

Número 19, Época II, junio 2008



INSTITUTO DE
DERECHOS HUMANOS
BARTOLOMÉ
DE LAS CASAS

Dykinson, S.L.
EDITORIAL

#19 DERECHOS Y LIBERTADES

REVISTA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO Y DERECHOS HUMANOS



DERECHOS Y LIBERTADES

Número 19, Época II, junio 2008



INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS
BARTOLOMÉ DE LAS CASAS
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

Dykinson, S.L.

La revista *Derechos y Libertades* está incluida en la valoración integrada e índice de citas que realiza el CINDOC con las Revistas Españolas de Ciencias Sociales y Humanas (RESH) y figura en el catálogo de revistas de LATINDEX, DICE y MIAR

Redacción y Administración

Revista Derechos y Libertades
Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
Universidad Carlos III de Madrid
c/ Madrid, 126
28903 Getafe (Madrid)

E-mail de la Revista:
franciscojavier.ansuategui@uc3m.es
derechosylibertades@uc3m.es

Adquisición y suscripciones



Suscripción en papel
Ver boletín de suscripción al final de este número
y remitir en sobre cerrado a:
Dykinson, S.L.
C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Suscripción versión electrónica (revista en pdf)
Compra directa a través de nuestra web
www.dykinson.com/derechosylibertades

Copyright © Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
ISSN: 1133-0937
Depósito Legal: M-14515-1993 European Union

Edición y distribución:
Dykinson, S.L.
C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Tels. +34 915 442 846 / 69. Fax: +34 915 446 040

Las opiniones expresadas en esta revista son estrictamente personales de los autores

La editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de *Derechos y Libertades*, o partes de ellas, sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier acto de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública, puesta a disposición, etc.) de la totalidad o parte de las páginas de *Derechos y Libertades*, precisará de la oportuna autorización, que será concedida por CEDRO mediante licencia dentro de los límites establecidos en ella.

Director:

GREGORIO PECES-BARBA (Universidad Carlos III de Madrid)

Subdirectores:

ÁNGEL LLAMAS (Universidad Carlos III de Madrid) Y FCO. JAVIER ANSUÁTEGUI (Universidad Carlos III de Madrid)

Secretarios:

JAVIER DORADO PORRAS (Universidad Carlos III de Madrid) Y OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE (Universidad Carlos III de Madrid)

Consejo Científico

FCO. JAVIER ANSUÁTEGUI
(Universidad Carlos III de Madrid)
RAFAEL DE ASÍS
(Universidad Carlos III de Madrid)
RICARDO CARACCILO
(Universidad de Córdoba, Argentina)
PAOLO COMANDUCCI
(Università di Genova)
J. C. DAVIS
(University of East Anglia)
ELÍAS DÍAZ
(Universidad Autónoma de Madrid)
RONALD DWORKIN
(New York University)
EUSEBIO FERNÁNDEZ
(Universidad Carlos III de Madrid)
CARLOS FERNÁNDEZ LIESA
(Universidad Carlos III de Madrid)
VINCENZO FERRARI
(Università di Milano)
JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO
(Universidad de León)
PETER HÄBERLE
(Universität Bayreuth)
MASSIMO LA TORRE
(Università Magna Graecia, di Catanzaro)

MARIO LOSANO
(Università del Piemonte Orientale “Amedeo Avogadro”)
JAVIER DE LUCAS
(Universidad de Valencia)
JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA
(Universidad de Cantabria)
GREGORIO PECES-BARBA
(Universidad Carlos III de Madrid)
ANTONIO E. PÉREZ LUÑO
(Universidad de Sevilla)
PABLO PÉREZ TREMPES
(Universidad Carlos III de Madrid)
MICHEL ROSENFELD
(Yeshiva University)
MICHEL TROPER
(Université de Paris X-Nanterre)
AGUSTÍN SQUELLA
(Universidad de Valparaíso)
LUIS VILLAR BORDA
(Universidad Externado de Colombia)
YVES-CHARLES ZARKA
(Université René Descartes Paris 5-Sorbonne)
GUSTAVO ZAGREBELSKY
(Università di Torino)
VIRGILIO ZAPATERO
(Universidad de Alcalá)

Consejo de Redacción

MARÍA JOSÉ ANÓN
(Universitat de València)
FEDERICO ARCOS
(Universidad de Almería)
MARÍA DEL CARMEN BARRANCO
(Universidad Carlos III de Madrid)
MARÍA DE LOS ANGELES BENGOCHEA
(Universidad Carlos III de Madrid)
DIEGO BLÁZQUEZ
(Universidad Carlos III de Madrid)
IGNACIO CAMPOY
(Universidad Carlos III de Madrid)
JAVIER DORADO
(Universidad Carlos III de Madrid)
MARÍA JOSÉ FARIÑAS
(Universidad Carlos III de Madrid)
JOSÉ GARCÍA ANÓN
(Universitat de València)
RICARDO GARCÍA MANRIQUE
(Universitat de Barcelona)
CRISTINA GARCÍA PASCUAL
(Universitat de València)
ANA GARRIGA
(Universidad de Vigo)
JESÚS GONZÁLEZ AMÚCHASTEGUI
(Universidad Complutense)
CARLOS LEMA
(Universidad Carlos III de Madrid)
FERNANDO LLANO
(Universidad de Sevilla)

JOSÉ ANTONIO LÓPEZ
(Universidad de Jaén)
ÁNGEL PELAYO
(Universidad de Cantabria)
MIGUEL ÁNGEL RAMIRO
(Universidad Carlos III de Madrid)
ALBERTO DEL REAL
(Universidad de Jaén)
JOSÉ LUIS REY
(Universidad Pontificia de Comillas)
JESÚS PRIMITIVO RODRÍGUEZ
(Universidad Rey Juan Carlos)
MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PALOP
(Universidad Carlos III de Madrid)
JOSÉ MANUEL RODRÍGUEZ URIBES
(Universidad Carlos III de Madrid)
MARIO RUIZ
(Universitat Rovira i Virgili)
RAMÓN RUIZ
(Universidad de Jaén)
OLGA SÁNCHEZ
(Universidad de Cantabria)
JAVIER SANTAMARÍA
(Universidad de Burgos)
ANGELES SOLANES
(Universitat de València)
JOSÉ IGNACIO DEL SOLAR
(Universidad de Cantabria)

Sentido de la Revista

Derechos y Libertades es la revista semestral que publica el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid. Forma parte, junto con las colecciones *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, *Traducciones* y *Debates* de las publicaciones del Instituto.

La finalidad de *Derechos y Libertades* es constituir un foro de discusión y análisis en relación con los problemas teóricos y prácticos de los derechos humanos, desde las diversas perspectivas a través de las cuales éstos pueden ser analizados, entre las cuales sobresale la filosófico-jurídica. En este sentido, la revista también pretende ser un medio a través del cual se refleje la discusión contemporánea en el ámbito de la Filosofía del Derecho y de la Filosofía Política.

Derechos y Libertades se presenta al mismo tiempo como medio de expresión y publicación de las principales actividades e investigaciones que se desarrollan en el seno del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.

ÍNDICE

NOTA DEL DIRECTOR.....	11
------------------------	----

ÉTICA DE LAS PROFESIONES JURÍDICAS

Los jueces buenos y los buenos jueces. Algunas sencillas reflexiones y dudas sobre la ética judicial.....	17
--	-----------

Good judges and good-hearted judges. Some simple reflections and doubts on judicial ethics

EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA

El discreto encanto de la seguridad jurídica. Apuntes para una reconstrucción unitaria de la ética de los juristas	37
---	-----------

The discreet charm of legal certainty. Notes for a unitary reconstruction of Lawyers' Ethics

RICARDO GARCÍA MANRIQUE

Ética y deontología de las profesiones jurídicas	67
---	-----------

Ethics and deontology of legal professions

DIEGO BLÁZQUEZ MARTÍN

ARTÍCULOS

Filosofía Política y libertad. Un homenaje a Renato Treves.....	87
--	-----------

Political Philosophy and freedom. A Tribute to Renato Treves

GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ

Valores y normas jurídicas	99
---	-----------

Values and legal rules

LUIS MARTÍNEZ ROLDÁN

**Reflexiones en torno al concepto de terrorismo
a la luz del Derecho internacional contemporáneo** 123

*Reflections on the concept of terrorism
in the light of current international Law*

FRANCISCO J. BARIFFI

**Los sistemas de protección de los derechos humanos
en Europa y América; su interrelación e influencia en
la jurisprudencia latinoamericana: Argentina** 165

*The relation of the American and European systems
of protection of human rights and their influence
in the latin-american's judicial decisions: Argentina*

TERESA DOLORES SILVA

CLAUDIA BEATRIZ MOSCATO

RECENSIONES

Liborio L. Hierro, Francisco J. Laporta y Alfonso Ruiz
Miguel (editores), *Revisión de Elías Díaz:
Sus libros y sus críticos* (Gilmer ALARCÓN REQUEJO) 197

Nuria Magaldi, *Procura existencial, Estado de Derecho
y Estado Social* (M^a del Carmen BARRANCO AVILÉS) 207

Francisco Javier Ansuátegui Roig, *De los derechos y el Estado de
Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*
(Roberto M. JIMÉNEZ CANO) 211

Thomas Hobbes, *Discursos Histórico-Políticos, [1620]* (Gregorio SARAVIA) 221

Norbert Hoerster, *Was ist Recht? Grundfragen der
Rechtsphilosophie* (Luis LLOREDO ALIX) 229

Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández,
Rafael de Asís, Javier Ansuátegui,
Educación para la ciudadanía y los derechos humanos
(Alfredo KRAMARZ) 239

Participantes en este número 245

NOTA DEL DIRECTOR

En la primera parte del número 19 de *Derechos y Libertades* incluimos en una sección monográfica alguna de las ponencias que se presentaron en el seminario “Ética de las profesiones jurídicas” que tuvo lugar los días 10 y 11 de mayo de 2007, organizado por el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid y dirigido por los profesores Francisco Javier Ansuátegui y María del Carmen Barranco. Dicho seminario fue posible también gracias a una ayuda concedida por el Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho de esa Universidad.

La citada sección monográfica se abre con un trabajo de Eusebio Fernández, *Los jueces buenos y los buenos jueces. Algunas sencillas reflexiones y dudas sobre la ética judicial*, en el que se propone un análisis de las relaciones entre la ética y la labor judicial desde diferentes puntos de vista. Tras el examen del papel que juega la conciencia moral del juez en el momento de aplicar una norma injusta, pasa a subrayar la relevancia de la independencia judicial como elemento referente en el discurso sobre la aplicación judicial del Derecho. Sin embargo, en el trabajo se señala que la aplicación judicial del Derecho no constituye el único ámbito en el que son operativas las virtudes judiciales; por el contrario, el discurso deontológico debe ir más allá, tanto respecto a la aplicación judicial del Derecho como a lo estrictamente determinado por las normas jurídicas. El trabajo concluye con una reflexión en torno a la cuestión de si las malas personas pueden ser buenos jueces. Por su parte, Ricardo García Manrique, en *El discreto encanto de la seguridad jurídica. Apuntes para una reconstrucción unitaria de la ética de los juristas*, comienza reconociendo las insuficiencias de la ética profesional de los juristas que se ha venido construyendo hasta el momento como una ética múltiple, con la consecuencia de que no ha sido capaz de ofrecer una propuesta explicativa sobre la unidad de la profesión jurídica ni sobre la orientación moral común a todas sus modalidades. El intento que se contiene en el trabajo es el de elaborar una reconstrucción unitaria de la ética jurídica profesional que parte

del reconocimiento del valor de la seguridad jurídica y de la vinculación de todos los operadores jurídicos con dicho valor. El tercer trabajo incluido en esta sección es el de Diego Blázquez, *Ética y deontología de las profesiones jurídicas*. En él, y en el contexto de las reformas de los planes de estudio que están teniendo lugar en el proceso de adecuación del sistema universitario español al Espacio Europeo de Educación Superior, se subraya la utilidad de la inclusión de nuevas asignaturas referidas a la deontología de las profesiones jurídicas. Estas asignaturas deberían compartir una concepción de la deontología que reconociera el papel que desempeñan los distintos operadores jurídicos en el interior del Estado de Derecho. Todo ello, en el marco de una propuesta que distingue el enfoque deontológico, referido a la valoración sobre la corrección de la actuación en el cumplimiento de los deberes profesionales, del enfoque ético, que atiende a la valoración sobre el bien y el mal.

Además de los anteriores trabajos, incluimos también otras aportaciones. En la primera de ellas, *Filosofía política y libertad*, se presenta una semblanza biográfica e intelectual de Renato Treves, situándolo en el ámbito de un socialismo liberal en el que se ve acompañado por Fernando de los Ríos, Norberto Bobbio o Elías Díaz. En el trabajo se destacan algunas dimensiones que permitirían comprender el sentido de la propuesta del socialismo liberal, como las que subrayan el carácter histórico de los derechos, el valor fundamental de la dignidad humana, la secularización que supone la distinción entre ética pública y ética privada, y la necesidad de constitucionalizar la igualdad material.

Por su parte, Luis Martínez Roldán aborda la cuestión de la posición que ocupan los valores en el Derecho en su trabajo *Valores y normas jurídicas*. A partir de la presencia de referencias a valores superiores en nuestro Ordenamiento, se plantea en el trabajo hasta qué punto son equiparables realmente a las normas jurídicas. La alusión a los valores superiores supone un alejamiento respecto a los grados de objetividad, concreción, seguridad y racionalidad práctica que ofrecen las normas jurídicas, situándonos en el ámbito de la moralidad prelegal abstracta y teórica. El lugar de los valores sería el de la utopía jurídica, pero nunca el de las normas jurídico-positivas.

El número se cierra con dos trabajos que asumen la perspectiva del Derecho internacional. La cuestión de la conceptualización del terrorismo de acuerdo con el Derecho internacional es la cuestión de la que se ocupa Francisco J. Bariffi en *Reflexiones en torno al concepto de terrorismo a la luz del*

Derecho Internacional contemporáneo. En dicho trabajo se asume, como punto de partida, las dificultades derivadas de la ausencia de una norma explícita al respecto, que establezca un concepto claro y vinculante. Por ello, la estrategia que se sigue en el artículo es la que consiste en llevar a cabo un análisis transversal de diferentes normas existentes en los diferentes ámbitos del derecho internacional con la finalidad de identificar los contenidos básicos de una norma consuetudinaria que proceda a la tipificación del terrorismo en el ámbito del derecho internacional desde una perspectiva general. Por último, Teresa Dolores Silva y Claudia Beatriz Moscato abordan las dinámicas de los sistemas regionales de protección de derechos humanos en *Los sistemas de protección de los derechos humanos en Europa y América; su interrelación e influencia en la jurisprudencia latinoamericana: Argentina*. El análisis de esas dinámicas, de la relación entre el sistema americano y el europeo, y de su influencia en la jurisprudencia argentina permitiría constatar que esos sistemas han dejado de ser sistemas regionales para pasar a convertirse, en realidad, en sistemas globales.

Gregorio Peces-Barba Martínez

ÉTICA DE LAS PROFESIONES JURÍDICAS

**LOS JUECES BUENOS Y LOS BUENOS JUECES. ALGUNAS
SENCILLAS REFLEXIONES Y DUDAS SOBRE LA ÉTICA JUDICIAL**

*GOOD JUDGES AND GOOD-HEARTED JUDGES. SOME SIMPLE
REFLECTIONS AND DOUBTS ON JUDICIAL ETHICS*

EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA
Universidad Carlos III de Madrid

Fecha de recepción: 15-7-2007
Fecha de aceptación: 25-9-2007

Resumen: *Este artículo analiza las relaciones entre la ética y el papel de los jueces desde diversas perspectivas. Una primera aproximación tiene que ver con la conciencia moral del juez a la hora de aplicar una norma injusta. Una segunda aproximación esta relacionada con el valor central de la independencia judicial. Una tercera aproximación se vincula con la idea de virtudes judiciales que van más allá de la mera aplicación de las normas. Por último, una cuarta aproximación plantea las diferencias entre un buen juez y un juez bueno, lo que está detrás de la cuestión de si las malas personas pueden ser buenos jueces.*

Abstract: *This article analyzes the relations between ethics and the role of judges from different points of view. The former approach deals with the moral conscience of a judge in the application of an unfair rule. The second approach is related to the central value of judicial independence. The third approach is connected with the idea of judicial virtues that go beyond of the mere application of the rules. Finally, the fourth approach poses the differences between a good judge and a good-hearted judge, what raise the question if bad persons can be good judges.*

Palabras Clave: ética judicial, deontología, virtud
Keywords: judicial ethics, deontology, virtue

INTRODUCCIÓN

Tengo para mí que, a la hora de abordar la cuestión de la ética de los jueces, por lo menos aparecen cuatro tipos de cuestiones de alcance, importancia, significado e influencia social distintas.

En primer lugar, la que viene dada por la posible confrontación entre el contenido de la ley (es decir, la forma que ha determinado el legislador de regular un hecho social o de solucionar un conflicto) y la conciencia del juez (puesta en cuestión a la hora de aplicarla). Esta situación no es nada rara en los sistemas políticos totalitarios y dictatoriales, pero también puede darse en una democracia.

En segundo lugar, entra en juego la cuestión de cuál sería el rasgo ético que mejor definiría al juez decente y la manera de mantener una situación institucional que no les pida comportamientos heroicos. Creo que la respuesta viene dada por conceder la mayor importancia posible (y exigírselo así a las autoridades y a los jueces) a la independencia judicial.

En tercer lugar habrá que preguntarse si los jueces precisan de ciertos rasgos del carácter y virtudes que les posibilitarían no sólo cumplir la ley y las obligaciones profesionales sino también adornar y mejorar su trabajo.

Finalmente, cabe plantearse el interrogante de si para ser un buen juez es necesario ser también una persona buena y en qué momento debería empezar a preocuparnos la conducta ética de un juez en su vida privada, como un factor que pueda influir negativamente en el desempeño de sus funciones profesionales.

Previamente a comenzar a especular sobre estos asuntos (sin olvidarnos de la tozuda realidad), un primer dato que no puede pasarse por alto es el aportado por los cambios importantes que, desde la transición española hacia la democracia hasta la actualidad, ha experimentado todo lo concerniente a la institución de la justicia, ya sea el sexo y orígenes sociales de los miembros del poder judicial o su formación, carrera e independencia. También ha habido transformaciones de interés en la opinión que sobre la impartición de la justicia tienen los profesionales del derecho y los ciudadanos en general. Y un hecho asombroso y que debe ser motivo de cierta preocupación es que, según las encuestas hechas por el Consejo General del Poder Judicial a lo largo de su existencia, se desprende que la justicia funciona mejor en la realidad que en las opiniones de los que no la han utilizado y que los usuarios de ella tienen una idea más favorable que la que expresa la po-

blación en general¹. Califico este dato de asombroso y preocupante porque, de ser ciertas estas referencias, habría que hacer un esfuerzo institucional y por parte de los medios de comunicación para dar mejor y más objetiva información sobre el funcionamiento de los Tribunales de Justicia en España.

Según José Juan Toharia, de los Barómetros de Opinión, realizados por el Consejo General del Poder Judicial durante los últimos dos decenios, se puede extraer el siguiente resumen: “La percepción que los españoles tienen de su sistema de Justicia y la forma en que evalúan su funcionamiento es compleja y pluridimensional y equivale a un matizado retrato en blanco, gris y negro. Su diagnóstico de conjunto combina intensas zonas de sombra con extensas zonas de luz y en conjunto no difiere sustancialmente, salvo en cuestiones de grado o matiz, del balance de situación que realizan analistas expertos o los propios profesionales jurídicos. Es decir, contrariamente a la imprecisión que una lectura apresurada de datos con frecuencia demasiado simples ha podido propiciar, en realidad la imagen que la Justicia tiene en nuestra sociedad ni es tan negativa ni es sólo negativa. Y, además, parece ir experimentando lentas pero claras mejoras en aquellas de sus facetas que son percibidas o valoradas de modo más crítico por la ciudadanía”².

Conviene advertir de que mientras la opinión pública general de los ciudadanos no pone en duda la legitimidad social del sistema judicial (aunque la evaluación del nivel de confianza que inspiran los Tribunales de Justicia a la población española es medio-bajo), sí percibe lentitud en su funcionamiento y falta de accesibilidad³ (que se traduce en la impresión extendida de que la justicia funciona mal⁴). A pesar del interés de estas referencias, quedémonos sobre todo con el dato, sin duda positivo de que la valoración que expresan los que han hecho uso de la justicia es más favorable que la realizada por la población general⁵.

Sin embargo, algunos de los últimos acontecimientos, directamente o indirectamente conectados con la judicatura, que han tenido lugar en España, han tendido hacia una mayor impopularidad de los Tribunales de Justicia, debido a un efecto conseguido (habría que pensar en que no querido; en

¹ J. J. TOHARIA CORTÉS y J. J. GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, *La justicia ante el espejo: 25 años de estudios de opinión del CGPJ*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

² *op. cit.*, p. XV.

³ *Ibíd.*, pp. 14 y ss.

⁴ *Ibíd.*, p. 27.

⁵ *Ibíd.*, pp. 128 y ss.

caso contrario, estaríamos ante una fractura muy grave de la democracia y el Estado de Derecho) por los propios partidos políticos: la excesiva politización de los asuntos judiciales⁶, acompañada de una no menor judicialización de la vida pública⁷.

1. JUEZ, LEY Y CONCIENCIA

El reto más grande que la ética le lanza a un juez es en aquellos casos en los que éste debe (jurídicamente hablando) aplicar una norma jurídica que le produce profundos e intensos problemas de conciencia.

Gustav Radbruch (el Radbruch posterior al desastre de los años treinta y cuarenta del siglo XX) nos aleccionó para estar en guardia ante normas jurídicas injustas, nada extrañas en los regímenes totalitarios y dictatoriales. Así, señaló con total claridad que: “Si las leyes deniegan la voluntad de justicia de modo consciente (por ejemplo, si los derechos humanos son arbitrariamente atribuidos como denegados), entonces estas leyes carecen de validez, entonces el pueblo no les debe obediencia alguna, entonces deben también los juristas encontrar el valor suficiente para negarles carácter jurídico”⁸. La razón que nos llevaría a la conclusión de que nos encontramos ante una situación de negación de validez jurídica es que, “Existen principios jurídicos que son más fuertes que toda disposición jurídica, de tal modo que una ley que los contradiga, carece totalmente de validez”⁹.

De darse así las cosas, hay que hacer constar que el jurista en general y el juez en particular ya no se encuentran indefensos ante normas jurídicas injustas y arbitrarias, puesto que a la falta de obligación moral de utilizarlas y aplicarlas se ha añadido la inexistencia de obligación jurídica, ya que nos encontraríamos ante normas no jurídicas.

⁶ Desde hace ya varios años, antes de la presente situación, Alejandro Nieto viene advirtiéndolo acerca de los males que acechan a la Administración de Justicia. Así puede verse en su libro *El desgobierno judicial*, Editorial Trotta, Madrid 2004. En el primer capítulo se habla de una justicia tardía, atascada, cara, desigual, imprevisible, mal trabada, desgarrada e ineficaz.

⁷ Ver J. J. TOHARIA CORTÉS, *Opinión pública y justicia. La imagen de la justicia en la sociedad española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2001, pp. 27 y ss.

⁸ G. RADBRUCH, “Primera toma de posición luego del desastre de 1945”, en *El hombre en el Derecho*, Editorial Depalma, Buenos Aires 1980, traducción de Aníbal del Campo, p. 122.

⁹ G. RADBRUCH, “Primera toma de posición luego del desastre de 1945”, en *op. cit.*, p. 123.

Ante la complejidad de sustentar principios jurídicos con tamaña contundencia y consecuencia, me estoy refiriendo a la mención a ellos en el cita anterior de G. Radbruch, probablemente sí podríamos optar por algunos derechos fundamentales, de casi carácter absoluto, universalizables y no renunciables, sin cuya protección o con cuya violación se nos permitiría hablar de falta de obligatoriedad y, por tanto, un juez no debería tener excesivas dudas al respecto. Ello también posibilitaría, por recordar el título de otro famoso trabajo de G. Radbruch, sostener la existencia de un derecho suprallegal, vinculante para el juez, y de una arbitrariedad legal, en la que podría incurrir el mismo. No hace mucho tiempo estos asuntos han vuelto a salir a la luz en relación con los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín¹⁰.

Sin duda, opino, hemos de alegrarnos de que se aireen éstos y otros casos similares. No obstante, conviene no olvidar que la oposición entre el valor seguridad jurídica y las exigencias más básicas, y otras menos básicas, de la justicia nos van a seguir rondando y preocupando. En caso de tener que optar por una u otras nos lanzamos a una decisión dramática complicada, ya que, de la misma manera que se aligera la toma de decisión ante un ordenamiento jurídico o una norma disponible en un sistema político tiránico dictatorial o totalitario, resulta difícil tomar postura definitiva en relación con una norma jurídica injusta o inmoral pero elaborada dentro de un régimen democrático o siguiendo correctamente los requisitos de un Estado de Derecho.

De ahí que G. Radbruch se viera obligado a moderar la decisión a tomar en los casos de conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica y tendiera a defender una cierta complementariedad. La distinción de situaciones que menciona en el siguiente texto iría en ese sentido: “El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica –señala– debería, pues, ser resuelto de tal manera que el derecho positivo asegurado por la ley y el poder tiene preeminencia aún en su contenido, sea injusto o inconveniente, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance tal medida que la ley como «derecho arbitrario» deba ceder ante la justicia. Es imposible trazar una aguda línea de separación entre los casos de arbitrariedad legal y las leyes que a

¹⁰ Ver R. ALEXY, “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2000, pp. 197 y ss., traducción de A. Daniel Oliva-La Lana.

pesar de tener un contenido injusto, no obstante conservan su validez. Otra línea de separación es posible trazar agudamente: en los casos donde ni siquiera es perseguida la justicia y donde es negada conscientemente la igualdad que constituye el núcleo esencial de la justicia en el establecimiento del derecho positivo. En ese caso la ley no es solamente «derecho injusto», sino que más bien carece de naturaleza jurídica¹¹.

Resumiendo, el tema de la conciencia moral del juez está llamado a seguir siendo el núcleo de cualquier discusión sobre la ética de los jueces. Y también a aparecer de súbito cuando iniciamos los primeros pasos a la hora de intentar analizarla y evaluarla. Un juez bueno y un buen juez nunca pasarán de largo ante las reclamaciones de su conciencia moral hasta el punto de que, apropiándome del título de un trabajo de Javier Muguerza, el tribunal de la conciencia se convierta en la conciencia de todo tribunal decente. Lo que significa no rechazar como gran incordio las tensiones o conflictos entre la conciencia moral y la norma jurídica, sino verlos como estímulos para la mejora de la ética y el derecho.

Que los jueces tengan problemas de conciencia al aplicar las normas jurídicas debe resultarnos algo familiar y provechoso. Que los casos denominados trágicos, es decir, aquellos donde se da la máxima tensión entre ley y conciencia o seguridad jurídica y justicia, aparezcan y reaparezcan, puede ser el signo de vitalidad del funcionamiento adecuado del derecho en una sociedad. Si ante un caso trágico o dramático el juez decide no abandonar el caso sino intentar llegar a la mejor solución jurídica posible, es conveniente que recuerde la opinión de Javier Muguerza al respecto: “La conciencia moral del juez no es algo que éste pueda colgar en el perchero, como hace con el abrigo, al vestirse la toga y pasar a la sala donde aplica la ley”¹².

