de seguridad destinadas a la población más vulnerable: personas mayores, con discapacidad o pobres. El resto de la población compra sus prestaciones sanitarias en el mercado. Lo que ilustra bien cómo conciben los norteamericanos lo

¹ Beveridge (1942: 13). El informe original puede consultarse en el sitio web: http://news.bbc.co.uk/2/shared/bsp/hi/pdfs/19_07_05_beveridge.pdf. Revisado el 11 de junio de 2012.

² Véase The Boards of Trustees of The Federal Hospital Insurance and Federal Supplementary Medical Insurance Trust Funds (2012).



que en Europa llamamos Estado del Bienestar. Para ellos es el mercado el mejor mecanismo de distribución de recursos, incluidos los que tienen que ver con el cuidado de la salud. Sólo en los huecos que deja el mercado, por razón de una ineficiencia que ellos no suelen atribuir al funcionamiento del mismo, puede situarse la acción pública de protección social. Residual, marginal o supletoria respecto de la propia acción privada (Fives, 2008: 30). Por eso, ni hablan de derechos cuando se refieren a las prestaciones sociales, ni éstas están construidas jurídicamente como tales³. Y por eso también, cada vez que alguno de sus Presidentes ha intentado ir más allá de este esquema en materia de política social, se ha generado una fuerte confrontación política que casi siempre ha dado al traste con el intento. Como veremos, eso mismo es lo que ha reproducido la reforma sanitaria de la Administración Obama.

2. Falta de cobertura universal, alto coste económico y desigualdad

El mercado proporciona a los norteamericanos cuidados de salud aunque también no pocos problemas. Por lo que aquí interesa, el primero de ellos es que hay muchas personas que no tienen cobertura sanitaria; el segundo, que la inversión que necesita el sistema es muy elevada; y el tercero que se trata de un sistema que genera una fuerte desigualdad (Lettieri, 2010).

En Estados Unidos hay 51 millones de personas que no tienen seguro médico (The Congressional Budget Office, 2010). Lo que significa que, en caso de ponerse enfermas, tendrán que pagar los gastos de la asistencia sanitaria que necesiten. Si todas ellas pudieran pagarse desde una radiografía hasta un trasplante de corazón, probablemente no hubiera mayor dificultad, pero los datos nos invitan a pensar que la mayoría de estas personas no puede y que, por tanto, tener seguro médico sería para ellas una condición necesaria para acceder y/o poder pagar los cuidados de salud. Tengamos en cuenta que, según recoge la propia Ley que reforma la sanidad norteamericana, esto es, la *Patient Protection and Affordable Care Act* de 2010, el 62% de las “bancarrotas” de personas físicas están causadas por los costes de las prestaciones sanitarias o que, en 2008, último dato oficial, las personas sin seguro dejaron impagados 43.000 millones de dólares en costes de sanidad⁴ (PPACA, 2010: 144).

Probablemente, algunas de estas personas son *free riders* y no tienen seguro porque no quieren. De hecho, uno de los perfiles que se dibuja entre las personas sin seguro es el de los jóvenes sanos que no temen enfermar (Wulsin y Dougherty, 2009: 2). Pero ello produce unas consecuencias humanas y económicas muy graves. Más de 20.000 norteamericanos mueren cada año porque la falta de seguro médico les impide poder tratarse a tiempo de su enfermedad⁵. Este es el lado humano de haber decidido no asegurarse, en un país en el que la falta de seguro o el ahorro en el coste del mismo hacen que la medicina preventiva -crucial, por ejemplo, en la detección del cáncer- sea casi inexistente. El lado económico es menos dramático, pero igualmente negativo. A fin de compensar los impagos que las personas sin seguro producen en el mercado de la salud, las compañías aseguradoras deslizan el coste de esos impagos sobre las primas que pagan aquellos otros que sí se aseguran. Se calcula que esta práctica, conocida con el

³ Tal es el criterio de su Corte Suprema en *Flemmim v. Nestor* 363 U.S. 603 (1960).

⁴ La *Patient Protection and Affordable Care Act* (PPACA; Public Law 111-148) fue aprobada el 23 de marzo de 2010. Los datos referidos en el texto pueden hallarse entre los *Findings* de la SEC. 1501 (F) y (G).

⁵ Este es el dato que proporciona el Institute of Medicine of the National Academies (2009). Sin embargo, en un estudio más reciente de Families USA (2010), se habla de más de 26.000 personas muertas en 2010 por falta de seguro médico.

nombre de *stealth premium*, incrementa el coste de un seguro familiar en 1.017 dólares al año y el de un seguro individual en 368 dólares al año (CCH, 2010: 224).

Ello agrava el problema de aquellos que no tienen seguro sencillamente porque no pueden. Junto a los jóvenes sanos, miles de trabajadores/as con bajos salarios de empresas que no ofrecen planes para el cuidado de la salud⁶ son el otro gran colectivo de no asegurados. Para ellos, el factor determinante de la falta de seguro es el coste que supone el mismo para la economía personal o familiar (Wulsin y Dougherty, 2009: 2). Quede claro que no estamos hablando de las personas con menos ingresos, ya que, como vimos antes, éstas están cubiertas por *Medicaid*. Nos referimos a una franja de población que está claramente por encima del umbral de pobreza pero no gana lo suficiente como para asumir con holgura el pago de un seguro médico, de modo que "prefiere" asumir el riesgo de enfermar sin esa red de seguridad. Una situación ésta que, además, ha ido en aumento en los últimos tiempos, debido a la crisis económica y al desempleo que también aquejan a los Estados Unidos. Y que tiene el efecto perverso de impulsar la subida de los precios de los seguros médicos y, en consecuencia, hacer cada día más difícil que este segmento de la población pueda asegurarse.

Recordemos siempre que estamos en presencia de un mercado y que debemos aplicar su lógica. Por tanto, si los costes de las aseguradoras que proporcionan cuidados de salud a los norteamericanos se mantienen, porque la población enferma y sus enfermedades no varían sustancialmente, pero hay menos personas que pagan el correspondiente seguro médico, a fin de mantener los beneficios de estas empresas, el lógico resultado es un incremento de precios de la prestación sanitaria y/o de la prima de los propios seguros médicos. De hecho, en los últimos nueve años, el precio de estos seguros ha subido más que los salarios y que el índice de precios al consumo (Wulsin y Dougherty, 2009: 3).

91

Pues bien, sea porque no quieren o sea porque no pueden, lo cierto es que la falta de seguro médico de esta parte importante de la población les genera problemas a ellos mismos y al resto de la sociedad. Los problemas médicos se escapan de un artículo de estas características, pero están bien documentados en el informe del *Institute of Medicine of the National Academies* (2009) titulado *Americas's Uninsured Crisis: Consequences for Health and Health Care*. Sí diré, no obstante, que todo parece indicar que hay un segmento de la ciudadanía norteamericana cuya protección de la salud es más que deficiente. A ello se suman los efectos económicos ya vistos: el posible encarecimiento de las prestaciones sanitarias y de los propios seguros médicos de todos los demás ciudadanos.

Lo que no es más que una parte del otro problema que tiene el modelo sanitario norteamericano: es muy caro⁷. Muy caro para los ciudadanos a título particular y muy caro también para el conjunto de la ciudadanía. Vaya por delante que siempre he pensado que, en el debate en torno a los derechos sociales, el argumento económico es el de peso menor. Pero precisamente por esa razón me interesa destacar ahora que la inversión que demanda un modelo sanitario como el

⁶ La mayor parte de la población norteamericana obtiene seguro médico mediante los planes de seguro que le ofrece la empresa en la que trabaja y que, por lo general, están previamente consensuados con los sindicatos. Según la *Patient Protection and Affordable Care Act* son 176 millones de trabajadores los asegurados por esta vía. Véase PPACA (2010: 144), especialmente SEC. 1501, *Findings* (D).

⁷ De acuerdo con un informe del *Institute of Medicine of the National Academies* (2010), los factores que encarecen la sanidad norteamericana son "los servicios innecesarios, las ineficiencias en la provisión de servicios, los altos precios, los costes administrativos innecesarios, las oportunidades de prevención perdidas y el fraude".



norteamericano, privado y no público, y basado en el juego de la oferta y la demanda propio del mercado, es muy alta.

Los datos que suministra la propia *Patient Protection and Affordable Care Act* son bien elocuentes a ese respecto. En 2009, el gasto total en materia de salud de los norteamericanos fue de 2.500.000.000.000 dólares, esto es, 2'5 trillones de dólares, lo que representa cerca de un 18% (el 17'6%) de su PIB⁸. Ningún modelo de sanidad público y universal supone más allá del 12% del PIB de su correspondiente país⁹. Así pues, y en vista de estos datos, un modelo de sanidad privado y basado en el mercado es más caro que cualquiera de los modelos públicos y universales de salud que conocemos. Lo mismo sucede si miramos el gasto *per capita* en materia sanitaria. Estados Unidos tiene el más alto de los países de la OCDE: 7.960 dólares¹⁰. Datos estos que habría que retener para el debate en torno a la sostenibilidad de nuestro Estado Social y, más aún, para ese otro que utiliza dicho argumento económico a fin de enmascarar un debate ideológico sobre la privatización de al menos una parte de nuestra sanidad.

El tercero de los problemas del modelo de protección de la salud norteamericano es que de él se derivan evidentes desigualdades. Desigualdades, para empezar, en relación con la población asegurada. La mayor parte de las personas que no tienen seguro médico son de origen latino (los llamados "latinos" representan el 15'4% de la población de Estados Unidos y son, sin embargo, el 32'3% de la población no asegurada) o de raza negra (los "blacks" representan el 13'3% de la población, pero un 16'7% de los no asegurados)¹¹. Diferencias también por razón de sexo. Primero, al respecto de la cobertura sanitaria, ya que se calcula que en 2011 había 19 millones de mujeres entre 18 y 64 años sin seguro médico¹². El motivo de estas diferencias, las que se refieren a las mujeres aunque también las que guardan relación con el origen o el color de las personas, probablemente se encuentre en el hecho de que la mayor parte de la población asegurada lo está a través de los planes de seguro médico de sus propias empresas, con lo que aquellas personas que tienen más dificultades para acceder al empleo las tienen también, y por esa misma razón, para tener un seguro médico. De esta forma, el empleo -tenerlo o no tenerlo, o las propias características del mismo- se convierte, a su vez, en una fuente de desigualdad en materia sanitaria. Pero las diferencias por razón de sexo no acaban ahí. También se producen en caso de estar aseguradas: las mujeres pagan más por el mismo seguro médico que los hombres, un billón de dólares más que ellos cada año¹³.

Hay, por otra parte, desigualdades que tienen que ver con la edad. Habitualmente las personas mayores pagan más por sus seguros médicos que las personas más jóvenes, porque se considera la edad como un factor de riesgo. Tanto que a veces el precio del mismo seguro llega a multiplicarse por 25 en función de la edad de la persona asegurada. Y las hay, finalmente, y quizá sean estas las peores de todas, en relación con la propia asistencia sanitaria. Al tratarse de un mercado de seguros -pensemos que funciona como el mercado de seguros de nuestros coches-, las personas pueden decidir la cobertura que quieren tener en materia de salud y también el porcentaje de co-pago de los gastos sanitarios que están dispuestas a

⁸ PPACA (2010: 143), especialmente SEC. 1501, *Findings* (B).

⁹ Según datos proporcionados por la OCDE (2009). En esa fecha el gasto sanitario en España representaba el 9'5% de su PIB.

¹⁰ Cfr. Whitehouse (2012: 3). Son datos relativos a 2009; en ese año el gasto *per capita* en materia sanitaria en España era de 3.068 dólares.

¹¹ Cfr. Institute of Medicine of the National Academies (2009).

¹² Rosenthal, L. y Arons, J. (2012).

¹³ *Ibidem*.

asumir. Naturalmente, cabe pensar que todas las personas desean tener el mayor y el mejor, o de más calidad, acceso a las prestaciones sanitarias, pero la decisión al respecto depende, en los Estados Unidos, de lo que esa persona pueda pagar en función de su nivel de renta. 72 millones de norteamericanos declaran que tienen dificultades para pagar las facturas sanitarias, con lo que puede presumirse que han contratado una cobertura sanitaria que está por encima de la que pueden permitirse (o lo que es lo mismo: dado su nivel de rentas, deberían haber elegido una asistencia sanitaria menor o de peor calidad). No obstante, el fenómeno inverso es más nocivo. 25 millones de adultos norteamericanos están "infra-asegurados", esto es, tienen una póliza de seguros cuyo precio, probablemente el que han podido pagar, no les garantiza la asistencia sanitaria que necesitan¹⁴. De lo que se deduce que, en el modelo sanitario norteamericano, y es esta una triste conclusión, la protección de la salud de la ciudadanía depende en gran medida de su renta.

3. Intentos anteriores de reforma: la historia de un fracaso

En vista de lo anterior, no puede resultar extraño que, desde hace ya tiempo, haya habido en Estados Unidos momentos políticos en que se haya querido alterar el *status quo* de su sanidad. En 1945 lo intentó el Presidente Harry S. Truman, quien propuso la creación de un seguro nacional de salud, pero fracasó tras una fuerte campaña en contra de los sectores más conservadores de la sociedad, que le acusaron de estar próximo a las ideas del comunismo¹⁵. Casi 50 años después, en 1994, fracasó también, y por razones similares, el Presidente William J. Clinton, cuya reforma sanitaria estaba basada en la obligación de todos los ciudadanos norteamericanos de tener seguro médico¹⁶. Es decir, basada en el conocido como "mandato individual", que vuelve a ser la pieza clave de la reforma sanitaria de la Administración Obama, emprendida en 2009 y aprobada en 2010.

93

Antes de continuar, me interesa destacar tres aspectos, que ilustran bien por qué me refiero a las luchas políticas en el título de este artículo. El primero, y quizá menos relevante, es que el Presidente Barack H. Obama no defendió el "mandato individual" como eje de su reforma sanitaria durante su campaña electoral, sino la obligación de los padres de asegurar la cobertura sanitaria de sus hijos. La que sí defendió el "mandato individual" durante su campaña para ser la candidata del Partido Demócrata a la Presidencia de los Estados Unidos fue Hillary Rodham Clinton, que hoy es su Secretaria de Estado (Wulsin y Dougherty, 2009: 15).

El segundo, y más importante, es que han sido siempre Presidentes del Partido Demócrata los que han intentado modificar el modelo sanitario y representantes políticos del Partido Republicano los que han estado y están, a veces fieramente, en contra de ello. En un país en el que no parecen existir las ideologías, resulta que las agendas políticas de unos y otros, de los demócratas y los republicanos, son, en el fondo, bien diferentes. Lo que demuestra que todavía hoy, y a pesar de la tan extendida e interesada opinión acerca de la similitud ideológica de todos los dirigentes políticos, las opciones políticas o ideológicas de quienes gobiernan siguen afectando -y diré que, al menos para mi concepción de la democracia, eso es positivo- a la configuración del modelo de sociedad.

Finalmente, y también en el terreno de la política, la reforma sanitaria de la Administración Obama no se ha librado de las mismas críticas que tuvieron las precentes. Una y otra vez se alude a ella, desde los sectores *libertarios*, como una

¹⁴ Véase The Commonwealth Fund (2010).

¹⁵ Véase. Truman, H.J. (1945).

¹⁶ Cfr. Merlis, M. *et al.* (2010).



nueva muestra de *big government*, en el sentido, muy negativo para estos sectores, de ser un nuevo intento de intervención del Gobierno en el discurrir del libre mercado y la economía (Epstein, 2010-2011: 4).

4. La pieza de la discordia: el "mandato individual", una pieza del libre mercado

Sin embargo, el famoso "mandato individual", la pieza clave y más controvertida de la reforma sanitaria de la Administración Obama, es un mecanismo que juega dentro del libre mercado. En efecto, aun habiendo reconocido que el modelo sanitario estadounidense era fuente de notables ineficiencias y que, por ello, había de ser sometido a una profunda reforma, la Administración Obama no ha propuesto un cambio radical de su *status quo*. La reforma sanitaria de 2010 es muy extensa e intensa, sí, pero hay algo que no cambia en lo sustancial, y es que es el mercado el que sigue siendo el gran proveedor de la asistencia sanitaria. Ni se ha reconocido a la población norteamericana el derecho a la protección de la salud, lo que hubiera conllevado su automática universalización, ni se ha caminado en la dirección de crear un modelo sanitario público o, como ellos lo denominan, un modelo *single-payer* (Lettieri, 2010). Al contrario, la vía elegida ha sido obligar a todos los ciudadanos a estar dentro del mercado, mediante la correspondiente compra de un seguro médico por parte de aquellos que no lo tienen.

En eso consiste, básicamente, el conocido como "mandato individual", aunque la *Patient Protection and Affordable Care Act* nunca lo llame así. En la Ley se habla de "responsabilidad individual", en un intento de construir una narrativa política y jurídica donde el acento se pone, no en los derechos que se poseen en cuanto ciudadano, sino en las obligaciones y responsabilidades que se asumen por vivir dentro de una determinada comunidad (Hunter, 2010-2011: 1963). En cualquier caso, sea responsabilidad o mandato, lo cierto es que, a partir de 2014, fecha en la que entra en vigor esta parte de la Ley, toda la población norteamericana estará obligada a tener un seguro médico, sea porque están dentro de alguno de los programas públicos como *Medicare* o *Medicaid*, sea porque lo obtienen a través de sus empresas, sea porque lo adquieren a título individual. De no disponer del correspondiente seguro médico, y siempre que económicamente se lo hubieran podido permitir por no superar su coste el 8% de su renta, el ciudadano o ciudadana "resistente" vendrá obligado a pagar una determinada suma de dinero al erario público cuando haga su declaración de impuestos¹⁷. Suma ésta que, apelando nuevamente a la retórica *comunitarista* a la que antes me refería, la Ley denomina *shared responsibility payment*, sin aclarar, no obstante, si su naturaleza jurídica es la de un impuesto para contribuir al sostenimiento de los costes sanitarios o la de una sanción por incumplimiento del deber de tener seguro médico. Como veremos después, la consideración al respecto de esta cuestión ha sido fundamental a la hora de enjuiciar la adecuación o no a la Constitución del "mandato individual".

Conviene, no obstante, aclarar que la utilización del mismo como fórmula para intentar universalizar la cobertura sanitaria no es un invento de la Administración Obama. Alguno de los más afamados comentaristas políticos atribuye la idea de aplicar esta fórmula en la realidad norteamericana a una propuesta hecha en los años '80 por la *Heritage Foundation*¹⁸, uno de los más potentes *think tank* de pensamiento conservador, que hoy es, sin embargo, una de

¹⁷ Para un análisis más detallado de la regulación del "mandato individual", véase CCH, 2010: 224-234.

¹⁸ Véase Zakaria (2012).

las más firmes detractora de la misma¹⁹. Hay, además, experiencias internacionales que pueden haber servido de guía. En prácticamente todas las crónicas sobre el "mandato individual" se consigna que Estados Unidos ha seguido la dirección de las experiencias habidas al respecto en Suiza desde 1996 y en Holanda desde 2006, fruto, esta última, de la privatización de su anterior modelo sanitario. En ambos países europeos, en lugar de existir el modelo de sanidad propio del Estado Social, el mercado de la salud es privado y tener seguro médico, obligatorio (Leu, Rutten, Brouwer *et al.*, 2009: vii).

Pero quizá lo más sorprendente, sobre todo teniendo en cuenta la controversia política levantada en relación con el mismo, es que el "mandato individual" ya existe y está en funcionamiento en los Estados Unidos. Muy sorprendente -y muy paradójico también- porque, en 2006, fue Massachusetts el primer Estado que puso en marcha una reforma sanitaria prácticamente idéntica a la propuesta a nivel federal por la Administración Obama, incluida la obligación de toda la población de estar en posesión de un seguro médico. En 2008, primer año de vigencia del "mandato individual", se aseguraron más de 430.000 personas; en 2009, segundo año de su vigencia, Massachusetts había conseguido que el 97'4% de su población tuviera seguro (Wulsin y Dougherty, 2009: 21). El artífice de esta reforma, y entonces Gobernador de Massachusetts, fue Willard Mitt Romney, actual candidato del Partido Republicano a la Presidencia de Estados Unidos y que -por paradojas del destino o, más bien, imperativos de la lucha política- hoy abomina del "mandato individual", de su propia reforma y hasta de los resultados, aparentemente exitosos, de la misma.

Nuevamente nos encontramos con la influencia de la lucha política, como he dicho antes muy presente en todos los avatares habidos en torno a la reforma sanitaria. A veces, como parece ser el caso del candidato republicano a las elecciones presidenciales de 2012, por razones de pura estrategia electoral: naturalmente, aunque él practicara la misma política, ahora que está en la carrera presidencial puede resultarle "arriesgado", porque le haría perder los votos de los sectores contrarios a la misma, decir que está de acuerdo con la política de sanidad de su oponente político. Otras, sin embargo, por razones que parecen ser más profundas.

La reforma sanitaria de la Administración Obama inaugura, para algunos, una nueva forma de entender la "identidad nacional", ya que abre un debate público, que nunca antes había existido con la misma fuerza en la sociedad de los Estados Unidos, sobre las obligaciones y responsabilidades que cada uno asume frente a los demás cuando convive en su misma comunidad (Hunter, 2010-2011: 1956). Frente a esta versión claramente *comunitarista*, está la del otro lado, la *libertaria*. Es decir, la de aquellos que piensan que la reforma sanitaria de la Administración Obama es un ataque a la libertad de los norteamericanos y a la forma de comprender el gobierno y la economía propia de los mismos, motivo por el que apelan a la completa desregulación del mercado de la sanidad como vía para acabar con los problemas que, pese a todo, reconocen que existen (Epstein, 2010-2011: 7). En esta tensión entre el *comunitarismo* y el *individualismo* se ha movido siempre, según los conocedores de la cultura política de este país, el Partido Republicano, que hoy, quizá también por la presión política de sus sectores más conservadores, está alejándose de las doctrinas *comunitaristas* y acercándose a las del puro *individualismo*. Ello explicaría la actitud mostrada por los republicanos en relación con la reforma, aun estando basada, como se dijo antes, en un mecanismo como el

¹⁹ Véase una muestra de cuál es la opinión de la *Heritage Foundation* sobre la reforma sanitaria de la Administración Obama en Owcharenko *et al.* (2010).



"mandato individual" que opera dentro del mercado y tiene por finalidad reforzar el mismo (Dionne, 2012: 250 y 251).

En efecto, el "mandato individual" es el intercambio habido para que el modelo sanitario de los Estados Unidos pueda seguir basado en el juego del mercado (Smith, 2011: 1726 y 1727). Páginas atrás he relatado algunas de las disfunciones que produce este modelo, desde el punto de vista sanitario, social y económico, pero no son las únicas, hay dos más que interesa destacar ahora. Las personas con condiciones "preexistentes" de salud, esto es, con alguna enfermedad previa como el asma o la diabetes, pueden tener serias dificultades para encontrar quien les asegure e, incluso, una vez aseguradas, pueden ver rescindida su póliza porque el coste de su asistencia sanitaria sea más elevado del inicialmente previsto. Del otro lado sucede, sin embargo, lo que se denomina habitualmente "selección adversa", que significa que la mayor propensión a disponer de seguro médico la tienen las personas con peores condiciones de salud o aquellas que están próximas a enfermar, de modo que la probabilidad de que los asegurados necesiten cuidados de salud se incrementa de manera exponencial y el coste de los cuidados de salud que van a necesitar estos asegurados -y que las aseguradoras van a tener que asumir- será probablemente también mucho más alto (Wulsin y Dougherty, 2009: 3).

Pues bien, la *Patient Protection and Affordable Care Act* pretende acabar, en un determinado periodo de tiempo, ya que la puesta en marcha de todas las previsiones de la misma tiene un calendario que llega hasta 2019, con todas las disfunciones que produce el mercado de la salud a las que me he referido. No es cuestión de volver a enumerarlas, pero sí, por ejemplo, de señalar que se limita ampliamente la posibilidad de que los seguros médicos sean más caros en razón del sexo o la edad de la persona asegurada; que se exige la puesta en práctica de planes de medicina preventiva sin que ello pueda ser causa del encarecimiento de la póliza del seguro médico; que todos los seguros tendrán que ofrecer un "paquete" mínimo de cuidados sanitarios básicos o esenciales para evitar el fenómeno de las personas "infra-aseguradas"; o que no podrá dejarse sin asistencia sanitaria a nadie por muchas y graves que sean sus condiciones preexistentes o sobrevenidas de salud²⁰.

Es claro que todas estas exigencias legales encarecen la asistencia sanitaria y que, por ello, las empresas podrían haberse "defendido" frente a las mismas derivando su coste al precio de los seguros médicos, con el resultado de hacerlos mucho más caros para sus usuarias y usuarios. Pero, entonces, el fenómeno de la "selección adversa" -que ya hoy significa que el 5% de la población norteamericana soporta el 50% de los costes de los cuidados de la salud²¹- se hubiera agravado y hubieran sido muchos más los pacientes sanos o sin especiales problemas de salud los que, ante la subida de los seguros, podrían haber optado por dejar de estar asegurados. Ello habría frustrado los dos grandes objetivos de la reforma, la rebaja de los precios de los seguros para hacer el acceso a los cuidados de salud más asequible y la extensión con vistas a la cuasi-universalización de la cobertura sanitaria. Es más, para conseguir el cumplimiento de ambos objetivos, la propia *Patient Protection and Affordable Care Act* va en dirección contraria y establece mecanismos -como la necesidad de justificar las subidas de precio de los seguros

²⁰ El conjunto de las medidas de la Ley, así como el calendario de su puesta en marcha, puede consultarse en The Commonwealth Fund (2010: 1-3).

²¹ Véase Cohen y Willian (2012).



médicos o la creación de los llamados *Exchanges* por parte de los Estados²²- que tratan, más bien, de contener el encarecimiento de los seguros médicos.

Ante ello, esto es, ante el encarecimiento de los costes y la imposibilidad fáctica o legal de subir los precios, una parte importante de las empresas del mercado de la salud hubiera tenido dificultades económicas para seguir adelante o, cuando menos, una pérdida importante de sus beneficios. De forma que, para salvarlas, para salvar el mercado como modelo (Hunter, 2010-2011: 1975 y 1976), la única solución posible era expandir al máximo el número de personas que pagan seguros médicos, logrando, así, que el mayor coste que suponen las exigencias de la nueva Ley se reparta entre todos los ciudadanos y que, por tanto, el mayor riesgo de algunos y su mayor coste en materia de cuidado sanitario se compensen con el riesgo menor y el coste prácticamente inexistente que causan los que, aun pagando seguro, no precisan cuidados de salud. Ese es el significado económico del "mandato individual" y el por qué, por primera vez en la historia de las reformas sanitarias de los Estados Unidos, las empresas aseguradoras y las farmacéuticas están completamente de acuerdo con la misma (Lettieri, 2010).

5. La ironía del destino: el "mandato individual" es constitucional porque es un impuesto

Pese a ello, los republicanos han emprendido una cruzada política y jurídica frente a la reforma, tachándola de inconstitucional y residenciando el conflicto en sede judicial. Empezaron en los Estados donde han conseguido que los "tribunales supremos" de dos de ellos, Florida y Virginia, hayan declarado que la reforma sanitaria contraviene, en efecto, la Constitución de los Estados Unidos (Hodge *et al.*, 2011: 395). Después, el conflicto se ha llevado hasta la Corte Suprema. Pero se ha hecho de una manera un tanto sorprendente. Una y otra vez puede escucharse a líderes republicanos decir que el "mandato individual" es contrario a la libertad de las personas porque las obliga a adquirir un seguro médico, quieran o no quieran hacerlo. Con lo que habría cabido esperar que, de una u otra forma, el recurso ante la Corte Suprema hubiera versado sobre si obligar a alguien a adquirir un seguro médico es o no coherente con la libertad de los norteamericanos garantizada por su Constitución. Un argumento jurídico *libertario* que habría podido canalizarse a través de la cláusula sobre el *due process of law* prevista en la Quinta Enmienda. Pero no. Ese no es el argumento del recurso republicano frente al "mandato individual". El argumento jurídico con el que los republicanos han atacado la pieza clave de la reforma sanitaria de la Administración Obama es la falta de competencia del Congreso de los Estados Unidos para imponer la obligación de estar asegurado amparándose en el poder que le da la Constitución para regular el comercio interestatal. Una causa, así pues, sobre *federalismo* y no sobre libertad (Smith, 2011: 1724 y 1725).

Pues bien, desde este punto de vista, el "mandato individual" podría ser, en efecto, inconstitucional. Pero no lo es, en opinión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, si, en lugar de apelar al poder para regular el comercio interestatal, la imposición del "mandato individual" se entiende que forma parte del poder que

²² Los llamados *Exchanges* deben ser creados por cada uno de los Estados a efectos de tener alguna clase de intervención pública en relación con la compra de seguros médicos por parte de sus ciudadanos. La configuración de los *Exchanges* en la *Patient Protection and Affordable Care Act* es muy abierta, de forma que el *Exchange* puede ser desde una página web que permita a los ciudadanos tener mayor conocimiento sobre los seguros médicos que pueden encontrar en el Estado de que se trate hasta una especie de agencia que compre ella misma los seguros médicos que necesite la ciudadanía. Véase más ampliamente Hunter (2010-2011: 1983-1994).



posee el Congreso para establecer impuestos²³. Es, en verdad, complicado e irónico. Complicado porque parece que el enjuiciamiento sobre la constitucionalidad del "mandato individual" se ha hecho desde un prisma totalmente diferente al que impera en la opinión pública y al que han utilizado los recurrentes. E irónico porque ha sido un juez de los considerados conservadores, el *Chief Justice* C. J. Roberts, el que ha "salvado" la constitucionalidad del "mandato individual", al considerar que puede "leerse" como un impuesto, calificación que siempre se había negado a admitir -al menos públicamente- la Administración Obama.

Es cierto que la *Patient Protection and Affordable Care Act* entiende que el "mandato individual" es un acto de naturaleza económica y comercial y que, por tanto, el poder constitucional que ampara su imposición es el reconocido en el Artículo I, Sección 8, Cláusula 3 de la Constitución de los Estados Unidos para regular el comercio "entre varios Estados"²⁴. Quizá haya sido por ello por lo que la tacha de inconstitucionalidad del "mandato individual" no haya estado fundada en la cláusula sobre el *due process of law* sino, como dije antes, en las competencias del Congreso, negando que la competencia para regular el comercio interestatal pudiera alcanzar la imposición de contratar un seguro médico. Pues bien, la Corte Suprema da plenamente la razón a los recurrentes en este punto.

Aunque en casos anteriores, como *United States v. Lopez* o *United States v. Morrison*, la Corte Suprema había negado la competencia del Congreso para proceder a la regulación de comportamientos individuales de naturaleza no económica (así calificaban los recurrentes al "mandato individual") bajo la cláusula del comercio interestatal (Hodge *et al.*, 2011: 397), el *Justice* Roberts reconoce que la interpretación dominante sobre el alcance de dicha cláusula ha sido, por lo común, mucho más amplia. Tanto que ha llegado incluso a dar cobertura a la regulación de actos personales, locales y aislados, como la plantación de trigo (*Wickard v. Filburn*) o marihuana (*Gonzales v. Raich*) para uso personal, porque, de agregarse los mismos, podían tener efecto económico en el comercio entre los Estados (Supreme Court, 2012: 18). Razón esta, por cierto, que había llevado a algunos juristas a vaticinar que la Corte Suprema declararía, con base en el argumento *federalista*, la constitucionalidad del "mandato individual" (Smith, 2011: 1730-1732; Hodge *et al.*, 2011: 397-398). Sin embargo -dice el *Justice* Roberts-, por amplia que haya sido la comprensión al respecto de la cláusula sobre el comercio interestatal, siempre ha requerido que exista una previa actividad, que es precisamente la que se somete a regulación. Lo que no sucede en el caso del "mandato individual", donde esa actividad comercial previa no existe, ya que el sujeto objeto de regulación no ha contratado ni comprado ningún seguro médico (Supreme Court, 2012: 20).

No niega la Corte Suprema que no comprar seguros médicos tenga importantes consecuencias económicas, tal como aseguraba la representación de la Administración Obama para defender la constitucionalidad del "mandato individual" al amparo de la cláusula de comercio interestatal. Pero eso puede ser relevante, dice el *Justice* Roberts, para los "economistas", a los que la diferencia entre hacer o no hacer les resulta indiferente, porque en ambos casos se producen, es verdad, efectos económicos (Supreme Court, 2012: 24). Por el contrario, quienes escribieron la Constitución de los Estados Unidos y dijeron que el poder del Congreso lo era literalmente para "regular" el comercio interestatal, no eran "filósofos metafísicos", sino

²³ La Corte Suprema (2012) de los Estados Unidos ha resuelto los "recursos de inconstitucionalidad" frente a la *Patient Protection and Affordable Care Act* el 28 de junio de 2012. La *opinión* de la Corte Suprema (*National Federation of Independent Business v. Sebelius*).

²⁴ PPACA (2010: 143), especialmente *Findings* (1).

hombres prácticos, que dijeron con palabras sencillas lo que querían decir, esto es, que el poder del Congreso es para "regular" una actividad comercial preexistente y no para imponer a nadie la misma (Supreme Court, 2012: 24).

A partir de aquí el argumento del *Justice Roberts*, que está juzgando una causa sobre las competencias de que dispone o no el Congreso de los Estados Unidos, se vuelve, sin decirlo, un alegato *libertario*. El Congreso -dice- tiene ya mucho poder para regular la actuación de la ciudadanía (Supreme Court, 2012: 23), pero carece de él para regular su falta de actuación, como lo es no tener, por la razón que sea, seguro médico (Supreme Court, 2012: 21). De consentir que el Congreso, con amparo en la cláusula de comercio interestatal, pudiera regular lo que los ciudadanos no hacen en el mercado, se estaría empoderando al mismo para tomar las decisiones que ellos personalmente no toman (Supreme Court, 2012: 21). Miles de ciudadanos no hacen o dejan de hacer miles de cosas todos los días, por lo que, de aceptar la posibilidad constitucional de regular la *inactividad* de la ciudadanía, bastaría con que un número suficiente de ellos no hiciera lo que el Gobierno espera que hagan, para que, apelando a las implicaciones económicas producidas, pudiera obligárseles a hacerlo (Supreme Court, 2012: 22). Lo cual -concluye- concedería un "vasto dominio" al poder del Congreso de los Estados Unidos (Supreme Court, 2012: 20), que habría encontrado, por esta vía, la fórmula para resolver casi cualquier problema de la vida (Supreme Court, 2012: 22), llegando, incluso, hasta poder imponer a los ciudadanos -y en esta parte el *Justice Roberts* hace uso de la hipérbole para ejemplificar el poder que pretende arrebatar al Congreso- que sean vegetarianos, dado que muchos de ellos no hacen una dieta sana y eso produce importantes y probadas consecuencias para la salud y también para la economía (Supreme Court, 2012: 22 y 23).

99

Así pues, si bien se mira, la constitucionalidad del "mandato individual" ha sido juzgada, en esta primera parte de la "sentencia" de la Corte Suprema, en relación con la libertad y no con la distribución de poderes que opera la Constitución de los Estados Unidos. Recuérdese que, por la forma en que se fraguó, la Constitución norteamericana distribuye los poderes entre la Unión y los Estados de la misma y que, por tanto, cuando se refiere, como en la cláusula sobre comercio interestatal, a los poderes del Congreso, está afirmando en dónde reside este poder y no tanto la extensión que deba tener el mismo. Desde esta perspectiva, parece que el juicio sobre la constitucionalidad del "mandato individual" basado en la falta de competencia del Congreso de los Estados Unidos debería haber versado sobre si éste, del "mandato individual", era o no un caso que sobrepasaba los límites del comercio de uno solo de los Estados, porque, de ser de ese modo, el Congreso habría carecido de competencia, como pretendían los recurrentes, para regular el mismo. Ese era el camino natural de una causa sobre *federalismo* (Smith, 2010: 1741-1746). Sin embargo, el camino seguido por la Corte Suprema nada tiene que ver con quién posee la competencia para regular el comercio, si los Estados o la Unión, sino con qué cosas puede o no puede hacer el Congreso de los Estados Unidos para salvaguardar la esfera de libre decisión de la ciudadanía.

Ahora bien, una vez sentado el criterio al respecto de la cláusula sobre comercio interestatal, la Corte Suprema da un giro y declara la conformidad con la Constitución del "mandato individual". No porque se contradiga, sino porque encuentra amparo en otro título competencial para hacerlo. A pesar de que en público la Administración Obama siempre había negado que la suma económica que acompaña al "mandato individual", y cuyo pago se impone en caso de no disponer de seguro médico, fuera un impuesto, los abogados del Gobierno defendieron ante la Corte Suprema esta posibilidad para el caso de que se entendiera la falta de competencia del Congreso por la vía de la cláusula sobre comercio interestatal



(Supreme Court, 2012: 15). Ello abriría otra senda de análisis u otra posible "lectura" del "mandato individual" a la luz, en este caso, del Artículo I, Sección 8, Cláusula 1 de la Constitución norteamericana, que reconoce que el Congreso de los Estados Unidos "tiene poder para establecer y recaudar impuestos".

El *Chief Justice* Roberts, junto con los otro cuatro *Justices* considerados progresistas, acepta que esa sea, en efecto, la "lectura" alternativa y conforme con la Constitución que pueda hacerse del "mandato individual". Primero porque hay precedentes, como *Parsons v. Bedford* o *Blodgett v. Holden*, que justifican la decisión de que, ante dos posibles lecturas de una misma ley, constitucional la una y la otra no, la Corte Suprema "salve" la misma con fundamento en la primera (Supreme Court, 2012: 31). No se necesita para ello que esa otra interpretación sea la mejor o la más natural de la figura de que se trate, basta con que sea posible y es posible -dice la Corte Suprema- que el "mandato individual" sea un impuesto (Supreme Court, 2012: 32). En segundo lugar, porque, aunque la *Patient Protection and Affordable Care Act* denomina a la suma de dinero a la que nos referimos *shared responsibility payment* o, en otros momentos, directamente *penalty*, la naturaleza jurídica de una figura debe enjuiciarse, no por la "etiqueta" que se emplee para hablar de ella (Supreme Court, 2012: 34), sino por lo que en realidad es, de acuerdo con una aproximación o forma de enjuiciamiento que el *Justice* Roberts califica de "funcional" (Supreme Court, 2012: 35). Y, finalmente, porque hay suficientes indicios que llevan a pensar que lo que realmente ha hecho el Congreso es crear un nuevo impuesto cuyo hecho imponible es carecer de seguro médico (Supreme Court, 2012: 32): se recauda junto con los impuestos; la cuantía a pagar depende de la renta que tenga la unidad familiar; las unidades familiares exentas de impuestos no pagan dicha cantidad; el organismo competente y el procedimiento para su recaudación son los mismos que en la recaudación de impuestos; la cantidad a pagar al Tesoro Público es moderada, de manera que ni reemplaza el pago de un seguro médico ni se asemeja a una fuerte penalización por una conducta inasumible desde la perspectiva de la legalidad; porque, además, y ya para terminar, la Ley jamás califica de ilícita o ilegal la conducta de aquellos que no compran un seguro médico (Supreme Court, 2012: 33, 36 y 37). En definitiva, si parece un impuesto, es porque es un impuesto. Y eso hace que el "mandato individual" sea, por cinco votos frente a cuatro, plenamente constitucional.

No sé, sinceramente, si era este el final feliz que se merecía la reforma sanitaria de la Administración Obama. Han ganado, sí. Al menos en el terreno jurídico. La obligación de toda la ciudadanía de tener seguro médico será una realidad en 2014 y habrá, con total seguridad, muchos aspectos que cambien para mejor en el ámbito de la protección de la salud de los norteamericanos. Pero, después de comprobar hasta qué punto ha sido necesario intervenir en el mercado privado para corregir las deficiencias del mismo, tanto que hay quien piensa que se trata realmente de un proceso de "publicación" del sistema sanitario (Hunter, 2010-2011: 1996), una se pregunta si no hubiera sido más práctico reconocer, como hicimos hace tiempo los defensores del Estado Social, que, en este ámbito, el mercado no funciona.

Bibliografía

BEVERIDGE, W. (1942), *Social Insurance and Allied Services*, His Majesty Stationery Office, BBC. Disponible en línea: http://news.bbc.co.uk/2/shared/bsp/hi/pdfs/19_07_05_beveridge.pdf. Revisado el 11 de junio de 2012.



- CCH (2010), *Law, Explanation and Analysis of the Patient Protection and Affordable Care Act, Including Reconciliation Act Impact*, Wolkers Kluwer, Chicago.
- COHEN, S.B. y WILLIAN, Y. (2012), "The Concentration and Persistence in the Level of Health Expenditures over Time: Estimates for U.S. Population, 2008-2009", Medical Expenditure Panel Survey. Disponible en línea: http://meps.ahrq.gov/mepsweb/data_files/publications/st354/stat354.pdf. Revisado el 27 de junio de 2012.
- DIONNE, E. J. (2012), *Our Divided Political Heart: The Battle for the American Idea in a Age of Discontent*, Bloomsbury, New York.
- ELMENDERF, D.W. et al. (2010), *The Congressional Budget Office Cost Estimate of H.R. 4872, Reconciliation Act of 2010, Mar. 20*, The Congressional Budget Office. Disponible en línea: www.cbo.gov/sites/default/files/cbofiles/ftpdocs/113xx/doc11379/amendreconprop.pdf. Revisado el 15 de junio de 2012.
- EPSTEIN, R.A. (2010-2011), "Bleak Prospects: How Health Care Reform Has Failed in The United States", *Texas Review of Law & Politics*, Vol. 15, pp. 1-37.
- FAMILIES USA (2010), *Dying for Coverage. The Deadly Consequences of Being Insured*. Disponible en línea: <http://familiesusa2.org/assets/pdfs/Dying-for-Coverage.pdf>. Revisado el 20 de junio de 2012.
- HODGE, J.G., BROWN, E.C.F., ORENSTEIN, D.G. y O'KEEFE, S. (2001), "Congress, Courts, and Commerce: Upholding the Individual Mandate to Protect the Public's Health", *Journal of Law, Medicine & Ethics*, Núm. 39, pp. 394-400.
- HUNTER, N.D. (2010-2011), "Health Insurance Reform and Intimations of Citizenship", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 159, pp. 1955-1997.
- INSTITUTE OF MEDICINE OF THE NATIONAL ACADEMIES (2009), *America's Uninsured Crisis: Consequences for Health and Health Care*. Disponible en línea: <http://iom.edu/Reports/2009/Americas-Uninsured-Crisis-Consequences-for-Health-and-Health-Care.aspx>. Revisado el 20 de junio de 2012.
- INSTITUTE OF MEDICINE OF THE NATIONAL ACADEMIES (2010), *The Health Care Imperative: Lowering Costs and Improving Outcomes*. Disponible en línea: <http://iom.edu/Reports/2011/The-Healthcare-Imperative-Lowering-Costs-and-Improving-Outcomes.aspx>. Revisado el 25 de junio de 2012.
- LETTIERI, A. (2010), "Obama's unaccomplished Health Care reform". Disponible en línea: <http://www.insightweb.it/web/content/obama's-unaccomplished-health-care-reform>. Revisado el 8 de junio de 2012.
- LEU, R.E., RUTTEN, F.H., BROUWER, W. et al. (2009), "The Swiss and Dutch Health Insurance Systems: Universal Coverage and Regulated Competitive Insurance Markets", *Fund Report*, The Commonwealth Fund. Disponible en línea: <http://www.commonwealthfund.org/Publications/Fund-Reports/2009/Jan/The-Swiss-and-Dutch-Health-Insurance-Systems--Universal-Coverage-and-Regulated-Competitive-Insurance.aspx>. Revisado el 23 de mayo de 2012.
- MARSHALL, T.H. (1950), *Citizenship and Social Class, and other essays*, Cambridge University Press, Cambridge.
- MEDICAID.GOV (2010), *Medicaid Enrollment by State*. Disponible en línea: <http://www.medicare.gov/Medicare-CHIP-Program-Information/By-State/By-State.html>. Revisado el 15 de junio de 2012.
- MERLIS, M. et al. (2010), "Health Policy Brief: Individual Mandate," *Health Affairs*. Disponible en línea: http://www.healthaffairs.org/healthpolicybriefs/brief.php?brief_id=14. Revisado el 25 de junio de 2012.
- OCDE (2009), *Country Statistical Profile*. Disponible en línea: <http://stats.oecd.org/index.aspx>. Revisado el 20 de junio de 2012.
- OFFICE OF LEGISLATIVE COUNSEL (2010), *Patient Protection and Affordable Care Act (PPACA)*. U.S. House of Representatives. Disponible en línea:



- <http://housedocs.house.gov/energycommerce/ppacacon.pdf>. Revisado el 15 de junio de 2012.
- OWCHARENKO, N., MOFFIT, R.E., DUBAY, C., *et al.* (2010), *The Case Against Obamacare: Health Care Policy Series for the 112th Congress*, The Heritage Foundation. Disponible en línea: <http://www.heritage.org/research/projects/the-case-against-obamacare>. Revisado el 25 de junio de 2012.
- ROSENTHAL, L. y ARONS, J. (2012), *Interactive Quiz: How the Affordable Care Act Benefits Women*, Center for American Progress. Disponible en línea: www.americanprogress.org/issues/2012/03/aca_womens_quiz.html. Revisado el 26 de junio de 2012.
- SMITH, P.J. (2011), "Federalism, *Lochner* and the Individual Mandate", *Boston University Law Review*, Vol. 91, pp. 1723-1747.
- SUPREME COURT (1960), *Flemmim v. Nestor*, 363 U.S. 603. Disponible en línea: www.ssa.gov/history/nestor.html. Revisado el 15 de junio de 2012.
- SUPREME COURT (2012), *National Federation of Independent Business v. Sebelius*. Disponible en línea: <http://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/11-393c3a2.pdf>. Revisado el 29 de junio de 2012.
- THE BOARDS OF TRUSTEES OF THE FEDERAL HOSPITAL INSURANCE AND FEDERAL SUPPLEMENTARY MEDICAL INSURANCE TRUST FUNDS (2012), *The 2012 Annual Report*. Disponible en línea: <http://www.cms.gov/Research-Statistics-Data-and-Systems/Statistics-Trends-and-Reports/ReportsTrustFunds/downloads/tr2012.pdf>. Revisado el 15 de junio de 2012.
- THE COMMONWEALTH FUND (2010), "What Will Happen Under Health Reform- And What's Next?", *Columbia Journalism Review*, May supplement, pp. 4-6. Disponible en línea: <http://www.commonwealthfund.org/Publications/Other/2010/What-Will-Happen-Under-Health-Reform-and-Whats-Next.aspx>. Revisado el 15 de junio de 2012.
- TRUMAN, H.J. (1945), *This Day in Truman History. November 19, 1945. President Truman's Proposed Health Program*. Disponible en línea: <http://www.trumanlibrary.org/anniversaries/healthprogram.htm>. Revisado el 22 de junio de 2012.
- WHITEHOUSE, S. (2012), *Health Care Delivery System Reform and The Patient Protection and Affordable Care Act. A Report from Senator Sheldon Whitehouse for the U.S. Senate Committee on Health, Education, Labor and Pensions, United States Senate*. Disponible en línea: <http://www.whitehouse.senate.gov/imo/media/doc/Health%20Care%20Delivery%20System%20Reform%20and%20The%20Affordable%20Care%20Act%20FINAL2.pdf>. Revisado el 15 de junio de 2012).
- WULSIN, L. y DOUGHERTY, A. (2009), *Individual Mandate. A Background Report*, California research Bureau. Disponible en línea: <http://www.library.ca.gov/crb/09/09-007.pdf>. Revisado el 22 de mayo de 2012.
- ZAKARIA, F. (2012), "Health Insurance Is for Everyone", *Time Magazine US*. Disponible en línea: <http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,2109128-2,00.html>. Revisado el 25 de junio de 2012.





La regularización tributaria prevista en el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo: Una amnistía fiscal contraria a la justicia distributiva y manifiestamente ineficaz

Hugo López López

Universidad Pública de Navarra
hugo.lopez@unavarra.es

Róger Campione

Universidad Pública de Navarra
roger@unavarra.es

Resumen

La llamada amnistía fiscal hace referencia al dispositivo legislativo que subsana comportamientos irregulares o ilícitos del contribuyente. En España es una cuestión de estricta actualidad, debido a la *declaración tributaria especial* introducida por el Real Decreto-ley 12/2012. Esta medida ha sido objeto de duras críticas, desde distintas perspectivas: moral, política o financiera. En este trabajo intentamos mostrar los defectos de orden técnico de la amnistía fiscal, las dudas de compatibilidad con determinados principios constitucionales y finalmente su falta de eficacia para alcanzar los objetivos pretendidos.

Palabras clave

Amnistía fiscal, Real Decreto-ley 12/2012, declaración tributaria especial, gravamen especial, justicia tributaria, principios de igualdad y progresividad.

The Tax Adjustment introduced by the Royal Decree-Law 12/2012: a Tax Amnesty contrary to Tax Justice and clearly ineffective

Abstract

The so called Tax Amnesty refers to a legal device in order to remedy irregular or outlaw actions of taxpayers. It's a highly topical question in Spain because of the *Special Tax Return* introduced by Real Decreto-ley 12/2012. This measure has been criticized from a moral, politic and financial point of view. In this article we try to show the technical faults of the Tax Amnesty so as the problems of constitutional compatibility and, finally, its ineffectiveness to achieve the alleged aims.

Keywords

Tax Amnesty, Real Decreto-ley 12/2012, Special Tax Return, Special Levy, Tax Justice, Principles of Equality and Progressive Taxation.

1. Introducción

En Liliput, el que pueda demostrar que durante setenta y tres lunas ha cumplido estrictamente la ley adquiere ciertos privilegios en forma de rentas que le otorgan el status jurídico de *snipall*, es decir, legal. El *snipall* encarna así una condición social que se sitúa en las antípodas de nuestro “delincuente” y que muestra una radical inversión desde el punto de vista de la política del Derecho: ante la conducta individual el ordenamiento jurídico liliputiense elige el premio para el que cumple la ley más que la penalización del que la quebranta. De hecho, Gulliver anota que los liliputienses no consideran una buena política que las leyes se sustenten únicamente en la punición y no en la recompensa. Es por esto que en sus tribunales la imagen de la justicia es distinta, pues en la mano izquierda tiene una espada, como la nuestra pero envainada, y en la mano derecha sujeta una bolsa de oro abierta para atestiguar que está más dispuesta al premio que al castigo. Bien es cierto que desde los tiempos de Gulliver la función promocional del Derecho no ha sido simple literatura fantástica y que en el Estado social de Derecho ha tenido un lugar, buena aceptación y cierta concreción; sin embargo, no se puede negar que su consideración –desde que Bobbio reavivara el debate en los años setenta (Bobbio, 1969)– ha experimentado igualmente un rápido declive (Pérez Lledó, 2000: 665) parejo tal vez a la progresiva crisis del propio Estado de bienestar.

El relato novelesco de Jonathan Swift bien puede servir de premisa para reflexionar sobre un problema, presente en los ordenamientos jurídicos reales, relacionado con uno de los ejes centrales de su existencia: la aportación económica del ciudadano a la caja común del Estado mediante el pago de los impuestos.

En España, en los momentos actuales es una cuestión de estricta actualidad la llamada amnistía fiscal. Con carácter general, se trata de un dispositivo legislativo que subsana comportamientos irregulares o ilícitos del contribuyente, condonando sanciones, recargos, intereses de demora e incluso la propia cuota tributaria *stricto sensu*. La connotación teleológica de esta medida sería, no sólo la de proporcionar unos ingresos fiscales ulteriores respecto a los que se pueden obtener mediante la vía ordinaria (Falsitta, 2003: 794) sino también la de permitir el “afloramiento” y repatriación de rentas y patrimonio, que pueda incorporarse en el proceso productivo coadyuvando al desarrollo económico del país y generando beneficios futuros susceptibles de ser gravados.

A primera vista, este perdón por el incumplimiento de la ley y la remisión de las deudas fiscales encarna un “anti-*snipall*”, una especie de vuelco funcional donde el premio se lo lleva el que certifica haber violado la ley durante un tiempo determinado; puesto que si decide acogerse a tal medida no se le aplicarán o se le reducirán las sanciones típicamente previstas en la ley general. Desde la óptica de la moral positiva semejante previsión normativa suscita reacciones negativas por la flagrante violación de los más elementales criterios de justicia, tanto el *suum cuique tribuere* (a cada quien lo suyo) como el *suum agere* (que cada cual haga lo que le corresponde). En efecto, a la aversión que produce el mismo concepto de tributo en ciertos sectores de la sociedad, ha de añadirse la sensación generalizada de expolio comparativo que padece el cumplidor de las obligaciones tributarias, ante la amnistía fiscal.

Habida cuenta de lo anterior, no debe sorprender la enorme discusión que ha suscitado en distintos sectores sociales la *declaración tributaria especial* introducida en el Ordenamiento tributario español a través de la Disposición adicional primera del Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas

medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público, publicado el pasado 31 de marzo en el Boletín Oficial del Estado.

La comúnmente denominada amnistía fiscal ha sido objeto de duras críticas, desde distintas perspectivas: moral, política o financiera; y en distintos foros. En esta aportación pretendemos circunscribir nuestro análisis a un ámbito esencialmente jurídico. Para ello consideramos oportuno exponer de manera sintética las características básicas de la medida adoptada, para poder ubicarla adecuadamente en nuestro sistema tributario y reflexionar posteriormente, sobre su adecuación técnica y constitucional.

Como tendremos ocasión de exponer a lo largo de las siguientes páginas, la *regularización tributaria* –irritante eufemismo con el que, como veremos, realmente se hace referencia a una condonación de la deuda tributaria a defraudadores fiscales- presenta defectos de orden técnico de tal envergadura y dudas en cuanto a su compatibilidad con determinados principios constitucionales, que evidencian la ineficacia cuasi absoluta de una medida cuya injusticia y desagrado no cuestionan, ni tan siquiera, aquellos que la han adoptado. Lo anterior no debe sorprender porque, en un modelo pensado para hacer efectivo el deber constitucional de todos de sostener los gastos públicos de conformidad con los principios de capacidad económica, igualdad y progresividad, la introducción de esta nueva medida supone un quebranto del mismo que al no articularse adecuadamente va a determinar, más allá de su evidente ineficacia en aras de la consecución de los fines recaudatorios, una merma considerable en la conciencia social tributaria y una desconfianza absoluta en los instrumentos desarrollados por el Estado para atajar una de las principales lacras que lastra la situación económica actual, el fraude fiscal.

2. Antecedentes y descripción de la actual medida adoptada por el Gobierno

No es la primera vez que en España se aprueban regularizaciones o amnistías fiscales análogas a la que es objeto de nuestro comentario. Concretamente, en los años 1977, 1984 y 1991 se aprobaron diversas medidas en las que, en ocasiones, se exoneraba, simplemente, de responsabilidades sancionadoras, del pago de recargos o de intereses de demora, y en otras, la *regularización* alcanzaba a la cuota tributaria correspondiente. Conviene tener presente desde el principio las diferencias esenciales que existen entre la exoneración o atemperación de responsabilidades sancionadoras o por otros conceptos que, en puridad, integran la deuda tributaria¹, tales como recargos e intereses de demora, por un lado, y aquellos otros supuestos en que junto a los conceptos anteriores, la *regularización* prevé la condonación total o parcial de la cuota o cantidad a ingresar que resulta de la obligación tributaria principal. Sólo en estos últimos supuestos la *regularización* adquiere los caracteres propios de una verdadera amnistía fiscal, con consecuencias específicas en nuestro análisis jurídico.

En 1977, en el marco de una profunda reforma del sistema tributario inherente a la transformación política que alumbró el actual Estado constitucional, se aprobó la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, de Medidas Urgentes para la Reforma Fiscal. Concretamente en el capítulo V, dedicado a la *regularización voluntaria de la situación fiscal*, se contemplaba la posibilidad de que los sujetos pasivos del entonces Impuesto General sobre la Renta de las Personas Físicas, regularizaran su situación tributaria por las rentas percibidas en el año 1976, mediante la

¹ Véase el art. 58 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.



presentación de las oportunas declaraciones complementarias. En dicha regularización se renunciaba a la posibilidad de imponer sanciones, ni recargos de ningún tipo. En relación con la tributación de las personas jurídicas la medida era mucho más generosa, en tanto que permitía la regularización de balances, no sólo renunciando a la posibilidad de imponer sanciones o recargos, sino eximiendo también del pago de impuestos, gravámenes y, en general, de cualquier responsabilidad frente a la Administración. La exención prevista para las personas jurídicas se refería a todos los impuestos, directos e indirectos, cuyo ingreso en Hacienda fuera debido por la empresa que regularizase su balance.

La concesión de estos beneficios fiscales y sancionadores suponía, en definitiva, el reconocimiento implícito de la incapacidad de la Administración Tributaria para atajar las conductas fraudulentas por los cauces normativos ordinarios y con los medios de que disponía en aquel momento. Y en un contexto de profundas modificaciones del sistema tributario español, aquella regularización voluntaria o amnistía fiscal se configuraba como un instrumento orientado, fundamentalmente, a recabar información con trascendencia tributaria de extraordinaria importancia para el normal desarrollo futuro del modelo tributario que se iba a implantar.

Una vez instaurada la democracia en España, se aprobó la Ley 14/1985, de 29 de mayo, de régimen Fiscal de Determinados Activos Financieros. En dicha ley se adoptó una medida que permitía a los evasores de impuestos con rentas ocultas la adquisición de pagarés del Tesoro Público. Por las rentas “colocadas” en dichos activos no se exigirían impuestos, recargos o sanciones, aunque por los rendimientos obtenidos por estos activos especiales se aplicaba el tipo de retención en origen en el momento de su primera colocación del 45 por ciento, esto es, sobre la diferencia entre el importe obtenido en la colocación y el comprometido a reembolsar al vencimiento. Eso sí, se salvaguardaba el anonimato de los titulares de este tipo de deuda pública.

En las Disposiciones Adicionales 13ª y 14ª de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, se preveían sendas medidas de *canje de activos financieros y regularización de situaciones tributarias*, respectivamente.

La Disposición Adicional 13ª contenía una amnistía fiscal para un tipo de rentas muy concretas, a las que nos acabamos de referir. En particular, se permitía a los titulares de pagarés del Tesoro u otros activos de naturaleza análoga emitidos por las Diputaciones Forales del País Vasco o la Comunidad Foral de Navarra, canjear sus activos financieros por activos de Deuda Pública Especial, con vencimiento a 6 años y un bajo rendimiento del 2 por ciento anual. Lo que se pretendía con esta medida era aflorar finalmente las rentas no declaradas invertidas en pagarés del Tesoro u otros títulos similares emitidos por los territorios forales, caracterizados por su opacidad, que servían como refugio al “dinero negro”. Estos activos se canjeaban por Deuda Pública Especial y se mantenía la confidencialidad de los datos de sus titulares respecto de la Administración Tributaria hasta la amortización o vencimiento del activo, que tenía lugar a los seis años. Pasado ese lapso temporal se conseguía *regularizar* estas rentas en un momento en el que cualquier responsabilidad tributaria o punitiva que pudiera descubrirse, ya habría prescrito. Asimismo, los activos por Deuda Pública Especial estaban exentos del Impuesto sobre el Patrimonio y los rendimientos que tales activos generasen tampoco quedaban sometidos a gravamen en los impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas, ni de Sociedades.

Finalmente, llegamos al actual Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, en el que se introducen dos medidas excepcionales de aplicación exclusiva para el año 2012, que prevén regímenes extraordinariamente beneficiosos para determinadas rentas.

Los gravámenes especiales

Cuando una sociedad residente en territorio español es titular de las participaciones correspondientes a otras sociedades ubicadas en el extranjero se producen situaciones de doble imposición en la medida en que la sociedad extranjera, al obtener beneficios en el extranjero, queda sujeta al impuesto correspondiente en su país de residencia y cuando ese beneficio es repartido en forma de dividendos al titular de las participaciones residente en territorio español, se vuelve a producir el gravamen sobre esas mismas rentas que la sociedad residente en territorio español al tributar esta por el Impuesto sobre Sociedades español. Para corregir los referidos excesos de imposición la normativa fiscal articula diversos mecanismos. Entre ellos, el art. 20 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, articula un régimen por el que se declaran exentas de gravamen estas rentas y de ese modo, se evita la doble imposición económica internacional sobre dividendos y rentas de fuente extranjera derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español.

Mediante el referido régimen se declaran exentos los dividendos o participaciones en beneficios de entidades no residentes en territorio español, siempre que se cumplan básicamente los siguientes tres requisitos: que se ostente un porcentaje de participación mínimo del 5 por ciento en la sociedad extranjera; que la entidad participada, obviamente, haya estado gravada por un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades en el ejercicio en que se hayan obtenido los beneficios que se reparten o en los que se participa; y que los beneficios que se reparten o en los que se participan procedan de la realización de actividades empresariales en el extranjero.

Por razones igualmente obvias, la exención no resultará de aplicación cuando la entidad participada sea residente en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal. En estos casos, las rentas se integrarán en la base imponible de la sociedad española tributando al tipo de gravamen correspondiente –con carácter general el 30 por ciento-.

Tal y como se expone en la propia Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, se aprueba un gravamen especial sobre las rentas de fuente extranjera con el propósito confesado de permitir la repatriación de dividendos o la transmisión de participaciones, correspondientes a entidades que, pese a realizar actividades empresariales en el extranjero, se localizan en territorios de nula tributación o en paraísos fiscales, de manera que esta circunstancia impide la aplicación del régimen de exención. En particular, mediante la introducción de una disposición adicional decimoquinta al Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (en adelante TRLIS) se permite a los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades no integrar en la base imponible las rentas procedentes de paraísos fiscales que se devenguen en 2012, si optan por la sujeción de las mismas a un *gravamen especial* del 8 por ciento.



Es evidente que buena parte de las rentas ubicadas en paraísos fiscales o territorios no cooperativos, no procede del desarrollo de actividades empresariales. Por ese motivo, la norma que previó el Real Decreto-ley 12/2012 no iba a tener la eficacia atractiva que inicialmente pudo estimar el Gobierno porque, como se ha expuesto, para que resulte de aplicación este *gravamen especial* es requisito que la renta sea empresarial y la ausencia de este elemento merma su utilidad o eficacia recaudatoria.

Precisamente, en el momento de redactar estas líneas se acaba de aprobar el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad que, entre las diversas medidas que incorpora, ha aprobado un segundo *gravamen especial* sobre rentas de fuente extranjera similar al previsto en el Real Decreto-ley 12/2012. Este otro *gravamen especial*² afecta a un nuevo grupo de dividendos o beneficios obtenidos por la transmisión de participaciones. A saber, a aquellos en los que únicamente se cumpla el requisito de la participación mínima del 5 por ciento. Es decir, que también se exceptúa la necesidad de que los beneficios que se reparten o en los que se participa, procedan de la realización de actividades empresariales.

La norma que ahora acaba de aprobarse, no sólo prescinde del hecho de que las rentas repatriadas no hayan sido objeto de tributación en el territorio de baja o nula tributación, sino del origen mismo o procedencia de tales rentas y por tanto, de su licitud o ilicitud; admitiendo su repatriación a “un tipo de gravamen superior” (10 por ciento) al previsto en el repetido Real Decreto-ley 12/2012, como irónicamente se afirma en el apartado V del Preámbulo del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio.

Tenemos la amarga sensación de que el Gobierno pretende hacer creer que con el nuevo *gravamen especial* se está “penalizando” este tipo de rentas, al someterlas a una tributación del 10 por ciento, en lugar del 8 por ciento de que disfrutaban las rentas sometidas al primigenio *gravamen especial*; en lugar de reconocer sin ambages que, en realidad, está abriendo las puertas de par en par –si se nos permite esta expresión- a rentas de dudoso origen –por emplear un fino eufemismo- sin otro motivo que los beneficios financieros que espera obtener tras la repatriación de las mismas como consecuencia de su incorporación a la economía española, entre otros, el exiguo 10 por ciento correspondiente a este segundo *gravamen especial* que se acaba de aprobar.

Sorprendentemente la medida a que nos acabamos de referir no ha provocado una reacción crítica tan enconada como la que ha desatado la *regularización tributaria* que pasamos a describir a continuación. De hecho, podríamos afirmar que ha pasado casi inadvertida, quizá eclipsada por la *regularización tributaria* con la que se suele identificar la denominada amnistía fiscal. Sin embargo, no cabe duda de que el *gravamen especial* implica un tratamiento extraordinariamente ventajoso que permite repatriar rentas ubicadas en el extranjero concretamente en paraísos fiscales –caracterizados, no sólo por su bajo o nulo nivel de tributación sino, principalmente, por la opacidad y ausencia de cooperación en materia de intercambio de información- con una rebaja fiscal en el tipo de gravamen del 22 o del 20 por ciento. Dicho ahorro se determina por la diferencia entre el tipo de gravamen previsto con carácter general en el Impuesto sobre Sociedades -30 por

² Que se regula en la nueva disposición adicional decimoséptima del TRLIS, relativa al gravamen especial sobre dividendos y rentas de fuente extranjera derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español no incluidos en la disposición adicional decimoquinta de esta Ley.

ciento- al que tributarían normalmente estas rentas y el de los *gravámenes especiales* introducidos de manera transitoria -8 y 10 por ciento-.

La “declaración tributaria especial”

En ocasiones, obligados tributarios que han obtenido rentas ocultadas a la Hacienda Pública y por tanto no declaradas, poseen un patrimonio –inmuebles, bonos, acciones, etc.- adquirido con dichas rentas. Aunque el origen de tales rentas no pueda ser determinado por la Administración tributaria, se trata, en definitiva, de rentas que no han sido declaradas por su perceptor. A dicha conclusión se puede llegar porque el patrimonio descubierto al obligado tributario –sea este persona física o jurídica- no se corresponde con el patrimonio que el sujeto tiene contabilizado, no guarda la debida relación con la renta que el obligado tributario viene declarando o simplemente, porque se han registrado deudas ficticias para justificar la adquisición de dicho patrimonio.

Desde un punto de vista estrictamente tributario, esto es, al margen de las consecuencias punitivas de tales acciones, tanto la normativa reguladora del IRPF como el TRLIS permiten a la Administración presumir, en estos casos, que el obligado tributario ha obtenido renta por un importe equivalente al valor del activo que no se corresponde con la renta declarada, que no se ha contabilizado total o parcialmente, o al importe de la deuda ficticia que se haya registrado para justificar la adquisición del activo. Por lo tanto, dicho importe se tiene en consideración a la hora de determinar la base imponible del sujeto –IRPF o IS- y tributa, según corresponda. En el caso del IRPF, la renta se integra en la parte general de la base imponible, a la que se aplica un tipo de gravamen progresivo que, por tanto, aumenta cuanto mayor sea el importe de la base; siendo 52 por ciento el tipo de gravamen máximo en los momentos actuales.³ Si se tratara de un sujeto pasivo del IS la renta se integraría en la base imponible y tributaría al tipo de gravamen proporcional que corresponda aplicar a la entidad de que se trate; siendo 30 por ciento el tipo de gravamen que se aplica, con carácter general, en la actualidad.

Lo anterior es fundamental para comprender el alcance de la *declaración tributaria especial* introducida como consecuencia de la aprobación del Real Decreto-ley 12/2012, cuya disposición adicional primera prevé que los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Impuesto sobre Sociedades o Impuesto sobre la Renta de los no Residentes, que con anterioridad a 31 de diciembre de 2010⁴ sean titulares de bienes o derechos que no se correspondan con las rentas declaradas en dichos impuestos, puedan presentar una *declaración tributaria especial* con el objeto de *regularizar su situación tributaria*. Para ello, dichas personas o entidades deberán presentar antes del 30 de noviembre de 2012 la correspondiente declaración e ingresar la cuantía resultante de aplicar al importe o valor de adquisición de los bienes o derecho “aflorados”, el porcentaje del 10 por ciento. Con la nueva norma, además de preverse una notable reducción del tipo de gravamen que de otro modo correspondería aplicar a estas rentas, se renuncia a la exigibilidad de sanciones, intereses o recargos, que pudieran corresponder.

³ Dado que el tipo de gravamen del IRPF se ha incrementado recientemente, debe señalarse que si la renta fuera temporalmente imputada a ejercicios anteriores el tipo de gravamen máximo sería inferior (43 por ciento).

⁴ Debe precisarse que la disposición adicional primera se refiere a bienes o derechos de titularidad del sujeto con anterioridad a la finalización del último período impositivo cuyo plazo de declaración hubiera finalizado antes de la entrada en vigor de esta disposición, que normalmente coincidirá con la fecha indicada en texto, aunque puede haber excepciones.



Expuestas en términos deliberadamente sintéticos las características principales de la actual regularización, consideramos oportuno analizar, en primer lugar, si realmente nos encontramos ante una *regularización tributaria* como se desprende de la literalidad de la norma o por el contrario, se trata de un simple eufemismo con el que eludir referirse a lo que, en realidad, constituye una *amnistía fiscal*.

3. ¿Regularización tributaria voluntaria?

El incumplimiento por parte de un sujeto de sus obligaciones tributarias en el plazo establecido acarrea una serie de consecuencias que, como es sabido, van más allá de la mera exigibilidad del importe correspondiente a la obligación incumplida. En este sentido, el retraso puede comportar el devengo de intereses de demora, recargos y además, si la conducta es típica, antijurídica y culpable, puede acarrear la imposición de sanciones e incluso consecuencias penales, si la cuantía defraudada supera la cantidad de 120.000 euros y se aprecia dolo en la conducta del sujeto.

En el *iter* procedimental de exacción de los impuestos diseñado por el legislador no parece existir solución de continuidad entre el periodo voluntario de pago y el periodo ejecutivo; lo cual parece dar a entender que, una vez concluido el plazo previsto por el legislador para el pago voluntario del tributo, será la Administración quien, de manera coactiva, se encargará de la exacción correspondiente. Sin embargo, lo anterior mal se aviene con el modelo generalizado de autoliquidación o declaración-liquidación propio de nuestro sistema tributario –y en general, en los sistemas tributarios comparados-. En efecto, en un modelo en el que es el propio obligado tributario quien viene obligado a cuantificar la deuda tributaria e ingresarla en la Hacienda Pública, difícilmente podrá ejecutarse aquella deuda que no haya sido autoliquidada por el sujeto en el plazo previsto para ello; puesto que para proceder a su ejecución es necesario haberla cuantificado previamente.

Precisamente, con el propósito de incentivar declaraciones extemporáneas en el periodo que media entre la finalización del periodo voluntario y el inicio de las actuaciones administrativas tendentes a la cuantificación y exacción de la deuda tributaria, así como para tener en cuenta desde un punto de vista punitivo el arrepentimiento que supone cumplir las obligaciones tributarias fuera de plazo de manera voluntaria, nuestro Ordenamiento contempla mecanismos bien precisos que se encuentran enraizados en todos los sistemas tributarios modernos.

Concretamente, el art. 27 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante LGT) articula la denominada regularización voluntaria por presentación extemporánea de autoliquidaciones o declaraciones, sin que medie requerimiento previo. Dicho régimen permite al sujeto regularizar su situación siempre que no medie requerimiento previo por parte de la Administración Tributaria, conviene insistir, exigiéndole además de la cuota correspondiente, alguno de los recargos allí previstos⁵ y cuando la regularización se efectúa con un retraso superior a doce meses, también se exigirán intereses de demora. Habida cuenta de que se trata de un mero retraso en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de que estas son regularizadas de manera voluntaria por el propio obligado tributario en las

⁵ Del 5, 10 ó 15 por ciento si la regularización se produce en los 3, 6, 12 primeros meses, respectivamente y el 20 por cien si se lleva a cabo con posterioridad a los 12 primeros meses.

condiciones expuestas, no procede exigir las sanciones que eventualmente pudieran corresponder por el incumplimiento, tal y como señala el art. 179.3 LGT.⁶

En el plano estrictamente penal, el art. 305.4 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante CP) declara exento de responsabilidad penal, el que regularice su situación tributaria antes de que se le haya notificado por la Administración tributaria la iniciación de actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización, o en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o cuando el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción, realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias. Este precepto se circunscribe al ámbito estrictamente penal, de manera que la regularización en él prevista no impide la exacción de la deuda tributaria, incluyendo los intereses de demora y recargos que, en su caso, pudiera corresponder.

A partir de lo anterior, es fácil comprender que con la novedosa *declaración tributaria especial* no se prevé simplemente una *regularización* de la situación tributaria del sujeto defraudador. Para ello, nuestro sistema tributario ya contempla los mecanismos adecuados y habría bastado, simplemente, con aplicarlos o, en su caso, modificar aquellos aspectos que se considerase oportuno⁷. Por el contrario, bajo esta denominación se enmascara nominalmente una auténtica amnistía fiscal, que se aleja en términos absolutos de los instrumentos preexistentes, para adentrarse en los mecanismos de condonación o perdón de la deuda tributaria a aquellos defraudadores fiscales que decidan acogerse a ella. Como ha sido advertido tempranamente desde ciertos sectores próximos a la inspección de tributos, si se examina detenidamente el contenido de la conducta referida en la *declaración tributaria especial* no coincide, ni en el fondo, ni en la forma, con la que realiza el obligado tributario que voluntariamente presenta una declaración extemporánea de la que resulta una cuota tributaria a ingresar y ello con independencia de que en ambos casos se emplee el verbo regularizar (Iglesias Capellas, 2012: 18-20). No sólo por el hecho de que la *declaración tributaria especial* comporta una condonación parcial muy generosa de la deuda tributaria a sujetos que han defraudado las cuotas correspondientes a los impuestos sobre la renta, sino también porque la declaración extemporánea sin requerimiento previo implica el reconocimiento de una deuda tributaria y obliga al sujeto a la perfecta identificación expresa del período impositivo de liquidación al que se refiere la declaración y los datos relativos a dicho período, a diferencia de lo que sucede respecto de la *declaración tributaria especial*.

⁶ A cuyo tenor: "Los obligados tributarios que voluntariamente regularicen su situación tributaria o subsanen las declaraciones, autoliquidaciones, comunicaciones de datos o solicitudes presentadas con anterioridad de forma incorrecta no incurrirán en responsabilidad por las infracciones tributarias cometidas con ocasión de la presentación de aquéllas."

⁷ Por ejemplo, la Comunidad Foral de Navarra, mediante la Ley Foral 10/2012, de 15 de junio, por la que se introducen diversas medidas tributarias dirigidas a incrementar los ingresos públicos, ha establecido una reducción del 90 por ciento y del 20 por ciento, del importe correspondiente a los recargos e intereses de demora, en los supuestos de presentación extemporánea de declaraciones y autoliquidaciones, efectuadas antes del 31 de diciembre de 2012. Esta medida, también transitoria, no puede ser considerada una amnistía fiscal, a diferencia de la adoptada por el Estado, por cuanto no exime del pago de la cuota correspondiente, sino que simplemente atempera los recargos e intereses que, con carácter general, se vienen previendo para las regularizaciones voluntarias.