2. (BREVEMENTE) EN TORNO A LA INDEPENDENCIA DE LOS JUECES

Si entendemos la virtud como esa acción continuada que crea un hábito que, a su vez, modela el carácter de una persona con arreglo a un fin y da-

¹¹ G. RADBRUCH, “Arbitrariedad legal y derecho supralegal” en *El hombre en el derecho*, p. 135. Ver también los trabajos de H. WELZEL, “Derecho natural y positivismo jurídico” y “Ley y conciencia”, recogidos en el libro *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*, J. César FAIRA (editor), Buenos Aires, 2004, pp. 177 y ss. y 217 y ss., respectivamente.

¹² J. MUGUERZA, “El tribunal de la conciencia y la conciencia del tribunal. (Una reflexión ético-jurídica sobre la ley y la conciencia)”, *Doxa*, núm. 15-16, vol. II, 1994, p. 558.

mos por supuesto que el fin del Derecho es la realización de la justicia, hemos de aceptar que uno de los medios tendientes a tan noble fin es la independencia judicial. El fin de los jueces es la aplicación de la legalidad (imperio de la ley) según un proyecto o idea de justicia y para ello la virtud que más cooperaría para lograrlo es la independencia (que evitaría la parcialidad y la discriminación). Por tanto la independencia es la virtud judicial por excelencia, a la vez que es el elemento necesario para que funcione bien uno de los requisitos o características del Estado de Derecho (la separación de poderes).

Como ha señalado Liborio Hierro: “Esta exclusiva vinculación a la Ley es, al mismo tiempo, descriptiva y normativa: define el rol judicial y justifica su poder. Y es la exclusiva vinculación a la Ley la que exige, desde Montesquieu, la independencia como condición necesaria de la función judicial...la independencia judicial se justifica en la vinculación única del juez a la Ley; es decir, la independencia judicial es, en realidad, una dependencia: la exclusiva dependencia de la Ley...Es independencia frente a cualquier poder o instancia social que pueda, de cualquier modo, alterar su exclusiva dependencia de la Ley y su imparcialidad respecto a las partes en conflicto”¹³.

En este sentido hay otra idea de su trabajo que me parece interesante, aunque defraude el optimismo de los creyentes y defensores de la creación judicial del Derecho¹⁴. Es cuando escribe: “El activismo judicial –sea que se revista académicamente como «creación judicial del Derecho», «uso alternativo del Derecho», «análisis económico del Derecho», o «vinculación directa de la Constitución» es antidemocrático”¹⁵.

¹³ L. HIERRO, *Estado de Derecho. Problemas actuales*, Editorial Fontamara, México 1998, pp. 50 y 52. Hay un punto en este trabajo de Liborio Hierro que me parece bastante matizable, aunque aquí no voy a tratarlo; es cuando señala que “La independencia judicial no es garantía de la democracia, sino que la democracia es garantía de la independencia judicial”. Ver conclusiones 1 y 8. No sé si la historia y funcionamiento de la democracia avalan esta idea, la del Estado de Derecho sí.

¹⁴ Sobre este tema tan importante pueden consultarse los libros de L. PRIETO SANCHÍS, *Independencia jurídica y creación judicial del Derecho*, Editorial Temis, Bogotá 2005 y de A. NIETO, *El arbitrio judicial*, Editorial Ariel, Barcelona 2000 y el artículo de F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Creación judicial del Derecho: crítica de un paradigma”, en *El Derecho en Red. Estudios en Homenaje al prof. Mario G. Losano*, Editorial Dykinson, Madrid, 2006, pp. 519 y ss.

¹⁵ L. HIERRO, *op. cit.*, p. 56. Se está refiriendo, al tiempo, a que: “La independencia judicial no garantiza la democracia pero instrumenta la exigencia democrática del sometimiento de todos los poderes a la Ley”.

Como conclusión, la independencia judicial viene a significar que el juez, a la hora de aplicar la ley, solamente debe estar pendiente y debe permanecer totalmente dependiente de la legalidad vigente. Nada tiene de particular que el poder político se sienta controlado por el Poder Judicial. Creo que todos salimos ganando al funcionar esa pieza importante del Estado de Derecho. Lo que resulta patológico es que los jueces se sientan amenazados u obstaculizados en su labor por el poder político. De ser cierto el grave diagnóstico de Alejandro Nieto existirían motivos para preocuparse profundamente. En sus palabras: “sigue en pie la cuestión fundamental, que es la independencia judicial, en cuyo ámbito la situación empeora cada día, puesto que se practica un juego político en el que los partidos intervienen, ya sin disimulo, en la vida del Poder Judicial y ponen a los jueces al servicio de sus intereses. La Justicia no es sino la continuación de la lucha política en otro ámbito y con otros medios”¹⁶.

3. VIRTUDES JUDICIALES Y CÓDIGO DEONTOLÓGICO DE LOS JUECES

Manuel Atienza ha analizado en algunos de sus trabajos de los últimos años cuestiones que afectan a la ética judicial¹⁷. Y lo ha hecho a través de dos vías: la de la existencia y necesidad de una serie de virtudes propias de las funciones que han de cumplir los jueces en un Estado de Derecho y la de la oportunidad de elaborar un código deontológico sobre la conducta profesional de los jueces. Tanto en uno como en otro caso, y siempre y cuando contáramos con un fundamento y estatus sólido de unas y otro, nos encontraríamos ante la obligación de incluir sus exigencias en el proceso de selección y formación de los jueces. Como fácilmente puede advertirse, la cuestión

¹⁶ A. NIETO, “El desgoberno Judicial”, *op. cit.*, p. 210. Sigue siendo muy aconsejable la lectura del libro de D. SIMON, *La independencia del juez*, Editorial Ariel, Barcelona 1985, traducción de Carlos Ximénez-Carrillo. Acerca del papel de la Administración de Justicia en un sistema democrático pueden consultarse los libros: *Los jueces en una sociedad democrática*, coordinador J. IGARTUA SALAVERRÍA, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate 1987; C. GARCÍA PASCUAL, *Legitimidad democrática y poder judicial*, Ediciones Alfons el Magnánimo, Valencia 1997 y L. LÓPEZ GUERRA, *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*, Palestra Editores, Lima 2001. También los artículos de Eugenio Bulygin, Ernesto Garzón Valdés y Michel Troper recogidos en el núm. 18 de la revista *Isonomía*, ITAM, México, abril 2003, pp. 7 y ss.

¹⁷ M. ATIENZA, *Cuestiones judiciales*, Editorial Fontamara, México 2001.

plantea problemas de legitimidad o justificación, de cualificación técnica o profesional y de responsabilidad de las instituciones en una tarea, la selección y formación de los jueces, tan imprescindible para el buen funcionamiento del Estado de Derecho¹⁸.

La idea de virtudes va necesariamente unida a la de práctica o prácticas, y no cualquier tipo de práctica sino a la buena práctica. Es de aplicación, por tanto, al ser humano en general, al ciudadano en particular y al que ejerce una determinada profesión. En el caso de la ética judicial se trataría de definir las exigencias de la actuación de un buen juez. A su vez, las discusiones sobre lo que es un buen juez no son independientes de concepciones de filosofía jurídica desde planteamientos formalistas, no formalistas, realistas o alternativos, pues cada una de ellas se caracteriza por identificarse con un determinado modelo de juez. Y como no podía ser de otra manera, cada una de ellas tiene una teoría sobre la creación del derecho y sobre el papel de la interpretación y de la argumentación judicial¹⁹.

Las virtudes judiciales, en todo caso, e intentando soslayar las cuestiones mencionadas en las líneas anteriores, tienen que ver con la práctica constante y uniforme en la aplicación del derecho. Son algo parecido a los rasgos que mejor describirían el carácter del juez. Y aúnan tanto elementos descriptivos como prescriptivos; prácticas, actitudes, disposiciones y exigencias, normas y valores.

El concepto de virtud utilizado por A. MacIntyre en su conocido libro *Tras la virtud* es útil a la hora de hablar de virtudes judiciales (esa es la opinión, que comparto, de Manuel Atienza). Según el autor citado: "una virtud es una cualidad humana adquirida, cuya posesión y ejercicio tiende a hacernos capaces de lograr aquellos bienes que son internos a las prácticas y cuya carencia nos impide efectivamente el lograr cualquiera de tales bienes"²⁰.

Un dato que complica las cosas, pero que es inevitable para el tratamiento de este tema, es el referente a la necesidad de tener en cuenta, a la hora de hablar de virtudes judiciales, no solamente aquellas cualidades que hacen que un juez sea técnicamente competente, sino también aquellos rasgos del

¹⁸ Ver el libro de J. L. AULET, *Jueces, Política y Justicia en Inglaterra y España*, Cedecs Editorial, Barcelona 1998.

¹⁹ Ver al respecto M. ATIENZA, *El Derecho como argumentación*, Editorial Ariel, Barcelona 2006 y R. de ASÍS, *El Juez y la motivación en el Derecho*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005.

²⁰ A. MACINTYRE, *Tras la virtud*, Editorial Crítica, Barcelona 1987, p. 237, traducción de Amelia Valcárcel.

carácter que tienen que ver con la vocación del juez. Y aquí es donde se empequeñece la diferencia entre un buen juez y un juez bueno. Y ello significa que hay dos tipos de virtudes judiciales, aquellas cuyo ejercicio coincide con el cumplimiento de normas jurídicas de tipo profesional, o más concretamente constitucional y procesal, y aquellas que van más allá de la ética interna a las normas jurídicas. Tanto en uno como en otro caso, las virtudes judiciales, como un capítulo inevitable de la ética judicial, viene a reforzar la correcta aplicación del derecho y a sustituir sus posibles insuficiencias y lagunas.

El conjunto de las virtudes judiciales tiene un contenido variado y heterogéneo. Incluye virtudes morales que están magistralmente estudiadas en las Éticas de Aristóteles, como la prudencia o la inteligencia práctica, o la templanza (también indicada por Aristóteles en su Retórica). Sin duda, ha recibido y sufrido la influencia histórica de los cambios en los objetivos, fines, funciones y contenidos de los ordenamientos jurídicos. Y hoy incluirían ciertas cualidades que deberían tener los jueces a la hora de decidir y justificar sus decisiones, como, en palabras de Neil MacCormick (*Legal Reasoning and Legal Theory*, O.U.P. 1978) el suficiente y sólido conocimiento del derecho vigente, la capacidad argumentativa, el buen y prudente juicio, la perspicacia y altura de miras, o la humanidad, la valentía, la compasión y, siempre, el sentido de la justicia.

Como puede percibirse, todo un conjunto de prácticas y de rasgos de carácter que a las dificultades de formar a los jueces en ellas, suman las de evaluarlas en un proceso de selección y de promoción en la carrera judicial. Aunque no por dificultosa sea imprescindible e inevitable. Y, como no podía ser de otra manera, a Manuel Atienza no se le escapa la importancia de estos temas. Coincido con él en que los mecanismos disciplinarios no son los adecuados para controlar la existencia o la inexistencia del ejercicio de las virtudes judiciales, ni para evaluarla en el desempeño de la profesión (en cuanto a las obligaciones jurídicas sí). Aquí creo que debemos tener en cuenta la práctica de la ética de las profesiones en otros ámbitos (periodistas, médicos, profesores) sin olvidarnos de las peculiaridades y relevancia social de las funciones que llevan a cabo los jueces²¹. Ello nos llevaría a plantearnos ahora

²¹ Como ha señalado P. ANDRÉS IBÁÑEZ: "La previsión de una figura asimilable a la actual del juez, esto es de un sujeto institucional habilitado para mediar los conflictos desde una posición de autoridad, es un universal localizable de una u otra forma en cualquier grupo social mínimamente organizado", en "Para una ética positiva del juez", *Claves de razón práctica*, núm. 152, mayo 2005, p. 26.

la oportunidad de la elaboración de un código deontológico sobre la conducta profesional de los jueces. La principal norma moral y jurídica que tiene el juez es la de seguir y aplicar el derecho vigente (para que quede claro: cuando hablo de norma moral me estoy refiriendo al derecho de un Estado de Derecho, de tradición liberal-democrática, como derecho y Estado suficientemente justo). De esta norma moral y jurídica se derivan tres principios rectores (normalmente desarrollados a través de normas jurídicas de carácter constitucional y procesal) que serán la independencia, la imparcialidad y la motivación.

Aquí ya tenemos un cuerpo básico e imprescindible de normas de ética judicial (que lo son al mismo tiempo de normas jurídicas). Sin embargo, sí, como señala Manuel Atienza, “La ética judicial no se agota en el plano de las normas. El concepto de «buen juez» no se deja definir exclusivamente en términos normativos...ser un buen juez significa algo más que cumplir unas normas”²², entonces precisamos de unos contenidos que tienen que ver con la posesión de ciertos rasgos de carácter que antes hemos denominado virtudes judiciales. Es decir, parte de las virtudes judiciales, por decirlo de alguna manera, *van más allá* de lo exigido por las normas jurídicas, pero son esenciales y necesarias para que los objetivos de la función judicial se cumplan adecuadamente y de manera satisfactoria.

Creo que en el futuro los filósofos del Derecho deberíamos dedicar más tiempo de nuestras investigaciones y reflexiones a estas cuestiones, y sobre todo a fundamentar y dar solidez teórica a la elaboración de un código deontológico como pieza importante de la ética judicial.

Parecidas preocupaciones expone también Perfecto Andrés Ibáñez. Entre otras la de recordarnos que la figura del juez como “sujeto institucional habilitado para mediar los conflictos desde una posición de autoridad” ha ido acompañada en nuestra cultura jurídica, y sobre todo a partir de los orígenes del Estado de Derecho y de las reflexiones de autores como Montesquieu, “a la preocupación social por limitar su poder”. Preocupación que no puede surgir de otro lado que de la existencia de esa válvula de escape que, a pesar del sometimiento a las normas jurídicas vigentes, *constituye la discrecionalidad judicial*. Y basta que consideremos este hecho como inevitable para que debamos insistir en la necesidad de apoyar la justificación y vigencia de ciertas normas de ética judicial.

²² M. ATIENZA, *op. cit.*, p. 153.

Entre los dos modelos a que se refiere Perfecto Andrés Ibáñez en su trabajo “Para una ética positiva del juez”, y que son el del modelo de juez como instrumento del poder o como órgano del derecho y de los derechos de los ciudadanos²³, cabe mucho campo para la ética judicial. Comenzando por la imparcialidad (exigencia derivada y refuerzo de la independencia) y siguiendo por ese catálogo de la ética básica del juez (ética positiva del juez lo llama él) dentro del modelo del Estado constitucional de Derecho, que estaría constituido por las siguientes prescripciones: la orientación de la jurisdicción a la realización de los valores constitucionales (libertad, justicia, igualdad) y a la exigencia de los derechos fundamentales y libertades públicas, el desarrollo de la imparcialidad del juicio, honestidad intelectual y autocrítica, la necesidad de exponer las diferencias entre las opciones técnicas o neutras y sus propias opciones morales, el celo en defender su independencia frente a los centros de poder, la autolimitación y la justificación en el uso de la discrecionalidad, una actitud metódica de duda solamente superada cuando existan pruebas convincentes (presunción de inocencia en el ámbito penal), respeto escrupuloso a los derechos procesales de los justiciables, la especial consideración al material probatorio, escuchar a las partes como método inexcusable para convalidar razonablemente sus convicciones, reconocimiento imparcial y máximo del derecho de defensa, cumplir la exigencia de motivar racionalmente sus decisiones, limitar al máximo el uso de la prisión provisional, el uso prudente de la publicidad pensando en la interferencia de los medios de comunicación en el proceso, la obligación de guardar reserva y mantener el secreto de las deliberaciones, máxima corrección en las relaciones con los justiciables, los testigos y los abogados, atención “equitativa” a las particularidades de las situaciones personales.

Como puede fácilmente verse se trata de un conjunto de exigencias éticas que generalmente ya se han convertido en obligaciones jurídicas pero que para su satisfactorio desenvolvimiento precisan de un plus de carácter o talante ético. En opinión de Perfecto Andrés Ibáñez existiría una última exigencia ética del juez constitucional que siendo consciente de su *poder personal* se autocontrola para un mejor cumplimiento de sus funciones de decisión. Y siendo su opinión la de un juez de intensa, rigurosa y

²³ P. ANDRÉS IBÁÑEZ, *op. cit.*, pp. 28 y ss. Sobre la cultura política y jurídica de la Constitución y los derechos ver el libro de G. PECES-BARBA, *La Constitución y los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

dilatada carrera, ello le añade un interés especial. Reza así: “me parece que de la actitud ética del juez tendría que formar parte un punto de *mala conciencia*. Se trata de una *garantía* de naturaleza cultural no reclamada por ninguna ley escrita pero con un fundamento de principio que está fuera de duda”²⁴.

4. ¿ES PREFERIBLE UN JUEZ BUENO A UN BUEN JUEZ?

De manera probablemente simplificada, y a los efectos de servir como hipótesis previa, voy a distinguir entre un juez bueno y un buen juez. En el primer caso se trataría de un ejemplo particular de la situación general que pretendemos describir cuando definimos a alguien como una buena persona. Las virtudes que rodean y se adhieren a lo que entendemos con la cualidad de bondad y con el adjetivo bueno. Con seguridad incluye tanto las buenas intenciones como la continuidad en la conducta. Además, es bueno o se comporta de manera bondadosa quien procura y hace el bien. Por tanto, un juez bueno es un caso especial de un ciudadano bueno. Alguien que en el ámbito privado y público de su existencia se comporta bondadosamente. Con el añadido inevitable y necesario, y no poco relevante, de que, dado que el citado ciudadano ejerce como juez, su actuación y sus decisiones jurisdiccionales, además de ser legalmente correctas, pueden ir acompañadas de ciertas características morales que no siendo incompatibles con la legalidad, requisito este imprescindible, convierten a esas decisiones en decisiones más justas, en el sentido de que van más allá de la simple legalidad.

Así, un juez puede tener a la hora de aplicar el derecho vigente en una sociedad, una actitud solidaria, magnánima, generosa o compasiva, mucho más exigente, desde el punto de vista moral, que la fría, pero segura e imprescindible, adaptación de la norma jurídica a los casos particulares. De esta manera, la bondad del juez significaría moralmente algo parecido a po-

²⁴ *Ibid.*, p. 33. Entre la bibliografía española dedicada a la ética judicial pueden consultarse *Ética de las profesiones jurídicas* de M. GRANDE YÁNEZ, con la colaboración de J. ALMOGUERA y J. JIMÉNEZ, Ed. Desclée de Brower, Madrid 2005; *Ética de las profesiones jurídicas*, J. L. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ y A. HORTAL ALONSO (compiladores), Universidad Pontificia Comillas, Madrid 2001 y A. APARISI, *Ética y deontología para juristas*, Eunsa, Pamplona, 2006, y el artículo de J. M. TOMÁS Y TÍO en el colectivo, dirigido por A. CORTINA y J. CONILL, *10 palabras clave en Ética de las profesiones*, Editorial Verbo Divino, Estella 2000, pp. 175 y ss.

nerse en el lugar del otro, que aquí significaría ponerse en el lugar de aquella o aquellas personas que se van a ver afectadas por sus decisiones²⁵.

Por el contrario, un buen juez es una cualidad que se refiere al buen ejercicio profesional y técnico de la función de juzgar. Y, desde este punto de vista, un buen juez es el juez que conoce bien el derecho, se dedica suficientemente al estudio de los casos que le llegan y decide sobre ellos correctamente desde el punto de vista legal. A estas características podríamos añadir las de que el buen juez debe actuar con prudencia y responsablemente, es decir, valorando las consecuencias personales y sociales de sus decisiones o también, según reza el Título Preliminar del Código Civil, interpretando las normas jurídicas teniendo en cuenta las circunstancias.

En estos últimos casos, conviene advertir de que, aunque probablemente nos encontremos con los rasgos de un buen juez, ya empezamos a contaminarnos con algunas de las exigencias del juez bueno. Y aquí las fronteras son mucho más permeables de lo que generalmente se supone.

Pues bien, creo que no es muy difícil comprobar cuando nos encontramos ante el buen juez o un juez bueno y diferenciar suficientemente entre las cualidades morales y las cualidades técnicas de un juez. Tampoco deberíamos extrañarnos de encontrarnos con un juez riguroso e implacable, pero deficiente moralmente en su conducta como ciudadano. O un juez moralmente bueno, pero con una formación, preparación, intuición y actuación legal deficiente. Dejo al lector la posibilidad de elegir entre un juez bueno o un buen juez, en la situación, nada simpática, de que hubiese que tomar en serio esa elección. En todo caso, es indudable que la posibilidad de contar con un buen juez, que además sea una buena persona, es superior a cualquier otra posibilidad. En definitiva, en todas las ocasiones, a lo largo de nuestra vida, en las que ésta se puede ver interferida por las decisiones de un juez es razonable pensar que esperamos de él una actuación legalmente correcta antes que un ejemplo moral a aconsejar o seguir.

Las capacidades y competencias del juez que necesitamos y deseamos tienen mucho más que ver con el buen juez que con el juez bueno. Sin embargo, conviene resaltar que, como en todos los casos en los que están invo-

²⁵ Ver sobre este punto el libro de P. RICOEUR, *Amor y justicia*, Caparrós editores, Madrid 1993, pp. 34 y ss., traducción de T.D. Moratalla. Al respecto Manuel ATIENZA ha señalado que "en la aplicación del Derecho no sólo se tiene necesidad de la razón, sino también de los sentimientos, de las pasiones", en "¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial?", recogido en su libro *Cuestiones judiciales*, Editorial Fontamara, México 2001, p. 21.

lucradas las relaciones entre la ética y el derecho, la independencia total del buen juez del juez bueno es más un caso ideal, de laboratorio, que la expresión de lo cotidiano. Y aquí es donde surgen las preguntas acerca de la influencia buena o mala que puede tener la conducta moral o inmoral del juez en sus actuaciones profesionales. O acerca de la misma influencia de la vida privada, en las actuaciones públicas. Aunque por convicciones, opiniones y formación uno está preparado para defender la separación entre el ámbito privado y el ámbito público de la moralidad (y de la inmoralidad), lo mismo que la distinción entre la ética y el derecho, también albergamos la creencia de que nuestra conducta real no responde a postulados tan esquizofrénicos. Hay mucho más continuidad entre lo bueno y lo justo y entre la ética y el derecho (lo justo y lo legal) que la que nos permite teóricamente, con frecuencia, una defensa coherente del pluralismo y la tolerancia desde la perspectiva de algunas teorías contemporáneas de la justicia²⁶.

Algunas de las anteriores cuestiones mencionadas han sido analizadas, entre nosotros, por Jorge Malem. Así, en un artículo publicado hace unos años en la revista *Doxa*, con el significativo título “¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?”, parte del reconocimiento del hecho de que “a los jueces siempre se les ha supuesto dotados de una personalidad moral especial y se les ha exigido ciertos comportamientos morales en su vida privada que no coinciden con iguales requisitos o exigencias propias de otras prácticas jurídicas o en otras profesiones, incluso de las llamadas humanistas”²⁷. A partir de ahí presenta dos modelos de jueces, distinguibles por la obligación de fundar o no fundar sus decisiones en derecho, con el fin de analizar el papel que juega la moral privada del juez y su comportamiento social en cada uno de ellos, para, más tarde, responder a la pregunta de “si una mala persona –moralmente hablando– puede ser un buen juez –técnicamente hablando–”.

²⁶ Ver mi trabajo “Pluralismo y límites de la tolerancia”, en R. R. ARAMAYO y T. AUSÍN (eds.), *Valores e historia en la Europa del siglo XX*, Plaza y Valdés, México 2006, pp. 283 y ss. Reproducido bajo el título “Laicismo, liberalismo político y neutralidad. (A propósito de J. Rawls)”, en *El Derecho en Red. Estudios en Homenaje al profesor Mario G. Losano*, Editorial Dykinson, Madrid 2006, p. 699 y ss. También es recomendable la lectura del trabajo de J. L. COLOMER, “Autonomía y gobierno. Sobre la posibilidad de un perfeccionismo liberal”, publicado en el número 24 de la revista *Doxa*, 2001, pp. 251 y ss.

²⁷ J. F. MALEM SEÑA, “¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?”, *Doxa*, núm. 24, 2001, p. 380.

Limitándose a esta última cuestión se trataría de ver la posible conexión o no entre la moralidad privada del juez y su función y actuación pública, que debe estar regida por la independencia, la imparcialidad y la competencia, exigencias que, además de consistir en características de alcance moral, son requisitos legales inevitables e imprescindibles.

Los que consideran que sí existe, y debe existir, conexión entre moralidad privada y la vida profesional del juez aducen no solamente hechos que juegan a favor de la tesis de que un juez mala persona, desde el punto de vista moral, deriva en un mal juez, sino también exigencias que tienen que ver con el buen funcionamiento y estabilidad del sistema jurídico y político y con la generación de una actitud de confianza en ese sistema por parte del justiciable y, en general, de la opinión pública. La derivación de todo esto es que existen comportamientos impropios del juez (Jorge Malem pone algunos ejemplos) que deben ser evitados claramente por él, lo que significa no solamente que los jueces han de cumplir con sus deberes jurídicos, sino también evitar aquellas situaciones que pueden afectar negativamente a la júricidad de sus actuaciones y, lo que es aún más importante y problemático, a la apariencia de júricidad. La conclusión es bastante clara: “a los jueces se les exigirá una actitud y un comportamiento que va más allá del mero cumplimiento del derecho”²⁸.

Creo que esa conclusión, que afecta fundamentalmente a la ética de los jueces, es muy razonable y que, con los matices oportunos, podría generar y reforzar la necesaria lealtad y confianza que jueces y ciudadanos deben tener en el Estado social y democrático de Derecho para que éste funcione satisfactoriamente. Me parece que convengo con Jorge Malem en su defensa, aunque como él considero necesario añadir algunos matices no exentos de interés. Así, una vez aceptada que “una mala persona jamás podría ser un buen juez”, habría que aceptar también que “el concepto de mala persona, que es parasitario de un conjunto de normas, puede ser interpretado como dependiente de la moral social o de la moral crítica”. Jorge F. Malem excluye la posibilidad de contar con la moral social vigente o positiva porque, según él, ésta puede incluir prejuicios que colisionen con los valores y principios constitucionales. Habría que calibrar, por tanto, su alternativa, la moral crítica: “Queda –señala– como alternativa para definir «mala persona» los crite-

²⁸ J. F. MALEM SEÑA, “¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?”, en *op. cit.*, p. 136.

rios definidos por la moral crítica; estos criterios, valores y postulados básicos suelen estar ya recogidos en el ordenamiento constitucional que organiza el Estado social y democrático de Derecho”²⁹.

Pues bien, creo que aparecen aquí nuevas cuestiones a tratar que son mencionadas pero que exigen un análisis mucho más completo que el que en este trabajo se hace. En primer lugar, porque la exclusión de la moral social vigente es un tanto precipitada. Por ejemplo, habrá que señalar que puede existir, más o menos, coincidencia entre la moral social positiva o vigente y los valores y principios del ordenamiento constitucional de un Estado social y democrático de Derecho. Pero también habrá que delimitar el alcance, y por tanto definir, qué se entiende por moral crítica. Identificar a ésta con los “criterios, valores, y postulados básicos” del ordenamiento constitucional del Estado social y democrático de Derecho es poco concreto y demasiado vago. Además tiene, o puede tener, cierto tufillo a la postura que tradicionalmente se define como positivismo ideológico. Y también habría que buscar argumentos para contestar a quien mantenga que la moral crítica, a pesar de su calificativo, también puede contener simples prejuicios aunque de distinta orientación ideológica.