Conviene advertir las diferencias fundamentales que existen entre una *regularización tributaria* voluntaria y la medida que acaba de ser aprobada. No sólo por un prurito de rigor técnico y por la importancia de llamar a las cosas por su nombre, sino fundamentalmente porque de ello se derivan importantes consecuencias jurídicas que, a nuestro modo de ver, van a mermar considerablemente las pretensiones recaudatorias de esta novedosa amnistía fiscal.

En efecto, tal y como se ha hecho público en los medios, esta medida está destinada principalmente a las grandes fortunas y con ella se ha estimado, de manera extraordinariamente optimista, que se declararían 250.000 millones de euros, obteniéndose, por tanto, una recaudación que ascendería a los 2.500 millones de euros. Por lo tanto, parece claro que la medida va a afectar a sujetos cuyos incumplimientos fiscales –por defraudaciones superiores a 120.000 euros- les situarían en el ámbito de las responsabilidades penales. Pues bien, la *regularización tributaria* que exonera de responsabilidades penales está perfectamente regulada en el art. 305.4 del CP, en los términos ya expuestos. Precisamente por ello, el interrogante que surge inmediatamente es el siguiente ¿Cabe entender que la *declaración tributaria especial* determina una *regularización tributaria* con consecuencias en el ámbito penal? Considerando las importantes diferencias existentes entre la *declaración tributaria especial* y la *presentación extemporánea* de declaraciones o autoliquidaciones, es fácil advertir las dificultades de orden técnico que podrían llegar a surgir a la hora de eximir de responsabilidad penal a aquellos sujetos que se acojan a la amnistía fiscal,⁸ lo cual supondría una evidente reticencia por parte de los defraudadores a la *regularización* de su situación tributaria; puesto que, la amenaza de eventuales consecuencias penales tras la regularización no compensaría el considerable ahorro fiscal otorgado por la amnistía.

Por lo anterior, la regulación de la amnistía fiscal da un paso más allá y pretende resolver la situación de inseguridad jurídica que se acaba de exponer con un nuevo y sorprendente apartado 2 en el art. 180 de la LGT, introducido por el Real Decreto-ley 12/2012, a cuyo tenor *si la Administración tributaria estimase que el obligado tributario, antes de que se le haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación, ha regularizado su situación tributaria mediante el completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria, la regularización practicada le exoneraría de su responsabilidad penal, aunque la infracción en su día cometida pudiera ser constitutiva de delito contra la Hacienda Pública [...]*.

Sin embargo, el precepto que se acaba de transmitir no termina de resolver el interrogante que nos planteábamos. Por un lado, porque resulta cuanto menos discutible que de la interpretación de dicho precepto pueda colegirse que la declaración del patrimonio que ha sido adquirido con rentas no declaradas y el pago del 10 por ciento de dicho importe, comporte el *completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria*, exigido por la normativa. Entre otros motivos, porque el hecho de que el sujeto que se acoge a la declaración tributaria especial no declara las rentas que ha obtenido y ocultado a la administración, ni tampoco su origen y, por tanto, cabría sostener que en dicha declaración no se produce un reconocimiento completo del hecho imponible. Del mismo modo, Iglesias Capellas sostiene que

⁸ Iglesias Capellas (2012: 20-22). El autor llega a afirmar que “resulta muy arriesgado concluir que con la mera presentación de la declaración especial indicando el valor de los elementos patrimoniales supuestamente adquiridos con las rentas no declaradas, e ingresando la cantidad resultante de aplicar el porcentaje fijado en la disposición adicional primera, se efectúe una regularización completa de la situación tributaria del contribuyente en los términos en que dicho comportamiento posdelictivo viene definido (sic) en el artículo 305.4 del Código Penal”.

tampoco es posible afirmar en estos casos que se haya ingresado la deuda tributaria, en sentido estricto.

De la exposición de motivos se desprende que la intención del Gobierno es *favorecer que los obligados tributarios puedan ponerse voluntariamente al corriente de sus obligaciones tributarias regularizando situaciones pasadas, siguiendo en esta línea la norma penal que admite la exoneración de responsabilidad penal por estas regularizaciones voluntarias efectuadas antes del inicio de actuaciones de comprobación o, en su caso, antes de la interposición de denuncia o querrela*. Sin embargo, la referida modificación operada en la Ley General Tributaria, lejos de dar una adecuada solución al principal interrogante, plantea otro problema de mayor envergadura aún, que va a dificultar su aplicación de la norma, incluso si se llegase a considerar que la amnistía fiscal es un mecanismo apto para regularizar la situación tributaria y eximir de responsabilidad penal al sujeto que se acoja a la misma. En efecto, en la elaboración de la nueva normativa se han perdido de vista las exigencias de orden constitucional –a las que después nos volveremos a referir con mayor detenimiento– entre las cuales nos interesa traer a colación en estos momentos las limitaciones existentes a la hora de extender mediante un Decreto Ley, nada menos que la regularización prevista en el art. 305.4 del CP (*regularización de las deudas defraudadas*) al supuesto de *regularización mediante declaración especial*. Como ya ha sido advertido por la doctrina (Pérez Royo, 2012: 12) nos encontramos ante una norma de alcance penal, de exoneración de responsabilidad criminal. Lo cual plantea el primer problema jurídico de la regularización mediante declaración especial: que la regulación se establece mediante Decreto Ley, obviando el requisito de la Ley Orgánica, propio de la reserva de ley del art. 25 de la Constitución. Lo anterior bien puede dar al traste con la amnistía prevista, precisamente por ese motivo, el Gobierno se ha visto obligado a reaccionar y por ello ha puesto en circulación en los medios la elaboración de un anteproyecto de Ley Orgánica por la que se pretende modificar el Código Penal en lo que afecta a los delitos de naturaleza fiscal (véase al respecto, el comentario crítico de Pérez Royo, 2012: 17-18).

Los problemas que plantea el nuevo art. 180.2 de la LGT no acaban aquí. En efecto, al atribuir dicho precepto a la Administración tributaria la valoración de los efectos penales de la regularización efectuada por el sujeto pasivo, a nuestro juicio, la nueva norma muta la atribución de competencias para el ejercicio del *ius puniendi* en materia penal que, de ordinario, corresponden al juez; dejando un amplio margen de discrecionalidad a la actuación administrativa a la hora de decidir el inicio del proceso penal, que corresponde en exclusiva al Ministerio Fiscal en su condición de acusador público. Convenimos con aquella doctrina que ha considerado excesiva la dicción del precepto, al limitar la acción penal al hecho de que la Administración tributaria *estime* que el obligado tributario ha regularizado su situación. En efecto, lo relevante según el art. 305.4 del CP no es la decisión de la Administración Tributaria (no existe prejudicialidad administrativa) sino la efectiva *regularización* de las deudas defraudadas (Pérez Royo, 2012: 13; Herrera Molina, 2012: 26). Para el profesor Pérez Royo, se trata de asegurar, en definitiva, que los expedientes no salgan del ámbito de la Agencia Tributaria, de que no sean conocidos ni por la Autoridad judicial ni por el Ministerio fiscal; lo cual provoca un serio conflicto con la obligación de denuncia que establece el art. 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para aquellos que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público ¿Cabría hablar de prevaricación por el incumplimiento de este deber?



Por lo tanto, podemos convenir que tanto el empleo de un instrumento normativo inidóneo para regular un aspecto que trasciende de lo tributario para regular una cuestión de carácter esencialmente penal, como la atribución a la Administración de competencias que corresponde al juez penal y al Ministerio Fiscal son sólo algunos de los múltiples defectos de orden técnico que comprometen seriamente la efectividad de la medida propuesta por el Gobierno para paliar los problemas de déficit que acusa la economía española en los momentos actuales.

Por añadir otro aspectos controvertidos de esta novedosa normativa y sin ánimo de ser exhaustivos, incluso si se admitiera la efectividad de esta *regularización* para neutralizar las consecuencias penales de la ocultación de rentas a la Administración tributaria, ha de tenerse en cuenta que sólo afectaría a la imposición directa sobre la renta (IRPF, IS e IRNR) y no a otros impuestos directos, como el Impuesto sobre el Patrimonio o el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, ni a los impuestos indirectos, como el Impuesto sobre el Valor Añadido, ni tampoco a otros componentes de la deuda tributaria, como los pagos a cuenta (retenciones, ingresos a cuenta y pagos fraccionados) relacionados con dichas rentas que pudieran haberse devengado con carácter previo a la regularización. Dicho con otras palabras, esta *regularización* fiscal afecta a la imposición directa correspondiente a las rentas que se ocultaron. Sin embargo, si las rentas fueron empleadas para adquirir un patrimonio y como consecuencia de dicha operación tuvo lugar el nacimiento del deber de contribuir por otros tributos o si, cuando se obtuvieron tales rentas, nacieron otras obligaciones accesorias a la principal, tales como la de realizar pagos a cuenta, la regularización no alcanzará estas otras obligaciones tributarias y por tanto, nada parece impedir la exacción de las deudas correspondientes a estas otras obligaciones tributarias, así como los intereses y las sanciones que, eventualmente, pudiera corresponder. Dicho con otras palabras, la adquisición compra de inmueble con las rentas afloradas puede haber dado lugar al nacimiento de obligaciones tributarias por el IVA. Del mismo modo, la tenencia de dicho patrimonio inmobiliario podría comportar obligaciones por el concepto tributario Impuesto sobre el Patrimonio y así sucesivamente. Pues bien, la amnistía fiscal prevista por el Gobierno no afecta a esas otras figuras impositivas (en el caso del IVA tampoco podría hacerlo dadas las limitaciones procedentes del Derecho Comunitario).

Lo anterior supone, en definitiva, un nuevo desincentivo a los defraudadores que quieran acogerse a la condonación parcial que proporciona la amnistía fiscal y por ende, un motivo añadido para desconfiar del optimismo recaudatorio con que fue presentada esta medida por el Gobierno.

Estas son las consecuencias evidentes que conlleva la inserción de una medida en un sistema que se rige por unos principios exactamente contrarios a la misma. Por ese motivo, nos encontramos ante un escenario anómalo que está provocando situaciones ciertamente sorprendentes, con constantes rectificaciones (véase, Pérez Royo, 2012). Y es que, más allá de otros defectos de orden técnico a los que no aludimos para no extendernos en demasía, la medida que otorga una amnistía a defraudadores fiscales colisiona frontalmente desde un punto de vista teleológico con todo el conjunto normativo que regula la exacción de los tributos y la reacción frente a los incumplidores. No haber ponderado adecuadamente la conveniencia de esta medida y haberla adoptado sin el rigor técnico que requiere su elaboración está provocando situaciones de inseguridad jurídica que desincentivan a los defraudadores corregir su comportamiento. Para intentar (que no conseguir) paliar dicho desincentivo, que va a dar al traste con las expectativas recaudatorias,

el Gobierno se está viendo obligado a efectuar continuas modificaciones⁹ y aclaraciones de la normativa¹⁰ para tratar de despejar, con escasa fortuna, algunos de los interrogantes que suscita y de ese modo, confortar a los defraudadores ofreciéndoles la seguridad jurídica necesaria. Lo cual comienza a provocar, cuanto menos, estupor.

4. Problemas de compatibilidad de la *amnistía fiscal* con las exigencias constitucionales

Los principios constitucionales son el elemento básico del Ordenamiento financiero y sobre ellos se asienta nuestro sistema tributario. Su valor normativo y vinculante para los poderes públicos constituye una de las grandes conquistas del actual Estado de Derecho. Por lo que ahora interesa, el valor esencial que tienen los principios constitucionales en la configuración y desarrollo de nuestras figuras impositivas se explicita en el art. 31.1 de la Constitución Española (en adelante CE) al señalar que: *todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio*. Este precepto sintetiza los tradicionales principios de capacidad económica, igualdad, generalidad, progresividad y no confiscatoriedad, esencia del ideal de justicia tributaria, que deben inspirar todo acto normativo que se proyecte sobre la materia tributaria y por ende, sobre la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 12/2012.

Por otro lado, el cauce normativo empleado para la aprobación de la amnistía fiscal objeto de nuestro comentario ha sido el Real Decreto-ley que, como es sabido, es un acto normativo con fuerza de Ley emanado del Gobierno y sometido a los límites constitucionales bien precisos derivados del art. 86 de la CE.

A continuación nos proponemos esbozar algunas ideas en torno a las dudas de constitucionalidad que la normativa objeto de análisis nos suscita. Comenzando con los problemas de carácter formal derivados del empleo de un Decreto Ley en la regulación de la amnistía fiscal, para continuar después con los aspectos materiales derivados de la difícil compatibilidad de esta medida con los principios inspiradores de la justicia tributaria.

El vehículo normativo empleado y los límites impuestos por el art. 86 de la CE

Dispone el art. 86 de la CE, en su apartado primero, que *en caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-Leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos y*

⁹ Buen ejemplo de ello es el Decreto-ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, cuya disposición final tercera modifica el Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, para aclarar, entre otros aspectos, facilitar la *regularización* de aquellos supuestos en los que el patrimonio que se pretende aflorar está a nombre de un "instrumento" jurídico. Algo que, tratándose de rentas ocultadas a la Hacienda Pública suele suceder con cierta frecuencia...

¹⁰ Véase el Informe sobre Diversas Cuestiones Relativas al Procedimiento de Regularización Derivado de la Presentación de la Declaración Tributaria Especial, evacuado por la Dirección General de Tributos. Disponible en línea: http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/Tributos/Informes/Informe_Regularizacion_Declaracion_Tributaria_Especial.pdf. Revisado el 20 de agosto de 2012. Incluso la sorprendente Orden HAP/1182/2012, de 31 de mayo por la que no sólo se aprueba el modelo 750, sino que se desarrolla la disposición a la propia disposición adicional primera del Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, que posiblemente esté incurriendo en un exceso de reglamento.



libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al derecho electoral.

En relación con el presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad, el Tribunal Constitucional ha venido afirmando, con carácter general, que no puede entenderse de manera restrictiva, sino que hay un cierto margen de apreciación del Gobierno que le permite discernir con gran flexibilidad la concurrencia o no de tales circunstancias (sirva como ejemplo la STC 182/1997, de 28 de octubre que aceptó la constitucionalidad de un Real Decreto-Ley en el que se modificaba, precisamente, el IRPF). Asimismo, es doctrina del máximo intérprete de nuestra constitución que el control de constitucionalidad de este requisito no alcanza el examen o análisis en torno a la idoneidad de la medida adoptada por el Gobierno para resolver la coyuntura que apremia la regulación.

Según se expone en el Real Decreto-Ley la grave crisis económica que atraviesa la economía española y en concreto, el exigente compromiso de déficit público asumido para ejercicio 2012, hace imprescindible la incorporación de determinadas medidas al ordenamiento –entre las que se halla la *declaración tributaria especial*- sin más dilación.

Habida cuenta de la flexibilidad con que debe apreciarse el presupuesto habilitante según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no encontramos excesivas dificultades para poder afirmar que concurren los requisitos de extraordinaria y urgente necesidad que el artículo 86 de la Constitución Española exige para el empleo de la utilización de la figura normativa del real decreto-ley.

Mayores dudas suscita, sin duda, el respeto al contenido material al que debe limitarse el Decreto-Ley en materia tributaria. Tal y como dispone el art. 86.1 de la CE, los Decretos-Leyes no podrán afectar al ordenamiento de los derechos y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I. A la hora de delimitar el ámbito material o los concretos aspectos tributarios excluidos de regulación por Decreto-Ley se aprecia una evolución clara en la doctrina constitucional. Inicialmente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional identificaba el ámbito reservado a la ley con el ámbito prohibido a la regulación en materia tributaria mediante Decreto-Ley (véase al respecto las SSTC 6/1983, 111/1983 y 60/1986). Sin embargo, es indudable que el Decreto-Ley tiene rango normativo de Ley. Por lo tanto, la anterior identificación resultaba un tanto incongruente. Lo que motivó que la postura defendida por un sector de la doctrina (Pérez Royo, 1985; Palao Taboada, 1982) fuera acogida posteriormente por el Tribunal Constitucional que, modificando su anterior línea jurisprudencial, vino a identificar las materias excluidas de regulación por Decreto-Ley con aquellas que *afectarán* a los derechos y libertades de los ciudadanos comprendidos en el Título I y en particular, al *deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos*, comprendido en el art. 31.1 del Texto constitucional (el punto de inflexión en la línea jurisprudencial lo marcó la STC 182/1997, cuya doctrina se mantuvo en sentencias posteriores como las SSTC 108/2004 y 182/2005).

No es posible determinar en abstracto y *a priori*, qué medidas *afectan* –en el sentido constitucional del término- al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional proporciona algunos parámetros de análisis que permiten determinar, caso por caso, la extralimitación o no del Decreto-Ley. Es evidente que no poder afectar al deber de contribuir no puede ser interpretado de manera extrema, de modo que reduzca a la nada las posibilidades de regulación por Decreto-Ley en materia tributaria. Del mismo modo, tampoco tiene sentido que sólo se impida su utilización para regular el régimen

general de deber de contribuir; lo cual supondría vaciar de contenido el límite constitucional. En palabras del máximo intérprete de nuestra Constitución, *vulnerará el art. 86 CE cualquier intervención o innovación normativa que, por su entidad cualitativa o cuantitativa, altere sensiblemente la posición del obligado a contribuir según su capacidad económica en el conjunto del sistema tributario* (entre otras, SSTC 182/1997 y 108/2004). En este sentido, a la hora de delimitar dicha intensidad cuantitativa y cualitativa, *será preciso tener en cuenta en cada caso en qué tributo concreto incide el Decreto-ley –constatando su naturaleza, estructura y la función que cumple dentro del conjunto del sistema tributario, así como el grado o medida en que interviene el principio de capacidad económica–, qué elementos del mismo –esenciales o no resultan alterados por este excepcional modo de producción normativa– y, en fin, cuál es la naturaleza y alcance de la concreta regulación de que se trate* (SSTC 182/1997 y 108/2004, entre otras).

En su STC 182/1997, recaída en relación con un Decreto-Ley que modificaba, entre otros aspectos, la escala de gravamen en el IRPF y los porcentajes de retención, el Tribunal Constitucional afirmaba que se trata de una figura central de la imposición directa y una de las piezas básicas de nuestro sistema tributario, primordial para conseguir que nuestro sistema tributario cumpla los principios de justicia tributaria que impone el art. 31.1 CE. Pues bien, la amnistía fiscal prevista en el Real Decreto-Ley 12/2012 no solo incide en el IRPF, sino en la totalidad de las figuras impositivas sobre la renta del sistema tributario estatal, pues la declaración tributaria especial se extiende también al Impuesto sobre Sociedades y al Impuesto sobre la Renta de los No Residentes.

En cuanto al elemento que se ve afectado por la normativa, si bien es cierto que en la STC 182/1997, se afectaba con carácter general, esto es, para todos los contribuyentes, a la escala de gravamen del IRPF y que la amnistía fiscal sólo afecta a un número limitado de contribuyentes, en el análisis cuantitativo y cualitativo no debe perderse de vista que, además de verse afectados los sujetos pasivos de otros impuestos sobre la renta, la modificación que supone rebajar el tipo de gravamen a un 10 por ciento es muy superior a la efectuada en ocasiones anteriores en que el Tribunal Constitucional declaró su inconstitucionalidad.

Asimismo, en el control de constitucionalidad de esta norma debe tenerse en consideración dos aspectos que nos parecen de la máxima trascendencia a los que nos referimos a continuación.

Por un lado, tal y como hemos advertido, el IRPF es el impuesto sobre el que se hace recaer la exigencia constitucional de un sistema tributario basado en el principio de progresividad. En efecto, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional el principio de progresividad no exige la progresividad de todas y cada una de las figuras tributarias individualmente consideradas, sino respecto del sistema en su conjunto. La necesidad de progresividad se predica de manera global respecto del sistema y por tanto, no impide la existencia de tributos proporcionales (STC 27/1981). En este sentido, el IRPF desarrolla una función nuclear para poder afirmar que en nuestro sistema tributario la contribución de todos al sostenimiento de los gastos públicos aumenta en proporción superior al incremento de la riqueza. En efecto, entre los otros elementos del tributo, la escala de gravamen progresiva del IRPF determina que aquellos que más rentas tienen asumen mayores cargas contributivas y en ello descansa la esencia de la progresividad de nuestro sistema. Por ese motivo, conviene destacar que la amnistía fiscal dinamita el referido principio de progresividad al reducir dramáticamente la carga tributaria mediante la



imposición de un tipo de gravamen proporcional que no tiene en cuenta el volumen de riqueza del obligado tributario.

Por otro lado, la medida tiene un carácter transitorio (31 de noviembre de 2012). Sin embargo, ello no puede llevar al error de considerar que sólo se está afectando a un ejercicio o periodo impositivo. En efecto, si se examina detenidamente la amnistía permite *regularizar* las rentas obtenidas y no declaradas en los cuatro últimos ejercicios (el plazo de prescripción de la obligación tributaria). Además, muchos obligados tributarios tendrán un claro interés en regularizar las rentas procedentes del “quinto” año para evitar consecuencias penales, dado que el delito por defraudación tributaria, a diferencia de la obligación tributaria, prescribe a los cinco años. Más aún, incluso en aquellos casos en los que los sujetos hubieran obtenido las rentas ocultadas en un periodo prescrito, es posible que no se pueda demostrar que el patrimonio descubierto procede de rentas obtenidas en periodos ya prescritos. Ante este tipo de situaciones la normativa tributaria reacciona sometiendo dichas rentas a gravamen. Pues bien, para evitar tales efectos, estos sujetos *regularizarán* rentas procedentes de ejercicios muy lejanos en el tiempo. Con ello queremos destacar que, aunque la medida tiene una clara vocación transitoria surtiendo efectos durante varios meses del ejercicio 2012, en realidad se proyecta sobre hechos imponible o rentas obtenidas a lo largo de muchos años.

A partir de todo lo que se acaba de exponer, consideramos que la amnistía fiscal objeto de nuestro trabajo *afecta* al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, en el sentido constitucional del término, coherentemente con la doctrina emanada de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y un adecuado análisis de la medida adoptada por el Gobierno.

Para concluir este apartado conviene señalar que el Real Decreto-ley se ha incorporado a nuestro Ordenamiento mediante su convalidación por el Congreso,¹¹ rechazándose su conversión en Ley. Como es sabido, los efectos jurídicos que se derivan de los trámites previstos en los apartados 2 y 3 del art. 86 de la CE son radicalmente distintos. La mera convalidación del Decreto-ley no cambia su naturaleza jurídica (SSTC 29/1982 y 6/1983) por lo que, pese al pronunciamiento favorable del Congreso, el Decreto-ley puede ser impugnado y declarado inconstitucional. No en vano, con fecha 15 de junio de 2012, cincuenta diputados han presentado recurso de inconstitucionalidad contra la Disposición Adicional Primera del Real Decreto-ley 12/2012. Más allá de la ulterior resolución del Tribunal Constitucional, la mera interposición del recurso, además de confirmar las dudas de constitucionalidad que presenta la medida adoptada por el Gobierno, va a suponer un nuevo desincentivo para aquellos defraudadores que eventualmente se planteen emplear este novedoso cauce normativo para la *regularización* de su situación tributaria.

La amnistía fiscal y los límites impuestos por los arts. 14 y 31.1 de la CE

Por lo expuesto hasta ahora es posible afirmar que la amnistía fiscal afecta al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con la capacidad económica mediante un sistema tributario inspirado en los principios de igualdad y progresividad y generalidad.

¹¹ Resolución de 12 de abril de 2012, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público. Boletín Oficial del Estado, núm. 94 de 19 de abril de 2012, páginas 30707 a 30707.

A las exigencias derivadas del principio de progresividad ya nos hemos referido en el apartado anterior. En cuanto a la generalidad, es evidente que se ve afectada por una medida que otorga una condonación parcial de la deuda tributaria, de los intereses de demora, recargos y sanciones, a un conjunto de sujetos perfectamente delimitado por la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 12/2012. Semejante privilegio pone en duda el cumplimiento del mando constitucional del deber de *todos* a contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. Del mismo modo, al situarse los sujetos pasivos afectados por dicha norma en una situación análoga a la de otros obligados tributarios (los cumplidores con sus obligaciones tributarias y aquellos otros que hubieran regularizado según lo previsto en el art. 27 de la LGT, al que antes nos hemos referido) y dispensar el ordenamiento tributario consecuencias jurídicas radicalmente distintas en cada caso, es evidente que se está afectando a la igualdad y al deber de contribuir de conformidad con la capacidad económica, dado que situaciones económicamente iguales son tratadas de manera radicalmente distinta por la normativa tributaria. En efecto, la medida en cuestión provoca que sujetos pasivos que manifiestan una capacidad económica inferior a la de aquellos que se acojan a la amnistía, soporten una mayor carga tributaria.

Esta cuestión se ha planteado repetidamente en el ordenamiento italiano, dada la histórica tendencia de sus gobernantes a utilizar el coacervo de las amnistías fiscales en la gestión de las políticas tributarias. Bien es cierto que la utilización de la *Tax Amnesty* está bastante extendida, no representa una prerrogativa solo italiana y a ella han recurrido en distintas ocasiones Estados afectados por un importante déficit de la balanza de pagos. Sin embargo, es igualmente innegable que la frecuencia con la que se han adoptado este tipo de medidas en Italia es mucho mayor, hasta el punto de que se puede afirmar que la condonación (*condono fiscale*) es la regla y no la excepción¹². Además, en los demás países, es muy raro registrar la existencia del llamado *condono tombale*, la condonación total que subsana íntegramente y en vía definitiva la posición del contribuyente ante la hacienda pública (Corte dei Conti, 2008: 13). Desde el Real Decreto 367 de 11 de noviembre de 1900 con el que se condonaban las sanciones pecuniarias hasta la más reciente regularización de capitales de 2009 (*scudo fiscale*) ha habido alrededor de 60 condonaciones fiscales. Entre 1973 y 1994, prácticamente no ha habido año sin alguna medida de clemencia derogatoria de la disciplina ordinaria (Antonini, 1996: 232) y, por ejemplo, tan solo en el bienio 2003/2004 se han registrado en las medidas de condonación hasta trece tipologías de condonación (Corte dei Conti, 2008: 32).

Los problemas de compatibilidad con los principios constitucionales del ordenamiento italiano también han tenido que ver con este variado catálogo legislativo, en el que se pueden diferenciar las condonaciones en sentido estricto, que conllevan la extinción de las sanciones tributarias o de otros efectos no penales de la violación, de las llamadas condonaciones impropias o impuras, es decir, medidas legales que contemplan la posibilidad de una “declaración facilitada” (*definizione agevolata*) que afectan a la cantidad imponible y, por tanto, a la deuda tributaria (Picciaredda, 1988: 1). Se debería distinguir, por tanto, una condonación auténtica, que incide en las sanciones pero no en los tributos y cuyo fin es la clemencia, de una resolución ventajosa que, en cambio, incide en los tributos y, por

¹² La abogada general de la Unión Europea ante el Tribunal de Justicia Europeo, al solicitar que la Corte rechazara la amnistía del IVA promulgada en 2003, ha mantenido que en el Estado italiano las amnistías fiscales son tan normales que la perspectiva de amnistías futuras se ha convertido en un factor que incide en el escaso cumplimiento de las obligaciones tributarias (Conclusiones del Abogado General UE Sharpston, Causa C-132/06, Comisión Europea vs. Italia, 25 de octubre de 2007).



tanto, plantearía problemas de constitucionalidad con respecto al principio de igualdad (art. 3) y de progresividad (art. 53) (Batistoni Ferrara, 2000: 250)¹³. En el caso de estas *condonaciones impuras*, aun considerando el principio de igualdad como simple razonabilidad (*ragionevolezza*), sería harto difícil justificar la existencia de un doble criterio de reparto del impuesto indultado, uno vigente para la totalidad de los sujetos pasivos y otro para un subconjunto compuesto por probables defraudadores de ley que no solo se librarían de la sanción sino que además se beneficiarían de una notable disminución del impuesto debido (Falsitta, 2009). El Tribunal Constitucional italiano (TCI) ha reconocido que la condonación fiscal constituye una forma atípica de definición de la relación tributaria que prescinde del análisis de los distintos componentes de la renta y resuelve tal relación mediante una definición *una tantum* e inmediata, con el objetivo de recuperar recursos financieros en vez de verificar el cumplimiento de la obligación fiscal (STCI 321/1995, FJ 5º). Sin embargo, precisamente en virtud de esa finalidad, ha mantenido reiteradamente que la disciplina en cuestión no lesiona el principio de igualdad pues con ella se persigue una deflación del contencioso y una recaudación rápida (TC, Autos 361/1992, 50/1993, 172/1993) y, como ya había afirmado con anterioridad, la disparidad de tratamiento entre las dos categorías de sujetos que la normativa crea (los contribuyentes que ya han cumplido con sus obligaciones y los que, en cambio, se acogen a la condonación) es razonable ya que tal diferencia es el presupuesto para la consecución de la finalidad buscada por el legislador (STCI, 33/1981, FJ 3º)¹⁴. Si se mantiene, como se ha hecho, que la condonación realiza una forma de tasación sustitutiva de la ordinaria y que opera una “justa ponderación de intereses entre Hacienda y los contribuyentes” (Basilavecchia, 1988) se está malinterpretando el significado ético-jurídico del concepto de justicia porque solo se toma en cuenta su dimensión distributiva, es decir, la relación de la comunidad con cada uno de sus miembros pero se soslaya la realización de la dimensión conmutativa de la justicia, la que regula las relaciones entre un individuo y otro, que sale incontestablemente perjudicada en casos como el tratado donde no queda margen de equidad si se compara la situación de unos (que se benefician de la amnistía) y otros (que han cumplido la ley y por esta razón no pueden acogerse a los beneficios).

Ahora bien, es evidente que no cualquier medida que afecte a los principios ha de considerarse inconstitucional. Es más, en ocasiones ello será necesario en aras de la prosecución de otros fines que también gozan de un respaldo constitucional. No en vano, como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, la prohibición en la concesión de privilegios tributarios discriminatorios que pudieran constituir una quiebra al deber genérico de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, se refiere a aquellos beneficios tributarios *injustificados* (SSTC 193/2004 y STC 10/2005). La utilización del impuesto como instrumento de política económica ha sido plenamente reconocida por el Tribunal Constitucional (SSTC 37/1987, 197/1992, 186/1993, 134/1996 ó 179/2006). Inveterada doctrina de la que es fiel reflejo la STC 10/2005 cuando afirma que la exención tributaria, como quiebra del principio de generalidad que rige la materia

¹³ Para una reseña de las opiniones doctrinales acerca de los perfiles de inconstitucionalidad de las *amnistías impuras* vid. Falsitta, 2008: 328, nota 15, para quien el precepto vulnerado no es el art. 53, (véase en pág. 331).

¹⁴ Esta tendencia ha llevado a sostener que el Tribunal Constitucional italiano siempre ha sido condescendiente con la *legislazione condonistica*, “plaga de la fiscalidad italiana”; a pesar de que casi toda la doctrina constitucionalista y tributarista la considera lesiva del principio de igualdad (Falsitta, 2009). Batistoni Ferrara matiza que el Tribunal Constitucional siempre ha encarado la cuestión de forma parcial debido al carácter incidental del sistema de justicia constitucional italiano en el que no se entiende quién podría tener interés para plantear el problema de fondo en un juicio pendiente (Batistoni Ferrara, 2000: 250).

tributaria, es constitucionalmente válida siempre que responda a fines de interés general que la justifiquen (por ejemplo, por motivos de política económica) quedando, en caso contrario, proscrita desde el punto de vista constitucional. En este sentido, no debe olvidarse que, según dispone el máximo intérprete de la Constitución, los principios de igualdad y generalidad se lesionan cuando se utiliza un criterio de reparto de las cargas públicas carente de cualquier *justificación razonable* y por tanto, incompatible con un sistema tributario justo como el que nuestra Constitución consagra (STC 134/1996). Del mismo modo, es doctrina jurisprudencial consolidada desde la STC 76/1990, que el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas, por no venir fundadas en *criterios objetivos y suficientemente razonables* de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados. Por tanto, no toda desigualdad de trato en la ley supone una violación del principio de igualdad (en este caso referido en el art. 14 CE) sino que dicha infracción sólo la produce aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de *justificación objetiva y razonable*.

Excede el propósito de este trabajo analizar de manera individualizada todos y cada uno de los principios enunciados al inicio de este epígrafe que, además, se encuentran estrechamente relacionados entre sí. Sin embargo, sí nos parece oportuno examinar, si quiera brevemente, los motivos esgrimidos para la concesión de la amnistía fiscal a ciertos defraudadores tributarios que, a nuestro juicio, no permiten justificar desde un punto de vista constitucional la quiebra que provoca del deber genérico de contribuir al sostenimiento de los gastos del Estado.

Dos son las razones que parecen haber llevado al Gobierno a adoptar la medida en cuestión. Una de carácter específico, tendente a favorecer que los obligados tributarios regularicen su situación tributaria. Y otra de carácter más genérico, orientada a la obtención de recursos para paliar el déficit público que justificó la aprobación del Decreto Ley.

En relación con el primero de los motivos esgrimidos para justificar esta medida, ya hemos advertido que en el Real Decreto 12/2012 *se considera importante favorecer que los obligados tributarios puedan ponerse voluntariamente al corriente de sus obligaciones tributarias regularizando también situaciones pasadas*. A este respecto, ya hemos advertido en nuestro trabajo que la normativa tributaria regula desde antaño esta posibilidad. En efecto, el actual art. 27 de la LGT establece el régimen previsto para aquellos sujetos que decidan presentar de manera extemporánea sus autoliquidaciones o declaraciones, antes de ser requeridos por la administración tributaria. Por lo tanto, ya existen los mecanismos adecuados para el logro de semejante fin. Más allá de lo anterior, conviene no dejarse engañar por los términos empleados por la norma porque, como ya hemos advertido en nuestro trabajo, lo que la disposición adicional primera del Real Decreto-ley establece no es una *regularización* tributaria voluntaria que permite a los obligados tributarios ponerse al corriente de sus obligaciones correspondientes a situaciones pasadas, sino lisa y llanamente el perdón de buena parte de las deudas tributarias correspondientes a esas rentas, así como los intereses de demora, recargos y sanciones que pudieran corresponder. Habida cuenta de lo anterior, no parece que la razón esgrimida en el Real Decreto permita justificar de manera objetiva y razonable la afectación directa que la amnistía fiscal supone en el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con la capacidad económica mediante un sistema tributario inspirado en los principios de igualdad y progresividad y generalidad. En segundo lugar, en el propio Real Decreto también



se afirma la declaración tributaria especial para determinadas rentas; se establece *con el fin de reducir el déficit público*. Es evidente la situación crítica que atraviesa la economía española y que las medidas que permiten reducir el déficit público pasan por establecer una minoración en los gastos públicos o un aumento en los ingresos. Siendo extraordinariamente laxos en el control de constitucionalidad, podría llegar a afirmarse que, en su finalidad primigenia, la amnistía fiscal responde al interés general al que debe subordinarse toda la riqueza del país en sus distintas formas, sea cual fuere su titularidad, que reclama la propia Constitución; puesto que, en definitiva, esta medida pretende coadyuvar en la planificación de la actividad económica general orientada al equilibrio presupuestario, paradigma del modelo económico en la actualidad. Ahora bien, incluso si se considerase que la diferenciación resulta justificada en base a la finalidad perseguida por el Gobierno, debe advertirse inmediatamente que para que la medida resulte constitucionalmente lícita es indispensable, además, que las consecuencias jurídicas que resulten de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin; de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin perseguido por el Gobierno superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos. En esa difícil ponderación, marcada por un fuerte componente valorativo, debe tener en consideración, por un lado, la trascendental injerencia en las garantías constitucionales que supone la amnistía fiscal, en los términos que ya se han indicado y, por otro lado, la importancia de la medida adoptada en aras a la consecución del fin perseguido. En este sentido no debe perderse de vista que el déficit público con el que se cerró el presupuesto del ejercicio 2011 superaba los 91.300 millones de euros, que representan el 8,5 por ciento del Producto Interior Bruto. Cuando se aprobó el Real Decreto y, por tanto, se desconocían aún las enormes dificultades que iba a plantear la aplicación efectiva de la medida, se estimó una eventual recaudación de 2.500 millones de euros. A la vista de las más que optimistas previsiones del Gobierno y en un escenario ideal, consideramos que la norma objeto de análisis no guarda la oportuna proporcionalidad para salvaguardar las garantías constitucionales básicas.

5. Consideraciones finales

La finalidad perseguida con las amnistías fiscales –una recaudación rápida y eficaz– además de los problemas de orden técnico para su aplicación y de las fricciones con los principios esenciales que vertebran la exacción de los tributos, tampoco parece contar con el suficiente aval empírico. Así lo demuestran algunos estudios empíricos de la incidencia de la amnistía fiscal de 1991 que concluyen que la amnistía no tuvo ningún efecto sobre la recaudación tributaria, ni a corto ni a largo plazo (López Laborda y Rodrigo Saucó, 2001).

Un botón de muestra especialmente fecundo a estos efectos nos lo proporciona el caso italiano. La justificación de la condonación basada en una mayor recaudación y, por tanto, en un uso más eficiente de los recursos económicos, tampoco ha demostrado ser, tal y como se pretendía, un atajo contra el fraude fiscal¹⁵. Más bien, la lógica y el análisis económico de la experiencia italiana muestran que la reiteración de la condonación ha generado expectativas plausibles

¹⁵ Como un instrumento eficaz en tal sentido lo entendía un ex viceministro de Economía y exponente de Forza Italia en una entrevista concedida a *Il Giornale*, el 12 de marzo de 2007: “no hay que demonizar las amnistías porque han permitido que salieran a flote áreas de evasión que habían crecido con los anteriores gobiernos de izquierdas”. Recuerda S. Rizzo en *Il Corriere della Sera* del 4 de septiembre de 2009, comentando el *scudo fiscale* introducido ese año, que según la propia revista online de la Agencia tributaria, entre 1973 (año de la reforma fiscal en Italia) y 2003 Hacienda ha recaudado gracias a las amnistías (no solo fiscales) tan solo veintiséis mil millones de euros, es decir, quince euros por habitante al año.

de ulteriores amnistías en el futuro (Maré y Salleo, 2003). Esta fundada confianza en la repetición de medidas de perdón fiscal tiende a abrir una “pendiente resbaladiza” que con el tiempo fomenta la evasión más que el cumplimiento de las obligaciones tributarias. Con frecuencia se han justificado las amnistías fiscales con el argumento, esgrimido recientemente también por exponentes del gobierno español, de que aumentarían la propensión al cumplimiento de los defraudadores, porque se volverían “reconocibles” para Hacienda (*marked man*). Sin embargo, estudios empíricos que se han propuesto averiguar no solo los efectos de recuperación de los ingresos fiscales mediante las amnistías, sino también la generación de nuevos flujos permanentes de ingresos derivados de ese reconocimiento, muestran que en el lapso de unos veinte años solo ha habido una amnistía “neutral” mientras que el resto ha tenido efectos negativos sobre el nivel de cumplimiento de las obligaciones tributarias (Fedeli y Zangari, 2003)¹⁶.

Es cierto que 20 años dan para muchas condonaciones fiscales en Italia. No obstante, en la actual democracia española ya se han aprobado hasta 3. En todo caso, la anterior conclusión no debería sorprender si se tiene en cuenta que, aún prescindiendo de su compatibilidad con los principios constitucionales, el uso continuado de “normas de clemencia tributaria” en el ordenamiento italiano ha invalidado su propia naturaleza de medida excepcional y contingente, transformándose en su contrario y provocando efectos opuestos a los pretendidos (o declarados como tales). Ha sido un fenómeno tan normal que la perspectiva de futuras amnistías se ha convertido en un multiplicador del nivel de escaso cumplimiento de las obligaciones fiscales (Maré y Salleo, 2003). Y esto podría valer aún más cuando el Estado que recurre a las regularizaciones voluntarias para que afloren capitales ocultos pasa por un pésimo momento económico, como le sucede a España en los momentos actuales. El “efecto desaliento” anteriormente expuesto podría verse incrementado por la tendencia del potencial amnistiado a no fiarse de un Estado que versa en dificultades financieras tan acusadas como para levantar la sospecha de que no mantendrá en el futuro los pactos establecidos. Dicha desconfianza aumenta aún más si la norma que regula la amnistía adolece de importantes defectos de orden técnico, de los que sólo hemos dado cuenta de una pequeña muestra, y de evidentes dudas en torno a su constitucionalidad.

Bibliografía

- ANTONINI, L. (1996), *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, Giuffrè, Milán.
- BASILAVECCHIA, M. (1988), “Principi costituzionali e provvedimenti di condono”, *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, Núm. 2, pp. 231-248.
- BATISTONI FERRARA, F. (2000), “Condono (diritto tributario)”, *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento, Vol. V, Milano, pp. 250-261.
- BOBBIO, N. (1969), “Sulla funzione promozionale del diritto”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Núm. 4, pp. 1313-130.
- BOBBIO, N. (1990), “La función promocional del Derecho”, *Contribución a la teoría del derecho*, Debate, Madrid, pp. 371-385.
- BOBBIO, N. (2003), *Teoría general de la política*, Trotta, Madrid.
- CORTE DEI CONTI (2008), “Risultati e costi del condono, del concordato e delle sanatorie fiscali, 4 de noviembre de 2008”, *Documenti*. Disponible en línea: http://www.corteconti.it/export/sites/portalecdc/documenti/controllo/sez_central

¹⁶ El estudio se concentra en uno de los impuestos principales, el IVA, considerado como *proxy* del nivel de cumplimiento de los contribuyentes, y analiza las “grandes amnistías” (1982, 1991, 1989 y 1994).



- [e_controllo_amm_stato/2008/delibera_24_2008_g_relazione.pdf](#). Revisado el 17 de agosto de 2012.
- DE MITA, E. (2004), “Il condono fiscale tra genesi politica e limiti costituzionali”, *Diritto e pratica tributaria*, Vol. 75, Núm. 6, pp. 1449-1466.
- FALSITTA, G. (2003), “I condoni fiscali tra rottura di regole costituzionali e violazioni comunitarie”, *Il Fisco*, Núm. 6, pp. 794-804.
- FALSITTA, G. (2008), *Giustizia tributaria e tirannia fiscale*, Giuffrè, Milán.
- FALSITTA, G. (2009), “La evanescente consistencia del principio di eguaglianza in una sentenza della Consulta di salvataggio della legislazione condonistica”, *Rivista di diritto tributario*, Núm. 4, p. 191.
- FEDELI, S. y ZANGARI, E. (2003), “Una verifica empirica degli effetti dei principali condoni tributari sulle entrate dell’IVA”, *Rivista di diritto finanziario*, Núm. 1, pp. 43-69.
- HERRERA MOLINA, P. (2012), “El nuevo régimen de la regularización tributaria penal en la Ley General Tributaria y su relación con la *amnistía fiscal*”, *Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad*, Núm. 3, pp. 17-26.
- IGLESIAS CAPELLAS, J. (2012), “La regularización tributaria en tiempos de crisis. Primeras reflexiones acerca de las novedades introducidas por el Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo”, *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, Núm. 350, pp. 5-36.
- LÓPEZ LABORDA, J. y RODRIGO SAUCO, F. (2001), “Incidencia de la amnistía fiscal de 1991 en el cumplimiento a largo plazo del IRPF”, *Federación de Estudios de Economía Aplicada*, EEE 106, pp. 1-34.
- MARÈ, M. y SALLEO, C. (2003), *Is One More Tax Amnesty Really That Bad? Some Empirical Evidence from the Italian 1991 VAT Amnesty*, 59 IIPF Congress, Praga, Disponible en línea: https://editorialexpress.com/cgi-bin/conference/download.cgi?db_name=IIPF59&paper_id=334. Revisado el 14 de agosto de 2012.
- PALAO TABOADA, C. (1982), “La disminución retroactiva de bonificaciones fiscales y los Decretos-leyes en materia tributaria”, *Crónica tributaria*, Núm. 43, pp. 163-179.
- PÉREZ LLEDÓ, J.A. (2000), “Sobre la función promocional del derecho. Un análisis conceptual”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Núm. 23, pp. 665-687.
- PÉREZ ROYO, F. (1985), “Principio de legalidad, deber de contribuir y Decretos-leyes en materia tributaria”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 13, pp. 41-70.
- PÉREZ ROYO, F. (2012), “Más que una amnistía”, *Revista Española de Derecho Financiero*, Núm. 154, pp. 9-21.
- PICCIAREDDA, F. (1988), “Condono (Diritto tributario)”, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, VIII, p. 1.



Realizando la democracia:

君人

Individuos y reyes¹

Aurelio de Prada García

Universidad Rey Juan Carlos

aurelio.deprada@urjc.es

Resumen

En este artículo se investiga cuál de los dos sentidos que tiene el término “real” en castellano, —“auténtico” y “realeza”—, es el que subyace a las actuales demandas de “democracia real”, presentes en movimientos como el del 15-M. La conclusión del análisis es que tales demandas engloban ambos sentidos: para que la democracia sea real, “auténtica”, ha de ser también real en el sentido de “realeza”.

Palabras clave

Democracia, realización, individuo, rey, confucianismo.

Making democracy real:

君人

Individuals and Kings

Abstract

This article focuses on which one of the meanings the Spanish word “real” has, —“true” and “royal”— underlies the current demands for a “real democracy”, as can be seen in movements like 15-M. The conclusion of the analysis is that those petitions include both senses: for democracy to be true, “real”, it has to be “royal” as well.

Keywords

Democracy, to make real, individual, king, Confucianism.

¹ Este trabajo se inscribe dentro del proyecto de investigación “Principio de no discriminación y nuevos derechos.” DER 2011-269033-JURI.

Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Art. 21.1

...sin salir de su casa puede tener influencia en el reino.

La Gran Enseñanza, IX

1. Introducción

Entre los más sorprendentes efectos colaterales de la llamada *Primavera Árabe* —con su reivindicación de democracia y derechos humanos— figura, sin duda, su impacto sobre países habitualmente considerados democráticos. Un impacto que no sólo se ha traducido en mayores o menores movilizaciones de apoyo sino en un cuestionamiento, por así decirlo, de la calidad democrática de sus propios sistemas políticos y ello hasta el punto de que, por ejemplo, en España, a mediados del año 2011 —el 15 de mayo, en concreto— ha surgido un movimiento autodenominado *Democracia real ya*.

Por supuesto que ese salto de la mera reivindicación de “democracia” a la de una “democracia real”, no deja de suscitar interrogantes y entre ellos, sin ir más lejos, el del sentido de esa “realidad” que se propugna para la democracia. En efecto, en español el término “real” es ambiguo pudiendo referirse tanto a “auténtico” como a “realeza”, con lo que la proclama *Democracia real* bien podría entenderse como “democracia auténtica”, bien como, por así decirlo, “democracia monárquica”.

Parece evidente que la reivindicación de una *Democracia real* se refiere, “naturalmente”², al primero de esos sentidos, ya que el segundo resulta —a primera vista— una contradicción en los términos. Sin embargo, puede que las cosas no sean tan claras. Puede que la reivindicación de una democracia real, auténtica, incluya asimismo la de una realización, la de un hacer real —en el sentido de realeza— la democracia.

2. La democracia irreal

Desde luego resulta evidente que, de un modo u otro, la reivindicación árabe de democracia y derechos humanos ha hecho cristalizar la conciencia más o menos latente de que la actual democracia española no es todo lo auténtica que debiera, sino que se trataría más bien de una democracia no-real, “irreal” si se quiere. Así, tras más de tres décadas de aceptación sin mayores problemas del vigente sistema de democracia representativa; tras más de tres décadas de, por así decirlo, leer en horizontal los resultados electorales, se ha comenzado a leerlos secuencialmente de arriba abajo percibiéndose más de una disfunción, como se sigue inmediatamente de los resultados de las últimas elecciones generales (noviembre de 2011) al

² Así, José Luis Sampedro, en su carta de adhesión al movimiento *Democracia real ya*, de 18 de mayo de 2011, comenzaba advirtiendo que ‘naturalmente’ el término ‘real’ se entiende como adjetivo referido a ‘realidad’ y no a ‘realeza’.

Congreso de los Diputados que se reproducen a continuación del modo en que se hace habitualmente:

Tabla 1

Resultados definitivos elecciones al Congreso 2011

PARTIDOS	VOTOS	ESCAÑOS
PP	10.830.693	186
PSOE	6.973.880	110
CIU	1.014.263	16
IU	1.680.810	11
AMAIUR	333.628	7
UPyD	1.140.242	5
PNV	323.517	5
ERC	256.393	3
UPN	183.279	2
Otros	410.284	5
En blanco	286.000	0

Fuente: Ministerio del Interior.

A simple vista se aprecia una disfunción en la columna correspondiente al número de votos obtenidos por cada partido, pues no está ordenada de mayor a menor como sería de esperar en un sistema realmente democrático. Un sistema en el que primase el principio “un hombre, un voto”, la igualdad de todos y cada uno de los votos y en el que por ello mismo, esos resultados electorales habrían quedado como sigue:

Tabla 2

Resultados definitivos elecciones al Congreso 2011

PARTIDOS	VOTOS	ESCAÑOS
PP	10.830.693	186
PSOE	6.973.880	110
IU	1.680.810	11
UPyD	1.140.242	5
CIU	1.014.263	16
Otros	410.284	5
AMAIUR	333.628	7
PNV	323.517	5
En blanco	286.000	0
ERC	256.393	3
UPN	183.279	2

Fuente: Ministerio del Interior.

Ahora bien, y como se aprecia inmediatamente, con ello el problema se ha trasladado a la columna correspondiente al número de escaños obtenidos, que ha



dejado de estar ordenada de mayor a menor. Así las cosas, se sigue la conclusión obligada de que el sistema político español no es todo lo realmente democrático que debiera. No se respeta el principio democrático básico “un hombre un voto”, —la igualdad de todos los votos—, pues, ciertamente, los votos dados a IU y UPyD no valen igual que los otorgados a CIU, PNV y AMAIUR. A estos últimos partidos, como bien se ve, les resulta mucho más barato, —en votos y por así decirlo—, conseguir un escaño.

Ciertamente podría aducirse que semejante distorsión en el valor de esos votos tiene su razón de ser, en cuanto que con ello se facilita la integración de partidos nacionalistas en el sistema. Integración deseable y que, quizás, de otro modo no se produciría. Ahora bien, ello no parece, desde luego, razón suficiente para quebrar de modo tan flagrante el principio democrático básico de la igualdad de voto: un hombre, un voto.

Pero no es éste, desde luego, el único dato que lleva a “indignarse”, a la reivindicación de *democracia real ya* por parte del 15-M, pues la lectura secuenciada de los resultados electorales conduce a más conclusiones de parecido tenor. En efecto, si al anterior cuadro, —ordenado ya al modo usual, esto es, reflejando el diferente valor de algunos votos—, se le añade el número total de electores y el de escaños en liza —cosa que habitualmente no suele hacerse— quedaría como sigue:

Tabla 3

Resultados definitivos elecciones al Congreso 2011

	ELECTORES	ESCAÑOS
TOTAL	35.791.935 ³	350

PARTIDOS	VOTOS	ESCAÑOS
PP	10.830.693	186
PSOE	6.973.880	110
CIU	1.014.263	16
IU	1.680.810	11
AMAIUR	333.628	7
UPyD	1.140.242	5
PNV	323.517	5
ERC	256.393	3
UPN	183.279	2
Otros	410.284	5
En blanco	286.000	0

Fuente: Ministerio del Interior.

³ Suma del total de electores residentes en España, 34.289.761 y residentes en el extranjero 1.502.174. Fuente INE.

De nuevo hay un punto que no acaba de encajar, pues, como se aprecia inmediatamente, se produce una notable distorsión en relación al número de escaños y votos teniendo en cuenta el total de electores y escaños posible. Así, dado que son 350 escaños para un total de 35.791.935 electores —36.000.000 en aras de simplificar el análisis—, con mínima aritmética haría falta conseguir la mitad de los votos, 18.000.000, para obtener la mitad de los escaños en liza, 175.

Ahora bien, el PP con 10.830.693 votos —más o menos un tercio de los votos posibles— ha obtenido más de la mitad de los escaños, 186, con lo cual, el resultado, en escaños, es como si hubiera recibido 20.000.000 de votos, casi el doble de los que en realidad ha obtenido. En cuanto al PSOE, con 6.973.880 votos, es decir, más o menos, un quinto del total, ha obtenido 110 escaños, esto es, más o menos un tercio del total, de modo que finalmente tiene el número de escaños correspondiente a 12.000.000 de votos, cinco millones más de los que en realidad ha recibido.

Desde luego la explicación de todo ello es bastante simple. En el sistema político español —como en prácticamente todos los sistemas políticos democráticos contemporáneos— no se dejan escaños vacíos correspondientes a los abstencionistas o a los votantes en blanco. Todo lo contrario, ese “no voto” y ese “voto en blanco” acaban atribuyéndose a los partidos mayoritarios que obtienen así una representación mucho mayor de la que en realidad les correspondería. En otras palabras, quien se abstiene o vota en blanco, en realidad ni se abstiene ni vota en blanco, sino que su no-voto o su voto en blanco acaban convirtiéndose de hecho en voto a los partidos mayoritarios.

Ciertamente podrían aducirse razones de gobernabilidad, según las cuales, obrando de ese modo resulta mucho más fácil formar mayorías para gobernar o se consigue una oposición más fuerte. Ahora bien, parece evidente que ello viene a reforzar la conclusión a que llegábamos al analizar la primera de las disfunciones del sistema político español que sustentan la reivindicación de democracia real por parte del 15-M. Si entonces se seguía que no había respeto para el principio “un hombre, un voto” en relación a los partidos nacionalistas, ahora se sigue que tampoco lo hay en relación a los partidos mayoritarios: el voto de quien les apoya vale mucho más, pues se le añade el, por así llamarlo, “voto” de los abstencionistas y el de los votantes en blanco. Por lo mismo y *a contrario*, el voto dirigido a partidos no mayoritarios vale mucho menos.

Por lo demás —y ello abunda aún más en la reivindicación de democracia real, auténtica—, resulta también evidente que, tanto en el sistema jurídico-político español como en los demás que utilizan procedimientos semejantes, se alienta, de un modo u otro, la abstención. No interesa, según parece⁴, una mayor participación política haciendo, por ejemplo, el voto obligatorio sino que se da pábulo a la existencia de “ineptos”, de modernos “idiotas”, por decirlo en los términos de uno de

⁴ “Resígnese, pues, el poder: lo que nosotros necesitamos es la libertad, la cual conseguiremos indefectiblemente; pero como la que necesitamos es diferente de la de los antiguos, es necesario que se dé a aquélla una organización diferente a la que podría convenir a la libertad de los antiguos; en ésta, el hombre cuanto más consagraba el tiempo y su fuerza para el ejercicio de los derechos políticos, más libre se creía; por el contrario, en la especie de libertad de que nosotros somos susceptibles, cuanto más tiempo nos deje para nuestros intereses privados el ejercicio de los derechos políticos, más preciosa será para nosotros la misma libertad. De aquí viene la necesidad del sistema representativo, el cual no es otra cosa que una organización con cuyo auxilio una nación se descarga sobre algunos individuos de aquello que no quiere o no puede hacer por sí misma”. Constant (1988: 89).



los textos democráticos clásicos, la oración fúnebre de Pericles, recogida por Tucídides en su *Historia de la Guerra del Peloponeso*:

Somos los únicos que consideramos no un despreocupado, sino un idiota, al ciudadano que no toma parte en los asuntos públicos.⁵

Por si fuera poco, la verdad es que casi podríamos habernos ahorrado la descripción de las anteriores “anomalías” democráticas que —entre otras cuestiones— habrían provocado la indignación del 15-M y ello porque en el vigente sistema político español hay una prohibición expresa del mandato imperativo, tal y como se recoge en el artículo 67. 2 de la vigente Constitución de 1978:

Los miembros de las Cortes Generales no estarán ligados por mandato imperativo.

Literalmente, no hay por parte de los representantes obligación alguna de cumplir el programa en base al cual fueron votados por sus electores. Los representantes -elegidos con la distorsión de votos analizada más arriba y con la atribución de los “votos” de los que no votan o votan en blanco- no tienen, en último término, obligación alguna de llevar a la práctica las propuestas de su programa electoral. Si, por ejemplo, se promete el pleno empleo y al final de la legislatura se llega a más de cuatro millones de parados, no hay responsabilidad alguna. No hay obligación alguna respecto a los representados, con lo cual, desde luego, apenas si podrían ser considerados como tales representantes.

Ciertamente, y de nuevo, podría tratar de justificarse semejante prohibición aduciendo que los representantes dejan de serlo de “sus” electores para pasar a serlo de todo el cuerpo electoral y que, además, las circunstancias podrían hacer inviable el cumplimiento de lo establecido en el programa electoral. Ahora bien y dejando al margen —si es que se puede— las distorsiones que se producen en la elección de tales representantes, parece evidente que, por mucho que pasen a ser representantes de “todos”, han sido elegidos en virtud de un programa al que, en consecuencia, deberían atenerse y que, por lo mismo, en una democracia real, auténtica, el incumplimiento del programa o la negligencia en el ejercicio del poder deberían estar sujetas a responsabilidad.

Por lo demás, ello parece abundar en la idiotez que se insinuaba más arriba y es puesta ahora en cuestión por los indignados del 15-M, dado que esa prohibición del mandato imperativo constitucionalmente establecida; esa no responsabilidad por parte de los representantes en relación a sus representados supone, por así decirlo, de un modo u otro, una aceptación implícita de inferioridad por parte de los representados al aceptar que, una vez elegidos, los representantes dejen de estar obligados a cumplir las promesas electorales por las que fueron votados.

Una aceptación implícita que comienza a hacerse evidente también en los mecanismos de democracia directa establecidos constitucionalmente, pues aunque la democracia contra la que clama el 15-M es fundamentalmente representativa, incluye también mecanismos de democracia directa como la iniciativa legislativa popular y el referéndum para cuestiones políticas de especial trascendencia. Ahora

⁵ Tucídides (1975), en 2, 40. Aunque Pericles utiliza el término *achreios*, literalmente “inútil”, “estúpido”, “negado” y no *idiotés*, que significa por una parte, el mero ciudadano privado que se ocupa sólo de sus asuntos y, por otra, “inútil”, “negado”, esta última identidad de significados y el sentido del párrafo obliga a traducir tal término por el nuestro de “idiota”. Para una postura semejante en inglés, véase Green (1973: 79).

bien, y como era de esperar a la vista de lo anterior, el análisis de tales mecanismos abunda en las conclusiones recién alcanzadas.

Así, en cuanto al primero de ellos -la iniciativa legislativa popular- basta con leer el tenor literal del artículo 87.3 de la vigente Constitución de 1978:

Una ley orgánica regulará las formas de ejercicio y requisitos de la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley. En todo caso se exigirán no menos de 500.000 firmas acreditadas. No procederá dicha iniciativa en materias propias de ley orgánicas, tributarias o de carácter internacional, ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia.

Desde luego no hace falta gastar muchas palabras para mostrar que la ausencia de una democracia real y el reconocimiento implícito de idiotez a que conducían los análisis anteriores, se ven aún más reforzados por la vigente regulación del mecanismo de la iniciativa legislativa popular, auténtico test, por lo demás, de la calidad democrática de un sistema.

En efecto, en el vigente sistema político español, tal iniciativa resulta ser, por una parte, precisamente eso: una “iniciativa” que se expresa en forma de proposición de ley. Dicho de otro modo, tal iniciativa se remite a los “representantes” del pueblo, —los auténticos soberanos, al parecer—, devolviéndonos, por tanto, a las disfunciones que hemos expuesto más arriba.

De otra parte, dicha iniciativa está limitada de forma tal que no puede plantearse sobre determinadas cuestiones. Más en concreto, “no procederá”, entre otras, sobre materias propias de “ley orgánica”, esto es, sobre las leyes que regulan los asuntos más relevantes requiriendo por ello una mayoría cualificada para su aprobación. Con lo cual a los individuos/ciudadanos, al pueblo presuntamente soberano se le niega la iniciativa popular sobre los temas más importantes cuya regulación queda exclusivamente encargada a sus representantes, los auténticos soberanos, pues.

Así las cosas, y de nuevo, esos representantes, elegidos con tales distorsiones y no ligados por mandato imperativo alguno, resultan ser constitucionalmente “superiores” a sus representados, al pueblo formalmente soberano, en el sentido de que pueden hacer cosas que a éstos, al pueblo soberano, constitucionalmente le están vedadas. No parece preciso insistir en el reconocimiento más o menos explícito de idiotez por parte de los representados que ello supone. Un reconocimiento que sorprendentemente dura más de tres décadas y que sólo ahora comenzaría a ser cuestionado por los indignados del 15-M con sus demandas de democracia real.

Como era previsible desde todo lo anterior, también el análisis del segundo de los mecanismos de democracia directa del sistema político español —el referéndum relativo a las decisiones políticas de especial trascendencia— abunda en las mismas conclusiones, como se sigue inmediatamente de la lectura del artículo 92.1 de la vigente Constitución española:

Las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos.

Una vez más no se precisa de glosa alguna del texto para sustentar la demanda de una democracia real, auténtica. En efecto, las decisiones políticas de especial trascendencia no tienen que ser sometidas necesariamente a la aprobación



de los ciudadanos, al “pueblo soberano”, vía referéndum —como una elemental lógica democrática parece exigir— sino que, literalmente “podrán ser sometidas” a tal aprobación. En otras palabras, el referéndum es meramente potestativo, depende de los representantes, sin que haya obligación constitucionalmente establecida de que las decisiones políticas de especial trascendencia hayan de ser sometidas a referéndum.

Una nueva prueba, pues, de la superioridad de los representantes sobre los representados y el consiguiente reconocimiento de idiotez por parte de éstos que, por lo demás, no es la última; y es que ese referéndum meramente potestativo resulta ser, además, y literalmente, consultivo. Lejos, pues, de la lógica democrática que exige, desde luego, que las decisiones de los ciudadanos, del pueblo soberano sean vinculantes, pero en plena coherencia con la “superioridad” de los representantes sobre los representados que se ha seguido hasta aquí, el sistema jurídico-político español vigente establece constitucionalmente la posibilidad de que tales representantes desoigan la decisión de sus representados.

Ciertamente no es momento de indagar las razones que sustentan estos dos sorprendentes —por calificarlos de algún modo— mecanismos de democracia directa en el sistema jurídico-político español y tampoco procede entretenerse tratando de buscar explicaciones a por qué ha habido que esperar más de tres décadas hasta que se han hecho palpables semejantes deficiencias de ese sistema político. Lo que realmente procede es concluir en la dificultad de calificarlo como realmente democrático y es que con un diseño de los mecanismos de la democracia representativa que lleva a distorsionar el principio un hombre un voto y con una concepción de la democracia directa que más parece pensada para impedir su ejercicio que para favorecerlo, resulta ciertamente más que justificada la indignación del 15-M y sus reivindicaciones de democracia real, de democracia auténtica.

3. La democracia glocal

Una indignación que, por cierto, no es exclusiva del 15-M y es que la ola iniciada en Túnez, la ola que ha cruzado el Mediterráneo en dirección norte llegando a España, no se ha detenido en los indignados del 15-M sino que se ha extendido por Europa, llevando, entre otras, a la ocupación de la plaza de la catedral de San Pablo en Londres. Más aún, esa ola ha traspasado ya el Atlántico llegando a América, a EEUU, al movimiento *Occupy Wall Street* y, en el momento en que escribimos, incluso hasta el Pacífico Sur, hasta los estudiantes y los “enrabiados” chilenos.

Una extensión que, por lo demás, incide en otro de los aspectos fundamentales de esa reivindicación de democracia real que, por ello mismo, de un modo u otro y por así decirlo, estaría ya en marcha, estaría ya realizándose: la conciencia de que la democracia, el poder real no puede ser ya meramente nacional, y ello porque el Estado nación, el marco en el que hoy por hoy se da la democracia, está dejando de ser el marco político dominante.

En efecto, una de las señales más distintivas de ese movimiento es la conciencia más o menos difusa pero, desde luego, presente y creciente, de que ya no bastaría con corregir las deficiencias democráticas de un país para conseguir una democracia real. Ya no bastaría, por ejemplo, con corregir todos los puntos analizados hasta aquí para hacer de la democracia española una democracia auténtica, y lo mismo con cualquier otra democracia que presentara esas mismas o parecidas deficiencias, e incluso con las que no las presentase; y ello desde la convicción, más o menos generalizada, de que el ámbito de la democracia, de la

democracia real, ya no reside en el Estado nacional. Un Estado que estaría dejando de ser soberano de modo que aunque todos los sistemas presuntamente democráticos corrigiesen sus deficiencias democráticas haría imposible, hoy por hoy, calificarlos como tales, como democráticos, al igual que a los que hoy por hoy no presenten tales deficiencias.

Esa convicción de que el sujeto político por antonomasia hasta hoy —el Estado nacional moderno— está dejando de serlo, se sigue de múltiples síntomas como la emergencia de la justicia universal o de la Corte Penal Internacional..., reconducibles, en último término, al proceso de globalización que estaría cerrando el ciclo histórico de la hegemonía del Estado nación. Algo que cabe ilustrar brevemente analizando el carácter chino tradicional *guó* / “nación, estado” no sólo porque este carácter es muy anterior a la teorización occidental del Estado sino porque además incluye todos los elementos de esa teorización, interrelacionándolos, y añadiéndoles una dimensión espacio-temporal ausente en la concepción occidental. Todo ello de una forma tan gráfica que permite visualizar también los principales desafíos que la globalización dirige al Estado nacional poniendo en cuestión su papel hegemónico.

Así, el carácter *guó* / “país, nación”, en su forma tradicional, 國, está compuesto de otros cuatro caracteres (McNaughton y Ying, 1999: 53). El primero de ellos, en la parte inferior izquierda del cuadrado, — / *ti*, “territorio”, “tierra”, “base” como puede apreciarse inmediatamente. El segundo, encima del anterior es 口 / *kǒu*, significa “boca” —como asimismo se puede imaginar fácilmente— y por traslación, también “población” y “lenguaje”. El tercer carácter, a la izquierda de los dos anteriores, es 戈 / *gē*, “alabarda”, “poder”, (no resulta difícil tampoco imaginar una lanza). Finalmente enmarcando los anteriores está el carácter 阝 / *wéi*, “límites”, “fronteras”, los cuatro muros que protegen a un país. Pocas veces resulta tan apropiado el dicho de que una imagen vale más que mil palabras y es que salta a la vista que el carácter no sólo expresa los elementos básicos de la concepción occidental del Estado: soberanía, población y territorio⁶, sino también su interrelación. Y así, el territorio aparece situado bajo la población, sosteniéndola, sustentándola pues; mientras que el poder, la soberanía, por su parte, abraza, por así decirlo, esos dos elementos hasta el punto que todos ellos casi parecen trazos de un mismo y único carácter.

Por si no bastara con lo anterior, el cuarto carácter implicado, “wéi”, encierra en límites, en “fronteras”, esos tres elementos interrelacionados del Estado independizándolo así de otros semejantes. De esta forma se consigue una precisa descripción de la idea de soberanía y, con ella, de la del Estado soberano, del Estado nacional. La idea de un poder único que no reconoce superior y ejerce un completo control sobre un territorio y una población determinados precisamente por esos límites. No sólo eso. Esa descripción es tanto más precisa cuanto que, sorprendentemente, incluye también el control del tiempo de ese espacio. Un tiempo encerrado, por así decirlo, en esas fronteras y que comienza precisamente con la fundación/delimitación del propio espacio soberano, *ab urbe condita*, por decirlo en términos occidentales.

Lamentablemente no tenemos ni espacio -ni, por tanto, tiempo- suficientes para indagar en los probables orígenes de esa dimensión espacio-temporal incluida en el carácter. Bastaría, quizás, con recordar la costumbre de los antiguos emperadores chinos de viajar cada cinco años a lo largo del país para adaptar

⁶ Véase, por todos, Jellinek (1981: 295), especialmente el capítulo 13.



espacio y tiempo (Lauer, 1975: 40) o con señalar que cabe sentir el eco de esa concepción en el hecho de que China continental, aún hoy y pese a su extensión, está completamente regida por una sola zona horaria (Folch, 2001: 17). Y desde luego apenas si tenemos espacio y tiempo para señalar que no es de extrañar que la representación china del Estado sea tan sugestiva y feliz, superior a la teorización occidental, si se quiere, cuando China consiguió implantar los factores de unificación típicos del Estado moderno, 1500 años antes que los primeros Estados europeos (Folch, 2001: 17).

Una superioridad que, paradójicamente, se muestra asimismo en el hecho de que ese carácter sirve también para ilustrar los desafíos que el Estado nacional enfrenta hoy día, a consecuencia básicamente del proceso de globalización, entendido éste en su sentido más amplio, o sea, incluyendo, entre otras, sus vertientes cultural y ecológica, y no sólo la económica⁷. Desafíos que le están haciendo perder su papel hegemónico y que hacen cada vez más y más inviable hablar de democracia real, auténtica a nivel nacional.

En efecto, cabe visualizar rápidamente cómo esos elementos del Estado se están desdibujando, haciéndose cada vez más y más borrosos a causa del proceso globalizador. Así, podríamos describir fácilmente cómo la representación estática y aislada —independiente— del territorio —, de la base del Estado, resulta más y más inadecuada para dar cuenta de los diversos desafíos, los diversos problemas que el territorio estatal enfrenta por cambios inducidos por la acción de terceros y que incluyen, entre otros, la degradación ambiental, la desertización, la polución del aire y del agua o el calentamiento global. Problemas que hacen imposible el control del propio territorio por parte de cada Estado al margen de los cambios ambientales globales, e incluso, la existencia del propio territorio como ocurre ya a algunos estados que, a consecuencia del cambio climático, están comprando territorios en otros Estados para alojar a su población⁸.

Y lo mismo ocurre con la boca, la población, el idioma cuya representación estática y aislada —independiente— se hace cada vez más y borrosa, como resultado de los flujos migratorios, de las exportaciones e importaciones de población, “mascarón de proa y máscara de la globalización”⁹; así como por el multiculturalismo y multilingüismo crecientes. Factores todos ellos difícilmente controlables por cada Estado en particular pues, al margen de posibles pandemias, hacen a unos Estados dependientes de las remesas que sus inmigrantes envían a sus países de origen y obligan a otros bien a expulsiones en masa, bien a legalizaciones asimismo en masa de esos inmigrantes.

Y por supuesto, también podríamos describir cómo se desdibujan los límites espacio-temporales de ese *locus* político hasta hoy presuntamente soberano. Cómo el espacio/tiempo puramente local, encerrado dentro de los límites de cada Estado es asaltado/borrado por las nuevas concepciones del espacio y el tiempo fruto de la revolución de las tecnologías de la información: el espacio de los flujos, el tiempo virtual/atemporal.

⁷ Véase, por todos, Beck (1998); Beck y Beck-Gernsheim (2008).

⁸ Es el caso, por ejemplo, de las Islas Maldivas que, ante la previsión de desaparición de parte de su territorio a causa del calentamiento global, están comprando tierras en Indonesia para alojar a su población.

⁹ Por decirlo con De Lucas (2003: 23). Véase también De Lucas (2005).

Nuevos espacio-tiempos que habrían configurando ya una sociedad en red¹⁰, interdependiente, global y local¹¹, glocal¹² de muy difícil, si es que no imposible, control por parte de cada Estado nacional y que ciertamente están en el origen y en la formidable expansión que ha alcanzado la ola reivindicadora de democracia que se inició en Túnez con un suicidio a lo bonzo y que no sólo se ha extendido hacia Oriente, amenazando con llegar a China, sino también a Occidente, hasta América del Norte y el Pacífico Sur. Una ola que habría alcanzado a los propios inventores de la democracia y los derechos humanos, llevándoles/nos a cuestionar la forma en que hoy por hoy se aplican tales invenciones¹³.

Así las cosas, no procede abundar en los cambios que la globalización provoca asimismo en las interrelaciones entre los diversos elementos del Estado: entre territorio, población, espacio/tiempo local/global y poder, pues lo anterior parece más que suficiente para ilustrar cómo los elementos del carácter chino *guó* se desdibujan más y más; se hacen más y más borrosos a causa de la globalización. En términos occidentales, cómo el Estado nacional estaría en plena “crisis de la soberanía”¹⁴; cómo estaría dejando de ser el *locus politicus*, el lugar natural de organización política¹⁵, impidiendo así hablar de democracia real, auténtica a nivel nacional.

Prueba palmaria de ello, por lo demás, serían los procesos de integración en entes políticos supranacionales que cabe observar en los últimos decenios y de los que el proceso de construcción de la UE sería el caso paradigmático. Y en efecto, esos procesos de integración son prueba explícita de que el Estado nacional resulta ya insuficiente, incompleto. Así, por ejemplo, el Estado nación español —uno de los primeros, si es que no el primero de los Estados occidentales— se encuentra hoy en pleno proceso deconstructivo: cediendo soberanía hacia abajo, hacia los niveles local y autonómico, y también hacia arriba, hacia el nivel europeo, aún en construcción.

Una tendencia que cabe observar en otros muchos Estados y que estaría dando lugar progresivamente a *loci politici* más amplios, más globales si se quiere, o mejor, y de nuevo, locales, pues esa ampliación del marco político supone al mismo tiempo reafirmación de sus niveles inferiores hasta llegar al más inmediato: el puramente local.

Integración en marcos políticos, en *loci politici* más amplios, decimos y decimos mal, pues de todo lo anterior se sigue que ya no cabrían tales marcos políticos, en plural, sino un solo y único *locus politicus*, en singular. En otras palabras, desde lo anterior no parece posible, por ejemplo, que la UE, el modelo de integración por antonomasia, pueda dejar de ser lo que es hoy: un mero proyecto

¹⁰ Véase Castells (1999), especialmente los capítulos 1, 6 y 7.

¹¹ “La economía mundial es cada vez más un todo interdependiente: cada una de sus partes se ha hecho dependiente del todo y, recíprocamente, el todo sufre las perturbaciones y albuces de las partes.” (Morin y Kern, 1993: 32).

¹² Como es bien sabido, el término glocalización, mezcla de globalización y localización proviene del concepto japonés “dochakuka” derivado de “dochaku” (el que vive en su propia tierra) y fue introducido por R. Robertson y difundido por U. Beck.

¹³ Por servirnos del título castellano de la obra de Hunt (2009).

¹⁴ Por decirlo con Ferrajoli (1999: 144).

¹⁵ Véase, por ejemplo, Olivas (2004: 45).



político¹⁶, para convertirse en auténtico marco político en cuanto que soberano y con ella, por lo mismo, todos los posibles entes políticos supranacionales.

En efecto, las mismas fuerzas que asaltan/difuminan los Estados nacionales impiden considerar a tales entes supranacionales como entes políticos, como soberanos. Esas mismas fuerzas también asaltan/difuminan los elementos de esos presuntos marcos políticos ampliados como, sin ir más lejos, muestra la crisis financiera global en que, aquí y ahora, estamos inmersos y que ha llevado a que los 25 Estados nacionales más desarrollados —aun formalmente soberanos— tengan que someter obligatoriamente sus sistemas financieros a evaluaciones periódicas por parte del Fondo Monetario Internacional¹⁷, demostrando así que la auténtica soberanía estaría, hoy por hoy, en los mercados, tal y como reza una de las más difundidas proclamas de los indignados. Unos mercados soberanos cuyas cabezas visibles incluso se permiten calificar de “marionetas” a sus clientes¹⁸; calificativo éste que bien podríamos añadir al de “idiotas”, a nivel nacional, que se analizó más arriba.

Así las cosas, si el Estado nacional está dejando de ser el marco político hegemónico; si ya apenas cabe hablar de “soberanías” en plural y, por tanto, tampoco de democracias en plural, la reivindicación de *democracia real ya*, de democracia auténtica, resulta ser la de un nuevo —y único— marco político global o, quizás y mejor, glocal, pues, como se apuntó más arriba, la ampliación/difuminación del Estado nacional no lo es sólo hacia niveles superiores, sino también hacia los inferiores, hasta el local más inmediato.

Un nuevo marco político, una democracia real, auténtica, que unifique la condición de hombre y ciudadano mediante ciudadanías sucesivas y que estaría, —todo lo tentativamente que se quiera— ya en construcción. Estaría ya realizándose de un modo u otro y ello desde luego no solo teóricamente, como bien se ve en la intensidad del debate sobre el cosmopolitismo¹⁹, sino también, y sobre todo, en la práctica, como prueba la fuerza expansiva de esa ola democratizadora iniciada en Túnez que avanza hacia Oriente —amenazando con llegar a China—, y también hacia Occidente —Europa y América— haciendo que los inventores de la democracia y los derechos humanos nos cuestionemos la forma en que, hoy por hoy, se aplican tales invenciones.

4. Realizando la democracia

Ciertamente no es momento de indagar el modo en que —todo lo tentativamente que se quiera— comienza a articularse esa democracia real, auténtica, en niveles sucesivos desde la ciudadanía más local hasta la más global: la del ciudadano-hombre y tampoco podemos, desde luego, desbaratar en detalle la segura objeción de que lo anterior lleva al corolario de que todos los sistemas jurídico-políticos actuales serían iguales: tanto los tenidos comúnmente por

¹⁶ Por decirlo con los términos del ex Ministro español de Asuntos Exteriores, Miguel Ángel Moratinos: “Despojar al Tratado constitucional de todos los elementos que reflejan que la Unión Europea es un proyecto político es una opción inaceptable para España”. Información de El País. Disponible en línea: http://elpais.com/diario/2007/05/11/espana/1178834427_850215.html. Revisado el 12 junio 2012.

¹⁷ *El País*, 29 de septiembre de 2010. Disponible en línea: http://economia.elpais.com/economia/2010/09/29/actualidad/1285745585_850215.html. Revisado el 12 de junio de 2012.

¹⁸ Tal y como ha denunciado recientemente un directivo de Goldman & Sachs. *The New York Times*, 14 de marzo de 2012.

¹⁹ Entre la ingente bibliografía que ha generado el debate actual sobre el cosmopolitismo cabría citar, por todos a Caney (2005), Elster (1995), Habermas (2000), Habermas (2007) y Held (1997).

democráticos como los no considerados tales, pues, según lo visto, ninguno de ellos sería realmente, auténticamente democrático.

En efecto, apenas si puede señalarse que lo anterior lleva, más bien, al corolario contrario: a seguir distinguiendo los sistemas jurídico-políticos no democráticos de los, por así llamarlos, potencialmente democráticos. Potencialmente democráticos no tanto por la utilización de procedimientos formalmente democráticos —que también— sino por su integración en “niveles políticos” que acaben por desembocar en la ciudadanía humana y en el marco político correspondiente, global/glocal, el único marco político democrático hoy por hoy posible. Algo que, por cierto, y según lo visto más arriba, parece ocurrir con el sistema español.

No procede ciertamente entretenerse en todo ello pues, nuestro análisis del impacto que la ola iniciada en Túnez unida a la crisis financiera actual están teniendo en los inventores de la democracia y los derechos humanos no ha sido todo lo cuidadoso que debiera. No hemos sacado todas las conclusiones posibles y, más en concreto, hemos omitido una de la mayor importancia, pues amplía el sentido de esa “realización de la democracia” a la que acabamos de llegar.

Una realización que ya no cabría entender como mero hacer la democracia “real” en el sentido de auténtica sino también en el de “realeza”²⁰, usando así simultáneamente los dos sentidos que el término tiene en castellano. Realizar la democracia, pues, convirtiéndonos no solo en individuos soberanos, —por así decirlo—, sino también en reyes, en garantes de la armonía natural-social, cosa que nos devuelve al 君人, al “individuo-rey”, al que llegábamos en otro lugar²¹, tras analizar la compatibilidad entre la gran invención occidental de los derechos humanos y el confucianismo, el modo chino de estar en el mundo.

En efecto, el análisis del impacto que la ola iniciada en Túnez y la crisis económica está teniendo en nosotros —los inventores de la democracia y los derechos humanos— bien podrían sintetizarse como un “regreso de la vinculación social”²². Como un regreso corregido y ampliado a nivel planetario toda vez que, según se ha visto, el “individuo” —esa gran invención occidental que sirve de base a la democracia y a los derechos humanos— para dejar de ser idiota, para no ser una mera marioneta en manos de los mercados —los auténticos soberanos a lo que parece— no tendría otra opción que la de ir más allá de su individualismo y aliarse con los demás seres humanos en una democracia real —auténtica— que, según acaba de verse, sólo puede ser global/glocal.

Ahora bien, de ese análisis se sigue también el regreso —corregido y aumentado a nivel planetario— de la vinculación natural. Una vinculación bien presente en el confucianismo, 儒家, en la “escuela de los hombres que hacen que llueva sobre las plantas recién brotadas”.²³ Los hombres “necesarios”: naturalmente necesarios en cuanto que la lluvia lo es para las plantas recién brotadas y por ello mismo, también socialmente necesarios ya que las plantas son necesarias para la supervivencia de la sociedad.

²⁰ Disintiendo así de la opinión de nuestro admirado José Luis Sampedro reflejada en la nota 2.

²¹ Véase De Prada (2011a: 131-159) y también De Prada (2011b).

²² Por jugar con el título de la espléndida obra de P. Barcellona (1986).

²³ El primero de los caracteres 儒 rú a la izquierda se compone de otros tres: 亻 rén, “hombre”; 雨 yǔ, “lluvia” (se ven nubes, gotas de agua y un relámpago) y 而 er, “planta recién brotada de la tierra” (se aprecian fácilmente las raíces, el suelo y un tallo sobresaliendo). Sobre la relación de los rú con la danza ritual de oración por la lluvia, véase Xingzhong (2011: 41).



Una vinculación natural / social, pues, que, como también se vio en su lugar, impregna todo el marco conceptual en que se mueve el confucianismo: 天地君親師...忠, “cielo-tierra-rey-familia-maestros... fiel”. Marco que, *mutatis mutandis*, y como asimismo se analizó con cierto detalle, aparecía también en la tradición occidental hasta el punto de poder extrapolarlo, sin mayores problemas, al modelo aristotélico-comunitarista.

Ahora bien, y como también se vio con cierta extensión, esa vinculación se habría roto en la tradición occidental con la ejecución de Luis XVI. Un “acto catártico”²⁴ que, al romper la sacralidad del rey, destruía el continuo natural-social previo y permitía la emergencia del “individuo”. Un cuerpo humano aislado de los demás cuerpos, valioso en sí mismo, con “derechos humanos”, “digno” con independencia de cualquier consideración natural o social.

Pues bien, el impacto de la ola democratizadora iniciada en Túnez, el impacto de la crisis económica —el de la globalización en último término—, no sólo vuelve a poner al individuo -al cuerpo humano individual- en contacto con todos los otros cuerpos humanos para realizar la democracia auténtica —para dejar de ser idiotas/marionetas y asegurar así sus derechos humanos y con ellos los de los demás que son también los suyos—, sino que también vuelve a ponerle en contacto con la naturaleza. Supone no solo el regreso, corregido y ampliado, de la vinculación social sino también el de la vinculación natural, corregida y ampliada asimismo a nivel planetario.

En efecto, a la hora de analizar los factores que asaltaban/difuminaban los elementos del Estado moderno, -del *locus politicus* dominante hasta hoy-, comenzamos por el territorio, el más importante ciertamente ya que sustenta a los otros: la población y el poder, como bien se siguió del examen del carácter chino correspondiente — / *ti*, “territorio”, “tierra” y también “base”. Asimismo mencionamos algunos de los factores que, hoy por hoy, asaltan difuminándolo ese carácter, ese elemento básico del Estado y, en concreto, el cambio climático, si bien sin extraer todas la conclusiones que se derivaban de ello.

Desde luego no es preciso que corriamos nuestra ausencia de definición de la expresión “cambio climático”, pues no precisa de mayores aclaraciones: un cambio del clima dentro de un historial climático, bien sea a nivel local o global. Ahora bien, sí que hemos de corregirnos por cuanto no hicimos el hincapié debido en el hecho de que no estamos hablando de un cambio climático más, como podía desprenderse de lo que dijimos al respecto. No hicimos alusión alguna al creciente acuerdo científico según el cual estamos ante un cambio climático global que, de no atajarse, supone una amenaza para la supervivencia de la humanidad²⁵.

Así las cosas hemos de corregir las conclusiones a que antes llegábamos y en efecto, la amenaza que el cambio climático representa para — / *ti*, “territorio”, “tierra”, para la base de la población y del poder no solo supone un desafío al papel hegemónico del Estado moderno como entonces dijimos, sino también, y sobre todo, una amenaza para toda la Humanidad, para las generaciones futuras y a lo que parece, —dada la velocidad del cambio—, también para las presentes. Con lo

²⁴ “El vértigo de la demostración concluyente de la imposibilidad de coexistencia de los dos principios políticos, el monárquico y el democrático, la absolutización definitiva de éste, finalmente el regicidio un año después como acto catártico de ruptura de la vieja sacralidad del Rey, llevaron a la Revolución hacia todos sus extremos teóricos.” García de Enterría (1994: 23 y 24).

²⁵ Véase The Huffer (2012). Disponible en línea: <http://www.treehugger.com/climate-change/three-new-reports-this-week-link-extreme-weather-climate-change.html>. Revisado el 14 de julio de 2012.

cual, el “individuo” nacido de la ruptura del continuo natural-social, valioso en sí mismo con independencia de cualquier otra consideración, con “derechos humanos”, recupera —por así decirlo y siquiera sea *a contrario*— su vinculación natural, su dependencia del medio ambiente.

En otras palabras, si el mar de fondo de la globalización -plasmado tanto en la reivindicación árabe de democracia, como en la occidental de democracia auténtica, cuanto en la actual crisis económica- habría obligado al individuo a reconocer su vinculación social, su vinculación con otros cuerpos humanos llevándole más allá del marco nacional en busca de una democracia global/glocal, ahora el cambio climático le estaría “devolviendo” la vinculación natural, la certeza de que no cabe un cuerpo individual aislado de la naturaleza por mucho que aparezca vinculado a los demás cuerpos humanos, socialmente vinculado, o mejor y si se quiere, glocalmente vinculado.

Pero no acaban ahí las correcciones, dado que tampoco hicimos alusión alguna al creciente consenso científico en el carácter antropogénico de ese cambio climático potencialmente catastrófico. Es la propia humanidad la causante de ese cambio climático²⁶; la que —por jugar con el universo semántico del confucianismo— estaría provocando, de manera más o menos consciente, que no haya la lluvia necesaria —naturalmente necesaria— para las plantas recién brotadas; la que hace, de forma más o menos inconsciente, que haya más o menos lluvia de la que precisan las plantas recién brotadas²⁷.

Ciertamente no es momento de juegos semánticos ni tampoco de recalcar los diferentes niveles de responsabilidad en la cuestión del cambio climático, derivando las conclusiones pertinentes, pues lo que procede, aquí y ahora, es ratificar la conveniencia de la síntesis a la que llegamos al tratar de la compatibilidad entre confucianismo y derechos humanos: 君人, el “individuo-rey”. El individuo que, sin dejar de serlo, sin dejar de ser valioso en sí mismo -con independencia de cualquier consideración social o natural- sin dejar de tener “derechos humanos” se reconoce parte de la naturaleza y, por medio de la educación apropiada, se convierte en rey. Pasa a ocupar el centro²⁸ de la secuencia naturaleza-sociedad asegurando su armonía, de modo que incluso “desde la propia casa”, sin necesidad de delegar en representantes, “puede tener influencia en el reino”²⁹.

5.- A modo de conclusión: Individuos y reyes 君人.

Con todo lo cual, parece que la reivindicación de *Democracia real ya* —la realización de la democracia— implica la corrección de las disfunciones de los sistemas políticos hoy tenidos por democráticos y las de los no tenidos por tales, integrándolos en una democracia global/glocal en la que los individuos 人 dejemos

²⁶ “Se da un cuerpo creciente de observaciones dando una imagen colectiva de un mundo en calentamiento y otros cambios en el sistema climático... Hay nueva y más fuerte evidencia que la mayoría del calentamiento observado en los últimos 50 años se atribuye a las actividades humanas”. IPCC (2001).

²⁷ Una de las consecuencias del cambio climático sería precisamente la alteración de los patrones de precipitación.

²⁸ La idea de “centro”, “medio”, 中 *zhōng* es fundamental en la cultura china hasta el punto de definirla pues, como es bien sabido, China en chino es 中國, *zhōng guó*: el país 國 *guó* del centro, del medio 中 *zhōng*. Por lo demás, 中 *zhōng* no es un término sólo nominal sino también verbal; no sólo designa la centralidad espacial que se ocupa sino la virtud dinámica y activa que corresponde a ese lugar: la de la flecha en el centro del blanco. Véase Cheng (2002: 38).

²⁹ La Gran Enseñanza” IX, en Confucio (2006: 310).



de ser idiotas/marionetas y pasemos a convertirnos en reyes 君: *Individuos y reyes* que aseguran la armonía natural-social. Implica, pues, al parecer, la unificación de los dos sentidos que el término “real” tiene en español: “auténtico” y “realeza”. Ahora bien, aventurar cómo y cuándo se producirá —si es que— esa “realización” es algo que, ciertamente, sobrepasa los límites impuestos a estas líneas.

Bibliografía

- BARCELONA, P. (1996), *Postmodernidad y comunidad, El regreso de la vinculación social*, Trotta, Madrid.
- BECK, U. (1998), *¿Qué es la globalización?*, Paidós, Barcelona.
- BECK, U. y BECK-GERNSHEIM, E. (2008), *Generación Global*, Paidós, Barcelona.
- CANEY, S. (2005), *Justice Beyond Borders*, Oxford University Press, Oxford.
- CASTELLS, M. (1999), *La era de la información: Economía, sociedad y cultura, Vol I, La sociedad red*, Alianza, Madrid.
- CHENG, A. (2002), *Historia del pensamiento chino*, Bellaterra, Barcelona.
- CONSTANT, B. (1988), *De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos*, Tecnos, Madrid.
- CONFUCIO (2006), *Los cuatro libros*, RBA, Barcelona.
- DE LUCAS, J. (2005), *Globalización e identidades. Claves políticas y jurídicas*, Icaria, Barcelona.
- DE PRADA, A. (2011a), “Entre confucianismo y derechos humanos: 君人 Individuo y rey”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, Núm. 23. Disponible en línea: <http://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/710>. Revisado el 18 de julio de 2012.
- DE PRADA, A. (2011b), *Individuos y reyes*, Servicio de Publicaciones de la URJC, Madrid.
- ELSTER, J. (1995), *Justicia local*, Gedisa, Barcelona.
- FERRAJOLI, L. (1999), *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Trotta, Madrid.
- FOLCH, D. (2001), *La construcción de China. El período formativo de la civilización china*, Península/Atalaya, Barcelona.
- GARCIA DE ENTERRIA, E. (1994), *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza, Madrid.
- GREEN, P. (1973), *A Concise History of Ancient Greece*, Thames & Hudson, London.
- HABERMAS, J. (2000), *La constelación postnacional*, Paidós, Barcelona.
- HABERMAS, J. (2007), *Identidades nacionales y postnacionales*, Tecnos, Madrid.
- HELD, D. (1997), *La democracia y el orden global*, Paidós, Barcelona.
- HUNT, L. (2009), *La invención de los derechos humanos*. Tusquets, Barcelona.
- JELLINEK, G. (1981), *Teoría General del Estado*, Albatros, Buenos Aires.
- LAUER, M. (1975), *I Ching*, Barral, Barcelona.
- McNAUGHTON, W. y YING, L. (1999), *Reading & Writing Chinese. Traditional Character Edition*. Tuttle Publishing, Singapore.
- MORIN, E. y KERN, A.B. (1983), *Tierra-Patria*, Kairós, Barcelona.
- OLIVAS, E. (2004), *Consecuencias jurídico-políticas de la globalización*, Reus, Madrid.
- TUCÍDIDES (1975), *Historia de la Guerra del Peloponeso*. Juventud, Barcelona.
- XINGZHONG, Y. (2001), *El confucianismo*, Cambridge University Press, Madrid.
- DE LUCAS, J. (2003), “Sobre las políticas de inmigración en un mundo globalizado”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Núm. 7, pp. 23-52.
- IPCC (2001), *Climate Change 2001*, UNEP/GRID-Arendal. Disponible en línea: http://www.grida.no/publications/other/ipcc_tar/?src=/climate/ipcc_tar/wg1/index.htm. Revisado el 18 de julio de 2012.



Legalidad y laicidad

Rodolfo Vázquez

Instituto Tecnológico Autónomo de México - ITAM

rvazquez@itam.mx

Resumen

Para constatar la existencia de un auténtico Estado de Derecho —a diferencia de un simple Estado *con* Derecho— el sistema jurídico debe satisfacer cuatro exigencias internas: primacía de la ley y principio de imperatividad, deliberación democrática y responsabilidad pública de los funcionarios, independencia judicial y control de constitucionalidad y reconocimiento y promoción de los derechos fundamentales. Mi propósito en este ensayo es desarrollar y defender dos de los cuatro principios que componen al Estado *de* Derecho: la primacía de la ley y la deliberación pública. Argumentaré que el primero de estos dos elementos encuentra fundamento en la idea de autonomía personal: para que los ciudadanos de cualquier Estado puedan desarrollarse plenamente, escogiendo su propio plan de vida de manera legal y legítima, es menester que el Estado no cambie de manera arbitraria aquello que considera legal y legítimo. El principio de deliberación pública, por otro lado, está anclado en la idea liberal del laicidad: las normas que han de atarnos como comunidad política deben discutirse de manera racional y razonable, asegurándonos de no privilegiar una cosmovisión que anule la posibilidad de perseguir ciertos planes de vida que deberían considerarse válidos y legítimos.

Palabras clave

Estado de Derecho, laicidad, legalidad, deliberación, discusión pública, autonomía.

Secular and legality

Abstract

To distinguish between a normative Rule *of* Law versus a simple rule *by* law, the State must satisfy and be organized by four indispensable principles: primacy of the law and law's empire; democratic deliberation and public responsibility of public officials; judicial independence with mechanisms of constitutional control; and recognition and promotion of fundamental rights. My purpose in this essay is to elaborate on, and defend only two of the four principles that together make the rule *of* law: primacy of the law and public deliberation. I will argue that the first of these elements is founded on the notion of personal autonomy: in order for the citizen of the nation-state to be able to fully develop and legally and legitimately pursue her own notion of the good life, the State must not—indeed, cannot—arbitrarily change what it deems to be legal and legitimate. The principle of public deliberation, on the other hand, is anchored to the liberal idea of secularism: the norms, rules, laws that are to bind us together as a political community must be discussed rationally and reasonably, making sure that the product of those deliberations—and the arguments put forth—do not annihilate the possibility of pursuing certain life plans that should be otherwise deemed valid and legitimate.

Keywords

Rule of law, rule by law, secular, legality, deliberation, public reasoning, personal autonomy.

No todo Estado es Estado de Derecho, más aún, "no todo Estado *con* Derecho es un Estado *de* Derecho". (Díaz, 1995: 6). Para que éste sea posible se deben satisfacer cuatro exigencias internas necesarias, y en su conjunto, suficiente, primacía de la ley y principio de imperatividad, deliberación democrática y responsabilidad pública de los funcionarios, independencia judicial y control de constitucionalidad, y reconocimiento y promoción de los derechos fundamentales.

Un Estado no democrático, ajeno al principio de imperatividad de la ley, que no asegure la objetividad, imparcialidad y transparencia de las decisiones judiciales y no orientado hacia el respeto y aplicación de los derechos humanos podría devenir en el mejor de los casos un "Estado *con* Derecho", un Estado jurídico, pero ciertamente no un "Estado *de* Derecho". En este tipo de regímenes se puede hablar de una cultura de la legalidad, pero tan débil que las fronteras se diluyen: existe una obediencia a las normas, pero no crítica, más bien ciega; los derechos humanos se contemplan en el papel, pero no se respetan; existen las normas pero impera el miedo y la inseguridad para organizar cualquier plan de vida (Salazar, 2006: 17). Estaríamos en la antesala de un régimen autoritario. En este último no existiría una cultura de la legalidad. Por el contrario imperaría una cultura de la (i)legalidad o, en términos de O'Donnell (1998: 303), un *un(rule) of law*. No existiría siquiera una "ciudadanía de baja intensidad": lisa y llanamente, no se permitiría el ejercicio de la ciudadanía.

Para los propósitos de esta voz en el Léxico de Cultura de la Legalidad pondremos el acento en dos de las notas que caracterizan al Estado *de* Derecho: la primacía de la ley y la deliberación pública. El primero encuentra su fundamento en el principio de autonomía personal y el segundo en el principio de laicidad.

1. Primacía de la ley y principio de imperatividad

Un Estado *de* Derecho es aquél cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley: un gobierno de las leyes que hace posible la seguridad y la certeza jurídicas. Debe entenderse, sin embargo, que la primacía de la ley no agota su justificación en el principio de legalidad; sus exigencias van más allá de la mera existencia de las normas jurídicas, requieren del llamado principio de imperatividad o de imperio de la ley. Este principio, en palabras de Francisco Laporta, "constituye un postulado metajurídico, una exigencia ético política o un complejo principio moral que está más allá del puro derecho positivo" (Laporta, 1994: 134) y que nos dice no como es sino como *debe ser* el Derecho.

Con respecto a la estructura interna del principio de imperatividad de la ley, éste impone a las normas jurídicas las siguientes exigencias:

- En cuanto a la *autoridad* que emite las normas, debe hallarse facultada para hacerlo por una norma jurídica de competencia. Esta exigencia cancela, sin más, la posibilidad de los gobiernos *de facto* y la actuación *ultra vires* de cualquier autoridad.

- Las normas jurídicas deben ser *generales*, es decir, sus destinatarios deben ser identificados por rasgos generales y no mediante aspectos particularizados o definidos.

- Las normas jurídicas deben ser *prospectivas* y no retroactivas; *estables* pero no inmutables en el tiempo.

- Las normas jurídicas deben ser *claras y transparentes* (Laporta, 1994: 139).

El concepto de imperio de la ley debe entenderse como un imperativo moral que encuentra su fundamentación en el principio de autonomía personal, no sólo entendida esta última en un sentido negativo sino, sobre todo, positivo: el ser humano, como dueño de sí mismo. La autorregulación o autodirección de la persona humana supone que los agentes “que no tengan unos mínimos criterios de valoración epistémica de sus propias creencias no pueden ser llamados agentes autónomos” (Laporta, 2007: 27). La racionalidad, por lo tanto, es uno de los ingredientes de la autonomía. Asimismo, la autonomía tiene un sentido “disposicional” y no “momentáneo”, se desarrolla en el tiempo de acuerdo con *proyectos* o *planes* de vida. Entendida de esta manera, la autonomía personal es una condición necesaria del comportamiento moral y constituye “un punto de partida crucial para servir de basamento a ese complejo institucional de normas y principios sobre la convivencia humana que llamamos imperio de la ley” (Laporta, 2007: 37).

La defensa del imperio de la ley exige una toma de posición normativista, es decir, la aceptación de reglas de conducta y de competencia como núcleo central y más importante del ordenamiento jurídico. Esta exigencia significa también que todo acto de poder debe estar sometido al derecho y en el límite a la existencia de “una agencia del control jurídico del poder que si no infalible sea al menos última [...] Si no existiera en algún momento la revisión de los actos del poder no podría existir ningún orden jurídico que hiciera previsibles las decisiones de ese mismo poder” (Laporta, 2007: 103).

El imperio de la ley debe entenderse como una condición necesaria, aunque no suficiente, de un derecho justo; es decir, sin el imperio de la ley no puede haber derecho justo, pero su sola presencia no garantiza la justicia. Esto evita el reduccionismo de la idea de Estado de Derecho a una caracterización formalista de corte decimonónico o a una interpretación moralista, que en nuestros días ha adquirido gran efervescencia en los llamados neoconstitucionalismos. Sin negar el principio de supremacía constitucional, el mensaje sería “menos neoconstitucionalismo y más neocodificación” (Laporta, 2007: 167). Es falso el dilema entre Estado procedimental o legislativo de Derecho y Estado sustantivo o constitucional de Derecho: “el constitucionalismo es importante, pero no es sino una prolongación del ideal del imperio de la ley hasta la norma constitucional.” (Atienza y Laporta, 2008). Se trataría de sostener una concepción sustantivista “débil” del Estado constitucional de Derecho en la que el reconocimiento de los derechos individuales bajo el principio de no discriminación sean entendidos como precondiciones de la deliberación democrática, y que junto con ciertos mecanismos institucionales como la independencia judicial y el principio de división de poderes, sean “atrincherados” de una manera especial, pero que en ningún sentido inhiban un riguroso fortalecimiento del orden legislativo bajo el principio de imperatividad de la ley.

2. Laicidad y principio de imparcialidad estatal

Hacer valer el Estado democrático de Derecho bajo el principio de imperatividad de la ley supone la exigencia de imparcialidad del Estado ante las diversas creencias de los ciudadanos en materia de religión o sobre concepciones de tipo metafísico. Enunciado así el principio de laicidad, éste supone que: 1. las creencias religiosas y las comprensiones metafísicas del mundo, su transmisión y enseñanza, se localizan en el ámbito privado; 2. en tanto expresión de un derecho individual, el Estado debe proteger la libertad ideológica, que se manifiesta también en la no profesión de creencia religiosa alguna, así como las ideas antirreligiosas; 3. se debe privilegiar el criterio de argumentación y consentimiento de los individuos



frente a la pretensión de verdad de creencias religiosas o metafísicas. (Ruiz Miguel, 2007: 159-160; Blancarte, 2007: 35)

Imparcialidad no es sinónimo de neutralidad entendida como inacción. Ser neutral es abstenerse de influir en los resultados. Ser imparcial, por el contrario, es valorar el conflicto en términos de principios generales que se aceptan independientemente de la situación en particular, sin permitir que mis preferencias o prejuicios personales influyan en el juicio. La imparcialidad puede exigir o bien una actitud de tolerancia, o bien de decidida intervención en el conflicto cuando se trata de proteger –sin caer en paternalismo injustificados- a la parte más débil.

El ministro José Ramón Cossío (2008: 64-65) ha expresado esta diferencia entre neutralidad e imparcialidad, en un voto concurrente, con respecto a la laicidad estatal:

Mantener que la neutralidad estatal frente a las variadas creencias de los ciudadanos exige al Estado no actuar o no pronunciarse es olvidar que, en una gran cantidad de ocasiones, esa abstención no hace sino convalidar un estado de cosas profundamente asimétrico desde el punto de vista de los derechos y libertades de las partes. [...] lo que la Constitución [mexicana] exige fundamentalmente es imparcialidad, no inacción, y que el principio de separación entre las Iglesias y el Estado consagrado en el artículo 130 de la Constitución Federal no exige en muchos casos a los órganos estatales del deber de regular en distintos niveles (legislación, reglamentación, aplicación judicial) cuestiones que se relacionan con la vida religiosa de las personas.¹

En este mismo sentido se expresan Michelangelo Bovero (2001) y Luis Salazar Carrión (2007: 149). El adjetivo laico puede entenderse desde un punto de vista negativo mínimo de modo tal que para que un Estado sea laico basta con que sea neutral en relación a los diferentes credos religiosos. Sin embargo, reducir la laicidad de esa manera, piensan estos autores, abre las puertas al nihilismo, al relativismo, al indiferentismo o al cinismo. Para evitar caer en tal situación, es necesario que el pensamiento laico no se entienda como la ausencia de valores, sino como la manera de presentar y defender ciertos principios y valores: el pensamiento laico se funda en un principio práctico: la tolerancia; y en un principio teórico: el antidogmatismo. Siendo así, lo propio de una ética laica es colocar como principio fundamental el respeto a la autonomía de los individuos en tanto seres racionales. Bajo este supuesto, tal ética exige una educación ilustrada, condiciones de legalidad y un derecho positivo que reconozca y garantice efectivamente los derechos fundamentales de todas las personas por igual.

Esta laicidad “activa” debe distinguirse de la idea popularizada por Sarkozy en la visita de Benedicto XVI a Francia (septiembre de 2008) sobre la laicidad “positiva”. Esta última, en términos de uno de sus críticos, es “aquella fórmula institucional que respeta la libertad de creer o no creer (en dogmas religiosos, claro) porque ya no hay más remedio, pero considera que las creencias religiosas no sólo no son dañinas sino beneficiosas social y sobre todo moralmente” (Savater, 2008). Apoyándose en Jean Baubérot, Fernando Savater critica con razón tal tipo de laicidad porque significa: “una forma de neoclericalismo, confesional, pero no confeso. Y eso porque un Estado realmente laico no sólo no puede dejarse contaminar por ninguna religión, ni privilegiar ninguna de las existentes sobre las demás, sino que tampoco puede declarar preferible tener una religión o no tenerla.”

¹ El texto reproduce el voto concurrente formulado por el ministro Cossío Díaz en el amparo directo en revisión 502/2007, fallado por la Primera Sala de la Suprema Corte el 28 de noviembre de 2007.

3. Laicidad y deliberación pública

El debate contemporáneo en torno a la laicidad y el papel del Estado ha confrontado diversas posiciones teóricas frente al hecho incontrovertible del pluralismo de creencias últimas en materia metafísica y religiosa. La cuestión a debatir sería la siguiente: “¿Es posible realmente articular una noción de lo ‘racionalmente aceptable’ que todos los ciudadanos puedan compartir a pesar de no coincidir en una visión del mundo o en una concepción del bien homogénea?” (Lafont, 2007: 130).

En *Liberalismo político*, John Rawls propone su conocido “consenso sobrepuesto”. Esta noción se apoya en el supuesto de que la razón común a todos los seres humanos es suficiente para descubrir nuestras obligaciones morales y políticas. Esto permite a Rawls distinguir entre razón pública y razón privada, distinción necesaria para responder a la cuestión de qué tipo de argumentos son aceptables e inaceptables en la deliberación pública. Para Rawls, nada impide que los ciudadanos que participan en la deliberación pública política ofrezcan razones procedentes de las doctrinas comprensivas, metafísicas o religiosas, en las que creen, pero siempre y cuando ofrezcan además razones generalmente accesibles a todos los ciudadanos que justifiquen dichas doctrinas. Si estas doctrinas comprensivas no pueden apoyarse en razones públicas paralelas deben excluirse de la deliberación. El problema de esta concepción salta a la vista: ¿se puede pedir a un ciudadano que sacrifique sus aspiraciones de corrección sustantiva para satisfacer las aspiraciones de legitimidad democrática? Quien no estuviera dispuesto a hacerlo mantiene su sinceridad a costa de ser excluido o autoexcluirse de la deliberación pública; quien estuviera dispuesto a hacerlo apelaría a razones prudenciales para incluirse en el debate democrático, pero a costa de una buena dosis de sinceridad.

En los últimos años, Jürgen Habermas (2006) ha dedicado algunos trabajos a esta temática retomando y criticando la propuesta de Rawls y debatiendo, entre otros, con Joseph Ratzinger (Habermas y Ratzinger, 2008). Habermas coincide con Rawls en el sentido de que al determinar las medidas políticas coercitivas que vayan a adoptarse, sólo cuentan las razones generalmente accesibles, las “razones seculares”. Pero a diferencia de Rawls, Habermas distingue entre una esfera pública informal y una esfera pública formal o institucional. En la primera los ciudadanos pueden apelar a razones exclusivamente religiosas en la deliberación siempre y cuando reconozcan la obligación de traducción institucional. Sólo las razones religiosas que puedan traducirse con éxito en razones seculares podrán pasar el filtro institucional. Con esta distinción, la propuesta de Habermas permite a los ciudadanos en la esfera pública informal expresar y justificar sus convicciones en un lenguaje religioso si no pueden encontrar traducciones seculares para ellas. De esta manera, Habermas solventa el problema de la deshonestidad y permite a los ciudadanos religiosos entender la deliberación pública como un proceso cognoscitivo genuino. Pero hacer esta distinción tan radical entre ciudadanos religiosos y ciudadanos seculares ¿no pondría en peligro los prerrequisitos de la deliberación pública en términos de simetría de los participantes?

Habermas responde -de acuerdo con las condiciones formales de todo discurso racional- que no tiene ningún sentido permitir la inclusión de razones religiosas en las contribuciones a la deliberación pública sin el requisito correlativo de exigir que los demás participantes tomen en serio tales contribuciones. Esto es posible si se puede esperar de todos los ciudadanos que no nieguen en principio



todo posible contenido cognitivo a esas contribuciones. De aquí que, sorprendentemente, los ciudadanos seculares tienen que cumplir con dos condiciones: 1. abrirse cognitivamente a la posible verdad de las creencias religiosas y 2. ayudar a traducir el contenido de las mismas que pueda ser expresado en un lenguaje secular y justificado con argumentos seculares. Habermas es explícito en este punto en su conversación con Ratzinger:

Los ciudadanos secularizados, en tanto que actúan en su papel de ciudadanos del Estado, no pueden negar por principio a los conceptos religiosos su potencial de verdad, ni pueden negar a los conciudadanos creyentes su derecho a realizar aportaciones en lenguaje religioso a las discusiones públicas. Es más, una cultura política liberal puede incluso esperar de los ciudadanos secularizados que participen en los esfuerzos para traducir aportaciones importantes del lenguaje religioso a un lenguaje más asequible para el público en general (Habermas y Ratzinger, 2008: 33).

Sin embargo, como señala Lafont, resulta que ahora a diferencia de los ciudadanos religiosos, los ciudadanos seculares son los que no pueden adoptar públicamente la perspectiva cognitiva que se corresponde con sus verdaderas creencias si éstas resultan ser de tipo secular. Estaríamos tratando a los ciudadanos seculares no bajo un criterio normativo sino instrumental y, por supuesto, caeríamos en el mismo dilema de la sinceridad que ya hemos visto en Rawls, nada más que ahora aplicado a los ciudadanos seculares.

Todo lo anterior sin profundizar en la idea de “potencial de verdad” de los conceptos religiosos. Pensemos un instante cuál sería el potencial de verdad de conceptos religiosos como la encarnación de Cristo, el pecado original, la transubstanciación, la virginidad de María, la resurrección, el juicio final, y así por el estilo, al menos en la confesión cristiana. ¿De qué recursos epistemológicos podría echar mano el ciudadano secular para traducir este lenguaje religioso al público en general? Si Habermas no tiene en mente este tipo de verdades de fe en los cristianos al momento de ingresar a la deliberación pública y las descarta como no traducibles a un lenguaje secular, y por lo tanto imposible de ser institucionalizadas, entonces el remanente susceptible de traducción es irrelevante. Así, por ejemplo, si un cristiano afirma que “todos somos hijos de Dios” y con ello se interpreta que “todos somos iguales en dignidad”, o bien se trivializa lo que en la fe cristiana significa ser “hijo de Dios”, o bien se abusa de la analogía entre “hijos de Dios” y “dignidad humana”. No existe ninguna relación conceptual entre “dignidad humana” y la idea de ser “hijo” de un ser divino trascendente y espiritual, con todos los atributos infinitos. Mucho menos, que por ser todos hijos de un padre con tales cualidades, seamos humanamente iguales.

¿Qué significa, entonces, “tomarse en serio” las razones de los conciudadanos? Significa evaluar las razones religiosas en función de sus méritos:

Tomar en serio las razones religiosas en contra del matrimonio homosexual, por ejemplo, no requiere de los ciudadanos seculares que se abran cognitivamente a la posible verdad de las creencias religiosas sobre la perversidad de los homosexuales. Basta, por ejemplo, con que confronten dichas razones con la objeción de tratamiento desigual que implica negar el derecho al matrimonio a un grupo de ciudadanos, si eso es lo que ellos creen (Habermas y Ratzinger, 2008: 140-141).

Entendámonos bien. No se está negando el derecho de todo creyente a creer lo que les parezca más adecuado para organizar su plan de vida personal. Lo que se argumenta es que si son ciudadanos y, por tanto, partícipes en la deliberación pública, *y tienen la pretensión de que sus convicciones sean coercitivas*, entonces deben someter los contenidos de las creencias a un escrutinio

racional y razonable. La premisa que subyace en el debate es la que prescribe que *es moralmente correcto ejercitar la coerción sólo con base en consideraciones públicamente aceptables*, sin violar el principio de simetría entre los participantes. Esta prescripción supone, en términos de Rawls, un “deber de civilidad”, es decir, la exigencia de no ofrecer ciertas verdades –consideraciones metafísicas o religiosas– como única justificación del ejercicio del poder político.

En esa misma dirección se encamina la propuesta de Dworkin. El problema hoy día, piensa este autor, no se ciñe tanto a si el Estado debe ser tolerante o neutral con respecto a todos los credos religiosos pacíficos y también hacia las personas que no profesan ninguna fe, distinguiendo claramente entre el ámbito público y el privado. Más bien, el problema es saber sobre qué base debe asentarse el cultivo de nuestra tolerancia. ¿Una nación religiosa que tolera la falta de fe? ¿O una nación laica que tolera la religión? Dworkin (2008: 90) argumenta a favor de esta segunda opción.

Según Dworkin, el modelo religioso tolerante parte de una concepción estrecha de la libertad religiosa que no incluye, por ejemplo, el derecho a abortar, el matrimonio homosexual o la eutanasia activa; por el contrario, el modelo laico tolerante, sí incluye tales derechos. Lo que no parece congruente en el primer modelo es defender la libertad religiosa extendiéndola a los ateos y agnósticos y, al mismo tiempo, estrechar tal libertad limitando los derechos que pueden hacer valer estos últimos. Su concepción amplia de la tolerancia exige una teoría más general de las libertades. ¿Cuál sería la estructura de estas libertades?

Dworkin propone una formulación inicial: Las libertades son el derecho a hacer lo que usted quiera con los recursos que son legítimamente suyos. El alcance de estas libertades no es ilimitado, depende de otros ideales, incluido el ideal de justicia distributiva. Así, las libertades no resultan dañadas cuando el gobierno decide limitar la libertad si tiene alguna razón distributiva convincente para hacerlo. Existen dos tipos de justificaciones distributivas limitativas de la libertad: las justificaciones *personalmente estimativas* o las justificaciones *impersonalmente estimativas*. Las primeras apelan a juicios de valor sobre el tipo de vida que es bueno o malo para las personas de cuya vida se trata; mientras que las segundas apelan a algún objeto o hecho que es intrínsecamente valioso, independientemente del valor que posea para las personas. Las primeras no pueden servir de justificación para la coerción estatal, a través de la regulación jurídica, porque invocan fundamentos personalmente estimativos, aun cuando éstos pudieran ser mayoritarios. Sólo el modelo laico tolerante estaría en condiciones de apelar a justificaciones impersonalmente estimativas como podrían ser, por ejemplo, los mismos derechos humanos, y en último término el principio de responsabilidad personal, que no es sino otra forma de enunciar el principio de igual consideración y respeto de la persona.

Una aplicación de la propuesta de Dworkin nos permitirá evaluar el alcance de la misma. El hecho de que el aborto sea un asesinato no depende de si un feto es un ser humano en algún momento poco después de la concepción; más bien depende de si, en esa etapa temprana el feto tiene intereses y por consiguiente el derecho a la protección de los mismos. Para Dworkin, el feto no tiene intereses propios porque ninguna criatura los tiene a no ser que haya tenido una vida psíquica capaz de generarlos. Por lo tanto, los fetos inmaduros no tienen derechos, ni el aborto es un asesinato. El hecho de no tener una vida psíquica que posibilite la protección de la misma es una razón impersonalmente estimativa que excluye la prohibición del aborto y permite, a su vez, la protección y expansión de la dignidad



de la mujer, que sí tiene una vida psíquica madura, que exige la protección coercitiva a través de la normatividad jurídica.

En síntesis, a la pregunta de si es posible articular una noción de lo “racionalmente aceptable” que todos los ciudadanos puedan compartir. La respuesta es positiva. Esta respuesta reivindica la confianza en la razón y su capacidad argumentativa, y se compromete con la defensa coercitiva de los derechos humanos y el reconocimiento de la evidencia empírica proporcionada por la ciencia, proponiéndolos como los mejores candidatos a constituirse en *razones impersonalmente estimativas*. Un Estado laico debe partir del reconocimiento de tales premisas y entender a partir de ellas, como lo ha expresado Norberto Bobbio, que: “El espíritu laico no es en sí mismo una nueva cultura, sino la condición de convivencia de todas las posibles culturas” (Bobbio, 1999).

Bibliografía

- DÍAZ, E. (1995), "Estado de Derecho: exigencias internas, dimensiones sociales", *Sistema*, Núm. 125, pp. 5 – 22.
- O'DONNELL, G. (1998), "Polyarchies and the (Un)Rule of Law in Latin America: A Partial Conclusions", en MÉNDEZ, J, O'DONNELL, G. y PINHEIRO, P.S., (eds.), *The Rule of Law and the Underprivileged in Latin America*, University of Notre Dame Press, pp. 303-338.
- SALAZAR, P. (1994), *Democracia y (cultura de la) legalidad, Cuadernos de divulgación de la cultura democrática*, Núm. 25, Instituto Federal Electoral, México.
- LAPORTA, F. (1994), "Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz", *Doxa*, Núms. 15-16, pp. 133-145.
- LAPORTA, F. (2007), *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007.
- ATIENZA, M. y LAPORTA, M. (2008), "Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta", *El Cronista*, No. 0, pp. 46-55.
- COSSÍO, J.R. (2008), "Laicidad del Estado y libertad religiosa: cómo armonizarlas", *Letras Libres*, Núm. 112, pp. 64-65.
- RUIZ MIGUEL, M. (2007), "Laicidad, laicismo, relativismo y democracia", en VÁZQUEZ, R. (coord), *Laicidad. Una asignatura pendiente*, Ediciones Coyoacán, México,
- BLANCARTE, R. (2007), "Laicidad: la construcción de un concepto universal", en VÁZQUEZ, R. (coord.), *Laicidad. Una asignatura pendiente*, Ediciones Coyoacán, México.
- BOVERO, M. (2001), "Como ser laico", *Nexos*. Disponible en línea: <https://www.nexos.com.mx/?P=leerarticulo&Article=2100067>. Revisado el 12 de junio de 2012.
- SALAZAR CARRIÓN, L. (2007), "Religiones, laicidad y política en el siglo XXI", en VÁZQUEZ, R. (coord.), *Laicidad. Una asignatura pendiente*, Ediciones Coyoacán, México.
- SAVATER, F. (2008), "Siempre negativa, nunca positiva", *El País*, 16 de octubre, pp. 31-32.
- LAFONT, C. (2007), "Democracia y deliberación pública", en ARANGO, R. (ed.), *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá.
- HABERMAN, J. (2006), *Entre naturalismo y religión*, Paidós, Barcelona.
- HABERMAS, J. y RATZINGER, J. (2008), *Entre razón y religión. Dialéctica de la secularización*, FCE, México.

DWORKIN, R. (2008), *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*, Paidós, Barcelona.

BOBBIO, N. (1999), "Cultura laica y laicismo", *El Mundo*. 17 de noviembre.

Disponible en línea: <http://www.elmundo.es/1999/11/17/opinion/>. Revisado el 12 de junio de 2012.





Eficacia

Andrea Greppi

Universidad Carlos III de Madrid

agreppi@der-pu.uc3m.es

Resumen

La noción de 'eficacia del Derecho' alude a un conjunto de fenómenos centrales en comunidad política donde la ley es el eje sobre el que se articulan los procesos de integración social. No se trata, sin embargo, de una noción unívoca. A pesar del nexo intuitivo, 'eficacia' no equivale a 'cumplimiento'. Por el contrario, la relación estas dos dimensiones del sistema jurídico depende de una serie de opciones metodológicas previas, que conviene precisar. La cuestión resulta especialmente interesante en una fase histórica como aquella en la que nos encontramos, en la que asistimos a una intensa y acelerada mutación en la estructura de las formas legales.

Palabras clave

Eficacia del derecho, cultura de la legalidad, eficiencia, interpretación jurídica, legalización/juridificación.

150

Effectiveness

Abstract

The notion of 'effectiveness' of the law refers to a set of core phenomena that characterize a polity in which *legality* is the main focus of social integration. However, it is not a simple notion. In spite of their intuitive relationship, 'effectiveness' cannot be reduced to "compliance". The relationship between these two dimensions of the legal system depends on a number of previous methodological options, which are to be specified. Furthermore, it worth be noticed that this issue becomes crucial in our times, because of the radical and accelerated mutation in the structure of legal forms.

Keywords

Effectiveness of the law, culture of legality, efficiency, legal interpretation, legalization/juridification.

1. Eficacia y cultura de la legalidad

En su acepción más genérica, la noción de 'eficacia' del Derecho se refiere al problema "de si la norma es o no cumplida por las personas a quienes se dirige (los llamados destinatarios de la norma jurídica) y, en el caso de ser violada, que se la haga valer con medios coercitivos por la autoridad que la ha impuesto" (Bobbio, 1991:22). No hace falta profundizar en esta aproximación inicial para entender que dicha noción alude a un conjunto de fenómenos centrales que caracterizan a una sociedad en que impera la *cultura de la legalidad*. Si el Derecho no se 'cumple', es obvio que la percepción social y el papel mismo de la legalidad se resiente; viceversa, la presencia del conjunto de valores y actitudes que caracterizan a la 'cultura de la legalidad' es una de las condiciones que hacen posible la eficacia del Derecho.

Las múltiples relaciones de la eficacia con la validez y la justicia del Derecho han sido estudiadas detenidamente a lo largo del siglo XX, tanto desde el punto de vista de la teoría jurídica como desde la sociología del Derecho (Weber, Kelsen, Bobbio). Esta larga trayectoria, que coincide en gran medida con la historia de la teoría jurídica contemporánea, no ha bastado para despejar algunos puntos oscuros. Es particularmente interesante observar cómo estas cuestiones han ido cobrando relevancia en el contexto contemporáneo. Considérense algunos ejemplos. En tiempos de desbordante proliferación normativa y de extraordinaria confusión en el sistema de fuentes, cabe preguntarse hasta qué punto tiene sentido hablar de 'eficacia' respecto de normas que escapan absolutamente a la posibilidad de conocimiento por parte de los destinatarios, hasta el punto de que no es exagerado afirmar que, al menos en determinados casos, la venerable presunción por la cual se considera que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento ha de quedar sometida a una cuidadosa evaluación crítica. En segundo lugar, y respecto del nexo entre eficacia de la norma y eficacia de las sanciones previstas para los casos de incumplimiento, cabe preguntarse si *realmente* pueden decirse 'eficaces' las normas que sólo se cumplen por temor de la sanción; o, viceversa, si son 'eficaces' —y en qué sentido lo son— las sanciones que acarrear perjuicios objetivamente inferiores a los beneficios obtenidos con la infracción. O también, en tercer lugar, y ahora en relación con la función de integración que cabe atribuir a un Derecho 'eficaz', es necesario preguntarse por los efectos que tendrá la ingente acumulación de normas dictadas a sabiendas que no llegarán a ser aplicadas nunca, por ejemplo, cuando son puramente programáticas o cuando el legislador sabe que no existen mecanismos de ninguna clase para exigir su cumplimiento. ¿Cómo enjuiciar la eficacia de un Derecho en el que se potencia, hasta el extremo, la dimensión simbólica? Pero, a la inversa, ¿puede un Derecho sistemáticamente incumplido tener a pesar de todo cierta utilidad? ¿Qué funciones latentes puede desempeñar un Derecho que es estructuralmente ineficaz? (Ferrari, 2000: 281-290).

Como se irá viendo en adelante, estas cuestiones están lejos de tener respuestas unívocas. Intentaremos desmontar los distintos elementos contenidos en la noción de 'eficacia', para mostrar que no es posible equiparar, sin ulteriores especificaciones, la 'eficacia' del Derecho con su 'cumplimiento'. Por el contrario, es necesario abrir el abanico de sus diferentes planos. De entrada, y en una primera vertiente, la 'eficacia' puede referirse tanto al cumplimiento de normas primarias —en sentido hartiano: las que prescriben conductas— como de normas secundarias, en particular de aquellas en las que se establecen sanciones. Nos ocuparemos de esto en el próximo apartado. En el siguiente, en cambio, trataremos una segunda vertiente de la 'eficacia', aquella que se refiere a la capacidad de una norma o



conjunto de normas para producir determinados efectos, que pueden coincidir o no con los fines previstos por el legislador. Lo que importa retener, de momento, es que en esta materia las nociones intuitivas y las distinciones preliminares pueden ser ulteriormente matizadas.

2. Eficacia de la norma y eficacia del ordenamiento

La eficacia puede predicarse de cada una de las normas de un Derecho cualquiera, aisladamente consideradas, como de conjuntos de normas, más o menos extensos. En los casos extremos, las dos dimensiones de la eficacia son coincidentes. Cuando todas y cada una de las normas se cumplen plenamente, la eficacia del ordenamiento es máxima. Al revés, cuando la eficacia del conjunto de un ordenamiento se aproxima a cero, no tiene sentido indagar el grado de cumplimiento de sus normas particulares. Más complicado es evaluar el abanico de situaciones intermedias en las que tanto las normas individualmente consideradas como conjuntos de normas son *parcialmente* eficaces. Es razonable pensar además que esto es lo que sucede en la práctica totalidad de los Derechos realmente existentes. En el terreno intermedio, como en los extremos, las dos dimensiones de la eficacia están conectadas, aunque el nexo entre eficacia de la norma y eficacia del ordenamiento no siempre sea directa ni resulte evidente. El punto de conexión está en lo siguiente: para llegar a predicar la eficacia de una norma jurídica es necesario haber constatado previamente la eficacia del ordenamiento en su conjunto o, al menos, de algunas de sus normas, de las que depende la identificación de las normas en cuestión. Sin esa referencia normativa, conforme a una tesis generalmente aceptada en la Teoría del Derecho, no habría manera de distinguir entre normas *jurídicas* y normas *que no lo son*. Aunque pueda parecer tautológico, la noción de eficacia *del Derecho* tiene que referirse necesariamente a normas *jurídicas*, esto es, a normas previamente identificadas mediante una práctica (efectiva) de identificación de normas (jurídicas).

En relación con la vertiente de las normas, la 'eficacia' se refiere al *hecho* de que la conducta prevista sea realmente cumplida, esto es, 'obedecida' por los destinatarios o 'aplicada' por las autoridades jurídicas (Alchourrón y Bulygin, 1996: 137). Otro tanto puede decirse en relación con la vertiente del ordenamiento, que también se refiere a la ocurrencia de determinados *hechos* (sociales), aunque parcialmente distintos que los anteriores. En el léxico más clásico, esta última dimensión de eficacia coincide en buena medida con el conjunto de fenómenos a los que alude el 'principio de efectividad', que constituye la premisa fáctica de la soberanía. La teoría contemporánea ha ido diseccionando estos fenómenos, tanto por lo que respecta a los distintos planos de la relación entre Derecho y fuerza (Bobbio, 1980), como por lo que respecta a las distintas actitudes que sostienen el hábito de obediencia (Hart, 1977). Es importante observar que el conjunto de actitudes que subyacen al 'cumplimiento' no pueden explicarse satisfactoriamente como mera respuesta de los ciudadanos al empleo continuado de la violencia por parte de quien detiene su monopolio. Al menos en el largo plazo, y al margen de cualquier posible consideración relativa a la legitimidad del sistema, la obediencia a un conjunto de autoridades jurídicas genera mediaciones complejas entre legalidad y legitimidad.

Por otra parte, el vínculo entre las dos vertientes de la eficacia, en la norma y en el ordenamiento, resulta patente al considerar la perspectiva de la in/eficacia de las *garantías* que el ordenamiento establece para la realización de las expectativas que el sistema jurídico produce. Como se indicaba al comienzo, no es lo mismo que el Derecho sea 'eficaz' porque las normas que prescriben conductas son cumplidas

espontáneamente por parte de los ciudadanos o porque las autoridades encargadas de aplicarlas toman las medidas necesarias en los casos de incumplimiento. Insistiendo en esta diferencia cabe la posibilidad de distinguir e investigar la eficacia/ineficacia de las *garantías primarias* —las normas que protegen expectativas legítimas: así, por ejemplo, las que instituyen derechos fundamentales— y la eficacia/ineficacia de las *garantías secundarias* —las que pretenden asegurar la realización de las anteriores: típicamente, el conjunto de normas secundarias que, en la terminología al uso, se denominan ‘reglas de adjudicación’ (Ferrajoli, 2007: 334).

Cabe aquí introducir dos consideraciones especialmente relevantes para el estudio de las dinámicas sociales de la legalidad eficaz.

Obsérvese, ante todo, que no todas las conductas que ‘encajan’ con lo prescrito pueden ser tomadas, sin las debidas cautelas, como evidencia de ‘cumplimiento’. Más allá de la simple ‘coincidencia’ entre norma y acción, un análisis cuidadoso de la eficacia habrá de tener en cuenta las *motivaciones* que guían al sujeto, ya que de lo contrario es imposible saber cuál ha sido la incidencia efectiva de la norma, o de sus garantías, en la determinación de la conducta. Pongamos el ejemplo banal de un vegetariano que se abstiene de cazar en el territorio de una reserva o el de alguien que ignora absolutamente la existencia de una norma que establece el deber de realizar o no una acción y que sigue la conducta prescrita no en observancia de la norma, sino por inercia o mero interés. Lo mismo sucedería en el caso de que las normas establecieran conductas inevitables o, al revés, imposibles. Aquí el indicador que define la ‘eficacia’ no puede ser otro que el *contrafáctico negativo* de la conducta que habría realizado el sujeto en caso de que la norma no hubiera existido. Desde esta perspectiva es posible establecer una tipología de las modalidades de ‘coincidencia’, que va de la mera ‘correspondencia’, al ‘acatamiento’ tácito, al ‘cumplimiento’ voluntario y al ‘cumplimiento’ involuntario, fruto de la aplicación de sanciones (Laporta, 1996: 450-451).

En segundo lugar, conviene profundizar en la idea de que el estudio empírico de la ‘eficacia’ no es independiente del proceso de identificación de una norma como norma ‘jurídica’. Ya hemos aludido al nexo que se establece, en el nivel conceptual, entre eficacia de la norma y eficacia del ordenamiento. De este nexo se desprende, ahora en el plano teórico, la insuficiencia de los enfoques que creen poder reducir el análisis de la eficacia a la observación de regularidades de conducta asociadas a meras formulaciones lingüísticas, descartando las múltiples complicaciones hermenéuticas que salen al paso en el proceso de aplicación del Derecho. La ‘correspondencia’ o ‘falta de correspondencia’ entre lo prescrito en la norma y las conductas o los hechos objeto de regulación no depende sólo de cómo se interpreten los enunciados legales, sino que está condicionada por la interpretación que se ofrezca —por parte del observador o del participante— de las conductas y los hechos ‘jurídicamente’ relevantes. Por otra parte, existe una amplia gama de situaciones fronterizas en las que parece imprescindible extender o matizar la noción intuitiva de cumplimiento por parte de los destinatarios. Son situaciones caracterizadas por la divergencia entre dos distintas nociones de ‘validez’, que puede ser entendida bien como ‘pertenencia’ al sistema o bien como ‘aplicabilidad’ (Navarro y Moreso, 1996).

Estas distinciones entre distintas modalidades de ‘cumplimiento’ y entre las distintas opciones metodológicas que intervienen a la hora de determinar el objeto del que se predica la eficacia/ineficacia arroja luz sobre los muchos factores que intervienen en la dinámica de la legalidad. Esto es así especialmente en una fase histórica como aquella en la que nos encontramos, en la que asistimos a una



intensa y acelerada mutación de las formas del derecho vigente. Volveremos sobre esta cuestión más adelante.

3. Eficacia vs. eficiencia

Las anteriores indicaciones ofrecen una visión de conjunto sobre las dificultades que suscita la idea de una comunidad política en la cual las leyes (eficaces) son el eje en torno al que gravitan los procesos de integración social. Aunque en principio la noción de 'eficacia' indica cierta relación de 'adecuación' entre normas y conductas —eso es lo que habitualmente entendemos por 'cumplimiento'— hemos visto que se trata de una caracterización imprecisa, que demanda especificaciones ulteriores. En última instancia, puede decirse incluso que el término 'eficacia' no tiene un significado unívoco y se asocia más bien a una 'familia' de conceptos, entre los que existen semejanzas y diferencias, que poseen un mismo substrato fáctico, pero que no pueden ser reducidos a un mínimo común denominador. Así, cabe distinguir entre 'eficacia normativa', entendida como "conformidad de los sujetos a las normas"; 'eficacia causal', mediante la cual se muestra la "incidencia de las normas jurídicas en la determinación del comportamiento de los individuos"; 'efectividad del sistema jurídico', referida a la incidencia del Derecho "en la determinación del comportamiento de los individuos, afectando sus motivos o razones para la acción" (Navarro, 1996: 210-213). Es importante observar que estas distintas dimensiones de la 'eficacia' son todas ellas independientes de la noción de 'eficiencia'.

Como en el apartado anterior, trataremos de precisar el alcance de estas distinciones. En primer lugar, obsérvese que tanto la noción genérica de eficacia como sus especificaciones se refieren a una cualidad que puede darse en una medida variable, con niveles de intensidad distintos. Es justo lo contrario de lo que sucede en el caso de la validez, que se da o no se da, de la misma manera que un ciudadano es o no es Presidente de la República, y nadie puede serlo sólo a medias. No se trata sólo de que una misma norma pueda ser eficaz en alguna de las dimensiones indicadas e ineficaz en otras, sino de que las distintas dimensiones de eficacia pueden darse en mayor o menor medida. Y esto es así incluso en situaciones que a primera vista podrían ser calificadas como de incumplimiento total, porque no siempre es cierto que una norma (válida pero) sistemáticamente incumplida o inaplicada carezca por completo de 'efectos'. Desde el momento en que el incumplimiento y la inaplicación pueden tener un 'reflejo' social, al ser percibidos como tales, la norma comienza a producir consecuencias prácticas. Al menos en un sentido indirecto, por sus efectos perlocutivos, será una norma *parcialmente* eficaz, y cumplirá o dejará de cumplir ciertas funciones. No es difícil explicar por qué esto es así: las normas y conjuntos de normas despliegan sus efectos tanto en relación con las consecuencias intencionalmente buscadas por el legislador, como en relación con la cadena de consecuencias no-intencionales que de ellas se derivan. Naturalmente, la evaluación de la eficacia, tomada desde este punto de vista, siempre será relativa a ciertos fines u objetivos sociales. Por ese motivo, cabe concluir que el análisis de la eficacia, en cualquiera de las acepciones de ese concepto, remite necesariamente a la práctica social mediante la cual se elaboran los objetivos de la norma o del ordenamiento. Este es el núcleo de la tercera de las acepciones de 'eficacia' mencionadas al comienzo, la que alude a la capacidad de una norma o conjunto de normas para obtener determinados resultados.

La segunda consideración a tener en cuenta está conectada con la anterior y se refiere al nexo entre eficacia y eficiencia, entendida esta última como la

capacidad para obtener ‘fines’ u ‘objetivos sociales’ con el menor coste posible. Porque, evidentemente, una vez que se pone al descubierto la dimensión teleológica de los instrumentos jurídicos, las consideraciones de racionalidad económica se vuelven ineludibles. Más concretamente, la ‘eficiencia’ —de nuevo, del ordenamiento en su conjunto, pero también de cada institución o norma aisladamente considerada— está determinada por la ‘relación’ que pueda darse entre [la expectativa de] “los beneficios agregados de una situación y [sus] costes agregados” (Polinsky, 2011: 7). En general, cabe suponer que cuanto mayor sea la eficiencia de una norma o conjunto de normas más probable será también que aumenten los niveles de cumplimiento y se reduzcan los márgenes de ineficacia. Viceversa, cabe esperar que los márgenes de ineficacia guarden alguna correlación con la ineficiencia de una norma o conjunto de normas (Hierro, 2002).

Pero hay todavía una tercera aproximación a la ‘eficacia’ del Derecho, no menos *empírica* que las anteriores y que hace hincapié en la dimensión estrictamente *formal* de los fenómenos jurídicos. En este caso, la noción genérica de ‘cumplimiento’ se especifica en referencia a la idea de “causalidad jurídica”, de manera que un acto o una norma será considerado eficaz/ineficaz en la medida en que llegue a producir *realmente* los efectos jurídicos que le corresponden “en virtud de la regla que lo[s] establece” (Ferrajoli, 2007: 280). Obsérvese, al respecto, que la producción de efectos jurídicos no siempre es automática (*ex lege*). A veces sucede que lo es, y entonces no se plantea este problema, pero en otras ocasiones —cabe argumentar que en la mayoría— la existencia o no de los efectos previstos depende de que se produzcan o no determinadas circunstancias. Es perfectamente posible, entonces, que las consecuencias que *deberían* desprenderse de una norma o conjunto de normas, *en la práctica*, no lleguen a producirse. Así, por ejemplo, cuando no llega a dictarse la disposición que recoge una expectativa legítima (laguna normativa), o cuando faltan los instrumentos jurídicos necesarios para que una norma llegue a desplegar los efectos previstos (laguna de garantías). No en vano, en el léxico jurídico corriente es habitual calificar como ‘eficaz’ a la norma que produce los efectos previstos *en derecho*.

Esta ulterior especificación nos lleva a distinguir dos nuevos planos en la noción genérica de ‘eficacia’, que suelen presentarse de forma indiferenciada. Una cosa es que una norma o conjunto de normas sea eficaz/ineficaz porque produce/no produce los efectos deseados *en el entorno social* al que se aplica y otra distinta es que lo sea porque produce/no produce los efectos previstos *dentro del sistema jurídico al que pertenece*. Esta diferencia no es inocente y, por el contrario, puede tener interesantes implicaciones desde el punto de vista de la crítica del derecho vigente. La lucha por la eficacia del Derecho o contra la ineficacia pasa unas veces por la creación de las condiciones *externas*, económicas o sociales, que favorecen el cumplimiento de los objetivos previstos; otras, en cambio, por una intervención *en el interior* del propio sistema, como por ejemplo cuando se demanda el desarrollo de garantías jurídicas adecuadas.

4. Mutaciones de la eficacia (I): problemas de interpretación

Las distinciones que hemos venido realizando hasta aquí quieren ser algo más que una disección de un conjunto de realidades que suelen quedar englobadas en la idea genérica de ‘cumplimiento’ del Derecho. Queda todavía por desarrollar la alusión inicial a las mutaciones que están teniendo lugar en el Derecho contemporáneo y que están estrechamente relacionadas con las dinámicas históricas en la cultura de la legalidad. Se trataría, en concreto, de adoptar la mirada del sociólogo o del politólogo y de preguntarse cuál es el tipo de Derecho que llega a ser ‘eficaz’ en nuestros días, por qué llega a serlo y cómo. La asociación intuitiva



entre cultura de la legalidad y legalidad eficaz tiende a volverse confusa a medida que observamos cómo se va diluyendo la imagen de un orden legal unitario, coherente y pleno, capaz de regular la conducta de sus destinatarios mediante un conjunto de instrumentos jurídicos en los que se plasma la voluntad del soberano.

La primera mutación relevante afecta a la relación entre eficacia e interpretación de normas o conjuntos de normas. Es obvio que el Derecho del que se predica la 'eficacia', en cualquiera de las anteriores acepciones, y con independencia de cuál sea el marco de referencia en el que nos situemos, tanto en la tradición del Derecho continental como en la tradición del 'common law', es siempre el *derecho interpretado*. Si se prefiere decir así, el 'Derecho' que importa desde el punto de vista de la eficacia es el *Derecho en acción*. Pero es precisamente esta circunstancia la que nos obliga a confrontarnos con la extraordinaria transformación que están experimentando las técnicas y las ideologías de interpretación jurídica -con diferentes enfoques Guastini (1998) y Atienza y Ruiz Manero (2004)-. Las razones del cambio son sobradamente conocidas y se refieren tanto al ingente proceso de constitucionalización que se produce en los ordenamientos, como a la tendencia que está llevando a la disolución de las fronteras entre el Derecho "formal" y los restantes procedimientos "informales" de solución de conflictos, el cambio en las funciones y las técnicas de intervención administrativa, etc.

A este propósito interesa observar cómo las dimensiones clásicas de la eficacia de las normas o del ordenamiento quedan paulatinamente desdibujadas, con las consiguientes complicaciones tanto en el plano del análisis empírico como en el plano conceptual. Como es sabido, el Derecho está dejando de ser un Derecho de reglas y se está convirtiendo en un Derecho de principios. No importa aquí establecer si esta tendencia es o no reversible, o si supone un avance o un retroceso desde cualquier posible punto de vista, de la más estricta técnica jurídica o desde el punto de vista de la legitimidad del sistema jurídico. De lo que se trata es de observar que esta evolución, a medida en que vaya consolidándose, tendrá consecuencias muy significativas sobre la fenomenología de los Derechos realmente existentes. Cabe suponer, por ejemplo, que amplios sectores del/de los sistema/s jurídicos tenderán a volverse cada vez más in/eficaces, al tiempo que su función será cubierta por otras modalidades distintas de regulación o de resolución de conflictos, vinculadas a sectores diferentes del ordenamiento.

Hay al menos dos consideraciones relevantes que salen al paso en este punto. De un lado, y dado que como hemos dicho este nuevo Derecho emergente tiende a estar formado por estándares normativos 'flexibles', que requieren un esfuerzo interpretativo suplementario para la determinación de su contenido, cabe preguntarse en qué sentido será todavía *posible* evaluar los niveles de 'eficacia' de conjuntos abiertos de estándares normativos. Más claramente: ¿cómo se mide el grado de 'observancia' de un Derecho formado al mismo tiempo por reglas técnicas y por principios, los cuales a su vez pueden ser ampliamente contradictorios entre sí y precisar de sucesivas aproximaciones argumentativas? De otra parte, y ahora desde el punto de vista de la política del Derecho, ¿cuál será el nivel adecuado de 'flexibilidad' que precisa un determinado sistema jurídico para llegar a ser eficaz/eficiente, o para que no se vuelva ineficaz/ineficiente en un entorno caracterizado por crecientes niveles de complejidad social? ¿Cuáles serán los costes previsibles, medidos en términos de ineficacia y aún de ineficiencia, de un Derecho extremadamente flexible, esto es, de un Derecho sin reglas y con un sistema de fuentes cada vez más 'inciertas'? Y, en última instancia, ¿Quién y cómo

determina los niveles de flexibilidad y rigidez de un Derecho eficaz? ¿Es un problema puramente “técnico” o hay algo que la “política” pueda decir al respecto?

5. Mutaciones de la eficacia (II): eficiencia y legalización

El segundo frente de cambio está relacionado con la evolución de la estructura y la función del Derecho como consecuencia de los procesos de globalización. En el paso de un sistema mundial de base westfaliana a la constelación post-nacional se produce un clamoroso desacoplamiento de las tres dimensiones básicas sobre las que se asentaban los procesos de integración social basados en el Derecho: la autoridad, el territorio y la ciudadanía (Sassen, 2006).

Una vez más, la referencia a estas mutaciones muestra los límites de la relación intuitiva entre eficacia del Derecho y cumplimiento de las leyes. La situación presente se caracteriza, por un lado, por una generalizada des-regulación de amplios sectores del Derecho, entre otras cosas, a raíz de la creciente ineficacia de los instrumentos de regulación tradicionales, de base estatal y, genéricamente, territorial, cuya administración estaba confiada, de forma paradigmática, a organizaciones de tipo burocrático. Por otra parte, y al mismo tiempo, se observa una tendencia opuesta, que lleva a la deslocalización y proliferación de instrumentos destinados a satisfacer las exigencias de coordinación social (Teubner, 1997). Se habla, a este propósito, de un generalizado proceso de ‘legalización’ y/o ‘juridificación’ que arranca del Derecho mercantil transnacional —la llamada *lex mercatoria*— y se extiende a otros sectores tanto del Derecho privado como del Derecho público internacional —por ejemplo, en el caso del Derecho internacional de los derechos humanos y hasta del Derecho administrativo, en tiempo de furiosa privatización de la gestión pública— y supra-nacional —los casos paradigmáticos son los de la Unión Europea y la WTO—. Lo interesante de este doble fenómeno es la extraordinaria capacidad de los instrumentos regulatorios globalizados para penetrar y trastocar el funcionamiento de los ordenamientos jurídicos nacionales, que de ninguna manera pueden aspirar a levantar barreras impermeables, como las que supuestamente existían en el modelo estatista-westfaliano (Barberis, 2008). No hará falta detenerse e insistir en que en el análisis de estas transformaciones la perspectiva de la eficacia, en sus múltiples dimensiones, es indispensable. Sin ella no parece que pueda darse una explicación significativa de las fuerzas que dirigen los procesos de cambio.

En general, y siempre sin perder de vista el ideal de una sociedad en que la legalidad sea el punto focal de integración social, la clave está en entender cómo y por qué los distintos actores, tanto privados como públicos, tanto nacionales como transnacionales, van a optar por ‘legalizar’ sus marcos de actuación. La respuesta a esta pregunta pasa por observar que la existencia de pautas de conducta relativamente *estables*, y por tanto también relativamente *flexibles*, como las del Derecho contemporáneo, reduce los niveles de incertidumbre y disminuye los costes de transacción. Desde este punto de vista, parece obvio que las dos soluciones extremas tienden a resultar ineficientes y producen, a la larga, marcos normativos ineficaces: la desregulación excesiva es costosa, de la misma forma que lo es una regulación excesivamente rígida. Pero lo importante es observar que, en un contexto de análisis como éste, la *fuerza regulativa* del Derecho ya no depende sólo de su capacidad para orientar *por sus propias fuerzas* la conducta de sus destinatarios, recurriendo típicamente al monopolio de la coacción ejercida por un agente dotado de autoridad. A diferencia de lo que implicaba un esquema sencillo de análisis de las relaciones entre ‘norma’ y ‘cumplimiento’, basado fundamentalmente en el equilibrio entre aceptación voluntaria y aplicación de sanciones positivas y/o negativas, es imprescindible tener en cuenta otras variables distintas. Entre ellas, (1) el mayor o



menor grado de obligatoriedad, esto es, de efectividad en los mecanismos de control formal o informal; (2) el mayor o menor grado de precisión en la enunciación de las disposiciones y, por tanto, de discrecionalidad por parte de las autoridades que las aplican; y (3) el mayor o menor nivel de delegación en terceros en las operaciones de interpretación, supervisión o implementación.

Por otra parte, y como ya hemos mencionado, la aplicación de estos nuevos estándares flexibles, lejos de apelar al paradigma clásico de la subsunción de hechos a normas, establecen meras pautas procedimentales de negociación y ajuste entre expectativas e intereses. Se supone, en efecto, que en el curso de estos procesos las reglas se vuelven “más específicas, mejor elaboradas, más técnicas” (Goldstein *et al.*, 2006: 6]. La idea es, por tanto, que el Derecho está destinado a *transformarse* sobre la marcha, en función de las circunstancias, en un proceso de ajuste en el que son las partes interesadas, y no los titulares de los poderes tradicionales de producción y aplicación de normas, las que tienen el máximo protagonismo. También en este sentido, la ‘eficacia’ de los nuevos regímenes regulatorios tiende a desvincularse del *viejo* modelo legalista de ‘observancia’. De hecho, por el momento, la investigación empírica parece confirmar, por ejemplo en el caso de la Unión Europea, el elevado nivel de ‘éxito’ —esto es, de ‘eficacia’ y, a la vez, de ‘eficiencia’— de estas nuevas técnicas de regulación (Zürn y Joerges, 2005).

Bibliografía

- ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E. (1996), “Norma jurídica”, en GARZÓN VALDÉS, E. y LAPORTA, F.J., *El derecho y la justicia*, Trotta / C.S.I.C., Madrid, pp. 133-137.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (2004), *Las piezas del derecho*, 2ª ed., Ariel, Barcelona.
- BARBERIS, M. (2008), *Europa del diritto*, Il Mulino, Bologna.
- BOBBIO, N. (1991), *Teoría general del derecho*, Debate, Madrid.
- BOBBIO, N. (1980), “Derecho y fuerza”, en BOBBIO, N., *Contribución a la teoría del derecho*, F. Torres, Valencia, pp. 335-348.
- FERRAJOLI, L. (2007); *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari.
- FERRARI, V. (2000), *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la Sociología del derecho*, Dykinson/Universidad Carlos III de Madrid, Madrid.
- GOLDSTEIN, J.L., KAHLER, M., KEOHANE, R.O. y SLAUGHTER, A.-M. (eds.) (2001), *Legalization and World Politics*, MIT Press, Cambridge/London.
- GUASTINI, R. (1998), “La *costituzionalizzazione* dell’ordinamento italiano”, *Ragion pratica*, Vol. 11, pp. 185-206.
- HART, H.L.A. (1977), *El concepto de derecho*, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- HIERRO, L. (2002), *Justicia, igualdad y eficiencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- LAPORTA, F.J. (1996), “Poder y derecho”, en GARZÓN VALDÉS, E. y LAPORTA, F.J., *El derecho y la justicia*, Trotta/C.S.I.C., Madrid, pp. 441-454.
- NAVARRO, P. (1996), “Validez y eficacia de las normas jurídicas”, en GARZÓN VALDÉS, E. y LAPORTA, F.J., *El derecho y la justicia*, Trotta/C.S.I.C., Madrid, pp. 209-218.
- NAVARRO, P. y MORESO, J.J. (1996), “Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas”, *Isonomía*, Núm. 5, pp. 119-139.
- POLINSKY, M. (2011), *An Introduction to Law and Economics*, 4ª ed., Wolters Kluwer, New York.