Sin olvidar la plausibilidad de estas objeciones, y esforzándose en darles una respuesta adecuada, no existirían razones de peso para dejar de admitir el contenido de las tres últimas líneas del trabajo: “Una mala persona definida en términos de un rechazo a este sistema de valores políticos no podría ser en ese sentido un buen técnico como juez”. Y una última advertencia: habrá que cuidar que prácticas de política judicial, influidas por criterios de moralismo legal, paternalismo moral y jurídico o perfeccionismo moral, no afectaran demasiado a los derechos que contiene y alberga el pluralismo constitucional, cuyo reconocimiento también afecta a los jueces como ciudadanos, aunque se trate de “ciudadanos especiales” en su función pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

La existencia de esa “ciudadanía especial”, atribuible a los jueces nos lleva a otra cuestión de ética judicial, la de la relevancia profesional de la vida privada de los jueces, que también es analizado por Jorge F. Malem en otro trabajo titulado “La vida privada de los jueces”³⁰. Inicia aquí su trata-

²⁹ *op. cit.*, p. 402.

³⁰ Trabajo incluido en el libro *La función judicial. Ética y democracia*, J. MALEM, J. OROZCO y R. VÁZQUEZ (compiladores), Editorial Gedisa, Barcelona 2003.

miento exponiendo el hecho de que “es habitual observar que los ciudadanos demandan para sí un ámbito de privacidad que no están dispuestos a permitir que disfruten cierto tipo de personas, especialmente si son determinados funcionarios públicos”³¹.

El problema no se refiere al derecho de los ciudadanos a informarse sobre la vida privada de los funcionarios públicos, ni al derecho a la privacidad y la intimidad por parte de éstos. Está bastante claro, al respecto, que los primeros no tienen ese derecho y los segundos sí. No, se trata, en cambio, de dilucidar “qué parte de la vida privada de un juez adquiere significación cuando tiene que decidir”. Ello significa que “cualquier indagación sobre la vida privada, y sobre las normas morales que son su sustento, de los jueces y de los magistrados, estaría admitida y tendría trascendencia únicamente si el marco constitucional en el que desarrollan la potestad de juzgar permite que dichos aspectos ejerzan influencia de un modo negativo en sus decisiones”³².

Tras referirse a casos en los que el comportamiento privado de los jueces ha podido ser relevante para sus decisiones, o se ha interpretado así, e insistir en la idea de que “la noción de comportamiento impropio o incorrecto es vaga y ambigua”, Jorge F. Malen parece inclinarse por la opinión de que la vida privada de los jueces importa, por supuesto en aquellos casos en los que datos de ella pueden influir negativamente en decisiones que toman con arreglo y en función de su profesión de jueces. No creo que esta conclusión sea difícil de ser asumida, siempre y cuando se establezca muy claramente, y con prudencia, la conexión entre esos dos fenómenos.

Lo curioso de toda la argumentación utilizada es que aquí Jorge F. Malen echa mano de razonamientos que parecen más extraídos del funcionamiento social de la moral positiva o vigente que de la moral crítica. Así es, cuando señala que: “En cualquier caso, los funcionarios públicos en general y los jueces en particular necesitan mostrar que sus vidas privadas son sólidas como una forma de apoyar su integridad pública...debido a que la vida privada refuerza la imagen pública, la vida privada importa. Si esto es así, entonces el escrutinio sobre algunos aspectos de la vida privada de los jueces y de los funcionarios está justificado”. Y así es también al indicar: “Existe además una razón adicional para ser un poco más exigente respecto de los

³¹ J. F. MALEM SEÑA, “La vida privada de los jueces”, *op. cit.*, p. 136.

³² *op.cit.*, p. 167.

comportamientos de la vida privada de jueces y magistrados. Y es que las sentencias no únicamente tienen un valor jurídico, sino que cumplen una función simbólica: la de afirmar, promocionar y reforzar los valores que el derecho defiende”³³.

EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA

Instituto Derechos Humanos Bartolomé de las Casas

Universidad Carlos III de Madrid

c/Madrid, 126

Getafe 28903 Madrid

e-mail: efgarcia@der-pu.uc3m.es

³³ *Ibíd.*, pp. 175 y 176.

EL DISCRETO ENCANTO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA
Apuntes para una reconstrucción unitaria de la ética de los juristas

THE DISCREET CHARM OF LEGAL CERTAINTY
Notes for a unitary reconstruction of Lawyers' Ethics

RICARDO GARCÍA MANRIQUE
Universidad de Barcelona

Fecha de recepción: 30-9-07
Fecha de aceptación: 23-10-07

Resumen: *La ética profesional de los juristas se ha configurado como una ética múltiple que no permite dar cuenta de la unidad de la profesión jurídica ni de su común orientación moral. Aquí se propone una reconstrucción unitaria de la ética jurídica profesional a partir del valor que cabe atribuir a la seguridad jurídica y del vínculo de la labor de todos los profesionales del derecho con la misma.*

Abstract: *Professional ethics of lawyers has been shaped as a multiple ethics, thus making difficult to show the unity of the legal profession and its common moral orientation. This article suggests a unitary reconstruction of legal ethics resting on the value of the rule of law and on the connection between the rule of law and the professional responsibilities of all kinds of lawyers.*

Palabras clave: seguridad jurídica, ética profesional, abogados
Keywords: rule of law, legal ethics, lawyers

1. EL PROBLEMA: LA INSOLVENCIA DE UNA ÉTICA PROFESIONAL MÚLTIPLE

Una característica peculiar de la ética profesional de los juristas es que, a diferencia de la propia de otros ámbitos profesionales, no tiene carácter unitario, de manera que sus normas no se formulan con carácter general para todos los que se dedican al derecho. No hay *una* ética jurídica profesional, sino varias, tantas incluso como profesiones jurídicas hay. El caso más claro y

más importante es el de la articulación separada de la ética profesional para jueces y para abogados, aunque no es extraño oír hablar de la ética profesional de los notarios, de los registradores o de los fiscales (y podríamos seguir), en una multiplicación que puede concederse excesiva pero que resulta comprensible: si no hay una ética común a todas las profesiones jurídicas, cada una de ellas tenderá a formular la suya propia. Esta tendencia a la multiplicidad queda reflejada en el nombre más habitual que recibe la asignatura correspondiente en aquellas Facultades de Derecho que se han animado a incluirla en sus planes de estudio: "Ética de las profesiones jurídicas". Es posible apreciar aquí un intento de alejarse, mediante el cambio de nombre, de la forma tradicional de abordar y enseñar la deontología en nuestro país, por lo general considerada rancia, retórica y complaciente; pero el hecho de optar por una denominación plural es buena señal de que se pretende dar cuenta de la particular ética de cada una de las profesiones jurídicas y no de una ética común a todas ellas.

Esta multiplicidad de la ética de las profesiones jurídicas tiene su razón de ser en los distintos roles que los profesionales pueden asumir en la práctica del derecho, y en que tales roles son realmente muy distintos, como lo muestra, de nuevo, el contraste entre el abogado y el juez. En este sentido, no debe sorprender que uno y otro estén sometidos a normas deontológicas diferentes; pero sí llama la atención el hecho de que no haya normas deontológicas comunes a todo el grupo profesional, siempre y cuando se admita, como creo que debe hacerse, que de un grupo profesional hablamos cuando nos referimos a todos los que se dedican al derecho, habiendo todos ellos recibido una educación superior común, hablando un mismo lenguaje y dedicándose conjuntamente a la creación, interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Profesiones jurídicas son, para Liborio Hierro, "aquellas cuya actividad habitual consiste en la elaboración técnica de normas jurídicas, su aplicación y la prevención y resolución de conflictos jurídicos"¹. Y, de acuerdo con Cotterrell, podemos identificar socialmente a los juristas como grupo profesional unitario a partir de tres ideas: la idea del sentimiento comunitario de la profesión jurídica, vinculada por valores e intereses comunes; la idea de orientación al servicio más que al beneficio; y la idea de un conocimiento especializado y de una capacitación específica². Si en verdad los ju-

¹ L. HIERRO, "Las profesiones jurídicas: una visión de conjunto", *Sistema*, núm. 137, 1997, pp. 27-44, p. 30.

² R. COTTERRELL, *Introducción a la sociología del derecho*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 159.

ristas forman un grupo profesional distinto de otros, entonces resulta que una ética profesional múltiple es insolvente porque no permite orientar su práctica profesional como juristas. Ofrecerá pautas para orientar el trabajo de los abogados o de los jueces o de los fiscales pero no pautas para orientar el trabajo de todos ellos en tanto que juristas y, por tanto, tampoco pautas para diferenciar el trabajo de todos ellos del trabajo de otros profesionales ajenos al mundo del derecho. En definitiva: si la profesión jurídica es en verdad una profesión, entonces tiene que existir una ética profesional común a todos los juristas, y si ésta no existe, entonces no resulta tan evidente que los juristas constituyan una profesión, porque es difícil determinar a qué fines se orienta su trabajo.

Nos encontramos, pues, con un dilema: si la ética profesional de los juristas es múltiple, parece no dar cuenta de los rasgos comunes a todas las profesiones jurídicas y ofrece una imagen de éstas que no se corresponde con la cercanía apreciable entre las prácticas que unos y otros desarrollan; por el contrario, si la ética profesional de los juristas es unitaria, parece que no estamos en condiciones de dar cuenta de las visibles diferencias que separan esas mismas prácticas³. Lo que propongo a continuación es una posible vía de disolución del dilema, una vía que es fácil de imaginar: se trata de explorar la posibilidad de formular una ética profesional común a todos los juristas que, a la vez, pueda adaptarse a las peculiaridades de cada una de las profesiones jurídicas. Se trata, en definitiva, de reiterar en el seno de la ética profesional de los juristas la relación que existe entre la ética general y la ética profesional. Suponiendo que la ética debe ser única, la ética profesional debe concebirse como una especificación de la ética general, una adaptación de ésta a roles sociales específicos. Del mismo modo, tendría que ser posible formular una ética profesional unitaria para los juristas, especial respecto de la ética general, pero general respecto de las más específicas éticas de cada una de las profesiones jurídicas⁴.

³ Véase M. LA TORRE, "Juristas, malos cristianos. Abogacía y ética jurídica", *Derechos y libertades*, núm. 12, 2003, pp. 71-108, para una presentación dilemática similar, en este caso aplicada en particular al problema de la ética profesional de los abogados.

⁴ Así, por ejemplo, escribe Atienza: "que es única [la moral] significa que los principios de la moral son los mismos para todos los campos de actividad. Lo que hay es una modulación de estos mismos principios [en las morales profesionales]". M. ATIENZA, "Ética judicial: ¿Por qué no un código deontológico para jueces?", *Jueces para la democracia*, núm. 46, 2003, pp. 43-46, p. 44.

2. ÉTICA PROFESIONAL O DEONTOLOGÍA

Antes de continuar, conviene hacer alguna precisión en relación con el uso de los términos “ética profesional” y “deontología”. Llamo “ética profesional” al conjunto de normas morales que regulan el ejercicio de una profesión, es decir, el conjunto de normas morales que se dirigen a las personas en tanto que ejercientes de una profesión. Por tanto, ética profesional equivale a “moral profesional” y usaré ambos términos como sinónimos. En cambio, reservaré el término “deontología (jurídica)” para ciertas normas jurídicas que regulan el ejercicio de una profesión (jurídica). Por supuesto, puede y debe haber relaciones entre la ética profesional y la deontología, pero conviene diferenciar ambas cosas. Por una parte, no todas las normas que se llaman deontológicas tienen carácter moral, de manera que la deontología no equivale a la parte juridificada de la ética profesional, pero sí la incluye, si suponemos que todas las normas juridificadas de la ética profesional caen dentro de la deontología. Distinguir entre la parte moral y la parte no moral de la deontología es cuestión que no debe preocuparnos ahora. Por otra parte, no todas las normas de la ética profesional han de convertirse en normas deontológicas, es decir, en normas jurídicas. De lo contrario, un buen profesional del derecho no se distinguiría de un profesional del derecho que cumple con las normas jurídicas vigentes, y una de las cosas que quiero hacer en este trabajo es trazar esa distinción, precisamente porque no siempre se admite su existencia. Por el momento, pondré un ejemplo cinematográfico que muestre a qué me estoy refiriendo.

En *Matar a un ruiseñor*, la película de 1962 dirigida por Robert Mulligan, el abogado Atticus Finch (Gregory Peck), hace, entre otras cosas, las siguientes: no cobra a un cliente pobre; se encarga de la difícil y gratuita defensa de otro cliente pobre; se encarga de la defensa de ese cliente a sabiendas que dicha defensa le quitará tiempo para dedicarse a otros pleitos más rentables y le enemistará con sus vecinos; visita la casa de la familia de su defendido para contarles como va el pleito; hace guardia en la puerta del calabozo para evitar que su defendido sea linchado por los vecinos; se abstiene de responder de cualquier forma a un vecino que le escupe en la cara. Es posible, desde luego, calificar estas acciones como las propias de un buen hombre, pero también es posible calificarlas, todas o algunas de ellas, como las propias de un buen abogado. Y, sin embargo, parece que, en cualquier caso, ninguna de ellas debería serle exigible jurídicamente a un abogado. Pues bien, si estoy en lo cierto y al menos algunas de las acciones de Atticus Finch son las propias no sólo de un buen hombre sino, en particular, de un buen abogado, en-

tonces podemos entender por qué la ética profesional es algo más que lo que las normas jurídicas pueden exigirle a un profesional del derecho.

No tengo, adviértase, especial interés en reservar el término “deontología” para ciertas normas jurídicas, lo único que quiero es precisar el objeto del que quiero hablar. Liborio Hierro, en cambio, después de constatar que en lo que se llama deontología se incluyen normas morales tanto como no morales, entiende que es “aconsejable reducir la deontología a su aspecto ético, si bien algunas normas deontológicas se traducirán en normas jurídicas, otras coincidirán con costumbres profesionales de carácter moral, y otras podrán formularse exclusivamente como normas de carácter moral”⁵. Si así hiciéramos, la deontología equivaldría a la ética profesional, pero al precio de discrepar de la idea de la deontología que parecen tener los colegios profesionales. Así por ejemplo, el Preámbulo del Código Deontológico de la Abogacía Española, de 2002, establece que “como toda norma [sic], la deontológica se inserta en el universo del derecho”. Dejando de lado el error evidente que contiene la primera parte de la frase, está claro que para el Consejo General de la Abogacía Española las normas deontológicas son siempre normas jurídicas, algo que no se compadece con una afirmación como la de Atienza que habla de un “código sin sanciones (como tendría que ser un código de ética judicial)”⁶. Desde luego, podríamos seguir el criterio de Hierro y Atienza y hablar de deontología como ética profesional pero, dado que disponemos de ambos términos, he preferido usarlos para designar cosas diferentes, siendo la deontología una parte del derecho de contenido diverso y siendo la ética profesional una parte de la ética que puede incorporarse al derecho en alguna medida.

Sentado lo anterior, sólo me queda añadir que la ética profesional es aquí concebida como una ética aspiracional o de la excelencia o de máximos, y no como una ética del deber o de mínimos⁷. Me parece que la ética profesional es más interesante si se formula en estos términos, es decir, si permite formar el ideal de un buen profesional y no sólo dar cuenta de los deberes mínimos que pueden exigírsele⁸. Es más interesante porque permite com-

⁵ L. HIERRO, “Las profesiones jurídicas...”, cit., p. 41.

⁶ M. ATIENZA, “Ética judicial...”, cit., p. 45.

⁷ L. L. FULLER, *The Morality of Law*, Yale University Press, 1969, cap. I, recoge esta distinción, de donde yo la tomo, aunque por supuesto se trata de una distinción muy antigua.

⁸ Véase G. H. V. WRIGHT, *Norma y acción. Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid, 1970, pp. 32-34, sobre la noción de reglas ideales y su utilidad para definir lo que ha de entenderse por un buen profesional.

prender el sentido de la actividad profesional, cosa que la ética mínima no permite, pero además porque estos deberes mínimos sólo pueden determinarse a partir de la identificación previa de ese ideal del buen profesional.

3. LA PROPUESTA: UNA ÉTICA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

En máxima síntesis, podemos decir que la ética profesional de los juristas debe ser la ética de la seguridad jurídica, esto es, una ética que consiste en la obligación única de maximizar el nivel de seguridad jurídica en la comunidad política en la que los juristas actúan. Trataré de argumentar a continuación por qué la ética profesional de los juristas debe ser concebida de este modo.

El derecho es una práctica social que puede ser comprendida de manera cabal por referencia al valor al que sirve. Es este valor al que se orienta la práctica el que permite entender cuál es su sentido, un sentido que se pierde si la práctica trata de definirse con independencia de dicho valor. Esta idea la expone de manera impecable Gustav Radbruch en los primeros capítulos de su *Rechtsphilosophie* y en ella abunda en otros trabajos tardíos hoy quizá más conocidos. Esta conexión entre el derecho y el valor al que sirve se expresa mediante la "idea del derecho", que expresa lo que el derecho debe ser, por contraste con el "concepto del derecho", que expresa lo que el derecho es⁹.

La pauta valorativa básica del derecho es la justicia, por tanto elemento central de la idea del derecho. Esto significa que el derecho es una práctica social orientada a la realización de la justicia, definida por dicha orientación, de manera que el derecho no puede comprenderse sino en conexión con ella. Conviene avisar de que esta conexión no compromete con una concepción no positivista del derecho, dado que sólo se está afirmando que el derecho debe ser justo, no que lo sea necesariamente en alguna medida. De hecho, la tesis positivista clásica, en su versión más sencilla y aceptable, se limita a constatar la distinción entre el derecho que es y el derecho que debe ser, una distinción que sólo tiene sentido si se cree que el derecho en efecto debe ser algo, y que significa que el derecho debe ser justo pero que no siempre lo es.

⁹ G. RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, caps. 1 y 4 (hay una reedición más reciente en Comares). G. RADBRUCH, *Introducción a la filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974). Puede verse también mi trabajo "Radbruch y la seguridad jurídica", *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXI, 2004, pp. 261-286.

La ética profesional de los juristas debe ser, en consecuencia, una ética de la justicia, pues es a la justicia a la que debe servir la realización social del derecho y, por tanto, el desempeño de actividades jurídicas. Sin embargo, y dado que el instrumento diseñado socialmente para la realización de la justicia es el derecho, la ética profesional de los juristas no puede ser, sin más, una ética de la justicia, como lo sería la de cualquier individuo que se proponga actuar justamente. Ha de ser una ética de la justicia a través del derecho, de manera que, en principio, a los juristas no les corresponde lidiar de manera directa con cuestiones de justicia sino con cuestiones de derecho. La relación inmediata entre lo justo y lo social queda para los ciudadanos o, si se quiere, para sus representantes legisladores y, en cambio, para los juristas queda la realización social de la justicia mediada por el derecho.

Por tanto, la función social de los juristas consiste en la realización de la justicia por medio de la realización del derecho. El derecho debe ser visto como un diseño de sociedad justa que debe llevarse a la práctica, y es la complejidad de ese diseño y de su puesta en práctica la que requiere de la existencia de una profesión especializada, la profesión jurídica en toda su extensión y diversidad. El origen democrático del derecho, expresado en la Constitución y en la subordinación jerárquica del resto de las normas, no hace sino mostrar con mayor claridad que el derecho es el plan de sociedad justa adoptado por la comunidad política, un plan que debe ser ejecutado profesionalmente por los juristas. De manera que la excelencia de la profesión jurídica en su conjunto se medirá por su capacidad para lograr la eficacia del derecho, es decir, su éxito o su triunfo.

En este momento podemos introducir ya la noción de seguridad jurídica, porque ella expresa el grado de eficacia de un sistema jurídico¹⁰. Una sociedad disfruta de un grado tanto mayor de seguridad jurídica cuanto mayor es la eficacia de las normas jurídicas, porque, en tanto que normas, su eficacia no es sino su capacidad para guiar la conducta de los ciudadanos mediante la previsión de las conductas de los demás ciudadanos y, sobre todo, del poder público. Y la conexión entre la seguridad jurídica y la justicia, en lo que ahora importa, es ésta: la seguridad jurídica es la realización social de la justicia si las normas jurídicas son justas, o en la medida en que sean justas. Por eso, la ética profesional de los juristas es la ética de la seguridad jurídica, porque ésta expresa el grado de realización de la justicia a través del derecho.

¹⁰ Para esta concepción de la seguridad jurídica en términos de eficacia me remito a mi libro *El valor de la seguridad jurídica*, Fontamara, México, 2007, cap. VI.

Lo dicho hasta aquí vale con carácter general para todos los juristas, con independencia de la concreta profesión que desempeñen. En particular vale también para los abogados. El carácter contradictorio del proceso o el carácter particular o privado de los intereses a defender por los abogados no deben impedir la observación de que todo profesional del derecho, en tanto que tal, define su función por su aporte a la consecución de la eficacia del derecho. Eso sí: bien puede ser que el modo en que cada profesión jurídica sirve a la seguridad jurídica sea distinto, o exija o permita comportamientos diferenciados; sobre este punto volveremos más adelante.

La ética profesional de los juristas pende, pues, de la justicia del derecho. Si el derecho es justo, las actividades que se orientan a su realización (a su eficacia, a la seguridad jurídica) tendrán una justificación moral y, por tanto, será posible elaborar una ética profesional. Si el derecho no es justo, o en la medida en que no lo es, colaborar profesionalmente en su realización no puede ser una actividad justificable desde un punto de vista moral, ni será posible elaborar una ética profesional porque la consecución de fines inmorales (injustos) que se derivaría del ejercicio profesional impediría calificar a éste como éticamente correcto en ningún sentido. Por eso, la ética profesional de los juristas es una ética de la seguridad jurídica condicionada a que ésta exprese un estado de cosas justo, es decir, la seguridad jurídica no puede justificar éticamente el ejercicio profesional en todo caso, sino sólo cuando el derecho es justo.

Pero la justicia del derecho, obvio es decirlo, es una cuestión de grado. Es difícil imaginar un sistema jurídico que no contenga normas injustas (y más difícil todavía uno que no contenga normas justas). Por eso, en tanto que todos los sistemas jurídicos conocidos contienen normas injustas, o en tanto las contengan, la ética profesional de los juristas es siempre problemática en esa medida, porque la actividad jurídica profesional servirá parcialmente a la consecución de la injusticia, esto es, a la consecución de ciertos fines inmorales¹¹. También por eso, ahora en tanto todo sistema jurídico parece contener algunas normas justas, siempre parece haber un lugar para la ética profesional,

¹¹ Por cierto, que la ética profesional de los juristas es siempre problemática también por otra razón, a saber, la cuestionable moralidad del recurso a la coacción propio de todo sistema jurídico y la inevitable imperfección de los mecanismos de aplicación del derecho, que llevan a aconsejar que “un punto de mala conciencia” forme parte de la actitud ética no sólo de los jueces, como sugiere Perfecto Andrés, sino de todos los juristas (P. ANDRÉS, “Para una ética positiva del juez”, en Id., *En torno a la jurisdicción*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007, p. 58). La cuestión es importante pero no me ocuparé de ella aquí.

incluso en sistemas jurídicos gravados por un alto grado de injusticia. No mucho más puede decirse a este nivel general sobre la cuestión, salvo, acaso, proponer un criterio como el siguiente: dado que el derecho expresa siempre un deber ser respecto de la realidad social, es decir, dado que el derecho es la expresión de un mundo siempre distinto de la realidad social, podemos establecer una comparación entre el mundo social (realmente existente) y el mundo jurídico (el expresado por las normas vigentes) y, a partir de ella y según su resultado, determinar si la actividad jurídica es moralmente deseable. Si el mundo jurídico (ideal) es más justo que el mundo social (real), entonces la ética profesional de los juristas tiene sentido, porque puede valorarse moralmente su actividad profesional en la medida en que contribuye a aumentar el nivel de justicia del mundo social. Por tanto, es posible concebir la ética profesional como ética de la seguridad jurídica cuando el mundo jurídico es moralmente superior al mundo social porque, en este caso, contribuir al incremento de la seguridad jurídica es actuar moralmente, es mejorar moralmente el mundo. En la superioridad moral del derecho sobre la realidad, de la eficacia de las normas jurídicas sobre su ineficacia, encontramos la fuente de la nobleza o dignidad de la profesión jurídica.

Por supuesto, la manera de plantear la cuestión en el párrafo anterior es tosca y muy general y, sobre todo, no elimina conflictos morales particulares que de forma inevitable surgen en la actividad jurídica cotidiana. No todo ejercicio de una profesión jurídica en el seno de un sistema jurídico mínimamente justo (es decir, reitero, más justo que la realidad) es una actuación moralmente justificable. Es decir, el resultado positivo del test de justicia mínima del sistema no autoriza cualquier actividad profesional en su seno. Así, bien puede ser que el nivel de justicia de los distintos sectores del sistema jurídico sea muy diferente y que, en consecuencia, sea moralmente legítima la labor en algunos de ellos y no lo sea en otros. Por ejemplo, un profesional del derecho alemán de los años treinta del pasado siglo puede observar que su trabajo como fiscal especializado en la aplicación de las Leyes de Nuremberg de 1933 no es moralmente aceptable, porque conducirá a la grave sanción de conductas perfectamente lícitas desde un punto de vista moral (como las relaciones íntimas entre una mujer aria y un hombre judío, castigadas duramente por dichas leyes), una grave sanción cuya injusticia no queda compensada por la supuesta justicia que deriva del mantenimiento genérico del imperio de la ley en su país, un fin abonado por el regular cumplimiento de esas leyes particulares. En un caso como éste, no cabe re-

currir a la ética profesional como justificación del desempeño de sus funciones, porque un obrar que conduzca a un resultado inmoral no puede ser un obrar moralmente correcto desde ningún punto de vista, es decir, una profesión cuyo desempeño genera males morales no es una profesión que pueda estar sujeta a una ética. Ahora bien, este fiscal puede decidir dedicarse a otro sector del ordenamiento jurídico alemán no tan contaminado de injusticia, o incluso dedicarse a ejercer la abogacía en ese tipo de procesos, defendiendo a ciudadanos acusados de violar las leyes raciales para evitar que sean condenados quienes en verdad no las han incumplido. De manera que, si recordamos *El juicio de Nuremberg*, la gran película de Stanley Kramer (también llamada entre nosotros *Vencedores o vencidos*), nuestro jurista no puede estar cubierto por la ética profesional si ejerce como fiscal en el caso Feldenstein, un caso en el que el Sr. Feldenstein, judío, es acusado injustamente de haber mantenido relaciones con Irene Hoffman, aria; y no sólo porque la acusación sea infundada, también si hubiera tenido fundamento. En cambio, si hubiera ejercido como defensor de Feldenstein, para evitar una condena no sólo injusta sino también ilegal, su acción hubiera estado plenamente justificada por la ética profesional. El ejemplo puede complicarse mucho más, y las dudas ético-profesionales de este jurista alemán ir mucho más allá, pero aquí basta con hacer notar que los juristas están siempre sujetos a este género de dudas y que deben resolverlas antes de sentir que su quehacer está cubierto por la ética profesional.

La ética profesional de los juristas como ética de la seguridad jurídica puede comprenderse mejor con una referencia a la idea de la moral interna del derecho propuesta por Lon Fuller en los años sesenta¹². De acuerdo con el que fue profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, podemos distinguir dos morales en relación con el derecho, una externa y otra interna. La moral externa la podemos hacer corresponder sin mayores precisiones con la justicia de las normas jurídicas. La moral interna, a su vez, consiste en un conjunto de cualidades que el derecho debe reunir para ser eficaz. Cuando Fuller se dispone a enunciar esas cualidades, sigue una larga tradición que, por lo menos, va desde Bodino hasta Bentham, pasando por Hobbes, Locke o Montesquieu, todos los cuales propusieron criterios que deben seguirse para que las normas jurídicas posean eso que después Pérez Luño ha llamado corrección estructural y funcional del derecho¹³. Sin em-

¹² L. L. FULLER, *The Morality of Law*, citado.