- SASSEN, S. (2006), *Territory, Authority, Rights. From Medieval to Global Assemblages*, Princeton UP, Princeton.
- TEUBNER, G. (1997), *Global Law without a State*, Aldershot, Dartmouth.
- ZÜRN, M. y JOERGES, C. (2005), *Law and Governance in Postnational Europe*, Cambridge UP, Cambridge.





Transparencia

Jesús Lizcano Álvarez
Universidad Autónoma de Madrid
jesus.lizcano@transparencia.org.es

Resumen

La transparencia es hoy día un término realmente significativo ya que corresponde a un valor tan esencial como necesario en el contexto político, económico y social. La transparencia está inherentemente unida al derecho a saber de los ciudadanos, que exigen de forma creciente estar suficientemente informados y tener un mayor grado de participación en las decisiones que les afectan. La transparencia constituye así un pilar básico que es necesario desarrollar e impulsar desde todos los niveles de la sociedad como elemento fundamental para conseguir la equidad social y la eficiencia económica. En este contexto, y con dichos objetivos, la sociedad civil viene desarrollando iniciativas que promueven e impulsan esa transparencia, y entre ellas cabe citar las de la ONG Transparencia Internacional, cuya finalidad fundamental es luchar contra la corrupción y generar herramientas de transparencia, dado que ésta constituye el mejor antídoto contra la corrupción. En este texto se hace referencia a alguna de las experiencias desarrolladas por Transparencia Internacional España, como es el Índice de Transparencia de los Ayuntamientos, que en sus sucesivas ediciones ha impulsado una clara mejora del nivel de apertura informativa de estas entidades locales españolas.

Palabras clave

Transparencia, derecho a saber, instituciones públicas, índices de transparencia, ética social, Transparencia Internacional España.

Transparency

Abstract

Transparency is a term really significant today as it corresponds to an essential and necessary value in the political, economic and social development. Transparency is inherently linked to the right to know the citizens, who increasingly demand to be sufficiently informed and have greater involvement in decisions that affect them. Transparency is a basic pillar and the need to develop and promote from all levels of society as key to achieving social equity and economic efficiency. In this context, and with these goals, civil society is developing initiatives that promote and foster this transparency, and among them include the NGO Transparency International, whose primary purpose is to combat corruption and build transparency tools, since this is the best antidote against corruption. This text refers to some of the experiences developed by Transparency International Spain, as in the Transparency Index of the Municipalities, which in its successive editions has driven a clear improvement in the level of openness of information from these local Spanish entities.

Keywords

Transparency, right to know, public institutions, Transparency indices, social ethics, Transparency International Spain.

El término *Transparencia* hace referencia a un concepto que en la práctica se puede utilizar de distintas formas y bajo numerosos enfoques y perspectivas. Vamos a citar a estos efectos algunas definiciones que aporten inicialmente una cierta delimitación del término. Cabe señalar, en primer lugar, que el *Anti-Corruption Resource Centre - U4* (2012) define *Transparencia* como: “La cualidad de ser claro, honesto y abierto. En un principio, la transparencia implica que los funcionarios públicos, directivos y administradores tienen el deber de actuar de manera visible, predecible y comprensible. La información disponible debe ser suficiente para que otras instituciones y el público en general puedan evaluar si los procedimientos que se siguen son consonantes con el mandato otorgado. La transparencia, por tanto, se considera un elemento esencial del buen gobierno responsable, que conduce a la asignación de los recursos, a una mayor eficiencia, y a mejores perspectivas de crecimiento económico en general.” Se trata de una amplia definición del término, que viene a recoger además algunas de las características que deben tener los responsables públicos de esa información que satisfaga el *derecho a saber* de los ciudadanos.

Por otra parte, podemos igualmente hacer referencia a la organización Transparencia Internacional (TI), y a la definición del término que esta organización recoge en un borrador de “Guía de Lenguaje claro”, dentro del cual se contempla la *Transparencia* en los siguientes términos: “La transparencia es la cualidad de un gobierno, empresa, organización o persona de ser abierta en la divulgación de información, normas, planes, procesos y acciones. Como regla general, los funcionarios públicos, empleados públicos, gerentes y directores de empresas y organizaciones, y las juntas directivas tienen la obligación de actuar de manera visible, predecible y comprensible en la promoción de la participación y la rendición de cuentas.”

Parece claro que en una sociedad moderna como la actual, los ciudadanos tienen derecho y exigen, cada vez más, estar suficientemente *informados* y tener un mayor grado de *participación* en las decisiones que les afectan. Para conseguir este importante objetivo social se hace necesaria la existencia de un sistema político, jurídico y económico realmente *transparente*, es decir, que los ciudadanos reciban o, al menos, tengan acceso a una información más rápida y detallada de todo lo que ocurre y se decide en las distintas *instituciones públicas* pertenecientes a los tres poderes que vertebran la sociedad: legislativo, ejecutivo y judicial, así como en las *entidades privadas* (empresas e instituciones no lucrativas) en aquello que esté relacionado con el interés público.

La transparencia se convierte así en un pilar básico que la sociedad actual ha de desarrollar de una forma amplia y permanente, como elemento fundamental para conseguir un mínimo nivel de equidad social y de eficiencia económica, y para que los ciudadanos no queden así desprotegidos y desprovistos de uno de sus derechos fundamentales: el derecho a la información, y en definitiva, el mencionado *derecho a saber*.

La transparencia viene así a posibilitar un cierto control de los poderes públicos por parte de la sociedad civil, y por tanto, constituye una herramienta fundamental de lucha contra la corrupción, verdadera lacra social que perjudica enormemente la justicia social y el desarrollo económico e institucional en una buena parte de los países del mundo.

Es importante tener en cuenta que dentro de una sociedad amplia, integrada y plural como la actual, hemos de progresar en todas las proyecciones que tiene la transparencia a nivel tanto social, como económico e institucional. Es por ello que



resulta tan importante como necesario tener en cuenta y avanzar en las siguientes *manifestaciones* de la transparencia: a) Transparencia del sector público, b) Transparencia en los mercados financieros, c) Transparencia religiosa, d) Transparencia universitaria y e) Transparencia de las empresas.

El sector público es cuantitativa y cualitativamente fundamental en la sociedad, ya que, por una parte, representa una proporción muy importante de la economía o del sistema económico de cualquier país (aunque pueda haber diferencias entre unos y otros países según su estructura, el sistema político, la ideología del partido que gobierne, etc.), y, por otra, porque es el sector que se encarga de velar por el funcionamiento, la seguridad, la libertad y el mínimo bienestar o cobertura social de los ciudadanos.

Dado que el sector público, por otra parte, está financiado con el esfuerzo económico de todos los ciudadanos, y dado que se encarga exclusivamente de servir a dichos ciudadanos, se hace realmente fundamental la existencia de un suficiente nivel de *transparencia* en este sector. Es por ello que se debería aspirar a que en todos los países se proporcione una información clara al ciudadano sobre las cuentas, la situación y evolución financiera de las administraciones públicas, a todos los niveles existentes; en España, por ejemplo, a nivel estatal, autonómico y local.

En aras de esta transparencia, se deberían buscar así los medios para poder presentar periódicamente a los ciudadanos un conjunto o panel de magnitudes e indicadores básicos sobre distintos ámbitos y niveles de apreciación. En este sentido, se deberían establecer unos *indicadores* o datos básicos relativos, por ejemplo, al endeudamiento que en cada momento tiene las administraciones públicas; o bien a la equidad *intergeneracional*, la cual no se suele respetar por parte de los gobiernos y en las disposiciones legislativas por un cierto egoísmo de la generaciones actuales en detrimento de las generaciones futuras, a las que se suelen ir *endosando* deudas contraídas por las actuales. También se deberían presentar y publicar índices de retraso y calidad de la justicia, o aquellos relacionados con la contratación directa de obras públicas, o sobre los costes reales de las campañas electorales, etc. Todo ello, en fin, se debería poner a disposición de los ciudadanos, de una forma clara y entendible para la mayoría. Aparte de esta información de carácter operativo y económico, la transparencia del sector público debería hacerse extensiva, asimismo, al funcionamiento y los procesos de actividades que desarrollan los órganos e instituciones públicas a todos los niveles.

Sería así necesario, para todo lo anterior, formular un *panel* de información *básica e integrada* para el ciudadano que, para no incurrir en costes innecesarios y agilizar la presentación y permanente actualización de los datos, debería estar disponible de una forma sencilla y directa en Internet.

Los mercados financieros constituyen un componente básico y cada vez más importante, complejo y globalizado en el sistema económico actual. Los ciudadanos participan cada vez más -consciente o inconscientemente- en ellos ya que en tanto y en cuanto disponen de ahorros que colocan en cuentas bancarias, y otros productos financieros tales como depósitos a plazo, fondos de inversión, acciones u obligaciones, etc. o simplemente como aportantes a planes de pensiones (los cuales están materializados en inversiones financieras), ya están participando y aportando recursos para su funcionamiento; por lo tanto, están relacionados directamente y, en consecuencia, interesados en el buen funcionamiento y la transparencia de estos mercados.

Resulta cada vez más necesario y urgente, en este contexto, corregir y subsanar las *asimetrías* informativas que existen en estos mercados, así como la *opacidad* que se da de forma frecuente, y en algunos ámbitos de manera generalizada, en el acceso de esta información para los ciudadanos. Sería importante, en este sentido, fomentar la transparencia, en primer lugar, en cuanto a la información sobre la situación de las empresas; en segundo lugar, sería igualmente importante que hubiera información abierta y pública en relación con los vínculos que puedan existir entre los agentes, los analistas y las propias instituciones financieras.

Pero, en todo caso, la manifestación más importante y sustantiva, en la práctica de la transparencia de los mercados financieros para el ciudadano, sería el necesario aumento de la información en todas aquellas características y condiciones contractuales que poseen las operaciones en las que participan. Por ejemplo, los préstamos en general, y los hipotecarios en particular, los planes de pensiones, los fondos de inversión, etc.; de los cuales resulta realmente exagerada la ausencia de información que existe para el público en general, e incluso una vez que el ciudadano, en concreto, ha contratado alguno de estos préstamos, planes de pensiones, etc., normalmente no se le proporciona una información clara de aspectos tan básicos como las comisiones que le van a cobrar o le están cobrando, tanto al inicio (con la formalización de la operación), como de forma periódica posteriormente durante el tiempo que dura el contrato u operación. Esta es una asignatura pendiente en el terreno de la transparencia de los mercados financieros.

Otra de las muy numerosas manifestaciones de la transparencia en una sociedad moderna, y que está más vinculada al ámbito de lo privado o lo personal de cada ciudadano, sin olvidar que tiene un importante grado de afectación social y colectiva, es el ámbito de lo *religioso*; en este sentido, destaca la importancia que en una sociedad moderna puede tener la existencia de un suficiente nivel de transparencia religiosa.

En nuestra opinión sería muy importante, y un claro exponente de una sociedad madura, que se pusiese a disposición del ciudadano una información abierta y accesible sobre los postulados y preceptos básicos de las religiones actualmente existentes. Ello posibilitaría a cualquier persona conocer las posturas de los supuestos *adversarios religiosos*, esto es, lo que para muchos son opciones contrapuestas y no simplemente distintas o complementarias, y que mediante una información amplia, institucionalizada y transparente se posibilitaría un mayor intercambio de conocimientos, por tanto, un menor nivel de fundamentalismos, para, quizá, ir dejando de considerar adversarios a los que piensan de forma distinta a uno mismo en el terreno religioso.

Para ello sería necesario llevar la transparencia al comienzo de la vida del ciudadano, y por tanto, informar y enseñar en las escuelas a los niños (en todos los países) de la existencia de las diversas religiones, e incluso que se enseñen los aspectos básicos de cada una de ellas, al menos de las religiones más importantes a nivel mundial. Ello fomentaría en los niños de cualquiera de los países un carácter más tolerante respecto a las diversas opciones y, por tanto, respecto de las *otras* formas de pensar en el terreno religioso.

Sería también importante, en aras de esta transparencia religiosa, la existencia de una publicación abierta (en Internet) de información clara y neutral sobre las distintas religiones, traducida a diversos idiomas; incluso una presentación comparativa, a través de una serie de aspectos o preguntas básicas y comunes a todas ellas. De esta forma, en todo momento cualquier persona podría tener acceso



a una información abierta, objetiva y multiforme del hecho religioso en clave de las muy distintas formas de pensar y confesiones en este ámbito.

Dado que pertenecemos y participamos en el ámbito universitario, nos permitimos traer aquí a colación -como un ejemplo de otra de las manifestaciones de la transparencia- su proyección dentro de la universidad. En este sentido, también sería muy importante fomentar el aumento continuo y homogéneo de la transparencia en el propio funcionamiento de la universidad, así como en manifestaciones y procesos concretos, como es el de la evaluación del profesorado, tanto en lo relativo a la evaluación de la investigación como de la evaluación de la docencia. También es importante conseguir un adecuado nivel de información y transparencia en la evaluación del alumnado, así como en un terreno que actualmente se está desarrollando de una forma creciente como es la evaluación de la *calidad* de las universidades. Cuanto mayor sea la información existente al respecto y más accesible resulte de forma generalizada, mayor será el incentivo a la mejora y la sana competencia hacia unos estándares de calidad en la actividad de las distintas universidades.

En lo relativo a la transparencia de las empresas, cabe recordar la importancia que tiene que las mismas presenten a la sociedad, además de las cuentas anuales (información ya de carácter obligatorio y que han de depositar en el Registro Mercantil), también unas memorias amplias y detalladas sobre otros muchos aspectos sociales, medioambientales, etc.; siguiendo el objetivo de responsabilidad social.

En este sentido, cabe señalar que la *Global Reporting Initiative* (GRI) manifiesta que la transparencia en la elaboración de memorias constituye un ejercicio de *responsabilidad empresarial*, ya que supone la explicación clara y abierta de las propias acciones a aquellos que tienen derecho a preguntar o motivos para hacerlo. Por otra parte, la Unión Europea considera la Responsabilidad Social Corporativa como una contribución empresarial al desarrollo sostenible y equilibrado para todos aquellos que interactúan con la empresa (*stakeholders*): accionistas, empleados, comunidad financiera, proveedores, clientes y la sociedad en general.

La importancia de este importante concepto y meta social se evidencia, por otra parte, en los distintos desarrollos normativos habidos a nivel internacional en este ámbito, algunos de los cuales son: a) el Libro Blanco de la Responsabilidad Medioambiental, de la Comisión Europea, b) las directrices básicas de la OCDE para las empresas de ámbito multinacional, c) el Libro Verde de la Comisión Europea, d) la mencionada *Global Reporting Initiative* (GRI), organización que publica una guía para instrumentar las mejoras en la Responsabilidad Social Corporativa de las empresas. A nivel nacional, por otra parte, cabe señalar la existencia en nuestro país, desde el año 2003, de una Ley de Transparencia para las empresas.

En resumen, y aunque queda un largo camino todavía, hay que reconocer una serie de avances a nivel internacional y nacional en aras de la transparencia, la equidad social, y en definitiva, en el terreno de la responsabilidad social de las empresas.

Por otra parte, en el desarrollo y consolidación de la transparencia en el mundo actual, ha de desempeñar un rol decisivo la sociedad civil y las organizaciones de carácter nacional y/o internacional que forman parte de ella.

En este sentido, cabe hacer referencia a organizaciones como la ya mencionada Transparencia Internacional, organización no gubernamental implantada en un centenar de países que tiene como objetivo fundamental combatir la corrupción e impulsar un mínimo nivel de transparencia, que haga que los ciudadanos puedan estar suficientemente informados y puedan así participar más en las decisiones políticas, económicas y sociales que les conciernen. Una de las actividades principales de *Transparencia Internacional* (TI) es la realización de diversos análisis, investigaciones e informes sobre el nivel de corrupción existente en el mundo, y ello en distintos ámbitos y niveles de apreciación, tanto en la escala de lo público como de lo privado.¹

Así, Transparencia Internacional viene publicando anualmente cuatro informes a nivel internacional: a) El *Índice de Percepción de la Corrupción*, por el que se lleva a cabo un estudio que se proyecta sobre la mayor parte de los países del mundo y que mide el nivel de percepción que los ciudadanos e instituciones tienen respecto a la corrupción en sus propios países, b) el *Barómetro Global de la Corrupción*, que hace un análisis más detallado y cualificado, por sectores, del nivel de corrupción existente en cada país, c) el *Índice de Fuentes de Soborno*, que evalúa el nivel existente de sobornos en las empresas exportadoras de las mayores economías o países con más exportaciones en el mundo y d) el *Informe Global sobre la Corrupción*, estudio de carácter más exhaustivo sobre la situación y evolución, en el último año, de la corrupción en un buen número de países. Este informe se lleva a cabo por expertos en temas de la corrupción seleccionados por TI en cada país.

Además de los Informes anteriores, cabe señalar que Transparencia Internacional España viene elaborando a nivel nacional varios Índices de transparencia, entre ellos el *Índice de Transparencia de los Ayuntamientos* (ITA), con el objetivo de obtener una adecuada *radiografía* de dichas corporaciones locales en cuanto a la información que proporcionan al público y la que están dispuestas a proporcionar cuando se les solicita por parte de los ciudadanos. Este índice está así orientado a conocer y comparar el nivel efectivo de transparencia y de apertura informativa -un exponente importante de la calidad democrática- de los ayuntamientos para con los ciudadanos y vecinos de los municipios, y ante la sociedad en general.

A través del ITA se persiguen así dos objetivos específicos e importantes: 1) Propiciar el aumento de la información y la transparencia de los ayuntamientos y 2) Medir el nivel de transparencia de dichos ayuntamientos y difundirlo a la sociedad y los ciudadanos.

El índice está integrado por un conjunto de 80 indicadores con los que se evalúa el nivel de información pública de los ayuntamientos en una serie de áreas. A continuación se indican las cinco áreas concretas que se abordan y evalúan en dicho índice: a) Información sobre la corporación municipal, b) transparencia económico-financiera, c) medidas para la participación de la ciudadanía, d) transparencia en las contrataciones de servicios y e) transparencia en materias de urbanismo y obras públicas.

En el ITA de 2010 se ha evaluado la transparencia de los 110 mayores ayuntamientos de España: aquellos que tienen una población superior a los 65 mil

⁽¹⁾ Se pueden consultar todos los documentos que publica esta organización en: <http://www.transparencia.org.es>. Revisado el 12 de junio de 2012.



habitantes, los cuales, en conjunto, acumulan más de la mitad de la población española.

Este *Índice de Transparencia de los Ayuntamientos* constituye, en definitiva, un sistema que viene permitiendo en la práctica no sólo una medición del nivel de apertura informativa de los ayuntamientos, sino, asimismo, constituye un modelo que viene propiciando una competencia positiva entre éstos en aras de mejorar progresivamente su posición en el correspondiente ranking, y optimizar con ello su imagen y cercanía a los ciudadanos que son, en definitiva, quienes eligen a los cargos y responsables de estas entidades locales, las sufragan y mantienen desde el punto de vista financiero.

Los mencionados proyectos y actividades de la organización Transparencia Internacional no son sino una pequeña muestra o exponente del importante papel que la sociedad civil debe desempeñar actualmente para que la transparencia impregne y se consolide en todos los niveles y ámbitos de la sociedad moderna, tanto en el terreno público como privado, en aras de un reforzamiento de la legalidad, el fortalecimiento institucional y la democracia.

Bibliografía

- ANTI-CORRUPTION RESOURCE CENTER (2012), *U4 Anti-Corruption Glossary*, Disponible en línea: <http://www.u4.no/glossary/>. Revisado el 24 de junio de 2012.
- TRANSPARENCIA INTERNACIONAL (2009), *Guía de Lenguaje claro sobre la lucha contra la corrupción*, Berlín. Disponible en línea: <http://www.transparencia.pt/wp-content/uploads/2012/03/Plain-Language-Guide-ES.pdf>. Revisado el 24 de junio de 2012.
- TRANSPARENCIA INTERNACIONAL – ESPAÑA (2010), *Índice de Transparencia de los Ayuntamientos (ITA) 2010*. Disponible en línea: <http://www.transparencia.org.es/ITA%20-%202010/INDICE%20ITA%202010%20-%202.htm>. Revisado el 24 de junio de 2012.
- TRANSPARENCIA INTERNACIONAL - ESPAÑA (2011), *El Marco de Integridad institucional en España: Situación actual y recomendaciones*. Disponible en línea: <http://cdn.20minutos.es/adj/2012/06/06/1784.pdf>. Revisado el 24 de junio de 2012.
- VILLORIA, M. (2006), *La corrupción política*. Editorial Síntesis, Madrid.



Seguridad Humana

Carmen Pérez González
Universidad Carlos III de Madrid
carmen.perez@uc3m.es

Resumen

El Informe sobre Desarrollo Humano del PNUD de 1994 lanzó a la arena internacional una propuesta de definición del concepto de seguridad humana. Se afirmó, así, que el mismo significa, en primer lugar, seguridad frente a aquellas amenazas que, como el hambre, la enfermedad o la represión política, pueden considerarse crónicas. Y que, en segundo lugar, significa protección frente a las alteraciones repentinas y perjudiciales de la vida cotidiana, ya sea en relación a la vivienda, el trabajo o la comunidad. Este trabajo tiene como objetivo principal el análisis del concepto, centrándose, de un lado, en sus orígenes y, de otro, en sus principales desarrollos. Además, el examen pretende concluir cuál es el valor añadido de esta noción en el ámbito del Derecho Internacional Público y las relaciones internacionales.

167

Palabras clave

Desarrollo humano, nuevas dimensiones de la seguridad, responsabilidad de proteger, bienes públicos globales, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario.

Human security

Abstract

The Human Development Report published by the UNDP in 1994 introduced the concept of human security. It was defined as safety from chronic threats, as hunger, illness of political repression, and protection from sudden hurtful disruptions in the patterns of daily life related to housing, work or to the community. This work aims to analyze the concept focusing, firstly, on its origins and, secondly, on the developments it has experimented. Besides that, some conclusions will be drawn about the added value of this notion for Public International Law and for international relations.

Keywords

Human development, new dimensions of security, responsibility to protect, global public goods, International Human Rights Law, International Humanitarian Law.

La emergencia en 1994 de la noción de “seguridad humana”, a partir de su inclusión en el Informe sobre Desarrollo Humano elaborado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), abrió un debate académico y político en torno al contenido y el alcance del concepto del que nos ocupamos en estas líneas. Se tratará así de determinar, en primer lugar, tanto su pretendida novedad como las razones de que cobrase fortuna precisamente en aquel momento. Deben examinarse igualmente, en segundo lugar, los resultados concretos que, en particular en el ámbito de la cooperación internacional, se han alcanzado como fruto del intento de materializar una noción que desde su acuñación viene siendo criticada por su imprecisión y ambigüedad. Resulta oportuno poner de manifiesto en este sentido que, según se ha señalado, la intención del PNUD fue precisamente generar en torno a la noción de seguridad humana aquel debate doctrinal. Y no, por tanto, cerrarlo de inmediato dotando de un contenido absolutamente preciso al concepto (Escudero Alday, 2008: 28). Y finalmente, relacionada con esta última cuestión, resulta de interés examinar qué ha aportado la noción en el marco de las relaciones internacionales y del Derecho Internacional Público.

En realidad, en 1994 y en torno al concepto de seguridad humana, convergieron los nuevos planteamientos que, tanto en el ámbito de la seguridad como en el del desarrollo económico, se venían perfilando en los planos académico y político (King y Murray, 2001-2002: 586-589). Siendo esto así, la pregunta parece casi obvia: ¿por qué el concepto hace fortuna precisamente entonces? Se ha explicado al respecto que las razones particulares que impulsaron su adopción y, en lo que ahora interesa aquí, su difusión y permanencia, fueron al tiempo de índole positiva y negativa. Estas últimas tienen que ver, por ejemplo, con la irrupción de amenazas nuevas y particularmente graves a la seguridad humana en forma de nuevas enfermedades o con la creciente persistencia de la amenaza a la vida de los civiles en el marco de los conflictos armados. Las primeras se refieren a las nuevas posibilidades económicas, científicas y sociales que se dan en el mundo contemporáneo para lograr aunar esfuerzos y llegar a un consenso que haga posible una resistencia mejor coordinada frente a dichas amenazas (Sen, 2000: 1). En cualquier caso, los sucesivos intentos de aprehender y cuantificar la noción de seguridad humana se han caracterizado desde entonces por el recurso a definiciones excesivamente generales y, la mayoría de las veces, ambiguas. Dichos intentos han provenido del ámbito académico como del ámbito político. Y, en este último caso, resulta de interés poner de manifiesto, porque ha constituido sin duda un factor determinante para la difusión y la permanencia del concepto, que determinados Estados lo hayan adoptado formalmente integrándolo de modo expreso en sus políticas y programas de acción exterior. Canadá, Japón y Noruega son, si bien no los únicos, ejemplos suficientemente significativos en este sentido. Además, fundamentalmente a finales de la década de los 90, organizaciones internacionales universales y regionales y algunas organizaciones no gubernamentales (ONG's) comenzaron a hacer uso del concepto (Von Tigerstrom, 2007: 21).

Con todo, es ya un lugar común partir de la definición propuesta en 1994 por el PNUD. La seguridad humana se concibe entonces como el nuevo paradigma de la seguridad, centrada en las personas y no en los Estados y definida a partir de dos variables:

Significa, en primer lugar, seguridad frente a aquellas amenazas que, como el hambre, la enfermedad o la represión política, pueden considerarse crónicas. Y, en

segundo lugar, significa protección frente a las alteraciones repentinas y perjudiciales de la vida cotidiana, ya sea en relación a la vivienda, el trabajo o la comunidad (PNUD, 1994).

En 2005, la Cumbre Mundial de la Organización de Naciones Unidas (NN.UU.) retomaría la noción en su Documento Final y se referiría a ella como el derecho de las personas a vivir en libertad y con dignidad, libres de la pobreza, el miedo y la desesperanza. El problema seguía siendo entonces “dar contenido práctico al concepto” (Peral Fernández, 2005: 8). Un ejercicio que los Jefes de Estado y de Gobierno se comprometieron en aquel momento a hacer en el seno de la Asamblea General de Naciones Unidas y que pasa, en definitiva, por conceptualizar los vínculos entre seguridad, desarrollo humano y promoción y protección de los derechos humanos para dotar a la seguridad humana de una significación propia y, por tanto, distinta de la de otros conceptos –como el de desarrollo humano– que vienen impulsando, desde hace décadas, la evolución de sectores del Derecho internacional para los que el individuo y la protección de sus derechos y los de la comunidad a la que pertenecen constituyen el eje prioritario. Es el caso, por ejemplo, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario, del Derecho Internacional de los refugiados, del Derecho Internacional del medioambiente o de los esfuerzos desplegados por la Comunidad Internacional en materia de seguridad alimentaria. Ese intento de conceptualización responde, en definitiva, a la convicción de que no habrá seguridad sin desarrollo y que la consecución de ninguno de estos objetivos es viable al margen de la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales. El concepto de seguridad humana conecta así con el de “cultura de la legalidad” tal y como ésta última es entendida aquí. Esto es, desde una perspectiva universal(ista), entronca con aquellos valores y principios del ordenamiento jurídico internacional que tratan de concebirlo y conformarlo como un sistema en el que el respeto de los derechos humanos, *rule of law* y *accountability* constituyen el centro de gravedad.

En consonancia con las definiciones aquí expuestas, las distintas propuestas de medición se han vinculado a la enumeración de aquellos indicadores que deben servir para mostrar y cuantificar las situaciones de (in)seguridad y que, con mayor o menor concreción según los casos, se relacionan con las posibilidades –presentes y futuras– de supervivencia de la persona y de la comunidad a la que pertenece a partir de la garantía de un nivel adecuado de seguridad económica, alimentaria, sanitaria, medioambiental, personal, de la comunidad y política. Se trataría, en definitiva, de una preocupación universal, referida a múltiples dimensiones que se conciben como interdependientes y sobre las que el PNUD considera prioritario adoptar un enfoque preventivo (PNUD, 1994). Así, las amenazas en cualquiera de estos ámbitos, dado que las siete dimensiones se conciben como interdependientes, y en particular si son crónicas, colocan a los individuos por debajo de un umbral que, considerado mínimo, generan situaciones de inseguridad que la Comunidad Internacional parece haber asumido como intolerables. Aún así, los diversos desarrollos conceptuales de la seguridad humana en los ámbitos académico, político e institucional han proporcionado dos enfoques de la noción. Uno primero, si se quiere restringido, lo ha vinculado al intento de liberar a los individuos del miedo (*freedom from fear*) ante situaciones que, como los conflictos armados, ponen en peligro sus vidas y su seguridad personal. En su sentido más amplio, la seguridad humana debería proporcionar al individuo libertad frente a las necesidades tales como el hambre o la enfermedad (*freedom from want*) (Pérez de Armiño, 2007). Como en seguida se verá, los distintos resultados obtenidos en el ámbito de la cooperación internacional en materia de seguridad humana son deudores de uno u otro enfoque.



Se trata, en definitiva, de un bien público global que la Comunidad Internacional debe proporcionar asumiendo como tarea propia la cooperación en su garantía. Así, tal y como se ha dicho, “es evidente (...) que se trata de un bien primario para la Comunidad Internacional, y por lo tanto lo es para su Derecho” (Ramón Chornet, 2002: 356). Y con este fin se han puesto en marcha diferentes iniciativas que son, por lo demás, deudoras de aproximaciones conceptuales no siempre coincidentes. Se mencionarán aquí únicamente las más significativas. En primer lugar, la creación, en 1999, de la *Red de Seguridad Humana*, un foro internacional no institucionalizado impulsado por Canadá y Noruega en el que están representados los Ministerios de Asuntos Exteriores de catorce países (Austria, Canadá, Chile, Costa Rica, Eslovenia, Grecia, Irlanda, Jordania, Malí, Noruega, Países Bajos, Sudáfrica –con estatuto de observadora-, Suiza y Tanzania). Los miembros de la Red, que se reúne anualmente, están comprometidos en el impulso del diálogo político en el ámbito de la seguridad humana. También de inspiración gubernamental es el denominado “Proyecto sobre el Informe de Seguridad Humana” (HSRP, en sus siglas en inglés), un centro de investigación independiente fundado en 2002, impulsado por los Gobiernos de Noruega, Suecia, Suiza y el Reino Unido. El HSRP publicó en 2005 su Informe sobre Seguridad Humana que centra su atención en la dimensión política de la seguridad humana. Tal y como se ha puesto de manifiesto, dicha concepción de la seguridad humana presenta “cierta afinidad con la noción de responsabilidad de proteger” desarrollada en el ámbito de NN.UU. (Kaldor, 2007: 183). Y, finalmente, y ya en el ámbito de la cooperación internacional institucionalizada, destaca la creación, también en 1999 y por iniciativa del Gobierno de Japón, del Fondo Fiduciario para la Seguridad Humana en el seno de la Oficina de Naciones Unidas para la coordinación de los asuntos humanitarios (OCHA). Un año después de la creación del Fondo, durante el cual su actividad se centró en la financiación de proyectos en materia tales como salud, educación o agricultura, y en respuesta al llamamiento que durante la Cumbre del Milenio hiciera al respecto el Secretario General de Naciones Unidas (SGNU), se constituyó la Comisión sobre Seguridad Humana que remitió su Informe sobre la cuestión al Secretario General en mayo de 2003. Debe destacarse, igualmente, la creación del Consejo Asesor sobre Seguridad Humana, constituido, siguiendo las indicaciones de la Comisión sobre Seguridad Humana, para dar seguimiento a las recomendaciones de esta última y asesorar al SGNU a través de la formulación de directrices al Fondo Fiduciario para la Seguridad Humana y de la adopción de medidas para, de un lado, incrementar el impacto de los proyectos y las actividades financiados por aquel y, de otro, promover el concepto de seguridad humana y su aceptación. Sus propuestas son endosadas por la Unidad de Seguridad Humana de la OCHA, que fue creada en mayo de 2004 y viene a completar este incipiente “entramado institucional” en el seno de Naciones Unidas. Su función general es promover el concepto de seguridad humana en todas las actividades de la Organización. La Unidad gestiona el Fondo y pone en práctica las propuestas del Consejo Asesor. Cabe señalar, así, que en el ámbito de NN.UU. la acción en materia de seguridad humana aparece eminentemente vinculada a aquellas dimensiones de la seguridad susceptibles de potenciar el desarrollo. Además, diferentes órganos y organismos del sistema de NN.UU. han contribuido a consolidar el enfoque en materia de seguridad humana en el ámbito de la organización a partir de su incorporación a sus respectivas agendas de trabajo. Es el caso no sólo del PNUD, sino de, entre otros, el Alto Comisionado de las NN.UU. para los Refugiados (ACNUR) o la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO).

Más allá de que cualquiera de las aproximaciones mencionadas debe ser tenida en cuenta para la comprensión y ulterior implementación de un concepto que se define, como se ha indicado, a partir de dimensiones múltiples, considero posible

afirmar que la protección de seguridad humana, como elemento central de la agenda político-jurídica de la Comunidad Internacional contemporánea puede ser concebido como un nuevo principio fundamental, de carácter programático y de alcance horizontal, que impone a los Estados el deber de cooperar en su garantía y requiere el refuerzo (y, en algunos casos, la redefinición) de aquellos instrumentos y capacidades que se consideren necesarios para proteger el derecho de los individuos a que su supervivencia y dignidad como seres humanos no sean expuestas a daño, riesgo o peligro. Concebida así, la seguridad humana constituye una función, si se quiere un objetivo, del Derecho internacional. En este mismo sentido, promueve, a su vez, una lógica cooperativa en el marco de las relaciones internacionales y concibe el Derecho internacional como una herramienta para la consecución de un valor que cabe considerar esencial: la protección del individuo y la comunidad frente a las amenazas a su seguridad. El concepto de seguridad humana es fruto, en definitiva, de esta evolución de las relaciones internacionales y del Derecho Internacional Público que se inicia con el final de la Guerra Fría (MacFarlane y Khong, 2006: 261). De esta manera, y de un lado, refuerza una dinámica que pretende superar una concepción que concibe al Derecho internacional como un código normativo meramente regulador de la coexistencia entre Estados. Este Derecho internacional de la coexistencia evoca, en efecto, una idea tradicional de la seguridad y de la soberanía, centrada en los intereses estatales. Y sus principios fundamentales, entre los que cabe considerar centrales los principios de no injerencia en asuntos internos y el de igualdad soberana de los Estados, son propios de un orden jurídico que trata de garantizar la supervivencia del Estado, como ente autónomo, frente a cualquier amenaza exterior. La garantía de la seguridad nacional supone, en definitiva, primar la protección de la soberanía estatal, incluyendo el control sobre su territorio y su autonomía política. Frente a ello, la seguridad humana requiere que ese orden jurídico internacional centre su atención en las necesidades e intereses de los individuos y las comunidades, más allá de los de los Estados. Así, y de otro lado, impulsa el “empoderamiento” del individuo y de las ONG’s a través, en particular, del refuerzo de su participación en aquellos procesos tendentes a la adopción de medidas que busquen su garantía. Entronca, finalmente, con una noción de soberanía “entendida (...) como el poder y la obligación de asegurar un buen gobierno y, por ello, de proporcionar un mínimo de seguridad a sus habitantes” (Mariño Menéndez, 2008: 80).

Cabe esperar, en definitiva, que la consolidación de un enfoque de trabajo basado en la seguridad humana en el contexto de NN.UU. sirva para ahondar en la reflexión sobre cuestiones planteadas hace décadas y no totalmente resueltas aún por la Comunidad Internacional. Así, el papel del Consejo de Seguridad como garante de la paz y la seguridad internacionales, el rol de la organización en el ámbito de la prevención de conflictos o el debate sobre las denominadas “intervenciones de humanidad” se pueden ver enriquecidos por aquel enfoque. Con todo, no resultará sencillo vencer la resistencia impuesta por la lógica interestatal que ha estructurado la sociedad internacional y de la que, en cierta medida, sigue siendo deudor el Derecho Internacional Público. En esta (buena) línea parecen ir determinados documentos del Consejo de Seguridad y, en particular, aquellas de sus resoluciones adoptadas sobre la base del Capítulo VII de la Carta que consideran amenazas a la paz y a la seguridad internacionales las situaciones de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos, de crisis humanitaria o de desestabilización de la democracia. Tal y como se ha afirmado con acierto, estas actuaciones del Consejo de Seguridad pueden ser interpretadas como la evidencia de un cambio en la noción de amenazas a la paz y a la seguridad internacionales que, junto a los conflictos entre Estados, incluiría las amenazas a las personas en el interior de aquéllos. Lo que, a su vez, podría describirse como proceso que tiende hacia una interpretación de las disposiciones de la Carta de las NN.UU. centrada en



las personas (Von Tigerstrom, 2007: 71). O, lo que es lo mismo, hacia una concepción de la misma basada en la seguridad humana y capaz de materializarla a través de su implementación.

Bibliografía

- ALKIRE, S. (2003), "A Conceptual Framework for Human Security", *CRISE Working Paper*, Núm. 2. Disponible en línea: <http://www.crise.ox.ac.uk/pubs/workingpaper2.pdf>. Revisado el 28 de junio de 2012.
- COMMISSION ON HUMAN SECURITY (2003), *Human Security Now: Final Report*, Nueva York. Disponible en línea: <http://www.humansecurity-chs.org>. Revisado el 28 de junio de 2012.
- ESCUADERO ALDAY, R. (2008), "La seguridad humana: una propuesta conceptual", en ESCUDERO ALDAY, R. (ed.), *Segregados y reclusos: los palestinos y las amenazas a su seguridad*, Los Libros de la Catarata, Madrid, pp. 19-49.
- FERNÁNDEZ PEREIRA, J.P. (2006), *La seguridad humana*, Ariel, Barcelona.
- GLASIUS, M. (2008), "Human Security from Paradigm Shift to Operationalization: Job Description for a Human Security Worker", *Security Dialogue*, Vol. 39, Núm. 1, pp. 31-54.
- HSRP (2005), *The Human Security Report. War and Peace in the 21st Century*, Oxford University Press. Disponible en línea: www.humansecurityreport.info. Revisado el 28 de junio de 2012.
- KALDOR, M. (2007), *Human Security*, Polity Press, Cambridge.
- KING, G. y MURRAY, C.J.L. (2001-2002), "Rethinking Human Security", *Political Science Quarterly*, Vol. 116, Núm. 4, pp. 585-610.
- MacFARLANE, S.N. y KHONG, Y.F. (2006), *Human Security and the UN: A Critical History*, Indiana University Press, Indiana.
- MARIÑO MENÉNDEZ, F.M. (2008), "La responsabilidad de proteger", *Tiempo de Paz*, Núm. 90, pp. 79-83.
- NEWMAN, E. (2001), "Human Security and Constructivism", *International Studies Perspectives*, Vol. 1, Núm. 3, pp. 239-251.
- OBERLEITNER, G. (2005), "Human Security: A Challenge to International Law?", *Global Governance*, Vol. 11, pp. 185-203.
- PERAL FERNÁNDEZ, L. (2005), "Las amenazas a la seguridad humana y el problema de los medios de acción. Reflexiones acerca del resultado de la Cumbre Mundial de 2005 sobre la reforma de la ONU", *Documento de trabajo 15*. Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior. Disponible en línea: http://www.fride.org/descarga/WP15_SeguHuma_ESP_oct05.pdf. Revisado el 28 de junio de 2012.
- PÉREZ DE ARMIÑO, K. (2007), "El concepto y el uso de la seguridad humana: análisis crítico de sus potencialidades y riesgos", *Revista CIDOB d'Affers Internacionals*, Núm. 74, pp. 59-77. Disponible en línea: http://www.cidob.org/es/content/download/4366/44237/file/76_perez.pdf. Revisado el 28 de junio de 2012.
- PNUD (1994), *Un programa para la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social. Informe sobre desarrollo humano*. Disponible en línea: <http://hdr.undp.org/es/informes/mundial/idh1994/>. Revisado el 28 de junio de 2012.
- RAMCHARAN, B.G. (2002), *Human Rights and Human Security*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya.
- RAMÓN CHORNET, C. (2002), "Nuevos conflictos: nuevos riesgos para la seguridad humana", en RAMÓN CHORNET, C., *El Derecho Internacional*

Humanitario ante los nuevos conflictos armados, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 355-370.

SEN, A. (2000), "Why Human Security?" *Ponencia presentada en el Simposio Internacional sobre seguridad humana celebrado en Tokio, el 28 de julio de 2000*, Disponible en línea: <http://hdr.undp.org/es/indh/recursos/tematicos/seguridadhumana>. Revisado el 28 de junio de 2012.

VON TIGERSTROM, B. (2007), *Human Security and International Law*, Oxford University Press, Oxford.

WIBBEN, A.T.R. (2008), "Human Security: Toward an Opening", *Security Dialogue*, Vol. 39, Núm. 4, pp. 455-462.





Corrupción entre particulares (Delito de)

Pilar Otero González
Universidad Carlos III de Madrid
pilar.otero@uc3m.es

Resumen

La LO 5/2010 incorpora al Código Penal un nuevo delito de corrupción de particulares por el que se incriminan diversos casos de corrupción en actividades privadas. En el trabajo se opta por un modelo puro de incriminación de la competencia, delimitándolo de otros tipos fronterizos.

Palabras clave

Competencia desleal, administración desleal, corrupción en el sector privado, Decisión Marco 2003/568/JAI, Derecho comparado.

Corruption within individuals (Crime of)

Abstract

Organic Law 5/2010 regulates for the first time the crime of corruption within individuals in the Spanish Criminal Code. The new regulation incriminates different cases of corruption in private activities. This work defends a pure model of incrimination of the competence, trying to delimitate it of other related offences.

Keywords

Unfair competition, unfair management, corruption in the private sector, Council Framework Decision 2003/568/JHA, Comparative Law.

1. Fundamentación de la incriminación y bien jurídico protegido

Para entender la fundamentación de la incriminación de la corrupción entre particulares hay que acudir al marco de referencia, es decir, a la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo de 22 de julio de 2003 relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. El objetivo, como señala la propia Decisión, es “asegurar que la corrupción activa y pasiva en el sector privado sea una infracción penal en todos los Estados miembros” al reconocer que, “junto con la mundialización, los últimos años han traído un aumento del comercio transfronterizo de bienes y servicios, por lo que la corrupción en el sector privado de un Estado miembro ha dejado de ser un problema meramente interno para convertirse en un problema también transnacional, que se aborda más eficazmente mediante una actuación conjunta de la Unión Europea.”

Partiendo de este objetivo, la LO 5/2010, de modificación del Código Penal, da cumplimiento a la Decisión Marco 2003/568/JAI, introduciendo un nuevo artículo que incrimina la corrupción entre particulares, como culminación de la progresiva extensión del concepto de corrupción que merece ser tipificado en el Código Penal. Es decir, si tradicionalmente se ha vinculado la corrupción al ámbito interno y público, y a los funcionarios públicos como sujetos activos, conforme al concepto de funcionario del art. 24 CP, un primer paso de esa extensión estuvo protagonizada por las Leyes Orgánicas 3/2000 y 15/2003 que incorporaron a nuestro Código Penal el delito de corrupción de funcionario público extranjero en las transacciones comerciales internacionales, en cumplimiento del Convenio (OCDE). Un segundo paso en la incriminación de la corrupción transnacional obedece al Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, plasmada en el nuevo 427 CP; determinando así que lo dispuesto en el cohecho es aplicable cuando los hechos afecten a los funcionarios de la Unión Europea o a los funcionarios nacionales de otro Estado miembro de la Unión, ofreciéndose una definición de funcionario de la Unión Europea, que abarca distintas categorías.

El último paso en la extensión del concepto penal de corrupción viene protagonizado, como decimos, por la transposición de la Decisión Marco 2003/568 JAI, de 22 de julio, recogida en la LO 5/2010, de modificación del Código Penal, en cuya Exposición de Motivos se reseña que “la idea fuerza en este ámbito es que la garantía de una competencia justa y honesta pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de empresas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho.” Y añade: “Porque con estos comportamientos, que exceden de la esfera de lo privado, se rompen las reglas de buen funcionamiento del mercado.”

Por tanto, la justificación de la incriminación de la corrupción existente en el sector privado hay que buscarla en garantizar el respeto a la competencia equitativa y leal puesto que la corrupción, tanto en el sector público como en el sector privado, distorsiona las reglas de la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido. En este sentido, incluso no existiendo un perjuicio pecuniario específico para la víctima, la corrupción privada perjudica al conjunto de la sociedad (Villameriel, 2005: 11). Prueba, asimismo, de que la corrupción trasciende del ámbito de la empresa para



convertirse en un comportamiento socialmente dañoso, es el hecho que el legislador haya querido que su persecución sea de oficio.

A esta concepción han contribuido los graves escándalos en torno a los mercados financieros que han salido a la luz pública en los últimos años, procedentes de las grandes empresas con proyección internacional, tanto norteamericanas (Enron, Arthur Andersen) como europeas (Ericsson); incluso algunas sonadas desviaciones en organizaciones internacionales (Comité Olímpico Internacional) o en organizaciones no gubernamentales o fundaciones sin “aparente” ánimo de lucro (Carbajo, 2004: 127-155, especialmente, 129-130), lo que ha hecho cobrar cada vez más fuerza al planteamiento de que la corrupción en el sector privado se compone de comportamientos desviados de los administradores y cargos directivos que perjudican a un número importante de intereses privados (acreedores, trabajadores, accionistas e inversores), pues lo que lesionan, en definitiva, es el interés en el eficiente funcionamiento del mercado perjudicando su propia disciplina (Castresana, 2004: 217-218).

Por tanto, desde el momento en que se asocia el fenómeno de la corrupción con el mundo globalizado, se debe abordar también el problema desde la globalización de la estrategia anticorrupción: ese sería el sentido de la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 transcribiendo el propio preámbulo de la Decisión Marco (Ventura Püschel, 2009: 498, 2011: 672; Nieto Martín, 2003: 6) de acuerdo con la filosofía que impregna la política criminal europea de los últimos tiempos. A este respecto, el Convenio OCDE de 1997 supuso un punto de inflexión en la concienciación de que las prácticas corruptas de utilizar dinero de las empresas para sobornar (en este caso a funcionarios) era delictiva, pues anteriormente estos pagos eran considerados gastos “útiles” susceptibles de deducción fiscal. Por tanto, el Convenio OCDE fomentó una forma de hacer coactivos los códigos de buenas intenciones por parte de las empresas. Del mismo modo, la DM 2003/568/JAI y su incorporación a la LO 5/2010 supone el refuerzo de la sanción penal al incumplimiento de las buenas prácticas de negocios en las empresas (*compliance*), convirtiéndose la criminalización de la corrupción entre particulares en una estrategia prioritaria empresarial dentro de las prácticas de buen gobierno.

Su incriminación, además, está vinculada al proceso masivo de privatización al que se ha asistido en los últimos años, lo que ha supuesto la transferencia al sector privado de importantes recursos económicos antes gestionados por el sector público. En consecuencia, se empieza a abogar (Villameriel, 2005: 11; Contreras Alfaro, 2005: 131-132) por la limitación de las diferencias entre las reglas aplicables a los sectores público y privado. Ello implica que, de forma urgente, se redefinan las reglas que protegen los intereses del sector privado. Y, por otro lado, de ello deriva, inevitablemente, la necesidad de flexibilizar el concepto de soberanía a favor de un más eficaz control de la corrupción (Rodríguez García, 2005: 268-270), desde el momento en que los instrumentos internacionales, hasta hace pocas décadas, no han pasado de ser textos meramente simbólicos.

2. Breve análisis del tipo penal

Esta corrupción de particulares se tipifica, así, en un precepto único, integrado en la Sección 4ª del Capítulo XI (delitos relativos al mercado y a los consumidores) del Título XIII del Libro II, el artículo 286 bis 1, 2 y 3, que queda redactado como sigue:

1. Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triple del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

3. Los jueces y Tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.

¿Cómo puede restringirse por vía interpretativa la amplitud de los términos utilizados en el art. 286 bis de acuerdo con los principios de intervención mínima y fragmentariedad?

Consiste en prometer, ofrecer o conceder (cohecho activo: art. 286 bis 1) o, de otro lado, recibir, solicitar o aceptar (cohecho pasivo: art. 286 bis 2) un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados (...), incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, excluyendo otro tipo de contrataciones u otras actividades que no guarden relación con la competencia en el mercado. No se exige para su consumación, por tanto, un perjuicio patrimonial para la empresa, ni siquiera un peligro efectivo para dicho patrimonio (Martínez-Buján, 2011: 311). Se configura, así, como un delito de mera actividad.

Para delimitar la vaguedad de los términos utilizados para conformar la conducta típica en el tipo del art. 286 bis CP, ha de acudirse a la interpretación teleológica; es decir: han de relacionarse estas conductas con el bien jurídico protegido, la competencia leal, lo que permite excluir de la sanción penal las conductas que no afectan a las reglas de la competencia por no existir competencia efectiva en un determinado contexto o por estar amparados por los usos sociales (Castro Moreno, 2010: 298). Por ejemplo, prometer algún beneficio por parte del cliente de una empresa al encargado para conseguir determinados servicios, como una mejor mesa en un restaurante o la reserva de habitaciones en un hotel o de localidades de un espectáculo.

¿Qué es el *incumplimiento de obligaciones*?

La lógica parecería indicar, *a priori*, que el tipo se refiere a las obligaciones que tales sujetos tienen con la entidad de la que son directivos, administradores, empleados o colaboradores; sin embargo, esta solución aboca a una difícil, por no decir imposible, delimitación con las correspondientes conductas previstas en el delito de administración desleal (art. 295 CP), cuando se ocasiona con estas conductas un perjuicio patrimonial a la sociedad. Pero, frecuentemente sucede que “quien ofrece la ventaja para la consecución de un contrato, lo hace en beneficio de la propia empresa y en perjuicio de la competencia, de modo que ninguna obligación



para con su propia empresa está incumpliendo” (CGPJ, 2008: 118), lo que, siguiendo este argumento, implicaría la atipicidad de estas conductas.

Sin embargo, a nuestro juicio, el incumplimiento de las obligaciones sólo puede referirse a las derivadas de las normas que regulan la competencia, en consecuencia, las perjudicadas siempre serán las otras empresas que han desconocido la ventaja para la consecución de un contrato, infringiéndose, así, el bien jurídico competencia leal. Esta conclusión guarda relación con el modelo de incriminación por el que ha apostado nuestro legislador.

¿Cuáles son los modelos de incriminación en el Derecho comparado?

a. Deber de fidelidad del trabajador. Francia, hasta 2005, incriminaba la corrupción de empleados en el marco de las relaciones laborales protegiendo el deber de fidelidad del trabajador respecto del empresario (Code du travail L-152.6). Por tanto, se desvincula actualmente del ámbito iuslaboralista, no obstante, tiene que realizarse incumpliendo las obligaciones legales, contractuales o profesionales y con un ámbito de aplicación muy amplio (Gili Pascual, 2007: 264-265) pues no se limita al contorno estrictamente comercial.

b. Modelo omnicompreensivo. Suecia desde 1978. Delito común aplicable a sujetos públicos y privados (Foffani, 2006: 386) como consecuencia de la creciente privatización de empresas públicas, por lo que se considera que ya no existe diferencia ontológica entre ambos tipos de corrupción.

c. Modelo patrimonialista: Austria e Italia. Austria vincula la corrupción privada a la deslealtad patrimonial entre mandatario y mandante (De la Cuesta Arzamendi y Blanco Cordero, 2002: 274). Italia, por su parte (Foffani, 2003: 64-65, 2006: 386-387), sigue un modelo político criminal contradictorio en lo que atañe a la corrupción privada. Tradicionalmente -arts. 317 y siguientes del CP italiano-, la corrupción se ha vinculado al sector público al igual que sucede en España pero, por otro lado, hay una tendencia a la incriminación fragmentaria de determinadas formas de corrupción, dispersas tanto en normas extrapenales como en el CP, que incriminan supuestos concretos de corrupción entre particulares. Por ejemplo, la comercialización fraudulenta de productos farmacéuticos o la actividad deportiva profesional o amateur. En 2002, dentro de los delitos societarios, se introduce la corrupción en las sociedades mercantiles, “comportamiento desleal por dádiva o promesa a favor” (art. 2635 CC) que criminaliza la corrupción en el sector privado como respaldo a la protección del delito de administración desleal.

d. Protección de la competencia. Alemania sigue este modelo desde 1997, en que se introduce el §299 bajo el título *delitos contra la competencia*, castigando con pena de tres años o multa al empleado o representante de una empresa que pretende, se deja prometer o acepta una ventaja para sí o para tercero a título de contraprestación para privilegiar deslealmente al corruptor o a un tercero en el intercambio de mercancías o de prestaciones profesionales. En consecuencia, el corrupto no tiene que infringir sus obligaciones para con el empresario a efectos de la comisión de la conducta típica. Ello implica, a su vez, que en los casos de pago de comisiones (*kick backs*) puede plantearse la existencia de concurso entre el delito de competencia desleal (corrupción privada, §299) y el de administración desleal (§266).

Por este mismo modelo opta la DM 2003, puesto que alude al bien jurídico competencia leal como pilar básico del mercado único europeo pero destacando que el mismo se lesiona por los sujetos activos “incumpliendo sus obligaciones”. Esto ha

llevado a la doctrina española a interpretar que se protege un modelo mixto de administración desleal *ad intra* y de competencia desleal *ad extra*, y que así ha sido trasladado al reciente precepto español.

Sin embargo, un repaso rápido por el Derecho comparado junto con un somero análisis de la Decisión Marco, induce a pensar que lo que la Decisión Marco quiere y lo que el legislador español debe proteger es un modelo puro de competencia desleal. Y ello por varios motivos: primero, la expresión “incumpliendo sus obligaciones” no es sinónimo de deslealtad, no se deriva necesariamente de ella la interpretación de un acto de deslealtad hacia su empresa (*ad intra*), esto es, un acto de administración desleal. Es más, la Decisión Marco no da pautas en este sentido. Segundo: el ejemplo más claro del principio de lealtad en las relaciones laborales por el que optó el Derecho francés antaño al tipificar la corrupción privada, hoy ha sido abandonado, proyectando el desvalor de la corrupción en el ámbito social o profesional, sin vinculación con la organización societaria de la empresa. Tercero: los ordenamientos que, como el italiano, siguen un modelo patrimonialista, por un lado, adoptan un sistema insuficiente de protección que no cumple con lo estipulado en la DM –proteger la competencia leal- y por otro lado, convierten esta figura en papel mojado ante la dificultad de deslindarla del correspondiente delito de administración desleal. Cuarto: la ubicación sistemática del tipo penal, situada junto a los delitos relativos al mercado y a los consumidores, está alejada, por tanto, de los delitos societarios. En efecto, podría haberse optado, dentro de los delitos societarios, por configurar un delito de peligro adelantando la barrera punitiva a los casos en los que el ofrecimiento o solicitud no conlleve o no pueda probarse el perjuicio, tal como lo ha tipificado Austria, ante la dificultad de admitir en estos casos la tentativa; sin embargo, no se ha considerado esta opción.

Desde esta perspectiva, creo que no es descabellado interpretar, de acuerdo con el espíritu de la DM, que el incumplimiento de las obligaciones es la infracción del deber extrapenal, que la DM sugiere como pauta para delimitar el ámbito de la conducta típica, pero sin olvidar el interés tutelado, esto es, la competencia, tratándose así de un modo de especificar el medio a través del cual se consuma la agresión a la competencia. Por tanto, siguiendo la terminología antes utilizada, con esta llamada al incumplimiento de las obligaciones se pretende significar que sólo adquirirá relevancia penal el ataque –*ad extra*- a la competencia leal realizado con incumplimiento de las obligaciones que derivan de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) y de la Ley de Competencia Desleal (LCD).

De esta opción manifestada pueden surgir inmediatamente dos cuestiones: primera, este incumplimiento de las obligaciones ¿cumple con el requisito de antijuridicidad material para justificar la tipificación de estas conductas? A mi juicio sí porque se trata de una obligación específica extra-penal que tienen los sujetos que concurren en el mercado en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales. Por el contrario, si sólo las obligaciones específicas son las que se incumplen a través de un acto de administración desleal acogiendo un modelo mixto en el art. 286 bis CP, entonces se trata de una exigencia que hace inaplicable el tipo penal (por imposibilidad de delimitación con el tipo de administración desleal), se trataría en este caso de un defecto técnico que frustra la incriminación. En consecuencia, si queremos incriminar estas conductas desvinculándolas del deber de lealtad propio de la administración desleal lo más fácil hubiera sido suprimir esta expresión. De hecho, el modelo alemán del que trae causa el español, protege la competencia sin especificarse en la conducta típica que deba incumplirse ninguna obligación legal.



Además, el único camino posible para dotar de utilidad y de contenido a esta figura consiste en adoptar el modelo puro de competencia leal, porque si, por el contrario, se estuviera protegiendo en el art. 286 bis un modelo mixto de administración desleal y de competencia desleal y, por tanto, fuera necesario para consumir este delito que el corruptor o el corrompido infringieran sus obligaciones para con su empresa, en los casos en los que buscaran precisamente beneficiarla mediante, por ejemplo, el pago de comisiones que distorsionaran la competencia leal de otras empresas, serían siempre atípicos, convirtiéndose en una figura meramente simbólica de aplicación imposible. Este es el principal conflicto con el delito de administración desleal. Más aún (Gómez-Jara Díez, 2008: 241), cuando existen casos de adjudicación de contratos en los que la conducta consiste en abonar comisiones a cambio de información sobre las ofertas de los demás competidores a fin de mejorarlas y obtener la adjudicación en el que se constata un beneficio para ambas partes (siempre que esa mejor oferta sea muy inferior a la cuantía de la comisión) sólo se viola la competencia leal.

La segunda cuestión: ¿esta opción implica expansión del Derecho penal? Las propias Exposiciones de Motivos de la Ley de Competencia Desleal y de la Ley de Defensa de la Competencia reconocen la ineficacia de las normas precedentes en este ámbito. Es decir, si las demás instancias jurisdiccionales se han mostrado insuficientes para atajar estas conductas colusorias, el Derecho penal tendrá, en estos casos, al menos, un valioso efecto preventivo que, sometido al principio de fragmentariedad, sancionará las conductas que distorsionen gravemente las condiciones de competencia del mercado, y siempre que no haya medios menos lesivos pero eficaces para solucionar estas prácticas. El tipo penal es así un refuerzo de la protección civil de este interés jurídico. Por tanto, considero legítima la incriminación de estas conductas (Faraldo Cabana, 2001: 98; Gili Pascual, 2007: 255; Dictamen del Consejo de Estado 1404/2009; en contra de su criminalización: Fabián Caparrós, 2003: 25), más allá de los compromisos adquiridos para cumplir las directrices europeas. A pesar de ello, se corre el riesgo, como ha ocurrido en otros ámbitos (piénsese, por ejemplo, en los delitos contra la ordenación del territorio), de que las sentencias condenatorias sean testimoniales, como lo eran las conductas colusorias sancionadas a través de las leyes relativas a la competencia, convirtiéndose tanto las leyes mercantiles como las penales en Derecho simbólico. Sin embargo, ello no es suficiente motivo para desistir de su tipificación; al contrario, ésta debe ir acompañada de los medios precisos (por ejemplo, mecanismos para la detección de las falsedades en la información contable de las empresas o impulsar la recuperación de activos), para desentrañar la dificultad probatoria de este complejo delito.

3. Conclusiones

1. Es aconsejable reconducir los casos de corrupción privada al nuevo delito de competencia desleal, y la infracción de deberes cuando pueda probarse el perjuicio patrimonial al delito de administración desleal. De lo contrario, nunca podrá ser operativo el delito de corrupción de particulares pues siempre estará absorbido por la conducta de administración desleal.

2. En consecuencia, opto por interpretar el art. 286 bis como modelo puro de incriminación de la competencia desleal, argumentando que el “incumplimiento de las obligaciones” se refiere a las obligaciones específicas extrapenales derivadas de la LDC y de la LCD y no a un supuesto de infracción de deberes hacia el empresario. De *lege ferenda*, no obstante, debería suprimirse esta expresión porque de no interpretarse así supone un defecto de técnica legislativa que frustra la

incriminación de estas conductas. Todo ello, junto con el proceso masivo de privatización que ha supuesto la transferencia al sector privado de importantes recursos económicos antes gestionados por el sector público, junto con el fenómeno de la corrupción en el mundo globalizado que exige abordar el problema desde la globalización de la estrategia anticorrupción, y, finalmente, ante el reconocimiento de la ineficacia de las Leyes que regulan la Competencia -LDC y LCD- supone, a nuestro juicio, merecimiento de sanción penal más allá de los compromisos internacionales adquiridos. En este sentido, la incriminación va a tener un valioso efecto preventivo y de refuerzo de las sanciones civiles en este ámbito.

Bibliografía

- CARBAJO CASCÓN, F. (2004), “Corrupción pública, corrupción privada y derecho privado patrimonial: una relación instrumental. Uso perverso, prevención y represión”, en RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y FABIÁN CAPARRÓS, E. (coords.), *La Corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, pp. 127-155.
- CASTRESANA FERNÁNDEZ, C. (2004), “Corrupción, globalización y delincuencia organizada”, en RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y FABIÁN CAPARRÓS, E. (coords.), *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, pp. 213-226.
- CASTRO MORENO, A. (1998), *El delito societario de administración desleal (Art. 295 CP)*, Marcial Pons, Madrid.
- CASTRO MORENO, A. (2010), “El nuevo delito de corrupción en el deporte”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, Núm. 28, pp. 17-36.
- CASTRO MORENO, A. (2010), “Capítulo 13. Corrupción entre particulares (art. 286 bis)”, *Memento Experto, Francis Lefebvre. Reforma penal: LO 5/2010*, Francis Lefebvre, Madrid, pp. 291-311.
- CASTRO MORENO, A. (2011), “Capítulo 22. Corrupción entre particulares”, *Memento Práctico. Penal Económico y de la Empresa 2011-2012*, Francis Lefebvre, Madrid, pp. 619-633.
- CASTRO MORENO, A. (2010), “Corrupción entre particulares (deporte): art. 286 bis 4”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dirs.), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 269-271.
- CASTRO MORENO, A. (2010), “Corrupción en el deporte”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 331-337.
- CONSEJO DE ESTADO (2009), “Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”, *Dictamen del Consejo de Estado 1404/2009, de 29-10-2009*. Disponible en línea: http://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=consejo_estado&id=2009-1404. Revisado el 23 de junio de 2012.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2008), *Informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, Poder Judicial. Disponible en línea: <http://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/COMISI%C3%93N%20DE%20ESTUDIO%20E%20INFORMES/INFORMES%20DE%20LEY/DOCUMENTOSCGPJ/Informe%20anteproyecto%20modificacion%20Codigo%20Penal.pdf>. Revisado el 23 de junio de 2012.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y BLANCO CORDERO, I. (2002), “La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del Derecho penal español?”, *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, pp. 257-290.



- FABIÁN CAPARRÓS, E.A. (2003), *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- FARALDO CABANA, P. (2001), "Hacia un delito de corrupción en el sector privado", *Estudios Penales y Criminológicos*, XXIII, Universidad de Santiago de Compostela, pp. 59-98.
- FOFFANI, L. (2003), "La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y el Derecho comparado", *Revista Penal*, Núm. 12, pp. 61-71.
- FOFFANI, L. (2006), "La "corrupción privada". Iniciativas internacionales y perspectivas de armonización", en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (coords.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, pp. 381-392.
- FOFFANI, L. (2005), "Crónica de una muerte anunciada: la reforma de los delitos societarios en Italia", *Revista Penal*, Núm. 15, pp. 57-66.
- GILI PASCUAL, A. (2007), "Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. (Contribución al análisis del art. 286 bis del Código Penal según el Proyecto de reforma de 2007)", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2º Época, Núm. 19, pp. 245-288.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. (2000), "Corrupción y delito de administración desleal", *La Ley*, Núm. 7, pp. 1283-1288.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. (2001), *Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*, Colex, Madrid.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2008), "Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?", *ICADE. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, Núm. 74, pp. 225-243.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (2011), *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 313-317.
- NAVARRO FRÍAS, T. y MELERO BOSCH, L.V. (2011), "Corrupción entre particulares y tutela del mercado", *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, Núm. 4, pp. 1-40.
- NIETO MARTÍN, A. (2005), "Posibilidades y límites de la armonización del Derecho penal nacional tras Comisión v. Consejo (Comentario a la STJCE, asunto C-176/03, de 13-9-2005)", en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. (dirs.), *El Derecho Penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, pp. 325-343.
- NIETO MARTÍN, A. (2003), "La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del Derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)", *Revista Penal*, Núm. 12, pp. 3-26.
- NIETO MARTÍN, A. (2002), "La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)", *Revista Penal*, Núm. 10, pp. 55-69.
- OTERO GONZÁLEZ, P. (2011), "La corrupción en el sector privado: el nuevo delito previsto en el art. 286 bis 1, 2 y 3 del CP", *La Ley Penal*, Núm. 87, pp. 29-54.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (2004), "La necesaria flexibilización del concepto de soberanía en pro del control judicial de la corrupción", en RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y FABIÁN CAPARRÓS, E. (coords.), *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, pp. 241-275.
- VENTURA PÜSCHEL, A. (2009), "Sobre la tipificación de la mal llamada 'corrupción entre particulares' (o de cómo la pretendida política criminal común de la Unión Europea entiende la competencia en el mercado)", en ÁLVAREZ, F.J. (dir.), *La adecuación del Derecho penal español al Ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 487-514.

- VENTURA PÜSCHEL, A. (2010), "Corrupción entre particulares (no deporte): art. 286 bis PCP", en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dirs.), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 261-271.
- VENTURA PÜSCHEL, A. (2010), "Corrupción entre particulares", en ÁLVAREZ GARCÍA F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 319-329.
- VENTURA PÜSCHEL, A. (2011), "Corrupción entre particulares", en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Derecho Penal español. Parte Especial (II)*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 669-685.
- VILLAMERIEL PRESENCIO, L.P. (2005), "Derecho penal: Algunas reformas necesarias en la actual legislatura", *La Ley*, Núm. 6314, pp. 1-23.





Neutralidad política

Mariano C. Melero de la Torre
Universidad Carlos III de Madrid
mcla@polsoc.uc3m.es

Resumen

La voz “neutralidad política” constituye una parte esencial de la cultura de la legalidad en una sociedad democrática. En este trabajo se pretende exponer, en primer lugar, el contenido normativo de dicha voz, distinguiendo la neutralidad procedimental de la (impracticable) neutralidad en los resultados de la acción política. En segundo lugar, se da una breve idea de su origen histórico, puesto que se trata de una noción que acompaña a la filosofía política moderna desde su nacimiento en el siglo XVI. Por último, se discute la relevancia de la neutralidad política dentro del panorama contemporáneo de la filosofía política, donde cabe destacar especialmente las objeciones comunitaristas y republicanas. En este contexto, se pretende resumir este complejo debate diferenciando tres líneas de defensa de la neutralidad –el modelo del *modus vivendi*, el del consenso político y el de la integridad ética-, ofreciendo una breve evaluación de los límites de cada una de ellas.

184

Palabras clave

Liberalismo, neutralidad procedimental, tolerancia, *modus vivendi*, consenso político, integridad ética.

Political neutrality

Abstract

The notion “political neutrality” is an essential part of the culture of lawfulness in a democratic society. This paper aims to show, firstly, its normative content, distinguishing between neutral justification and (impossible) neutrality in the results of political action. Secondly, it gives an idea of the historic origin of this notion, as it has accompanied modern political philosophy since its outset in XVI century. Finally, the aim is to discuss the relevance of political neutrality in contemporary political philosophy, where communitarian and republican objections have had special importance. In this context, the paper differentiates three ways of defense of political neutrality –the *modus vivendi* model, the political consensus model and the ethic integrity model-, giving a short criticism of each of them.

Keywords

Liberalism, procedural neutrality, tolerance, *modus vivendi*, political consensus, ethic integrity.

En una democracia liberal, la neutralidad del Estado es uno de los valores fundamentales del orden jurídico-político. El Estado neutral (y, en general, la neutralidad de las principales instituciones sociales en su conjunto) trata de asegurar la asignación no arbitraria de los derechos y deberes básicos de la igual ciudadanía, así como la distribución equitativa de las ventajas de la cooperación social. Para ello, la sociedad política se dota de unos principios de justicia que especifican, mediante un mecanismo jurídico-constitucional de gobierno, una determinada concepción del trato no arbitrario y de la cooperación equitativa. A pesar del profundo desacuerdo que cabe esperar en torno al contenido sustantivo de tales principios, los defensores de la neutralidad liberal (entre quienes destacan John Rawls y Ronald Dworkin) afirman que los ciudadanos de un régimen constitucional comparten una determinada autoconcepción común: se ven a sí mismos, y se reconocen entre sí, como personas libres e iguales. La igual ciudadanía es una concepción neutral de la persona que incluye únicamente las propiedades que son relevantes para la justificación pública. Según esta concepción, los rasgos relevantes son ciertas potencialidades básicas (a veces llamadas “poderes morales”) —como, por ejemplo, la capacidad para gobernar la propia conducta y revisar las aspiraciones propias—, y en ningún caso la forma determinada en que tales potencialidades se realizan. La finalidad última de la acción política ha de ser, pues, según los principios de la justicia neutral, garantizar a todos los miembros de la comunidad política las condiciones favorables para la realización efectiva de sus potencialidades básicas.

La neutralidad política tiene que ver, primordialmente, con la justificación de aquellas decisiones colectivas que cuentan con el respaldo coactivo del Estado, y que afectan a los derechos y deberes básicos, así como a las oportunidades y recursos socioeconómicos de los individuos. De acuerdo con el principio de neutralidad, estas decisiones deben justificarse sin invocar la intrínseca superioridad de un determinado ideal de los seres humanos. No se trata, por tanto, de un principio que imponga la neutralidad en los resultados de las decisiones políticas - como si fuera posible la nula interferencia de las instituciones políticas en el libre desarrollo de la vida social¹. La neutralidad política es un principio antiperfeccionista que pretende delimitar el tipo de razones a las que puede apelar legítimamente la comunidad política para imponer sus dictámenes. En palabras de Raz, la neutralidad exige la “exclusión de ideales” en la justificación política², es decir, prohíbe que la acción política se sustente en una jerarquización de las diferentes concepciones de la vida buena. La sociedad política debe orientarse al establecimiento de un marco neutral en el que los individuos puedan formar y perseguir libremente sus proyectos y ambiciones. Lo cual no significa eliminar toda posible intervención del Estado en el mantenimiento de un adecuado número de opciones y prácticas culturales disponibles. Es evidente que los individuos dependen de la estructura cultural de su sociedad para poder conducir formas de vida valiosas, y que el Estado es responsable, en parte, de mantener una cultura floreciente. Lo que rechaza la exclusión de ideales es que se considere una cuestión política la evaluación de tales

¹ Este tipo de neutralidad sería, en todo caso, el correspondiente al liberalismo económico durante el siglo XIX (véase Barry, 1965: 74). No obstante, como señala Charles Larmore, los teóricos liberales de aquella época defendían la no intervención estatal en el mercado a partir de una razón neutral, la eficiencia económica, y no porque consideraran los intereses de los ricos como intrínsecamente superiores a los intereses de los pobres. Por la misma razón, una vez que se reconoce que el libre mercado no es eficiente por sí mismo, el Estado puede intervenir legítimamente en la actividad económica sin perder su carácter neutral. Véase Larmore (1987: 45-46).

² Véase el capítulo 5 en Raz (1986), asimismo el capítulo 3 en Larmore (1987).



prácticas y la selección de las que merecen formar parte del acervo cultural de la sociedad³.

Desde una perspectiva histórica, la neutralidad política surge como consecuencia del desarrollo y ampliación de la tolerancia religiosa que se elaboró durante los siglos XVI y XVII. Esta noción apareció a partir de consideraciones de tipo meramente político, como resultado de la quiebra del orden cristiano medieval que supuso la Reforma. El partido de *les Politiques* defendió la tolerancia como un expediente para recomponer la armonía ciudadana que habían roto las disputas religiosas. En este sentido, tolerar la disidencia religiosa implicaba separar los criterios del grupo religioso dominante de los criterios políticos comunes. A partir del siglo XVII, sin embargo, la tolerancia religiosa comenzó a considerarse como un principio de moralidad política —el principio de la igual libertad de conciencia—. En esta nueva acepción, que es la que ha llegado a ser predominante en las actuales democracias liberales, la tolerancia religiosa es un derecho básico individual a la libertad de culto. Paralelamente, los liberales clásicos iniciaron una nueva dirección en la forma de justificar la libertad religiosa que se apartaba de las meras consideraciones de tipo político. El hombre poseía un “derecho innato” para la libre profesión y expresión de sus creencias debido a que su “naturaleza racional” lo convertía en la autoridad suprema en el cuidado de su propia salvación. De este modo, la libertad religiosa acabó transformándose en el derecho a la libertad de conciencia. Durante el siglo XVIII, los ilustrados no hicieron sino profundizar en ese proyecto de fundamentación racional. El “proyecto ilustrado” consistió en definir una doctrina secular filosófica fundada en la razón, que resultase apropiada para orientar la vida privada y social de los hombres en un mundo en el que se supone que la autoridad religiosa y la fe cristianas habrían dejado de ser dominantes.

Este proceso de secularización alcanzó su máximo apogeo con el positivismo del siglo XIX. Según las interpretaciones de la historia de la humanidad que realizaron por entonces autores como Vico o Comte, habría una ley general, la “ley de los tres estadios”, según la cual la evolución de las culturas responde a una tendencia general en la que de un inicial estadio teológico se pasa a un posterior momento metafísico y de éste a un estadio científico final. De ese modo, se pensó que lo que había comenzado siendo la neutralización de los credos religiosos pasaría a convertirse, de manera inexorable, en una serie de neutralizaciones progresivas de todas las esferas de la cultura. La neutralidad del Estado liberal parecía encajar perfectamente dentro del marco de la tendencia general hacia la neutralidad cultural, que parecía característica de una sociedad moderna dominada por la ciencia y la técnica. Sin embargo, hoy sabemos que a pesar del incuestionable predominio de la razón científica y secular en todos los ámbitos de la cultura, las doctrinas religiosas y morales comprensivas no han perdido su capacidad para dar identidad y sentido a muchos individuos dentro de las democracias liberales modernas. Es más, la expansión actual del sistema democrático en todas las regiones del mundo, y la consiguiente implantación de los derechos humanos como un principio universal de legitimación política, están multiplicando las ocasiones en que los principios básicos del constitucionalismo liberal se enfrentan a tradiciones culturales fuertemente marcadas por doctrinas comprensivas.