¹³ A. E. PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991.

bargo, elijo a Fuller por la claridad y detalle con que expone su propuesta y por dos características de su moral interna del derecho en las que insiste reiteradamente: su moralidad y su vinculación con la existencia y la eficacia del derecho¹⁴. Diré una palabra sobre cada una de ellas.

En cuanto al carácter moral de la moral interna del derecho, y sin que ahora quepa un análisis extenso (que ya realicé en otro lugar¹⁵), vale con señalar que dicho carácter moral deriva de los presupuestos sustantivos que Fuller adjudica a todo sistema jurídico y que, una vez admitidos, hacen que la realización de todo sistema jurídico genere cierto nivel de respeto por la dignidad y autonomía de todos los ciudadanos. Más allá de eso, al respeto por la moral interna del derecho le atribuye Fuller el beneficioso efecto de generar normas más justas (porque, por ejemplo, la claridad y la publicidad de las normas se compadecen mejor con las normas justas que con las injustas). No estoy de acuerdo ni con una cosa ni con la otra, esto es, no creo que quepa atribuir a todo sistema jurídico esos presupuestos sustantivos que Fuller supone, ni que el respeto por la moral interna del derecho predisponga a la creación de normas justas; y, por eso, no estoy de acuerdo con atribuir valor moral a la moral interna del derecho en todo caso. Sin embargo, sí creo que, una vez determinado que un sistema jurídico particular aspira a un cierto nivel de justicia, la moral interna del derecho adquiere el carácter de una moral profesional, en la medida en que la corrección estructural y funcional del derecho a la que sirve es la garantía de esa justicia presente en sus normas.

En cuanto a la vinculación de la moral interna del derecho con la eficacia de las normas jurídicas y, por tanto, con su misma existencia, creo que Fuller la demostró de manera consistente. El respeto por la moral interna del derecho es condición necesaria de la buena formulación y funcionamiento del sistema jurídico, y la falta de respeto por sus exigencias genera no sólo un mal sistema jurídico técnicamente hablando sino, en última instancia, y si esa falta de respeto es extensa y profunda, la inexistencia del sistema jurídico y, con ello, el fracaso de sus fines. De manera que las exigencias de la moral interna del derecho no son negociables para el jurista: si no las respeta, falta a su deber porque destruye el derecho.

¹⁴ Véase R. ESCUDERO ALDAY, *Positivismo y moral interna del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000 y, del mismo, y sobre el interés de la obra de Fuller, "Argumentos para la recuperación de la teoría de Lon L. Fuller", *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XIX, 2002, pp. 309-331.

¹⁵ *El valor de la seguridad jurídica*, cit., cap. V.

Los ocho elementos o exigencias de la moral interna del derecho son éstos: generalidad, claridad, irretroactividad, coherencia, publicidad, posibilidad de cumplimiento y estabilidad de las normas; y congruencia entre las normas establecidas y los actos de aplicación de las mismas. En principio, los siete primeros sirven a la corrección estructural del derecho, en tanto que el octavo sirve a su corrección funcional. Pero, a la larga, todos sirven de manera conjunta tanto a una como a otra: por un lado, la corrección funcional depende de la corrección estructural, porque no es posible aplicar bien normas que están mal formuladas; por otro lado, la corrección estructural depende de la funcional, porque la formulación correcta de nuevas normas depende a menudo de la correcta aplicación de normas ya existentes, y porque la dotación de sentido a las normas, que puede ser juzgada según la corrección estructural, se produce casi siempre en el proceso de su aplicación, regida por la corrección funcional.

Ahora podemos ver por qué la ética profesional aquí propuesta es una ética de la aspiración y no del deber, del mismo modo en que la moral interna del derecho lo es. En efecto, sus exigencias nunca pueden ser satisfechas por completo, porque se trata de reglas ideales de formulación y aplicación normativa. Por eso, pero también porque, al menos algunas de ellas, son exigencias de satisfacción ponderada o prudente, dado que su exasperación podría dificultar el objetivo final de la consecución de normas justas. Es fácil comprobar que, llevadas al extremo, la irretroactividad o la estabilidad son contraproducentes; o, también, que la máxima generalidad es enemiga de la claridad o de la aplicación congruente. Por eso, entendida como moral profesional, la moral interna del derecho requiere del jurista siempre un ejercicio de reflexión y de flexibilidad y no un respeto mecánico ni riguroso.

La ética de la seguridad jurídica, pues, es una ética unitaria para todos los juristas. Todos ellos deben orientar su actividad de manera que redunde en la mayor eficacia del sistema jurídico, aumentando así el grado de seguridad jurídica socialmente disponible. Para ello, deben respetar de la manera indicada las exigencias de la corrección estructural y funcional del derecho, o de la moral interna del derecho. Y esto, me parece, vale para todas las profesiones jurídicas en su ejercicio cotidiano. No es una ética para héroes del derecho ni para situaciones excepcionales, sino para todos los juristas y para su trabajo de cada día. Se trata, desde luego, de una ética que está en buena parte incorporada al derecho vigente (unas exigencias más que otras, pero todas en alguna medida) pero que no puede serlo íntegramente, primero

por su carácter aspiracional, segundo por su necesaria aplicación ponderada, y tercero porque está dirigida a actos profesionales de todo tipo llevados a cabo por todo tipo de juristas, una variedad que el derecho difícilmente puede controlar.

En definitiva, el derecho vigente debe ser concebido como un plan de acción social, y la seguridad jurídica como la expresión de su éxito; los profesionales del derecho son los técnicos encargados de la ejecución cotidiana del plan, y su ética profesional vendrá determinada por su compromiso con dicha tarea. Ahora bien, sólo si el plan merece la pena desde un punto de vista moral podrá la labor jurídica ser calificada como moralmente valiosa, y sólo en ese caso el compromiso de los juristas con su función podrá generar una auténtica ética profesional, en particular una ética de la justicia realizada a través del derecho.

4. EL CASO ESPECIAL DE LOS ABOGADOS

Una ética como la propuesta parece fácil de asumir por buena parte de los profesionales del derecho, digamos por todos aquellos que son servidores públicos, como jueces, fiscales, secretarios, registradores o notarios. Por ejemplo, encaja bien con la ética judicial sugerida por Atienza, aun sin usar los mismos términos, cuando escribe que “un código deontológico ha de tener como objetivo regular una profesión con el objetivo de fomentar la excelencia entre quienes la ejercen porque (y en la medida que) de esa forma se incrementan también los beneficios de los usuarios de la administración de justicia y mejora en su conjunto el funcionamiento del sistema jurídico”¹⁶.

La cosa, en cambio, no es tan sencilla para los abogados, y eso al menos por tres motivos: uno es que su tarea esencial parece consistir en la representación y defensa de intereses privados y no públicos, es decir, la representación y defensa de los intereses de sus clientes y no de los intereses del sistema jurídico o de la comunidad; el segundo es que los abogados son profesionales de ejercicio libre, a diferencia de todos los demás (salvo los procuradores, de los que no nos ocuparemos aquí expresamente, pero para los que vale, *mutatis mutandis*, todo lo que se dice sobre los abogados), lo cual implica que, salvo excepciones, pueden elegir a sus clientes; y el tercero es que, en parte como consecuencia de los dos motivos anteriores, la abogacía

¹⁶ M. ATIENZA, “Ética judicial...”, cit., p. 46.

es una actividad profesional cada vez más diversificada, y en esto también diferente de otras profesiones jurídicas. Los dos primeros motivos son claros y no requieren de momento mayor comentario, a salvo quizá de éste: son dos motivos diferentes, con consecuencias diferentes. En efecto, una cosa es que los abogados representen y defiendan intereses particulares y otra cosa es que los abogados puedan decidir qué intereses particulares van a representar y defender. Es cierto que la deontología al uso insiste en que la independencia del abogado es esencial para la buena representación y defensa de los intereses del cliente, y en que esa independencia sólo es posible si la abogacía se ejerce en las condiciones de las profesiones privadas liberales; es decir, que los dos primeros motivos que dificultan la aplicación a la abogacía de una ética profesional unitaria son en realidad uno solo. Sin embargo, no acabo de ver que ése sea un vínculo necesario y más bien tiendo a pensar que las condiciones de independencia en que se ejerce una profesión no están, o no sólo están, en función de que ese ejercicio sea privado o público. El ejemplo lo ofrecen otras profesiones, jurídicas y no jurídicas, que se ejercen en régimen privado y en régimen público y en las que no parece posible afirmar que el régimen privado garantice la independencia mejor que el régimen público; es más, en algunos casos resulta más cierto lo contrario, es decir, el régimen público garantiza la independencia mejor que el privado. En lo que se me alcanza, no veo posible establecer una regla general al respecto, porque creo que la independencia profesional no depende tanto de que el régimen profesional será público o privado cuanto de a qué particular régimen, sea público o sea privado, está sometido el ejercicio de determinada actividad. Y esto vale, creo, para la medicina y para la enseñanza, pero también para la judicatura, la notaría o el registro. Reitero, por tanto, que una cosa es que los abogados sean profesionales liberales que eligen libremente sus clientes y otra cosa distinta es que los abogados sean profesionales que deben representar y defender intereses privados.

El tercer motivo al que me he referido es el hecho de la diversificación de los abogados. No hay ninguna profesión jurídica que presente un grado de diversidad siquiera aproximado al de la abogacía, un gremio para el que cada vez es menos adecuada la imagen de comunidad profesional. Cotterrell, después de haber identificado esta imagen con los rasgos más arriba apuntados (que aquí han sido utilizados para caracterizar a la profesión jurídica en su conjunto), pasa a cuestionarla, haciendo notar que incluso en el caso de una profesión jurídica formalmente unificada como la de Estados

Unidos, dicha profesión “consiste de hecho en los diversos estratos diferenciados de grandes firmas, grupos de abogados y profesionales individuales, entre los que casi no existen relaciones sociales y profesionales, dejando a un lado la distinta posición del pequeño pero creciente número de juristas que trabajan para el gobierno o las empresas”¹⁷. Cabe añadir, de paso, que esta diversidad ayuda a comprender por qué el régimen privado del ejercicio de la abogacía no garantiza necesariamente su independencia: ahí están, para mostrarlo, los abogados de empresa o los abogados asalariados de despachos grandes o medianos, porque ni unos ni otros gozan de independencia a la hora de elegir sus clientes ni, sobre todo, a la hora de elegir el modo en que van a representar y defender sus intereses.

En su conjunto, los tres factores reseñados dificultan, y mucho, la posibilidad de concebir unitariamente la profesión de la abogacía y, con mayor motivo, la profesión jurídica, así que esos mismos factores dificultan la formulación de una ética jurídica profesional unitaria, o incluso de una deontología unitaria sólo para abogados, empresa menos ambiciosa pero hoy por hoy ya de por sí ciertamente complicada, como ha puesto de manifiesto Fred Zacharias en un trabajo en el que identifica hasta nueve imágenes distintas de los abogados, todas ellas descriptivas de la realidad actual de la profesión y todas ellas relevantes de cara a la prescripción de normas deontológicas (es decir, ninguna de ellas prescindible a la hora de llevar a cabo dicha tarea reguladora con posibilidades de éxito)¹⁸. Aquí dispararemos por elevación y trataremos de mostrar que los abogados pueden y deben estar sometidos a la misma ética profesional que los demás juristas, atendiendo a la primera de las objeciones presentadas, la de su dedicación a la representación y defensa de intereses privados, y añadiendo después algo más en relación con las otras dos objeciones.

Las propuestas para una ética profesional de los abogados suelen situarse en un eje cuyos extremos pueden denominarse, siguiendo la indicación de La Torre, ética liberal y ética comunitarista¹⁹. No sin cautelas, desde luego, porque la referencia al liberalismo y al comunitarismo podría inducir a errores y confusiones. Podríamos hablar, para designar los extremos del eje, de una ética de rol y de una ética de servicio público, términos ilustrativos pero también problemáticos. De manera inmediata, el partidario de una éti-

¹⁷ R. COTTERRELL, *Introducción a la sociología del derecho*, cit., p. 160.

¹⁸ F. ZACHARIAS, “The Images of Lawyers”, *Georgetown Journal of Legal Ethics*, núm. 20, 2007, pp. 73-100.

¹⁹ M. LA TORRE, “Juristas, malos cristianos. Abogacía y ética jurídica”, cit., p. 88.

ca de rol para los abogados objetaría que es precisamente a través del correcto ejercicio del rol como se satisface el ideal de servicio público que inspira la abogacía; y el partidario de una ética de servicio público para los abogados objetaría que ésta no ignora la relevancia de los roles en la actividad jurídica ni sus consecuencias ético-profesionales. Por uno o por otro camino, los dos extremos del eje convergerían. Asumamos, pues, los términos propuestos por La Torre con la conciencia de su carácter polémico.

Para la ética liberal, o de rol, “el abogado es un defensor celoso y neutral respecto a los fines perseguidos por la parte (que él asume como los fines de su propia acción)”²⁰. Es ésta una ética de rol porque es el rol particular que asume el abogado en la actividad jurídica (y típicamente en el proceso) el que determina sus deberes ético-profesionales. Así lo defiende, por ejemplo, Liborio Hierro, explicando que “la deontología es (...) específica para cada actividad profesional” y que “en las profesiones jurídicas el perfil deontológico varía con la actividad profesional en cuestión”, dejando bien claro que, en el ámbito jurídico, nos hallamos ante distintas actividades profesionales y, por tanto, ante distintas deontologías, y destacando que “ese rol es determinante y que de su legitimidad institucional deriva la legitimidad de los comportamientos profesionales conformes con él”²¹. Así lo defiende también Kenneth Kipnis, para quien la idea de rol específico en el seno de un complejo sistema institucional de aplicación (o adjudicación) del derecho es la idea básica para la identificación de la deontología profesional correspondiente²². Y así también Charles Fried, para quien la exclusiva devoción del abogado hacia los intereses de su cliente está plenamente justificada desde un punto de vista moral general²³. De acuerdo con esta perspectiva, la ética profesional del abogado sería una ética plenamente diferenciada de la ética profesional de los demás juristas, hasta el punto de que, en trabajos como los de Kipnis o Fried, la dicotomía planteada lo es entre la ética del ciudadano y la ética del abogado, sin que entre medias se observe nada parecido a la figura del jurista, una figura que parece no tener relevancia alguna para la cuestión de la justificación de una ética diferenciada para abogados.

²⁰ M. LA TORRE, *ibidem*.

²¹ L. HIERRO, “Las profesiones jurídicas...”, *cit.*, p. 42.

²² K. KIPNIS, “Ethics and the Professional Responsibility of Lawyers”, *Journal of Business Ethics*, núm. 10, 1991, pp. 569-579.

²³ Ch. FRIED, “The Lawyer as Friend: The Moral Foundations of the Lawyer-Client Relation”, *Yale Law Journal*, núm. 85, 1976, pp. 1060-1089.

En cambio, para la ética comunitarista, o de servicio público, “el abogado es un administrador de justicia, por tanto encaminado a realizar –como el juez– la justicia del caso concreto”²⁴. La finalidad principal y última de la actividad letrada no sería tanto la representación de intereses privados como la realización de los fines del sistema jurídico en cada caso concreto. Una ética de este tipo no habría de negar el rol diferenciado del abogado sino que, más bien, negaría que este rol diferenciado se traduzca en una ética profesional diferente. Las funciones típicas del abogado, de asesoramiento, de representación y de defensa, no requerirían apartarse de una moral profesional común a todos los juristas, esto es, no requerirían para el ejercicio de la abogacía de una disposición moral distinta de la del juez o de la de otros profesionales del derecho. No es ésta, por cierto, una propuesta muy habitual en el ámbito de la deontología jurídica, pero a las referencias incluidas en el trabajo de La Torre se pueden añadir las propuestas de Allan Hutchinson y, con muchos matices, Gerald Postema²⁵.

En esencia, el problema que plantea el ejercicio de la abogacía a la formulación de una ética profesional unitaria para todos los juristas no es sino el dilema que presenté en la primera sección de este trabajo sólo que restringido a los abogados: si la ética del abogado ha de ser una ética de rol, y como tal diferenciada, entonces no es posible dar cuenta de una ética profesional unitaria para todos los juristas; y si la ética del abogado ha de ser una ética de servicio público, entonces parece posible dar cuenta de una tal ética unitaria, pero al precio de desconocer lo específico del ejercicio de la abogacía. Un ejemplo de la primera opción lo ofrece el citado trabajo de Liborio Hierro, decidido partidario de una ética de rol y parece que, por ello, contrario a la posibilidad de formular una ética profesional común; un ejemplo de la segunda opción son las dificultades, hechas explícitas en el trabajo de La Torre, con que se encuentran los proponentes de una ética comunitarista para la profesión jurídica en su conjunto a la hora de dar cuenta de lo particular del ejercicio de la abogacía.

Para disolver el dilema de acuerdo con la propuesta también avanzada en la primera sección, comenzaré por hacer notar una coincidencia que pue-

²⁴ M. LA TORRE, “Juristas...”, cit., p. 88.

²⁵ A. HUTCHINSON, “Legal Ethics for a Fragmented Society: Between Professional and Personal”, *International Journal of the Legal Profession*, núm. 5, 1998, pp. 175-191; y G. POSTEMA, “Moral Responsibility in Professional Ethics”, *New York University Law Review*, núm. 55, 1980, pp. 63-89.

de detectarse en los trabajos de Hierro y La Torre. El primero, como digo, se muestra partidario sin reservas de una ética de rol para cada una de las profesiones jurídicas y muy en particular para la abogacía, mientras que el segundo, a pesar de mostrarse más receptivo hacia los argumentos de la que llama ética profesional comunitarista, acaba aceptando también una ética de rol para los abogados. Y la coincidencia a la que me refiero es la siguiente: ambos trabajos acaban con una referencia a la justicia. En el primero, la referencia viene de la mano de la imagen de Max Weber del *demonio* que maneja los hilos de cada actividad profesional. El demonio de los abogados (y, ahora sí, también de todos los demás juristas) no puede ser otro que el de la justicia, porque si la común vocación de toda profesión jurídica es “conocer del derecho, manipularlo, utilizarlo, crearlo, modificarlo, aplicarlo”, y “puesto que todo sistema normativo presupone algún sistema valorativo”, entonces resulta que:

Forma parte de la vocación del jurista un compromiso inevitable con los valores que el derecho impone en la sociedad, compromiso cuya dimensión moral se traduce en una lucha por los valores que el derecho debe imponer en la sociedad, a los que normalmente denominamos justicia²⁶.

En el segundo, la referencia final a la justicia es a través de una aplicación de la famosa fórmula de Radbruch a la actividad de los abogados, en estos términos:

El abogado puede (le es lícito moral y jurídicamente), en el respeto a la ley, utilizar argumentos y llevar a cabo conductas a favor de su cliente, incluso si su orientación a la justicia (como valor moral) es dudosa o incluso contraria a ésta, salvo que la posible injusticia consiguiente a sus actos se presente en proporciones tales como para resultar intolerable²⁷.

¿Qué revela esta coincidencia? (De la que, por cierto, participan más o menos expresamente los párrafos finales de otros trabajos que he manejado, como los de Postema o Hutchinson). A mi juicio, que, en última instancia el trabajo de los abogados, en tanto que trabajo jurídico, sólo adquiere sentido por conexión con el sentido del derecho, y éste no es otro que la realización social de la justicia. En otros términos: que en la medida en que la abogacía sea una profesión jurídica, por muy diferenciada de otras profesiones jurídicas que pueda llegar a ser, su ética profesional no puede ser otra que la que

²⁶ L. HIERRO, “Las profesiones jurídicas...”, cit., p. 44.

²⁷ M. LA TORRE, “Juristas...”, cit., p. 108.

viene marcada por el valor de la justicia, de forma que si su ejercicio no sirve a la justicia, entonces no puede estar justificado moralmente ni, como antes apuntaba, puede ufanarse de estar sometido a ética profesional alguna. De manera que, dicho sea de paso, la referencia final a la justicia de Liborio Hierro me parece preferible a la de Massimo La Torre, porque la de aquél supone una afección genérica de la actividad de los abogados al valor de la justicia en tanto que la de éste supone sólo la prohibición de la injusticia extrema o intolerable entre los posibles resultados de dicha actividad. Retengamos, en todo caso, esa inevitable necesidad de apuntar a la justicia a la hora de configurar la actividad profesional de los abogados y veamos hasta qué punto esta actividad no se compadece sustancialmente con la de los demás juristas.

En realidad, el problema no radica en la diversidad de roles. Como bien apunta Kipnis, la diversidad de roles no es sino el resultado de la complejidad del sistema de aplicación del derecho que hemos adoptado colectivamente, una complejidad que requiere asignar funciones bien distintas a distintos agentes, aspecto en el que el derecho desde luego destaca, pero no tanto cualitativamente, porque la mayor parte de las actividades sociales complejas exigen también la asignación de roles diferenciados, sino acaso cuantitativamente, en la medida en que el número de esos roles diferenciados quizá es mayor en el ámbito jurídico y también es mayor quizá la distancia que separa unos roles de otros. Sin embargo, y esto es más claro en una comunidad política democrática, por muy complejo que sea el mecanismo de aplicación del derecho, el derecho no deja de ser un plan idealmente homogéneo o unitario trazado por la comunidad para la consecución de sus fines (de su concepción de la justicia) y los juristas no dejan de ser los encargados de la ejecución de dicho plan, sea desempeñando un rol u otro, y su ética profesional, la de todos ellos, se determina por su compromiso con dicha tarea. El problema, ya digo, no radica en la diversidad de roles, sino más bien en si todos esos roles pueden ser servidos adecuadamente mediante el compromiso con la seguridad jurídica o si, por el contrario, alguno de esos roles (pienso en el de abogado, claro está) exige no comprometerse con ella. Mi respuesta es que también los abogados deben orientar su actividad a la seguridad jurídica, que su ética profesional está inspirada por el valor de la seguridad jurídica, y que su rol, consistente en la representación y defensa de los intereses privados, ha de ser definirse de tal forma que sea compatible con la consecución de la seguridad jurídica. Veámoslo.

El rol de los abogados debe definirse, en primer lugar, como un rol jurídico, y sólo en segundo lugar como un rol partisano o de representación y defensa de intereses de parte. Es un rol jurídico porque la abogacía es una profesión jurídica y no de otro tipo y, como tal, un rol que sólo adquiere sentido en el seno de una particular forma de acción social. Es la comunidad política la que decide regirse por el derecho, la que establece los mecanismos para su creación y aplicación y la que decide atribuir a algunos de sus miembros la muy especializada tarea de manejar esos mecanismos. Los distintos roles jurídicos son también instaurados y definidos por una decisión de la comunidad política, roles cuya existencia sólo tiene sentido y justificación porque la comunidad considera que el interés público, su interés, requiere de ellos. Pero el interés de la comunidad política está fijado o precisado en las normas jurídicas, en el derecho considerado como plan coherente de acción, el derecho como expresión objetivada del interés público o comunitario, y por eso el interés de la comunidad política consiste en la realización del derecho, de modo que lo que se requiere de todos los profesionales del derecho, de todos aquellos que desempeñan un rol jurídico, es la realización del derecho, esto es, la consecución de la seguridad jurídica. Que un particular rol jurídico consista (ante todo) en la representación y defensa de los intereses privados no es razón para dejar de considerarlo un rol jurídico y, por tanto, reitero, encaminado a la seguridad jurídica. Más bien, se trata de que se ha decidido que la realización del derecho requiere que los particulares dispongan de un representante y defensor profesional, sin cuyo concurso el derecho se realizaría en menor medida. Por eso, el rol de los abogados no se define bien como el de representación y defensa de los intereses privados, sino como el de representación y defensa de los intereses privados con el fin de realizar el derecho, de ajustar la realidad social al ideal jurídico, de aumentar el nivel de seguridad jurídica disponible, dígase como se quiera. En este sentido, es cierto que la ética profesional de los juristas, abogados incluidos, es una ética comunitaria porque en su función social es la de servir a la comunidad.

Sólo así tiene sentido que los abogados sean, primero, dotados de una instrucción técnica específica, la que reciben sobre todo en las Facultades de Derecho y sean, después, apoderados con un estatuto profesional especial del que no dispone ninguna otra ocupación partisana, como la de chófer, capataz, consejero, escolta o matón, todos ellos en efecto al servicio de los intereses privados, pero ninguno de ellos equiparable a un abogado, al que se

atribuye una posición institucional privilegiada que sólo tiene sentido porque desde ella podrán servir el interés general, público, comunitario o de todos. Por eso, y en sentido contrario, en el momento en el que la representación y defensa letrada de intereses privados deja de servir al interés general porque deja de contribuir a la realización del derecho, la abogacía deja de ser una profesión jurídica o, para ser más exactos, los que la ejercen con tales consecuencias dejan de ser buenos profesionales porque su trabajo no logra los objetivos prefijados.

Ayudará un poco el hacer ver, y ya va siendo hora, que los que hasta ahora hemos calificado como intereses privados no son en realidad privados, sino públicos, o no son privados en el sentido de que, por eso, no sean públicos. En efecto, por "intereses privados" hemos entendido los intereses de un ciudadano individual (o de un conjunto definido y limitado de ciudadanos, o de eso que se llama una persona jurídica, a estos efectos es indiferente). Pero los intereses de los miembros de la comunidad (de los ciudadanos) son sólo privados en el sentido de que son suyos, no en el sentido de que no sean intereses de todos los demás miembros de la comunidad. Por el contrario, todo interés de un miembro de la comunidad que puede ser defendido a través del derecho es, por definición, un interés público, porque la comunidad ha querido que forme parte de su plan, y por eso permite que ese interés prevalezca a través de mecanismos jurídicos; pero no sólo lo permite, sino que también lo alienta, y crea los mecanismos institucionales adecuados para que así suceda (crea los abogados), porque también es de interés público que prevalezcan los intereses definidos como legítimos; de hecho, en eso consiste la realización del derecho, en que prevalezca lo que previamente ha sido calificado como digno de prevalecer. De manera que el ciudadano que se acerca al juzgado acompañado por su letrado presenta ante la comunidad un interés que sólo es privado en el sentido de que es suyo, pero que es público porque la comunidad lo considera digno de ser respaldado mediante las instituciones públicas, y así lo considera porque, primero, ciertos intereses de cada uno son también intereses de todos, segundo (y no es exactamente lo mismo), que prevalezcan ciertos intereses de cada uno forma parte también del interés de todos, y, tercero, que además lo hagan de acuerdo con el sistema de adjudicación de intereses definido socialmente, es también parte del interés de todos.

En definitiva, los abogados, al representar y defender los intereses de parte que son representables y defendibles jurídicamente sirven el interés de

todos, y por esa razón pueden ser considerados como profesionales del derecho. En cambio, cuando representan y defienden intereses de parte que no son representables ni defendibles jurídicamente dejan de servir el interés de todos y dejan de ejercer correctamente su profesión. Cuando los abogados no toman conciencia de esta distinción, es decir, cuando no son conscientes de que su misión partisana está limitada por los intereses de la comunidad mediante la limitación de lo representable y defendible, están perdiendo de vista su rol, de una manera similar a como lo pierde de vista el juez cuando cree que su función profesional es hacer justicia más allá o por encima o al margen del derecho. Ciertamente que los jueces, como los abogados, deben servir a la justicia, pero lo deben hacer, y repito una idea anterior, mediante el derecho, porque ese es el rol social que, como profesionales del derecho, tienen adjudicado. Ignorar esta mediación del derecho en la consecución de la justicia es caer en lo que podríamos llamar vulgarismo profesional (adapto aquí la idea de vulgarismo jurídico tal como la usa Fernando Atria²⁸), es decir, en la incompreensión de lo que es el derecho y, en particular, del modo en que se relaciona con la justicia y, por eso, del rol que corresponde a los profesionales del derecho, sean jueces o abogados u otra cosa.