La existencia de doctrinas existenciales o comprensivas en la sociedad liberal origina un problema crucial acerca del tipo de relaciones que deben mediar entre la justicia política y las concepciones individuales del bien. Este problema es el

³ Para una explicación más detallada de estas dos formas de neutralidad política, véase Melero (2010: 22-27).

que han puesto de relieve, desde el siglo XIX, los autores románticos y comunitaristas al reivindicar los valores de la pertenencia y la costumbre frente a la autonomía y la individualidad del liberalismo político⁴. Según estos autores, la neutralidad política no es capaz de hacer honor a aquellas formas de vida cuyo valor radica, no en su elección como opciones valiosas, sino en ser parte constitutiva de nosotros mismos y de nuestra capacidad de valorar. De ahí que la justicia neutral sea, según esta perspectiva, un fraude, pues parte de un ideal de la vida buena individualista, que excluye o margina por principio cualquier forma de vida vinculada a los fines constitutivos de una comunidad en marcha.

Además, el problema de la articulación de los dos polos de la ética pública (la justicia neutral y el bien individual, lo público y lo privado) también ha sido motivo de preocupación para los autores democrático-republicanos, quienes ven en la neutralidad liberal un obstáculo para la realización de una genuina igualdad de trato. Para estos autores, la neutralidad liberal excluye cualquier tipo de intervención pública en el carácter moral de las personas, razón por la cual un Estado liberal no puede promover legítimamente aquellas “virtudes políticas” –de solidaridad y espíritu público– que resultan imprescindibles para alcanzar sus aspiraciones de justicia y bienestar social. Sin una adecuada cultura política, dicen los republicanos, la democracia liberal no puede realizarse adecuadamente⁵. Sin embargo, los defensores de la neutralidad liberal que reconocen esta “lección republicana”, no por ello creen que se deba comprometer al Estado con un determinado ideal del ser humano. La neutralidad liberal es un principio que opera en la justificación (o en los propósitos) de la acción colectiva, de modo que no es incompatible con una política de educación cívica, siempre que el fin de tal intervención no sea la promoción de un determinado ideal de vida buena, sino la realización efectiva de los principios de justicia⁶.

En lo que queda, veremos tres modelos de neutralidad política –que denominaremos *modus vivendi*, consenso político e integración ética–, tomando como criterio de distinción precisamente el tipo de relación que cada uno de ellos establece entre los dos polos de la ética pública (la justicia neutral y el bien individual)⁷.

En primer lugar, *el modelo del modus vivendi* afirma que no es necesario ningún tipo de congruencia entre la justicia política y las concepciones del bien de los ciudadanos. Según esta concepción, la unión social basada en la neutralidad política es una mera acomodación práctica que no permite ni necesita un consenso de mayor fuste. Las perspectivas y valores últimos son inconmensurables y no pueden combinarse en un único esquema racional de bienes. En un régimen político fundado en las libertades básicas individuales sólo podemos aspirar a una unión social basada en la mera aquiescencia de los valores políticos por parte de los ciudadanos. El objetivo último del orden político liberal ha de ser garantizar la

⁴ Me refiero a los autores románticos alemanes (Herder y Hegel), los contrarrevolucionarios franceses (de Maistre y Bonald), los románticos ingleses (Wordsworth y Scott). En la actualidad, cabe destacar a Alasdair MacIntyre (1981) y Michael Sandel (1982, 2005).

⁵ Esta crítica republicana al liberalismo es compartida actualmente por un gran número de autores. Para un desarrollo pormenorizado de la alternativa que supone una “democracia republicana” respecto a la “democracia liberal”, véase Ovejero (2008).

⁶ Véase Kymlicka (2001: 333) y Camps (1996: 26). En este sentido, es muy clarificadora la distinción que hace Rawls entre el “republicanismo clásico” y el “humanismo cívico”. El primero defiende ciertas virtudes políticas para prevenir la degeneración de la democracia liberal y, por tanto, es perfectamente consistente con la neutralidad liberal. El segundo, en cambio, defiende dichas virtudes como “el lugar privilegiado de la vida buena”, lo cual sí supone comprometer al Estado con un determinada doctrina sustantiva sobre el bien (Rawls, 1993, 205-206).

⁷ Para un desarrollo más extenso de estos modelos, véase Melero (2006).



pacífica convivencia del pluralismo agónico de la sociedad. Los autores que defienden este modelo suelen invocar el pluralismo moral que es característico de un mundo “desencantado” —un mundo en el que ya no podemos confiar en la existencia de Dios, o en las concepciones teológicas de la naturaleza humana para justificar nuestras creencias morales e instituciones políticas—. Para ser exactos, estos autores consideran el pluralismo como una doctrina sobre la naturaleza del bien. John Gray, por ejemplo, afirma que siempre existieron múltiples formas de florecimiento humano, pero que ahora, en el mundo moderno, ya no es posible suponer un único horizonte incuestionable desde el que establecer una jerarquía entre ellas⁸. Todos los esfuerzos de la teoría ética y política europea por exorcizar el conflicto de valores mediante algún tipo de armonía ideal, han terminado en fracaso —incluyendo el sueño ilustrado de alcanzar la confluencia en los mismos valores de todas las sociedades modernas mediante el predominio de la ciencia y la tecnología⁹.

En segundo lugar, *el modelo del consenso político* parte de la misma premisa que el anterior —nuestras democracias contienen un pluralismo irreductible de doctrinas morales y religiosas—, pero rechaza que podamos deducir de ahí la imposibilidad de alcanzar un consenso sustantivo sobre cuestiones de justicia política. El caso más representativo de este modelo es el consenso por superposición (*overlapping consensus*) que defiende John Rawls en su *Political Liberalism*. Para Rawls, es inevitable que las sociedades liberales contengan diversas doctrinas religiosas, filosóficas y morales incompatibles, pero razonables. Esto no es una simple circunstancia histórica que pueda algún día desaparecer, sino el resultado normal de la razón humana bajo las instituciones de un régimen democrático constitucional. Sin embargo, según Rawls, en una democracia liberal existe un terreno común que define los rasgos esenciales de la cooperación social entre libres e iguales. Ese terreno común es político, no metafísico. No supone una explicación secular del mundo y del hombre. Pero, por ello mismo, no da respuesta a la cuestión de cuál es la fuente de motivación de la concepción política liberal (basada en la libertad igual de todas las personas como sujetos morales). No da ninguna razón a los “ciudadanos de fe” (comprometidos con una determinada doctrina religiosa) para ir más allá de una mera aquiescencia al régimen de libertades básicas iguales. El hecho del pluralismo razonable exige, según Rawls, que la concepción de la justicia sea independiente de cualquier doctrina comprensiva, religiosa o secular, pues una concepción política que presuponga una doctrina de este tipo no podría lograr la aceptación de aquellos ciudadanos que defienden razonablemente puntos de vista alternativos sobre el bien humano. Con objeto de lograr el deseado consenso, el liberalismo meramente “político” presenta sus principios como independientes o neutrales (*freestanding*), es decir, desde una perspectiva “política” que no se identifica con ninguna doctrina comprensiva particular. Esta presentación surge a partir de la naturaleza misma de la relación política. El ejercicio del poder político implica el uso de la coerción públicamente organizada, lo cual hace que la política sea un “dominio especial”, distinto de las asociaciones voluntarias —unidas por fines compartidos—, y de los grupos familiares y personales —unidos por vínculos de carácter afectivo—. Así, dada la especial naturaleza de la asociación política, el liberalismo se presenta como una

⁸ Gray (1989, 2000).

⁹ Además de Gray, cabría mencionar como defensores de este modelo a William Glaston (1991, 2005), Chandran Kukathas (2003) y, al menos en su *Derecho de Gentes*, a John Rawls (1999).

concepción diseñada únicamente para la estructura institucional de la sociedad, que formula sus valores de manera independiente de los valores no políticos¹⁰.

Por último, *el modelo de la integridad ética* se caracteriza por buscar la congruencia entre la neutralidad política y las concepciones del bien. El defensor más destacado de esta “estrategia de la continuidad” es Ronald Dworkin. Según este modelo, la viabilidad de una democracia constitucional estable depende de que todas las doctrinas que conviven bajo su gobierno acepten y valoren como fines en sí mismos sus principios políticos básicos. A decir verdad, el modelo del consenso por superposición requiere algo similar, pero deja a cada ciudadano la tarea de encontrar por su cuenta (según su doctrina comprensiva moral o religiosa) las razones para aceptar la justicia neutral. La integración ética, por el contrario, trata de dar una respuesta general a la cuestión de cuál es la fuente de motivación de la neutralidad política. Para ello, afirma la existencia de una congruencia objetiva entre la justicia política y el bien individual: los principios de la justicia neutral limitan las formas en que una persona puede ser usada para el beneficio de otras, o para el beneficio de la sociedad en general. La realización de dichos principios en las instituciones sociales y políticas supone garantizar a todos los ciudadanos no sólo los derechos legales, sino también los recursos materiales que les permiten formar y perseguir sus proyectos más importantes, libres de las pretensiones de los demás. En este sentido, aquellos individuos que no ajustan el contenido y la persecución de sus concepciones del bien a los reclamos de la justicia, actúan en contra de lo que hace posible su propia libertad de elección (junto con la de sus asociados), y, por tanto, no pueden ser considerados como genuinos electores de “sus” concepciones del bien. Sin justicia, no hay lugar para la autoridad de la reflexión individual en la formación de la personalidad moral. O, dicho de otro modo, fuera de un orden social justo, el bien de los individuos depende únicamente de las circunstancias arbitrarias en que les ha tocado nacer y vivir¹¹.

De los tres modelos, creo que el último es el que brinda una mejor justificación de la neutralidad política dentro de la cultura de la legalidad de una democracia liberal. La visión del orden político como un *modus vivendi* no sirve para justificar la superioridad de la neutralidad liberal frente a cualquier otro recurso que consiga la pacífica convivencia de diferentes doctrinas comprensivas. Si una minoría intolerante se viese capaz de imponer su concepción del bien sin usar para ello ni la coerción ni la violencia, los autores de esta corriente no tendrían nada que objetar al respecto. Es precisamente la falta de estabilidad de un *modus vivendi*, lo que empuja a algunos defensores de la estrategia de la discontinuidad a buscar un consenso de mayor calado. Sin embargo, a mi modo de ver, la búsqueda de un consenso meramente “político” no sirve para fundamentar sólidamente un régimen constitucional. Al rechazar la fundamentación comprensiva de los valores liberales, los filósofos “políticos” se limitan a decir que son los únicos valores razonables de acuerdo con nuestra cultura y nuestra historia. Si una minoría intolerante replicara que tales valores no pueden aceptarse razonablemente desde su punto de vista, el filósofo “político” estaría ante un dilema: o bien defiende dichos valores apelando a nociones morales comprensivas, necesariamente controvertidas, o bien acepta la existencia de un desacuerdo razonable sobre los valores liberales, tratando entonces de reconstruir el consenso de modo que sólo contenga aquello que pueda ser aceptado por todos. En definitiva, la estrategia de la discontinuidad no permite ir más allá de un *modus vivendi*. Los proponentes de un liberalismo comprensivo, por su parte, también tratan de defender los valores

¹⁰ Rawls (1993: 12, 137). Otros defensores de esta versión del liberalismo, aunque con distintos desarrollos teóricos, son Charles Larmore (1987, 1996) y Bruce Ackerman (1980, 2005).

¹¹ Dworkin, 2000, 2011.



políticos liberales mediante unas creencias ampliamente compartidas en las sociedades democráticas occidentales; sin embargo, admiten que su teoría representa una posición filosófica que ellos creen correcta a pesar de su carácter controvertido. Frente a la estrategia de la discontinuidad, buscan la coherencia entre sus convicciones políticas y sus creencias acerca de la vida buena. Defienden la idea liberal de sujeto, y se oponen a aquellos ideales comprensivos que sofocan la reflexión crítica individual. Sin embargo, no creen que esta falta de neutralidad en la justificación de la justicia liberal implique una renuncia al principio de neutralidad política. Sencillamente, el principio que prohíbe justificar la acción política apelando a un determinado ideal de vida buena, no tiene, ni debe tener, una justificación éticamente neutral.

Bibliografía

- ACKERMAN, B. (1980), *Social Justice in the Liberal State*, Yale University Press, New Haven.
- ACKERMAN, B. (1993), *La justicia social en el Estado liberal*, Trad. Carlos Rosenkrantz, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ACKERMAN, B. (2005), *The Failure of the Founding Fathers*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge.
- BARRY, B. (1990), *Political Argument, A reissue with a new introduction*, Harvester Wheatsheaf, London/New York.
- CAMPS, V. (1996), *Virtudes públicas*, Espasa Calpe, Madrid.
- DWORKIN, R. (2000), *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge.
- DWORKIN, R. (2003), *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Trad. Fernando Aguiar y María J. Bertomeu, Paidós, Barcelona.
- DWORKIN, R. (2011), *Justice for Hedgehogs*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge.
- GALSTON, W. (1991), *Liberal Purposes. Goods, Virtues, and Diversity in the Liberal State*, Cambridge University Press, Cambridge.
- GALSTON, W. (2005), *The Practice of Liberal Pluralism*, Cambridge University Press, Cambridge.
- GRAY, J. (1989), "Contractarian method, private property and the market economy", en *Liberalisms: Essays in Political Philosophy*, Routledge, Londres, pp. 161-198.
- GRAY, J. (2000), *Two Faces of Liberalism*, Polity Press, Cambridge.
- KUKATHAS, C. (2003), *The Liberal Archipelago: A Theory of Diversity and Freedom*, Oxford University Press, Oxford.
- LARMORE, C. (1987), *Patterns of Moral Complexity*, Cambridge University Press, Cambridge.
- LARMORE, C. (1996), *The Morals of Modernity*, Cambridge University Press, Cambridge.
- MACINTYRE, A. (1981), *After Virtue*, University of Notre Dame Press, Notre Dame.
- MACINTYRE, A. (1987), *Tras la virtud*, Trad. Daniel Iglesias Grèzes, Crítica, Barcelona.
- MELERO, M.C. (2006), "Neutralidad política y neutralización de la cultura. ¿Un Estado laico requiere una sociedad secularizada?", en REYES, R. y QUINTANA, M.A. (coords.), *Secularización y Estados Laicos*, Dirección General de Asuntos Religiosos, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 46-97.
- MELERO, M.C. (2010), "Introducción: El proyecto liberal de la neutralidad política", *Rawls y la sociedad liberal*, Plaza y Valdés, Madrid, pp. 19-62.
- OVEJERO, F. (2008), *Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo y republicanismo*, Katz, Buenos Aires.
- RAWLS, J. (1971), *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge.

- RAWLS, J. (1978), *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México.
- RAWLS, J. (1993), *Political Liberalism*, Columbia University Press, Nueva York.
- RAWLS, J. (1996), *Liberalismo político*, Trad. Antoni Domènech, Crítica, Barcelona.
- RAWLS, J. (1999), *The Law of Peoples with "The Idea of Public Reason Revisited"*, Harvard University Press, Cambridge.
- RAWLS, J. (2001), *El derecho de gentes y "Una revisión de la idea de razón pública"*, Paidós, Barcelona.
- RAZ, J. (1986), *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford.
- SANDEL, M. (1982), *Liberalism and the Limits of Justice*, Harvard University Press, Cambridge.
- SANDEL, M. (2000), *El liberalismo y los límites de la justicia*, Gedisa, Barcelona.
- SANDEL, M. (2005), *Public Philosophy: Essays on Morality in Politics*, Harvard University Press, Cambridge.
- SANDEL, M. (2008), *Filosofía pública: Ensayos sobre moral en política*, Mosquera, Marbot, Barcelona.





Educación ciudadana

Úrsula Zurita Rivera
FLACSO - México
uzurita@flacso.edu.mx

Resumen

Este artículo tiene como principal objetivo exponer los contenidos más relevantes que giran en torno a la educación ciudadana, tomando en consideración algunos de los principales rasgos de las propuestas, examinando sus limitaciones y reflexionando sobre los temas que se vislumbran en el debate sobre la función democrática de la educación, así como la función educativa de la democracia.

Palabras clave

Educación, ciudadanía, democracia, valores, desigualdad, igualdad.

Citizenship education

Abstract

This article's main objective is to present the most relevant contents related to citizenship education, taking into account some of the key features of the proposals, examining their limitations and reflecting on the issues that are emerging in the debate on the democratic role of education and the educational function of democracy.

Keywords

Democracy, education, citizenship, values, inequality, equality.

1. Introducción

A partir de los primeros años de la década de los noventa se han desplegado múltiples y muy variados esfuerzos dirigidos al fortalecimiento de la democracia a través de la educación. Tal parece que una de las principales características de los tiempos que vivimos es justamente este amplio y muy variado esfuerzo por promocionar y fortalecer la democracia y la ciudadanía. En esta empresa, la educación emerge como una de las principales vías para lograr los objetivos deseados. Vale la pena recordar que este interés ha estado presente desde épocas remotas en las cuales diversos pensadores concibieron la educación como una de las principales vías para la transformación de los individuos y las sociedades (Plutarco, Rousseau, Kant, Montesquieu, Tocqueville, Bourdieu, por ejemplo). Al hacerlo, esta preocupación llegó a marcar diversas etapas de la historia de las ideas y contribuyó a delinear el modelo de sociedad deseado. Otros pensadores han señalado que la educación tiene un papel central en la reproducción de la desigualdad social (Marx). Esta aproximación anticipó las dificultades que supone la educación ciudadana en las sociedades modernas. En otras palabras, si la educación es un mecanismo reproductor de la desigualdad, ¿cómo se puede pensar en una educación que contribuya a la formación y práctica de valores como la igualdad, la diversidad, el respeto a los derechos humanos, la pluralidad, la tolerancia, la libertad?

En realidad, el problema no reside en la educación en sí misma sino en el sistema educativo que es un producto social y, como tal, cumple funciones decisivas para el aseguramiento de la reproducción social. Desde esta perspectiva, la educación es un espacio de lucha social entre aquellos que tienen el poder de establecer cuál es el conocimiento legítimo de aquellos que están excluidos de la toma de decisiones en materia educativa.

En el fondo, lo que resulta central es el reconocimiento, por parte de innumerables pensadores, de que a través de la educación los individuos pueden cambiar, pueden adquirir conocimientos, aprender valores que transformen su vida, hasta de manera radical, tanto en el ámbito privado como en el público.

Cabe señalar que en este documento se reconoce que la educación ciudadana engloba un conjunto de iniciativas que han recibido diferentes nombres (educación para la democracia, educación para la ciudadanía democrática, educación para la vida democrática, educación para valores democráticos, entre otros). Aquí se utiliza el término *educación ciudadana* en el entendido de que ésta rebasa la perspectiva tradicional de la educación cívica o del civismo que predominó en buena parte del siglo XX.¹

En síntesis, el propósito central de este trabajo es exponer los contenidos más importantes en torno a la educación ciudadana, marcando algunos de los principales rasgos de las propuestas, examinando sus limitaciones y reflexionando sobre los temas futuros que hoy se avizoran.

¹ Como lo han dicho diversos autores (Reimers, 2007; O'Shea, 2003; Doppen, 2007; Kiwan, 2007; Kymlicka, 2005) la memorización o el conocimiento de la existencia de diversos artículos, reglamentos, códigos no garantiza que los individuos se comporten de acuerdo con un marco de legalidad y de respeto al estado de derecho, aunque algunos ven en esas experiencias antecedentes de modelos y propuestas contemporáneas en torno a la educación para la vida democrática.



2. El debate actual

La educación ciudadana se refiere a todas las personas, independientemente de sus rasgos personales o colectivos. Al buscar ser objeto de un proceso de enseñanza, aprendizaje y práctica, rebasa el ámbito de la escuela y puede ser aplicada en la familia, el trabajo, las asociaciones de todo tipo, los centros de recreación deportiva, los medios de comunicación, etc. (O'Shea, 2003). En general, la educación ciudadana es concebida como un proceso de aprendizaje permanente, activo, colectivo, crítico, centrado en la participación, la cohesión social, la equidad, la responsabilidad, la solidaridad, la paz, entre otros valores. En ella, se pretende que el conocimiento se adquiera a través de la acción de manera tal que las personas sean agentes activos de su propio proceso educativo. La participación se convierte, entonces, en un mecanismo fundamental para fortalecer la cultura democrática porque ella posibilita poner en práctica los conocimientos y los valores que se aprenden, genera la auto-reflexión y precisa los objetivos deseados (Kiwan, 2007).

La educación ciudadana va más allá de la ciudadanía convencional (centrada en los derechos y las obligaciones de acuerdo con una membresía a una comunidad nacional) dado que se considera que con ella se busca una transformación profunda de la vida colectiva. De otra manera será imposible (o muy difícil en el mejor de los casos), conseguir que en las sociedades contemporáneas exista una convivencia pacífica y armoniosa, basada en el respeto a los derechos humanos en contextos de profunda multiculturalidad y con graves y acentuados problemas de desigualdad, exclusión y pobreza (Cogan *et al.*, 2000).

La concepción sobre la educación ciudadana no es homogénea, y si algún consenso existe parece que está dado por el reconocimiento de la urgencia que la acompaña así como los grandes objetivos (fortalecer la democracia, reconocer que en la educación reside la posibilidad de formar ciudadanos, por ejemplo) que se buscan a través de ella. Un ejemplo más sobre la polisemia en una noción central de la educación ciudadana es la participación, entendida como el componente activo de la ciudadanía tanto en los discursos como en las políticas públicas de los Estados, los partidos políticos, los movimientos sociales y un sinnúmero de actores de la sociedad civil (Zurita, 2010).

Sobre las necesidades más apremiantes que enfrenta la educación ciudadana, se parte del reconocimiento de que sus iniciativas tienen un carácter histórico y dinámico y de que es concebida como una herramienta clave para desarrollar conocimientos, habilidades, valores y comportamientos cívicos acordes con la democracia. Vale la pena decir que estas numerosas y muy variadas iniciativas conforman un escenario a primera vista integral, basado en un consenso sobre contenidos y estrategias pedagógicas y didácticas, dirigido a propósitos comunes; pero cuando se mira detenidamente y, sobre todo, cuando se conocen las acciones realizadas aparece la heterogeneidad, la repetición y la desarticulación.

La relación entre educación y democracia no es natural, mecánica ni inmediata y, si lo que se quiere implantar o fomentar es una educación ciudadana, esto no se consigue de una vez y para siempre. Por ello, si finalmente se logra este tipo de educación, será necesario someterlo a un proceso de institucionalización lo cual evitaría que su duración estuviese atada a los orígenes y características de las condiciones de donde emergieron. Desde esta perspectiva, somos testigos del renacimiento del debate que pone de relieve tanto la función democrática de la educación, como la función educativa de la democracia.

Uno de los principales exponentes del multiculturalismo, Will Kymlicka, señala que no se trata de concebir a la educación como un medio para alcanzar la participación. Se trata de decidir qué tipo de participación es la que se quiere promover, qué valores fomentar y qué puede hacer la educación al respecto. No obstante, esta posición tampoco lo lleva a ver en las asociaciones los espacios ideales para alcanzar tales propósitos. En este sentido, su propuesta en torno a la educación para la ciudadanía no se limita a algún espacio o institución en particular (Kymlicka, 2003).

Por su parte, Alan Touraine (1999) cierra su libro *¿Podremos vivir juntos?* con un capítulo dedicado al tema de la educación del sujeto en las sociedades contemporáneas; lo cual da una idea de la gran importancia que tiene la educación, pues en ella se juega la posibilidad de que logremos “vivir juntos”. La propuesta de este autor está enfocada en la libertad del sujeto personal o individual, la comunicación intercultural y el funcionamiento democrático de las sociedades. Dentro de éstos existen temáticas que expresan dilemas y tensiones entre los cuales sólo las sociedades deben optar. Dentro de estos se encuentran el carácter laico en la función educativa desempeñada por el Estado, la profesionalización de la enseñanza, la orientación primordial hacia la formación de futuros ciudadanos o trabajadores y la *igualación social* que produce la escuela. Como muchas otras, la perspectiva de Touraine no deja de ser polémica.

3. Las líneas de investigación futura

Tal parece que varios temas en torno a la educación ciudadana y, especialmente, para fortalecer la democracia concentrarán la atención en el futuro inmediato, tanto de académicos como de los responsables de la toma de decisiones así como de la sociedad en su conjunto. Hoy, como nunca antes en la historia de la humanidad, estamos en un contexto donde la democracia goza de legitimidad (Held, 1998). Pero a la vez, paradójicamente, la democracia es objeto de un conjunto bastante diversificado de innumerables, permanentes y crecientes amenazas; ya sean fenómenos políticos, económicos, sociales y culturales, legales o ilegales, de alcance local, regional y global, recientes o antiguas. Ante tal escenario, resulta clave el papel de la ciudadanía con el propósito de fortalecer las instituciones, los actores, las prácticas y los valores de las democracias.

Por otro lado, se han desarrollado procesos políticos, sociales y culturales que reclaman la presencia de ciudadanos activos pero también son espacios en disputa donde se desenvuelven complejos procesos de construcción de la ciudadanía. La globalización, el multiculturalismo, la migración, la desigualdad, la pobreza, entre otros, han provocado efectos relevantes en la construcción y la práctica de la ciudadanía. En torno a ellos, la ciudadanía constituye algo más que las tradicionales definiciones legales o jurídicas sobre los derechos y las responsabilidades que tienen los individuos para intervenir en la vida pública, ya sea por haber nacido en una comunidad política o por residir en un contexto nacional determinado.²

² Como bien se sabe, la reciente discusión sobre la ciudadanía ha puesto de manifiesto que en la actualidad esta noción alude, según Kymlicka y Norman (1997), a: i) la identidad del ciudadano como integrante de una o más comunidades políticas que contrasta con otras identidades más específicas basadas en la clase, la raza, el género, la religión, la etnicidad, la preferencia sexual, entre otros referentes; ii) la actividad o el ejercicio de las virtudes cívicas; iii) el ideal de la cohesión social. De esta manera, estos autores identifican un estrecho vínculo entre la ciudadanía y el mantenimiento del orden social y la estabilidad política en un marco democrático.



Fundamentalmente, para aquellos que desarrollan políticas y programas en los sistemas educativos nacionales, como lo señala una publicación reciente (Eurydice, 2006), tres aspectos continuarán estando presentes en esta discusión acerca de la educación ciudadana: la capacitación docente, el currículo y la evaluación.

Los sistemas educativos enfrentan el desafío de diseñar programas de formación y actualización docente que respondan a las necesidades e intereses de los niños y jóvenes contemporáneos. Desde esta perspectiva, los docentes importan no sólo por la formación y actualización que requieren sino también porque ellos no pueden enseñar la educación ciudadana si sus conocimientos, habilidades y comportamientos cotidianos la contradicen (Dejaeghere y Tudball, 2007).³

Respecto del currículum, los desafíos no se enmarcan exclusivamente en cuestiones pedagógicas o didácticas, aun cuando éstas no son insignificantes. Esta situación pondrá a prueba la capacidad que tienen, y que habrán de perfeccionar, los múltiples actores involucrados en el diseño e implementación de los diversos programas de educación ciudadana. De no tener esa capacidad, el despliegue de acciones cuyos contenidos no reflejen con exactitud la complejidad de las sociedades contemporáneas será sólo retórico, un discurso que, anticipadamente, ha renunciado a la posibilidad de impulsar cambios profundos.

La evaluación de los aprendizajes, los valores y las competencias adquiridas constituye, por sí misma, un desafío permanente en los sistemas educativos contemporáneos. Pero éste es mayor cuando se piensa en conocimientos y valores que se manifiestan en comportamientos que los individuos y grupos despliegan a lo largo de la vida en tanto miembros de una comunidad local, nacional y global. Para otros, la evaluación no puede dejar fuera a los sistemas educativos y las políticas y programas que de ellos emanan. Algunos, inclusive, van más allá proponiendo que sean las propias comunidades escolares y las sociedades las que se evalúen, dado que la educación ciudadana apunta a una transformación radical que rebasa los procesos tradicionales de enseñanza y aprendizaje. Asimismo, el factor tiempo incide de manera importante en los resultados de la educación ciudadana *que supone cambios que no son inmediatos, ni mecánicos, tampoco directos*.

En general, los sistemas educativos tienen una tarea monumental enfrente. Si bien se trata de afianzar las tareas educativas esenciales orientadas a los procesos de enseñanza y aprendizaje, no hay duda de que la educación que hoy reclaman las sociedades no se limita a un conjunto de conocimientos, habilidades y destrezas que deberán tener los niños y jóvenes. También se exige que ellos tengan un desempeño satisfactorio en la vida productiva y en la vida política (Cox, Jaramillo y Reimers, 2005; Bolívar, 2006).

4. Conclusiones

Este trabajo planteó, de manera general, la discusión sobre uno de los principales retos que acompañan hoy en día a nuestras sociedades. Resulta interesante que en el presente, independientemente del tipo de sociedad, de su

³ Este aspecto ha llevado a realizar múltiples estudios nacionales, regionales y mundiales que dan cuenta no sólo de los conocimientos sino también de los valores que tienen diferentes miembros de los sistemas educativos en torno a la democracia (Torney-Purta, 2003; Cogan *et al.*, 2000). De esta manera se enfatiza que la educación para la vida democrática es un proceso amplio que, en la escuela, se dirige no sólo a la población escolar sino también a la docente; y, más allá de la escuela, aprovecha otros ámbitos (familiares, comunitarios, sociales) donde puede tener cierta aplicación.

cultura, del grado de desarrollo económico o político, e, incluso, de la consolidación democrática, buena parte de los países están diseñando e implementando políticas y programas de educación ciudadana.

Actualmente, la educación es concebida como una pieza estratégica para el fortalecimiento de los procesos de construcción ciudadana, para una sociedad donde la convivencia pacífica sea posible (Touraine, 1998). Este hecho se manifiesta en la atención colocada por múltiples actores en las niñas, niños, adolescentes y jóvenes que, principalmente, cursan la educación básica (6 a 15 años). Esta apuesta al futuro tendrá, por obvias razones, consecuencias que requerirán tiempo para madurar, pero en la medida en que no representa una situación absolutamente bajo control, es necesario hacer algunas últimas consideraciones.

La primera cuestión que surge está dirigida a reconocer la capacidad actual y futura de los Estados para continuar cumpliendo la responsabilidad relativa a la educación ciudadana. Sabemos que los Estados han sido históricamente uno de los principales actores en el impulso de políticas y programas educativos y, sin duda, aquellos orientados a la educación ciudadana. Sin embargo, como lo ha señalado Néstor López (2007), hoy la educación no puede pensarse sólo con el Estado, pero tampoco sin él. En otros términos, tal parece que el Estado seguirá siendo un participante fundamental, pero también lo están siendo actores no gubernamentales de diversa naturaleza que abordan este tema desde perspectivas diferentes.

El segundo punto tiene que ver con la insuficiencia de la educación para resolver problemas políticos actuales de las sociedades contemporáneas que no son expresión de políticas y programas educativos deficientes sino, por mencionar algunos factores, de la descomposición social, de la fragilidad democrática o de la persistencia del autoritarismo. Por ejemplo, si la desconfianza, la apatía o el rechazo de niñas, niños y jóvenes a las instituciones políticas son reflejo de determinados conflictos y problemas existentes, tales como la corrupción, la impunidad, la violación a los derechos humanos, es cierto que los sistemas educativos pueden hacer algo valioso pero la verdadera solución de estos problemas no está en manos de la educación, menos todavía de las escuelas. La crisis y debilidad de las instituciones democráticas tienen que ser tratadas en otros espacios, por otros actores y con otro tipo de políticas y programas.

Hoy por hoy, las instituciones educativas (públicas o privadas), de diferente nivel o modalidad, son insuficientes para dar respuesta a las exigencias de las sociedades contemporáneas. Sin embargo, tampoco puede olvidarse que el Estado tiene la responsabilidad de garantizar que se respeten ciertos principios en la educación ciudadana, como el carácter público y laico, la justicia social, el respeto a los derechos humanos, el acceso a grupos en desventaja, entre otros.

Pero el reto es mayor ya que la preocupación en la educación para promover las prácticas y valores democráticos rebasa el espacio de la escuela formal y los sistemas educativos. Si bien diferentes propuestas se encuentran en ellos, también hay otras cuya mirada está puesta en otros espacios como la familia, la comunidad, el trabajo, los medios de comunicación. De hecho, algunos han logrado construir propuestas más integrales. En buena parte de los países que comparten esta preocupación, se han incorporado, fundamentalmente, dentro de los programas de estudio correspondientes a la educación básica, asignaturas y/o contenidos relativos a la educación para la ciudadanía, como formación cívica y ética y, por otro lado,



cultura de la legalidad.⁴ Con todo, se avizora la continuidad del debate sobre la función democrática de la educación así como la función educativa de la democracia. En él, se puede esperar la participación de múltiples actores locales, nacionales, regionales y globales, estatales y no estatales, públicos y privados, educativos y no educativos pero, sin duda, todos ellos interesados en la construcción y la consolidación de las sociedades democráticas.

Bibliografía

- BOLÍVAR, A. (2006), "Familia y escuela: dos mundos llamados a trabajar en común", *Revista de Educación*, Núm. 339, pp. 119-146.
- COGAN, J.J., GROSSMAN, D. y LIU, M. (2000), "Citizenship: The Democratic Imagination in a Global/Local Context", *National Council for the Social Studies*, Vol. 64, Núm. 1, pp. 48-52.
- COX, C., JARAMILLO, R. y REIMERS, F. (2005), *Educación para la ciudadanía y la democracia en las Américas: Una agenda para la acción*, Departamento de Desarrollo Sostenible. División de Estado, Gobernabilidad y Sociedad Civil. Unidad de Educación, Washington D.C.
- DEJAEGHERE, J.G. y TUDBALL, L. (2007), "Looking Back, Looking Forward: Critical Citizenship as a Way Ahead for Civics and Citizenship Education in Australia", *Citizenship and Teacher Education*, Vol. 3, Núm. 2, pp. 40-57.
- DOPPEN, F.H. (2007), "Now What? Rethinking Civic Education in the Netherlands", *Education, citizenship and social justice*, Vol. 2, Núm. 2, pp. 103-118.
- EURYDICE (2005), *La educación para la ciudadanía en el contexto escolar europeo*, Eurydice. Disponible en línea: <http://www.oei.es/valores2/055ES.pdf>. Revisado el 23 de junio de 2012.
- HELD, D. (1998), *Democracia y orden global*, Paidós, Barcelona.
- KIWAN, D. (2007), "Uneasy Relationships? Conceptions of Citizenship, Democracy and Diversity in the English Citizenship Education Policy Making Process" *Education, Citizenship and Social Justice*, Vol. 2, Núm. 3, pp. 223-235.
- KYMLICKA, W. (2005), "Educación para la ciudadanía", en COLOM GONZÁLEZ, F. (ed.), *El espejo, el mosaico y el crisol*, México, Anthropos/UAM-Iztapalapa, pp. 251-283.
- KYMLICKA, W. (2003), *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Paidós, Barcelona.
- KYMLICKA, W. y NORMAN, W. (1997), "El retorno del ciudadano. Una revisión de la producción reciente en teoría de la ciudadanía", *La Política*, Núm. 3, pp. 5-39.
- LÓPEZ, N. (2007), *Las nuevas leyes de educación América Latina. Una lectura a la luz del panorama social y educativo de la región*, Instituto Internacional de Planeamiento de la Educación IIPÉ-UNESCO, Campaña Latinoamericana por el Derecho a la Educación, Buenos Aires.
- O'SHEA, K. (2003), *Glosario de términos de la educación para la ciudadanía democrática*, DGIV/EDU/CIT Consejo de Europa, Estrasburgo.

⁴ En otros contextos nacionales se ha diversificado la gama de actores involucrados en la educación ciudadana. De hecho, diferentes organismos internacionales han tenido un papel fundamental en la organización de acciones que apuntalan los esfuerzos nacionales alrededor de la educación ciudadana; su participación se ha dado en el diseño, la implementación la evaluación de las políticas, programas y propuestas formativas de educación para la vida democrática. Aunado a ello, se han diseñado y puesto en marcha campañas internacionales, regionales, nacionales y locales que refuerzan las acciones emprendidas. Así sucedió en la designación del 2005 como el Año para la Ciudadanía a través de la Educación, por parte del Consejo de Europa, con el propósito de poner de relieve que la educación juega un papel crucial en el desarrollo de la ciudadanía y a favor de la participación en las sociedades democráticas contemporáneas.

- REIMERS, F. (2007), "Civic Education When Democracy is in Flux: The Impact of Empirical Research on Policy and Practice in Latin America", *Citizenship Teaching and Learning*, Vol. 3, Núm. 2, pp. 1-17.
- TORNEY-PURTA, J. (2003), "A European Perspective on the IEA Civic Education Study: an Introduction", *European Educational Research Journal*, Vol. 2, Núm. 3, pp. 366 – 369.
- TOURAINÉ, A. (1996), *¿Podremos vivir juntos?*, Fondo de Cultura Económica, México.
- ZURITA RIVERA, U. (2010), "La educación para la vida democrática a través de la participación social: puntos de encuentro entre la escuela y la familia", *Revista Interamericana de Educación para la Democracia*, Vol. 2, Núm. 3, pp. 171-194.





Discrecionalidad administrativa

María G. Navarro

Instituto de Filosofía, CCHS, CSIC

maria.navarro@cchs.csic.es

Resumen

El acto administrativo discrecional se diferencia del acto reglado, porque mientras este último se refiere a la simple ejecución de la ley aquel alude a los casos en los que existe cierto margen de libertad para realizar una comprensión y posterior aplicación de la norma. La discrecionalidad es necesaria, por ejemplo, cuando la ley prevé dos posibles actuaciones sin que ninguna de ellas se imponga con carácter obligatorio o cuando la legislación se limita a señalar fines sin especificar los medios necesarios para alcanzarlos. Cuando no está disociada del ejercicio de las facultades discrecionales de una autoridad constituida, la discrecionalidad es lo contrario de la arbitrariedad. Tras la definición de esta importante noción, en estas páginas se insiste en dos aspectos sobresalientes de la facultad discrecional, a saber: que el fundamento de dicha facultad radica en la misma legislación y que el rasgo diferenciador de un acto discrecional es la justificación de los motivos de la decisión.

200

Palabras clave

Principio de legalidad, acto administrativo, aplicación de la norma, arbitrariedad, interpretación, componente prudencial.

Administrative Discretionary

Abstract

The administrative discretionary act differs from regulated act because while the latter refers to the simple execution of the law, the former refers to cases where there is some leeway for a further understanding and application of the rule. For example, discretionary is necessary when the law can provide two possible proceedings, none of which is mandatory. It is also necessary when legislation merely indicates its ends, without specifying the means to achieve them. When it is not dissociated from the exercise of the discretion of a constituted authority, discretionary is the opposite of arbitrariness. After defining this important notion, this paper emphasizes two highlights of it, namely, that the foundation of its power lies in the law itself, and that the distinguishing feature of a discretionary act is the justification of the reasons for the decision.

Keywords

Principle of legality, administrative act, application of the norm, arbitrariness, interpretation, reasonable component.

1. Introducción

Así como el significado lexical del término 'discrecional' se define como "aquello que no está sometido a regla sino que depende del criterio de una persona o autoridad dada" (Seco y Ramos, 1999) puede decirse, sin embargo, que el significado del término 'discrecionalidad', cuando connota la cualidad discrecional de un acto administrativo, está relacionado con complejas cuestiones de fondo; por lo que, en cierto modo, su definición exige atender tanto al significado lexical como al contextual.

La cualidad discrecional de un acto administrativo se puede definir, al menos inicialmente, en oposición al acto administrativo reglado. Mientras que el acto reglado se refiere a la simple ejecución de la ley, la cual señala cómo debe la administración pública comprender el deber de actuar en el ejercicio de su autoridad, el acto administrativo propiamente discrecional alude a aquellos casos en los que existe cierto margen de libertad necesario para el aseguramiento de una apreciación y comprensión justas en la aplicación de la norma y, por consiguiente, en el marco del respecto al principio de legalidad.

De lo anterior puede deducirse que la cualidad de un acto discrecional es indisoluble del ejercicio de las facultades propiamente discrecionales de una autoridad constituida. A este respecto, algunos autores (Marienhoff, 1995) sostienen que la existencia de procedimientos formales para la emanación de un acto administrativo no implica la exclusión de la posibilidad racional de que dicho acto sea discrecional. Así han de entenderse, por ejemplo, los casos en los cuales la ley prevé dos posibles actuaciones y ninguna se imponga con carácter obligatorio o cuando la legislación se limita a señalar fines sin especificar los medios necesarios u obligatorios para alcanzarlos. Pero no sólo la existencia de estos dos casos nos lleva a pensar en la importancia de definir el concepto de discrecionalidad administrativa con el fin de distinguirlo de la arbitrariedad, es la propia implicación de la administración en todas las esferas y etapas de la política pública lo que revela la dimensión moral de las administraciones públicas en esa doble vertiente a la que han aludido algunos autores, a saber: la relativa a la actividad profesional desarrollada por los empleados públicos y la relacionada con su servicio orientado a los intereses generales, interés que comparte con la misma organización de dicha función pública (Ausín, 2011: 142).

2. El acto libre y el componente prudencial

Parece notorio, pues, que el fundamento de la facultad discrecional en cuanto tal radica, de hecho, en la misma legislación y no connota ausencia de legalidad; de ahí que el significado lexical del adjetivo 'discrecional' describa el acto libre pero también prudencial, dando ello idea de la existencia del ejercicio de una potestad y de una facultad cuya competencia se basa en que no puede estar reglada sin más.

Resulta elocuente a este efecto que la discreción, según suele definirse en las distintas ediciones promovidas por la RAE, lo sea respecto de aquello que exige tino, medida, tacto e incluso agudeza; pero sin desprender estos calificativos de la primordial prudencia e incluso de la parquedad de opinión y/o de conducta, cuando no de la justeza y corrección merecedoras de idéntica atención en las mismas circunstancias.



Visto así, el componente prudencial puede entenderse en el Derecho Administrativo a la luz del motivacional, puesto que la potestad y facultad discrecional debe poder expresar los motivos de su decisión, algo imposible de exigir bajo el supuesto de la arbitrariedad: carente de motivación por definición al mantenerse al margen de la ley, y a la que suele tenerse también por un sinónimo del término que aquí nos ocupa, mas en los casos en que se produce el abuso de la discrecionalidad. Y es precisamente en estos últimos casos en los cuales la arbitrariedad, según autores como Tomás R. Fernández (1991), sobrepasa el límite de su significado convencional para desarrollar uno nuevo en el campo del Derecho Administrativo. En razón de ello, la relación entre ambos conceptos ha sido descrita en términos dialécticos por autores como Galligan (1990: 140).

La dimensión prudencial inherente a la facultad discrecional no se sustenta, sin embargo, en la existencia de una motivación —si bien esta última parece expresión suya—, sino que es más bien consecuencia de la imposibilidad misma de la ley para regular todo caso concreto a partir de alguna forma de generalidad, ya que lo precisado por la ley permite realizar valoraciones conforme a ella. Por este motivo, algunos autores postulan la existencia de conceptos jurídicos indeterminados, consecuencia de la generalidad y abstracción ínsita en las leyes; pero cuya actualización se reclama irreductible a la potestad discrecional. Parece aconsejable entender esta teoría de los conceptos jurídicos indeterminados de modo tal que no llegue a implicar una crítica a una presunta equiparación de la potestad discrecional a un acto de la subjetividad. Sin la libertad de apreciación, tal y como indican García de Enterría y Ramón Fernández (2006), no hay discrecionalidad; como tampoco la hay al margen de la ley, sino en virtud de ella y/o tal y como ella hubiera dispuesto, esto es, que la norma legal debe disponerla de esa manera. Otros autores han relacionado la indeterminación jurídica con la discrecionalidad en el sentido de que aquella podría ser una consecuencia de esta en los casos en los que se deja un margen (de discrecionalidad) al órgano aplicador. Autores como Kelsen identificaron y tipificaron las causas de la indeterminación a la que aludimos (Kelsen, 1979)¹.

Volviendo a lo anterior, puede señalarse que el componente prudencial no sólo se aprecia merced a la archifamosa dificultad de asumir el *sensus plenior* en el *sensus singular*, y viceversa, sino más bien por el hecho sobrevenido de que la discrecionalidad sólo puede ser parcial, nunca plena.

Puede decirse que la discrecionalidad se opone propiamente a la arbitrariedad más que a la normatividad, ya que en el ámbito de la legalidad se puede efectuar un control de los actos administrativos discrecionales atendiendo a su legalidad y al control jurisdiccional sobre los elementos característicos de todo acto discrecional. Dichos elementos hacen de él un acto susceptible de impugnación, y han sido consignados del siguiente modo: (i) motivación, (ii) órgano que ejerce dicha potestad discrecional, (iii) finalidad de servir al interés público o finalidad pública sin más y, por último, (iv) hechos determinados en cada caso o, mejor dicho, requisitos de hecho necesarios para emitir dicho acto discrecional.

3. La discrecionalidad y el principio de legalidad

La discrecionalidad no puede entenderse independientemente del principio de legalidad; y cuando así se hace se convierte en un medio favorecedor de la corrupción y la injusticia, pues es en la potestad discrecional donde la ley se expresa

¹ Véase a este respecto Núñez Vaquero (2011: 176), y para la noción de espacio de discrecionalidad interpretativa, véase el estudio de Lifante (1999).

como un límite relacionado con el fin, la competencia y el procedimiento. En razón de ello, con frecuencia se señala que el rasgo diferenciador de un acto discrecional (en contraposición a la arbitrariedad ajena al derecho) es la motivación; ya que en un acto discrecional la autoridad debe poder justificar los motivos de su decisión.

Algunos autores han señalado la necesidad de realizar una “escala de la discrecionalidad” para distinguir los fines y matices de ésta. A tal efecto, y siguiendo rigurosos criterios de clasificación, sin merma de su sugestiva dimensión pragmática, Ponce Solé (2003: 17-31) distingue y define la denominada ‘discrecionalidad reglamentaria’ en función del sujeto que ejerce dicha discrecionalidad (por ejemplo, cuando dicho sujeto es el Gobierno estatal, o bien el autonómico o el local). Asimismo, distingue una discrecionalidad reglamentaria en función de la relación existente entre la ley y el reglamento: tanto en los casos en los que éste es independiente como en los que es ejecutivo. El autor también considera un factor determinante el momento temporal en el cual se efectúa el ejercicio de la misma, así como el tipo de regulación desarrollada. A este respecto, señala, por ejemplo, que no es lo mismo un tipo de reglamento sobre temas de contenido político que un reglamento destinado a regular un sector cualquiera en función de parámetros técnicos pues, a primera vista, parece notorio que el ámbito discrecional del primero será mayor —o al menos de distinta naturaleza— que en el caso del segundo.

Interpretar las leyes y desarrollar una acción pública legal

Estos distingos son tal vez suficientemente elocuentes como para llamar la atención sobre el hecho que los funcionarios públicos juegan un papel determinante no sólo en la definición sino en la aplicación de las políticas públicas, ya que la potestad discrecional puede entenderse como un medio legítimo para interpretar las leyes y desarrollar una acción pública legal.

Por ese motivo, y por difícil que resulte, es tan importante definir y establecer los límites del control judicial de la discrecionalidad, pues tal y como señalaba García de Enterría (1983: 48), siempre quedará “un último residuo en el que se manifiesta como una apreciación de valores singulares [...] y esto ya no es fiscalizable jurisdiccionalmente, ni puede serlo, porque los Tribunales sólo pueden usar para la medida del actuar administrativo criterios jurídicos generales.”

En este sentido, algunos autores como Applbaum (1992) se han llegado a plantear hasta qué punto son justificables, e incluso legítimas, las estrategias de disenso llevadas a efecto por los funcionarios públicos cuando existe un desacuerdo entre el funcionario y la ley (también denominada “fuente del mandato”) que esté fundado, por ejemplo, en un conflicto irreconciliable acerca de lo justo.

El interés de presentar este conflicto aquí radica en que consigue llamar la atención sobre el hecho de que la Administración no sólo dicta normas jurídicas con las cuales regular su relación con los ciudadanos, sino con la propia vida social. En razón de ello, algunos autores como Marcel Waline (1956) han llegado a señalar que la esencia del Derecho Administrativo consiste en el estudio del poder administrativo de las autoridades administrativas. Sin embargo, si esto es así, puede decirse que existiría un problema de fondo de mayor calado, y es el que algunos autores han descrito cuando apelan a que la existencia de una facultad discrecional no implica que sea discrecional la elección de la forma en cuanto tal, ya que entre ambas discrecionalidades no existe una correlación necesaria incluso cuando algunos autores como Fernández de Velasco (1919: 453) afirman que “la discrecionalidad tiene siempre el límite de la forma”.



Grados de discrecionalidad de los reglamentos

Al hilo de estas digresiones uno de los más controversiales debates corresponde a la distinción de grados de discrecionalidad entre los reglamentos. Autores como De la Cruz Ferrer (1988) distinguen reglamentos ejecutivos con un grado mínimo de discrecionalidad; reglamentos *remitidos* que disponen de un grado medio de discrecionalidad al poder regular con libertad su campo asignado legalmente; y en tercer lugar, reglamentos autónomos que disponen de un grado máximo de discrecionalidad al poder regular sin más límites para la Constitución y los principios generales del Derecho. Esto último tiene una implicación evidente, y es la de que “las materias en las que la Administración dispone de un grado de discrecionalidad medio o máximo quedan a su libre configuración” (De la Cruz Ferrer, 1988: 71).

Consiguientemente, uno de los temas relacionados con la definición del concepto que aquí nos ocupa, es el de las técnicas existentes para el control de la discrecionalidad reglamentaria. En términos generales, puede decirse que la mayoría de los autores coincide en señalar que dichas técnicas de control pueden resumirse en (i) la existencia de la propia potestad reglamentaria asignada al Gobierno por la propia Constitución en su artículo 97, así como (ii) la participación de los interesados en la elaboración de disposiciones generales y (iii) la existencia de principios generales del Derecho.

Bibliografía

- APPLBAUM, A.I. (1992), "Democratic Legitimacy and Official Discretion", *Philosophy and Public Affairs*, Núm. 21, pp. 240-274.
- AUSÍN, T. (2011), "Ética de las Administraciones", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Núm. 1, pp. 141-147.
- DE LA CRUZ FERRER, J. (1988), "Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria", *Revista de Administración Pública*, Núm. 116, pp. 65-105.
- FERNÁNDEZ DE VELASCO, R. (1919), "La acción popular en el Derecho administrativo", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Núm. 67, pp. 135-148.
- FERNÁNDEZ, T.R. (1991), *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas, Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1983), *La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Civitas, Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. (2006), *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Civitas, Madrid.
- GALLIGAN, D.J. (1990), *Discretionary powers. A legal study of official discretion*, Oxford University Press, Oxford.
- KELSEN, H. (1979), *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa, México.
- LIFANTE, I. (1999), *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporáneo*, CEPC, Madrid.
- MARIENHOFF, M.S. (1995), *Tratado de Derecho Administrativo*, 4ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- NÚÑEZ VAQUERO, A. (2011), "Hans Kelsen: Preface. On Interpretation. Estudio Introductorio", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Núm. 1, pp. 173-179.

- PONCE SOLÉ, J. (2003), “La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: Teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los Gobiernos y las Administraciones”, *Revista de Administración Pública*, Núm. 162, pp. 89-144.
- SECO, M. y RAMOS, G. (1999), *Diccionario del Español Actual*, Aguilar, Madrid.





Desarrollo comunitario

Javier Camacho Gutiérrez
Universidad Carlos III de Madrid
javier.camacho@uc3m.es

Resumen

El término "Desarrollo comunitario" precisa de una aclaración conceptual, pues existe una notable ambigüedad en su significado, como puede verse al analizar el recorrido histórico y el significado distinto que se ha dado a ambos términos (desarrollo y comunidad). Esas precisiones nos permiten definir el desarrollo comunitario como un método de intervención que incorpora a todos los agentes que conforman la comunidad, estableciendo procesos de participación y articulación entre la población y las instituciones que, potenciando un proceso pedagógico y las capacidades participativas de los actores y de las estructuras mediadoras, permita alcanzar unos objetivos comunes y predeterminados para mejorar las condiciones económicas, sociales y culturales de las comunidades, y cuyos resultados puedan ser evaluados de forma continuada. Ese enfoque choca con la práctica habitual de lo que se entiende por intervenciones comunitarias, realizadas como respuesta de urgencia para responder a situaciones de deterioro social y convivencial, que buscan intervenciones efectivas en cortos periodos de tiempo, en abierta contradicción con su condición de procesos pedagógicos y dinámicos siempre abiertos, que deberían trabajarse desde la perspectiva de la prevención de las problemáticas sociales a más largo plazo.

Palabras clave

Desarrollo, comunidad, acción integral, participación social, calidad de vida, democracia, autoaprendizaje.

Community development

Abstract

The term "Community development" requires a conceptual clarification, as there is considerable ambiguity in its meaning, as shown by analyzing the historical route and the different meaning that is given to both terms (community and development). These details allow us to define community development as an intervention method that incorporates all the players that make up the community, establishing processes of participation and coordination between people and institutions, promoting an educational process and participatory capacities of actors and mediating structures in order to achieve common goals and default to improve the economic, social and cultural communities, and whose results can be continually assessed. This approach conflicts with the practice of what is meant by community interventions made in response to emergency situations of deteriorating social and convivial, seeking effective interventions in short periods of time, in contradiction to its status as pedagogical processes always open and dynamic, which should be worked from the perspective of prevention of social problems in the longer term.

Keywords

Development, community, integral action, social participation, quality of life, democracy, self-learning.

1. El concepto de Desarrollo

En primer lugar, el desarrollo como concepto sociológico y político es relativamente reciente, pues podemos establecer su nacimiento tras la Segunda Guerra Mundial cuando Estados Unidos y Europa occidental inician las políticas de desarrollo como un pilar esencial de la reconstrucción del orden internacional bajo la premisa de la hegemonía de los intereses económico-políticos de las potencias occidentales (Dubois, 2002: 4). Esa imposición supone la hegemonía global de una interpretación de la historia en términos occidentales que prescribe como inevitable el modo industrial de producción y la economía de mercado capitalista y que, por tanto, desprecia otros caminos y posibilidades, así como el bagaje sociocultural de lo que de ahora en adelante se denominará negativamente como naciones subdesarrolladas, que se convierten en el objeto de las políticas de desarrollo, a través de las cuales conseguirán encaminarse por la misma senda del crecimiento económico, siguiendo el camino trazado por los países occidentales cuya situación se convierte en el estadio terminal de la evolución social (Esteva, 1996).

Si en un primer momento son los países del sur los destinatarios de las políticas de desarrollo diseñadas desde el norte (Andreu, 2008), la constatación de las desigualdades sociales en el propio ámbito de los países desarrollados hace que se aplique el mismo modelo de intervención en áreas deprimidas del primer mundo, fundamentalmente áreas rurales y zonas marginales de las áreas urbanas, configurando las primeras experiencias de desarrollo comunitario, bajo diferentes términos como los de desarrollo rural o local.

En todo caso, esa visión occidentalizada y sesgada del desarrollo, que se identifica como un proceso unívoco en la senda del progreso material occidental, va encontrando progresivamente detractores y posicionamientos críticos que desembocan en la devaluación del concepto de desarrollo, resaltando su contaminación ideológica como término que entronca con una visión occidental del progreso, ligado a la dimensión cuantitativa del crecimiento económico. Por lo tanto, se abre paso la necesidad de adjetivar el término para propiciar su reconstrucción (Alguacil, 2000: 26) apareciendo términos como desarrollo humano, desarrollo sostenible, desarrollo local y otros muchos, entre ellos, también, el de desarrollo comunitario. Cada uno de ellos intenta resaltar a través del adjetivo aquellas dimensiones del desarrollo que se consideran fundamentales para poder hablar con propiedad del mismo, y que contraponen crecimiento, entendido como incremento cuantitativo en la escala física que remite a la dimensión económica (referido a las cosas) y desarrollo, entendido como una mejora o despliegue cualitativo de las potencialidades humanas que remiten a un conjunto integrado de dimensiones. (Alguacil, 2000: 28).

2. El concepto de comunidad

Desde la perspectiva del desarrollo, cuando nos referimos a una comunidad debemos considerar como aspecto esencial la dimensión territorial. Es decir, al hablar de comunidad nos estamos refiriendo a un colectivo de personas que residen en un espacio físico concreto, aunque los límites de dicho espacio no se definen tanto por la existencia de fronteras físicas rígidas y estáticas, sino que están sujetos a una dinámica social definida por las interacciones que se producen entre las personas (Andreu, 2008). Básicamente, las características básicas que definen una comunidad serían tres (Nogueiras, 1996: 35-37):



- Es un territorio, es decir, una unidad de referencia que se conforma con la acumulación de distintos subsistemas (economía, educación, salud, vivienda, empleo...) relacionados entre sí, por lo que, en contra de la práctica habitual, exigirían un tratamiento interdisciplinar.

- Es un espacio social donde se producen una multiplicidad de interacciones, tanto en el interior como entre ese territorio y el exterior de la comunidad. Esas interacciones integran la cooperación, pero también el conflicto.

- Es un espacio sentido como propio por sus residentes, es decir, las personas se identifican con la comunidad donde desarrollan su vida cotidiana, que es un elemento importante porque permite la apropiación y la participación social, que son, como veremos, dos elementos clave en la práctica del desarrollo comunitario.

La comunidad, por tanto, remite a lo local, que encuentra un elemento importante de intervención en el concepto de desarrollo local, aunque éste tiene una vinculación mayor con la dimensión económica (desarrollo endógeno) mientras que lo comunitario ampliaría el ámbito de intervención a una multiplicidad de dimensiones, todas ellas necesarias para propiciar un desarrollo integral. Podemos destacar tres ejes básicos (Alguacil *et al.*, 2005: 23-25) para propiciar una intervención integral a escala local:

- Eje medioambiental: la importancia del espacio público y los equipamientos para satisfacer las necesidades socioculturales (soportes de proximidad que favorecen la cohesión social, la participación y la gobernabilidad a escala local).

- Eje socioeconómico (desarrollo local/endógeno): aprovechamiento de los recursos humanos locales con inversores e iniciativas que se adapten a esos recursos, partiendo de las demandas y necesidades locales insatisfechas como fuente de generación de empleo. Este elemento lleva implícito el trabajo sobre la generación de empleo propiciado por empresas "externas" y la promoción de la economía social en el interior de la comunidad.

- Eje social: las intervenciones integrales sobre comunidades tienden a implementarse en entornos de cierta degradación y vulnerabilidad social, que son percibidos desde el exterior con cierta desconfianza, contribuyendo a su marginación y estigmatización. A su vez, la degradación implica sentimientos de desafección de los propios residentes para con su barrio/entorno, que es preciso combatir para que sea posible un proceso de recuperación/revitalización social. Por eso son tan importantes intervenciones estratégicas de carácter social que logren una recualificación económica y simbólica, facilitando con ello los necesarios procesos de reconocimiento, apropiación e identificación de estas comunidades con el territorio que habitan. Hay que recuperar lugares de confluencia, pero también hay que recuperar a los mediadores (comunicadores locales y sectores activos) con capacidad de vertebrar una comunidad. Es preciso, en consecuencia, potenciar la emergencia, en distintos gradientes y disposiciones, de los procesos participativos en el ámbito local.

Pero la importancia de lo local en la acción integral de las políticas de desarrollo encuentra su máxima justificación en la eficacia como instrumento para propiciar procesos de recualificación social, económica y medioambiental en entornos vulnerables, y ello por varias razones (Camacho, 2006: 33-35):



- Las personas se encuentran enraizadas en un espacio social, formando parte de redes sociales e institucionales que favorecen o dificultan la integración social de los individuos. El conocimiento de esas redes y su potenciación facilitan los procesos de desarrollo comunitario. Las soluciones a los problemas de pobreza y exclusión social no se aplican sobre individuos aislados, sino que estos se encuentran integrados en diferentes redes de relaciones, o en procesos de desestructuración y quiebra de esas redes, cuya recomposición, reforzamiento y empoderamiento es una premisa imprescindible para hacer efectivas las políticas sociales que se destinan a ellos.

- Facilita la identificación de los grupos sociales excluidos o vulnerables, así como sus características.

- Permite establecer un diagnóstico de las problemáticas, carencias y necesidades que afectan a esos colectivos, así como las oportunidades y potencialidades presentes en el territorio y en sus residentes.

- Permite la participación de los sujetos afectados, pues se sentirán más implicados e identificados con el entorno residencial y convivencial del que forman parte. La participación e intervención activa de los sujetos en posibles soluciones a las problemáticas de exclusión social que les afectan, difícilmente puede lograrse en la abstracción de grandes políticas sociales de ámbito estatal o autonómico. La gente participa en contextos sociales abarcables, pues identifica la acción en esos espacios como elementos posibles y decisivos que afectan a su vida cotidiana, pudiendo provocar su movilización e implicación en esos procesos. La participación no solo es un medio de lograr una mayor efectividad en las acciones integradas e integrales, sino que es un fin en sí mismo, pues permite el empoderamiento de la sociedad civil, la corresponsabilidad en los asuntos que les afectan, el incremento de la calidad de vida, el desarrollo de un proceso pedagógico que incrementa el nivel de información, de conocimiento de la realidad y de concienciación respecto a su situación y sus potencialidades para superar condiciones de exclusión o vulnerabilidad social.

- La perspectiva de intervención integral solo es posible en unidades espaciales abarcables, de escala humana, donde pueden concertarse las diferentes políticas desarrolladas por los niveles administrativos local, autonómico y central, y donde es posible la participación de los sujetos afectados. La superación de las políticas sectoriales y la creación de estructuras de coordinación y concertación que integren los distintos niveles de la administración pública, las organizaciones sociales con presencia en el territorio y otros agentes económicos, es un reto posible en *planes integrales* que tienen como base espacios sociales definidos.

3. El Desarrollo comunitario

Tras la descripción del significado de los conceptos de desarrollo y de lo comunitario, podemos definir lo que entendemos por Desarrollo comunitario: un método de intervención que incorpora a todos los agentes que conforman la comunidad, estableciendo procesos de participación y articulación entre la población y las instituciones (fundamentalmente las estructuras municipales, aunque no únicamente) que, potenciando un proceso pedagógico, y las capacidades participativas de los actores y de las estructuras mediadoras (técnicos, profesionales y entidades sociales), permita encaminarse a alcanzar unos objetivos comunes y predeterminados para mejorar las condiciones económicas, sociales y culturales de las comunidades, y cuyos resultados puedan ser evaluados de forma continuada.



Para propiciar procesos de desarrollo comunitario es preciso afrontar una serie de retos y problemas, entendidos como la forma de abordar y solucionar las dificultades que se presentan para llevar adelante un proyecto local de desarrollo (Alguacil *et al.*, 2006: 12). Los principales retos y la forma de resolverlos, serían los siguientes:

La transversalidad: acoge y trabaja en la diversidad intentando superar los análisis y prácticas excluyentes y fragmentarias, y se inscribe en una lógica del trabajo en red. La transversalidad es, en consecuencia, un instrumento metodológico complejo que ayuda a superar la tradicional compartimentación sectorial de las intervenciones públicas, abogando por un diálogo multidimensional y multinivel que supone un cambio profundo de los modelos organizativos tradicionales de la administración pública. El concepto de transversalidad, combinado con el de participación, pasa por la articulación de los distintos agentes, y ello precisa de importantes cambios en las relaciones tradicionalmente no-recíprocas entre los distintos actores y niveles. Particularmente, es necesario una voluntad política dirigida a compartir la capacidad de decisión por parte de la administración pública y una capacidad de colaboración y *empoderamiento* por parte de las entidades sociales; en definitiva, apertura por parte las administraciones públicas y madurez por parte de las entidades sociales.

La implicación-participación: la apertura a una continua y progresiva implicación de los actores colectivos y de los actores individuales a lo largo del proceso es un elemento básico para la profundización de la democracia, que contrasta con las prácticas formales de la democracia representativa, tan insatisfactoria que provoca un manifiesto proceso de deterioro y deslegitimación de las instituciones, preocupante en la medida en que puede conducir a la anomia y al deterioro de la convivencia privilegiando estrategias defensivas e individualistas que abandonan cualquier consideración positiva respecto a lo público y lo comunitario. La participación-implicación de la ciudadanía debe estar presente en todas las fases (diagnóstico, diseño, implementación, seguimiento y evaluación) e implica generación de estructuras de participación y coordinación con capacidad de decisión a escala local donde estén integrados lo más ampliamente posible los agentes sociales, institucionales y ciudadanos.

La flexibilidad: para ir incorporando aquellas propuestas y actuaciones que se van construyendo *ex novo*, que se van descubriendo, aunque no se hayan identificado e incorporado en momentos anteriores.

La confianza: se trata de una reformulación de los valores sobre una base de confianza desde la dimensión de lo cotidiano, desde la proximidad, que ayuden a restablecer las múltiples retículas fragmentadas. La confianza es imprescindible para el éxito de procesos participativos, se construye en el contacto cara a cara, en el diálogo y en la construcción conjunta de los procedimientos que marcan un proceso implicativo.

El autoaprendizaje y aprendizaje mutuo: en un contexto y proceso de interacciones entre agentes y niveles se necesita motivar la capacidad estimativa de cada uno de ellos. El propio proceso participativo debe de saber despertar el valor de los saberes propios. Desde ahí, desde la autonomía de cada sujeto, de cada grupo, de cada red que se recrea en el autoaprendizaje, es posible desarrollar la cooperación en el conocimiento, desarrollando la capacidad de escucha y reconociendo los saberes de los otros.

La aplicación: tiene que ser un proceso que lleva a la transformación de la

realidad social para mejorarla de una forma reflexiva, es decir, ejecutando la acción desde el conocimiento, la comunicación y la conciencia. Es un proceso práxico de acción-reflexión-acción.

Eficacia investigadora: creciendo en capacidad para identificar los actores, los conflictos, las deficiencias, los recursos e implementar las orientaciones de mejora y de evaluación a lo largo del proceso.

En definitiva, podemos destacar que la práctica del Desarrollo comunitario remite a su condición de proceso que se desarrolla en una escala temporal de medio y largo plazo. No es tanto un programa sujeto a una planificación cerrada o limitada en el tiempo sino un proceso, entendido con un sentido pedagógico, que pretende constituirse como un elemento de autoaprendizaje, de escuela de ciudadanía y democracia y con una visión de transformación continua en el sentido de mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos. No hay un punto final definido sino una acción transformadora autoevaluable que vuelve a alimentar el proceso de cambio social a escala local (Rebollo, 2005: 11) pues lo sustancial no son los objetivos de transformación (el qué hacer, que remite a proyecto o plan) sino la forma de abordar una intervención (el cómo, la metodología).

Este elemento de proceso a largo plazo es, en buena medida, lo que explica la insatisfacción generada con un buen número de experiencias desarrolladas en nuestro país. Este tipo de experiencias se han aplicado a espacios sociales vulnerables, sometidos a procesos de degradación física y social, donde las políticas sociales y urbanas genéricas no han conseguido mejorar la situación de estas áreas. Frecuentemente, este tipo de intervención se acomete ante el temor de los poderes públicos de que una situación de deterioro social y convivencial desemboque en problemas de orden público, anomia y descomposición social. Este contexto no es el más propicio para la consolidación de unas prácticas de desarrollo comunitario, pues remite a su consideración de intervención urgente, de último recurso, enfrentando las acciones desde una posición absolutamente paliativa, reparadora, que necesariamente precisa de intervenciones efectivas en cortos periodos de tiempo, algo que va en contra de su consideración como proceso pedagógico y dinámico siempre abierto, que debería trabajarse desde la perspectiva de la prevención de las problemáticas sociales, atacando las causas y no los efectos.

Bibliografía

- ALGUACIL, J. (2000), *Calidad de vida y praxis urbana. Colección Monografías*. Núm. 179, CIS-Siglo XXI, Madrid.
- ALGUACIL, J., BASAGOITI, M., BRU, P. y CAMACHO, J. (2005), *Investigación participativa en San Cristóbal de los Ángeles. Documento de síntesis de diagnóstico y propuestas*. Universidad Carlos III de Madrid/Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo del Ayuntamiento, Madrid, no publicado.
- ALGUACIL, J., BASAGOITI, M., BRU, P. y CAMACHO, J. (2006), *Plan de Desarrollo Comunitario en el barrio de San Cristóbal de los Ángeles. Memoria Técnica y Guía Operativa*. Universidad Carlos III de Madrid, Madrid.
- ANDREU, C. (2008), "Desarrollo Comunitario: estrategias de intervención y rol de la educadora social", *Revista de Educación Social*, Núm. 7. Disponible en línea: <http://www.eduso.net/res/?b=10&c=90&n=252>. Revisado el 14 de junio de 2012.
- CAMACHO J. (2006), *Diagnóstico de la pobreza y la exclusión social. Documento de trabajo*, Cáritas, Madrid, no publicado.
- DUBOIS, A. (2002), "Un concepto de desarrollo para el siglo XXI", *Revista Asuntos económicos y administrativos*, Núm. 8. Disponible en línea:



<http://www.umanizales.edu.co/publicaciones/campos/economicas/lumina1/html/8/concepdesar.pdf>. Revisado el 14 de junio de 2012.

ESTEVA, G. (1996), "Desarrollo", en SACHS, W. (ed.), *Diccionario del desarrollo. Una guía del conocimiento como poder*, Pratec, Lima.

NOGUEIRAS, L.M. (1996), *La práctica y la teoría del desarrollo comunitario. Descripción de un modelo*, Editorial Narcea, Madrid.

REBOLLO, O. (2005), *Participación y Desarrollo Comunitario en medio urbano*, IEPALA Editorial/CIMAS, Madrid.



Democracia participativa

Pedro Chaves Giraldo
Universidad Carlos III de Madrid
pedro.chaves@uc3m.es

Resumen

Este trabajo pretende explicar la emergencia de la democracia participativa, sus relaciones con la democracia representativa y su inserción y respuestas en el contexto de la crisis de la política.

Palabras clave

Democracia participativa, crisis de la política, democracia representativa, reforma del Estado.

213

Participatory democracy

Abstract

This paper aims to explain the emergence of participatory democracy and its links with representative democracy. Also, the author analysis its significance in the framework of political crisis and the answers it offers in this context.

Keywords

Participatory democracy, political crisis, representative democracy, reform of the State.

La idea de la participación y, asociada a ésta, la propuesta de una democracia participativa que ora se complementa ora se confronta con la democracia representativa, se ha convertido en un tema de interés y creciente investigación en el ámbito de la ciencia política.

Con toda seguridad, el factor de impulso más determinante tiene que ver con la idea de una “crisis de la política” frente a la cual la democracia participativa ofrecería alternativas y expectativas. Singularmente, esta propuesta buscaría, frente al marasmo de la política tradicional, un “reencantamiento con la política” y una puerta de entrada a sociedades más próximas al ideal republicano de *virtú* pública que al prototipo liberal de *organización de la desconfianza* en el estado o en los poderes públicos.

1. La participación en perspectiva histórica

El concepto de participación emerge con fuerza en los años 60 y 70 con ocasión de las movilizaciones y el crecimiento de movimientos “radicales” en Estados Unidos, primero (Gaudin, 2007), y en Europa, después. La participación es interpretada en este escenario como la ampliación del canon democrático encorsetado por la lógica neocorporativa implícita en el Estado del Bienestar. Las prácticas de negociación institucionalizada entre actores con un alto nivel de formalización, junto a la presencia de un estado poderoso en el primer mundo, estimulan en determinados sectores sociales las demandas de nuevos espacios de intervención y de prácticas democráticas menos circunstanciales. Esta ambición de una nueva relación con la política es particularmente sentida por los sectores sociales emergentes vinculados al desarrollo de los Estados del bienestar que se sienten lejos y escasamente representados por la política tradicional.

Con posterioridad, el impulso mayor a la idea de democracia participativa ha venido de la mano del Foro Social Mundial y la exitosa experiencia de “Presupuesto participativo” en la ciudad brasileña de Porto Alegre.¹

Aunque pueda parecer paradójico, el concepto de participación ha conocido un notable reconocimiento público a través, también, de la legitimidad otorgada por una vasta red de organizaciones públicas y privadas en cuyo epicentro se encuentra el Banco Mundial.

Si en términos históricos e institucionales podemos observar la diversidad de tradiciones y propuestas que se encuentran bajo este concepto de democracia participativa, lo mismo ocurre en lo que se refiere a la explicación más estructural y teórica de su emergencia.

En lo que hace a los factores que impulsan en términos más objetivos una agenda política donde la participación juega un papel central, podríamos citar los siguientes: en primer lugar, el aumento de los niveles educativos de nuestras sociedades, no solo las del primer mundo. Además de este incremento en la formación, debemos incorporar la multiplicación de capacidades de acceso a la información a partir del espectacular desarrollo de las nuevas tecnologías, especialmente Internet, pero no solo.

¹ De hecho, el Banco Mundial o las Naciones Unidas han reconocido a esta ciudad como experiencia ejemplar en el uso de prácticas de buen gobierno

Estas nuevas adquisiciones, habilidades y oportunidades favorecen un mayor seguimiento y niveles de exigencia por parte de las poblaciones respecto al desempeño de los poderes públicos y sus servidores.

Esta ampliación del foco y esta mayor transparencia amplían la disociación entre dos aspectos constituyentes del concepto mismo de democracia: legitimidad y confianza (Rosanvallon, 2007). La legitimidad surge automáticamente del mecanismo de la elección, la confianza funciona como esa “institución invisible” que cumple importantísimas funciones en relación con la legitimidad misma (mejorando su calidad) o economizando la complejidad del funcionamiento de las instituciones.

En segundo lugar, y favorecido por esta mayor visibilidad de la acción de las instituciones públicas, podemos constatar un aumento de la dimensión de lo que puede ser considerado público; es decir, aquellos aspectos sujetos, eventualmente, a lógicas de deliberación, incluso regulación. Una buena parte de los debates contemporáneos afectan a cuestiones de índole moral, identitaria o sexual que hasta hace apenas dos décadas hubieran sido consideradas como estrictamente privadas. Esta ampliación de lo público se instituye como una condición de necesidad que incorpora nuevas temáticas y nuevos actores.

En tercer lugar, la creciente multiculturalización de nuestras sociedades plantea una nueva emergencia: la reconocible presencia en el espacio público de “otros” que exigen una reflexión permanente sobre la capacidad inclusiva de la democracia representativa. Se nos interroga sobre las posibilidades de regulación colectiva de novedosas cuestiones y del papel de nuevos sujetos, con presencia pero sin derechos “formales”.

Por último, podríamos incorporar a esta breve exposición de razones, que explicarían la centralidad de la participación en el debate político contemporáneo, la aparición de nuevos riesgos colectivos que redimensionan el espacio público y cuestionan la idoneidad de las instituciones políticas tradicionales. La necesidad de decidir sobre grandes proyectos urbanísticos o de infraestructuras, con un fuerte impacto económico, social, medioambiental y cultural, que han movilizad o poblaciones y sociedades contra los mismos o a favor de ellos y que han replanteado la lógica inherente a la modernización en muchos lugares, especialmente del sur.

Esta mirada nos ofrece, en primera instancia, un mundo crecientemente complejo donde se hace más difícil la visibilidad de la política en el sentido tradicional y, sobre todo, su legibilidad. Esta situación produce una tensión nueva y más difícil de gestionar entre expectativas y posibilidades reales de satisfacer las necesidades de las sociedades.

Esta perspectiva nos ofrece una visión compleja de la democracia participativa y de sus desafíos. Parece claro que su emergencia se ubica en estos nuevos espacios abiertos por las dificultades y fracturas propiciadas por los cambios tectónicos en nuestras sociedades en los últimos veinte años. Las expectativas relacionadas con la democracia participativa pretenderían, así, dar cuenta de un nuevo nudo de problemas y de nuevas vías de solución a los mismos.

Se espera de la democracia participativa que ayude a incrementar la confianza y, de paso, la legitimidad de las decisiones de los poderes públicos. Se espera, también, que mejore la capacidad de control sobre estos poderes, de manera que se ofrezca a las sociedades certidumbres sobre un uso del poder de acuerdo a los intereses de las mayorías. Se pretende minimizar, así, el riesgo de



decisiones trufadas por intereses minoritarios, corporativos o de parte. Y también disminuir las posibilidades de prácticas corruptas.

De la democracia participativa se espera, también, que ofrezca nuevos recursos institucionales para abordar los riesgos globales. Se dice, con razón, que en relación con estos nuevos desafíos el estado westfaliano que conocemos es, o demasiado grande o demasiado pequeño. La traducción política de estas insuficiencias afecta tanto a la legitimidad como a la confianza incrementando las sospechas sobre las limitaciones reales de la política tradicional para cumplir sus objetivos explícitos: regular con pretensión de universalidad los conflictos de nuestras *polis*.

2. Democracia representativa y democracia participativa

En un plano más sociopolítico, la emergencia de la agenda participativa ha conocido un desarrollo más intenso allí donde más frágiles y/o incapaces se han hecho las democracias representativas tradicionales. Especialmente en el sur, las políticas del consenso de Washington produjeron innegables consecuencias sociales que afectaron a la propia credibilidad de las experiencias democráticas. Finalmente, se hizo evidente una relación perversa y crónica entre los dos aspectos del liberalismo: el liberalismo económico (al menos en su versión neoliberal) debilitaba las bases del Estado de derecho, como uno de los componentes del liberalismo político (Sader, 2004).

En este contexto, la democracia participativa surge como una reacción frente a las debilidades, insuficiencias y crisis de la democracia representativa. En realidad, operó, al menos inicialmente, como su contrapunto. Estas experiencias se sitúan, en primer término, impugnando la contradicción entre el reconocimiento formal de derechos y la realidad de sociedades donde el reparto desigual de la riqueza implica un reparto asimétrico de opciones y posibilidades políticas; en segundo lugar, pretenden mejorar la relación entre las decisiones del poder político y la ciudadanía y hay que entender esta voluntad inclusiva en contextos de exclusión social, étnica y cultural, y consecuentemente, política; en tercer lugar, pretenden construir una nueva gramática social y cultural, esto es, una nueva articulación de los elementos que constituyen la política democrática (De Sousa Santos, 2004).

Por último, en la conceptualización de la participación y de la democracia participativa confluyen varias corrientes teóricas y políticas. Desde el liberalismo de Rawls, al comunitarismo o la perspectiva deliberativa de Habermas, entre otros, o el enfoque republicano. Pero también se han sumado reflexiones desde el movimiento feminista, desde el ecologismo político o desde los nuevos movimientos urbanos². En todos los casos hay un cierto acuerdo sobre las insuficiencias estructurales de los modelos representativos hegemónicos y la conveniencia de mejorarlos y/o transformarlos.

¿Cómo interpretar la democracia participativa?

La diversidad de razones que nos ayudan a entender la emergencia de esta nueva agenda, nos advierten de la coexistencia de diversos enfoques estratégicos y niveles diferentes de expectativas. Podríamos decir, en primer lugar, que la emergencia de la democracia participativa se corresponde a una auténtica demanda social que trata de atender distintos vectores: la insuficiencia de las democracias

² Para un acercamiento a esta problemática en el ámbito teórico consultar Parés (2009).

representativas en diferentes ámbitos, la conveniencia de mejorar y recualificar los mecanismos de legitimación de manera que no siga ahondándose la brecha entre legitimidad y confianza y las dificultades de los estados para ser el contenedor de los procesos económicos, políticos y sociales significativos.

No obstante, la democracia participativa puede ser comprendida y practicada como un mecanismo complementario a la democracia representativa. En este plano, las experiencias de democracia participativa contribuirían a mejorar aquellos aspectos que debilitan la legitimidad y la confianza en la democracia representativa.

Desde otro punto de vista, la democracia participativa se instituye como un paraguas que cobija experiencias y prácticas que pretenden una reforma radical del estado, cuyo eje vertebrador es, precisamente, la participación. En este enfoque – que se reconoce de manera singular en la experiencia de los presupuestos participativos de Porto Alegre- se piensa en cómo reconstruir una nueva relación entre gobernantes y gobernados y, por lo tanto, de ciudadanía y democracia. La democracia participativa, en general, y los presupuestos participativos, en particular, se considerarían entonces no tanto como una política sectorial sino como el núcleo de una reforma radical del Estado.

Sin duda alguna, la participación se ha constituido ya en un vector irrenunciable del debate político y en una herramienta para los tiempos de la “crisis de la política”. Las experiencias amparadas por el concepto *democracia participativa* merecerán más atención y mejores instrumentos de evaluación, pero conviene observarlas como parte ya de nuestro escenario político para ahora y para el futuro.

Bibliografía

- DE SOUSA SANTOS, B. (2004), *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, Fondo de Cultura Económica, México.
- GAUDIN, J.-P. (2007), *La démocratie participative*, Armand Colin, Paris.
- PARÉS, M. (2009), *Participación y calidad democrática. Evaluando las nuevas formas de democracia participativa*, Editorial Ariel, Barcelona.
- ROSANVALLON, P. (2007), *La contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*. Editorial Manantial, Buenos Aires.
- SADER, E. (2004), “Hacia otras democracias”, en DE SOUSA SANTOS, B. (coord.), *Democratizar la democracia, Los caminos de la democracia participativa*. Fondo de Cultura Económica, México.





Dos artículos de John Trenchard y Thomas Gordon sobre los fundamentos y límites constitucionales del poder: “Donde se demuestra que la Libertad es el Derecho inalienable de toda la Humanidad”, y “Todos los gobiernos han sido instituidos por los hombres y sólo para su bienestar” (1721)

Ricardo Cueva Fernández
Universidad Pompeu Fabra
ricardo.cueva@upf.es

Resultará extraño al lector que estas páginas versen sobre una obra hoy casi perdida, inédita en castellano y aparentemente con escaso relieve intelectual. Y más aún si se le cuenta que tuvo grandísima influencia en la *acción política* de los colonos norteamericanos que culminaría con la independencia de Gran Bretaña en 1776. Y en un grado mayor todavía si se le advierte que en las Cartas se encuentra un legado ideológico que perdura hasta hoy en el mundo anglosajón y, sobre todo, en Estados Unidos. Pero a todas estas conclusiones parecen conducirnos una lectura atenta de la obra y las reflexiones que la historiografía de las ideas más destacada ha realizado desde mediados del pasado siglo. Algún eco de tales exposiciones quizás haya llegado al lector a través de la polémica entre republicanismo y liberalismo o de las citas de reputados autores como Pocock (1975) y su reputado *Momento Maquiavélico*. Las líneas que vienen a continuación, pues, pretenden servir de escueta introducción que ayude a desentrañar la importancia histórica de aquella obra, y sobre todo, a presentar la traducción de dos de sus más destacables Cartas, las números 59 y 60, que versan sobre los límites del poder político.

Para empezar conviene aclarar que la Historia de las Ideas puede contemplarse como la de la aportación de ciertas escuelas o grandes autores que han gozado del reconocimiento de sus coetáneos, de la reimpresión continua de sus escritos a lo largo del tiempo, o de su aceptación como referencia valiosa hoy en día en la discusión intelectual por su exposición de temas universales y candentes. Pero también cabe otra postura, justificable cuando uno quiere indagar en los *hechos* históricos. Y es que resulta probable que ciertos acontecimientos que vuelquen la vida social provengan de conductas inspiradas por ideas no tan estructuradas como en los Tratados o magnas obras de grandes pensadores, sino de forma *directa* y *asequible*, contenidas en panfletos, periódicos, opúsculos o incluso sermones y discursos de carácter intensamente divulgativo. Probablemente esto explicaría por qué no queda nada escrito de carácter apologético sobre la democracia ateniense, la cual conocemos más bien a través de sus detractores contemporáneos, hombres de la Academia en una sociedad con escasa formación. Y al mismo tiempo nos daría la pista para entender porqué a partir de la aparición de la imprenta y, sobre todo, de la posterior alfabetización que encontró especial acogida en la puritana Inglaterra del siglo XVII, se multiplican los volantes, panfletos y publicaciones que pueden ofrecernos otra perspectiva sobre el protagonismo de una parte de la población que hasta entonces había permanecido en el anonimato histórico, sin voz y sin recursos para expresar sus opiniones. Desde ese momento ya comprendemos

porqué *Le Moniteur* o *L'Ami du peuple* tuvieron importancia capital en las discusiones políticas de los revolucionarios franceses y que quizás fueron claves para conducir a la muchedumbre a la Bastilla o las Tullerías.

Muy parecida es la conclusión que extrajeron diversos historiadores después de la Segunda Guerra Mundial al analizar el origen de la emancipación norteamericana de 1776. En el aire de la revuelta era necesario que existieran determinadas ideas básicas, alimentadas a través de publicaciones accesibles con facilidad y mediante un lenguaje llano y comprensible. Y esto a su vez conllevaba analizar con más detalle quiénes eran realmente los autores más citados en las discusiones coloniales. El resultado arrojado por los investigadores no dio lugar a dudas: puede que Locke gozara de autoridad entre los pobladores del Nuevo Mundo, pero existía un grupo de autores, hasta ese momento, más bien obviados y cuya influencia había sido considerable, encabezados por varios hombres de la república de Cromwell (Algernon Sidney, por ejemplo) y seguidos inmediatamente por diversos polemistas de la época augústea británica que habían criticado a los gobiernos del momento basándose en ciertas premisas ideológicas (como los propios Trenchard y Gordon). Los argumentos de unos y otros, que guardaban concomitancias entre sí, resultarían más tarde acogidos por los colonos norteamericanos y utilizados contra la metrópoli. Quien comenzó esta línea de aproximación con más claridad en un libro completo fue Caroline Robbins, con su *The Eighteenth-Century Commonwealthman* (1959)¹, seguida de Bernard Bailyn, con *The Ideological Origins of the American Revolution* (1967), y pronto también por Gordon S. Wood con su *The Creation of the American Republic, 1776-1787* (1969) y el ya citado J.G.A. Pocock. Detengámonos, pues, en los hechos históricos y la atmósfera de la época con el fin de interpretar específicamente el contexto de las *Cartas de Catón*.

219

Aun siendo un episodio más desconocido, no cabe duda de la importancia que tuvieron para Inglaterra las Guerras Civiles iniciadas en 1642 y que finalizarían en 1653, sólo tras enfrentamientos que implicaron también a Escocia o Irlanda. Carlos I fue enjuiciado y decapitado en 1649 por quienes fundarían así de inmediato la *Commonwealth* republicana, vigente hasta 1660. De aquella contienda que enfrentó al monarca con el Parlamento, y después a los partidarios del nuevo régimen con los conspiradores monárquicos, surgieron una serie de ideas que pervivirían en la órbita atlántica y alcanzarían a influir en revoluciones posteriores como la francesa, merced al triunfo de la Independencia norteamericana en 1776. Entre ellas estaba la de la limitación del poder, que condujo a socavar la prerrogativa del monarca. Así, los parlamentarios le retiraron el mando de la milicia en 1642 y negaron el predominio de la Iglesia anglicana encabezada por los Estuardo, al acoger claramente el puritanismo como seña de identidad. De esta forma rechazaban la disciplina eclesiástica, que entonces también permitía imponer penas a quienes no asistieran a ciertas ceremonias o ritos religiosos, o no contribuyeran a sostener el culto oficial, y abrían nuevas posibilidades de organización en la materia, más flexibles y menos dependientes del episcopado. Alrededor de todo este combate existía además una noción de derechos y libertades de los ingleses, *birthrights*, que ninguna jurisdicción o poder instituido podía vulnerar. En medio de tal lucha se desarrollaron discusiones sobre las formas de gobierno, la soberanía, el papel de las Cámaras o del Rey como cúspide del sistema político. Pero es que además, en 1647, esos debates alcanzaron un grado de radicalización muy notable, de manera que entre los combatientes y apologistas del bando parlamentario pronto empezó a defenderse la supresión de la Cámara de los

¹ Robbins (1947) ya había apuntado en esta dirección antes con su artículo "Algernon Sidney's Discourses Concerning Government: Textbook of Revolution".



Lores, la definitiva abolición de la monarquía, la extensión del sufragio para elegir a los Comunes o la libertad de conciencia fuera de los márgenes del presbiterianismo. En un principio tales reivindicaciones quedaron arrinconadas por la mayoría parlamentaria, pero la amenaza exterior, la renuencia de Carlos I a facilitar negociaciones y el imparable proceso transformador que había experimentado la sociedad con la guerra hizo que, una a una, aquellas medidas fueran ejecutadas hasta sus últimas consecuencias.

Es cierto que la *Commonwealth*, lastrada por conflictos internos graves, tuvo una vida efímera. Pero también que la Restauración monárquica bajo Carlos II, acaecida en 1660, ni siquiera pudo ser total, como demuestra el *Habeas Corpus Act* de 1679, arrancado por los parlamentarios a la Corona. De hecho pronto subirá al trono una nueva dinastía más proclive a plegarse a los deseos del Parlamento, representada en las figuras de María y Guillermo de Orange en 1688, invocada con el triunfo de la llamada “Revolución Gloriosa” y que en realidad había sido un puñetazo sobre la mesa de los notables del reino contra Jacobo II Estuardo y su tendencia catolizante. A partir de ese momento, y con documentos como el *Bill of Rights*, la *Mutiny Act* y la *Toleration Act* (1689), la *Triennial Act* (1694) o el *Act of Settlement* (1701), Inglaterra se encaminará hacia lo que luego será denominado como monarquía parlamentaria. Las Cámaras se hallaban controladas por una elite que se había configurado durante las guerras civiles y que deseaba estabilidad social y política, así como el máximo aprovechamiento de un vasto imperio colonial. Esto nada tenía que ver con la extensión del sufragio que los niveladores habían defendido en *Putney* en 1648. En consecuencia, la lectura política que viene a continuación sólo puede ser efectuada considerando tales premisas.

El acuerdo citado de 1688, pese a una cierta participación en él de los *tories* partidarios del derecho divino de los reyes, partía básicamente de la noción contractual de los *whigs*, quienes habían situado el poder legítimo allí donde existiera un pacto entre el pueblo, representado por los parlamentarios, y el monarca de la dinastía que correspondiera. En tal sistema, tanto éste como aquéllos desempeñaban un papel constitucional de primera magnitud, pero pronto se pudo percibir que el equilibrio resultaba inestable, y ello debido a la aparición de un nuevo fenómeno político de perfiles inquietantes para numerosos *whigs*. Tal preocupación partía de la falta de control del Parlamento sobre el ejecutivo, a causa de que éste utilizaba determinados mecanismos corruptores que derivaban en la aparición de pensionados, adquirentes de cargos y especuladores, con el fin de conseguir los medios financieros para la expansión militar y comercial del país. Pronto se articula la existencia de un grupo de ministros encabezados por un *premier*, tendencia reforzada de manera rotunda durante el reinado de Jorge I, quien había ascendido al trono en 1716. Esta “innovación” parecía contradecir el mantenimiento de la “constitución mixta” británica, sostenido, y pese al breve paréntesis republicano antedicho, sobre la existencia de lores, comunes y monarca, que representaban tres órdenes distintos y que se moderaban unos a otros. Con el nuevo régimen aparecía un gabinete muy poderoso y muchos eran quienes utilizaban el argumento de una supuesta caída del sistema constitucional para respaldar su rechazo a las políticas gubernamentales. Esta oposición era un tanto heterogénea y abarcaba desde *tories* más o menos díscolos, como Bolingbroke, hasta *whigs* radicales como quienes ocupan estas páginas.

Casi todas las *Cato's Letters* aparecieron en el *London Journal*, siendo publicadas semanalmente, desde finales de 1720 hasta el verano de 1723². Su crítica arrancó de un hecho coyuntural, en concreto, de una crisis financiera causada en parte por una frenética actitud especulativa en torno a la Compañía de los Mares del Sur (*South Sea Company*). El gobierno inglés se había endeudado, favoreciendo una supuesta solvencia de esta empresa monopolística mediante la popularidad de unos activos que finalmente no respondieron a las expectativas de rédito y que, es más, condujeron a muchos inversores más modestos a la ruina. Sus efectos se dejaron sentir en todo el país, merced a un efecto dominó que golpearía a otras compañías. Aunque toda esta operación parecía haberse originado con el fin de reforzar a Inglaterra en el escenario internacional, algunos críticos, como Trenchard y Gordon, pensaron que esta política especulativa amenazaba la libertad del país, habiendo originado la ruina económica de muchos.

Las *Cartas* parten de la clásica noción de origen aristotélico según la cual los gobernantes deben someterse a leyes con el fin de que sus pasiones no perjudiquen al bien común. La razón es imparcial en sí misma y da origen a “la norma más relevante en cada país, al menos en cada nación libre, por la cual la propiedad privada queda reconocida y el bien público, que es el fin más importante de todas las leyes, resulta asegurado” (Carta 3). La ley defiende así la *propiedad*, si bien este concepto ha de entenderse en sentido amplio, como era usual en la época, es decir, con una serie de libertades adheridas. Y muy especialmente la libertad de conciencia: “toda creencia religiosa de un hombre es algo de su posesión”, puesto que “la religión no puede nunca acogerse sin convicción”, ya que consiste en “una relación entre Dios y nuestras almas solamente” (Carta 60). De esta forma se defendía el apuntalamiento de un monarca protestante en Gran Bretaña, hecho derivado de la Revolución Gloriosa y que las *Cartas* aceptaban con claridad:

[...] en los países tiránicos, es común ser esclavos ciegos de las voluntades también ciegas del príncipe, y matar o ser muerto por él a su placer: pero en los países protestantes, el espíritu público es otra cosa; es combatir la fuerza y el engaño; es reconciliar los auténticos intereses de los gobernantes y los gobernados; es desenmascarar a los impostores y resistir a los opresores; es mantener al pueblo en libertad, suficiencia, tranquilidad y seguridad (Carta 35).

El clero, aunque fuera el nacional, debía quedar sometido a una Corona baluarte del protestantismo e impedido así de acoger veleidades “papistas”. El problema es que, aunque esto deba resultar así, los gobernantes, buscando su propio interés, a menudo intentan despojar al súbdito de sus derechos, aseveración que Trenchard y Gordon relacionan con el escándalo financiero ocurrido (Carta 91). En aquellos supuestos, y cuando los resortes previstos políticamente para combatir tales fenómenos fracasan, cabrá la posibilidad de reaccionar reivindicando la participación ciudadana: “naciste para la libertad, y es tu *interés* y *deber* preservarla [...] pero depende únicamente de ti el hacer que estos derechos sean realmente tuyos, que puedas disfrutar de tales nobles privilegios” (Carta 70). Este llamamiento se refiere de manera muy directa a la corrupción extendida, no ya sólo entre los representantes parlamentarios, sino también en los propios candidatos que recurren a la compra de votos, siendo tales “malnacidos que os abordan para votar, con el

² Sus autores, John Trenchard y Thomas Gordon, ya habían colaborado en artículos de carácter anticlerical publicados en el *Independent Whig* durante 1720 y 1721. Gordon era un granjero próspero vinculado por matrimonio a la pequeña nobleza, habiendo sido célebre por sus escritos contra los ejércitos permanentes en el reinado de Guillermo III. Los orígenes de Trenchard resultan más oscuros. Llegaría a casarse en 1724, tras fallecer Thomas Gordon, con su propia viuda. Tras una intensa dedicación al periodismo, se dedicó a traducir a Salustio y Tácito. La edición que utilizamos para la traducción es Trenchard y Gordon (1995).



espíritu, propósito y maneras de un fullero; y que os tratan como ganado que se pudiera comprar por una cantidad mayor o menor, según lo que crean puede ser vuestro precio. ¿Caballeros, podéis soportar este insulto contra vuestra honestidad, razón y libertades?” (Carta 70).

Por ello resulta imperioso acudir a medios que amparen buenas conductas y contribuyan a frenar la corrupción. Y que no estibarán para Trenchard y Gordon en una ampliación del derecho de sufragio. Lo que harán será intentar ser lo más consecuentes posibles con su tradición *whig*, es decir, con el buen funcionamiento del sistema de la vieja *constitución mixta* y su distribución del poder en distintas instancias. Si alaban al pueblo no es por motivo de considerarle soberano, sino porque entienden que en la Constitución inglesa el segmento democrático (que opera aquí junto con el aristocrático y el sujeto monárquico) ha perdido gran parte del poder que originalmente le corresponde por causa de la corrupción del sistema de gabinete. Así que hay que recuperar la vieja composición, devolviendo al Parlamento, especialmente a los Comunes, el papel que tenían antes. Ahora bien, el gran obstáculo de esa porción popular es la de ser representada de forma que sus comisionados defiendan los intereses del pueblo y sostengan así el bien común (Carta 61). Así que “cada súbdito tiene derecho a vigilar los avances de quienes podrían traicionar a su país”, siendo tal “el principio de los *whigs*, la doctrina de la libertad” (Carta 13). En consecuencia, es necesaria la rotación de parlamentarios, con elecciones periódicas repetidas (“cambiándolos tan frecuentemente, que no haya tiempo para corromperles”, Carta 60). El *consentimiento*, de acuerdo con la tradición *whig*, es la base de cualquier actuación gubernamental: “el gobierno de uno para su propio beneficio es tiranía; y también el de unos pocos es solamente para su propio bien: pero el gobierno ejercido para el beneficio de todos, y con el consentimiento de todos, es libertad” (Carta 24).

Sin embargo, Trenchard y Gordon no lograron encontrar qué mecanismo solucionaría una crisis cualquiera suscitada entre los diferentes poderes de la constitución mixta, de forma que uno de ellos rebasara sus límites (“la pregunta es, ¿quién será el juez que decidirá si el magistrado ha resuelto de manera justa y o persiguiendo lo que se le ha confiado?”, Carta 59). Ofrecerán sólo y como último remedio el “principio de que el pueblo juzgue por sí mismo, y *resista* la fuerza ilegítima”. Tal era en punto de apoyo en el que había descansado la “última y feliz Revolución” (Carta 59), es decir, la Gloriosa de 1688.

Bibliografía

- BAILY, B. (1967), *The Ideological Origins of the American Revolution*, Harvard University Press, Cambridge.
- POCOCK, J.G.A. (1975), *The Machiavellian Moment. Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton University Press, Princeton.
- ROBBINS, C. (1947), “Algernon Sidney’s Discourses Concerning Government: Textbook of Revolution”, *William and Mary Quarterly*, Vol. 4, Núm. 3, pp. 267-296.
- ROBBINS, C. (1959), *The Eighteenth-Century Commonwealthman: Studies in the Transmission, Development, and Circumstance of English Liberal Thought from the Restoration of Charles II until the War with the Thirteen Colonies*, Harvard University Press, Cambridge.
- TRENCHARD J. y GORDON, T. (1995), *Cato’s Letters: or, Essays on Liberty, Civil and Religious, And other Important Subjects*, HAMOWY, R. (ed.), Liberty Fund, Indianapolis.

DOS ARTÍCULOS DE JOHN TRENCHARD Y THOMAS GORDON SOBRE LOS FUNDAMENTOS Y LÍMITES
CONSTITUCIONALES DEL PODER: *DONDE SE DEMUESTRA QUE LA LIBERTAD ES EL DERECHO INALIENABLE DE TODA LA
HUMANIDAD Y TODOS LOS GOBIERNOS HAN SIDO INSTITUIDOS POR LOS HOMBRES Y SOLO PARA SU BIENESTAR* (1721)

WOOD, G.S. (1969), *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, University
of North Carolina Press, Chapel Hill.



Donde se demuestra que la Libertad es el derecho inalienable de toda la Humanidad

Carta nº 60: sábado, 6 de enero de 1721

Intento atraer la atención de mis lectores con disertaciones sobre la libertad en algunas de mis siguientes cartas y como primer paso hacia tal objeto me esforzaré en probar que aquélla es el inalienable derecho de toda la Humanidad.

Todos los gobiernos, cualquiera que sea la forma bajo la que se hallan administrados, deberían serlo en provecho de la sociedad; pues cuando resultan regidos por otro fin dejan de ser tales y se convierten en pura usurpación. Resultando ser esta la meta de todo gobierno, aun el más despótico la tiene por límite a su autoridad. Al respecto, la única diferencia entre los príncipes más absolutos y los magistrados más limitados es la de que en los gobiernos libres hay controles y restricciones señalados y expresados en la propia constitución, mientras que en los gobiernos despóticos el pueblo se somete solamente al cuidado y juicio del príncipe. Pero aun en estos últimos existe la condición tácita y ligada a su poder de que debe actuar según las leyes no escritas de la adecuación y la prudencia y emplearlo sólo para el bienestar del pueblo que se lo concedió, si bien al permitírsele disfrutarlo siempre no es seguro que aquello suceda.

En los gobiernos más libres a menudo se le confía a un hombre en solitario el poder discrecional, pero debe responder por tal atribución ante quienes confían en él. Generales de ejércitos o almirantes de flotas tienen con frecuencia delegaciones sin cortapisas, pero, ¿acaso no resultan responsables por la prudente ejecución de tales cometidos? El veneciano Consejo de los Cien goza de poder absoluto sobre la libertad y vida de todo hombre bajo el Estado, pero si hiciera uso de tal poder para diezmar, abolir o esclavizar al Senado y, como los Decenviros romanos, para sustituirle, ¿acaso no sería legítimo que este último, que le ha concedido aquella autoridad para otros fines, enviara a la muerte a aquellos diez traidores sin freno de la manera que le fuera posible? A la Corona de Inglaterra le ha sido confiada en su mayor parte la disposición única de los fondos destinados a la Lista Civil, frecuentemente junto con el empleo de grandes sumas recaudadas para otros usos públicos. Pero pese a ello, si el Lord Tesorero (y aun bajo la propia dirección particular de la Corona) hubiera distribuido este dinero para el deshonor del Rey y la ruina del pueblo, ¿acaso no diría cualquiera que habría de compensar por su delito con la pérdida de su condición y hasta de su cabeza?

He expuesto antes, y de manera extensa, que ningún gobierno puede ser absoluto en el sentido, o más bien, sinsentido, al que se refieren nuestros actuales doctrinarios y que ha sido tan común. Ninguna bárbara conquista, ni el consentimiento forzado de un pueblo infeliz y sometido al peso de evitar la espada, ningún acto de crueldad repetido y hereditario, aunque sea denominado sucesión, ni tampoco la continuación de la violencia, aunque sea llamada prescripción, pueden alterar y mucho menos derogar estos principios fundamentales del gobierno o convertir los medios de preservación común en herramientas de destrucción y hacer la condición humana infinitamente más miserable que la de las bestias. Y todo ello aunque sea por la única consideración de que la razón nos distingue del animal.

La fuerza no otorga otro título que la venganza y la entrada así en un círculo vicioso, y no ha podido estar en la intención de hombre alguno conceder poder a otro sobre él mismo, salvo a los efectos de ser ejercido en su propio interés. Si



existen hombres lo suficientemente locos o estúpidos como para pretender que fuera de otra forma, deberían ser tratados como traidores o lunáticos, puesto que el motivo de su conducta se debe a sus arrebatos y estupidez.

Todos los hombres nacen libres. La libertad es un regalo que reciben del propio Dios. No puede ser entregada mediante consentimiento, aunque sí sea posible perderla por causa de delito. Ningún hombre tiene poder sobre su propia vida o para crear; y no puede, en consecuencia, transferir el poder de hacer cualquiera de esas cosas a otro. Y aún mucho menos despojar de sus vidas y libertades, religión o propiedad a sus descendientes, que nacerán igual de libres que él y que nunca podrán quedar sujetos a tan injusto y absurdo acuerdo.

El derecho del magistrado nace sólo del derecho de los particulares a defenderse por sí mismos, repeler los ataques y castigar a quienes los emprenden. Este derecho es transmitido por la sociedad a su representante público y éste sólo puede ejercerlo para el beneficio y seguridad que ella exige. Cuando sobrepasa su cometido, sus actos resultan ser extrajudiciales en la misma medida que los de cualquier particular sin autoridad legítima, así que resultan nulos. Todo hombre resulta responsable por el mal que haga. Un poder para hacer el bien nunca puede ser una garantía para hacer el mal.

Pero aquí emerge una importante pregunta que ha sorprendido y preocupado a la mayor parte de la Humanidad, aunque creo que la respuesta es fácil y obvia. La pregunta es, ¿quién será el juez que decidirá si el magistrado ha resuelto de manera justa y o persiguiendo lo que se le ha confiado? A esto se le responde adecuadamente que si quienes se quejan de él pudieran juzgarle, entonces estarían por encima del magistrado principal, cuya autoridad se supone, sin embargo, y en sí misma, la más elevada, lo cual resulta contrario a la hipótesis de partida. Pues la misma pregunta y dificultad recaerían de nuevo sobre el así encumbrado. Tal cosa admito que es absurda, al menos tanto como sostener que la persona acusada sea el juez de sus propias acciones, puesto que sin duda juzgaría y determinaría en su propio provecho, y en consecuencia toda la raza humana sería abandonada sin auxilio alguno bajo la injusticia, la opresión y la miseria más gravosas que pudieran afligir a la naturaleza humana.

Pero si ni los magistrados ni quienes se quejan de ellos y resultan agraviados por su actuación tienen derecho a decidir definitivamente, el uno respecto al otro, y si no existiera poder alguno al que pudieran hallarse sujetos, entonces cada hombre interesado en el éxito de la solución debe actuar conforme a la luz y los dictados de su propia conciencia y hacerlo de la manera más perfecta que pueda y en consonancia con ella. Donde no existe juez o ninguno pueda ser nombrado, cada hombre debe ser el suyo propio. Lo cual implica, al no haber árbitro alguno sobre la tierra, que debemos recurrir al cielo y obedecer su deseo, declarando nosotros mismos qué es lo que consideramos justo.

Si el senado y el pueblo romanos hubieran permanecido irreconciliables no hubiese existido juez en el mundo para ellos, y por tanto, ningún remedio sino el mencionado. Respecto a ese gobierno consistente en la unión de nobles y pueblo, cuando contendieron, ningún hombre podía resolver el conflicto entre ellos; y por ello mismo, cualquiera debió haber estado en libertad de proveer para su propia seguridad y el bien general en el mejor modo del que fuera capaz. Con aquel supuesto, en el que cesó el juez común, cada uno fue el suyo propio: al quedar el gobierno inútil para actuar, pereció políticamente: la constitución fue disuelta, y no existiendo gobierno que así pudiera denominarse, el pueblo fue devuelto al estado de naturaleza.



Lo mismo resulta cierto cuando dos príncipes absolutos que gobiernan un país comienzan a pelearse, tal y como ocurrió algunas veces entre dos Césares asociados, especialmente hacia el final del Imperio de Roma. O donde un consejo soberano gobierna el país y sus votos valen lo mismo. En tales circunstancias, todo hombre debe tomar el partido que piensa resulta más adecuado al bien común o elegir algunas medidas apropiadas para su propia seguridad; porque si debo fidelidad al acuerdo de dos príncipes o a la mayoría de un consejo, cuando la unión de tales señores no aguanta en pie ni aflora mayoría alguna en este consejo, no puede existir sometimiento a ninguno de ellos y la leyes de la naturaleza y de la propia preservación deben ocupar su lugar donde no existe otra cosa.

La situación es la misma cuando hay disputa acerca de los títulos de los príncipes absolutos que gobiernan al margen de los estados de un país y no convocan a ninguno de ellos. Aquí también todo hombre debe juzgar por sí mismo qué partido tomará, a cuál de los títulos se adherirá, e idéntico criterio particular debe guiarle como quiera que una pregunta emerja sobre si el mencionado príncipe es un idiota o un lunático y, por tanto, si es capaz o no de gobernar. Donde no existen aquellos estados no puede haber otro medio de juzgar sino el del criterio de los particulares sobre la capacidad de los príncipes y acerca de cuál deber ser su destino. Pienso que la locura e idiocia son específicos impedimentos para el gobierno y tan fuertes como la sordera, la ceguera y mudez, o aun la muerte. Quien no puede desempeñar un oficio ni designar un delegado no es apto para ello.

Ahora sé de buena tinta porqué los particulares no utilizan tan adecuadamente su criterio en una asunto que tanto les afecta; me refiero al del gobierno tiránico, del que padecen tan tempranamente tristes efectos y pruebas de sufrimiento. Y es que no poseen idénticos recursos para estar convencidos de la incapacidad natural de su gobernante. Las personas de los grandes príncipes no son conocidas salvo por unos pocos súbditos y sus peculiaridades por bastantes menos. Muchos príncipes han reinado bien después de muertos por obra de sus esposas, ministros o sus propios asesinos. Realmente pienso que es asunto y el derecho del pueblo tanto juzgar si su príncipe es bueno o malo, si resulta ser un padre o un enemigo, como decidir si debe morir o vivir; a menos que se afirme (entre otras sabias aseveraciones) que resulta posible valorar si puede gobernar pero no si lo hace. Conviene poner la administración en manos más sabias si fuera un loco inofensivo, pero resultaría impío obrar así si fuera un tirano destructivo; pues la falta de expresión es un impedimento, pero la ausencia de humanidad, ninguno.

Que los gobernados no fueran jueces de sus gobernantes, o mejor dicho, que no se evaluaran por sí mismos en los asuntos de gobierno, siendo algo que de todas las cosas humanas es la que más les podía afectar, era un absurdo que nunca tuvo cabida en la imaginación de los hombres antiguos sabios y más honestos, quienes resultando conducidos por la razón eterna, que es la única y mejor orientación para los asuntos humanos, guiaron a la emancipación y felicidad humanas, frutos legítimos y esforzados de la libertad, a la cumbre más alta que pudieron alcanzar. Pero el mencionado absurdo, junto con muchos otros igual de monstruosos y dañinos, quedó sepulto sólo para ser recuperado por unos pocos monjes cristianos y mahometanos, amargados e ignorantes, quienes, desconocedores de todo, fueron hechos ellos mismos los directores de todo; y hechizando al mundo con santas mentiras y delirios sin fin, disfrazados con palabras bárbaras y expresiones groseras, dirigieron toda su fuerza embaucadora contra el sentido común y la libertad común y la verdad, y fundaron un imperio pernicioso, absurdo y visionario sobre sus ruinas. Sistemas sin sentido, proposiciones falsas,

religión sin razón, una iglesia sin frenos ni caridad, severidad sin justicia y gobierno sin libertad ni piedad, fueron todos ellos los benditos frutos de estos religiosos locos y teólogos pedantes, que pretendiendo conocer el otro mundo, le estafaron y confundieron. Su enemistad por el sentido común y su deseo de extenderla fueron justificaciones para gobernar la percepción de toda la Humanidad. Habiendo mentido, fueron sin embargo considerados campeones de la verdad, y por causa de sus locuras, impiedades y crueldad, percibidos como favoritos y confidentes del Dios de la sabiduría, la piedad y la paz.

Fueron hombres que habiendo demolido todo sentido y criterio humanos, primero conformaron el principio de que el pueblo no era juez de su propio gobernante o de su administración y que tampoco podía entrometerse en tales asuntos, ni protegerse de los destructores del bien público que se autodenominaban falsamente gobernantes. Es más, resulta que dichos hombres, que se ubicaban sosteniendo y defendiendo el gobierno sin la honestidad común de distinguir el bien del mal, y protegiendo el asesinato y la depredación, fueron precisamente ellos mismos los acosadores constantes y reconocidos de todo gobierno que no podían dirigir y controlar; y el que no reverenciase sus normas, sin importar cuán excelente resultara, era honrado con su odio expreso, mientras que los conocidos tiranos y carniceros que se entendían con ellos eran deificados. Este fue el pobre estado de la Cristiandad antes de la Reforma, y ojalá pudiera decir que de ninguna parte de ella desde entonces.

Esta bárbara anarquía en el razonamiento y la política ha hecho necesario probar proposiciones que la ley natural ya había demostrado antes, como aquella que los apóstoles se vieron obligados a demostrar a los gentiles desorientados, la de que no existían dioses que pudieran fabricarse con las manos. ¿Tengo, pues, que probar que el pueblo tiene el derecho a juzgar si sus gobernantes lo son en su favor o no? ¿A evaluar si poseen las cualidades necesarias y naturales para ello? ¿Si tiene realmente gobernantes o no? ¿Y si, cuando no tiene ninguno, acaso todo hombre no goza de la libre disposición de sí mismo? Por lo tanto, retomo ejemplos e ilustraciones de hechos que no pueden ser rechazados, aunque sí por quienes carecen de modestia y discernimiento y soslayan tanto proposiciones como acaecimientos.

Se nos ha contado que en Polonia, y de acuerdo con la constitución de aquel país, en las Dietas es necesario el consentimiento de todos los presentes para hacer efectiva una resolución. Y por lo tanto, al objeto de evitar el sacrificio de la garganta popular, no tienen otro remedio que el de segar las suyas, es decir, de tirar de sable y forzar a los miembros renuentes de la minoría a que se sometan. Y entre nosotros en Inglaterra, cuando un jurado no llega a un acuerdo, no puede existir veredicto, de modo que debe ayunar hasta que lo consiga, o hasta que uno de sus miembros fallezca, quedando el jurado disuelto sólo entonces.

Todo esto, dada la naturaleza de las cosas considerada en sí misma, debe configurar el presupuesto constante de todas las disputas entre dominio político y propiedad. Donde chocan los intereses de los gobernantes y de los gobernados no puede existir juez entre ellos; apelar a una potencia extranjera equivale a perder la soberanía; someterse a la otra parte es abandonar el litigio. Y por lo tanto, si unos y otros no solventan amigablemente su disputa, el cielo decidirá. El tal caso, la apelación se hallará propiamente en los primeros principios del gobierno. Siendo la premisa el estado de naturaleza y la unión de varias familias conformando por sí mismas una máquina política para la protección y defensa mutuas, es evidente que esta relación instituida no puede permanecer a menos que la máquina sobreviva y pueda actuar; cuando no lo hace, los individuos deben volver a su estado original.



Ninguna constitución puede proveer contra lo que ocurra cuando ella misma se haya disuelto. El gobierno es sólo una designación de una o más personas, con el fin de realizar ciertas acciones para el bien y beneficio de la sociedad; y si las así interesadas no actuaran o lo hicieran de forma contraria a su delegación, su poder, obviamente, debería retornar a quienes lo otorgaron.

Supóngase, por ejemplo, que el Gran Monarca, tal y como se le llamó, hubiera comprado un reino vecino y todas las tierras contenidas en él a los cortesanos y la mayoría de los delegados del pueblo, junto con las tierras eclesiásticas mediando el consentimiento de su convocatoria o sínodo o cualquier otra denominación que tuviera tal asamblea. ¿Estarían obligados a dar por bueno tal acuerdo el pueblo y el clero, si se les consultara? Desafío a quien conteste afirmativamente; por contra, el pueblo hubiera tenido el apoyo del clero patriota para recordar a sus representantes con claridad que su elección tenía el fin de actuar en interés de quienes les enviaban y no del suyo propio, y que su poder les había sido otorgado para proteger y defender a su país y no para venderlo y esclavizarlo.

Y esta elucubración, de todos modos, pese a lo cruda que parezca, no parte de algo absoluta e universalmente imposible. El Rey Juan vendió el reino de Inglaterra a Su Santidad; y hay gente en todas las naciones dispuesta a vender su país natal, y que por lo tanto no tienen principio alguno que les impida venderlo si se trata de uno que no es el suyo de origen.

Y es una locura decir que toda esta reflexión puede ser perniciosa para la sociedad si consideramos al menos cierta proporción de la ruina devastadora y de las fatales calamidades que acontecen, y así es lógico que ocurra, donde se mantiene la doctrina contraria. Y es que, como ya he advertido en otra Carta anterior, resulta que, subsistiendo todas las corporaciones de personas por su propia esencia o por los beneficios de su comercio e industria y cuando gozan de paz y seguridad, los hombres temen aquellos desórdenes civiles que destruyen todo lo que disfrutan, y así prefieren soportar un millar de perjuicios antes que causar un solo daño y aguantan gravámenes hasta que no pueden soportarlos ya más.

Y ello debido a la violencia de las enseñanzas y la reverencia con las que se ha adoctrinado al pueblo y que han sido siempre utilizadas para satisfacer a los príncipes; a las arengas perpetuas de los aduladores, la pompa ensordecedora y vanidosa del poder y sus dorados estandartes, siempre brillando ante sus ojos; a la monolítica ejecución de las leyes mediante el único poder del príncipe; a los funcionarios, guardianes altivos y ejércitos permanentes, junto con las ciudades fortificadas, la artillería y todos los polvorines a su disposición; a las cuantiosas recompensas y multitudes de adeptos y clientes que sostengan y jaleen todo lo que haga. La obediencia a la autoridad queda tan firmemente asegurada así que resulta difícil de imaginar que un número cualquiera de personas suficientemente formidable como para trastocar un Estado consolidado se pueda agrupar y esperar cambiarlo, hasta que los agravios públicos son tan enormes, la opresión tan grande y la desafección tan universal, que no puede existir asunto más importante, al margen de que las calamidades sean reales o imaginarias, que si el magistrado ha protegido a su pueblo o ha emprendido su destrucción.

Este fue el caso de Ricardo II, Eduardo II y Jacobo II y será el mismo supuesto cuando concurren idénticas circunstancias. Ninguna sociedad de hombres gemirá bajo las opresiones por más tiempo que el que le sea necesario para saber cómo desprenderse de ellas, y ello cualesquiera sean las caprichosas y fantásticas

nociones que vanos y bien instalados charlatanes puedan proferir desde Universidades y claustros, y por mucho que se esfuercen para sus repugnantes fines en enseñar a otros doctrinas que es conocido no practican.

Sobre este principio de que el pueblo juzgue por sí mismo y resista la fuerza ilegítima descansa nuestra feliz última Revolución y con ella el título justo y acorde a Derecho de nuestro más excelente soberano, el Rey Jorge, a poseer el cetro de estos reinos; un cetro que no dudo que mantendrá para su propio honor y el del pueblo, junto con la protección y prosperidad de éste.



Todos los gobiernos han sido instituidos por los hombres y sólo para su bienestar

Carta nº 59: sábado, 30 de diciembre de 1721

No hay gobierno sobre la tierra que derive su formación u orígenes de la revelación divina inmediata o que pueda deducir su existencia de tal revelación. Por el contrario, resulta cierto que su periódico nacimiento, institución o modificación puede hallarse en la memoria de los hombres o en sus narraciones y que todo el que hoy conocemos fue establecido por la sabiduría y la energía de simples mortales y con la concurrencia de medios y causas nítidamente humanos. En consecuencia, el gobierno no tiene otro poder más que el que los hombres le atribuyan y en la forma en que se lo haya otorgado el concedente para el beneficio de su interés. Y no puede ser instituido sin otro consentimiento salvo el de todos sus súbditos o de tantos como puedan compeler al resto, puesto que ningún hombre o consejo de hombres puede tener fortaleza específica para gobernar multitudes mediante la coacción o puede reclamar para sí y sus familias superioridad alguna o soberanía natural sobre congéneres que por naturaleza son igual de aptos. Tal fortaleza, por tanto, donde quiera que se encuentre, es de carácter civil y agregado, así como derivada de las leyes y constituciones de la sociedad, de la cual los gobernantes son también miembros.

Así que para conocer la jurisdicción de los gobernantes y sus restricciones, debemos acudir a la institución del gobierno y averiguar aquellos límites al poder que los hombres en el estado de naturaleza tienen sobre sí mismos y con respecto a los demás. Y es que ningún hombre puede arrebatar a muchos que son más fuertes que él lo que ellos no quieren concederle. Quien carece de tal consentimiento debe tener fuerza, que de esta forma residirá en la voluntad del más poderoso. Así que ningún hombre puede entregar a otro lo que no es suyo, o lo que por su propia naturaleza es inseparable de sí mismo, siendo su religión algo particularmente importante en este punto.

Y es que toda fe de un hombre es algo de su propiedad; de forma que la de uno cualquiera, fuera del tipo o naturaleza que fuere, no puede ser la religión de otro hombre a menos que éste así lo considere. Tal premisa excluye, pues, y de forma absoluta, toda fuerza, potestad o gobierno en el asunto. La fe no puede asumirse nunca sin convicción y ésta no puede provenir de la autoridad civil. La religión, que es el temor de Dios, no puede quedar sujeta al poder, que es el temor del hombre. Es una relación sólo entre Dios y nuestras propias almas y consiste en una disposición de la mente a obedecer la voluntad de nuestro Gran Creador, de la manera que pensamos le resulta más aceptable. Es independiente de todas las instrucciones humanas y, por tanto, incontrolable mediante fuerza externa, la cual no puede alcanzar las facultades libres de la mente o informar el entendimiento, así que mucho menos convencerle. La fe, por lo tanto, que no puede nunca sujetarse a la jurisdicción de otro, tampoco puede ser enajenada a él o sometida a su poder.

Ni tiene hombre alguno en el estado de naturaleza potestad sobre su propia vida o para tomar la vida de otro, a menos que sea con el fin de defenderse o, dicho de manera más acertada, de defender su propiedad. Aquel poder que ningún hombre tiene, por lo tanto, tampoco puede transferirlo a otro.

Ni puede hombre alguno, en el estado de naturaleza, disponer de un derecho a violar la propiedad de otro, es decir, lo que el otro ha adquirido mediante su arte o

labor; ni tampoco obstaculizar su industria o placeres, en la medida en que no sea perjudicado por ellos. Así que, por lo tanto, ningún hombre pudo transmitir al magistrado ese derecho que él mismo no tenía.

Ningún hombre en sus cabales fue nunca tan salvaje como para dar poder ilimitado a otro de forma que pudiera arrebatarle su vida o sus medios de subsistencia de acuerdo con su capricho, pasión o placer irracional. Por el contrario, si alguno se privaba a sí mismo de parte de sus placeres o de sus adquisiciones, lo hacía con el honesto propósito de disfrutar el resto con mayor seguridad, y siempre al servicio de su propia felicidad, la cual ningún hombre voluntaria o intencionalmente regalará a otro, quien quiera que éste sea.

Y si cualquier otro individuo, por causa de su propia inconsciencia o del fraude o la violencia de otro, pudiera ser atado a tan estúpido convenio, queda relevado de su cumplimiento por las leyes eternas de Dios y por la razón. Ningún trato que resulte inicuo e injusto puede ser cumplido sin injusticia o iniquidad: esto resulta tan cierto que me pregunto si existe alguna constitución en el mundo que no suministre o pretenda aportar un remedio para eximir al ignorante, torturado y descuidado, atrapado en tales acuerdos por arteras maniobras o atemorizado por coacciones. Las leyes locales y positivas de las naciones residen en las leyes de la naturaleza y en la razón natural, y en Inglaterra con más frecuencia, pues, ¿cuál otro es el objetivo y qué otra debería ser la función de nuestros tribunales de equidad? Espero, además, que todos los países y sociedades no estén desprovistos de los privilegios y la protección de la razón y la equidad, seguridades para el individuo.

Así que aquí se encuentran los límites naturales de la autoridad perteneciente al magistrado y que son los de que no debería tomar lo que ningún hombre debería entregar, ni tampoco exigir lo que nadie debería realizar, pues la competencia que se le ha atribuido le permite actuar sólo de forma que quienes se la hayan entregado juzguen sobre su empleo. En el gobierno no existe la relación de amo y esclavo, deseo arbitrario y ciega sumisión, ni tampoco debería existir entre los hombres, sino que por el contrario la única que hay es la del padre y sus hijos, la del patrón y el cliente, la que une protección y alianza, benefactor y agradecido, así como al afecto y la asistencia mutuas.

Y es que la naturaleza del gobierno no modifica el derecho natural de los hombres a la libertad, que es también al que se deben adecuar todas las sociedades políticas. Y ello pese a que algunos gobiernos suministran mejor que otros la seguridad y la distribución imparcial de este derecho. Ha resultado ser tan constante y auténtico el bagaje de corrupción y maldad de la naturaleza humana, que también ha sido raro encontrar a hombre alguno cuyas miras y felicidad no se dirigieran a la gratificación de sus apetitos y aun de sus peores deseos, del lujo, de su orgullo, de su avaricia y del ansia de poder ¿Quién considera que cualquier confianza pública depositada en él no sea reconducida a saciar tan ilegítimos y peligrosos deseos? Todo esto ha sido verdad, sobre todo y principalmente, en relación con los grandes hombres que aspiraban a dominar a otros. Fueron hechos superiores para la protección de lo público, pero por lo tanto, a su costa; aun si hubieran estado satisfechos con ser traidores de forma discreta, todavía la Humanidad se habría sentido también contenta de manera moderada, pero su ambición y traición no admitían mesura y no existía nivel de villanía y miseria que el pobre pueblo no sintiera a menudo.

Los apetitos de los hombres, por lo tanto, y sobre todo los que corresponden a los grandes, deben ser cuidadosamente vigilados y detenidos, puesto que por sí solos nunca descansarán. La experiencia de cualquier época nos convence de que



no debemos juzgar a los hombres por lo que deberían hacer, sino por lo que sin duda harán dejados a su albedrío; y la Historia ofrece escasos ejemplos de hombres a quienes les fuera confiado enorme poder sin que abusaran de él cuando les era posible hacerlo sin riesgo alguno. Los siervos de la sociedad, es decir, los magistrados, se aferraron a él, lo vendieron o lo expoliaron casi de forma universal, y especialmente cuando aquélla les cedía a su capricho deberes y honorarios. En tales supuestos estos fieles mandatarios lo saqueaban todo y, siendo siervos, hacían esclavos a sus señores.

A causa de ello, y disuadidas por la triste experiencia eterna, las sociedades vieron necesario poner restricciones a sus magistrados o servidores públicos y emplazar controles sobre aquellos que de otra forma las encadenarían. Y por lo tanto, tales sociedades se propusieron edificar y formular constituciones nacionales con tal sabiduría y arte que el interés público hubiese de ser consultado y obedecido al tiempo cuando aquellos a quienes se hubiera confiado su custodia pretendieran consultar y perseguir sólo el suyo propio.

De esta forma creció la distinción entre gobiernos libres y despóticos. No fue investido de mayor poder este o aquel otro individuo, ni alguno tenía más o menos obligaciones, en justicia, para proteger a sus súbditos y buscar su tranquilidad, prosperidad y seguridad y velar por ellas. Por el contrario, el poder y soberanía de los magistrados en los países libres estaba tan delimitado, así como dividido de tal forma en distintos cauces y atribuido a la dirección de tantos hombres diferentes con diversos intereses y perspectivas, que la mayoría de ellos no encontraba nunca, o al menos no con facilidad, beneficio alguno en traicionar la confianza de las voluntades principales. Su emulación, envidia, miedo o interés, siempre hicieron que se espiasen y vigilaran entre sí. Todos estos medios han servido al pueblo para ser tenido en cuenta por aquellos que valoraban mucho su propia cabeza y en el momento en que intentaban engañarle.

En los gobiernos despóticos las cosas marcharon muy de otra manera, puesto que habían sido instituidos de forma diferente. Y es que si bien fueron denominados gobiernos, las normas del poder público eran dictadas por la pasión particular e ilegítima y en ellos los idiotas y los locos eran validos del trono y la rabia ciega desenvainaba la espada. Residiendo en el príncipe el bienestar completo del Estado junto con su poder civil o militar, el pueblo carecía de remedio alguno para sus males excepto la paciencia o la muerte, al tiempo que aquél le oprimía mediante la resignación y mataba a sus súbditos por millares. Y todo esto sucedía a menos que la ambición o los resentimientos personales de algunos hombres que eran instrumento de su tiranía encendieran la revuelta, que a su vez raramente cambiaba luego la condición del propio pueblo.

Así que el único secreto para conformar un gobierno libre es el de hacer tan similares los intereses de los gobernantes y los gobernados como pueda procurarlo la política humana. La libertad no puede ser preservada de otro modo. Los hombres se han percatado a lo largo tiempo del tiempo de su propia debilidad y depravación, de que la mayoría de ellos actuarán por interés y no por deber, y tan frecuentemente como se atrevan a hacerlo de este modo. Así que la solución es comprometerles con su deber de forma que su interés quede ligado a su cumplimiento y que exista asimismo peligro si lo quebrantan. Las ventajas personales y la seguridad deben ser las recompensas de deber y obediencia, y la desgracia, la tortura y la muerte, el castigo a la traición y a la corrupción. Cuando los diputados actúan así bajo su interés lo hacen también en el de sus representados; y cuando no pueden hacer

otras leyes sino aquellas a las cuales ellos mismos y sus sucesores están sometidos; y cuando no pueden exigir otro dinero sino el que ellos han de pagar también; y cuando no pueden errar sin que la equivocación caiga también sobre ellos al igual que sobre sus conciudadanos; y cuando sus principales pueden esperar buenas leyes, escasos desaciertos y mucha frugalidad.

La sabiduría humana no ha encontrado otra cosa sino cierto método para conseguir todo esto; a saber, el de mantener las preocupaciones de todos dirigidas también por todos, tanto como sea posible. Y donde las personas interesadas son demasiado numerosas o viven demasiado lejos como para reunirse en todas las emergencias, deben moderar la necesidad con la prudencia y actuar mediante diputados cuyo interés sea idéntico al suyo y cuya propiedad se halle entremezclada con la suya y tan comprometidos con la misma situación que los principales y sus delegados no tengan más remedio que permanecer y caer juntos.

Aquí descansa, por lo tanto, el aspecto central digno de acomodo y cuidado para formar la constitución, a saber, que comisionados fiables no tengan otro interés distinto al de las personas que han confiado en ellos y a quienes representan, o al menos nunca los medios para apartarse de ellas. Al objeto de conseguir esto de manera efectiva no existe otro sistema sino uno de los siguientes, o más bien ambos, a saber: en primer lugar, hacer tan numerosos los diputados que no exista posibilidad de corromper a la mayoría, y, en segundo término, cambiarlos tan frecuentemente que no haya suficiente tiempo para corromperles, de manera que tal maniobra finalice de inmediato en caso de producirse. El pueblo puede estar seguro de que siendo honestos la mayor parte de sus diputados, el resto también se comportará como tales; y que serán todos honrados cuando no exista la tentación de ser rufián.

Tenemos algún esbozo de esta política en la constitución de varias compañías, donde la asamblea general de sus socios conforma el legislativo y su asentimiento sanciona las leyes, y donde la administración de sus asuntos se halla puesta bajo la conducta de un cierto número de personas elegidas por el conjunto. Aquí todo hombre afectado advirtió la necesidad de asegurar su porción de la propiedad, ubicando a quienes otorgara su confianza bajo regulaciones, y ante la posibilidad de que fueran renuentes a cuidar del conjunto. Y si se hubiera previsto que una tercera parte de los administradores cesara cada año, de manera que ninguno permaneciera más de tres, tal y como se prometió en un principio, se habría impedido a todos ellos en gran medida trampear con cortesanos y conseguir grandes propiedades mediante la conspiración a expensas de la compañía. Aunque hubieran sido deseables asimismo otras limitaciones añadidas y que quizás hubieran obviado con efectividad todos estos males.

Y es que la antigua constitución de Inglaterra suponía que nuestros reyes no tenían a su disposición suficientes ingresos ni puestos provechosos como para corromper a una parte considerable de los miembros del Parlamento, ni tampoco fuerza alguna para aterrorizarles. Junto a ello, sucedía que idéntico Parlamento raramente o nunca se reunía dos veces, ya que por ser considerado el servir en él como un puesto de responsabilidad y no de beneficio, resultaba razonable pensar que todos los hombres solventes deberían dejar por turno sus familias e intereses domésticos con el fin de servir al bien público, de forma que sus localidades soportaran sus emolumentos para tal fin. El único agravio fue entonces el de que no eran convocados suficientemente a menudo como para exponer los perjuicios que sufría el pueblo a manos de la Corte durante los intervalos. Y por lo tanto fue aprobada una ley en tiempos de Eduardo III según la cual los Parlamentos debían ser convocados una vez al año.



Pero esta ley, como la última Paz de la reina, no fue cumplida. Y por lo tanto la Corte raramente convocó a aquéllos, salvo cuando quería fondos o tenía propósitos propios, y de hecho algunas veces recaudaba dinero sin reunirlos. Este arbitrario proceder trajo al bien público numerosos perjuicios y una sangrienta guerra civil en el reinado de Carlos I. Durante tal contienda fue aprobada una ley que establecía que los parlamentarios se reunieran por sí mismos si no eran llamados y de forma acorde a Derecho, siendo derogada despreciativamente durante la restauración del monarca Carlos II y de manera que al rey le fueron concedidos unos enormes ingresos vitalicios conservados asimismo para su hermano. Esto implicó que los citados príncipes estuvieran capacitados para mantener ejércitos permanentes, corromper parlamentos o vivir sin ellos, así como para realizar tales actos de poder como asumieran, lo cual forzó todo ello a que el pueblo se alzara en la última y feliz Revolución. Pronto, y tras la aprobación de una nueva ley, el Parlamento pasó a ser convocado cada tres años, pero fue también derogada con el reciente ascenso de Su Majestad al trono. Si bien el Parlamento actual quizás tenga tiempo de rectificar tales abusos bajo los que vivimos y de hacer regulaciones apropiadas para impedirlos en el futuro. Algo que ya se produjo, de forma similar, en cierto instante venturoso del pasado. De hecho, y ojalá lo quiera Dios, se nos ha dicho que el pueblo tendrá la oportunidad de agradecerle en otra elección sus grandes servicios al país. Yo estaré, por mi parte, dispuesto siempre a rendirle honor y mi agradecimiento de la forma más efectiva que se halle en mis manos. Pero mejor pasaré a abundar sobre este tema en los siguientes artículos.



Recensión

El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas

**Josep Maria Vilajosana,
(2010) Marcial Pons, Madrid, 210 pp.**

Alberto Carrio

Universidad Pompeu Fabra

alberto.carrio@upf.edu

El derecho en acción es un libro necesario. Es necesario para el bagaje intelectual del autor y también para la Teoría del Derecho en lengua española como espero poder mostrar a lo largo de este trabajo.

El derecho en acción constituye la tercera entrega de una investigación que Josep Maria Vilajosana inició oficialmente allá por el año 1997, pero me consta que intelectualmente mucho antes. Esta es una de las razones por las que no me atrevo a afirmar que con este trabajo se dé por concluido el periplo investigador que tuvo como punto de partida *El significado político del derecho* (1997) y continuó con *Identificación y justificación del derecho* (2007). Y es que, no por casualidad, el subtítulo del libro –*la dimensión social de las normas jurídicas*– constituye a un tiempo una declaración de intenciones y la verdadera preocupación intelectual del autor. A Vilajosana le interesa indagar cómo se pone *El derecho en acción*, o lo que es lo mismo, qué relación existe entre las acciones humanas y las normas jurídicas. A fin de cuentas, si algo resulta evidente es que las normas jurídicas tan sólo pueden ser definidas a partir de ciertos actos de creación, identificación y aplicación que son todos ellos humanos. Así se advierte desde el comienzo mismo del libro:

[...] una teoría del derecho debe ser (...) una teoría del derecho positivo (...) debe tener como objeto de estudio, como mínimo, las normas que tienen origen humano.

Al subrayar este carácter positivo del Derecho, Vilajosana pone de manifiesto que su interés está en comprobar el alcance práctico de la teoría, la conexión que tiene el Derecho

[...] con ciertos hechos, actitudes y acciones de seres humanos que viven en sociedad [porque] una teoría del derecho satisfactoria debe poder dar cuenta de la relación entre las normas jurídicas y los hechos sociales con los que se hallan vinculadas.

Desde hace algunos años tengo el privilegio de compartir con Josep Maria Vilajosana labores académicas e intelectuales. Durante este tiempo he tenido la

enorme fortuna de gozar de su maestría y amistad. Me gustaría aprovechar esta oportunidad no sólo para exponer más o menos esquemáticamente el consistente entramado intelectual que desarrolla en este libro, sino también para realizar algunas observaciones críticas que, como Josep Maria sabe, no son más que dudas persistentes que ya hemos tenido ocasión de discutir informalmente en el transcurso de alguna comida o durante un agradable paseo a orillas del Mediterráneo. Dado que no encuentro mejor ejemplo de clase magistral que el recuerdo de esos momentos quiero aprovechar este trabajo para expresar públicamente al autor mi gratitud por compartir su tiempo y conocimientos conmigo.

El derecho en acción se compone de siete capítulos perfectamente coordinados entre sí que pueden ser agrupados en tres bloques diferentes, y no siempre coincidentes con la numeración de los capítulos que componen el libro: uno dedicado a la ontología de normas jurídicas, otro a la epistemología y el último a analizar el lugar de la eficacia de las normas y los sistemas jurídicos o, lo que es lo mismo, la dimensión social del Derecho. En lo que sigue expondré por separado cada una de estas partes y terminaré realizando una breve consideración crítica del convencionalismo jurídico que defiende el autor.

1. Los compromisos ontológicos de Vilajosana

Para saber qué presupuestos ontológicos cabe asumir con respecto a las normas jurídicas es necesario decidir con antelación qué tipo o tipos de normas estamos dispuestos a tomar en consideración. Vilajosana parte de la conocida distinción searleana entre normas regulativas y constitutivas así como de la tipología más amplia que ofrece von Wright.

La utilidad de la precedente tipología se encuentra, advierte Vilajosana, en que permite diferenciar las normas que afectan directamente a nuestro comportamiento –las regulativas–, de las que contribuyen a generar la realidad institucional –las constitutivas, determinativas en la terminología de von Wright–, así como de los tipos secundarios vinculados con ellas. A partir de esta clasificación es posible, además, establecer ya algún tipo de relación entre las normas y el lenguaje. Pero ésta es tan vaga –obviamente todas las normas deben ser expresadas en algún lenguaje– que no ofrece una respuesta concluyente a la pregunta relevante en esta sede ¿de qué tipo de actos lingüísticos depende la existencia de las normas jurídicas? Ocurre, más bien, que esta forma de plantear la relación entre normas y lenguaje es ambigua debido a que el término lenguaje puede ser entendido al menos de dos formas diferentes: como conjunto de signos o como ese mismo conjunto más sus reglas de formación. Cabrían así, al menos, tres maneras de concebir esta relación y con ello tres formas diferentes de definir estas entidades: i) como significados normativos independientes de los signos lingüísticos; ii) como formulaciones-tipo significativas, i.e., como formulaciones o textos más su significado y iii) como formulaciones-caso significativas emitidas por un individuo en un momento determinado. Tan sólo los casos ii) y iii), como con acierto advierte Vilajosana, siguiendo Súcar, permiten establecer algún tipo de dependencia entre normas y lenguaje, aunque con ello no queda resuelto cuál es el estatus ontológico de tales normas.

La disparidad de categorías ontológicas manejadas por los teóricos del Derecho, como han mostrado Alchourrón y Bulygin a través de la distinción entre la concepción *expresiva* e *hilética*, no facilita precisamente la tarea de inclinarse por una concepción de las normas como entidades abstractas (concepción hilética) o

concretas (concepción expresiva). A decir de Caracciolo (1997: 159), la preferencia por uno u otro concepto resulta, sin embargo, de la mayor importancia ya que ello determina una cierta ontología de las normas y, por tanto, sus condiciones de existencia. Ante esta incompatibilidad entre uno y otro concepto y el aparente callejón sin salida al que conduce, Vilajosana propone un sistema de doce categorías ontológicas que resulta del análisis del tipo de dependencia que las normas mantienen con entidades reales o estados intencionales. El sistema de categorías, que Vilajosana enuncia bajo el *principio de tolerancia ontológica*, permite superar la dicotomía entre categorías que suelen considerarse exhaustivas, como notoriamente ocurre con las de abstracto/concreto. Con respecto a la ontología normativa tales categorías permiten enriquecer el análisis de la clase de entidades que son las normas jurídicas y poner de manifiesto la relación que existe entre ellas y el comportamiento humano:

Al tomar en consideración el par de entidades reales/estados intencionales podemos afinar más respecto a cuál puede ser la intervención humana en la creación y mantenimiento de las normas jurídicas y del derecho en una determinada sociedad. Al incorporar la variable temporal, introduciendo dos clases de dependencia (histórica y constante) somos sensibles a la intuición de los juristas según la cual el derecho es dinámico. Por último, si a lo anterior añadimos la distinción entre dependencia individual y genérica seremos capaces de dar cuenta de las diferencias entre normas de creación deliberada y normas de creación no deliberada (Vilajosana, 2010: 55).

Entre las normas de creación deliberada estarían obviamente las jurídicas, aunque quizá no todas, y entre las de creación no deliberada ocuparía un lugar destacado la costumbre y, en general, las normas sociales. Vilajosana analiza cada una de ellas por separado.

2. El problema epistemológico. El énfasis en la legislación y en la adjudicación

En el tercer y cuarto capítulo, Vilajosana pasa revista a las teorías de cuatro conocidos iuspositivistas: John Austin y Hans Kelsen, por lo que se refiere a las normas de creación deliberada; Herbert Hart y Joseph Raz en relación con la adjudicación o aplicación de las normas jurídicas. Veamos, para respetar el esquema del autor, cada una de estas vertientes por separado. Pero antes conviene no pasar por alto la advertencia que realiza el autor con respecto a la ambigüedad que parece afectar a la consideración del Derecho como sistema. Cualquiera que sea el criterio sistemático que se proponga, sostiene, el sistema jurídico puede entenderse al menos de dos modos diferentes, i) como la sistematización del material jurídico preexistente por parte del estudioso, lo que denomina “supuesto epistemológico” o, ii) como producto de la actividad del legislador “al que se le supone a estos efectos actuando racional y sistemáticamente” (Vilajosana, 2010: 74), que llama “supuesto ontológico”. Dentro del primer supuesto, el “epistemológico”, es posible distinguir

[...] tres niveles del lenguaje: el utilizado por el legislador, aquel en que se construye el modelo (donde tendría cabida el supuesto epistemológico de sistema jurídico) y el lenguaje mediante el cual se describe el modelo (Ibíd.).

Nada nos dice Vilajosana sobre si esta distinción es aplicable también al otro supuesto, “el ontológico”, con respecto al cual,

[...] la función del jurista sería exponer el sistema jurídico formulado de antemano, analizar un dato previo a su investigación” (Ibíd.).



De acuerdo, pues, con nuestro autor, suponer la actuación sistemática del legislador implica asumir bien que disponemos de un modelo previo de sistema al que deben adecuarse los actos del legislador, bien que el legislador define con sus actos el sistema. Lo que obviamente nos aboca a la asunción de presupuestos diferentes. No queda claro cuál de los dos supuestos, si es que alguno, es el que defiende.

Sea como fuere, Vilajosana nos advierte de que

[...] a partir de ahora tomaré en consideración la existencia de los sistemas jurídicos basándome en el supuesto ontológico. Por supuesto el sentido de esta afirmación variará en función del significado que se asigne al término «existencia». Mi atención se centra básicamente en lo que los juristas denominan órdenes jurídicos «vigentes», dejando de lado, por ejemplo, cualquier especulación sobre órdenes diseñados por teóricos, si no han adquirido vigencia en una comunidad ordenada políticamente (Ibíd.).

Creo que es importante tener en cuenta esta advertencia por varias razones. En primer lugar, por la propia ambigüedad que afecta al término «existencia» que Vilajosana no ignora. En segundo lugar, porque si lo que “los juristas denominan órdenes jurídicos «vigentes»” es el resultado de lo que hemos de suponer la actuación racional y sistemática del legislador, la duda anterior se hace más acuciante: ¿es el sistema algo definido previamente a la actuación del legislador, y sus actos son, en consecuencia, actos institucionales, sujetos a sus normas constitutivas; o el sistema es, por el contrario, el resultado de los actos del legislador, con lo que carecemos de concepto previo de sistema? En tercer lugar, porque creo que el criterio de validez que se maneje en relación con los actos del legislador se encuentra en función de la respuesta que se ofrezca a la pregunta anterior y creo que constituye un argumento central en la tesis que defiende Vilajosana.

El énfasis en la legislación

El soberano de Austin, como es sabido, se caracteriza por dos rasgos, uno positivo y otro negativo (Vilajosana, 2010: 75). De ello obtiene el autor las cuatro propiedades básicas que definen la autoridad soberana: ser suprema, ilimitada, única y unitaria. Cada uno de estos rasgos es sometido a análisis y crítica por Vilajosana para terminar reconstruyendo las condiciones de existencia de un sistema jurídico austiniano como sigue:

1. Su legislador supremo es habitualmente obedecido. Esto es lo mismo que decir que las normas jurídicas del sistema son generalmente eficaces.
2. Su legislador supremo no obedece habitualmente a nadie.
3. Su legislador supremo es superior a los destinatarios de cada una de sus normas jurídicas en relación con la sanción de cada disposición.
4. Todas las normas jurídicas del sistema son efectivamente legisladas por una persona o grupo de personas.

Ahora bien, la cuarta condición, a diferencia de las restantes, “se refiere al ejercicio de facultades no al cumplimiento de deberes” (Vilajosana, 2010: 81). De ahí que, dejando al margen esta condición, el autor señale que el criterio de existencia

de Austin, se basa en los principios de eficacia, independencia y superioridad. De ello extrae la siguiente conclusión:

[...] la existencia de una norma jurídica presupone que el soberano es habitualmente obedecido y, también, por tanto, que ha emitido otros mandatos, que existen otras normas jurídicas que pertenecen al mismo sistema. Por esta razón, puede afirmarse que, en el planteamiento de Austin, las normas jurídicas existen necesariamente en sistemas y no aisladamente (Vilajosana, 2010: 82).

El problema que presenta el esquema austiniano de sistema jurídico es, según Vilajosana, el de origen ya que

[...] no lo constituye una *norma* sino un *hecho*. Se trata, pues de un *principio de origen empírico*. La existencia de un soberano y, más concretamente, los *actos* de emisión de mandatos por parte del mismo son el origen del sistema jurídico (Ibíd.).

Creo que Vilajosana lleva razón en señalar el problema que presenta el principio de origen. Pero este problema no es atribuible, en mi opinión, al modelo de sistema jurídico, sino que es consustancial al del soberano austiniano. Téngase en cuenta que los tres principios en los que de acuerdo con Vilajosana se sustenta el criterio de existencia de Austin (eficacia, independencia y superioridad) se refieren a una autoridad suprema, es decir, a una superioridad normativa que no queda constreñida por ningún criterio de sistematicidad. Y, ciertamente, la independencia del Derecho, conforme o no un orden sistemático, presenta un problema de origen que, si no puede ser resuelto por la vía de hecho, quizá pueda solventarse a través de algún criterio conceptual.

El modelo kelseniano de la Grundnorm

Las funciones que cumple la norma básica de Kelsen son, como afirma Vilajosana, las de unidad y normatividad que normalmente se asocian a los sistemas jurídicos. Ciertamente Kelsen afirma que es la norma básica

[...] la que constituye la unidad de una multiplicidad de normas, en tanto representa el fundamento de la validez de todas las normas que pertenecen a ese orden (Kelsen, 1960: 202).

No hay duda de que la norma básica da inicio a la cadena de validez del sistema pero tampoco de que presenta serios problemas entre los que Vilajosana destaca, haciéndose eco de los críticos, su “carácter” y “el círculo vicioso validez-eficacia”. En relación con lo primero, la confusión proviene, de acuerdo con nuestro autor, “de la consideración por parte de Kelsen de las normas y los enunciados que las describen” (Vilajosana, 2010: 90). Y como quiera que “tanto una norma como el enunciado que la describe pueden tener la misma formulación lingüística”, no es posible distinguir coherentemente el enunciado de la formulación de la norma básica que es presupuesta y, por tanto, nadie ha creado. Por otra parte,

Si se admite su condición de enunciado de la ciencia, entonces tal «norma» es metasistemática y se refiere a las condiciones bajo las cuales una constitución determinada puede ser incluida en un determinado sistema como fundamento del mismo (Ibíd.)

Por lo que hace a lo segundo, al círculo vicioso validez-eficacia, que Vilajosana considera una “objeción más grave que la anterior”, conduce a un razonamiento circular que impide considerar la constitución como



[...] fundamento de validez de las normas del sistema, porque su propia validez depende de que tales normas puedan ser consideradas válidas. Al mismo tiempo, tales normas no pueden considerarse fundamento de validez de la constitución porque sólo son válidas si la constitución lo es (ibíd.).

También Caracciolo (1988: 42-43) ha argumentado convincentemente acerca de la imposibilidad de discernir las normas dependientes e independientes del sistema a la que conduce la teoría de la norma básica y, en consecuencia, su carácter circular.

Ambos problemas permiten a Vilajosana cuestionar la

[...] viabilidad del principio de origen como base en la que apoyar un criterio sólido de existencia de un sistema jurídico [dado que tan sólo] una vez que sabemos que normas pertenecen a un sistema jurídico, y sólo entonces, nos encontramos en posición de descubrir mediante qué actos son creados y, de esta forma, descubrir el contenido de la norma básica del sistema. No es posible invertir el proceso y descubrir qué normas pertenecen al sistema por referencia a la norma básica (Vilajosana, 2010: 93-94).

Creo que Vilajosana lleva razón en sus críticas a la norma básica kelseniana y en el modo en el que muestra la circularidad a la que conduce. Y dado que sucede algo similar a lo que ocurría con la doctrina de Austin, nuestro autor propone abandonar el principio de origen que defienden ambos autores y considerar el principio de reconocimiento cuyo máximo exponente es Herbert Hart.