Podemos afirmar, por tanto, que la ética profesional de los juristas es una sola, la ética de la justicia mediada por el derecho, o la ética de la seguridad jurídica (y es una ética profesional porque no es una ética de la justicia a secas, así que el demonio de los juristas quizá sea la justicia, pero disfrazada con cierto atuendo largo y negro). Podemos afirmar, también, que la distribución del trabajo jurídico en roles diferenciados es una exigencia técnica que no afecta a la cuestión de la ética profesional. Es cierto que la seguridad jurídica es servida de manera distinta desde unos y otros roles, pero esto no supone un cambio o diversificación de valores, sino simplemente que la consecución de un mismo valor requiere actitudes y comportamientos diferentes en función de la posición que cada uno ocupa. Y, en el caso de los abogados, de lo que se trata es de hacer prevalecer los intereses que se consideran jurídicamente dignos de ello, y de hacerlo del modo en que se considera jurídicamente digno. Cuando lo hacen así, los intereses del cliente, de la parte, del particular, son, a la vez, los intereses de todos, porque son los intereses del derecho. Por eso, los abogados participan de la ética profesional unitaria tal y como aquí ha sido propuesta.

²⁸ F. ATRIA, "Jurisdicción e independencia judicial: el poder judicial como poder nulo", *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 5, 2004, pp. 119-141.

¿Quiere esto decir que los abogados no deben representar y defender cualquier interés privado de cualquier manera? Sí, esto es lo que quiere decir. No es del interés público que se defiendan ante los tribunales, y mediante técnicos especializados y privilegiados, cualesquiera intereses y de cualquier manera. Desde luego, así sucede cada día y en todo lugar, pero la ética, también la profesional, consiste en determinar lo que debe ser hecho y no en describir lo que de hecho se hace. Otra cosa será determinar en general y en cada caso lo que es defendible y el modo en que lo es, y que esta determinación sea a menudo compleja ni quita ni pone, sólo corrobora la dificultad típica de las cuestiones morales y, todo sea dicho, la dificultad típica de una profesión como la de la abogacía, dos de cuyas funciones consisten en ayudar al ciudadano a dar forma a sus intereses de manera que coincidan con los de la comunidad y en elegir el modo en que dichos intereses pueden ser defendidos, un modo tal que no menoscabe el interés de la comunidad. Quizá por esta razón, por esta complejidad tónica de la determinación de lo que debe hacerse en el ejercicio de la abogacía, es por la que a veces se propone como cualidad principal de los abogados la *practical wisdom* o sabiduría práctica²⁹.

Antes enumeré tres factores o motivos que dificultan la integración de la abogacía en una comprensión unitaria de la profesión jurídica y, por tanto, que constituyen objeciones a la formulación de una ética profesional común. La primera, el carácter partisano de la abogacía, he tratado de contestarla en los párrafos anteriores, si bien quizá en forma demasiado abstracta. Trataré de compensar el exceso de abstracción en el breve análisis de las otras dos objeciones, el carácter liberal de la profesión jurídica y su diversificación.

Como los abogados son profesionales liberales, pueden elegir a sus clientes; y como pueden elegir a sus clientes, es posible que los elijan de acuerdo con criterios que menoscaban la seguridad jurídica. Desde luego, así es. Por ejemplo, un abogado puede elegir sus clientes sólo entre los miembros de una determinada clase social, si, como sucede a menudo, sus honorarios son tan altos que sólo unos pocos están en condiciones de satisfacerlos. Por ejemplo, un abogado puede elegir sus clientes sólo entre ciudadanos que desean evadir impuestos, si, como sucede a menudo, es experto

²⁹ A. KRONMAN, *The Lost Lawyer. Failing Ideals of the Legal Profession*, Harvard University Press, 1993.

en eso que se llama eufemísticamente ingeniería fiscal. Por ejemplo, un abogado puede elegir sus clientes sólo entre empresas que pretenden despedir a sus trabajadores con el menor coste posible, menor incluso del que legalmente les correspondería. En cualquiera de estos tres casos, la seguridad jurídica resulta menoscabada, de modos diferentes. En el primero, porque los abogados son el instrumento de la discriminación social en la prestación de servicios jurídicos y, por tanto, de la distribución desigual de la seguridad jurídica y, por tanto, de la desigual defensa de los derechos de los ciudadanos³⁰. En el segundo, porque los abogados buscan la ineficacia de las normas tributarias y hay que suponer que están en condiciones de conseguirla en alguna medida. En el tercero, porque los abogados buscan igualmente la ineficacia del derecho laboral, reforzando a la parte fuerte y por tanto debilitando a la parte débil, contrariando así los objetivos declarados de ese subsistema jurídico. Por supuesto, los miembros de la clase dominante (o como quiera que haya de llamarse ahora), los que pretenden defraudar impuestos y los empresarios que quieren ahorrar dinero en indemnizaciones por despido tienen todos ellos derecho a la representación jurídica, cómo no, así ha de ser no ya por su propio bien, sino por el bien de todos. Sin embargo, esto no obsta a la constatación de que ciertas inclinaciones profesionales de los abogados menoscaban la seguridad jurídica más que otras, o la benefician menos que otras, es decir: no todas las actividades profesionales de los abogados sirven de la misma forma a la seguridad jurídica, de manera que no todas son igualmente beneficiosas para el sistema jurídico y, por tanto, para la comunidad.

Ahora bien: el hecho de que los abogados sean profesionales privados que pueden elegir libremente a sus clientes no es, en verdad, base para una objeción contra una ética profesional unitaria de la seguridad jurídica. Que los abogados puedan elegir a sus clientes es una opción institucional, discutible como todas, que deberemos valorar como mejor o peor en función de su capacidad para servir a los fines de la institución o, en otros términos, de su capacidad para servir al éxito del derecho. Uno podría sostener que

³⁰ P. ANDRÉS, "Derecho y justicia en el siglo XXI. Más difícil todavía", *Jueces para la democracia*, núm. 48, 2003, pp. 27-40; ahora también en Id., *En torno a la jurisdicción*, cit., pp. 77-106, constata esta desigualdad como un efecto negativo o disfunción del modo actual de funcionar del sistema jurídico en su conjunto. En el texto afirmo que los abogados, no mencionados expresamente por Perfecto Andrés, tienen su parte de responsabilidad en esta desigualdad injusta y antijurídica.

mientras los abogados sean profesionales privados, la representación y defensa de los intereses de las partes serán necesariamente de calidad desigual y que, por tanto, y si la buena representación y defensa letrada sirve para algo (que sí que sirve), el derecho a la tutela judicial efectiva será garantizado de manera desigual a los ciudadanos y el imperio de la ley se reducirá. Otro podría conceder que, aun siendo así las cosas, la alternativa (una abogacía cuyo ejercicio fuera regulado de otra manera) sería siempre peor porque sus efectos para la tutela judicial efectiva y para el imperio de la ley serían aún más devastadores. Pero, con independencia de cuál sea el juicio que nos merezca dicha opción institucional, la ética profesional sigue siendo la misma y sólo varían las condiciones fácticas a las que debemos aplicarla. Que los arreglos institucionales del sistema jurídico permitan ejercicios profesionales más o menos próximos al ideal de la ética profesional no es una objeción contra la ética profesional ni un obstáculo contra la posibilidad de ajustarse a ella. Precisamente muestran que el margen que el derecho vigente deja a la elección libre de los profesionales del derecho a la hora de desarrollar su profesión es mayor y, por tanto, que el sector de la ética profesional no jurificado, no sometido a coacción jurídica, es mayor que en otras circunstancias hipotéticas.

¿Significa esto que no toda opción profesional en el mundo del derecho es igualmente valiosa si se juzga desde la ética profesional? Sí, esto es lo que significa. No es igualmente valioso, a esa luz, cualquier ejercicio de la abogacía, como tampoco tiene por qué serlo una opción más genérica por una u otra profesión jurídica. Una opinión muy extendida en el ámbito de los profesionales del derecho, y que debemos confrontar aquí, es que cualquier dedicación jurídica profesional es igualmente legítima desde el punto de vista de la ética profesional. Los que suscriben esta opinión pueden acaso conceder que, desde el punto de vista de la ética general, sean más valiosas unas opciones que otras, sea más valioso defender a los trabajadores que a los empresarios, o a los pequeños delincuentes que a los grandes, o defender los derechos humanos más que defender a los defraudadores de impuestos, o asesorar en materia de adopción o de protección contra la violencia de género más que asesorar a traficantes de armas o a bancos o a futbolistas y corredores de Fórmula 1; pero insistirán en que ésta es una opción moral extra-profesional. Sin embargo, esto es un error, cuyas fuentes son éstas: la primera, la creencia en que la ética profesional está más del lado de la regulación jurídica que del lado de la ética o, en otros términos, la reducción de

la ética profesional a lo que hemos llamado deontología en la sección segunda de este trabajo; pero esta creencia es errónea, porque la ética profesional es una parte de la ética y su contenido no varía porque esté incorporada en mayor o menor medida al derecho. Y, la segunda, la creencia en que la ética profesional sólo es una ética de mínimos, una vez cumplidos los cuales nada más queda para exigir, desde ese punto de vista, a los juristas; una creencia que también es errónea porque, como la ética general, la ética profesional es una ética de máximos, una ética de la excelencia o aspiracional, de la que derivan si se quiere unas exigencias mínimas, cuyo cumplimiento, empero, no puede agotar nuestra capacidad para valorar, desde los mismos parámetros de la ética profesional, distintos comportamientos que se acercan más o menos al ideal profesional.

La profesión jurídica debe servir a la ejecución del plan social general en que el derecho consiste, y tanto más se acerca a la excelencia profesional quien más contribuye a la ejecución de dicho plan. No todos los juristas contribuyen por igual, ni tampoco en particular todos los abogados por igual, y sus disposiciones y acciones deben ser valoradas de manera distinta desde el punto de vista de la ética profesional. Cuando, en *El juicio de Nuremberg*, el juez Haywood (Spencer Tracy) se queda el fin de semana en casa trabajando en el caso que tiene que juzgar, en vez de hacer turismo o salir de fiesta o de compras, o cuando en *Matar a un ruiseñor*, el abogado Atticus Finch decide hacer guardia nocturna a la puerta del calabozo para evitar un linchamiento, ¿acaso tendría sentido decir que sus acciones, desde luego no exigibles, no deben ser valoradas de acuerdo con la ética profesional sino con la ética general? ¿Es que acaso ellos no consideran estar cumpliendo mejor así que de otra manera su deber *profesional*? Son ejemplos cinematográficos, pero no creo que a nadie le cueste mucho ver en ellos el reflejo de la realidad cotidiana del ejercicio del derecho, una realidad que nos muestra que no todos los que se dedican al derecho lo hacen con el mismo grado de dedicación y compromiso, y que, sobre todo para los más esclarecidos, ese grado de dedicación y compromiso lo es para con ideales morales profesionales y no sólo, aunque también, con ideales morales generales. Es decir, no entenderemos correctamente las decisiones del juez que trabaja en casa el fin de semana o del abogado que opta por defender a los más débiles si no las asociamos con la ética profesional de uno y de otro. En definitiva, no es cierto que cualquier posible genérica orientación y concreta acción profesionales de un abogado tengan el mismo valor de acuerdo con la ética profesional y no es cierto que

la elección de una profesión jurídica o de otra tenga necesariamente el mismo valor a la luz de la ética profesional. Eso sí, como ya apunté antes, seguramente no sea fácil determinar el valor ético-profesional de cada decisión en cada caso, pero esa dificultad es la misma que afecta a muchas de las decisiones morales que hemos de tomar o a muchos de los juicios morales que nos merecen las decisiones de los demás. Porque las cuestiones de moral profesional no se diferencian en este punto de las cuestiones de moral general.

Queda, por último, la cuestión de la diversificación contemporánea de la abogacía. En efecto, como señalan Cotterrell y Hutchinson en los trabajos citados y cualquiera que conozca el mundo del derecho sabe, los abogados constituyen hoy un gremio profesional de lo más diverso, y esta diversidad dificulta la formulación no ya de una ética jurídica profesional unitaria, sino incluso de una ética profesional unitaria para abogados. En relación con esto, apuntaré sólo dos cosas. Una, que la diversificación, en la medida en que expresa la libertad de los abogados para elegir sus clientes y su forma de trabajar (en el seno de una empresa, o en un despacho colectivo más o menos grande, o en solitario), no es un obstáculo para la ética profesional sino sólo el campo en el que la ética profesional debe ser aplicada. Como he dicho antes, no todas las decisiones profesionales pesan igual en la balanza de la ética profesional, aunque algunas sí lo hagan, y la diversificación de la abogacía no hará sino mostrar, no siempre pero sí a menudo, el distinto compromiso de los abogados con la ética profesional.

La segunda observación es la siguiente: es cierto que algunas formas de ejercer la abogacía dificultan un ejercicio comprometido con la ética profesional. Así me parece en dos casos cada vez más extendidos: el de los abogados de empresa (abogados con un solo cliente) y de los abogados asalariados de los grandes despachos, muy jerarquizados. En uno y otro caso es muy probable que los abogados no puedan servir a dos señores a la vez, a sus jefes y al derecho, y que no tengan más remedio que servir a sus jefes y dejar de lado los requerimientos del derecho cuando éstos se contradigan con los de aquéllos. En una palabra, es muy probable que todos ellos carezcan de la independencia que los abogados requieren. Si es así, diremos que, en verdad, no pueden ser buenos profesionales del derecho, incluso que es dudoso que puedan ser considerados como tales profesionales (no por casualidad el abogado de empresa en Francia no puede llamarse *avocat* sino *juriste d'entreprise*). Y diremos también que si, como comunidad política,

consideramos inapropiado asignar el estatuto de abogado a quien carece de la independencia necesaria, tendremos que tomar la decisión de o bien retirar dicho estatuto a muchos de los que hasta ahora lo disfrutaban o bien reforzar su independencia mediante las normas jurídicas (deontológicas) oportunas. Mi parecer es que, en efecto, muchos de los que hoy ejercen el derecho como abogados carecen de dicha independencia, es decir, no pueden servir al derecho y, a través de él, al interés general; a cambio, sólo pueden servir al interés particular de sus jefes. Al margen de que esto sea el fruto de una decisión personal previa que podría haber tenido otro contenido, es nuestra obligación como comunidad política evitar que la administración del derecho quede en manos de quienes no pueden hacer suyo el interés de que esa administración sea todo lo buena que puede ser, en manos de quienes no son sino servidores del interés privado, ahora sí, de un interés privado que no puede ser asimilado con el interés público. El derecho es nuestro, y de nuestra parte tienen que estar los que lo administren.

5. EL DISCRETO ENCANTO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

Una ética de la seguridad jurídica como la propuesta aquí puede parecer modesta, y lo es, si consideramos que requiere de los juristas sólo la ejecución del plan que otros han diseñado. No es tampoco, y ésta es otra de las razones de su modestia, una ética que exija grandes sacrificios ni que prometa grandes logros, al menos en las circunstancias ordinarias de una comunidad como la nuestra. Es, eso sí, una ética compleja, o al menos puede llegar a serlo en algunas ocasiones, porque en vez de definir con precisión los roles de las diversas profesiones jurídicas opta por enunciar principios genéricos como los de la fulleriana moral interna del derecho que cada una de las profesiones debe adaptar a su quehacer cotidiano según pautas abiertas y reflexivas. Es una ética que propone lo que Postema ha llamado una concepción recursiva de los roles, en vez de una concepción fija o rígida, de manera que “los deberes y responsabilidades de uno no están fijados, sino que pueden expandirse o contraerse en función de los objetivos institucionales a los que el rol debe servir”. Por eso, la moral del rol, de acuerdo con una concepción recursiva, “no es servida adecuadamente por medio de la identificación máxima de cada uno con su rol. Tampoco puede el que desempeña el rol identificarse mínimamente con él hasta el punto de abandonar o dejar de comprometer en su desempeño su moralidad personal o su sentido bási-

co de la responsabilidad”³¹. En este sentido, una ética de la seguridad jurídica es mucho más compleja, por abierta y por reflexiva, que la deontología clásica al uso, pero diría que no más compleja que la ética general de cualquier ciudadano comprometido con su comunidad, y dada la complejidad y fragmentación de nuestras comunidades. Tampoco, por cierto, más exigente, aunque exigente si comparamos sus pretensiones con la manera en que realmente actúan los juristas, pero éste es sólo un rasgo propio de toda ética. Una ética, en fin, modesta también porque no nos permite suprimir ese punto de mala conciencia del que habla Perfecto Andrés y que, ahora en términos distintos de los antes empleados, deriva del hecho de que los juristas nunca estamos demasiado lejos del poder.

Sin embargo, a pesar de esta modestia, creo que una ética de la seguridad jurídica debe ser atractiva para los juristas, al menos por estas dos razones: la primera es que, aunque los juristas sean sólo ejecutores de un plan diseñado por otros, en sociedades con vocación democrática como la nuestra esos otros somos idealmente todos, y ese plan contiene el diseño de la comunidad política que queremos ser. Desde este punto de vista, al garantizar la seguridad jurídica (llamémosla ahora el imperio de la ley), los juristas aparecen como el principal vehículo de democratización social, porque, más que en ninguna otra parte, la democracia radica en la aplicación consistente y regular de las normas que expresan la voluntad general. Pero, además, y ésta es la segunda razón, porque en esa comparación que antes proponía entre los niveles de justicia del mundo social real y del mundo jurídico ideal, este último gana por mucho en el caso de los sistemas jurídicos constitucionales, de manera que la adaptación de la realidad al derecho conlleva, casi siempre, relaciones sociales más justas. No cabe, desde luego, ignorar los altos niveles de injusticia del derecho vigente (entendido ahora, con Ferrajoli, como derecho sólo formalmente válido) ni incluso los altos niveles de injusticia del derecho válido (formal y sustantivamente), de manera que no conviene lanzar las campanas al vuelo. Tampoco debemos ignorar que los mundos jurídicos posibles son muchos y dotados de muy distintos niveles de justicia, sobre todo cuando se trata de sistemas tan abiertos como los constitucionales. Sigue siendo cierto, aún así, que el derecho válido de los sistemas constitucionales es, en cualquiera de sus versiones posibles, mucho más justo que el derecho meramente vigente, y también que el derecho mera-

³¹ G. POSTEMA, “Moral Responsibility in Professional Ethics”, cit., p. 83.

mente vigente dibuja relaciones sociales mucho más justas que las realmente existentes, de manera que, en general, aunque con excepciones, los ajustes del derecho vigente con el derecho válido y los ajustes de la realidad social con el derecho vigente (sobre todo si los primeros van delante de los segundos) suponen pasos significativos hacia una sociedad más justa. Aquí reside el discreto pero poderoso encanto de la seguridad jurídica en nuestro tiempo y en nuestra época.

RICARDO GARCÍA MANRIQUE
Sección de Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de Barcelona
Av. Diagonal, 689
E-08034 Barcelona
e-mail: garcia.manrique@ub.edu

ÉTICA Y DEONTOLOGÍA DE LAS PROFESIONES JURÍDICAS

ETHICS AND DEONTOLOGY OF LEGAL PROFESSIONS

DIEGO BLÁZQUEZ MARTÍN

Universidad Carlos III de Madrid

Fecha de recepción: 25-09-07

Fecha de aceptación: 17-11-07

Resumen: *Ante los restos que supone la adecuación del sistema universitario español al Espacio Europeo de Educación Superior que incluye una revisión del modelo, los contenidos y las metodologías docentes, la incorporación de nuevas asignaturas, como Deontología de las Profesiones Jurídicas, puede ser francamente útil para mantener un modelo de Universidad crítica al mismo tiempo que preocupada por el impacto social y profesional de la misma. Para ello es necesario desarrollar una concepción de la Deontología Profesional basada en el rol de los distintos papeles que reconoce el sistema social y jurídico a los profesionales, fundado en los principios del Estado de Derecho y la garantía de los derechos fundamentales, que permita diferenciar el enfoque ético del deontológico.*

Abstract: *Looking towards the adaptation of the Spanish university system to the European Space of Higher Education, which implies the revision of the docent model, contents and methodology, to include in the curricula new subjects as Legal Professional Ethics, could be really useful to maintain a University model critical as well as professionally and socially involved. Because of that, it is necessary to develop a rol-based Legal Professional Ethics, grounded in the principles of Rule of Law and fundamental liberties, that allow to distinguish it from the moral approach.*

Palabras Clave: educación jurídica, deontología profesional

Keywords: legal education. professional ethics

1. INTRODUCCIÓN

A principios de los 80 profesores como Peces-Barba¹ o Nicolás López Calera ya subrayaban la situación de crisis de la enseñanza del Derecho en España. Este diagnóstico se mantiene a lo largo de los 90, como el profesor Eusebio Fernández se preocupó en señalar en sus *Estudios de Ética Jurídica*, y nos sigue ocupando hoy en día. En la actualidad se trata de los retos que se plantearía la LOU (Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre) y que han encontrado otra respuesta normativa en la Ley Orgánica 4/2007, y mas recientemente en el Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales. En esta ocasión histórica, el desafío es la excelencia, la calidad, la competitividad internacional y la convergencia europea, y creo que en ese contexto es en el que resulta necesario plantearse la creación y el planteamiento de nuevas asignaturas.

En este contexto, uno de los principales debates en torno a la modernización de la Universidad contemporánea es la opción entre una vocación universitaria centrada en la formación profesional o la recuperación de la Universidad como centros de cultura superior. Para algunos autores, como Capella, la crisis de la educación jurídica actual se debe al modelo profesionalista adoptado y que ha centrado la formación jurídica en una práctica positivista, basada en la dogmática, como la denomina el Prof. Eusebio Fernández. Lo que, como advirtió, F. Javier Ansuátegui, tiene una clara explicación, ya que la formación jurídica se pliega a un determinado modelo de jurista².

Si realmente queremos una Universidad y una formación jurídica independiente y crítica, es necesario complementar ese modelo, básicamente dogmático, con una formación mucho más rica y compleja, en donde sin duda podemos situar la Ética y la Deontología de las Profesiones Jurídicas.

Ahora, el problema se plantea si asumimos ese modelo de Universidad crítica e independiente: ¿qué sentido tiene la formación en un ámbito estrictamente práctico como es el de la Ética y Deontología Profesional? Pues bien el sentido de este trabajo es establecer algunas claves para entender la relevancia de esta formación en la recuperación de una modelo de Universidad

¹ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, "La enseñanza de la Filosofía del Derecho", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 5 monográfico, 1982, p. 99.

² F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, "Sobre algunos rasgos caracterizadores de la Filosofía del Derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho*, XII, 1995, pp. 175 y ss.

que sea “escuela de formación de ciudadanos” y el sentido de la misma, tanto respecto de su fundamentación como respecto de su contenido.

Para ello en primer lugar, resulta necesario determinar el ámbito normativo al que nos estamos refiriendo con esta denominación, para separarlo de enfoques moralistas y moralizadores que irían en contra de esa vocación universitaria de crítica y de fomento de la autonomía, para lo que tendré en cuenta una propuesta del Prof. Liborio HIERRO. Pero esta conceptualización de la formación deontológica, no puede ser meramente formal, sino que tiene unos contenidos materiales que se corresponden con los valores y principios que explican el rol de esa profesión en nuestra sociedad, y el mandato de formación que recibe la Universidad. Para ello, será necesario abordar la justificación de ese enfoque y en que consiste. No obstante, ello no significa que la dimensión estrictamente ética quede abandonada, sino que exige un esfuerzo de «redimensión», para lo que utilizaremos la más dilatada experiencia y reflexión de la doctrina norteamericana. Sin embargo, es necesario comenzar delimitando cual es el sujeto social protagonista de esta reflexión: las profesiones jurídicas.

2. LAS PROFESIONES JURÍDICAS

En primer lugar, sería necesario determinar el espacio profesional al que nos estamos refiriendo. En un trabajo de hace algunos años, LIBORIO HIERRO desarrolla una visión de conjunto de las profesiones jurídicas, donde en primer lugar se plantea: ¿qué es una profesión jurídica? Situada la cuestión en el actual contexto social, considera que actualmente las profesiones han superado el marco formativo, de manera que los títulos habilitantes lo son para realizar una gran cantidad de dedicaciones profesionales. Y ello es aun más cierto en el caso de los estudios de Derecho. Al mismo tiempo, si tomamos como referencia los estudios académicos superiores como criterio determinante de las profesiones liberales, lo cierto es que en el caso del Derecho, algunas de las dedicaciones profesionales posibles no son consideradas como profesiones jurídicas³.

La diferencia puede ser trazada en torno al papel que juega el Derecho en la dedicación profesional. Para ello podemos utilizar la concepción más

³ L. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, Las profesiones jurídicas: una visión de conjunto” en *Sistema*, núm. 137, 1997, pp. 27 y ss.

amplia y muy extendida, por lo gráfica que resulta, de «operadores jurídicos» de PECES-BARBA, y que en ha definido como “un genérico que identifica a todos los que con habitualidad se dedican a actuar en el ámbito del Derecho, sea como creadores, como intérpretes, como consultores o como aplicadores del Derecho, y que se diferencian precisamente por ese papel, que caracteriza su actividad del común de los ciudadanos”⁴.

Como apunta Peces-Barba, podemos encontrar diversos criterios para clasificar a los operadores jurídicos. Así, por ejemplo, según su función, es decir, según lo que hacen: hay operadores jurídicos que intervienen en la comprensión o interpretación científica, en la investigación y en la enseñanza del Derecho, y hay operadores que intervienen en el proceso de creación, interpretación operativa y aplicación del Derecho; aunque en ocasiones “estos modelos aparecen mezclados o confundidos en la realidad de una cultura jurídica concreta”, lo que se explica por que el Derecho no deja ser “un proceso dinámico y siempre inacabado de creación, interpretación operativa y aplicación”⁵.

Precisamente, sobre esta base, es muy útil el criterio que propone HIERRO, quien distingue los casos en los que el Derecho tiene un sentido instrumental (utilizar el Derecho) de un sentido material (operar con el Derecho). De esta manera se pueden considerar profesiones jurídicas aquellas en las que la titulación resulta necesaria para ser operador del Derecho. Para HIERRO, las operaciones jurídicas serían aquellas que elaboran normas, o las aplican bien para prevenir o para resolver conflictos jurídicos, esto es, conflictos en cuya base se encuentra el uso del Derecho, y dentro de las mismas distinguir en función “del momento” en el que se opera con el Derecho⁶. No obstante, creo que a esta distinción se le puede objetar el inconveniente de que existen otras profesiones que utilizan el Derecho y que exigen formación deontológica y ética. Además creo que para poder comprender y superar este problema es necesario distinguir entre ética profesional y deontología profesional, que será el siguiente paso.

⁴ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Los operadores jurídicos”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 72, 1986-1987, pp. 447 y ss. Cita en p. 449.

⁵ *Ibidem*, p. 464.

⁶ L. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, “Las profesiones jurídicas: una visión de conjunto” en *Sistema*, núm. 137, 1997, pp. 30 y ss.

3. ÉTICA Y DEONTOLOGÍA

Aun así, dentro de las mismas profesiones jurídicas es necesario distinguir la consideración ética de la deontología. Para ello, en primer lugar se va a desentrañar el verdadero significado y naturaleza de las normas deontológicas, que, como veremos, deben ser entendidas como el cumplimiento satisfactorio dentro del marco legal establecido de la defensa de los intereses de los representados. De esta manera, podremos distinguir entre ética profesional y deontología profesional. Ello no significa que la actividad profesional esté carente de referentes morales sustantivos, sino que la correcta actuación profesional toma como referentes morales materiales los propios del sistema jurídico, incluso por encima de las convicciones, prejuicios o emociones personales del profesional. En el siguiente apartado, se pondrá de manifiesto la relevancia que tiene la formación en valores para todos los operadores jurídicos y especialmente los abogados en los sistemas jurídicos de los Estados de Derecho, y como los valores propios del estado de Derecho son los que deben informar la actuación del profesional.

3.1. El sentido y naturaleza de las normas deontológicas

Para aproximarnos a una comprensión correcta de lo que sea la Deontología Profesional y el sentido de sus normas para, posteriormente, poder desarrollar acertadamente los debates concretos y pertinentes en este caso, es necesario, en primer lugar, asumir la posición del profesor LIBORIO HIERRO, que considera necesario plantearse el carácter y naturaleza de las normas deontológicas y, posteriormente, la adecuación de las mismas y las conductas concretas a sus objetivos⁷.

Por ello, inicialmente, resulta imprescindible deslindar los espacios normativos de «lo jurídico», «lo moral» y «lo deontológico», pues la deontología profesional se caracteriza por "... su acrobática ubicación que bordea la afilada rasante entre la moral y el Derecho", como advierte el profesor ANDRÉS OLLERO⁸. Veremos que en nuestro ámbito la conexión entre el espacio

⁷ L. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, "Deontología de las profesiones jurídicas. Una discusión académica", en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 2037-2060.

⁸ A. OLLERO TASSARA. "Deontología jurídica y derechos humanos", en *Ética de las profesiones jurídicas: estudios sobre deontología* (2 vol.), Vol. 1, 2003, pp. 53-72; cita en p. 54.

estrictamente jurídico y el ético en general y el deontológico en particular, debido al papel constitucional reconocido a los Colegios Profesionales, están muy cercanos (vid. F.J. 9 STC 111/93). Pero, aun así, existen ámbitos donde se pueden plantear estos debates, como es el caso que nos ocupa.

Respecto de la naturaleza de las normas deontológicas, para el prof. LIBORIO HIERRO en el trabajo citado, caben cinco aproximaciones, que se pueden trazar sobre la base de la tradicional e histórica distinción entre Derecho, Moral y Reglas del Trato Social. Si este esquema clásico es “exhaustivo”, entonces, concluye HIERRO “las normas deontológicas no pueden ser un cuarto tipo de normas”, sino que han de ser “un segmento” de uno de estos tres ordenes, o los tres a la vez. De esta manera, en la literatura y en la práctica de la deontología profesional, podemos encontrar como advierte LIBORIO HIERRO las siguientes opciones sobre la naturaleza de las normas deontológicas⁹:

1. Las normas deontológicas como normas morales. “El carácter moralmente genuino de este modelo estriba en que parece situar estas normas, expresadas en cuerpos de principios (decálogos) de formulación privada, como propuestas de normas morales que el buen profesional debe aceptar o autoimponerse”. Este modelo acaba por desembocar con el tiempo en el siguiente (las normas deontológicas como reglas sociales), ya que debido a ese carácter moral (autónomo, interno y de adhesión) exige que sean los profesionales los que establezcan sus propios deberes.

2. Las normas deontológicas como reglas sociales. “Las normas deontológicas son, bajo este segundo punto de vista, las normas que constituyen la moralidad positiva de un grupo profesional”. En este caso, HIERRO caracteriza esta concepción de la deontología profesional por los siguientes rasgos:

- a) se trata de normas que por su origen pertenecen a la moralidad positiva de un grupo, y,
- b) se justifican como normas para mantener el crédito de ese grupo profesional.

El problema de este enfoque, como advierte HIERRO, es que tiende a confundir los planos de la ética descriptiva con la ética prescriptiva. Es decir, tiende a confundir las normas que siguen los profesionales con las normas que deben seguir, cuando el verdadero propósito de los códigos es im-

⁹ En lo que sigue, todas las citas son de L. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, “Deontología de las profesiones jurídicas”, *op. cit.*, pp. 2039- 2045.

poner normas de comportamiento. Ello conduce a un positivismo ético: es ético lo que hace la profesión¹⁰.

3. Las normas deontológicas como normas jurídicas. “Las normas deontológicas son normas jurídicas que imponen un mínimo ético al comportamiento profesional”. La relevancia del papel de los juristas en un Estado de Derecho es tal que no se deben entender sus reglas de comportamiento como elecciones individuales o morales sino pautas establecidas por el poder normativo de esa sociedad.

4. Un modelo ecléctico. En este caso, se trata de entender las normas deontológicas estructuralmente como reglas sociales, normas jurídicas o normas morales, pero unificadas en torno al objeto de regulación: la actividad profesional.

5. Un modelo negativo. En este último caso, HIERRO lo ejemplifica con un artículo de I. Aarnio en *Ratio Iuris* del año 2001, para quien no existe una ética específica de las profesiones, sino los mismos principios aplicados a un ámbito concreto de la actividad social¹¹.

Lo que sucede es que esta distinción (y las derivadas de la misma) constituye una aproximación formal del objeto, pero en ningún caso se refiere al contenido de la misma; no se trata del tipo de conducta que las normas regulan sino de la forma en la que la regulan, por lo que estas pueden simultáneamente pertenecer a uno, dos o tres de los sistemas normativos. Así, las normas deontológicas se caracterizan, no tanto por las dimensiones formales que toma en cuenta esta distinción tradicional, sino por sus contenidos, es decir, por el ámbito de conductas que regulan.

De esta manera, para LIBORIO HIERRO, la aproximación más adecuada es la del modelo ecléctico. De hecho, habitualmente bajo el epígrafe de Deontología hacemos referencia a una gran diversidad de normas de todo tipo. No obstante, es cierto que todo ese conjunto, lejos de unificarse en torno a su dimensión material o su objeto (la actividad profesional) lo hace habitualmente en torno a un esfuerzo moralizante. Coincido, por otro lado, con su diagnóstico, acerca de que este suele constituir un error habitual en nuestra doctrina y la principal razón del abandono de esta disciplina, fundamental en otras culturas jurídicas de nuestro entorno¹².

¹⁰ Ibídem, p. 2042.

¹¹ Ibídem, pp. 2044 y 2045.

¹² Ibídem, p. 2045.

Para evitar esto, y situándonos dentro de ese modelo ecléctico, Liborio Hierro propone utilizar la distinción entre el enfoque descriptivo y el enfoque prescriptivo. Mientras en un caso se trataría de desarrollar los contenidos seguidos como “éticos” por el colectivo profesional jurídico, la perspectiva prescriptiva, se refiere al desarrollo de las normas que deberían regular las profesiones jurídicas. El enfoque más apropiado es el segundo, es decir, el prescriptivo. Esto es, determinar las conductas profesionales que deben ser reconocidas como correctas¹³. Ahora bien, el problema que plantea este enfoque prescriptivo es dotarle de contenido.

Para solucionar este problema, como sugiere LIBORIO HIERRO, podemos tener en cuenta el modelo negativo, según el cual no existen este tipo de normas especiales, ya que lo que se plantea es la existencia de deberes o derechos especiales en el caso de las profesiones. Por un lado, es cierto que hay muchos problemas morales que afectan a los profesionales (a cualquier profesional) que se tratan solo de concreciones de problemas morales generales. Sin embargo, si introducimos un enfoque funcional esta afirmación resulta matizada y limitada, de manera que nos conduce a la concepción ecléctica de las normas deontológicas¹⁴. De manera que las entenderíamos como aquellos problemas éticos que se suscitan por razón de un ejercicio profesional. De manera que, como dice Liborio HIERRO, finalmente se trata de una “cuestión de roles”¹⁵.

Así, en la medida en que consideramos la profesionalidad como el desempeño técnico de unos servicios basados en una pericia dedicada a unos objetivos, aparecen unos problemas éticos específicos que son aquellos referidos bien a la consecución de la función social, y en segundo lugar al desempeño de esas habilidades técnicas. En este nivel de la *discusión si que podríamos hablar de ética profesional especial en un sentido prescriptivo*, es decir, relativa a la discusión de la corrección de las conductas y los medios para alcanzar los objetivos específicos. En ese sentido, HIERRO concreta que el objetivo de la deontología profesional es justificar el rol, justificar la organización de ese papel y justificar los derechos y obligaciones derivados del mismo. Por consiguiente, la deontología jurídica aplicada, sería la consideración acerca de si determinadas conductas profesionales han sido adecuadas respecto de la justificación del rol que están destinadas a cumplir¹⁶.

¹³ Ibídem, p. 2046.

¹⁴ Ibídem, p. 2047.

¹⁵ Ibídem, p. 2045.

¹⁶ Ibídem, p. 2048.

Como ya advirtiera HIERRO en 1997¹⁷, sobre la base de su clasificación en función de la intervención del operador jurídico en la vida del Derecho, es necesario señalar que hay profesiones jurídicas cuya función es única (jueces), sin embargo hay otras como la abogacía que tiene varias funciones. De la clasificación funcional que realizaba HIERRO podemos extraer que hay dos grandes roles de las profesiones jurídicas: la parcialidad y la imparcialidad, respecto del uso del Derecho. Y, así, sin embargo, a pesar de la mencionada pluralidad y multidimensionalidad de la intervención del abogado como operador jurídico, como destaca LIBORIO HIERRO, frente al papel que han de jugar otros profesionales del Derecho, el rol fundamental del abogado es la defensa de la imparcialidad, es decir de los intereses que representa¹⁸.

La parcialidad debe entenderse como la actividad profesional (paradigmática del abogado) de operar con el Derecho en beneficio de su cliente y la imparcialidad como las operaciones con el Derecho vigente para resolver o prevenir los conflictos sociales conforme a las soluciones previamente establecidas por la Ley. En ese sentido imparcialidad significa parcialidad respecto de la ley.

De esta manera, podemos afirmar que el rol característico del abogado es la imparcialidad, esto es la optimización de los intereses de su cliente dentro del marco jurídico. Esa es en último grado su función, independientemente del momento jurídicamente relevante en el que nos encontremos, hasta el punto de que se puede considerar como el único y verdadero privilegio que tiene el abogado, respecto de las otras profesiones jurídicas¹⁹.

Sin embargo, la consideración del rol básico del abogado como la imparcialidad y el servicio al cliente no requiere suscribir un modelo exclusivamente contractual con ausencia de toda regulación profesional (acceso, contenido, garantías respecto del cliente...) es decir, someter a crítica la regulación deontológica existente o positiva teniendo en cuenta, el rol que desempeña. Es precisamente en este ámbito donde tiene sentido, el debate respecto de la justificación ideológica del papel del profesional.

¹⁷ L. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, "Las profesiones jurídicas: una visión de conjunto" en *Sistema*, núm. 137, 1997, pp. 30 y ss.

¹⁸ L. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, "Deontología de las profesiones jurídicas", *op. cit.*, pp. 2053 y ss.

¹⁹ L. MARTÍ MINGARRO, lo llega a calificar como *el lujo de la imparcialidad*. Vid. la transcripción de su conferencia en el ciclo *La universidad y las profesiones jurídicas: deontología, función social y responsabilidad*, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, y editado por la Fundación del Central Hispano, Madrid, 1998.

Así, volviendo al trabajo de HIERRO de 2004, podemos desarrollar tres modelos de justificación de las profesiones jurídicas²⁰:

“El modelo de experto. El profesional es un experto poseedor de conocimientos más o menos esotéricos que presta por licencia conforme a los estándares vigentes de su propia organización y dotado de gran autonomía. El protagonismo de la regulación de la actividad profesional corresponde al profesional. El modelo contractual. El profesional es un prestador de servicios en el mercado, su actuación profesional se explica por su relación contractual con el cliente, y, por lo tanto, es al cliente a quien corresponde la determinación de la actividad profesional. El modelo de compromiso público. según el cual el profesional está vinculado por las expectativas del público respecto a las funciones que ha prometido desempeñar”.

Para L. HIERRO estos modelos suponen un «modelo corporativo», un «modelo privatista» y un «modelo social» de justificación de la actividad profesional. Mientras que el primero “...tiende a promover la idea de que las normas deontológicas son normas morales especiales propias del colectivo”, el modelo «modelo privatista», o contractual, equipara estas normas con las del resto de la sociedad. Por su parte, el «modelo social» “...tiende a promover la idea de que las normas deontológicas son normas especiales derivadas de la promesa de prestar una actividad profesional y surge de la moral positiva que configura el rol del profesional”²¹.

En el primer caso, no cabe una especulación deontológica en el sentido señalado más arriba, ya que se trata o bien de normas morales, o bien de reglas del trato social, pero que en todo caso caen en el positivismo ético de confundir el discurso ético descriptivo con el prescriptivo.

Por lo tanto, sin tener porque estar de acuerdo con la justificación, lo cierto es que para poder hablar de deontología profesional tenemos que fijarnos en el segundo o en el tercer modelo. Mientras que el modelo profesional de carácter contractual, la deontología profesional la marcaría la consecución de los objetivos del cliente, en el tercer modelo, la deontología profesional queda establecida por la satisfacción de la función establecida para esa profesión.

Como veremos, claramente nuestro Ordenamiento Jurídico ha optado por un modelo profesional de abogacía de carácter social, en donde por encima de los intereses concretos del cliente prima la satisfacción de los intere-

²⁰ L. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, “Deontología de las profesiones jurídicas”, *op. cit.*, p. 2048.

²¹ *Ibidem*, p. 2049.

ses generales que representan el valor material constitucionalizado de la Justicia, y el derecho de defensa.

4. SOBRE LA IMPORTANCIA DE LA DEONTOLOGÍA PROFESIONAL JURÍDICA EN LOS ESTADOS DE DERECHO: LA DISTINCIÓN ENTRE LA CONSIDERACIÓN ÉTICA Y DEONTOLÓGICA

Desde esta concepción general sobre el sentido y la naturaleza de las normas deontológicas, resulta claro como en los modelos profesionales sociales existe una importante vinculación material con algunos valores; y, en este sentido, la regulación deontológica de la abogacía, entre otras profesiones, no es exclusivamente formal. Por el contrario, el compromiso de la actividad profesional lo es tanto con el rol o función que presta como con los fundamentos del sistema en el que se inserta ese rol.

De esta manera, el jurista, de todo tipo, juega un importante papel en el Estado Constitucional de Derecho. Como señaló FRIEDMAN a mediados del siglo pasado: “Para bien o para mal el poder creador y moldeador del derecho nunca ha sido mayor que en nuestra sociedad, en tan alto grado articulada”, y por ello, concluye FRIEDMAN, “nunca ha sido más importante que los hombres de leyes –como legisladores, jueces, maestros o abogados en ejercicio- sean algo más que artesanos bien adiestrados”²², es decir, una superación del modelo de experto y del modelo contractual.

Sin embargo, frente a esa relevancia e influencia creciente, no ha desaparecido, sino que incluso quizás se pueda decir que se ha agudizado una concepción negativa de los profesionales del Derecho, que en nuestra cultura podemos apreciar en toda una tradición de dichos, refranes y leyendas populares que se han ido forjando a través de los siglos en la conciencia colectiva de nuestra sociedad²³. La regulación de la Deontología Profesional puede ser uno de los instrumentos ideales para alterar esta percepción que la sociedad tiene de los profesionales del Derecho.

Esta sensibilidad es muy reciente. Aunque se suelen citar en la tradición profesional diferentes decálogos, desde San Ivo, en el siglo XIII, hasta *El Al-*

²² W. FRIEDMAN, *El derecho en una sociedad en transformación*, trad. F. M. Torner, FCE, México, 1966. p. 17.

²³ *Refranes, dichos y sentencias sobre abogados, jueces y magistrados*, Concepción Masía Conte (ed.), Añil. 2002.

ma de la Toga, de Osorio, en general el estudio sobre los deberes de la abogacía se ha caracterizado por lo que LIBORIO HIERRO ha denominado un enfoque pseudo-religioso y vocacional²⁴. Quizás una última manifestación del mismo lo podemos encontrar en algunas de las propuestas de regulación deontológica de la *Asociación Scaevola de Abogados*, que pretenden unir la dimensión ética y deontológica, a través de una formación y una práctica profesional basada en ciertos valores morales.

Este enfoque se caracteriza, tanto desde la perspectiva confesional como profesional por los siguientes rasgos, según LIBORIO HIERRO:²⁵:

- la profesión jurídica es presentada como una vocación
- esa vocación se explica al servicio de un valor trascendente (básicamente la justicia, además de otros mucho más concretos)
- el compromiso con esa vocación supone adquirir ciertos deberes y ciertos privilegios. Este status, lo sistematiza Liborio Hierro en torno a la lealtad hacia los colegas, la enunciación dogmática de principios (los decálogos), la existencia de una autoridad colegiada (o colegial) que establece estos principios o mandatos. Además, desde el punto de vista negativo, estas especulaciones carecen de toda referencia sociológica, cualquier tipo de análisis funcional y de consideraciones autocríticas, excepto por lo que se refiere a los profesionales que se apartan de estos códigos.

Normalmente, se toma como un modelo el caso del sistema profesional de los Estados Unidos, ciertamente generador a nivel global. Sin embargo, este proceso norteamericano, es relativamente reciente y constituye más bien una reacción frente al modelo anterior. Como señala CHUVKIN, también en los Estados Unidos existe un periodo “anti-abogacía”²⁶, que sin embargo contrasta con un consenso relativamente reciente según el cual los abogados constituyen una fuerza crítica para preservar y extender los objetivos democráticos²⁷. Frente a esta idea, a raíz del escándalo Watergate, en el que todos los implicados eran profesionales del Derecho, la American Bar Association

²⁴ L. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, “Deontología de las profesiones jurídicas”, *op. cit.*, pp. 2037 y 2038.

²⁵ *Idem.*

²⁶ D. F. CHAVKIN, “Curriculum Reform in American Legal Education: Potential Lessons for Reform of Legal Education in Japan”, *Ritsumeikan Law Review*, núm. 18, 2001.

²⁷ S. A. SCHEINGOLD. *The politics of rights: lawyers, public policies and political change*, 2^a ed., UMI, Michigan, 2004.

se replanteó los estándares exigibles en la formación jurídica para añadir la instrucción en responsabilidad profesional y educación en valores²⁸.

Un primer argumento teórico a favor de este tipo de formación lo encontramos, en el movimiento realista norteamericano. Así, en un libro tan pesimista sobre el Derecho y su “objetividad” como *Derecho e Incertidumbre*, JEROME FRANK establece como mecanismo de perfeccionamiento del sistema jurídico la mejora del sistema de formación de los juristas sobre una base práctica, que permite incidir en la formación del carácter profesional de cada futuro operador jurídico. Porque, para FRANK, al fin y al cabo, “ninguna norma jurídica excluye totalmente la discrecionalidad”²⁹, y puesto que al final la mayoría de los problemas prácticos del Derecho se deben a los hechos, y no a problemas verdaderamente jurídicos, finalmente lo que queda es la creencia del juez³⁰, y su idiosincrasia personal³¹. Y eso es finalmente extensible a todos los operadores jurídicos³². Por ello, FRANK consideraba que finalmente la certidumbre, y por tanto la justicia o moralidad del sistema jurídico, se encontraba en el carácter de los operadores jurídicos, entendiendo este término de una manera muy amplia, que justificaría cierta formación en valores de los potenciales operadores jurídicos³³.

Como han afirmado diferentes autores de nuestro país, el jurista ha de ser consciente, que, como ha destacado N. LÓPEZ CALERA, es un mediador técnico entre el Derecho y la realidad, pero es algo más que un mediador técnico, ya que “también realiza una mediación ética, ideológica y política”³⁴. Y por ello, como ha señalado JAVIER ANSUATEGUI, ha de adquirir también una sólida formación en valores³⁵.

En este momento de la argumentación tiene sentido toda la reflexión previa, porque no se trata de unos valores morales materiales concretos, co-

²⁸ D. F. CHAVKIN, “Curriculum Reform...”, p. 63.

²⁹ J. FRANK, *Derecho e Incertidumbre*, trad. Carlos M. Bidegain, Fontamara, México, 1991. p. 74.

³⁰ *Ibidem*, p. 26

³¹ *Ibidem*, pp. 50 y ss.

³² A pesar de ello, Frank discute la afirmación de Cohen de que “la lealtad profesional constituye un control efectivo sobre la discrecionalidad”, J. FRANK.. *Derecho e Incertidumbre*, op. cit., p. 74.

³³ *Ibidem*, pp. 139 y 140.

³⁴ N. M. LÓPEZ CALERA. *Filosofía del Derecho*, Comares, Granada, 1992. p. 234.

³⁵ F. J. ANSUATEGUI ROIG. “Sobre algunos rasgos caracterizadores de la Filosofía del Derecho”, op. cit., pp. 175-194. cita en p. 179.

mo ha sido la tentación de la concepción tradicional de la «ética profesional», sino en el cumplimiento satisfactorio de la función que le ha sido encomendada al jurista por el sistema social, dentro de los límites que éste le ha impuesto, y que normalmente se refieren al respeto al propio sistema.

Por ello, en primer lugar, resulta necesario, conforme a la argumentación desarrollada, distinguir la valoración ética de las diferentes actividades profesionales de la valoración deontológica. Como hemos visto, la deontología no establece ideales de vida, sino obligaciones y derechos propios de una actividad profesional. Solo establece que es lo que los miembros de un determinado grupo profesional deben o no deben hacer, y ello solo se puede establecer no en base a unos contenidos morales concretos, sino a los valores, principios y derechos que inspiran e informan todo el sistema jurídico-político de la sociedad según el cual se ha depositado en los profesionales determinada función.

Como señaló PECES-BARBA, en el trabajo anteriormente citado sobre los operadores jurídicos: “se plantean muchos problemas éticos en la acción de los operadores jurídicos en sus diversos modelos de actuación”. En algunos casos estos tienen un indudable componente ético, que tiene que ser reducido a la ética pública, ya que “...en cada acción, los operadores jurídicos comprometen elementos humanos y pueden impulsar o dificultar la autonomía moral de las personas. Por eso es tan importante resaltar la imprescindible dimensión ética de la formación y de la actuación de los operadores jurídicos”. Pero, al mismo tiempo, PECES-BARBA también subraya “(...) como ha dejado de manifiesto la mejor doctrina contemporánea desde Hart, también hay que hacer entender la importancia que tienen los operadores jurídicos para la eficacia del Derecho, es decir, para su propia existencia, ya que un sistema jurídico no se apoya en sí mismo, no es autosuficiente (...). Para ello no basta con la presión de la fuerza del Estado, sino que es necesario que aquellos que la usan profesionalmente y actúan con regularidad en su ámbito lo hagan habitualmente. Es decir, que los operadores jurídicos, jueces, abogados y funcionarios apliquen el Derecho partiendo de su aceptación generalizada. Por ello, si la eficacia del Derecho pasa, por su aplicación por los operadores jurídicos, es fundamental la aceptación y respeto por los valores fundamentales del sistema jurídico”³⁶.

En este sentido, como ha descrito el Prof. MASSIMO LATORRE, nos encontramos con dos modelos de abogados. Por un lado está la concepción de un

³⁶ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ. “Los operadores jurídicos”, op. cit., p. 467.

abogado cuya concepción deontológica se basa en una parcialidad neutral que denomina una "moral amoralidad"³⁷, basada en la independencia frente al Estado, el cliente y la propia acción del Juez³⁸. Una buena explicación de este modelo y las consecuencias prácticas que tiene lo podemos encontrar como sugiere el Prof. LA TORRE en FRANCESCO CARRARA, para quien el papel público de la defensa de los intereses particulares que llevan a cabo la abogacía se manifiesta en un deber de lealtad que no impone al defensor ninguna acción positiva sino negativa, que le obliga a *no hacer*, "es decir, a no afirmar algo contrario a la verdad procesal, y a *no actuar* con artes o pruebas mendaces para el triunfo de lo falso"³⁹.

Por el contrario, nos encontraríamos con otro modelo de moral profesional, de raíz cristiana, que suma las virtudes de la misericordia y la piedad⁴⁰, pero también de la justicia, y que configura una *visión eticista y paternalista* del abogado, "... que en su conducta profesional anticipa la acción del juez"⁴¹. LA TORRE encuentra este modelo en las tesis neoiusnaturalistas de autores como FINNIS, y específicamente en el caso de la deontología profesional en la denominada «Escuela de Sheffield» liderada por los profesores BEYLEVEND y BRONWNSWORD⁴², para quienes todas las partes del proceso tienen la misma función: determinación de la decisión correcta. Así, el abogado ocupa un lugar equiparable al *amicus curie*, "...que debe intentar de manera sincera y seria promover la resolución correcta en términos legales y morales del problema"⁴³.

Ante esta disyuntiva, como ya habíamos dejado claro más arriba, a nuestro parecer a la hora de determinar los valores que han de informar la corrección de la actividad profesional no cabe ni una visión eticista, que determine la actuación profesional en función de las convicciones personales del abogado, ni tampoco un actuación profesional sometida a la función jurisdiccional. Por el contrario, nos parece correcto un modelo mixto, en el que

³⁷ M. LA TORRE. "Juristas, malos cristianos", en *Derechos y Libertades*, núm. 12, pp. 71 y ss. Esta referencia en p. 97.

³⁸ *Ibidem*, p. 83.

³⁹ *Idem*. Cita de CARRARA en *Programma del corso di diritto criminale*, Parte generale (2 vol), Firenze 1924, Vol. 2, p. 493.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 771 y 72.

⁴¹ *Ibidem*, p. 97.

⁴² Vid. Su obra *Law as a moral judgement*, Sheffield, 1996.

⁴³ *Ibidem*, p. 406. Sobre la interpretación del Prof. LA TORRE en este sentido, vid. "Juristas, malos cristianos", op. cit., pp. 101 a 104.

los valores que informan la deontología profesional del abogado se determinan en base a la función que tiene reconocida por el sistema legal y los valores sustantivos propios del mismo. Las consecuencias que este modelo tiene para la acción concreta de los abogados están más cercanas a la aproximación que el Prof. LATORRE denomina de “moral amoralidad”, limitando de manera negativa su acción.

5. ¿QUÉ ÉTICA?

Asumiendo que la deontología consiste en la valoración sobre la corrección del cumplimiento de los deberes profesionales, que dimensión queda a la consideración ética, es decir, la valoración sobre el bien y el mal... Respecto de esa ética profesional, asumiendo los planteamientos del Prof. HIERRO, esta dependerá de la Profesión Jurídica y su rol socialmente reconocido. En el caso de la Parcialidad, en el caso del modelo norteamericano de regulación deontológica se han elaborado tres modelos, a partir de lo que podríamos llamar como **el modelo tradicional**, basado en la consecución de los objetivos del cliente solo juzgaría la bondad o maldad de determinados objetivos con el respeto a la ética pública y lo que ella signifique, separando de la acción sus prejuicios morales o de conciencia.

A este modelo se le han formulado dos críticas muy diferentes y dentro de las que existen posiciones muy heterogéneas:

- no deja espacio a la conciencia profesional del profesional
- abandona al cliente, haciéndole responsable de “su” historia y “sus” opciones.

Por ello se ha reformulado propuestas alternativas. Un primer modelo de estas es lo que podríamos traducir por **Representación militante**⁴⁴. Para este modelo, defendido por los grupos militantes por la vida pública de los Estados Unidos (*Public Interest Law Movement*, y en algunos casos *Critical Legal Studies*), los juristas deben desarrollar en el ejercicio de su profesión sus ideas y elecciones morales, sean estas determinadas individual o colectivamente, para evidenciar esos conflictos políticos. Podemos resumir este tipo de críticas con las siguientes ideas:

⁴⁴ Se puede apreciar en el trabajo de T. GLENNON “Theoretics of Practice”, *Hastings Law Review*, núm. 43, 1175 y ss, y la bibliografía que cita, especialmente la obra de FELDMAN y BOLT “The faces of law in theory and practice”, en el mismo número pp. 1111 y ss.