El énfasis en la adjudicación

Hart, como sabemos, concibe el Derecho de las sociedades complejas como la unión de reglas primarias y secundarias. Las reglas primarias imponen deberes, son pues reglas de obligación. Las secundarias, confieren competencias o potestades a los órganos jurídicos. La distinción conceptual entre ellas no está, sin embargo, del todo clara ya que, como afirma Vilajosana, en principio cabría concluir que “toda regla primaria impone deberes y toda regla secundaria otorga potestades” (Vilajosana, 2010: 98). Pero Hart nos advierte también que las reglas secundarias no lo son únicamente porque confieran potestades sino porque se refieren a las reglas primarias. Por lo que, puede darse el caso, como indica Vilajosana, que haya “reglas secundarias que sean a la vez normas que impongan deberes” (Ibíd.). De todas formas, lo que sí queda claro en la teoría hartiana es que las reglas secundarias vienen a solucionar ciertas carencias básicas de las reglas primarias como son la falta de certeza, la insuficiencia de una presión social difusa y el carácter estático de las mismas. La identificación de unas y otras, así como la unidad del sistema jurídico se produce en la teoría hartiana a través de la regla de reconocimiento que proporciona asimismo el criterio de validez de todas las reglas del sistema.

Una vez analizados el carácter y los criterios de existencia de la regla de reconocimiento hartiana, Vilajosana (2010: 106) extrae las “dos condiciones necesarias y conjuntamente suficientes para la existencia de un sistema jurídico”: i) la obediencia general de las reglas de conducta válidas por parte de los ciudadanos y, ii) la aceptación efectiva por parte de los funcionarios de la regla de reconocimiento. Lo que, bien mirado, equivale a decir que la existencia de un sistema jurídico depende de su eficacia generalizada. Así pues, dado que Hart basa la existencia del sistema jurídico en la aceptación, concluye Vilajosana que



[...] lo que importa ahora no es tanto la presupuesta validez de una norma hipotética que confiera validez al conjunto, sino el hecho de la aceptación de una regla que es tal, precisamente, porque se produce esa aceptación (Vilajosana, 2010: 107).

Creo que es importante retener esta conclusión por varias razones. La primera se refiere a las críticas que el propio autor hace a i) el carácter de la regla de reconocimiento hartiana (¿es una regla conceptual o un enunciado descriptivo?) y, ii) la circularidad a la que conduce que, como ocurría en el caso de Kelsen, alude a que la regla de reconocimiento proporciona los criterios de validez del sistema y, a un tiempo, forma parte de él. La segunda razón se debe a la importancia que, como luego se verá, cobra la aceptación en el entramado conceptual que desarrolla nuestro autor.

Para terminar el capítulo, Vilajosana hace también un breve repaso de las razones para la acción y de los requisitos que exige Joseph Raz para la existencia de los sistemas jurídicos que, como es sabido, vienen caracterizados por tres propiedades, ser comprensivos, supremos y abiertos.

Vilajosana (2010: 115) concluye así que el peso de la argumentación en ambos autores se desplaza a las reglas de adjudicación y en especial a la regla de reconocimiento, “que parecen remitir básicamente a actos de los jueces de un sistema jurídico”, lo cual representa un cambio importante con respecto a las doctrinas basadas en el principio de origen ya que supone pasar de otorgar

[...] relevancia sólo a la dependencia histórica a añadir el aspecto tan relevante de la dependencia de entes reales y de estados intencionales de manera constante y genérica (Vilajosana, 2010: 116).

241

Parece por tanto conveniente prestar atención al estudio de los actos que constituyen el proceso de aplicación del Derecho como práctica social. Veamos pues como se enfrenta Vilajosana a este problema, no sin antes advertir, pese a la obviedad, que los actos de aplicación del Derecho, aunque remitan básicamente a los jueces no lo hacen únicamente a ellos, sino también a otros órganos investidos de competencia por el propio ordenamiento jurídico, como de forma señalada sucede con los legisladores en los ordenamientos constitucionales, al menos hasta donde se admita el carácter normativo de la Constitución.

Las prácticas sociales de aplicación e identificación del Derecho

Por lo que se refiere a la aplicación del Derecho, Vilajosana advierte que ésta puede ser una expresión engañosa dado que adolece de la típica ambigüedad proceso/producto. De todas formas, dado que a nuestro autor le interesa la aplicación, en tanto que práctica social, es evidente que su preocupación atañe más a lo primero que a lo segundo:

[...] dada la perspectiva aquí adoptada, el análisis de la aplicación del derecho como proceso debería pasar a un primer plano. Una exploración de este tipo, en efecto, se revelará provechosa para una teoría jurídica que pretenda ser general, desde el momento que se admite que, más allá de los matices e idiosincrasias en el funcionamiento de los distintos sistemas jurídicos, todos ellos comparten elementos comunes que atañen a la estructura y al contenido de esa actividad de aplicación (Vilajosana, 2010: 117).

El problema es que el concepto de acción colectiva es oscuro dado que requiere intencionalidad, o lo que es lo mismo, que no sólo sea el resultado de un acto reflejo, lo cual depende obviamente de un estado mental. ¿Quiere esto decir



que es posible hablar con propiedad de estados mentales colectivos? A Vilajosana no le parece adecuada esta especie de vía hegeliana del espíritu colectivo. Hay, no obstante, una posible solución alternativa que consta de dos pasos. El primero postula la existencia únicamente de estados mentales individuales. El segundo sirve para dar cuenta de cómo se relacionan los estados mentales individuales para que tenga lugar la intención colectiva.

Para llevar a cabo esta ardua tarea, Vilajosana recurre al auxilio de varios teóricos de la acción colectiva. Así, mientras que para Bratman (1999: 106) la “intención compartida” requiere la intención individual y el conocimiento común de dos participantes; para Shapiro (2002: 387), que prácticamente exige idénticos requisitos, es posible extender esta intención a grupos más amplios. Para trasladar estos esquemas a la práctica social de aplicación del Derecho, una subclase de acuerdo con Shapiro de las actividades intencionales colectivas, tan sólo habría que añadir la relación de autoridad que existe entre los participantes. Sabemos que el uso de este esquema en el Derecho fue criticado por Smith (2006), al igual que el de Margaret Gilbert ha sido tildado de insuficiente por Sánchez Brígido (2008: 173), que añade a las exigencias de esta autora el requisito de que los miembros de la unidad normativa se conciben a sí mismos como sujetos con deberes frente a los demás integrantes del grupo.

Vilajosana considera que todas, y cada una, de estas caracterizaciones de la acción colectiva adolecen de ciertos límites, pero pueden ser útiles para explicar convincentemente el fenómeno jurídico como práctica social. Para ello, propone un análisis en tres niveles, siendo el primero de los tres el más general, mientras que los dos restantes se centran en aspectos concretos del Derecho.

El primer nivel es en consecuencia el que entiende el Derecho como un todo institucional, el modelo hartiano del Derecho como unión de reglas primarias y secundarias ejemplificaría a la perfección este primer nivel. El segundo, prescinde de los actos de creación para centrarse en los de aplicación del Derecho. Pone por tanto el énfasis, como ya nos había advertido Vilajosana, no en la legislación sino en la adjudicación. El tercer nivel, por último, permitiría analizar las prácticas sociales de las que emerge la regla de reconocimiento de todo sistema normativo institucionalizado.

La razón que justifica deslindar la identificación del Derecho del resto de acciones que llevan a cabo los jueces, es que de este modo es posible “aislar el componente constitutivo” que, a juicio de Vilajosana, tiene la práctica de identificación del Derecho por parte de los jueces. Porque, como certeramente advierte nuestro autor,

[...] la existencia de reglas de adjudicación (nivel intermedio) requiere la existencia de una regla de reconocimiento, puesto que no pueden existir reglas de adjudicación en el vacío (Vilajosana, 2010: 124).

Así pues, cada una de las concepciones teóricas antes mencionada adolece de algún error de perspectiva o enfoque en relación con el Derecho. Ello se debe a que no diferencian adecuadamente entre cada uno de los niveles. Arrojan por tanto conclusiones equivocadas al explicar, por ejemplo, las prácticas sociales de aplicación –nivel 2–, por referencia al nivel 3, que alude a las condiciones de existencia de la regla de reconocimiento. Son, en consecuencia, errores de

perspectiva con respecto al Derecho que llevan a tomar la parte por el todo o viceversa.

Para evitar estos errores de enfoque, Vilajosana se propone defender una “visión convencionalista del Derecho” a partir del entramado conceptual de John Searle. Se trata con ello de

[...] ofrecer los fundamentos de una teoría convencionalista que permita ubicar adecuadamente la regla de reconocimiento, basada exclusivamente en una práctica de identificación de normas que tiene como resultado contribuir a la generación y mantenimiento de un determinado sistema jurídico en una determinada sociedad y con una normatividad que no vaya más allá de la propia de las convenciones (Vilajosana, 2010: 137).

Las prácticas convencionales de identificación

Dado que existen múltiples usos del término “convención” y no todos ellos son relevantes en Teoría del Derecho, Vilajosana acota el término a ciertos hechos sociales, a saber, las conductas que los miembros de una sociedad determinada realizan teniendo en cuenta el comportamiento de los demás:

[...] el rasgo convencional surge cuando se puede formular con sentido y para cada comportamiento verbal y no verbal de los participantes un contrafáctico como éste «si los demás no dijese y no hiciesen lo que hacen yo no diría lo que digo o haría lo que hago». Ésta ya es una forma específica de considerar las convenciones y que no es meramente equiparable a lo que sea artificial o social. Mas bien, la contraposición ahora ya no es entre lo social y lo natural, sino, dentro ya de lo social, entre lo que es reflejo de una convención (que sería lo que acabamos de ver) y lo que es fruto de una convicción. Esto último podría ser representado a través de un contrafáctico que correría paralelo al anterior: «aunque nadie dijese lo que dice o hiciese lo que hace, yo diría lo que digo o haría lo que hago» (Vilajosana, 2010: 139-140).

En Teoría del Derecho, el convencionalismo es tributario del concepto técnico elaborado por David Lewis y está especialmente vinculado al positivismo jurídico que ha interpretado la regla de reconocimiento hartiana y la tesis de las fuentes sociales en este sentido. Entre nosotros, como señala Vilajosana, destacan los trabajos de Bayón (2001) y Narváez (2004), de quien Vilajosana toma prestada la formulación de los contrafácticos anteriores.

Precisamente, Bayón (2001: 10) ha defendido que el convencionalismo es “el núcleo mínimo” que comparten las distintas versiones de la tesis de las fuentes sociales ya que ésta “puede combinarse con diferentes ontologías de los hechos sociales”. De acuerdo, pues, con Bayón, lo verdaderamente característico de la juridicidad sería su dependencia de la actividad humana. Pero como afirma Vilajosana, el problema que presenta el convencionalismo jurídico no se encuentra tanto en admitir esta dependencia de las acciones humanas como en definir esos hechos sociales, o lo que es lo mismo, en saber en qué consiste su ontología u objetividad específicas. Así, hay autores, como Leiter (1993) y Coleman y Leiter (1995), que defienden lo que se ha dado en denominar la *tesis de la objetividad mínima*¹. Otros, como ocurre con Moore (1987) o el propio Bayón (2001)¹, consideran, por el contrario, más acertada la tesis que defiende el denominado convencionalismo profundo.

¹ También habla de convenciones profundas pero en un sentido que no debe ser confundido con el anterior, como adecuadamente advierte Vilajosana, Marmor (2007).



El problema que presenta esta última reformulación de la tesis convencionalista es, a decir de Vilajosana (2010: 82), que resulta indistinguible de la tesis de las fuentes sociales por lo que sería ésta “y no la tesis convencionalista la que parece presentarse como mejor candidata del positivismo jurídico”. Pero como lo que le interesa explorar al autor es la tesis convencionalista y ésta puede ser usada en sentidos diferentes, nada obsta para que una convención pueda ser definida como “un hecho social y un entramado de razones para actuar”, lo cual permitiría entender la regla de reconocimiento de un sistema jurídico en este sentido y, con ello, reconciliar “el carácter social y la normatividad del derecho” (Vilajosana, 2010: 145).

Ahora bien, una cosa es aceptar la tesis social (TS), es decir, predicar la dependencia del Derecho de los hechos sociales, como hacen, entre otros, Raz, Postema o Coleman; y otra establecer en qué consiste esa relación de dependencia, en torno a lo cual hay discrepancia entre ellos. De acuerdo con Vilajosana existen dos posiciones básicas en relación con TS. La primera, que denomina reduccionista, vendría a sostener que

[...] las normas jurídicas son hechos sociales y el derecho, por tanto, está formado por hechos sociales (Vilajosana, 2010: 148)².

La segunda, la no reduccionista y mayoritaria en la doctrina iusfilosófica contemporánea, entiende que

[...] las normas jurídicas y, con ellas, el sistema jurídico de una determinada comunidad superviene a determinados hechos sociales sin identificarse con ellos (Ibíd.)³.

Esta segunda posición es también la presupuesta por Vilajosana. Pero una vez admitido lo anterior queda aún por saber si la existencia de los hechos sociales es condición necesaria de la superveniencia del Derecho o, si además de necesaria, es también condición suficiente. En el primer caso lo que se defiende es que en ausencia de “determinados comportamientos y actitudes de los seres humanos no existiría Derecho en una sociedad” (Ibíd); lo cual, como acertadamente afirma Vilajosana, podría ser perfectamente aceptado por los autores iusnaturalistas y Dworkin. En el segundo, por el contrario, lo que se afirma es que las conductas y actitudes de los seres humanos es lo único que se requiere para la existencia de los sistemas jurídicos, en lo que obviamente, ya no estarían de acuerdo los autores iusnaturalistas ni Dworkin.

Sea ello como fuere, lo que a todas luces parece necesario es saber a qué nos estamos refiriendo con hechos sociales, lo que, como Vilajosana reconoce, dista de ser una cuestión pacífica entre los propios filósofos. No parece tampoco que sea en esta sede donde deba quedar zanjada la cuestión. Pero para los intereses que persigue nuestro autor, es suficiente con distinguir entre dos sentidos de hecho social, uno general, que se refiere a “los comportamientos, actitudes y creencias de las personas que viven en sociedad”; y otro particular, que alude a “una subclase de esos comportamientos, actitudes y creencias” que se caracterizan por el rasgo de ser “creencias mutuas”, “intencionalidad colectiva”, “conocimiento común” o, en fin, “razones interdependientes” (Vilajosana, 2010: 150). En definitiva, hechos convencionales, que son hechos sociales que vienen caracterizados

² Esta tesis vendría expuesta de forma paradigmática por Olivecrona (1939).

³ Coleman (2001) representaría perfectamente esta segunda posición.

[...] por la presencia de un comportamiento recurrente, por creencias acerca del mismo que constituyen una razón para seguir dicho comportamiento y por un conjunto de expectativas generadas a partir del conocimiento común de estas circunstancias (Vilajosana, 2010: 151).

Así las cosas, “los hechos sociales conforman la realidad social”, lo cual es equivalente a afirmar “que la realidad social depende de estados intencionales” (Vilajosana, 2010: 152). Dado que esta última afirmación puede suscitar cierta perplejidad en el lector, Vilajosana se apresura a aclarar que “una de las formas más comunes en la que los estados intencionales contribuyen a la creación de hechos sociales es a través de las llamadas reglas constitutivas” (Ibíd.). Pero la aclaración, pese a ser pertinente, no resuelve la duda de si la realidad social se refiere únicamente a una subclase de los hechos sociales, los convencionales, y más concretamente aun a los hechos institucionales, ya que a éstos y no a otros se refieren las reglas constitutivas; o si por el contrario la realidad social está compuesta, además de por hechos convencionales, por otros hechos sociales que no participan del rasgo de convencionalidad. Esto último parece ciertamente más adecuado pero exige la tarea adicional de definir qué constituye un hecho social si de él no se puede predicar ya el comportamiento regular, la condición de dependencia o, en fin, el conocimiento común entre los miembros del grupo que ejecutan una práctica social. Más aun, si se tiene en cuenta que lo que le interesa a Vilajosana es mostrar la vinculación que guarda la regla de reconocimiento de un sistema jurídico con los hechos convencionales.

Los hechos sociales y la regla de reconocimiento

Sabemos ya que, de acuerdo con la TS, la existencia de determinados hechos sociales es condición necesaria para la existencia de los sistemas jurídicos. El problema se encuentra en conocer qué hechos sociales, convencionales o no, son los relevantes en esta sede. De acuerdo con Hart, un genuino representante de la tesis convencionalista, se requerirían dos condiciones para hablar de la existencia de sistemas jurídicos:

(CE1): Que exista una regla de reconocimiento que permita conocer cuáles son los criterios de pertenencia de las otras reglas del sistema.

(CE2): Que las reglas identificadas a partir de la regla de reconocimiento se cumplan generalmente por el grueso de la población (Vilajosana, 2010: 153).

Ambas condiciones, como señala Vilajosana, parecen hacer referencia a hechos sociales distintos. Así, mientras que (CE1) se refiere a las condiciones de existencia de los sistemas jurídicos, que podría ser entendida en términos convencionales; (CE2) alude a la eficacia de las normas que los integran, lo cual puede explicarse sin necesidad de recurrir a convención alguna. La posición de Hart podría dar lugar a la defensa de un convencionalismo débil ya que, como afirma Vilajosana, de las dos condiciones de existencia de los sistemas jurídicos, tan sólo la primera se referiría a hechos convencionales. Esta primera condición es la que Vilajosana reformula como sigue:

(CE1): Para todo sistema jurídico existe una convención con una dimensión constitutiva, a partir de la cual se puede establecer una regla técnica, vinculada a una proposición anankástica social, cuya función es la de identificar de manera autónoma el derecho positivo de una determinada comunidad (Vilajosana, 2010: 154).



En esta definición aparecen reunidos no pocos elementos, como los de “convención”, “dimensión constitutiva”, “regla técnica asociada a una proposición anankástica social”, “identificación” o “autonomía del derecho” a los que Vilajosana había hecho ya alusión en diferentes partes del libro. De entre todos ellos llaman la atención los que se refieren a i) “la dimensión constitutiva de la convención” y, ii) “la proposición anankástica social”, veámoslos brevemente.

Con respecto a las convenciones, Vilajosana afirma, en consonancia con Lewis, que “aparecen como soluciones a problemas recurrentes de coordinación” (Vilajosana, 2010: 162). Son por tanto arbitrarias, dado que debe existir al menos alguna alternativa que los agentes hubieran podido escoger. Su normatividad consiste por tanto en que las acciones se realizan precisamente porque otros también lo hacen. Pues bien, a pesar de que la regla de reconocimiento es habitualmente entendida como una regla regulativa, una regla secundaria peculiar que impone obligaciones, “no es descabellado pensar –afirma Vilajosana– que la regla de reconocimiento es una convención constitutiva” (Vilajosana, 2010: 163). Es decir, que lo que cuenta como Derecho en una determinada sociedad es aquello que resulta del uso de determinados criterios de identificación compartidos por los juristas y de las expectativas y creencias que se generan a partir de ello.

Por lo que se refiere a la “proposición anankástica social”, lo primero que llama la atención es que von Wright (1963: 29, 118), de quien procede la idea, la utiliza para referirse a la “realidad natural”, y advierte expresamente que no es válida para referirse a los hechos sociales. Vilajosana entiende, sin embargo, que no existe mayor inconveniente en utilizarla también en este sentido, por lo que sería posible construir una regla técnica como la siguiente: “Si se quiere identificar el sistema jurídico de *S*, utilícense los criterios *C1, C2, Cn*”, la regla técnica tan sólo sería útil, como es obvio, si “la proposición anankástica es verdadera” (Vilajosana, 2010: 165). De este modo sería posible cohesionar dos características básicas de la regla de reconocimiento, la función que cumple a la hora de determinar los criterios de pertenencia de las normas en un sistema jurídico y su historia, de tal modo que:

El problema de coordinación que resuelve la regla de reconocimiento es el de constituir un conjunto de criterios a partir de los cuales podamos saber cuál es el derecho de una determinada sociedad. Sin esos criterios, no existiría el derecho como fenómeno social en una determinada sociedad, ni podríamos identificarlo. Ahora bien, determinar cuáles sean en cada caso esos criterios se trata, por descontado, de una cuestión que atañe a la historia institucional de esa sociedad (Vilajosana, 2010: 166).

Vilajosana, consciente de las objeciones que pueden plantearse a su tesis destaca las que se refieren a i) la normatividad de la regla de reconocimiento; ii) el efecto que tienen los principios en la existencia de esta regla; iii) las discrepancias entre juristas a la hora de identificar el Derecho de una determinada sociedad; iv) el carácter arbitrario de las convenciones y v) la banalidad de la tesis convencionalista. A partir de aquí nuestro autor considera detenidamente estas posibles objeciones y ofrece cumplida respuesta a cada una de ellas. Sin embargo, no todas las respuestas son, en mi opinión, igual de convincentes. Y entre estas últimas se encuentran precisamente las que hacen referencia al aspecto convencional del Derecho.

En relación con la objeción referida al carácter arbitrario de las convenciones, Vilajosana señala que lo verdaderamente importante en esta sede es que la arbitrariedad no reside en la indiferencia sino en la posibilidad de que existan

diferentes opciones y, en el caso de la regla de reconocimiento de los sistemas jurídicos, lo importante es que

quienes se dedican profesionalmente a identificar el sistema jurídico utilicen los mismos criterios, teniendo la posibilidad de que éstos sean propios de un régimen democrático o de uno autoritario, incluyan los precedentes o no, establezcan un tipo de jerarquía normativa u otro, etcétera (Vilajosana, 2010: 177).

Desde mi punto de vista, nada hay que objetar en relación con el carácter arbitrario de las convenciones tal y como lo expone Vilajosana. Creo, sin embargo, que esta arbitrariedad convencional no es aplicable por igual a todos los sistemas jurídicos. No, al menos, en el caso de un sistema jurídico genuinamente democrático, por las razones que luego expondré. Y si esto es así, se anula con ello –o cuando menos priva de sentido a– la segunda parte de la afirmación.

Por lo que se refiere a la supuesta banalidad de la tesis convencionalista, que Bruno Celano (2003: 353) ha puesto de manifiesto al aceptar su probable verosimilitud y razonabilidad pero también su escasa utilidad, la respuesta de Vilajosana en este punto es, si no idéntica, muy similar a la anterior. Es decir, acaba remitiendo a la reiteración de acciones entre los miembros del grupo y al atractivo filosófico de una explicación que da cuenta de cómo es posible generar la realidad social a través de las reglas constitutivas. Creo que ninguno de estos aspectos responde suficientemente a la objeción de Celano que precisamente lo que pone en duda es el aspecto normativo de una regla de reconocimiento definida en estos términos.

3. La eficacia de las normas y del sistema jurídico

El último de los capítulos del libro está destinado a analizar la eficacia general de las normas y los sistemas jurídicos. Es decir, la segunda condición de existencia de los sistemas jurídicos requerida por Hart. La eficacia de las normas, afirma Vilajosana siguiendo a Hierro (2003: 75), puede ser entendida en términos de correspondencia, como hace Navarro (1990: 16), o de conformidad, como hace Sumner (1990: 63). Éste es, de todos modos, un concepto muy general dentro del cual es posible distinguir i) la eficacia por coincidencia, que se caracteriza porque los destinatarios realizan lo prescrito por la norma por “cualquier motivo menos por el hecho de que la norma exista” (Vilajosana, 2010: 180) y ii) la eficacia como cumplimiento, que tendría lugar cuando los destinatarios realizan lo exigido por la norma precisamente porque ésta existe. La distinción no carece de relevancia, de ahí que Vilajosana diferencie entre cuatro clases de supuestos a los que podría referirse el requerimiento de eficacia de las normas identificadas a partir de la regla de reconocimiento. Es decir, la segunda condición de existencia de los sistemas jurídicos requerida por Hart ¿se refiere a la eficacia por coincidencia o como cumplimiento? Y, sea ello como fuere, ¿se exige esa eficacia con respecto a los ciudadanos, de los jueces o de ambos?

Si la eficacia se pone en relación con la autoridad, parece que el primero de los sentidos de eficacia, el de coincidencia, tiene poca viabilidad conceptual. La eficacia como cumplimiento se revela entonces como la apropiada dado que al ponerla en relación con la autoridad vendría a expresar que “las razones que nos ofrecen las normas jurídicas deben ser tratadas como vinculantes con independencia de su contenido” (Vilajosana, 2010: 184). Ciertamente, si la existencia de los sistemas jurídicos exige una autoridad efectiva, parece que hay buenas razones conceptuales para afirmar que tal efectividad debe poder ser predicada tanto respecto de los ciudadanos como de los jueces.



Ahora bien, la eficacia de las normas jurídicas también parece ser presupuesto o condición de su validez. Vilajosana entiende este último concepto como sinónimo de pertenencia y, como quiera que la existencia de un sistema jurídico viene definida por dos condiciones, la existencia de la regla de reconocimiento y la eficacia general de sus normas, parece conveniente saber cuál es la relación que guarda la eficacia de cada norma individual con este concepto de validez. Entender la eficacia como condición necesaria de su validez tan sólo tiene sentido si el concepto de validez se hace depender de la fuerza obligatoria, como hace Kelsen, pero no si validez se entiende como sinónimo de pertenencia. Y como en este último caso, reconocer el carácter jurídico de una norma implica identificarla como perteneciente a un sistema jurídico, afirmar la validez de una norma implica hacer uso de

[...] una determinada regla de reconocimiento que constituye el fundamento último de validez de las normas que pertenecen al sistema. Por eso, una de las condiciones necesarias para que exista un sistema jurídico es que su regla de reconocimiento exista como regla social. Pero se usa una regla de reconocimiento habitualmente para establecer la validez de las normas que tienen una incidencia en la sociedad en la que se trate (no las que puedan establecer por ejemplo un grupo de estudiantes en un ejercicio práctico en clase). Ésta es una buena razón para considerar que la eficacia de las normas en general sea una condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico (Ibid.).

Otra de las razones importantes para considerar que la eficacia es relevante en relación con la validez es, sostiene Vilajosana, de tipo epistemológico:

La eficacia general de las normas de un sistema sirve para delimitar el objeto de estudio de los juristas en general o de la llamada ciencia jurídica en particular (...) Entonces la eficacia de las normas aparece como un criterio idóneo para seleccionar un sistema jurídico y asegurar de este modo la objetividad del conocimiento jurídico y con ella el sentido de este tipo de discusiones. Vista la cuestión desde esta perspectiva, la eficacia no sería exactamente una condición necesaria de la validez de las normas sino un presupuesto que comparten los juristas en su tarea de descripción y sistematización de las normas válidas (Vilajosana, 2010: 186-187).

Parece, pues, que la eficacia de las normas presenta, como acertadamente señala Vilajosana, serios problemas que afectan, por una parte -la más importante cabe pensar-, a los motivos del cumplimiento y, por la otra, a su medición. Y, obviamente, si dudamos de la fiabilidad del criterio empleado para medir algo, el cumplimiento de las normas en este caso, parece lógico pensar que idéntica duda permanece cuando nos referimos al resultado. En otras palabras, si esto es así, carecemos en realidad de criterio adecuado para saber cuándo se cumplen las normas. Pero aunque esto no afecta en principio negativamente a la tesis que defiende Vilajosana, el libro termina con una advertencia acerca de la dificultad de hallar respuesta adecuada a los interrogantes que se plantean al sostener un concepto de eficacia como el que nuestro autor defiende, que no es otro que el de

[...] eficacia como cumplimiento tanto de los ciudadanos como de los aplicadores, es decir, aquella que no se agota con la mera coincidencia entre lo dispuesto por la norma y la conducta llevada a cabo por sus destinatarios, sino que exige que dicha conducta se realice teniendo en cuenta la existencia de la norma en cuestión (Vilajosana, 2010: 204).

Pero curiosamente este concepto de eficacia es el que parece comprometer no ya la tesis convencionalista acerca del Derecho, al menos no en todas sus

acepciones, sino el tipo de convencionalismo que, de acuerdo con Vilajosana, sustenta la regla de reconocimiento de los sistemas jurídicos.

4. Y, sin embargo, se mueve

Hasta aquí he tratado reseñar lo más fielmente posible las diferentes partes de las que se compone *El derecho en acción* y, también, cuáles son los presupuestos ontológicos y epistemológicos que asume Vilajosana con respecto a los sistemas jurídicos y la identificación del Derecho en general. Realizaré, para concluir este trabajo, un par de consideraciones críticas que han quedado meramente esbozadas a lo largo del mismo.

Como antes dije, creo que el principio de tolerancia ontológica que enuncia Vilajosana constituye un enfoque novedoso y enriquecedor para la Teoría del Derecho. Novedoso porque mediante él es posible superar una dicotomía que antes que exhaustiva resulta más bien reduccionista. Enriquecedor porque permite ampliar los márgenes de análisis de la ontología normativa y mostrar satisfactoriamente con ello la clase de entidades que conforman las normas jurídicas y la relación que existe entre ellas y las acciones humanas. Por eso, como decía al principio, éste no sólo es un libro necesario para el autor, sino también para la Teoría del Derecho en lengua española.

Ahora bien, en relación con este principio y también con lo que el autor denomina “supuesto ontológico” de los sistemas jurídicos, creo que sería deseable aclarar algunas cuestiones que, aun siendo intuitivamente atractivas, no quedan a mi juicio suficientemente justificadas.

Es cierto, como afirma Vilajosana, que el principio de origen conduce a un razonamiento circular en las teorías del soberano de Austin y la *Grundnorm* kelseniana. Pero este problema, que de acuerdo con Vilajosana afecta también de algún modo a la regla de reconocimiento hartiana, no queda resuelto satisfactoriamente acudiendo a una convención constitutiva como práctica de identificación de normas. Entre otras cosas porque, si nos atenemos a la definición canónica de convención, ésta vendría a resolver, como acertadamente reconoce Vilajosana, un problema de coordinación. Y en este sentido, esta convención, como cualquier otra, sería siempre constitutiva. Pero esto no representa en realidad ningún problema para la tesis que sostiene Vilajosana. La dificultad se encuentra, a mi juicio, en considerar inconsistente el principio de origen y sostener a un tiempo que el resultado de esta convención es “la generación y mantenimiento de un sistema jurídico”. Si esto es así, el problema que representa el principio de origen se traslada a la generación de la práctica de reconocimiento. Es decir, a la generación de una “realidad social” que depende al menos en parte de estados intencionales y de la que resulta el “conjunto de criterios” a partir de los que es posible identificar un sistema jurídico.

Considero que Vilajosana está en lo cierto cuando afirma que lo arbitrario de las convenciones, en el sentido de que debe haber al menos alguna otra alternativa que los individuos pudieran haber seguido, no representa inconveniente alguno para defender esta práctica de reconocimiento convencional. Ahora bien, creo que esta práctica encuentra su límite conceptual en la generación de las normas independientes del sistema jurídico. Es decir, son estas normas las que definen y constituyen una práctica institucional como la jurídica. Esto es lo que sucede, a mi entender, en el caso de una genuina democracia constitucional. Es cierto que puede haber alternativas a la hora de elegir las normas constitutivas de una democracia constitucional que pueden aproximarse más o menos al ideal de una genuina



democracia y, en este sentido, podrían entenderse como la generación de una convención. Y aunque por razones de espacio no puedo detenerme ahora en exponer esta tesis con suficiente detalle, considero que es posible defender con sentido que el sistema de reglas independientes de una genuina democracia constitucional atrinchera dos condiciones mínimas y conjuntamente suficientes para identificar la validez, en el sentido de pertenencia, de las normas dependientes del sistema jurídico. Esas dos condiciones, que en otro lugar denominé *condición de regularidad* y *condición de persistencia* del sistema jurídico (Carrio, 2012: 177), impiden considerar la regla o práctica de reconocimiento en términos meramente convencionales. Para expresarlo brevemente, porque de ser así no podríamos hablar de aceptación de las reglas secundarias y, probablemente tampoco de obediencia de las reglas primarias de obligación. No diríamos, por ejemplo, que la identificación de una norma se realiza por referencia al procedimiento señalado en las reglas de cambio, sino que resulta de lo que hacen los demás, se adecue o no a lo dispuesto en la regla. No diríamos que existe un sistema de reglas al que se ajusta la práctica, sino una práctica compartida que puede ser coincidente o no con lo que exigen las reglas. Diríamos, por tanto, que existe una práctica social cuya regularidad es independiente de los criterios del sistema, aunque quizá en algunos casos pueda coincidir con ellos. En otras palabras, nos encontraríamos en situación equiparable a lo que Garzón Valdés (1992: 323) denomina Apatilandia. Y aunque es cierto que Josep Maria Vilajosana afirma que esto puede depender de la historia particular de cada sistema jurídico, no lo es menos que, al menos conceptualmente, resulta difícil sostener que en una genuina democracia constitucional carecemos de argumentos sustantivos que permitan defender coherentemente que determinadas decisiones de los jueces y también de los legisladores, aunque sean definitivas en el sentido de identificadas como jurídicas por los *officials* del sistema, no pueden ser al mismo tiempo equivocadas. Es decir, inconsistentes con las normas constitutivas de la práctica institucional.

Bibliografía

- BAYÓN, J.C. (2001), "El contenido mínimo del derecho positivo", inédito.
- BRATMAN, M.E. (1999), *Faces of Intention: Selected Essays on Intention and Agency*, Cambridge University Press, Cambridge.
- CARACCILO, R. (1988), *Sistema Jurídico. Problemas actuales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- CARACCILO, R. (1997), "Existencia de normas", *Isonomía*, Núm. 7, pp. 159-178.
- CARACCILO, R. (2009), "Existencia de normas", *El Derecho desde la Filosofía*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 183-203.
- CARRIO, A. (2012), *Valor de ley. Un análisis de la validez de la ley en la democracia constitucional*, Congreso de los Diputados, Madrid.
- CELANO, B. (2003), "La regola di riconoscimento è una convenzione?", en *Ragion Pratica*, Núm. 21, pp. 347-360.
- COLEMAN, J.L. y LEITER, B. (1995), "Determinancy, Objectivity and Authority", en MARMOR, A. (ed.), *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Clarendon Press, Oxford.
- GARZÓN VALDES, E. (1993), "Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral", en GARZÓN VALDES, E. (ed.), *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- GILBERT, M. (1989), *On Social Facts*, Princeton University Press, Princeton.
- GILBERT, M. (1996), *Living Together: Rationality, Sociality and Obligation*, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham.



- GILBERT, M. (2002), "Considerations on Joint Commitment: Responses to Various Coments", en MEGGLE, G. (ed.), *Social Facts and Collective Intentionality*, Hansel-Hohenhausen, Frankfurt.
- HART, H.L.A. (1994 [1961]), *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford.
- HIERRO, L. (2003), *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel, Barcelona.
- KELSEN, H. (2000 [1960]), *Teoría pura del Derecho*, Trad. R. Vernengo, Porrúa, México.
- KUTZ, C. (2000), *Complicity: Ethics and Law for a Collective Age*, Cambridge University Press, Cambridge.
- KUTZ, C. (2001), "The Judicial Community", *Philosophical Issues. Social, Political and Legal Philosophy*, Núm. 11, pp. 442-469.
- LEITER, B. (1993), "Objectivity, and the Problems of Jurisprudence", *Texas Law Review*, Núm. 73, pp. 187-209.
- MOORE, M. (1987), "Metaphysics, Epistemology and Legal Theory", *Southern California Law Review*, Núm. 60, pp. 453-506.
- NARVÁEZ, M. (2004), *Wittgenstein y la teoría del Derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona.
- NAVARRO, P. (1990), *La Eficacia del Derecho. Una investigación sobre la Existencia y Funcionamiento de los Sistemas Jurídicos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- SÁNCHEZ BRÍGIDO, R. (2008), *Groups, Rules and Legal Practice*, Oxford University, Doctoral Thesis.
- SHAPIRO, S.J. (2002), "Law, Plans and Practical Reason", *Legal Theory*, Núm 8, pp. 387-441.
- SMITH, M.N. (2006), "The Law as Social Practice. Are Shared Activities at the Foundations of Law?", *Legal Theory*, Núm. 12, pp. 265-292.
- SUMNER, L.W. (1990), *The Moral Foundations of Rights*, Clarendon Press, Oxford.
- VON WRIGHT, G.H. (1963), *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Routledge & Kegan Paul, London.
- VILAJOSANA, J.M. (1997), *El significado político del derecho*, Fontamara, México.
- VILAJOSANA, J.M. (2007), *Identificación y justificación del derecho*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, Buenos Aires.





Respuesta a Alberto Carrio

El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas

**Josep Maria Vilajosana,
(2010) Marcial Pons, Madrid, 210 pp.**

Josep Maria Vilajosana

Universidad Pompeu Fabra

josep.vilajosana@upf.edu

Confieso que mis expectativas respecto al posible impacto académico que pudieran llegar a tener las ideas contenidas en mi libro *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas* son más bien limitadas. Eso me ocurre no sólo con ese texto sino con todo lo que he publicado hasta ahora. Uno intenta hacer su trabajo lo mejor posible y eso es todo. Lo demás, escapa al propio control, de ahí que no tenga demasiado sentido preocuparse por ello.

Sucede, sin embargo, que con esta obra se da alguna ocurrencia adicional, que en cierto sentido la aleja del resto de lo que he escrito y que justifica más que nunca el bajo nivel de mis anhelos. Siempre he procurado, tanto en mi actividad investigadora como en la docente, resultar asequible. De ahí mi empeño por intentar simplificar al máximo el discurso, aún a riesgo de que pueda ser tildado de un autor sencillo o tal vez incluso banal. En este libro, en cambio, soy consciente de no haberle ahorrado complejidades al lector. Circunstancia ésta que, unida a otras que no vienen al caso, me hacía temer que ni siquiera llegara a tener lectores y que si, por azar del destino, algún espíritu inquieto se acercaba a él, lo abandonaría de inmediato por considerarlo impenetrable o, al menos, nebuloso.

De ahí la agradable sorpresa que me ha producido que alguien como Alberto Carrio no sólo se haya tomado la molestia de leer el libro, sino que demuestre haber comprendido su engranaje hasta el punto de someterlo a crítica, una crítica constructiva aunque, me temo, excesivamente benevolente, como corresponde a su bonhomía. Le agradezco, pues, sus observaciones, siempre atinadas, porque me han permitido reflexionar nuevamente sobre algunos de los puntos tratados en el texto y porque posibilitarán que ahora pueda clarificar algo mejor mi posición.

Creo detectar en el escrito de Carrio cuatro críticas principales. Tienen que ver, ordenadas de menor a mayor relevancia, con el supuesto ontológico de sistema jurídico del que se habla en el libro, con la distinción que efectuó entre hechos sociales y hechos convencionales, con la crítica que realicé del principio de origen y,

por último, con el carácter convencional y arbitrario que atribuyo a la regla de reconocimiento. A continuación diré algo acerca de cada uno de estos extremos.

1. El supuesto ontológico de sistema jurídico

Carrio sostiene que no queda claro en mi libro a qué supuesto (epistemológico u ontológico) de sistema jurídico me adhiero. Esta primera cuestión es realmente muy menor, pero conviene aclararla.

Ricardo Caracciolo (1977: 42-45) expuso hace tiempo dos maneras de entender la sistematicidad del derecho, que daban lugar a sendas nociones de sistema jurídico. Por un lado, cualquiera que sea el criterio sistemático que se admita o se proponga, el “sistema” puede ser pensado como el resultado de la actividad racional de los dogmáticos del derecho. Así, una de las principales tareas de éstos será la de presentar en forma sistemática las disposiciones que componen el derecho positivo en cuestión. Puede llamarse “supuesto epistemológico” a la noción de sistema jurídico si se sostiene que solamente a través de su sistematización previa, el material jurídico puede ser comprendido por el estudioso.

La otra manera de considerar el sistema jurídico puede ser denominada “supuesto ontológico”. Se trata aquí de pensar el sistema como un producto de la actividad, no ya (o no exclusivamente) del jurista sino del propio legislador, al que se le supone a estos efectos actuando racional y sistemáticamente. Por consiguiente, la función del jurista sería exponer el sistema jurídico formulado de antemano, analizar un dato previo a su investigación.

Esta distinción está usada en mi libro con un objetivo muy preciso. En él digo que no es fácil descubrir a cuál de estos dos supuestos se adhieren los teóricos del “sistema jurídico”. Sin embargo, la diferencia es cardinal, si se tiene en cuenta que ciertas afirmaciones bastante corrientes en el ámbito jurídico implican la admisión del supuesto ontológico. Una de ellas es la que establece que el sistema jurídico posee una existencia propia. Tal aserto carecería de sentido si se tratara de una elaboración conceptual de la ciencia jurídica. En estos casos, “sistema jurídico” se utiliza como equivalente a “derecho”, pero es habitual que el criterio a tenor del cual se afirma la existencia de ese sistema o derecho no coincida con el criterio que permite afirmar el carácter sistemático del conjunto de normas. La conclusión, entonces, parece ser que el derecho constituye un sistema por razones distintas a aquellas que fundamentan la aserción acerca de la existencia de un derecho determinado.

Si esto es así y ambas razones son diferentes, como digo en el libro (siguiendo a Caracciolo), nada obsta para que dada la afirmación fáctica acerca de la existencia de un derecho determinado, no se siga que el mismo constituye un “sistema”. La manera de salvar esa identificación consiste a menudo en postular ciertas relaciones necesarias entre los criterios sistemáticos y de existencia, lo que suele acarrear problemas teóricos. Pero, dicho lo cual, simplemente me limito a afirmar que, a pesar de los problemas que conlleva esta posición, puesto que está asumida por muchos autores, me referiré a lo largo del libro a la existencia de los sistemas jurídicos basándome en el supuesto ontológico. Y añado que, para mí, esto se concreta básicamente en lo que los juristas denominan órdenes jurídicos “vigentes” y que podríamos equiparar sin mayores problemas al derecho positivo. Por tanto, estas precisiones sirven al único fin de enmarcar la investigación en el ámbito del derecho positivo y de su posible ontología, sin pretender con ello entrar a disputar acerca de si los distintos derechos positivos, propios de las distintas



sociedades que en el mundo han sido, gozan de carácter sistemático o no, o son sistemas por las mismas razones o por otras distintas¹.

2. Hechos sociales y hechos convencionales

Carrio manifiesta la duda que le plantea mi distinción entre hechos sociales y hechos convencionales. Tal como está formulada –dice– no queda claro si “la realidad social se refiere únicamente a una subclase de hechos sociales, los convencionales, y más concretamente aun a los hechos institucionales, ya que a éstos y no a otros se refieren las reglas constitutivas; o si por el contrario la realidad social está compuesta además de por hechos convencionales por otros hechos sociales que no participan del rasgo de convencionalidad”. Creo que en este punto no le falta razón. La distinción entre hechos sociales, convencionales e institucionales no la formulé con la suficiente claridad. Intentaré remediarlo ahora.

Lo primero que hay que decir, aunque no sirva como descargo, es que mi objetivo era mostrar en qué consistían los hechos convencionales, puesto que entiendo que son hechos de este tipo los que se dan cuando se predica la existencia de una regla de reconocimiento en una determinada sociedad. Por eso, no profundicé demasiado en su posible distinción con los hechos sociales y, aun menos, con los institucionales². Lo único que afirmé es que los hechos convencionales son una subclase de hechos sociales. Por tanto, la primera duda que registra Carrio se puede disipar diciendo que la realidad social está formada por hechos sociales (al margen de que éstos puedan ser ulteriormente divididos en hechos convencionales y hechos no convencionales). Ahora bien, ¿cuál es el rasgo que permite realizar esta última distinción? Vayamos por partes.

Entiendo por “hecho” lo que hace verdadera una proposición. La proposición expresada por el enunciado “El F. C. Barcelona ha ganado la Copa del Rey de fútbol de 2012” es verdadera si y sólo si se da el hecho de que efectivamente el club catalán haya vencido este año en esa competición. Ahora bien, los hechos pueden ser naturales o sociales. Los naturales son aquellos cuya existencia es independiente de cualquier estado intencional (estados mentales de las personas cuyo contenido sean creencias, actitudes, etc.); los sociales, por el contrario, son aquellos cuya existencia es dependiente de estados intencionales.

Esta distinción me parece clara y útil. John Searle, de quien la tomo, añade posteriormente la subdivisión entre hechos sociales e institucionales³. El deslinde entre ellos pasaría efectivamente, como apunta Carrio, por la presencia de reglas constitutivas de la forma “X vale como Y en el contexto C”. La realidad institucional es, pues, una realidad social en la que se dan reglas constitutivas. De hecho, de la manera que lo entiende Searle, la presencia de hechos institucionales es lo verdaderamente característico de los humanos, ya que entre algunas especies animales se darían hechos sociales, pero no institucionales. La clave de la distinción

¹ De hecho, hace años asumí que no tenía mucho sentido dar por descontada la sistematicidad del derecho como producto acabado, razón por la cual era más conveniente adoptar el supuesto epistemológico de sistema jurídico. Véase, por todos, Vilajosana (1997).

² Me parece obvio que la existencia del derecho positivo constituye un claro ejemplo de existencia de hechos institucionales y, por ende, un caso paradigmático en el que las reglas constitutivas juegan un papel principal, del modo planteado por Searle. Después diré algo al respecto, al hablar de la dimensión constitutiva de la regla de reconocimiento, pero para un análisis más profundo debo remitir a Vilajosana (2010a).

³ Véase el cap. II en Searle (1995).



pasa por entender la asignación de función a objetos. Ciertas especies animales pueden asignar colectivamente funciones a objetos, pero sólo aquellas que esos mismos objetos puedan cumplir debido a sus propios rasgos físicos. Únicamente los seres humanos, diría este autor, somos capaces de asignar colectivamente funciones de estatus a los objetos, es decir, funciones que los objetos no realizarían por sus simples propiedades físicas, como es el caso del dinero. Si un pedazo de papel funciona como depositario de valor e instrumento de intercambio es porque entre una colectividad determinada de personas se han generado las reglas constitutivas pertinentes.

Hasta aquí Searle. En mi caso, después de asumir su distinción entre hechos naturales y sociales, añado la categoría de hechos convencionales que no se halla en sus escritos. Simplemente lo hago porque, como dije, mi objetivo era concentrar la atención en el rasgo convencional de determinados hechos, dicho brevemente, en la existencia de las convenciones, que exige el cumplimiento de estas condiciones⁴:

1. La mayoría de los miembros de un determinado grupo realiza una determinada conducta cuando se dan determinadas circunstancias.

2. La mayoría de los miembros del grupo cree que 1.

3. La creencia de que se da 1 constituye una razón para realizar esa conducta en esas circunstancias.

4. Hay un conocimiento común entre la mayoría de los miembros del grupo de lo que se dice en las anteriores cláusulas. Es decir, las conocen, conocen que los demás las conocen, conocen que los demás conocen que ellos las conocen, etc.

A pesar de que las cuatro condiciones deben darse para que entendamos que existe una convención, hay que tener en cuenta que la que marca un rasgo distintivo en relación con otros hechos sociales no convencionales es la tercera. En efecto, es posible que el resto de condiciones, eventualmente junto a otras, se dé en otros hechos sociales. Pero si estamos frente a hechos convencionales, el rasgo peculiar es que los participantes en esa práctica realizan los actos en cuestión *al menos* porque los demás también lo hacen. Aunque esto aparece dicho en el libro, por ejemplo cuando distingo entre actuar por convención a actuar por convicción, tal vez sea cierto que no lo está con la claridad que debiera.

3. El principio de origen

En los capítulos III y IV de *El derecho en acción* expongo cómo, en la teoría del derecho, se ha pasado de un énfasis en el momento legislativo, ejemplificado en autores como Austin y Kelsen, a otro que tiene en cuenta de manera primordial la fase de adjudicación o aplicación del derecho, que se ve confirmado, por ejemplo, en Hart y Raz. Juzgo este desplazamiento de manera positiva. Entiéndase obviamente, y así se explicita en el libro, que se trata únicamente de un cambio de énfasis, no de dos posiciones totalmente excluyentes. De hecho, sería completamente impropio una teoría del derecho que prescindiera completamente de cualquiera de esos procesos.

⁴ David Lewis ofrece distintas definiciones de “convención”, cada vez más sofisticadas, a lo largo de su influyente libro *Convention*. Se encuentran en Lewis (1969: 42, 56 y 78). Tomo como modelo la definición de “convención” que aparece en el excelente trabajo de Maribel Narváez. (2004: 312).



Pues bien, mi valoración positiva descansa, entre otras razones, en el hecho de considerar que la defensa del principio de origen comporta caer en un argumento circular, lo cual puede apreciarse tanto en Austin como en Kelsen. Carrio dice que esto es correcto, pero que el mismo error se hallaría en Hart y en su regla de reconocimiento y, de rebote, en mi esquema, pues éste se basa también en una determinada interpretación de dicha regla. En concreto, Carrio mantiene que la dificultad se encuentra en suponer inconsistente el principio de origen y sostener a un tiempo que el resultado de la regla de reconocimiento, entendida como una convención con una dimensión constitutiva (tal como sostengo en el libro), es la generación y mantenimiento de un sistema jurídico.

Creo que esta crítica no da en el blanco. Para mostrarlo, sin embargo, resulta conveniente analizar, aunque sea brevemente, cuál es la razón por la que los modelos de Austin y Kelsen incurren en ese argumento circular y por qué, en cambio, el camino emprendido por Hart ayuda a esquivarlo. Todo ello permitirá contextualizar mi propia posición.

El esquema de Austin (1832) se basa en lo que denomino el principio de origen, pero éste no lo constituye una *norma* sino un *hecho*. Se trata de un principio de origen *empírico*. La existencia de un soberano, y más concretamente, los *actos* de emisión de mandatos por parte del mismo son el origen del sistema jurídico.

Sin embargo, el principio de origen, sea normativo o empírico, plantea problemas. El principio de origen presupone la unidad del origen último, que es tanto como decir, en el caso de Austin, la unidad de la soberanía. Pero el argumento de Austin en este punto no es muy claro.

Una forma de entender la unidad de la soberanía es pensar que la soberanía es unitaria tan sólo si todos los miembros presentes del cuerpo soberano participan generalmente en todo acto legislativo. En otro caso, la soberanía estaría dividida. Cuando Austin dice que el soberano en los Estados federales consiste en varios gobiernos unidos formando un cuerpo compuesto, tiene por fuerza que saber que éstos no cooperan generalmente en la legislación de las mismas normas. Si esto es así, Austin debería decir que varios legisladores supremos son parte de un único soberano, sólo si éste ha establecido previamente, sobre la base de otros fundamentos, que sus normas jurídicas son parte de un solo sistema jurídico.

Dicho con otras palabras, es cierto que todas las normas jurídicas de un legislador supremo pertenecen al mismo sistema jurídico, pero puede suceder que hayan *otras* normas (promulgadas por otro legislador supremo, como en el caso de los parlamentos federales) que también pertenezcan al mismo sistema jurídico. ¿Cómo puede sostenerse, entonces, que los dos legisladores supremos no son sino un solo soberano? Austin probablemente diría que sólo si un legislador supremo es jurídicamente ilimitado, entonces es soberano; de otro modo, sería simplemente una parte del soberano. Pero, en este caso, ¿cómo se puede saber si las reglas que pretenden limitar a un legislador supremo son reglas jurídicas o meramente parte de la moral positiva? El único criterio dado por Austin es que depende de si él es soberano. Y esto constituye claramente un argumento circular (Raz, 1970: 57-58).

Por lo que respecta al modelo diseñado por Kelsen (1960), la existencia de un sistema jurídico descansa, en última instancia, en la existencia de una norma básica, cuyo contenido depende especialmente de cuál sea la constitución de ese sistema. Antes de saber cuál es aquella norma básica es preciso saber cuál es la

constitución efectiva. Pero esta constitución sólo es válida en la medida en que se presuponga aquella norma básica.

La cuestión no varía por el hecho de admitir que la norma básica es un enunciado que determina las condiciones que justifican la inclusión de una constitución C como fundamento de un sistema S. Porque esta condición consiste en la eficacia de la constitución C. Únicamente bajo este presupuesto, C podrá ser considerada norma válida en el sistema S. Por un lado, dado el carácter dinámico de un orden jurídico, la eficacia de una constitución depende de que los individuos calificados como órganos competentes para crear normas según esa constitución emitan normas válidas. Por consiguiente, si no se han emitido normas de acuerdo con C no hay forma de comprobar su eficacia. Por otro lado, la eficacia de C es una condición necesaria para que se presuponga respecto a ella una norma básica, a tenor de la cual será la constitución válida de S. Pero aquellos actos creadores de normas a través de los cuales se demuestra la eficacia de C sólo podrán considerarse tales en la medida que se presuponga la validez de la constitución que los autoriza.

Llegamos así a otro razonamiento circular. La constitución no puede servir de fundamento de validez de las normas del sistema, porque su propia validez depende de que tales normas puedan ser consideradas válidas. Al mismo tiempo, tales normas no pueden considerarse fundamento de validez de la constitución porque sólo son válidas si la constitución lo es.

Por su parte, el postular la necesidad de que exista una regla de reconocimiento en un sistema jurídico, tal como propone Hart, permite no caer en la circularidad de los argumentos de quienes sostienen un principio de origen, sea éste empírico (como es el caso de Austin) o normativo (como ocurre con Kelsen).

257

La razón de que ello sea así es que la regla de reconocimiento es una *regla social*, cuya existencia depende no de actos explícitos de generación de normas, sino del uso compartido de los criterios para identificarlas, junto con las actitudes correspondientes (Hart, 1961). El peso se desplaza, entonces, del origen de las normas (se refiera éste a la presencia de un soberano o a la existencia presupuesta de la *Grundnorm*) a los actos relativos a su identificación. Podríamos decirlo de este modo, algo tosco pero que trasmite la diferencia que pretendo acentuar: la Constitución de 1978 no es la cúspide del sistema jurídico español actual porque haya tenido un origen peculiar (un acto constituyente), sino que lo es porque se da una práctica continuada de identificación entre los juristas que se dedican profesionalmente a estas tareas (y de modo destacado entre quienes se dedican a aplicar el derecho), según la cual aquella Constitución juega ese rol. La prueba de que esto es así, y que no sucede a la inversa, es que si se dejara de identificar el derecho español actual de ese modo, la Constitución dejaría de cumplir este cometido. Pero esta afirmación requiere alguna aclaración adicional.

4. El carácter convencional y arbitrario de la regla de reconocimiento

Carrio sostiene que esa práctica de identificación que da pie a la regla de reconocimiento tiene un límite conceptual, que sería el de la generación de las normas independientes del sistema jurídico, que serían –según este autor– las que definen y constituyen una práctica institucional como la jurídica. A renglón seguido, añade una crítica que tiene que ver con lo que llama una “genuina” democracia constitucional. Habría dos condiciones que una regla de reconocimiento de este tipo de sistema jurídico (el propio de una genuina democracia constitucional) no podría eludir, lo cual pondría en cuestión el carácter arbitrario que dicha regla tendría



cuando se la considera una regla convencional. En una genuina democracia constitucional –concluye Carrio– “resulta difícil sostener que carecemos de argumentos sustantivos que permitan defender coherentemente que determinadas decisiones de los jueces y también de los legisladores aunque sean definitivas, en el sentido de identificadas como jurídicas por los *officials* del sistema, no pueden ser al mismo tiempo equivocadas. Es decir, inconsistentes con las normas constitutivas de la práctica institucional”⁵.

El responder adecuadamente a esta observación crítica de Carrio requiere decir algo más acerca de las implicaciones que tiene el hecho de concebir la regla de reconocimiento como una convención con una dimensión constitutiva, implicaciones sobre todo por lo que hace a su carácter arbitrario y a la posibilidad de que se dé un error generalizado entre los juristas a la hora de usar unos determinados criterios de identificación del derecho de una determinada sociedad.

Para evitar equívocos, conviene subrayar de entrada que, a diferencia de lo que empieza a ser habitual entre muchos teóricos del derecho contemporáneos, mi planteamiento teórico es *general*, es decir, aspira a dar cuenta de cualquier sistema jurídico. Por lo tanto, considero que es de plena aplicación al caso de una democracia constitucional, incluso si es “genuina”, salvo que esta última propiedad suponga reconocer que no se dará nunca en la práctica, en cuyo caso sí que caería fuera de mi propuesta de análisis (no por casualidad titulé el libro *El derecho en acción*). ¿Pero habría en un caso así arbitrariedad en la práctica de identificación del derecho de una sociedad?

En este sentido, Carrio alude a la crítica de Celano (2003: 351) según el cual, que la regla de reconocimiento sea una convención no resulta plausible porque habría que admitir que es arbitraria, lo cual le parece ridículo. He ahí las palabras de Celano, recogidas también en mi libro:

La idea de que la regla de reconocimiento sea arbitraria parece precipitada, casi irrisoria. La regla de reconocimiento especifica los criterios de identificación de aquello que constituye el derecho válido. Esta no es una cuestión asimilable a la decisión de si se debe conducir por la derecha o por la izquierda (un paradigma del problema de coordinación). La regla de reconocimiento es el resultado de conflictos políticos, institucionales, ideológicos; de revoluciones y golpes de estado (...). Que ciertos criterios de validez son efectivamente aceptados y usados es un hecho histórico (...). Se trata de un hecho que invoca valores y principios en conflicto. No es plausible la hipótesis según la cual (...) consiste en algo arbitrario.

Este ataque parece a primera vista muy plausible. ¿Cómo vamos a tildar de arbitraria la decisión de los juristas a la hora de identificar el derecho de su comunidad cuando en ello parece estar en juego cuestiones valorativas tan importantes? Sin embargo, no estará de más que antes de decantarnos por una posición u otra echemos un vistazo a qué se entiende por “arbitrario” en sede convencionalista⁶.

Una confusión muy generalizada en este punto es suponer que la arbitrariedad de las convenciones es igual a indiferencia (Lewis, 1969: 76-80). Si una persona ha vivido veinte años en Londres y después traslada su residencia a

⁵ Alberto Carrio desarrolla este argumento de manera más pormenorizada en su reciente libro. Cfr. Carrio (2012).

⁶ Para el concepto de arbitrario, véase Marmor (2006).

Barcelona, no le resulta indiferente conducir por la izquierda de la calzada o por la derecha. Está acostumbrada a conducir por la izquierda y preferiría seguir haciéndolo (por lo tanto, no le resulta *indiferente* la elección). Pero, justamente porque se da un problema de coordinación y existe ya una convención establecida en Barcelona de conducir por la derecha, esa persona tiene una razón para seguir la pauta de sus nuevos conciudadanos, a pesar de que claramente le resultaría más cómodo seguir con la práctica a la que estaba acostumbrada. El rasgo de la arbitrariedad de las convenciones, pues, se manifiesta no en la posible indiferencia con la que cada participante pueda afrontar las prácticas sociales relevantes, sino en el hecho de que exista *más de una opción* que resuelva el problema de coordinación que está en la base.

Pero, más allá de lo anterior, en esta línea crítica que comento hay una confusión entre lo que concierne a la *existencia* de un sistema jurídico y lo que tiene que ver con su *identidad*. Todos los elementos que están presentes en la cita transcrita de Celano son importantes, pero no para la existencia de un sistema jurídico, sino para su identidad. El utilizar unos elementos u otros daría lugar a la identificación de distintos sistemas jurídicos, pero no afecta a su existencia. Es decir, que el conjunto de criterios de identificación efectivamente usados por la población relevante sea *A* (por ejemplo, definitorios de un régimen político democrático) o sea *B* (propios de un régimen político autoritario) es relevante respecto a la identidad del sistema, pero que sea uno u otro no afecta para nada a su existencia (igual de "existentes" son los regímenes democráticos que los autoritarios, si se cumplen las condiciones requeridas). Lo único que muestra esta situación es que hay opciones distintas, y eso es lo fundamental para concluir que se da el rasgo de la arbitrariedad, en el sentido que aquí interesa. Por supuesto, valorativamente podemos preferir que el tipo de sistema jurídico existente pertenezca a la clase *A* y no a la clase *B* y eso es lo que nos molesta cuando calificamos tal elección de arbitraria. Pero el sentido de arbitrario que es relevante en relación con la existencia de la regla de reconocimiento (y, por tanto, con la existencia de los sistemas jurídicos) es que quienes se dedican profesionalmente a identificar el sistema jurídico utilicen los *mismos* criterios, teniendo la posibilidad de que éstos sean propios de un régimen democrático o de uno autoritario, incluyan los precedentes o no, establezcan un tipo de jerarquía normativa u otro, etc.

Si lo anterior lo aplicamos a las objeciones de Carrio, vemos que también decaen por la misma razón que las de Celano. La práctica de identificación en la que consiste la regla de reconocimiento permite una variación del tipo de sistema de que se trate, es decir de su *identidad*. Tal como mostré hace años, la identidad de los órdenes jurídicos depende justamente de consideraciones de índole política (Vilasojana, 1996, 1997)⁷. El esquema que propongo permite precisamente dar cuenta de esos cambios de identidad. Nada impide que, a lo largo de un determinado período de tiempo, las modificaciones en la adscripción de los criterios de identificación del sistema de que se trate den como resultado el paso de una democracia constitucional genuina a otra que no lo sea, o viceversa, o de cualquiera de éstas a un régimen autoritario, etc. Cualquiera de estos regímenes políticos afecta, en mi opinión, a la identidad del orden jurídico de que se trate, pero no a su existencia, ya que todos ellos, si se dan las condiciones requeridas, son existentes, aunque tengan distinta identidad.

Por último, hay que decir algo respecto al papel que juega el error en esta sede. El esquema que propongo ayuda a comprender adecuadamente las

⁷ Dejo de lado la distinción entre sistema jurídico, orden jurídico y orden estatal. Para la misma, véase Vilasojana (1995).



discrepancias que puedan darse eventualmente entre lo dispuesto en el texto de una Constitución en la que se recojan las fuentes del derecho (aquella sí, podemos acordar por hipótesis, creada a través de un acto constituyente) y lo que sucede de hecho en la práctica de identificación de los juristas, emblemáticamente la de los jueces que tienen que identificar las fuentes para después “aplicar” el derecho. Si existe esta discrepancia (es decir, si en la Constitución se dice que los criterios que supuestamente forman la regla de reconocimiento son *C1* y *C2*, por este orden, y resulta que se da una práctica unitaria de identificación entre los juristas según la cual son *C3* y *C4*, o *C2* y *C1*), la dosis mínima de realismo que, desde mi perspectiva (la que se centra en “el derecho en acción”), es exigible a toda Teoría del Derecho, requiere que tomemos como contenido de la regla de reconocimiento los criterios usados en esa práctica.

Y ahí es donde juega un papel muy relevante lo que he llamado la dimensión constitutiva que tiene esa práctica de identificación. El problema de la normatividad de la regla de reconocimiento suele ser abordado desde la perspectiva de considerarla como una regla regulativa o “prescriptiva”. A esta visión dio pie, desde luego, el propio Hart, al considerar que la regla de reconocimiento, a pesar de ser una regla secundaria, impone obligaciones. Sin embargo, creo que, apartándome en ese punto de Hart, es más fructífero pensar que la regla de reconocimiento es una convención con una dimensión constitutiva⁸. Así, del mismo modo que lo que vale como dinero en una sociedad es lo que sus miembros creen que es dinero, según el emblemático ejemplo dado por Searle⁹, lo que vale como derecho en una determinada sociedad proviene del uso de determinados criterios de identificación del derecho de esa sociedad por parte de los juristas y de las diversas creencias y expectativas generadas.

Es por ello que carece de sentido predicar que en una determinada sociedad existe un *error generalizado* entre los juristas a la hora de identificar su sistema jurídico. Si no hay una práctica unitaria de identificación, entonces no existe *un* sistema jurídico en ella. Si, en cambio, lo que sucede es que los juristas en general usan otros criterios de identificación en relación con los que empleaban en un período anterior, entonces podrá decirse que ha cambiado la regla de reconocimiento de esa sociedad (si esos cambios, además, son de relevancia política, como he dicho antes, habrá cambiado la identidad del orden). Por eso, la existencia de una regla de reconocimiento es una condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico en una determinada sociedad¹⁰.

Aplicando ahora las condiciones de existencia de una convención a la existencia de una regla de reconocimiento como hecho convencional, obtenemos que un enunciado del tipo “En la sociedad *S* existe la regla de reconocimiento *R*” cabe entenderlo de este modo:

⁸ Véase, en un sentido algo diverso de convención constitutiva del que defiendo, Marmor (1996). Sobre las diferencias entre la dimensión constitutiva que postulo y el esquema de Marmor, puede verse especialmente la nota 45 en Vilajosana (2003).

⁹ Véase el capítulo II en Searle (1995). Me he servido de esta analogía con la existencia del dinero en otros trabajos. Véase, por todos, Vilajosana (2010b).

¹⁰ Otra condición necesaria es que las normas identificadas a partir de la regla de reconocimiento sean efectivamente cumplidas mayoritariamente por sus destinatarios. Para el análisis de esta condición, remito a Vilajosana (2010c). Si estoy en lo cierto, cualquier autor o autora positivista defenderá que estas dos condiciones son necesarias y conjuntamente suficientes, pero alguien que no sea positivista tampoco podrá obviarlas. Tiene que considerarlas condiciones necesarias, ya que lo son de la existencia del derecho *positivo*, aunque a renglón seguido añada alguna condición adicional.

1. La mayoría de los juristas de la sociedad *S* usa los criterios *C1, C2...Cn* (que forman la regla de reconocimiento de *S*) cada vez que tiene que identificar el derecho de *S*.

2. La mayoría de los juristas de *S* cree que 1.

3. La creencia de que se da 1 constituye una razón para usar esos criterios en esas circunstancias.

4. Hay un conocimiento común entre la mayoría de los juristas de lo que se dice en las anteriores cláusulas, que es tanto como decir que las conocen, conocen que los demás las conocen, conocen que los demás conocen que ellos las conocen, etc.

Cuando Carrio habla de la posibilidad de que se den decisiones equivocadas de los funcionarios por ser inconsistentes con las normas constitutivas de la práctica constitucional, hay que tener en cuenta lo que acabo de recordar. Tildar una decisión como la de identificar las fuentes del derecho de un determinado sistema jurídico de “equivocada”, sólo tiene sentido si esa identificación es llevada a cabo por una minoría de juristas. La mayoría de los juristas de una determinada comunidad no pueden equivocarse todos al mismo tiempo en una cuestión como esta. Ello es así porque esa práctica mayoritaria de identificación de normas jurídicas es *constitutiva* del derecho de una sociedad y eso es lo que dota de pleno sentido a la afirmación de Hart, según la cual la existencia de una regla de reconocimiento es condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico.

Si planteamos la cuestión de forma diacrónica, la variación en las prácticas de identificación dentro de una misma sociedad no es, a mi modo de ver, correctamente descrita como un error que cometen quienes mayoritariamente usan como criterios de identificación en el momento t_2 otros distintos de los usados en t_1 . Ni unos ni otros se equivocan al hacer esto. Simplemente, sus prácticas de identificación han cambiado, y con ellas ha cambiado la regla de reconocimiento.

Bibliografía

- AUSTIN, J. (1995 [1832]), *The Province of Jurisprudence Determined*, RUMBLE, W.E. (ed.), Cambridge University Press, Cambridge.
- AUSTIN, J. (2002), *El objeto de la jurisprudencia*, Trad. J.R. de Páramo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- CARACCILO, R. (1977), *El derecho como sistema. Análisis de un esquema conceptual*, Universidad de Córdoba, Tesis doctoral.
- CARRIO, A. (2012), *Valor de ley. Un análisis de la validez de la ley en la democracia constitucional*, Congreso de los Diputados, Madrid.
- CELANO, B. (2003), “La regola di riconoscimento è una convenzione?”, *Ragion Pratica*, Núm. 21, pp. 347-360.
- HART, H.L.A. (1961), *The Concept of Law*. Oxford University Press, Oxford.
- HART, H.L.A. (1963), *El concepto de derecho*, Trad. G.R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- KELSEN, H. (1960), *Reine Rechtslehre*, Frans Deuticke, Wien.
- KELSEN, H. (1979), *Teoría pura del derecho*, Trad. R.J. Vernengo, UNAM, México.
- LEWIS, D. (1969), *Convention. A philosophical Study*, Basil Blackwell, Oxford.
- MARMOR, A. (ed.) (2006), “How Law is like Chess”, *Legal Theory*, Núm. 12, pp. 347-371.
- NARVÁEZ, M. (2004), *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona.



- RAZ, J. (1980), *The Concept of a Legal System*, Clarendon Press, Oxford.
- SEARLE, J.R., (1997), *La construcción de la realidad social*, Trad. A. Domènech, Paidós, Barcelona.
- VILAJOSANA, J.M. (1995), "Problemas de identidad de los sistemas jurídicos", *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núms. 17-18, pp. 331-342.
- VILAJOSANA, J.M. (1996), "Towards a material criterion of identity of a legal order", *Rechtstheorie*, Vol. 27, pp. 45-64.
- VILAJOSANA, J.M. (1997), *El significado político del derecho*, Fontamara, México.
- VILAJOSANA, J.M. (2003), "Hechos sociales y Derecho", en DICIOTTI, E y VELLUZZI, V. (eds.), *Ordinamento giuridico, sovranità, diritti*, Giappichelli, Torino, pp. 41-63.
- VILAJOSANA, J.M. (2010a), *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*. Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires.
- VILAJOSANA, J.M. (2010b), "La construcción social de la realidad jurídica", *Prisma Social. Revista de Ciencias Sociales*, Núm. 4, pp. 1-45.
- VILAJOSANA, J.M. (2010c), "Eficacia normativa y existencia del derecho", *Teoría & derecho. Revista de pensamiento jurídico*, Núm. 8, pp. 103-118.



Recensión

Europe of Rights. A Compendium on the European Convention of Human Rights

Javier García Roca y Pablo Santaolaya, (eds.)

(2012) Martinus Nijhoff Publisher, Leiden, Boston, 674 pp.

Carmen Pérez González

Universidad Carlos III de Madrid

carmen.perez@uc3m.es

Resulta ser este un momento particularmente oportuno para abordar el análisis del papel desempeñado por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH), firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y, más particularmente, por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) en la consolidación de una “Europa de derechos”. Hace ya más de una década, en el año 2001, la adopción del Protocolo 14 puso en marcha un proceso de reforma del TEDH dirigido a adaptar el mecanismo de control previsto en el CEDH al creciente número de demandas, con el fin de dotar al sistema de efectividad a largo plazo¹. Las reticencias de Rusia a ratificar el Protocolo 14 retrasaron su entrada en vigor y complicaron una ya de por sí difícil situación derivada de la excesiva carga del trabajo del Tribunal, parcialmente aliviada tras la entrada en vigor del Protocolo 14 bis el 1 de octubre de 2009. Ambos Protocolos deben ser contemplados como parte de un proceso más amplio, centrado por ahora en la reflexión sobre las futuras reformas que deberá abordar el Tribunal. Un proceso que ha sido objeto de, hasta el momento, tres Conferencias ministeriales celebradas en Interlaken (febrero de 2010), Izmir (abril de 2011) y Brighton (abril de 2012)². Quiere esto decir que el proceso de reforma sigue en marcha. Tal y como se recuerda en la Declaración final de la Conferencia de Brighton³, la Conferencia de Interlaken invitó al Comité de Ministros del Consejo de Europa a evaluar, entre los años 2012 a 2015, en qué medida la implementación del Protocolo 14 y del Plan de Acción aprobado en el seno de la Conferencia habían conseguido mejorar la situación del Tribunal. Sobre la base de esta evaluación, el Comité de Ministros deberá decidir antes del final de 2015 si resultan necesarias nuevas medidas de reforma. La Declaración de

¹ Se afirma en el Informe Explicativo del Protocolo número 14 que “en un momento en el que prácticamente todos los Estados europeos son parte en el Convenio, ha surgido una urgente necesidad de ajustar este mecanismo [de control] y, particularmente, de garantizar la efectividad a largo plazo de la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con el fin de que pueda seguir jugando su preeminente papel de garante de los derechos humanos en Europa”. Tanto el texto del Informe explicativo están disponibles en la siguiente dirección electrónica: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/194.htm>. Revisado el 31 de julio de 2012.

² Los trabajos de las Conferencias están disponibles en la siguiente dirección electrónica: <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/The+Court/Reform+of+the+Court/Conferences/>. Revisado el 31 de julio de 2012. Sobre este proceso, véase, por ejemplo, Mombay (2010).

³ Disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.coe.int/en/20120419-brighton-declaration/>. Revisado el 31 de julio de 2012.

Interlaken preveía además que antes del final de 2019 (coincidiendo, por tanto, con el 60º aniversario del Tribunal) el Comité de Ministros deberá decidir si las reformas que se hubiesen llevado a cabo son suficientes para asegurar un funcionamiento sostenible del Tribunal o si, por el contrario, son necesarios cambios más profundos. También la futura adhesión de la Unión Europea al CEDH supone, sin duda, un reto jurídico y político sin precedentes⁴. Resulta posible afirmar, en definitiva, que del resultado de esos procesos dependerá que el TEDH pueda seguir protagonizando el avance en la protección de los derechos humanos en Europa.

Al propósito de dar cuenta de los resultados de cincuenta años de desempeño de esta tarea, sirve con creces el volumen *Europe of Rights. A Compendium on the European Convention of Human Rights*. Es esta una obra importante, que, tal y como explican sus editores, los profesores Javier García Roca y Pablo Santaolaya, toma como base las dos ediciones (2005 y 2009) del libro *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos* publicada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. El objetivo principal del trabajo es ofrecer una guía sobre el alcance de los derechos protegidos por el Convenio, lo que se consigue a partir de un sistemático estudio de la jurisprudencia del TEDH. En este sentido, se referencian en la obra las sentencias dictadas por este Tribunal hasta 2009. Esto es, hasta el año de la segunda edición en español. Deben resaltarse, en mi opinión, dos características principales de la publicación.

Estamos, en primer lugar, ante una obra académica verdaderamente interdisciplinar, cuya elaboración se ha beneficiado de la cooperación entre profesores de diferentes universidades provenientes de las áreas de conocimiento de Derecho constitucional, eclesiástico del Estado, internacional público, penal y procesal, además de algún representante del Poder Judicial. El resultado es un trabajo enriquecido con los diversos análisis propios de aquellas disciplinas.

La segunda característica a la que quiero hacer referencia es su sistematismo. Merece la pena, en este sentido, detenerse en la explicación del esquema general de la obra. El mismo facilita el acceso su contenido que, como enseguida se verá, es formidablemente amplio.