- (1) las normas deontológicas constituyen un mecanismo de garantía y defensa del *status quo* impidiendo el desarrollo de ideas alternativas en el derecho.
- (2) Por otro lado, el protagonismo del cliente consideran que favorece los intereses particulares a corto plazo perjudicando la defensa y promoción de la justicia y el bien común, que, por el contrario estaría mejor garantizados si se deja un espacio a la pluralidad y responsabilidad de la actuación profesional moral, asumiendo que ese protagonismo de la conciencia moral y política de los juristas exige una mayor transparencia y control.
- (3) En este sentido, “el modelo tradicional” esconde las opciones y preferencias morales y políticas de los juristas, escondiéndoles tras una ficticia independencia y autonomía profesional que desde una perspectiva realista se puede apreciar sus límites.
- (4) Esta transparencia para los defensores de este modelo garantizaría la transparencia y en general mejoraría las relaciones entre el asesor legal y el cliente,
- (5) ya que en la práctica se demuestra como la claridad y transparencia en las opciones éticas del jurista le permite una guía más segura y confiada en la defensa de los intereses de su cliente, puesto que los criterios para resolver los posibles dilemas éticos que plantee la representación son explícitos y conocidos.

Una segunda crítica desarrollada desde los 90 en los USA son las *Client centered theories*⁴⁵. En este caso, no se trata de dar protagonismo a la moralidad del profesional sino de garantizar un verdadero protagonismo del cliente. El contenido ético de la actividad profesional sería garantizar la autonomía del cliente, quien tiene que ser verdaderamente protagonista y responsable. Por ello, son críticos con el modelo tradicional de normas deontológicas, porque detrás de la aparente “neutralidad” del abogado se esconde un modelo de ejercicio profesional que constituye una verdadera cesión de autoridad que lleva a los clientes a confiar no solo en la capacidad técnica del asesor legal, sino también en su corrección moral o ética, y en una falta

⁴⁵ A. SHALLECK. “Construction of the Client within legal education”, *Stanford Law Review*, núm. 45, pp. 1731 y ss. D. CHAVKIN., “Am I my client’s lawyer?”, *S.M.U. Law Review*, núm. 51, pp. 1507 y ss. D. A. BENDER y S. C. PRICE, *Legal Interviewing and Counseling: a client centered approach*, West Publishing Company, 1977. Y D. E. ROSENTHAL, *Lawyer and client who is in charge?*, New York, Russell Sage Foundation, 1974.

de preocupación del cliente por los aspectos ético so morales de su petición de asesoramiento o representación legal.

Para este modelo de comprensión de la deontología profesional, en una sociedad de ciudadanos, el profesional tiene que informar al cliente de todos y cada uno de los aspectos éticos que se sustancien en el caso y que sea el cliente quien tome las decisiones correspondientes. Se trata de “trabajar con el cliente”. Con este modelo se trata de garantizar la relación igualitaria entre abogado y cliente y favorecer la autonomía del cliente, ya que va a ser quien en último lugar tendrá que asumir la responsabilidad derivada de esas decisiones. De igual manera, será el cliente el que determine el contenido de la acción del profesional, un aspecto especialmente importante en un modelo jurídico como el norteamericano, en donde las opciones por las estrategias de normas o de hechos pueden ser no solo muy concluyentes sino muy relevantes para el cliente, en casos en donde se puedan poner en público aspectos personales...

Un complemento de la *Client centered theory*, es la dimensión comunitaria en algunos autores, asumiendo la vida social del cliente en su estrategia procesal o en su asesoramiento. Por último, desde otra posición mucho más fuerte políticamente y vinculada en algunos casos con concepciones críticas del Derecho, bien en un sentido teórico o político, se trata, igualmente de acabar con el status quo. Tomando la teoría narrativa, algunos de los defensores de este modelo de ejercicio de la abogacía consideran que la labor del abogado en la deontología tradicional es subsumir la “historia” del cliente en el discurso jurídico ortodoxo o vigente, cuando, puede que estemos ante casos en donde lo que se trata es de poner de manifiesto la inadecuación de ese discurso legal respecto de la situación o situaciones presentes en el caso⁴⁶.

DIEGO BLÁZQUEZ MARTÍN

Instituto Derechos Humanos Bartolomé de las Casas

Universidad Carlos III de Madrid

c/Madrid, 126

Getafe 28903 Madrid

e-mail: diego.blazquez@uc3m.es

⁴⁶ Valga como un ejemplo los artículos y la bibliografía citada “Inconsistent stories” de Naomi R. CAHN en *Georgetown Law Journal*, núm. 81, 1992-1993. pp. 2475 y ss. Y respecto a la jurisprudencia feminista en “Styles of Lawyering” en *Hastings Law Review*, núm. 43, 1039 y ss.

ARTÍCULOS

**FILOSOFÍA POLÍTICA Y LIBERTAD.
UN HOMENAJE A RENATO TREVES***

*POLITICAL PHILOSOPHY AND FREEDOM.
A TRIBUTE TO RENATO TREVES*

GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ
Universidad Carlos III de Madrid

Fecha de recepción: 12-11-2007

Fecha de aceptación: 3-12-2007

Resumen: *El autor realiza una semblanza biográfica e intelectual de Renato Treves. Ambos se sitúan en el socialismo liberal en la línea de Bobbio, Fernando de los Ríos y Elías Díaz. Desde esta perspectiva, se incide en el carácter histórico de los derechos, el valor fundamental de la dignidad humana, la secularización que supone la distinción entre ética pública y ética privada y la necesidad de constitucionalizar la igualdad material.*

Abstract: *The author carries out a biographical and intellectual sketch of Renato Treves. Both place themselves in the liberal socialism represented by Bobbio, Fernando de los Ríos and Elías Díaz. From this approach, the author insists on the historical nature of rights, the fundamental value of human dignity, the secularization involved in the distinction between public and private ethics and the necessity of bringing material equality to a constitutional level.*

Palabras Clave: socialismo, libertad, dignidad humana, ética pública
Keywords: socialism, freedom, human dignity, public ethics

I.- Agradezco a la Facultad de Derecho de "L'Università degli Studi di Milano" la invitación para participar en este acto de homenaje a Renato Treves, en el centenario de su nacimiento. Fui admirador y amigo de Treves en la que llamo

* El presente artículo fue leído como ponencia en el homenaje a Renato Treves celebrado en l'Università degli Studi di Milano el 6 de noviembre de 2007.

su segunda etapa española, larga y fructífera relación a partir de 1976 y, sobre todo, a partir de la Constitución de 1978. Fue huésped nuestro, de Elías Díaz, mío, como profesor, como Presidente del Congreso y como Rector, y también fue el primer Doctor Honoris Causa de la Universidad Carlos III de Madrid. Una excelente *laudatio* del Profesor Eusebio Fernández presentó a nuestra Academia de Doctores el excelente *currículum* de nuestro amigo catedrático en Milán con la aceptación unánime de sus méritos, de su investigación y de sus publicaciones.

Nació en Turín el 6 de noviembre de 1907, hoy hace cien años, y siempre fue fiel a su vocación universitaria y a su apuesta por la Filosofía del Derecho y después por la Sociología del Derecho, de la que fue padre fundador. También ha sido un rasgo permanente en su vida la lucha por la libertad, por el socialismo y por la democracia. El profesor Elías Díaz dijo de él: "Pertenece Renato Treves a esa generación de italianos que en plena juventud se impuso como deber ético la defensa de los ideales democráticos frente al régimen político de carácter totalitario implantado en su país por el fascismo de Mussolini a partir de 1922. El correlato y el trasfondo intelectual de dicha actitud democrática, era en aquella generación -junto con la lucha por la libertad- la firme creencia en la razón y en la ciencia, una y otra libremente ejercidas y contrastadas a través de la crítica y el conocimiento objetivo de los hechos humanos y sociales"¹.

Su relación con España y con los universitarios españoles ha sido muy estrecha a lo largo de dos periodos de su vida. Primero a partir de 1938, cuando en octubre se aprueban las leyes antiraciales, que le afectan como judío y que le llevan a abandonar Italia y a instalarse primero en Uruguay y después en Argentina.

A través de una primera gestión de Carlos Cossio enseñará Introducción al Derecho en Tucumán. Más tarde obtiene una cátedra de Sociología a la que añade la enseñanza de la Filosofía del Derecho. Publicará en lengua española y tendrá contactos con Francisco Ayala o con Luis Jiménez de Asúa, y trabajó el pensamiento de Ortega y Gasset y de Fernando de los Ríos. En la segunda etapa, después de muchos años como catedrático en Turín, tomará contacto con Vidal Beneyto y, después, con Elías Díaz, con Francisco Laporta, con Ángel Zaragoza, con Manuel Atienza, con María José Añón, con Pérez Lledó, con Rafael de Asís, con Eusebio Fernández y conmigo mismo. Desde los años se-

¹ Vid E. DÍAZ, "El juez y la sociedad: la sociología jurídica y la sociología judicial en la obra de Renato Treves", Cap. II de su *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Cívitas, Madrid, 1978, p. 46.

tenta mantuvo con él una creciente amistad, junto con su esposa Fiámma. Le visité varias veces en su casa de Milán y vino a Madrid a la Complutense, al Congreso de los Diputados y a la Carlos III, como ya he señalado. Recuerdo un paseo por los tejados del Duomo de Milán, que recorría con una ligereza y una habilidad envidiable, que hacía difícil seguirle. Su vitalidad, su inteligencia y su energía se mantuvieron hasta las últimas semanas de su vida, cuando una enfermedad cruel y terrible acabó con su existencia.

II.- Su ingente obra y su producción escrita son expresión de su trabajo de más de cincuenta años dedicado a la universidad, y que divide en dos etapas principales dedicadas a la Filosofía del Derecho y a la Sociología del Derecho, siempre desde una posición progresista, abierta, crítica y liberal. El trasfondo intelectual de esa ingente tarea eran las ideas de socialismo y de libertad como guía de todo su trabajo. Trabajador incansable, se le puede aplicar a lo largo de su vida y de su esfuerzo intelectual aquel verso de Baudelaire *"Pour soulever un poids si lourd, Sisyphe, il faudrait ton courage..."*². La bibliografía que presenta Mario Losano en su trabajo *"Renato Treves, sociologo tra il vecchio e il nuovo mondo"*, y que se inicia en 1931 y abarca hasta 1996, es la expresión de ese gran trabajo. Ese fundamento intelectual último lo refleja en aquellos trabajos que no dedica ni a la Filosofía ni a la Sociología del Derecho. Expresan la raíz última de su pensamiento, en el que funda sus criterios científicos básicos y donde transcurren las seis fases del pensamiento de Treves hasta su muerte en 1992, que describe Mario Losano³. En todas esas fases Treves tuvo presente la necesidad de trascender a los resultados científicos desde valores y desde propuestas para mejorar la sociedad. Para él ese horizonte axiológico conducía hacia el socialismo y la libertad, no desde posiciones partidistas sino universales para una cultura política común. Losano llama a esas posturas *"ius-naturalismo laico"*⁴ y yo prefiero hablar de positivismo ético, es decir, abierto a valores. Así, Treves hablará de una *"sociedad orientada hacia la justicia"*, *"la mia scelta –concluye Treves– e sostanzialmente quella orientata verso un socialismo non necessariamente marxista e fundamentalmente liberale. Una scelta confortata della considerazione del fatto che un importante settore della sociologia e anche della sociologia del diritto fin dalle origini si é orientata in tal senso"*⁵. Aquí, como es sabi-

² "Le Guignon", *Les Fleurs du Mal*, Garnier-Flammarion, París, 1964, p. 45

³ "Renato Treves sociologo tra il vecchio e il nuovo mondo", Unicopli, Milán, 1998, p. 7 y ss.

⁴ Obra citada p. 31

⁵ R. TREVES, *Sociologia del Diritto. Origini, ricerche, problemi*, Einaudi, Torino, 1987, p. 324.

do, Bobbio discrepa de esta “ideologización”, aunque Treves se defenderá situando a los valores del socialismo y la libertad fuera de su propuesta científica, si bien influyendo de manera muy relevante en ella.

En esta línea de los fundamentos intelectuales y axiológicos de sus trabajos científicos están sus trabajos en el exilio argentino, sobre el pensamiento antifascista italiano desde Croce a Carlo Rosselli y Rodolfo Mondolfo y también conecta con el pensamiento español en esa misma línea, como ya hemos señalado. Solari, Passerin d’Entrèves o Bobbio son también objeto de su atención en esa misma perspectiva⁶. En la cuarta parte de su obra señalada sobre Sociología del Derecho y Socialismo Liberal tratará en los orígenes del socialismo liberal de Franz Oppenheimer, también de Fernando de los Ríos y de Elías Díaz. En “Libertá política e veritá” tendrá un capítulo sobre la noción de Filosofía política, que está en el título de mi intervención, donde después de informar sobre los diversos conceptos de Filosofía política ofrece el suyo propio, de la Filosofía política como metodología de la ciencia política, y para ayudar a la persona a comprender el significado último de su propio actuar, al servicio de potencias éticas para promover el deber, la claridad y el sentido de la responsabilidad, como dice Weber en “El trabajo intelectual como profesión”. En esta misma obra, además de un largo ensayo sobre Ortega y Gasset, tratará de la doctrina del Estado de Hermann Heller, incorporando la visión alemana del socialismo liberal, en el autor que construye mejor que ningún otro la doctrina del Estado social. Sólo omite Treves a Harold Laski, Rector entonces de la London School of Economics, y representante fabiano y laborista del socialismo liberal. Por cierto que Heller estaba en Londres cuando fue expulsado de su cátedra en Frankfurt y vino a refugiarse a España bajo la protección de Fernando de los Ríos, entonces Ministro, y donde murió en 1933, cuando daba una clase de doctorado, como me narraron dos testigos: Lus Recaséns Siches y Manuel García Pelayo que recibían un curso de doctorado de Heller⁷. También en el último capítulo de

⁶ Vid. *Sociologia e Socialismo. Ricordi e incontri*, Franco Angeli, Milán, 1990. Edición castellana, más amplia, con el título de *Sociología del Derecho y Socialismo Liberal*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, traducción de Luis Aparicio y Rafael de Asís, con prólogo de Gregorio Peces-Barba Martínez.

⁷ En *Libertá Política e Veritá* hay también trabajos sobre “Rodolfo Mondolfo” sobre “Solari y el socialismo liberal” sobre “Alessandro Levi e la rinascitá del diritto Naturale” y como contraste sobre “Giovanni Gentile, il fascismo e l’idealismo fascista”, Edizioni di Comunitá, Milano, 1962.

la “Sociología del Diritto”, en la última parte (X) “Il Fine del Diritto”, hablará del objetivo ideal al que tiende el Derecho, en una sociedad orientada hacia la justicia desde la común humanidad (yo diría dignidad humana). Esto lo enfoca Treves desde el socialismo liberal y reformista, con un individualismo solidario, con la libertad y la igualdad. Es lo que llamará, con Bobbio, la perenne fascinación del socialismo liberal⁸ con un componente relativista y prospectivista inevitable. En la misma línea ya Treves se había manifestado muy anteriormente en “Benedetto Croce, filósofo de la libertad”⁹, donde explica la filosofía de Croce y su influencia sobre el socialismo liberal y el liberal-socialismo en autores como Aldo Capitini, Solari, Gobetti o Roselli, y más tarde, sin duda, Bobbio. Por no multiplicar los ejemplos de este trasfondo intelectual de la obra científica de Treves, baste un último ejemplo, esta vez más en la Filosofía del Derecho, en las últimas líneas de “Diritto e cultura”, publicado en castellano¹⁰, donde citando a Vico afirmará que “no se puede profundizar el problema del Derecho sin profundizar al mismo tiempo el de la vida de los hombres y de las civilizaciones y que el problema del Derecho se amplía fatalmente y se resuelve en el de la totalidad de la historia...”¹¹.

III.- Esta dimensión fundamental de la herencia intelectual de Renato Treves, que podríamos resumir en las fórmulas de socialismo y libertad o libertad e igualdad, coincide con los planteamientos de Bobbio y de Elías Díaz y forma parte del acervo intelectual que yo he asumido con otras aportaciones coincidentes en todo o en parte como las de Heller, Laski, Fernando de los Ríos, Azaña, Rawls o el Habermas de *Facticidad y Validez*, además de todos los ya citados. Plasmé mi punto de vista ya en tres artículos publicados en la Revista *Sistema* en 1975 y 1976 y recogidos en el libro *Libertad, Poder, Socialismo*¹². También se encuentra en general en mi obra de Filosofía del Derecho, en mi Curso y en mis *Lecciones de Derechos fundamen-*

⁸ “Sociología del Diritto”, edición citada en nota 5. X “Il Fine del Diritto”, pp. 321 a 339.

⁹ Ediciones Imán, Buenos Aires, 1944.

¹⁰ Vid. Editorial De Palma, Buenos aires, 1947. La edición italiana en Giappichelli, Torino, 1947.

¹¹ Edición castellana, p. 81.

¹² Los títulos publicados en *Sistema* son “Socialismo y Libertad” (núm. 9, abril 1975), “Socialismo y Estado de Derecho” (núm. 15, octubre 1976) y “Socialismo y Derechos Humanos” (núm. 17-18). *Libertad, Poder, Socialismo* se publica en Civitas, Madrid, 1978.

tales y en alguna obra específica como *La dignidad humana desde la Filosofía del Derecho*¹³.

No hay elementos muy originales en el núcleo central de la dialéctica entre socialismo y libertad como núcleo duro de la axiología de la política y del Derecho. Quizá los elementos donde aparecen aspectos con más aportación propia están en la insistencia en la metodología histórica, en la raíz situada en la idea de dignidad humana y en el escenario de la laicidad, en los contenidos de los valores, en los cuales distingo valores propiamente dichos, principios y derechos, y en el esfuerzo por prolongar esas dimensiones teóricas integrándolas en la Constitución Española de 1978, en cuya ponencia redactora tuve el honor de intervenir¹⁴.

A).- Siempre he desconfiado de las aproximaciones a cualquier tema prescindiendo de la Historia, es decir, de las diversas etapas en las cuales un concepto se ha ido perfilando y desarrollando. Estas metodologías conceptuales y analíticas, abstractas y con pretensiones universales válidas para cualquier tiempo histórico, inducen a graves errores, especialmente en el ámbito cultural, político, social y jurídico. Concretamente en el tema que nos ocupa sobre los valores en la cultura política y jurídica, los problemas se han planteado desde una maduración y una evolución histórica a partir del tránsito a la modernidad. Los derechos humanos, parte central de esa problemática, son un concepto histórico del mundo moderno, igual que el capitalismo o la idea de Estado como poder político. Hablar de derechos humanos en la Antigüedad o en la Edad Media es un anacronismo. Sólo al final de la Edad Media aparecen privilegios (Carta otorgada en 1188 por Alfonso II a las Cortes de León o Carta Magna de Juan Sin Tierra de 1212). No son derechos específicos sino privilegios, cuyo objetivo no es igualar a los desiguales, sino

¹³ El *Curso de Derechos Fundamentales* se publicó en coedición entre la Universidad Carlos III y el Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995 (con la colaboración de Rafael de Asís, Carlos Fernández Liesa y Ángel Llamas. Las *Lecciones de Derechos Fundamentales* se publican en Dykinson, Madrid, 2004 (con la colaboración de Rafael de Asís y María del Carmen Barranco). *La Dignidad humana desde la Filosofía del Derecho* en Dykinson, Madrid, 2003. Igualmente *Los Valores Superiores*, Tecnos, Madrid, 1984. También aparece este enfoque en mis dos libros no directamente académicos, *La Democracia en España. Experiencias y Reflexiones*, Temas de Hoy, Madrid, 1996 y *La España civil*, Galaxia Gutemberg, Barcelona, 2006.

¹⁴ En este sentido "Reflexiones sobre la Constitución Española desde la Filosofía del Derecho", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 61, Madrid, 1980, pp. 95 a 127.

mantener desiguales a quienes lo son por sus privilegios. La misma opinión se puede tener de las clarificaciones analíticas de los derechos que suelen colocar en el mismo grupo a los derechos individuales, civiles y políticos, como aparecen hoy, prescindiendo de una evolución histórica que separaba los individuales y civiles de los políticos, reconocidos estos últimos sólo para una minoría privilegiada. Prescindir de esas etapas diferenciadas y desiguales de los derechos políticos lleva a cometer más errores de valoración. Considero tan importante a la historia en general y en relación con nuestro tema que probablemente su estudio en relación con los derechos humanos sea la más importante investigación que he abordado a lo largo de mi vida académica, con hasta ahora cuatro volúmenes (del tránsito a la modernidad al siglo XVIII y cinco más en prensa sobre el siglo XIX).

B).- En mis trabajos sobre legitimidad del poder y justicia del Derecho he intentado comprender el sentido que, sobre todo a partir del final de la Segunda Guerra Mundial, ha tenido para nuestro tema la idea de dignidad humana, reconocida en los textos de Naciones Unidas con las Constituciones Alemana, Italiana, Portuguesa y Española entre otras, y también en los diversos textos de la Comunidad Europea y del Consejo de Europa y en el reciente Tratado de Lisboa que instituye la Unión Europea.

La dignidad relevante para nosotros, que es una dignidad igual de todas las personas, se acaba formando a partir del Tránsito a la Modernidad y especialmente hasta la Ilustración; es una dignidad autónoma, es decir, que deriva de nosotros mismos y de nuestra condición. No necesita andaderas y Kant la identifica porque somos seres de fines, no podemos ser utilizados como medios y porque no tenemos precio, estamos fuera del comercio de los hombres.

La dignidad de los antiguos se basaba en el rango, en la condición social, en el puesto que se ocupaba en la sociedad. Eran dignidades diferentes y muchas se prolongan hasta la Revolución Francesa: señores y siervos, maestros y aprendices en los gremios, libres y esclavos, jerarquía y fieles en la Iglesia. En la modernidad, con el capitalismo, la dignidad desigual se ampliaba con la relación entre ricos y pobres. Era una dignidad heterónoma con base en el exterior de nosotros mismos. Esta dignidad desigual no podía ser la base de las sociedades libres y democráticas, más bien era un obstáculo insalvable.

A partir del Tránsito a la Modernidad empieza a aparecer una idea de dignidad vinculada a nuestra condición de seres hechos a imagen y semejan-

za de Dios. Estábamos todavía en una dignidad heterónoma, salvo que interiorizásemos la religiosidad, con lo cual la dignidad estaría ya en nosotros mismos. Cuando se producía la dignidad mediada desde una Iglesia, reaparecía el fundamento externo en una relación donde, dada la estructura de las Iglesias, especialmente de la católica, era difícil fundar en esa relación una igual dignidad. ¡Eran demasiados los signos de desigualdad y de diferencia! Estaba la vieja distinción agustiniana entre justos y pecadores, la desigualdad entre el hombre y la mujer y la muy profunda entre la jerarquía y los fieles, ratificada en 1904 por la Encíclica "Vehementer Nos" de Pío X. Son condiciones imposibles para la igual dignidad. Religiosidad y dignidad son posibles, pero dignidad y sometimiento a la disciplina de la iglesia parecen poco factibles. En todo caso, es una razón más para la laicidad, como veremos. Acabarán teniendo razón todos los que pretenden una relación directa con Dios prescindiendo de estructuras humanas, como pretende el Rousseau de la "Profesión de fe de un Vicario de Saboya", esa pequeña obra de arte que aparece en el interior de *L'Emile*, la gran obra de Rousseau sobre la educación.

Por eso la dignidad autónoma se acaba orientando a partir de los rasgos que nos distinguen de los restantes animales; así, nuestra condición de seres capaces de elegir y decidir, por eso somos los únicos capaces de "decir no", como sostenía Scheler. Es el signo de nuestra libertad de elección. También somos capaces de razonar y de construir conceptos generales, lo que abre la puerta a la filosofía, a la ciencia y a la técnica, que identifican sólo al ser humano. Igualmente, además de la razón, tenemos los sentimientos, los afectos y la capacidad de crear belleza que están en el origen del Arte y de la Literatura, como la otra gran vertiente, la estética de la creatividad humana. La comunicación a través del lenguaje será un elemento clave, sólo humano, para que las creaciones de la razón y de la intuición puedan conocerse, valorarse, criticarse, mantenerse o cambiarse. Eso es la cultura, signo también de nuestra dignidad. Finalmente, somos seres capaces y necesitados de vivir bajo un régimen de reglas sofisticado y complejo, único entre los seres vivos, que supone el Derecho como forma de distribuir la escasez, de vigilar nuestro altruismo limitado y de disminuir los conflictos por medio de terceros imparciales. Y también seres morales capaces de buscar nuestro fin último: la felicidad, el bien, la virtud o la salvación, lo que constituye nuestra ética privada.

Así, la dignidad es la base de toda la organización social y de los valores de la ética pública en la que se basan la libertad, la igualdad, la solidaridad y

la seguridad, valores políticos del Estado Democrático que se transforman en valores jurídicos principios y derechos al incorporarse al Ordenamiento jurídico. Los matices exigen una lectura reposada de mis trabajos que no puedo resumir aquí. Basta con decir que esta ética pública del socialismo y de la libertad se sitúa en un contexto pluralista, con otras éticas posibles, unas compatibles u otras no, lo que se deberá plantear desde los escenarios y desde los contenidos de la ética pública para comprender su alcance.

C).- El escenario de la modernidad donde nace y se desarrolla la ética pública basada en la dignidad humana, supone una sociedad donde la persona esta centrada en el mundo y es el centro del mundo. Es una sociedad secularizada y es una sociedad antropocéntrica, es decir, individualista. Rompe todos los lazos de relación entre Iglesia y Estado separándolos en sus funciones, sobre todo a partir del esclarecedor texto de Locke de su "Carta sobre la Tolerancia" de 1679.

Antes se había producido con Grocio la secularización del Derecho Natural en el número 11 de los "Prolegómenos del Derecho de la Guerra y de la Paz", como consecuencia de la ruptura de la unidad religiosa, y la consiguiente imposibilidad de colocar a Dios como norma básica fundamental del sistema, como era en el sistema Aristotélico Tomista: Ley Eterna, Ley Natural y Ley Positiva.

También desde Maquiavelo separación entre la moral y la política, con la consigna de los políticos franceses a los teólogos *Silite Theologi in munere alieno* y desde Thomasio separación entre Derecho y Moral.

La ética pública liberal, republicana y socialista democrática o liberal se desarrolla por consiguiente en un escenario de laicidad, que es la situación de pluralismo, de respeto a la libertad religiosa, de separación entre Iglesia y Estado. En él han perdido relevancia protagonistas que la mantuvieron, desde la Edad Media, y en las primeras etapas de la modernidad hasta el final del Estado Absoluto, como el creyente, el señor feudal o el siervo, el maestro o el aprendiz en los gremios y en las corporaciones y el súbdito, que a partir del Estado liberal serán sustituidos progresivamente por el ciudadano, no como burgués, es decir como habitante de las ciudades, sino como titular del derecho central a la participación política y también progresivamente como titular único de la soberanía. Hoy la ética pública, que se basa en las ideas de la libertad política y de la igualdad, tiene también como dimensión central de las mismas la extensión de la ciudadanía para comprender lo más

posible, en los derechos políticos a los emigrantes consolidados e integrados en la ética pública que se construye entre todos.