Abren el libro dos capítulos que tratan cuestiones generales, aplicables al conjunto del análisis posterior. En primer lugar, Javier García Roca se centra en el examen del Preámbulo del CEDH. El capítulo se refiere al contexto hermenéutico del Convenio, al que el autor califica de instrumento de orden público de rango constitucional. En segundo lugar, el profesor Pablo Antonio Fernández Sánchez dirige su estudio al artículo 1 del Convenio y, por tanto, al alcance de las obligaciones por él impuestas a los Estados parte. También el capítulo que cierra la obra, el treinta y seis, comparte este carácter general y, en cierto sentido, guarda relación directa con estos dos primeros capítulos. En este último capítulo, María Díaz Crego analiza la asimetría en la asunción de obligaciones que permite el sistema creado por el CEDH y sus Protocolos. Tal y como explica esta autora, la

⁴ El artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea, en su versión consolidada tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, dispone que "(l)a Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados". En el mismo sentido, tras la entrada en vigor del Protocolo 14, el artículo 59.2 del CEDH dispone que "(l)a Unión Europea podrá adherirse al presente Convenio". Los trabajos conducentes a la adhesión pueden consultarse en la siguiente dirección electrónica: <http://www.coe.int/what-we-do/human-rights/eu-accession-to-the-convention>. Revisado el 31 de julio de 2012. Sobre la cuestión, véase Jacqué (2011).

mencionada asimetría se debe a tres razones fundamentales. La primera de ellas es que no todos los Estados parte en el CEDH lo son, al tiempo, de la totalidad de sus Protocolos. La segunda se refiere a la posibilidad de formular reservas y/o declaraciones interpretativas de las que pueden hacer uso los Estados al firmar o ratificar el Convenio. Debe tenerse en cuenta, finalmente, que tanto el CEDH (artículo 56) como sus Protocolos permiten restringir el ámbito de aplicación territorial. Todas estas fórmulas constituyen para la autora elementos de relativismo y fragmentación susceptibles de limitar la aspiración de que el sistema del Convenio sirva a la construcción de un “orden público europeo de derechos humanos”.

El resto de capítulos, treinta y tres en total, se dedica al estudio de los derechos protegidos. Cada uno de ellos es objeto de uno o más capítulos (como ocurre con el artículo 6 del CEDH). Y en todos los casos es patente la exhaustividad con la que los autores han tratado la jurisprudencia del TEDH que, en cada caso ha ido perfilando el contenido de los mismos. Debe destacarse, en este sentido, que todos los artículos cuentan con un anexo en el que se referencia la bibliografía seleccionada por los respectivos autores. El orden del análisis sigue el orden del articulado del Convenio, lo que, como ya se ha dicho, facilita la consulta de la información que en cada momento se precise.

El derecho a la vida, garantizado por el artículo 2 del CEDH y por los Protocolos 6 –de 28 de abril de 1983, relativo a la abolición de la pena de muerte- y 13 –de 3 de mayo de 2002, relativo a la abolición de la pena de muerte en todas las circunstancias- es objeto de análisis en el capítulo tercero, del que es autor el profesor Fernando Rey Martínez. De la prohibición de torturar o infligir penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes, prevista en el artículo 3 del CEDH, se ocupa la profesora Ana Salado Osuna. Tal y como afirma esta autora, el Derecho internacional contemporáneo prohíbe absolutamente la tortura y los malos tratos, sin que quepa establecer excepciones o derogaciones que puedan considerarse “justificadoras” de tales conductas. En concreto, y en lo que se refiere a la prohibición de la tortura, la misma está contenida en una norma de *ius cogens*. Esto es, en una norma imperativa de Derecho internacional general. Consciente de ello, el TEDH ha desgranado una interesantísima jurisprudencia sobre la base del artículo 3 del Convenio, extendiendo su ámbito de aplicación cuando el Estado ejerce jurisdicción fuera de su territorio. También entonces la violación del artículo 3 engendrará la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de la obligación en él contenida. Aunque por las razones de acotación temporal ya explicadas no es objeto de análisis en este capítulo, tiene consecuencias particularmente relevantes en este punto, entre otras, la reciente sentencia de 23 de febrero de 2012, dictada en el asunto *Hirsi Jamaa y otros contra Italia*. En la misma, el TEDH ha considerado contraria al artículo 3 –y también a los artículos 13 del CEDH y 4 del Protocolo número 4 al citado Convenio- la devolución forzosa de un grupo de nacionales eritreos y somalíes a Libia realizada por barcos de la policía y del servicio de guardacostas de Italia que interceptaron a los inmigrantes en alta mar. Dado que en el marco de la política común de inmigración de la Unión Europea se vienen desarrollando desde hace unos años operaciones de patrullaje conjunto en las costas africanas –de las que provienen buena parte de esas embarcaciones- con el objeto de impedir la salida, y eventual llegada, de las mismas a territorio europeo, la sentencia tiene, o debería tener, consecuencias directas en este último ámbito.

El artículo 4 del Convenio prohíbe la esclavitud y el trabajo forzado. Del diferente alcance que ha otorgado la jurisprudencia del TEDH a los dos derechos protegidos por este artículo se encarga el profesor Raúl Canosa Usera en su comentario del mismo. Por su parte, Francisco Javier Álvarez García y Argelia Queralt Jiménez analizan exhaustivamente, en el capítulo sexto, la jurisprudencia



del Tribunal que ha desarrollado el artículo 5 del Convenio, que protege el derecho a la libertad y la seguridad.

Tal y como se ha avanzado aquí, el derecho a un juicio equitativo regulado en el artículo 6 del CEDH es objeto de varios comentarios independientes. La profesora Cora Arangüena Fanego ofrece una aproximación inicial al mismo en el capítulo séptimo, centrando el examen en el derecho de acceso al juez. Posteriormente, ella misma se ocupa del derecho a la doble instancia en el proceso penal (capítulo octavo). Otros elementos del mencionado derecho a un juicio equitativo, incluidos en el concienzudo análisis que del mismo se realiza en esta obra, son los siguientes: el derecho a la administración de justicia en un plazo razonable (capítulo noveno, del que es autora Ana Salado Osuna), el derecho del que goza todo individuo bajo la jurisdicción de un Estado parte a que su causa sea oída públicamente (capítulo décimo, del que es autor José Miguel Vidal Zapatero), el derecho a un juez imparcial e independiente (capítulo decimoprimer, del que son autores Javier García Roca y José Miguel Vidal Zapatero), el derecho a la presunción de inocencia (capítulo decimosegundo, del que es autor Alfredo Allue Buiza), el derecho a la defensa, incluidos los derechos a la propia defensa, a la asistencia letrada y a la asistencia legal gratuita (capítulo decimotercero, del que es autora Cora Arangüena Fanego), el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos al que se refiere el artículo 6.3.d) del CEDH (capítulo decimocuarto, del que vuelve a ser autora la profesora Arangüena Fanego) y el derecho a ser informado de la naturaleza y de la causa de la acusación (capítulo decimoquinto, del que es autora Isabel Perelló Doménech).

También Isabel Perelló Doménech es la autora del capítulo decimosexto, en el que se analiza el derecho a ser indemnizado del que deberá gozar todo individuo condenado penalmente como consecuencia de un error judicial. Tal derecho está previsto en el artículo 3 del Protocolo número 7 al CEDH, de 22 de noviembre de 1984.

El principio de legalidad penal, previsto en el artículo 7 del CEDH y en el artículo 4 de su Protocolo número 7, se examina en el capítulo decimoséptimo. La autora del mismo, Susana Huerta Tocildo, concluye que el sentido del citado principio no coincide, en el ámbito del Convenio, con el de los sistemas continentales. La versión incorporada a las disposiciones mencionadas supone, tal y como ella misma explica, un mínimo común denominador que trata de englobar a los sistemas basados en el Derecho anglosajón.

El derecho a la vida privada y familiar (Pablo Santaolaya), la libertad de pensamiento, conciencia y religión (Alejandro Torres Gutiérrez), la libertad de expresión (Rafael Bustos Gisbert), las libertades de reunión y asociación (Juan María Bilbao Ubillos) y el derecho a contraer matrimonio (Alejandro Torres Gutiérrez) son objeto de estudio pormenorizado en los capítulos decimooctavo a vigésimo segundo. Por su parte, Encarna Carmona Cuenca analiza en el capítulo vigésimo tercero el contenido de un derecho que cabe considerar de alcance horizontal, dado que constituye, como recuerda esta autora, una garantía del resto de derechos reconocidos en el Convenio. El artículo 13 del CEDH prevé que toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el mismo hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional. Lo que significa que los Estados parte deberán asegurarse de que estén previstos en los respectivos ordenamientos jurídicos recursos a través de los cuales los derechos reconocidos en el Convenio son efectivamente protegidos en caso de



incumplimiento. En consecuencia, sobre la base del principio de subsidiariedad, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 35.1 del Convenio, el agotamiento de los recursos internos es uno de los requisitos de admisibilidad de las demandas cuyo cumplimiento deberá verificar el TEDH. A este le corresponderá determinar, en este sentido, si los recursos previstos en sede nacional son efectivos según lo requerido por el artículo 13.

También tiene un alcance horizontal el artículo 14 del CEDH, que dispone que el goce de los derechos y libertades reconocidos en el mismo ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. El principio de no discriminación, que ha sido identificado como uno de los pilares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y ha sido en consecuencia consagrado en un buen número de instrumentos internacionales de derechos humanos⁵, aparece en el CEDH vinculado al disfrute de los derechos y libertades reconocidos en el mismo. Con esta situación estaba llamado a terminar el Protocolo número 12 al CEDH, de 4 de noviembre de 2000, que contiene una prohibición general de discriminación por cualquiera de aquellas razones. Del examen de ambos –del artículo 14 y del Protocolo 12 al CEDH– se encarga también en la obra Encarna Carmona Cuenca en el capítulo vigésimo cuarto.

El profesor Pablo Antonio Fernández Sánchez analiza en el capítulo vigésimo quinto el alcance de la posibilidad, prevista en el artículo 15 del Convenio, de que los Estados parte deroguen temporalmente las obligaciones previstas en el mismo. Esa posibilidad aparece condicionada a que la derogación no vaya más allá de lo que lo que estrictamente exija la situación y a que la misma no esté en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del Derecho internacional. Además, el apartado segundo del artículo señala que en ningún caso deben considerarse autorizadas derogaciones del artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, ni de los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7. Este apartado segundo contribuye, por tanto, a la conformación de un “estándar internacional mínimo de derechos humanos” que podría identificarse, al menos, con las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos que no cabría suspender en ninguna circunstancia⁶. Al margen de lo dispuesto convencionalmente, ese estándar mínimo estaría previsto igualmente por “normas generales del ordenamiento internacional que protegen los derechos y libertades fundamentales de cualquier persona” (Mariño Menéndez, 1995: 111-112). El contenido de ese estándar mínimo no está absolutamente determinado⁷. En otras

⁵ Se ha señalado respecto del principio de igualdad y no discriminación que “en la actual etapa de evolución del Derecho Internacional, ha ingresado en el dominio del *jus cogens* (...)” permeando “todo ordenamiento jurídico” y haciendo descansar sobre él “todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional”: *Cfr.* la Opinión Consultiva número 18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa a la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, de 17 de septiembre de 2003, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/>. Revisado el 31 de julio de 2012. Sobre la naturaleza de Derecho imperativo del principio véase también Brownlie (2008: 574).

⁶ *Cfr.* el artículo 4.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 2.2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y el artículo 1.2 de la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y, en el plano regional, el artículo 27.2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

⁷ Mariño Menéndez afirma que estaría constituido por el derecho a la vida, a la integridad física y moral, incluyendo el derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre, a un juicio imparcial, a la legalidad y la irretroactividad de la ley penal, a la personalidad jurídica, a crear una familia y a la libertad de pensamiento, conciencia y religión: (Ibídem: 112).



palabras: no existe un catálogo cerrado de los derechos que lo integran. Es, y deber ser, un concepto en constante evolución.

Los artículos 16, 17 y 18 del CEDH son objeto de análisis en los capítulos vigésimo sexto, vigésimo séptimo y vigésimo octavo del libro. El primero de ellos se refiere a las posibilidades de restricción de la actividad política de los extranjeros y codificaría, por tanto, una excepción al principio general de no discriminación al que acabamos de referirnos. Del alcance de esa autorización, en buena medida aclarado por el TEDH en su sentencia dictada en el asunto *Piermont contra Francia*, de 27 de abril de 1995, se encarga el profesor Juan Fernando Durán Alba. Javier García Roca examina en el capítulo vigésimo séptimo la prohibición de abuso de derecho contenida en el artículo 17, en virtud del cual ninguna de las disposiciones del CEDH podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el mismo, o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo. Y Pablo Santaolaya hace lo propio en el capítulo vigésimo octavo, centrado en la que podría considerarse la clausula de cierre de este catálogo de derechos: la relativa a la limitación de la aplicación de las restricciones a los mismos. Dispone el artículo 18, en este sentido, que las restricciones que, en los términos del CEDH, se impongan a los derechos y libertades en él enumerados no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual hayan sido previstas.

Los últimos capítulos de la obra seleccionan determinados derechos contenidos en algunos de los Protocolos adicionales al CEDH. Así, el derecho a la propiedad, protegido en el artículo 1 del Protocolo número 1, de 20 de marzo de 1952, es analizado en el capítulo vigésimo noveno, del que es autora Mar Aguilera Vaqués; el derecho a la educación y al pluralismo educativo, regulado en el artículo 2 del mismo Protocolo número 1 es examinado por Raúl Canosa Usera en el capítulo trigésimo; y Javier García Roca analiza en el capítulo trigésimo primero el alcance de la obligación que incumbe a los Estados parte en este mismo Protocolo número 1, en virtud de su artículo 3, de organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo.

El último bloque de capítulos estaría conformado por los capítulos trigésimo segundo a trigésimo quinto del libro. Y todos ellos tienen en común que se refieren a derechos/garantías aplicables que buscan la protección de los extranjeros, un colectivo al que cabe considerar en situación de particular vulnerabilidad y que requiere por tanto de una protección específica en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La profesora Nuria Arenas Hidalgo nos ofrece un análisis de la denominada libertad de circulación en el territorio de un Estado, regulada en el artículo 2 del Protocolo adicional número 4 al CEDH, de 16 de septiembre de 1963. Dicho artículo dispone, en su apartado primero, que toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente por él y a escoger libremente su residencia. El apartado segundo añade que toda persona es libre de abandonar cualquier país, incluido el propio. De lo que se deduce que no parece posible afirmar que los Estados parte de este Protocolo número 4 vengán obligados a garantizar el derecho de cualquier individuo a elegirlo como país de residencia. Esto es, la libertad de circulación no lleva aparejada el derecho de establecimiento a efectos de residencia. Y ello a pesar de que el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos proclame, como es bien sabido, que “toda persona tiene derecho a circular libremente y a

R
I
N
O
N

elegir su residencia en el territorio de un país”. Este artículo 2 del Protocolo número 4 al CEDH, tal y como hiciera unos años más tarde en el plano universal el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, clarifica en el plano regional europeo el alcance de este derecho al restringir esa libertad de movimientos a las personas que se hallen legalmente en el territorio del Estado⁸. Dicha restricción no es sino expresión de un principio general en virtud del cual los Estados de la Comunidad Internacional pueden decidir las condiciones a las que someterá la entrada y/o permanencia de un extranjero en su territorio con el objeto de considerarla conforme a Derecho (al Derecho interno promulgado con tal fin). Lo cual no quiere decir que el Derecho internacional contemporáneo no establezca límites en este sentido. Entre los mismos, parece clara, en primer lugar, la prohibición de expulsar a los propios nacionales. Así lo establece el artículo 3 del Protocolo número 4. De su examen se encarga en el libro Juan Fernando Durán Alba, en el capítulo trigésimo tercero. En el mismo sentido, una norma de Derecho internacional imperativo, que tiene su fundamento en el principio de no devolución, que impide que un extranjero sea devuelto a su país de origen si su vida o su seguridad corren peligro como consecuencia de tal devolución, prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros. El artículo 4 del Protocolo número 4, que es el objeto del capítulo trigésimo cuarto, del que también es autor Juan Fernando Durán Alba, así lo establece. Por último, el mismo autor se encarga, en el capítulo trigésimo quinto, del análisis de las garantías que deberán acompañar la expulsión de un extranjero y que se recogen en el artículo 1 del Protocolo número 7 al CEDH, de 22 de noviembre de 1984.

Son evidentes, por tanto, la sistematicidad y profundidad en el análisis, crítico a veces, de este compendio. Su lectura, siempre interesante, sirve a la comprensión de lo que, más allá de corsés geográficos, no debe dejar de conformar la identidad europea: el entendimiento, el buen acuerdo sobre los derechos y las libertades fundamentales de las que deben gozar sus ciudadanos.

Bibliografía

- BROWNLIE, I. (2008), *Principles of Public International Law*. Oxford University Press, Oxford.
- JACQUÉ, J.P. (2011), “The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms”, *Common Market Law Review*, Vol. 48, Núm. 4, pp. 995-1023.
- MARIÑO MENÉNDEZ, F.M. (1995), “Los derechos de los extranjeros en el Derecho Internacional”, en MARINO MENÉNDEZ, F.M. *et al.*, *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid.
- MOWBRAY, A. (2010), “The Interlaken Declaration: The Beginning of a New Era for the European Court of Human Rights?”, *Human Rights Law Review*, Vol. 10, Núm. 3, pp. 519-528.
- REMIRO BROTONS, A. *et al.* (2007), *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch Valencia.

⁸ Para Remiro Brotons (2007: 831) lo dispuesto en el artículo 13.1 de la DUDH no pasa de ser “una declaración piadosa, desmentida rotundamente por la reiterada práctica de los Estados.”





Recensión

Marxismo, democracia y derechos humanos

Eusebio Fernández García,
(2011) Dykinson, Madrid, 125 pp.

Edgardo Rodríguez Gómez

Universidad Carlos III de Madrid

erodriguez@trust-cm.net

Concluida la primera década del siglo XXI, una sensación de incertidumbre gana los ánimos de los Estados occidentales del norte del hemisferio, sumergidos en la bruma de una crisis económica prolongada que comienza a sacudir los cimientos institucionales de un proceso de medio siglo de unificación continental¹ (Ferguson, 2011). Agrietados los pilares del estado de bienestar, se van desvaneciendo los derechos sociales consagrados constitucionalmente, olvidándose un dilatado y no pocas veces doloroso proceso de integración social que favoreció el desarrollo de condiciones de vida inigualables a más de tres generaciones de europeos.

En un escenario inédito, cuando España comienza a registrar denuncias por la escasa garantía que su gobierno ofrece a derechos como la educación libre y gratuita y el acceso universal a la sanidad, previstos en instrumentos internacionales (Oré Aguilar, 2012), el profesor Eusebio Fernández García, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III, se involucra a través de un breve pero cuidadoso trabajo en una reflexión necesaria y responsable, al tiempo que va adquiriendo consistencia el mayor reto que se le ha planteado a la democracia española y europea de la posguerra.

La reflexión se hace necesaria en la medida que permite hallar puntos de referencia en un escenario de perplejidad de idearios, sobre todo cuando las circunstancias volátiles de la economía parecen guiar las decisiones políticas y quedan doblegados postulados doctrinales asumidos durante décadas por los distintos sectores político partidarios² (Beck, 2011). Es responsable, además, al

¹ El historiador N. Ferguson (2011) señalaba: “Durante años, el tren de la integración europea funcionó a costa de subsidios alemanes. No lo hará más. Mientras el proceso de desintegración se incrementa este año –en tanto que las economías de la periferia languidecen y sus gobiernos caen- la culpa no será de las víctimas. Será el votante alemán que apremiará con el pago de deudas.” (Traducción del autor).

² Acerca del desvarío ideológico es gráfico el diagnóstico de U. Beck (2011), sobre la Europa de inicios del siglo XXI: “De esa forma surge la nueva Europa de Merkel: La gramática del poder obedece a la diferencia imperial entre países que prestan y países que reciben dinero. No está determinada por factores militares, sino por factores económicos (...). Su fundamento ideológico es aquello que llamaré euro-nacionalismo alemán, es decir, el nacionalismo del marco, ampliado y aplicado a una dimensión europea. De esa forma la cultura alemana de la estabilidad resulta elevada a idea guía para Europa”. (Traducción del autor).

desechar el fácil cuestionamiento “en caliente” que sólo ve el presente y pasado inmediatos, procurando, por el contrario, reconectar la actualidad con aquellas ideas que surgidas en los siglos precedentes en Europa: socialdemocracia, teoría contractualista o estado de derecho, y valiosas para su logrado bienestar, merecen ser nuevamente aprovechadas al proyectarse una mirada retrospectiva sobre ellas, asumiéndose su compleja articulación. Algo así requiere renunciar, como sugería J.S. Mill, (2011 [1859]) a su *pretensión de infalibilidad*, considerando al mismo tiempo -según anotaba el propio Mill (2011 [1859]: 60)-, que “la pérdida de una ayuda tan importante para el conocimiento vivo e inteligente de la verdad como es la necesidad de explicarla o defenderla sin descanso frente a sus adversarios, aunque no supere al beneficio que supone su reconocimiento universal, no es desdeñable.”

En definitiva, rescatando el contenido profundo de las ideas políticas -que parecen estar hoy sometidas al vaivén de las fluctuaciones bursátiles, las quiebras bancarias o los costos de la deuda pública- y las vías democráticas para la toma de decisiones -que siguen constituyendo el factor clave de estabilidad y credibilidad de los estados europeos-, una de las mayores contribuciones de la obra comentada para los tiempos que corren es que supera el trazado de coordenadas conceptuales ideológico-políticas y jurídico políticas para reconstruir su evolución en la historia reciente de la doctrinas políticas y los derechos humanos, con resultados sugerentes y esclarecedores que requieren ser considerados por gobiernos y ciudadanos de uno de los estados más presionados con la paulatina pérdida de señales de faros y brújulas teórico-políticas como es España.

Así, frente a los limitados esfuerzos intelectuales que impone la coyuntura y tienden a concentrarse exclusivamente en repasar las erradas decisiones gubernamentales de la última década o, incluso, en hacer referencias al renovado fatalismo que acompañaría a los españoles³, el libro estimula más bien a optar por un compromiso consciente con ciertos contenidos clave del marxismo y las premisas básicas de la democracia y los derechos humanos, volviendo a desentrañar sus discrepancias y puntos de posible convergencia, reactualizando, de ese modo, para la vigencia de la auténtica política, otra certera constatación de Mill (2011: 59):

Esto es lo que sucede en general con todas las doctrinas tradicionales, tanto con las de prudencia y conocimiento de la vida como con las morales y religiosas. Todas las lenguas y todas las literaturas abundan en observaciones generales sobre la vida y sobre la forma de conducirse en ella; observaciones que cada cual conoce, que repite o escucha dando su consentimiento, que considera como perogrullada, pues en general no se aprende su verdadero sentido más que cuando una experiencia – generalmente traumática- las transforma en realidad.

Por ello, si el interés del autor se dirige casi exclusivamente al ámbito del pensamiento político y filosófico-jurídico español, echándose en falta algunas referencias explícitas a la situación compartida con otros estados cuyos valores, historia, tradiciones e instituciones, así como su nivel de desarrollo económico, están estrechamente vinculados a la suerte de España, y su crisis, la obra no resulta a la larga alejada de las inquietudes declaradas por otros intelectuales que durante los dos últimos años cuestionan la deriva de la integración europea al añadir a su afán por resolver los problemas generados por los déficits presupuestarios, la

³ Un ejemplo de esta postura la ofrece el artículo “500 años de ocasiones perdidas” del redactor responsable del área de España y América Latina del *Süddeutsche Zeitung*, Sebastian Schoepp (2012), para quien, de manera simplista: “Mediante la construcción de viviendas e incentivos económicos [Franco] convirtió en masa a los españoles en propietarios de inmuebles. Y puso los cimientos del boom especulativo posterior. Si bien España afrontó el cambio político tras el fin de la dictadura en 1975 con bravura y creó una sociedad tolerante, en lo económico, siguió atascada en la Edad Media.”



instauración de un déficit democrático impuesto desde el proceder de los órganos representativos estatales e inherente a la propia Unión Europea (Habermas, 2011). Todo ello agravado con la consolidación de las desigualdades sociales y un reordenamiento internacional que incrementa las distancias entre países ricos del norte y pobres del sur del hemisferio (Feher y Emdsen, 2012).

Pese a la ausencia de referencias al marco europeo en la obra, destaca una toma de postura teórica del autor al privilegiar el rol fortalecido del actor indispensable para afrontar el momento actual: el Estado como protagonista indiscutible y experimentado en intervenciones que garantizan la seguridad y disipan el miedo difuso que va instalándose a raíz de la sensación de impotencia que lleva a la parálisis al imponerse la austeridad al conjunto de la sociedad (Gil Calvo, 2012). Puestos en un segundo plano por las dinámicas de la “gobernanza transnacional” y suplantados por organizaciones internacionales en su atribución de legislar para las circunstancias actuales, los estados sufren también el desconcierto y la ineficacia generalizados ante el difícil escenario de encauzar intereses contrapuestos de estados nacionales y mercados globales⁴.

Al recoger y celebrar el autor las palabras del historiador T. Judt, quien apuntaba: “Uno de mis objetivos es sugerir que el gobierno puede desempeñar un papel mayor en nuestras vidas sin amenazar nuestras libertades y sostener que, como el Estado va a permanecer con nosotros durante un tiempo previsible, haríamos bien en pensar qué tipo de Estado queremos” (pp. 10 – 11), opta expresamente por aquél modelo que en toda Europa se ha concretado como Estado social y democrático de Derecho, sin hacer llamados a posiciones nacionalistas. ¿Cómo trasladar estas pretensiones al contexto de la configuración actual del orden institucional europeo...? La respuesta, que parece haberse disuelto en las simplificaciones de la política sin trascendencia a través, por ejemplo, del falso debate entre austeridad y crecimiento, exige una reflexión de mayor profundidad, orientada por las líneas de análisis esbozadas en el libro⁵ y que han sido sugeridas por el propio historiador británico: “La necesidad práctica de Estados fuertes y gobiernos intervencionistas está fuera de discusión. Pero nadie está ‘repensando’ el Estado” (Judt, 2010: 23).

Al mismo tiempo en que se publicaba la obra, y desde una mirada a la historia política, los intentos de aproximación a una reflexión intelectual que rescate la importancia de las ideas políticas, ante la deriva que va tomando la situación europea, rememora los peligros de prácticas de un pasado superado hace más de medio siglo: desprecio de los procedimientos deliberativos y sumisión a líderes providenciales. Para algunos autores ello habría conllevado ya la instauración de hecho del estado de excepción schmittiano en la Europa del siglo XXI (von Lucke,

⁴ La última semana del mes de junio, *Spiegel Online* (2012) exploraba impresiones de otros medios de prensa alemanes ante la “dramática pérdida de soberanía nacional” que supondría la posible puesta en marcha del establecimiento de una autoridad central europea que tenga el poder de exigir cambios en los presupuestos nacionales de los estados miembros de la Unión, propuesta por la denominada “banda de los cuatro”: el Presidente del Consejo Europeo, el Presidente de la Comisión Europea, el Presidente del Eurogrupo y el Presidente del Banco Central Europeo.

⁵ P. Anderson (2012) hace un comentario acerca del ensayo de J. Habermas titulado “The Crisis of the European Union in the Light of a Constitutionalization of International Law” (que constituye el capítulo 2 de la obra traducida al castellano *La constitución de Europa*); allí, ofrece un recuento de las referencias anotadas por dicho autor y señala que tres cuartos corresponden a autores alemanes, muchos de los cuales están vinculados a Habermas, los restantes son intelectuales angloamericanos entre los que prevalece David Held. No se registran otros intelectuales europeos, algo que para Anderson constituye, irónicamente, una “ingeniosa exhibición de provincialismo.”

2011); tampoco escaseaban las propuestas interpretativas que contraponen el rumbo que ha ido tomando el liberalismo y su desapego por la democracia, aquella que tendría por premisa la intervención directa del pueblo en la toma de decisiones (Pisarello, 2011), así como los llamados a incorporar las demandas de movimientos como el 15-M u Occupy Wall Street (Badiou, 2011; Rancière, 2011). El libro comentado se acerca más bien a la problemática actual sin apresuramientos, y atiende a las lecciones del pasado en la línea que sugería J. Fisher (2011) al recordar a Marx -y Hegel- en el *18 de Brumario de Luis Bonaparte*:

Hegel dice en alguna parte que todos los grandes hechos y personajes de la historia universal se producen, como si dijéramos, dos veces. Pero se olvidó de agregar: una vez como tragedia y otra vez como farsa (Marx, 1985: 31).

Para Fisher hay acontecimientos del presente que le insinúan algo de las décadas de 1880 y 1890, vividas como la tragedia de finales del siglo XIX e inicios del XX, y repetidas como farsa. Recuerda que intelectuales como M. Weber advertían entonces, junto a muchos otros de su generación, que Alemania debía desistir del esquema de equilibrio de potencias inspirado por Bismarck, que se sabe a lo que condujo. Afortunadamente –señala el ex-ministro alemán- “no afrontamos ninguna amenaza del mismo nivel en la actualidad, pero la misma mentalidad ha retornado.” En lo fundamental, nada habría cambiado en la postura alemana pues el país germano se siente poderoso nuevamente. Es a partir de esta constatación que la comparación con lo vivido hace un siglo o más se hace manifiesta para Fisher: El sentimiento de fortaleza se convierte en una tendencia peligrosa, aunque estaría muy alejada de aquella que conduce a la tragedia. Lo que resulta evidente es que Alemania ha sido una fuerza guía en la integración europea, por sus propias razones históricas; la continuidad del proceso solo depende si se le vislumbra como su interés supremo. En caso contrario, la integración no sólo se resentiría, sino retrocedería.

Ante la tesitura de optar por una España en Europa y una Europa integrada, puede colegirse que para el autor subsiste la necesidad de hallar referencias en la teoría rawlsiana de la justicia como equidad, que no es sólo “una gran aportación a la reflexión moral, jurídica y política contemporánea, sino que sigue siendo inexcusable de tener en cuenta” (p. 114). Especialmente, si en el blanco de las reformas impuestas por mercados, agencias de notación y burocracias europeas están en primer término las partidas presupuestarias que han garantizado, gracias a exigencias y movilizaciones, lo social. El propio Habermas, crítico dialogante con Rawls, reconoce en su último trabajo traducido al castellano el valor de las propuestas del teórico de la justicia norteamericano, precisamente en una coyuntura cercana a la exclusión, miseria y discriminación, que ofrece la ocasión oportuna (como experiencia generalmente traumática, aludida por Mill) en la que es indispensable asumir que “los derechos fundamentales clásicos adquieren un ‘valor igual’ para todos los ciudadanos únicamente cuando se completan con *derechos sociales y culturales*” (Habermas, 2012: 20).

La necesidad de que se garanticen estos derechos, entendidos exclusivamente bajo el marco de protección diseñado a partir del modelo de Estado social y democrático de Derecho que propone el autor, ha hecho posible el desarrollo del segundo capítulo del libro, el más extenso e ilustrativo, presentado apenas como apuntes orientativos. En esta segunda parte el profesor Eusebio Fernández no sólo repasa las ideas de K. Marx expresadas en *La cuestión judía* sino primordialmente examina la evolución de una corriente de pensamiento político,



el marxismo, de la que –para muchos- el propio Marx renegaría antes de morir⁶ (Hodges y Gandy, 1988: 475). Pese a ello, Marx continua siendo un autor clásico sobre el que E. Hobsbawn (2011: 14) diría que setenta años después de su muerte “una tercera parte de la raza humana vivía bajo regímenes gobernados por partidos comunistas que presumían de representar sus ideas y de hacer realidad sus aspiraciones.”

Así, casi cien años después de la muerte de Marx –en 1883-, el autor del libro, en 1980, presentaba la ponencia *Marxismo, positivismo y revisionismo en el pensamiento socialista español* en la Universidad de Salamanca, publicada en 1982 (p. 9) cuando aún en España, y buena parte del mundo occidental, las ideas marxistas eran predominantes. Estas habían recuperado su influjo teórico, por iniciativa de L. Althusser, con la reivindicación de su carácter científico en desmedro de su transformación en una filosofía humanista (Lewis, 2005). La inclusión íntegra de la ponencia como capítulo inicial del libro comentado, tres décadas después, en pleno auge de la mayor crisis de la democracia española, orienta acerca de las inquietudes que suscitaba aún en la naciente democracia española la vigencia de la “obsesión científicista”, presente ya en tempranas formulaciones del renegado Kautsky (1980), unida a un irrisorio tratamiento teórico del marxismo por parte de los intelectuales y militantes de los partidos de izquierda en la península ibérica. Todo ello conducía a generar el temor de un reforzamiento del corte autoritario en la sociedad española, que luego de más de cuarenta años de dictadura estaba confrontada a mirar su pasado teniendo a su disposición las urnas. De cara al marxismo ortodoxo, también de dictadura, pero del proletariado, el revisionismo debía operar como una alternativa: “debería ser su mayor virtud y no su peor crimen” (p. 30).

Hacer compatible el marxismo con la democracia, y más aún con los derechos humanos, exige renunciaciones inminentes, y en todo caso un reconocimiento de la pluralidad de vertientes que llevan en su fondo no sólo ideas sino una *praxis* social transformadora. El autor sigue viendo difícil separar los marxismos de su inspirador, Marx (p. 34). Verifica, asimismo, que desde la última década del siglo XX, una década después de haber publicado lo que constituye el primer capítulo del libro, hasta hoy, al marxismo le ha sobrevenido una crisis con tendencia a prolongarse, incluso en las circunstancias que le ofrece la actual crisis económica occidental; precisando que:

Algunos analistas contemporáneos han visto en la actual crisis económica a escala global, pero de clara génesis capitalista, una llamada a desempolvar los viejos textos marxistas y a pensar esa crisis y las posibles vías de solución desde la perspectiva enunciada por C. Marx y F. Engels. Pero todavía es muy pronto para que podamos tener confianza en esa lectura de la crisis (p. 38).

En todo caso, sólo la existencia de ciertos contenidos de algunas corrientes marxistas permitirían formular planteamientos favorables a la teoría y práctica de los derechos humanos (p. 43), aunque aclara que tal aportación del marxismo, si bien es necesario conocerla y comprenderla, debería hacerse “[...] no exclusivamente como un capítulo de la historia de los derechos humanos, sino como algo que puede

⁶ “Je ne suis pas Marxiste”, sería lo que en una carta escrita a E. Bernstein el 2 de noviembre de 1882, anotaba Engels refiriéndose a las palabras transmitidas por Marx a su yerno Paul Lafargue. El propio Engels, en una carta dirigida a C. Schmidt el 5 de agosto de 1890 manifestaba su desagrado por la forma como los “marxistas” tergiversaban la concepción materialista de la historia haciéndose eco de las palabras dirigidas por Marx a los marxistas franceses de los años 1870: No soy marxista.

ayudar a la reflexión actual sobre este asunto, puesto que mientras exista pobreza, violencia, explotación, o falta de libertades, el marxismo tendrá siempre algo que decir sobre ello.”

Tras hacer un prolijo recorrido a través de la evolución de las tradiciones marxistas que incluyen al marxismo-leninismo, el socialismo humanista, el marxismo crítico, los aportes de la Escuela de Frankfurt, el eurocomunismo, el marxismo analítico y la socialdemocracia, sometiéndolos a la criba de su conformidad con los fundamentos de la teoría de los derechos humanos: libertad e igualdad sin renunciar a una y otra, el autor concluye el capítulo analizando la actualidad del marxismo, y rescatando una idea propuesta por N. López Calera para quien hoy el Derecho, así como la historia y la teoría de los derechos fundamentales, “no pueden dejar de entenderse sino como un producto de la historia social y económica” (p. 105), aunque tal criterio en solitario no resulta suficiente.

La historia, insuficiente, requiere de la compañía de la justicia como “valor constitucional” para hacer realidad tales derechos, introduciéndose la moral como un componente indispensable para el desarrollo adecuado de la vida política y social a través del Derecho. Se trata, en palabras recuperadas de J.L. López Aranguren, de encarnar a través del Derecho valores éticos para la realización de la “aspiración humana –en términos en que, contemporáneamente, se vaya presentando- de la justicia sobre la tierra. El derecho natural como función coincide, en definitiva, con *la lucha por el derecho, tanto en su vertiente de derecho positivo nacional, como en la de derecho positivo internacional o universal*” (p. 116), lo que incluiría sin duda al derecho comunitario, si seguimos la propuesta de J. Habermas (2012: 36) para quien sólo “el vínculo interno entre dignidad humana y derechos humanos puede producir ese enlace explosivo de la moral con el medio del derecho en el que debe realizarse la construcción de órdenes políticos más justos.”

Un orden político justo sigue siendo una posibilidad para el autor si se mantiene la defensa actual de la tradición socialdemócrata, y de un futuro socialdemócrata (p. 10). Ante la constatación de F. Vallespín (2011) de que: “Somos ciudadanos post soberanos que nos limitamos a designar un nuevo liderazgo que hará lo que se espera que haga por parte del poder real: el poder económico,” y que... “Lo más descorazonador de esta situación es que quienes se niegan a aceptar este estado de cosas, como el movimiento 15-M o los partidos de izquierda de la socialdemocracia, no saben tampoco cómo transitar desde esta situación a los clásicos preceptos de la justicia social”, invitando a sumarse a un esfuerzo de cambio a una izquierda reflexiva más que indignada, el profesor Eusebio Fernández contribuye en el momento –no con el buenismo moral del que se queja Vallespín– sino con el afán de animar el “government by discussion” del que hablaba J.S. Mill, recordado en un reciente artículo de A. Sen, reconocido crítico de Rawls.

Para el economista indio, sólo a través del debate público participativo se habrían podido identificar las reformas apropiadas que debían ser concretadas en un lapso de tiempo razonable, sin pasar por la podadora los fundamentos del marco político de justicia europeo. Por el contrario, los repentinos y drásticos recortes a las prestaciones públicas, con la ausencia total de debate para verificar su necesidad, equidad y eficiencia suscitan la revuelta y abren juego al protagonismo de los extremos del espectro político. La recuperación de las ideas que permitieron construir una Europa del bienestar se ponen de manifiesto en *Marxismo, democracia y derechos humanos*. Tres ideas puestas en crisis en medio de la experiencia traumática de inicios del siglo XXI, que con esfuerzos intelectuales como el reseñado, pueden en lo fundamental, seguir guiando los destinos de Occidente.



Bibliografía

- ANDERSON, P. (2012), "After the event", *New Left Review*, Núm. 73, pp. 59–71.
- BADIOU, A. (2011), "Que signifie « changer le monde »?", *Séminaire d'Alain Badiou (2010-2011)*. Disponible en línea: http://www.entretiens.asso.fr/Badiou/10-11.htm#_ftnref21. Revisado el 27 de agosto de 2011.
- BECK, U. (2011), "Se dalla crisi nascesse l'Europa dei cittadini", *La Repubblica*, 3 de diciembre, pp. 30-31.
- CROSSLAND, D. (2012), "States Must Sacrifice Sovereignty to Save Euro", *Spiegel Online*. Disponible en línea: <http://www.spiegel.de/international/europe/german-press-review-on-split-in-europe-ahead-of-eu-summit-a-841232.html>. Revisado el 6 de julio de 2012.
- FEHER, M. y EMDSEN, Ch. (2012), "Euro-Zone Data Point to North South Divide", *Wall Street Journal*, 26 de junio. Disponible en línea: <http://online.wsj.com/article/SB10001424052702304782404577489823734679622.html>. Revisado el 6 de julio de 2012.
- FERGUSON, N. (2011), "Murder on the EU Express", *Newsweek*. Disponible en línea: <http://www.thedailybeast.com/newsweek/2011/04/03/murder-on-the-eu-express.html>. Revisado el 16 de diciembre de 2011.
- FISHER, J. *et al.* (2011), "Europe and the 'new German question'", *Eurozine*, 26 de agosto, p. 3.
- GIL CALVO, E. (2012), "Epidemias de miedo: de la fobia al amedrentamiento", *Claves de razón práctica*, 222, pp. 44-55.
- HABERMAS, J. (2012), *La constitución de Europa*, Trotta, Madrid.
- HOBSBAWN, E. (2011), *Cómo cambiar el mundo*, Crítica, Barcelona.
- HODGES, D. y GANDY, R. (1988), "Marx and Economic Determinism", en Wood, J.C. (ed.), *Karl Marx's Economics*, Routledge, Londres. pp. 461-477.
- JUDT, T. (2010), *Algo va mal*, Taurus, Madrid.
- KAUTSKY, K. (1980), *Ética y concepción materialista de la historia*, Pasado y Presente, Madrid.
- LEWIS, W.S. (2005), *Louis Althusser and the Traditions of French Marxism*, Lexington Books, Lanham.
- MARX, K. (1985), *El 18 de brumario de Luis Bonaparte*, Sarpe, Madrid.
- ORÉ AGUILAR, G. (2012), "Los derechos sociales; el otro déficit", *El País*, 7 de mayo, p. 29.
- PISARELLO, G. (2011), *Un largo temidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Trotta, Madrid.
- RANCIÈRE, J. (2011), "Inaugural Lecture", *The state of things*, Istituto Veneto di Scienze/Office of Contemporary Art Norway. Disponible en línea: <http://www.oca.no/programme/audiovisual/the-state-of-things-jacques-ranci-re>. Revisado el 27 de septiembre de 2011.
- SCHOEPP, S. (2012), "500 años de ocasiones perdidas", *presseurop.es*, 1 de junio. Disponible en línea: <http://www.presseurop.eu/es/content/article/2100871-500-anos-de-ocasion-perdidas>. Revisado el 3 de junio de 2011.
- SEN, A. (2012), "Europa, va a scuola di Keynes", *La Repubblica*, 15 de junio. Disponible en línea: <http://temi.repubblica.it/micromega-online/europa-va-a-scuola-di-keynes/>. Revisado el 5 de junio de 2012.
- STUART MILL, J. (2011), *Sobre la Libertad*, El Mundo, Madrid.
- VALLESPÍN, F. (2011), "Izquierdas al borde de un ataque de nervios", *El País*, 2 de septiembre, p. 25.
- VON LUCKE, A. (2011), "Souverän ohne Volk: Der Putsch der Märkte", *Blätter für deutsche und internationale Politik*, 12/2011, Berlín, pp. 5-8.



Recensión

La profesionalidad judicial

Jorge Malem Seña,
(2010) Fontamara, México D.F., 160 pp.

Ricardo Cueva Fernández

Universitat Pompeu Fabra
ricardo.cueva@upf.es

El volumen al que se refieren estas líneas se halla dentro de la colección editada por Fontamara bajo la denominación "Cátedra Ernesto Garzón Valdés". En toda ella cada libro consta de un ensayo más o menos breve del prestigioso pensador, y a continuación aparece inserto el texto del autor que la portada nos ofrece. En este caso, consiste en un conjunto de reflexiones a cargo de Jorge Malem Seña, profesor de la Universidad Pompeu Fabra. Sólo en contadas ocasiones tiene uno la posibilidad de disfrutar de dos autores de la envergadura que poseen los citados en un solo volumen. La duda que tuve antes de empezar a leer sus páginas, en todo caso, fue la de si en esta ocasión ambos también podrían conservar la magnitud de algunos de sus mejores trabajos, porque habiendo escrito tanto y de tan extraordinaria calidad, el listón era *a priori* muy elevado. Pero tal temor resultó sin fundamento. Tratándose de dos textos muy distintos, unidos tan sólo por la bisagra del común denominador del operador jurídico judicial, ambos muestran reflexiones muy valiosas en sus respectivos campos.

El ensayo de Garzón Valdés se denomina "Respuestas a la violencia extraordinaria", y se apoya en el habitual coraje moral del profesor de Maguncia. Se trata ni más ni menos que de una crítica a los diversos sistemas de olvido o punto final que en distintos regímenes se han ofrecido como "soluciones" para pasar página en la Historia. Y como no podía ser menos, comienza con una reflexión filosófica de carácter ético que contribuye a captar la atención del lector desde las primeras páginas. Se trata de una refutación de la versión arendtiana sobre el mal radical kantiano, ya que Garzón entiende que éste contiene la posibilidad de "mala conciencia", mientras que en la acepción de mal absoluto la profesora alemana no la mantiene. De modo que "vivimos, pues, con la memoria del *mal absoluto* cometido y con la práctica persistente del *mal radical*" (p. 18), es decir, bajo la sombra del Holocausto y en la experiencia del continuo desafío a los derechos humanos, el famoso "coto vedado" tan citado por el autor en su obra.

El olvido o el recuerdo, así, serían las dos actitudes posibles ante estos fenómenos (p. 18). Y Garzón es, desde luego, favorable al segundo, pues el primero recurre al autoengaño (p. 19), y con efectos nocivos en caso de acciones especialmente dañinas. De hecho, y pese a que el autor no les guarda demasiada simpatía en su trayectoria, coincide con los comunitaristas aquí por haber subrayado con énfasis "la importancia de la memoria como sustento de la identidad individual y colectiva" (p. 24). Es más, "la consideración de los criterios de selección de eventos memorables puede ser un buen método para la evaluación de la calidad moral de una cultura política" (p. 26).

A continuación, el profesor distingue varios tipos de vías para responder a delitos de la envergadura a la que se refiere el trabajo. Se trataría de la venganza, el perdón, la reconciliación y, asimismo, tres estrategias institucionales: el indulto, la prescripción y el castigo. Garzón rechaza la primera, la venganza, porque puede iniciar una cadena de reacciones tanto o más violentas que las del crimen inicial (p. 27), y a la segunda estrategia, la del perdón, le exige arrepentimiento para que sea justificable, pues aquélla "presupone necesariamente que quienes son culpables de un crimen lo reconozcan" (p. 29). El efecto del perdón es "de tipo psicológico: el perdonado arrepentido se siente liberado del resentimiento y de la eventual venganza de la víctima, quien, a su vez, puede ver en el arrepentimiento del criminal una especie de solidaridad con el dolor. El perdón crea una nueva relación entre quien perdona y el perdonado".

En cuanto a la reconciliación, existe en el texto una clara crítica a las "comisiones de la verdad" y mecanismos similares, adoptados en países como Sudáfrica, Bosnia y Herzegovina, El Salvador o Chile. "No hay mayor inconveniente en aceptar que una condición necesaria de la reconciliación es el conocimiento de la verdad sobre los crímenes cometidos. Pero el problema se vuelve moralmente insoluble si se tiene en cuenta que para que la *reconciliación colectiva* pueda tener fundamento racional hay que suponer la *culpabilidad colectiva*" (p. 33). Frente a este mensaje, correspondiente a la expresión "quien esté libre de culpa que arroje la primera piedra", Arturo Illía había dicho que tenía "un montón de piedras en las manos", y Garzón le da la razón al viejo Presidente argentino, porque lo contrario sólo daría lugar a difuminar las responsabilidades de aquéllos que hubieran participado en crímenes atroces, esquivando la asimetría del "terrorismo de Estado" (p. 34) y para colmo, engullendo a sus víctimas.

El indulto tampoco es válido: "desde el punto de vista moral, cuando el indulto se aplica a autores de crímenes contra la humanidad (...) constituye en alto grado una injusticia notoria y es, por lo tanto, inaceptable". Por idénticos motivos se ha acordado en los instrumentos internacionales la imprescriptibilidad de esos delitos. Y en consonancia con todo ello, el castigo a sus responsables debe ser decidido por la institución judicial (p. 38). Una punición que, por otra parte, no debe ser selectiva, pues entonces peligraría toda la legitimidad de la justicia, presentándose los acusados como "víctimas" del sistema (p. 40). Para evitar, asimismo, que estos procedimientos sean endeble, ha de contarse con una institución supranacional como la de la Corte Penal Internacional (p. 43). En suma, pues, frente a la maldad proveniente del despotismo "el derecho es el único recurso de que disponemos y si lo abandonamos no nos queda ni siquiera la esperanza de una supervivencia que no sea breve y brutal, como temía Thomas Hobbes". Así que empezando con Kant y terminando con el célebre filósofo político inglés, Garzón vuelve a confiar en ese combate que él mismo siempre ha sostenido, durante toda

su vida, frente a las "calamidades" que cercenan una vida social respetuosa con los derechos humanos.

En cuanto a la segunda parte del libro, y que es la que da título precisamente al volumen, el profesor Jorge Malem Señá la dirige a un tema de interés insoslayable, pues versa sobre una dedicación, la del juez en nuestro Estado de Derecho, que a menudo parece proyectar más sombras que luces. El autor busca realizar aquí un análisis exhaustivo sobre su labor y sus rasgos principales. Para empezar, acudiendo al concepto de profesión. "Si algo la caracteriza "es precisamente que sus miembros están vinculados a un conjunto de normas morales que no son aplicables a otras personas" (p. 57). En este sentido la función del juez, y aquí el profesor Malem concuerda con la exigencia del art. 120.3 CE, es la de resolver de manera razonada. Y es que "en esta tarea de motivar sus decisiones, puede el juez cometer diversos errores", algo que unas páginas más adelante pasará a detallarse (p. 58).

El texto pasa entonces a delimitar de forma conceptual qué es profesión (pp. 60-71), destacando como sus características esenciales las siguientes: 1) se basa en conocimientos científicos y técnicos, 2) exige cierto período de aprendizaje y de adiestramiento, 3) tiene un componente esencialmente intelectual, 4) ninguna sociedad desarrollada podría desprenderse de él sin grave pérdida, 5) resulta presidida por un alto grado de autonomía, 6) quienes la ejercen asumen su responsabilidad por los actos que autónomamente decidan realizar, 7) constituye una forma de obtener ingresos pecuniarios como "modo de vida", 8) debe ser ocupada por personas con vocación, 9) se estructura mediante organizaciones o instituciones que establezcan normas básicas para su ejercicio, 10) exige que sus miembros posean una cierta credencial donde se ponga de manifiesto su competencia. Sin entrar en detalles sobre esta caracterización, creo que supone una aproximación eficaz a la definición de las profesiones, si bien resultan claros los problemas derivados de contextualizar 4), de reconocer 5) con facilidad en las sociedades actuales y de definir con más exactitud 8). A lo que también podría añadirse que la séptima no me parece que sea un rasgo de la profesión tal y como resulta delimitada por los otros parámetros, pero no pienso que la fuerza global del acercamiento pierda, pese a todo ello, demasiada fuerza.

Pasando ya al asunto de la ética profesional, el autor señala cuatro aspectos centrales en ella, en concreto los objetivos de la actividad de que se trate, las relaciones entre el profesional y el cliente, la que debe mediar entre los primeros y el hecho de que actúen por cuenta propia o sometidos a una relación laboral de dependencia (p. 67). ¿Cuáles son, al margen de esta clasificación, las relaciones entre moral ordinaria y moral profesional? Malem indica la distinción claramente, un poco más adelante: "las morales profesionales están constituidas por un subconjunto de normas perteneciente al conjunto de normas de la moral ordinaria". Así, pues, tanto la tesis de la separación como de la de la identidad no resultan aceptables para el profesor de la Pompeu Fabra. "Se puede afirmar que existen normas morales que se aplican a las acciones de ciertas personas (los no profesionales) sin por ello aceptar que la moral ordinaria no da debida respuesta a las cuestiones profesionales" (p. 71). Sin embargo, y pese a la cuidadosa conclusión aquí articulada, pienso que las "morales profesionales", siguiendo la terminología de Jorge Malem, configuran normas que son excepciones a las morales de carácter ordinario, de acuerdo con lo que señala el profesor Liborio Hierro (2012). Otra cosa es que el estudio de Hierro merezca un desarrollo algo más detallado, a fin de examinar supuestos específicos y clasificarlos.



A continuación, al autor del texto va repasando las características que entendía páginas atrás que correspondían a las profesiones, relacionándolas con la de tipo judicial. En relación con el rasgo de la autonomía destaca que "la independencia y la imparcialidad de los jueces forman parte del 'sistema del juez' en una democracia", si bien "siempre y sólo en términos de derecho explícitos y razonados". Para pasar luego a hablar de su ética, Malem toma la división del profesor Farrell de tres niveles, los de la metaética, la ética normativa y la ética aplicada, refiriéndose la primera a la naturaleza de los juicios morales, la segunda a lo bueno y lo correcto y la tercera a su aplicación a determinados contextos. Las éticas de carácter profesional pertenecerían a esta última clase (p. 77). El juez, por su parte, asumiría "una ética del deber de tipo deontológico", es decir, debería resolver controversias sin considerar su conciencia personal y conforme a Derecho, no teniendo en cuenta tampoco los posibles efectos de la decisión, al menos en un primer momento. Y esto hay que matizarlo así porque puede que el juez haya de actuar "de un modo consecuencialista, bien sea porque el legislador así lo ha establecido, bien sea porque las circunstancias del caso, como en las elecciones trágicas, no dejan otro camino éticamente aceptable". Tal acontecimiento no puede causar extrañeza, ya que "el razonamiento moral ordinario también funciona de ese modo" y "no conviene olvidar que la moral profesional es una mera aplicación de la moral ordinaria" (p. 78). En este punto es donde el lector se queda con ciertas ganas de alguna comparación más exacta que permitiera captar el paralelismo.

Ya fuera del apartado anterior, el profesor Malem se sumerge en la cuestión que había apuntado anteriormente y por la que había mostrado interés; en concreto, el asunto del error judicial, para finalizar el trabajo con el asunto del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, ambos extremos justificados por encontrarse en la CE como razones para la indemnización estatal a favor del damnificado (art. 121).

Subrayando que no existe noción alguna en nuestra legislación sobre el error judicial, y que no hay unanimidad en la jurisprudencia y la doctrina (p. 83), sin embargo el autor se atreve a establecer una tipología, basándose en la normativa procesal existente. Así, los errores en los fundamentos de hecho serían de dos clases, a saber, cuando los enunciados fácticos formulados por el juez no se corresponden con la realidad, o cuando realiza alguna actuación equivocada en cuanto a la asunción probatoria. Lógicamente, y como bien añade a continuación Jorge Malem, todo esto supone que el juez "tiene la obligación de formular enunciados verdaderos" o la "de buscar la verdad en el proceso" (pp. 85 y 86). El juez erraría, además, cuando invocara hipótesis que condujesen a resultados absurdos, o hipótesis irrelevantes o contradictorias o no formulara otras "de carácter complementario o secundario necesarias para comprender el núcleo de la cuestión". En cuanto a la prueba, puede ocurrir que admita "pruebas indebidas" o "inadmitir" otras "debidas" (p. 86). Las primeras pueden ser ilícitas o irregulares, sucediendo que las primeras deben inadmitirse siempre y las segundas, producidas mediante violación de norma procesal, "no deben tener efectos probatorios excepto si han sido corroboradas por otra prueba independiente". De otro lado, serán indebidamente inadmitidas aquellas que hayan sido propuestas en tiempo y forma, sean pertinentes y relevantes, no haya devenido imposible y se conste la protesta de parte por su rechazo. Pero es que además "luego, el juez debe valorar el contenido del material probatorio para analizar si corrobora o refuta las hipótesis por él sostenidas. La valoración de la prueba consiste en realizar un razonamiento, muchas veces complejo, de una serie de inferencias, deductivas e inductivas, que

permite conocer con cierto grado de probabilidad nuevos hechos a partir de hechos ya conocidos" (p. 87).

También pueden existir errores en los fundamentos de Derecho, afectando tanto a la interpretación como a la aplicación del Derecho, y pudiendo vincularse a disposiciones procesales y materiales. Jorge Malem va recorriendo todas las posibilidades de estas operaciones con detalle a lo largo de las siguientes páginas.

Después, y como ya se ha apuntado, siguiendo el precepto constitucional respecto a las indemnizaciones estatales, examina el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia en un nuevo apartado. Su incorrecto funcionamiento se podría dividir en malo, ausente o defectuoso. El primero sería identificado con el error judicial ya mencionado, el segundo con una inactividad dañina y el tercero con la dilación indebida (p. 98). Tras ellos puede encontrarse la actitud del propio juez o bien fallos debidos a la organización de los recursos, abarcando estos últimos el volumen excesivo de casos, la escasa provisión de plazas o la poca preparación técnica del personal administrativo. El profesor Malem intenta deslindar en su texto unos supuestos de otros, adjudicando las responsabilidades según un esmerado análisis de situaciones posibles.

En resumidas cuentas, pues, nos encontramos ante un libro que combina una crítica moral consistente y enérgica con un meticuloso análisis sobre el papel del juez y las normas de todo tipo que le ordenan u orientan. Ambas proceden de autores distintos pero cuyas propuestas y perspectivas encajan entre sí perfectamente en un libro que es de obligada lectura y brillante por su erudición y además, siendo esto algo que a menudo se echa de menos en otros casos, nítido y preciso, que rehúye la divagación y los lugares comunes. Un texto que sobresale por sus aportaciones y su viveza.

Bibliografía

HIERRO, L. (2012), "Deontología de las profesiones jurídicas", *Teoría & Derecho*, Núm. 8, pp. 80-98.





Recensión

Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?

Michael J. Sandel,
(2010) Debate, Barcelona, 336 pp.

David García García

Universidad Carlos III de Madrid
david.garciag@alumnos.uc3m.es

Justicia es la última de las obras del autor Michael J. Sandel, Catedrático de Ciencias Políticas de la Universidad de Harvard, donde imparte cursos de Filosofía Política desde 1980, como “Ética, biotecnología y el futuro de la naturaleza humana”, “Ética, Economía y Derecho”, “Globalización y sus críticos” y su curso de pregrado “Justicia” que ha llegado a ser emitido en televisión. Su obra literaria incluye títulos como *Liberalism and the Limits of Justice*, *Democracy’s Discontent*, *Public Philosophy: Essays on Morality in Politics* o *The Case against Perfection: Ethics in the Age of Genetic Engineering*, varios de los cuales han sido traducidos al castellano. El autor suele ser enmarcado en la corriente comunitarista, las razones las veremos en el texto, aunque no está del todo de acuerdo con esta etiqueta. La obra a tratar es una traducción del año 2010 del título americano publicado en septiembre de 2009 *Justice, ¿what’s the right thing to do?*, elaborada por Juan Pedro Campos Gómez y publicada por la editorial Debate.

La obra en cuestión posee un título revelador de su temática, Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?, pregunta ésta que a su vez da nombre al primer capítulo en el que ya el autor marca una primera meta al libro “invitar a los lectores a que sometan sus propios puntos de vista a examen crítico, a que determinen qué piensan y porqué lo piensan”. Pero tras esta inocente intención de inquietar la mente del lector, aparece una empresa más ambiciosa, dar respuesta o al menos reflexionar acerca de una de las grandes cuestiones de la filosofía política.

Una sociedad justa, ¿ha de perseguir el fomento de la virtud, o debe mantenerse neutral entre concepciones contrapuestas de la virtud, de modo que los ciudadanos tengan la libertad de escoger por sí mismos la mejor manera de vivir?

Para ello, Michael J. Sandel realiza un recorrido a través de varias de las principales teorías de la justicia y con ello de las diferentes concepciones de la libertad que estas manejan. John S. Mill, Immanuel Kant, John Rawls o Aristóteles aparecen en las páginas del libro, pero no de un modo cronológico, sino como puntos de partida sobre los que reflexionar acerca de la justicia, los derechos, la libertad, las obligaciones, el consentimiento, el merecimiento, la virtud, la moral o la ley. Todo ello salpicado con debates actuales como la acción afirmativa, el aborto, las células madre, el patriotismo, los úteros de alquiler o el matrimonio homosexual,

que permiten pasar del plano teórico a la realidad de las discusiones morales contemporáneas.

Partiendo de una definición básica de justicia: “distribuir las cosas como es debido, dando a cada uno lo suyo”, Sandel distingue tres formas de encarar la dificultad que supone responder a qué es lo de cada uno y por qué: según el bienestar, plasmado en el utilitarismo, según la libertad y según la virtud. Cada uno de estos ideales sugiere una forma diferente de concebir la justicia. A esta cuestión dedica el autor aproximadamente dos terceras partes de la obra, a explorar los puntos fuertes y débiles de estas tres formas de concebir la justicia. Voy a centrarme fundamentalmente en la confrontación entre las teorías que conciben la justicia basándose en la libertad de aquellas que lo hacen sobre la virtud, pues son las que permiten llegar más claramente a las consideraciones de Sandel sobre la justicia y a la resolución de la pregunta que antes formulaba.

Dicha pregunta responde, *a priori*, a la separación entre el pensamiento político antiguo y el moderno. Como se desarrolla en el libro, Aristóteles nos habla de virtudes dignas de reconocimiento, de reflexión sobre la mejor manera de vivir; por el contrario, Kant o Rawls sostienen que la justicia no debe fundamentarse en una concepción particular de la virtud, una sociedad justa debe respetar la libertad de cada individuo de escoger su propia concepción de la vida buena. Como explicaré en las siguientes líneas Michael J. Sandel aprecia el atractivo de la neutralidad a la que aspiran las distintas teorías de la justicia basadas en la libertad, sin embargo, entiende deficiente la concepción de la libertad de la que parten, “no es posible definir nuestros derechos y deberes sin abordar cuestiones morales sustantivas, y cuando es posible, no es deseable”.

Tras rechazar el utilitarismo por reducir la justicia a un mero cálculo sin tener en consideración derechos individuales, el autor se embarca en la reflexión sobre diversas teorías de la justicia ligadas a la libertad. Estas teorías, en su mayoría utilizan como pilar fundamental el respeto a los derechos fundamentales, aunque se diferencian en qué derechos consideran más importantes. En esta escuela caben muchas posturas, dependiendo del contenido que se dé a la noción de libertad, desde la idea de autonomía de Kant y su posterior desarrollo en Rawls a través del velo de la ignorancia, hasta el campo del *laissez-faire* y los partidarios del libre mercado con autores como Milton Friedman o Robert Nozick.

¿Cuáles son las conclusiones a las que llega Sandel tras el análisis de estas obras, fundamentalmente de las obras de Kant y de Rawls? Pues que las concepciones modernas de la justicia se basan en las nociones de consentimiento y de libre elección. La idea de Kant de una voluntad autónoma y la de Rawls de un acuerdo hipotético tras el velo de la ignorancia conciben al agente moral de modo que sea independiente de sus fines y apegos particulares, presuponen su libertad e independencia de lo que cada uno es en sí mismo, su carencia de lazos morales previos, su capacidad de escoger sus propios fines. Según esta concepción liberal, por tanto, solo puede surgir una obligación de dos maneras: como un deber natural, universal y que no requiere consentimiento, ante los seres humanos en cuanto tales; y como obligaciones voluntarias particulares que contraemos a través de un consentimiento.

Esta concepción de la persona libre e independiente tiene una derivación de gran alcance en la manera de entender la justicia. Bajo esta premisa, los principios de la justicia no deben descansar en ninguna concepción moral o religiosa particular, sino que deben ser neutrales entre diferentes concepciones de entender la vida buena.



Lo que hace Sandel es oponerse a esta concepción de la libertad, la cual entiende claramente deficiente, pues nos presenta como autores de la única obligación moral que nos constriñe. La debilidad del individualismo moral de la concepción liberal, entiende Sandel, radica en que no podemos dar sentido con ella a obligaciones morales que por lo común reconocemos. Sandel argumenta, y por ello puede incluirse en la corriente comunitarista, que existen obligaciones más allá del consentimiento. Rechaza que cada uno de nosotros seamos independientes y no tengamos ataduras morales que no hayamos escogido. De este modo, apoyado en la obra de MacIntyre y su concepción narrativa de la persona, introduce una tercera categoría de obligaciones, las obligaciones de la solidaridad o de la adscripción, que no se pueden explicar refiriéndose a un contrato y que son particulares, que tenemos ante aquellos con quienes compartimos cierta historia, su peso moral derivaría de que se reconozca que la historia de mi vida se entrelaza con la vida de otros. Solo a través de esta tercera categoría podríamos explicar las obligaciones familiares, la obligación especial que los miembros de una familia tienen los unos con los otros; el patriotismo, la necesidad especial de satisfacer las necesidades de nuestros conciudadanos que no se extiende a todo el que viva en el mundo; o la obligación del pueblo alemán y americano de pedir perdón por el genocidio judío y la segregación racial respectivamente.

Si todas nuestras obligaciones se fundamentasen en el consentimiento o en deberes universales ante las personas, ¿cómo explicar este tipo de encrucijadas morales? Una ética del consentimiento no capta estas obligaciones. En este punto debo señalar que me es difícil compartir la idea de Sandel de una responsabilidad colectiva, como sería el caso de la obligación de un alemán actual de pedir perdón a un judío por actos en los que nada tuvo que ver, del que no ha sido responsable, ¿quién o qué determina los rasgos culturales o étnicos que conforman esa entidad de la que supuestamente se forma parte? Desde luego cuesta alejarse de la idea de que uno es responsable exclusivamente de los actos en que ha tomado parte.

¿Qué está en juego cuando discutimos entre una concepción liberal o voluntarista del individuo basada en el consentimiento y una concepción comunitarista o narrativa que entiende al ser humano como parte de una comunidad y de una historia que genera ataduras morales, según la cual no puede buscarse el bien o ejercer las virtudes como individuo autónomo y aislado? No sólo el concepto de libertad, responde Sandel, sino también el de justicia. Si entendemos, y así lo hace Sandel, correcta la concepción narrativa de la persona es el momento de reformular la teoría de la justicia de Aristóteles, pues si reflexionar lo que es un bien para mí implica deliberar lo que es un bien para las comunidades de las que participa mi identidad, la aspiración a la neutralidad será un error, deliberar sobre la justicia requerirá deliberar sobre la vida buena.

Y eso es lo que hace el autor, acercarnos a la obra de Aristóteles para afirmar que, en primer lugar, la justicia es teleológica, es decir, para definir los derechos hemos de determinar el *telos*, el propósito o finalidad de la práctica en cuestión; y en segundo, la justicia es honorífica, razonar sobre el *telos* de una práctica es razonar sobre qué virtudes debe honrar y recompensar. A partir de estos puntos se opone al argumento de la arbitrariedad moral de Rawls, según el cual la justicia distributiva no tendría nada que ver con recompensar el merecimiento moral, sino en satisfacer las expectativas legítimas que se producen una vez que se han instaurado las reglas del juego. Rawls rechaza, por tanto, la premisa básica del punto de vista meritocrático, que una vez se han eliminado las barreras que impiden el éxito las personas merecen la recompensa que sus aptitudes les hacen ganar. Y lo hace por dos motivos, el primero, que las aptitudes gracias a las que puedo



competir con más éxito no son del todo obra mía, y segundo, las cualidades que una sociedad valora más en un momento dado son también arbitrarias moralmente.

Sandel, en cambio, entiende que no puede desligarse tan rotundamente la justicia del merecimiento moral como lo hacen autores como Rawls o Ronald Dworkin. Y ello porque, en primer lugar, como ya he señalado, entiende que la justicia tiene a menudo un aspecto honorífico, se refiere a qué cualidades son dignas de que se las honre y las recompense, y en segundo lugar, que el mérito nazca una vez que han sido definidas las misiones de las instituciones, una vez establecidas las reglas del juego, se complica en numerosas instituciones que no tienen total libertad de definir su misión, escuelas, universidades, puestos de trabajo... pues tales instituciones sociales se definen, al menos en parte, por los bienes característicos que defienden. El modo justo de asignar el acceso a un bien, como pueda ser acceso a la universidad, puede que tenga algo que ver con la naturaleza de ese bien, con su propósito.

Profundizando en el pensamiento de Aristóteles vemos cómo la justicia consiste en una concordancia. Asignar derechos se basa en buscar el *telos* de las instituciones y hacer que los individuos desempeñen los papeles sociales acordes a su naturaleza, darles los cargos y honores que se merecen. Vemos así una clara distinción entre la teoría teleológica aristotélica, asignar derechos es hacer que las personas desempeñen los papeles que les convienen por naturaleza, de las modernas teorías de la libertad que antes veíamos, las personas deben poder elegir sus papeles por sí mismas. Estas últimas rehúsan de las aparentemente peligrosas nociones de *telos* y concordancia, prescinden de una ética teleológica en favor de una ética de la elección y del consentimiento. Tanto Kant como Rawls combaten esta idea porque no parece dejar espacio para que escojamos nuestro bien, ¿quién va a decirme el papel con el que estoy en concordancia? Si no tengo la libertad de escoger mi propio papel en la sociedad puede ocurrir que los que están en el poder me fuercen a desempeñar uno en contra de mi voluntad. De hecho, Aristóteles llegó a justificar filosóficamente a través de este argumento la esclavitud.

Sandel, por el contrario, entiende que esta conclusión es apresurada, piensa que es posible y adecuado realizar una reformulación del pensamiento aristotélico, explicar dentro de la ética del *telos* y de la concordancia la injusticia de la esclavitud, llegando incluso a señalar que dicha ética establece un patrón moral más exigente para la ética en el lugar de trabajo que la ética liberal. Para ello nos hace pensar en un trabajo repetitivo y peligroso, ¿es justa esta forma de trabajo? Para el libertario, la respuesta depende de que los trabajadores hayan intercambiado libremente su trabajo por un salario; para Rawls, el acuerdo sería justo sólo si el libre intercambio de trabajo tuvo lugar bajo unas condiciones equitativas; para Aristóteles, ni siquiera basta con el consentimiento con un trasfondo de condiciones equitativas, para que el trabajo sea justo tiene que concordar con la naturaleza del trabajador. Hay trabajos que no pasan esa prueba, son tan peligrosos y repetitivos que no concuerdan con un ser humano. En esos casos, la justicia entendida según Aristóteles requeriría que el trabajo se reorganice según nuestra naturaleza.

Sandel es plenamente consciente de que ligar las cuestiones relativas a la justicia y a los derechos con las cuestiones relativas a los honores y a las virtudes quizá lleve hacia acuerdos irresolubles, al fin y al cabo, cada uno tenemos concepciones diferentes del honor y la virtud. Es por esto que buena parte de la filosofía moderna ha intentado encontrar un fundamento a la justicia y los derechos que mantenga las distancias con esas controversias. Como analiza a lo largo de la obra, en Kant y Rawls hay audaces intentos de ello, de encontrar un fundamento, unos principios a la justicia que sean neutrales con respecto a las distintas formas de encontrar la vida buena. Estas doctrinas que aspiran a la neutralidad tienen un



gran atractivo, ofrecen la posibilidad de que la política y la justicia se libren de quedar empantanadas en las controversias morales y religiosas que abundan en las sociedades plurales. Pero esta ambición, señala Sandel, no puede realizarse.

Para explicar la imposibilidad de zanjar cuestiones referentes a la justicia y los derechos, sin resolver cuestiones morales, recurre como ejemplo al debate del aborto. Algunos creen que habría que prohibir el aborto porque supone eliminar una vida humana. Otros discrepan, sostienen que la ley no debe entrar en una controversia moral y religiosa como lo es el momento en que empieza la vida humana, el Estado debe mantenerse neutral y dejar que la mujer decida si va a abortar. Este último sería el argumento liberal, que dice resolver el problema basándose en la neutralidad y la libertad de elección, sin entrar en la controversia moral y religiosa. Pero no es así, no lo resuelve a ojos de Sandel. Pues, si es cierto que el feto en desarrollo es moralmente equivalente a un niño, el aborto será moralmente equivalente al infanticidio. Así, la postura a favor de la libertad de elección no es neutral, descansa en la premisa de que la concepción moral de entender al feto como una persona humana desde el momento de la concepción es falsa.

Sandel no pretende con ello posicionarse en uno u otro argumento, sólo exponer su tesis de que reconocer la libertad y la neutralidad no son razones suficientes para aceptar el derecho a abortar, la neutralidad no es posible, siempre supone decantarse por una u otra opción moral. Quienes defienden el derecho al aborto, señala, deben enzarzarse con el argumento de que el feto en desarrollo es una vida humana y refutarlo.

Los debates sobre la justicia y los derechos serían por tanto, inevitablemente, debates sobre la naturaleza de la vida buena. Por mucho que intentemos que la ley sea neutral en estas cuestiones, afirma que no es posible decir qué es justo sin realizar estos debates. A su parecer, dejar las convicciones morales y religiosas a un lado cuando los ciudadanos entran en la esfera pública no es una forma correcta de garantizar la tolerancia y el respeto mutuo, sino más bien todo lo contrario, una neutralidad inasequible puede conducir al resentimiento, a una vida civil empobrecida donde pueden ganar fuerza los moralismos fundamentalistas e intolerantes.

Sandel, en definitiva, se sitúa en la tercera de las maneras de concebir la justicia, la que liga la justicia a la virtud. A su parecer, la primera manera, el enfoque utilitario, reduce la justicia y los derechos a un mero cálculo e intenta traducir todo a una medida simple sin captar las diferencias cualitativas que hay entre ellas. Las teorías basadas en la libertad resuelven el primero de los problemas pero no el segundo. Se toman los derechos en serio y rehúsan que se trate de un mero cálculo, pero no nos exigen que cuestionemos las preferencias y deseos con los que participamos en la vida pública. Esto es lo que le parece un error a Michael J. Sandel, no se llega a una sociedad justa solo con maximizar la utilidad o garantizar la libertad de elección, una sociedad justa exige razonar sobre el significado de la vida buena y crear una cultura pública que acoja las discrepancias que inevitablemente surgirán. “La justicia no solo se trata de la manera debida de distribuir las cosas, trata también de la manera debida de valorarlas.”

¿Está la política preparada para acoger estos debates sobre la vida buena? Desde luego requiere un nuevo aire a la política, a la vida pública, alejada hoy día de las controversias morales y religiosas, y es el propio autor quien, para finalizar la obra, ofrece una serie de sugerencias para elaborar esta nueva política del bien



común, una política que se enfrente a los problemas morales sin refugiarse tras la neutralidad y la libertad de elección, una política que se tome las cuestiones morales y espirituales en serio, pero las aplique a las dificultades sociales en general, pues al fin y al cabo una sociedad justa implica razonar sobre la vida buena. La nueva política del bien común exigiría cultivar la virtud cívica que permita un decidido compromiso moral, una implicación pública en nuestras discrepancias morales proporcionaría un fundamento sólido al respeto mutuo.

A modo de conclusión puedo decir que *Justicia, ¿hacemos lo que debemos?* cumple desde luego el primero de sus objetivos, inquietar la mente del lector. Escogí reflexionar sobre esta obra porque estoy interesado en la parte axiológica del Derecho y, aunque no recoge todas las opciones sobre la justicia que podrían plantearse, su recorrido por las obras de los autores que ya he señalado no defrauda. Los numerosos e interesantes ejemplos que el autor utiliza para desarrollar su argumento hacen que uno, al menos esa ha sido mi experiencia, sea consciente de las consecuencias de las doctrinas e ideas a las que en un primer momento cree estar apegado, y vaya preguntándose, aceptando y rechazando progresivamente otras alternativas, hacen interactuar al lector y que uno quiera saber más. El estilo es excelente, lo que lo convierte en un libro ameno a pesar de ser extenso. Entiendo que no es para todo tipo de público, al fin y al cabo es una obra de filosofía política, que requiere inquietudes previas, pero desde luego es recomendable para los estudiantes en Derecho o Ciencia Política, estudiantes de ciencias sociales en general, pues se trata de una crítica a la teoría liberal, al concepto mismo de libertad, cimiento de la sociedad en la que nos movemos, y puede ayudarnos a revisar y entender los fundamentos de la misma, así como los puntos débiles que los detractores ven en ella. Desde luego, entiendo que la neutralidad como tal es inalcanzable, toda decisión judicial o legislativa supone situarse en uno u otro punto de las posibilidades morales, pero cuesta entender cómo introducir de nuevo en el terreno público el debate sobre la vida buena sin que se imponga desde un determinado sector una concepción de la misma, ¿cómo podremos saber cuál es esa vida buena a la que nuestra historia nos conduce?