D).- Aunque no puedo extenderme a fondo en el tema del contenido de la ética pública, de la democracia de la libertad y de la igualdad, sí debo afirmar que, junto a las dimensiones directamente axiológicas, lo que he llamado valores, principios y derechos, están las instituciones y los procedimientos, que tienen dimensiones de ética pública, principalmente de seguridad jurídica, pero también de libertad y de igualdad. Incluso desde un importante punto de vista, los procedimientos tienen en este ámbito una especial relevancia. Así como de los contenidos éticos materiales es posible discrepar, e incluso el valor de una democracia se mide por su capacidad para asumir discrepancias en los puntos neurálgicos y centrales de su ética pública, los procedimientos son de seguimiento obligatorio y no se pueden evitar ni desconocer. Naturalmente que el rechazo o las discrepancias sobre los núcleos centrales del sistema tienen el límite del claro y presente peligro de producir violencia, y además sólo pueden ser cambiados ganando las elecciones, pero el respeto a los procedimientos es garantía de libertad y de igualdad. Es la vieja tradición que arranca de Cicerón *Legum servi sumus ut liberi esse possumus*, que en la definición de libertad en relación con los ciudadanos de Montesquieu, supone que esa libertad consiste en hacer lo que las leyes permiten, porque si se pudiera hacer lo que prohíben todos tendrían ese poder y ya no habría libertad. Sería la vuelta al estado de naturaleza y a la guerra de todos contra todos, tan temidas por el Bentham de los *Tratados sobre Legislación civil y penal*. El mismo tratamiento de estabilidad y de cambio según las reglas establecidas debemos dar a las instituciones.

Finalmente en relación con los valores, los principios y los derechos, todos actúan como normas-principios, es decir, como criterios para la toma de decisiones de los operadores jurídicos, y no como normas-reglas que se aplican, o no desde la dialéctica del todo o nada, excepto cuando los derechos actúan como derechos subjetivos, libertades, potestades e inmunidades. De todas formas, la diferencia entre valores, principios y derechos es relevante desde otro punto de vista. Son valores los principios que comunican la ética pública política y la ética pública jurídica, son principios los internos al ordenamiento jurídico, y son derechos los que además de funcionar como principios, se pueden atribuir a las personas principalmente, y a colectivos formados por personas excepcionalmente, para ser utilizados subjetivamen-

te en las cuatro modalidades señaladas, derechos subjetivos, libertades, potestades e inmunidades.

E).- Por un privilegio de la fortuna pude incorporar alguno de estos criterios a la Constitución Española de 1978, de la que fui uno de los siete miembros de la ponencia redactora en nombre del Partido Socialista Obrero Español.

Me voy a centrar en dos temas a mi juicio importantes, en los artículos 1.1 y 9.2. En ambos, mi propuesta de redacción fue decisiva y capaz de superar, en líneas generales, las dificultades surgidas en las diversas fases del procedimiento en el Congreso de los Diputados y en el Senado: El artículo 1.1 dice así: "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su Ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político". Estamos ante una estructura poco habitual en textos constitucionales contemporáneos, redactada desde un punto de vista filosófico jurídico. Así, aparece el poder constituyente que es España, matizado en el artículo segundo como pueblo español (no podía ser de otra manera, sino con el protagonismo de los ciudadanos como voluntad general) que se constituye en un poder político, que es el Estado social y democrático de Derecho. Este poder organiza un Ordenamiento jurídico, al que transmite los valores políticos que se convierten así en valores jurídicos: libertad, justicia, igualdad y pluralismo político. Es evidente que la relación del poder y del Derecho no se plantea desde un punto de vista iusnaturalista, sino desde un positivismo abierto a la moralidad. El verbo utilizado para establecer la relación entre el poder político y el Ordenamiento en la transmisión de los valores, "propugna", expresa esa relación que supone una aceptación voluntaria de una axiología que el poder no crea, sino que es elaboración humana contrastada a lo largo de la historia.

El segundo ejemplo se plantea igualmente desde el socialismo liberal, desde la justificación de la realización afectiva de sus valores centrales: la libertad y la igualdad no sólo formal, sino material entendida como el apoyo para que las necesidades básicas sean cubiertas para todos. El antecedente en el que nos inspiramos es el artículo 3.2, de la Constitución italiana que, como es sabido, también tiene su origen vinculado intelectualmente con el socialismo liberal.

El texto italiano dice así: "...Incumbe a la República remover los obstáculos de orden económico y social, que limitando de hecho la libertad y la

igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país...". El artículo 9.2 de la Constitución Española, en la misma línea y de cuya paternidad me honro, establece, creo que con mayor amplitud, la misma idea: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivos; remover los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política económica, cultural y social". Se añade la dimensión positiva de promover y también la dimensión colectiva de los grupos en que se integra, no se refiere sólo a ciudadanos en la primera parte, sino al individuo, y en la segunda no se refiere sólo a trabajadores sino a ciudadanos. Creo que este artículo tiene aún muchas posibilidades, aunque en esta última legislatura, a partir de 2004, se ha usado su espíritu y su letra en varias leyes sociales, como la de igualdad y la de dependencia. Tuve mucho que ver directamente en estos dos textos, tanto en su origen, como en mantenerlos vivos, a lo largo de todo el proceso de producción normativa de la Constitución, aunque también toda la cultura del socialismo liberal, y de la Filosofía del Derecho de un positivismo abierto a la moralidad, ha estado presente en la riqueza de un acervo cultural que heredé de mis maestros. Entre tantos es procedente citar a Elías Díaz, a Norberto Bobbio y hoy, más que nunca, a Renato Treves.

GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ
Universidad Carlos III de Madrid
Campus de Colmenarejo
Avd. de la Universidad Carlos III, 22
28270 Colmenarejo(Madrid)
e-mail: gregorio.peces-barba@uc3m.es

VALORES Y NORMAS JURÍDICAS

VALUES AND LEGAL RULES

LUIS MARTÍNEZ ROLDÁN

Universidad de Oviedo

Fecha de recepción: 17-05-2007

Fecha de aceptación: 20-7-2007

Resumen: *La doctrina viene insistiendo en la reflexión acerca del carácter jurídico de los “valores superiores” que inspiran nuestro ordenamiento, y, en ocasiones, llama la atención cómo el Derecho se ha venido diluyendo en un mundo de pura ideología, cuando no de pura utopía, afirmándose que esa ideología o esa utopía son auténticas normas jurídicas, simplemente por estar recogidas en la Constitución.*

Sin embargo, las normas jurídicas son consecuencias del ejercicio de la razón, y estas consecuencias son criterios prácticos de la acción para encauzar de una determinada manera una conducta. La escala de concreción, de objetividad, de seguridad y sobre todo de racionalidad práctica comienza con las normas y se difumina progresivamente a medida que se acerca a los principios y sobre todo a los valores.

Cuanto más nos alejamos de la concreción normativa más nos acercamos a un mundo de moralidad, a un mundo prelegal, preformativo, cada vez más abstracto, más teórico, más próximo a la idea, y más alejado de toda materialidad y de toda racionalidad práctica, al no poder concluir de esos valores absolutamente nada salvo su propia reiteración, pues no somos capaces de presentar ni una sola excepción a los mismos.

Abstract: *For long time, the doctrine has been emphasizing the reflection on the legal nature of the “higher values” that inspire our system. Sometimes it strikes how the law has been diluted in a world of pure ideology, if not pure utopia. Moreover, it has been frequently stated that this ideology or that utopia are genuine legal norms, as far as they are included in the Constitution.*

However, the legal rules are consequences of the exercise of reason, and these criteria are practical consequences of the action to channel in a particular way an action. The scale to focus, the objectivity, security and above all, practical

rationality begin with the rules and gradually become vague as they get closer to the principles and above all values.

The more we move away from the concrete legislation, closer we get to a world of morality, a pre-legal world, pre-figurative, increasingly abstract, more theoretical, closer to the idea, and further from any materiality and any practical rationality. The already mentioned ideas imply that we are unable to conclude nothing from these values except their own reiteration, as far as we are not able to present even a single exception to them.

Palabras Clave: Constitución, valores, normas, ideología, utopía

Keywords: Constitution, values, norms, ideology, utopy

INTRODUCCIÓN

Mi intención, a lo largo de estas páginas, es reflexionar sobre el carácter jurídico de los “valores superiores” que se recogen en el Título Preliminar de nuestra Constitución, es decir, si son o no son “normas jurídico-positivas” o, si se quiere, “reglas jurídicas”, una vez que alguien los haya transportado del mundo de las tinieblas al mundo de la realidad.

Antes de entrar en ello quería formular una breve contextualización doctrinal del tema, que nos sirva de pequeña antesala para poder luego abordar la problemática objeto de mi reflexión.

Seguramente a muchos les sorprenderá el título mismo de este trabajo; para algunos tal vez sería más adecuado titularlo: “valores y Reglas jurídicas”, o “los valores como normas”, o “principios y reglas”, o “los principios como Derecho”, o “el Derecho en cuanto principios”, etc.

Esta es la gran ambigüedad, y yo diría confusión, que hoy día está de moda, y en la que sin duda nos movemos guiados por la mano maestra de la mayoría de los autores que se podrían calificar de “principialistas”, de “neoconstitucionalistas”, de “neopositivistas”, pero en ningún caso, de “iusnaturalistas”, -y no osaré yo hacerlo, aunque confieso que tengo que hacer verdaderos esfuerzos para no sucumbir a la tentación-.

Hoy día se ha logrado difuminar el Derecho de tal manera entre “reglas”, y “normas”, -normas que a su vez, se dice, comprenden “valores”, “principios”, “directrices”, etc.- que es muy difícil no solo definir el Derecho -lo que hasta cierto punto es lógico-, sino incluso delimitar un Derecho cierto que pueda saciar ese anhelo de seguridad que figura en el origen del Derecho. En definitiva, se entiende al Derecho como algo tan

maleable¹, que lógicamente nos lleva a un “Derecho muy dúctil pero a la vez muy incierto”².

Llama la atención como se ha ido diluyendo el Derecho en un mundo de pura ideología, cuando no de pura utopía, llegando a afirmar que esa ideología o esa utopía son auténticas normas jurídicas, simplemente porque están recogidas en algún texto jurídico positivo³. Admito que todo este complejo mundo tiene una gran importancia en la configuración y en el manejo del Derecho por parte de los distintos operadores jurídicos, pero de ahí a entenderlo como una auténtica norma jurídico-positiva va un gran trecho que por lo menos debe ser explicado.

Lo curioso es, se dice, que todos estos valores, principios, directrices etc. son normas jurídicas, pero si quieren ser aplicados, –dada su abstracción y vaguedad– deberán ser convertidos en reglas jurídicas con un supuesto de hecho perfectamente acotado y con una clara prestación jurídica. Ese paso entre normas (en cuanto valores o principios) y reglas, así como quien es el operador jurídico competente para darlo –en principio parece que sería el juez– me resulta bastante borroso y a la vez inquietante.

Incluso hay autores que han elevado esta forma de pensar a teoría general, y que entienden que el derecho objetivo no solamente está formado por reglas o normas jurídico-positivas, sino además por toda una serie de valores que son exigencias de la justicia, de la equidad o de alguna otra dimensión de la moralidad. Estos autores van más lejos aún y entienden que estas exigencias valorativas son también normas, incluso aunque no vengan positivizadas ni recogidas en ningún texto jurídico-positivo, y además son jerárquicamente superiores a las demás normas pues en caso de conflicto deben de prevalecer sobre ellas. Así lo entienden, por ejemplo, R. Dworkin y G. Zagrebelsky.

Todo esto hace muy difícil definir el Derecho y la Moral de forma autónoma, y hace también muy difícil explicarse el origen del Derecho, o por lo menos, saber cual es la función del poder legislativo o del poder judicial.

¹ Vid. G. ZAGREBELSKY, *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia*, Trotta, Madrid, 1995.

² Recordando el artículo de R. GUASTINI, “Derecho dúctil, Derecho incierto”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XIII-XIV, 1996-1997.

³ Acabo de enviar un trabajo titulado “*La Utopía como Norma jurídica. (Un desafío jurídico)*”, para el libro-homenaje al profesor Peces-Barba, donde apuntaba esta problemática y prometía abordarla más afondo en otro momento (que es éste), y donde concluía que todo este proceder me parecía un desafío jurídico.

R. Dworkin, precisamente, dirige toda su crítica contra lo que él denomina “modelo de reglas” que personaliza en el pensamiento de Hart. Para Dworkin se trata de saber si el juez a la hora de resolver conflictos cuenta siempre y en todo caso –incluso

en los llamados casos difíciles, es decir, cuando no hay norma o la norma aplicable parece totalmente injusta– con un derecho cierto y objetivo, que evite todo tipo de discrecionalidad, y en base al cual deba buscar y fundamentar la única respuesta objetiva y correcta en Derecho; o si, por el contrario, el juez en estos casos difíciles ha de acudir a criterios y consideraciones extrajurídicas como manifestación de una discrecionalidad o de una potestad de creación del Derecho que estaría atribuida a los jueces, tesis ésta que sería la mantenida por el positivismo de Hart.

La postura de Dworkin es clara, para él el Derecho es algo bastante más complejo de lo que nos pretende mostrar el positivismo desde su “modelo de reglas”. El Derecho no se agota solamente en un conjunto de normas o de reglas, sino que está formado además por lo que nuestro autor llama “principios, directrices políticas, y otros tipos de pautas”. Dworkin llama principio “a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”⁴.

De esta forma el juez, ante un determinado caso en el que no encontrase una norma aplicable o en el que la aplicación de la norma que lo regula supondría un atentado a los más elementales principios del sentido común, de la lógica o de la propia justicia, acudiría a esos principios (valores) y de acuerdo con ellos resolvería de forma totalmente objetiva y nunca de forma discrecional o con carácter retroactivo, pues esos valores que conforman el derecho objetivo están establecidos con anterioridad.

Yo lamento no tener esa omnisciencia y en general esas cualidades hercúleas para poder encontrar esa objetividad valorativa en toda su integridad⁵. Pero me temo que el común de los mortales esté en la misma situación,

⁴ R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 72. En la misma página dice “llamo “directriz” o “directriz política” al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad”.

⁵ Vid. J. DELGADO PINTO, “La noción de integridad en la teoría del Derecho de R. Dworkin: Análisis y valoración”, *Derechos y Libertades*, núm 11, 2002.

y entiendo que el Derecho ha de ser algo más humano y ha de estar formulado y manejado exclusivamente por la razón.

Por el contrario, siguiendo a Dworkin, si el Derecho se agotase en un conjunto dado de normas positivas, tal como entiende el “modelo de reglas” del positivismo, entonces en todos aquellos casos en que no se encuentre en el Derecho previamente establecida ninguna respuesta al caso concreto sometido a consideración, o cuando la aplicación de la norma claramente establecida suponga algo injusto y sin sentido, el juez no tendría más remedio que resolver discrecionalmente y de forma retroactiva y antidemocrática.

En este caso, el juez estaría, por un lado, usurpando la función de crear Derecho, función que no le corresponde porque el pueblo no le ha elegido democráticamente para asumir tal responsabilidad, y por otro lado, su decisión sería totalmente injusta debido a su carácter retroactivo, ya que en ese caso “la parte perdedora sería castigada no por haber infringido algún deber que tenía, sino un deber nuevo creado después del hecho”⁶.

Es curioso como Dworkin en este texto parece dominar perfectamente y atribuir vigencia a ciertos conceptos de Teoría General del Derecho como son la “retroactividad”, o la “división de poderes” que hace que la función legislativa no sea propia de los jueces, etc. y sin embargo de todos estos conceptos jurídicos –y de otros similares– nada decía cuando hablaba del Derecho en cuanto “exigencias valorativas” no positivizadas.

Tampoco voy a hacer un estudio pormenorizado del pensamiento de Dworkin, pienso, por el contrario, que con estas breves referencias y alguna alusión más a G. Zagrebelsky, es suficiente para centrar el tema que queremos tratar en este trabajo. Quede claro, pues, que para Dworkin, algunos principios o valores forman parte del Derecho porque son justos, aún cuando ningún legislador o juez los haya tenido en cuenta, incluso aún cuando la comunidad social los haya ignorado.

Esta postura valorativa o principialista sería la mantenida por todos los autores neoconstitucionalistas, y en concreto por G. Zagrebelsky. Este autor hace referencia a la, según él, clara distinción entre las declaraciones de derechos americanas y la declaración francesa de 1789. Las primeras serían preestatales, subjetivistas y jurisdiccionales, y la segunda sería más bien estatalista, objetivista y legalista.

⁶ R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, op. cit., p. 150.

La característica principal, según Zagrebelsky, de las Declaraciones americanas es mantener un Derecho previo al Derecho positivo –a la ley positiva– y que es el que fundamenta los derechos de la persona. En definitiva fundamentan “los derechos en una esfera jurídica que precede al Derecho que pueda establecer el legislador. Los derechos eran un patrimonio subjetivo existente por sí mismo que debía mantenerse inalterado y protegido de todas las posibles amenazas, primero de las externas provenientes el Parlamento inglés y luego de las internas que hubiesen podido nacer de un legislador omnipotente”⁷.

En las declaraciones americanas, los derechos subjetivos –e igualmente los principios de justicia positivizados en la Constitución– son completamente independientes de la ley, es decir, son previos y supraordenados a ella. En la Declaración francesa nuestras reivindicaciones y derechos los depositamos en la ley. La soberanía de la ley, el principio de legalidad, la ley como manifestación de la voluntad general, la racionalidad de la ley etc. son principios y postulados que hacen ver la importancia de la ley como meta a alcanzar y como origen de todos nuestros derechos.

Nuestro autor se sitúa mucho más en la línea de las posturas defendidas por las declaraciones americanas que por la Declaración francesa. Para él “si el Derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios”⁸.

Pero sin embargo, para Zagrebelsky⁹, el contenido de los principios constitutivos del ordenamiento jurídico depende del contexto cultural del que forman parte, y en consecuencia el Derecho se entiende “como un sistema de valores que no puede ser fijado de antemano, al modo de los iusnaturalismos racionalistas, sino que tiene que reflejar las valoraciones sociales. Pero unas valoraciones que son cambiantes y plurales, porque cambiante y plural es el entramado social del que emanan”¹⁰.

Para estos autores, estos valores de libertad, justicia, seguridad, igualdad, pluralismo político etc. no son exigencias de un Derecho Natural, establecidas en base a la razón o a la naturaleza y con carácter universal y ahistórico, “sino que constituyen el mayor rasgo de orgullo del Derecho positivo.

⁷ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 54.

⁸ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 110.

⁹ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, principalmente la página 124.

¹⁰ M. GASCÓN ABELLÁN, “Presentación: La concepción del Derecho en “Derecho dúctil”, *Anuario Filosofía del Derecho*, tomo XIII-XIV, 1996-1997, p. 18.

Su contenido se concibe apriorísticamente como objetivo, pero se trata de una objetividad que depende del contexto cultural del que forman parte¹¹, lo que sucede, y estamos totalmente de acuerdo con Marina Gascón, es que ese contexto cultural no proporciona a esos valores un significado unívoco y estable, lo que en nada ayuda a esas exigencias de certeza y seguridad.

VALORES Y NORMAS EN NUESTRA CONSTITUCIÓN

La Constitución española de 1978, en la línea de la filosofía liberal recogida y encarnada en las distintas democracias occidentales, predica del ser humano una serie de valores, que fundamentan una serie de derechos, que le corresponden a la persona con anterioridad al Estado. Esto podemos verlo en el Preámbulo donde se proclama la voluntad de “proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos...”¹², y en el artículo 10.1 cuando nos dice “que la dignidad de la persona, **los derechos inviolables que le son inherentes**, el libre desarrollo de la personalidad...son el fundamento del orden político y de la paz social”.

¹¹ M. GASCÓN ABELLÁN, *op. cit.*, pp. 22-23.

¹² Aquí se habla de “Derechos Humanos”, sin embargo en el Título I se utiliza la expresión “Derechos Fundamentales”. El profesor Peces-Barba, miembro de la ponencia, en su obra *Derechos Fundamentales*, Universidad Complutense de Madrid, 1983, en las pp. 13 y ss. (más en concreto en la nota dos) argumenta a favor de la expresión “Derechos Fundamentales” y critica la terminología de “Derechos Humanos”, defendida, entre otros, por el profesor Manuel Atienza. El Profesor Peces-Barba –como el profesor Atienza– también es partidario de una postura historicista, pero entiende que esto “no es motivo para hablar de derechos humanos y no de derechos fundamentales. Se puede hablar, dice, de derechos fundamentales considerando como tales, en cada momento histórico, a los que culminan en la Constitución y el ordenamiento jurídico y positivizan los valores históricos más relevantes con un fundamento histórico suficiente y, por supuesto, conquistas históricas y no concesiones divinas”. El profesor M. Atienza, en el libro colectivo “*Política y Derechos Humanos*”, Valencia, Fernando Torres, 1976; y en su trabajo “Sobre la clasificación de los Derechos Humanos en la Constitución”, recogido en *la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 2, 1979 (Monográfico: Los Derechos Humanos y la Constitución), en la nota tres de la p. 125, entiende inadecuada la denominación del Título I de nuestra Constitución “De los derechos y deberes fundamentales”, y critica la expresión “Derechos Fundamentales” por recordar, dice, esencias apriorísticas que algunos pretendieron descubrir en el Derecho, y que situarían fuera de la historia. Para M. Atienza “Los Derechos Humanos no solo son “humanos” porque sus destinatarios sean los hombres sino, y “fundamentalmente”, porque sus creadores son los hombres; su origen no está en los cielos, sino en la tierra; son conquistas históricas y no concesiones divinas”.

Parece claro –aunque algunos lo matizarían y en definitiva lo negarían– que estamos dentro del espíritu de esa corriente iusnaturalista a la que hace mención el profesor Truyol Serra cuando señala que “decir que hay “derechos humanos” o “derechos del hombre” en el contexto histórico-espiritual que es el nuestro, equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados”¹³.

Además, de esta forma, nuestro ordenamiento jurídico se incorpora y entronca con esa corriente constitucionalista protectora de los derechos humanos, que se inicia con la Constitución de 1808, y que vamos ampliando y enriqueciendo con las Constituciones de 1812, de 1837, de 1869, y con la Constitución de 1931, que recoge un catálogo bastante completo de derechos humanos y crea, por primera vez en nuestro país, el Tribunal de Garantías Constitucionales que conocerá de los recursos de amparo, cuando la reclamación ante los tribunales ordinarios haya sido ineficaz¹⁴.

El propósito de nuestros constituyentes (siguiendo esta corriente nacionalista, y también internacionalista, como tendremos ocasión de ver a lo largo de este trabajo), como muy bien señala P. Lucas Verdú, ha sido reconocer, proteger y garantizar “una amplia gama de derechos y libertades cuyos contenidos corresponden a los valores supraconstitucionales proclamados desde el preámbulo y en el título preliminar”¹⁵.

Todo esto figura recogido en nuestra Constitución en el Preámbulo, en el Título Preliminar y en el Título I (capítulos I-II-III-IV y V), sobre todo en la Sección 1ª y 2ª del capítulo II. En ellos se explicita la llamada por alguno “formula política de la Constitución”¹⁶, y en ellos se recoge el catálogo de

¹³ A. TRUYOL SERRA, *Los Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 1974, p. 11.

¹⁴ Cfr. J.L. ALBACAR LÓPEZ, *La protección de los Derechos Fundamentales en la nueva Constitución española*, Madrid, Ministerio del Interior, 1979, pp. 29 a 32.

¹⁵ P. LUCAS VERDÚ, “Los títulos preliminar y primero de la Constitución y la interpretación de los derechos y libertades fundamentales”, p. 28, recogido en *la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 2, 1979 (*Monográfico sobre Derechos Humanos: Los Derechos Humanos y la Constitución de 1978*).

¹⁶ Vid. P. LUCAS VERDÚ, “El Título I del Anteproyecto Constitucional (la fórmula política de la Constitución)”, recogido en *Estudios sobre el proyecto de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1978, pp. 11 a 30. Vid. También su artículo, citado con anterioridad “Los títulos preliminar y primero de la Constitución y la interpretación de los derechos y libertades fundamentales” pp. 8 a 38.

derechos fundamentales, a la vez que se regula la suspensión de los mismos, cuando ello es posible, y se especifican las garantías especiales que nuestro ordenamiento jurídico ofrece para la protección de los mismos.

Pero partiendo de la antesala que, a modo de introducción, hemos fijado al principio de este trabajo, y siguiendo la clasificación de Lowestein¹⁷, de que nuestra Constitución es una Constitución normativa, es decir, es derecho válido y eficaz, creo que debemos hacer alguna pequeña, pero fundamental, reflexión acerca del Título Preliminar y en orden a explicar el paso entre el nivel ético-valorativo y el nivel jurídico.

El Título Preliminar es, sin duda alguna, un Título complejo en cuanto se recogen en él preceptos y disposiciones de naturaleza e importancia muy variadas. Sin entrar, de momento, en ninguna consideración cualitativa o jerárquica, podemos hacer mención a los siguientes contenidos:

Primero se fija el modelo de Estado, como un Estado social y democrático de Derecho. Se establece el fundamento ideológico valorativo de todo nuestro ordenamiento, y en este sentido se señalan en el artículo 1.1 como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Como expresión de ese pluralismo político, se hace mención a los partidos políticos, y finalmente, dentro del Estado social y democrático, se reconoce un papel importante a los sindicatos (arts. 6 y 7).

En segundo lugar, se establecen las bases políticas necesarias para fundamentar la nueva forma política del Estado español, es decir, la Monarquía parlamentaria, y el reconocimiento del Derecho a la autonomía de las nacionalidades y de las regiones que lo integran (arts. 1.2; 1.3 y 2).

En tercer lugar, se hacen una serie de disposiciones en cuanto a la lengua oficial del Estado, la formación de la bandera española, y finalmente se fija la capital del Estado en la villa de Madrid (arts. 3, 4 y 5).

Por último, y en cuarto lugar, se fijan una serie de principios: principio de legalidad, jerarquía normativa, publicidad, irretroactividad, seguridad

¹⁷ M. HERRERO DE MIÑÓN, en su trabajo "En torno a la aplicación de la Constitución", recogido en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. II, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1979, en la p. 1219 nos dice: "A partir de Lowestein se ha vulgarizado la llamada clasificación ontológica de las constituciones, según la cual, se distinguen tres tipos: La Constitución nominal, carente de realidad existencial, puesto que el proceso político discurre al margen de sus enunciados, solo pretendidamente normativos; La Constitución semántica, puro reflejo de una situación de hecho a la que en nada afectaría la desaparición de las supuestas normas; La Constitución normativa, esto es, utilizando la terminología kelseniana, aquella que no es solo válida, sino además también eficaz".

jurídica etc. y se indica que todos los ciudadanos y los poderes públicos (que tienen la obligación de crear las condiciones para alcanzar y desarrollar los derechos fundamentales) deberán estar sometidos al ordenamiento jurídico (principio de legalidad) (art. 9.).

Dentro de este contenido tan heterogéneo y complejo del Título Preliminar, en el que parecen asomarse contenidos básicos y fundamentales junto a contenidos de menor importancia (parece difícil poder meter dentro de un mismo apartado la ubicación de la capital del Estado, o la oficialidad del castellano, o la formación de la bandera, junto a todo el aspecto valorativo y principialista), todo el mundo se detiene y considera como más importante lo relativo a los valores superiores del ordenamiento jurídico que se recogen en el artículo 1.1 (libertad, justicia, igualdad y pluralismo político), y lo relativo a los principios jurídicos a que se hace referencia en el artículo 9.3. Y en base a estos dos apartados, más al primero que al segundo, se le atribuye al título preliminar un carácter fundante del ordenamiento e incluso de norma supraconstitucional con respecto al resto de la Constitución y del ordenamiento.

Por eso muchos se preguntan –y para mí en estos momentos es el interrogante fundamental– por la naturaleza y por el alcance jurídico de esos valores superiores del ordenamiento, y por el rango jerárquico de los mismos¹⁸.

Yo diría que el Título Preliminar (entendiendo por tal la expresión de esos valores superiores, y por lo tanto ciñéndome a ellos no solo ahora, sino a lo largo de todo este trabajo), independientemente de lo afortunado o lo desafortunado de la expresión¹⁹, es para todo el mundo un título fundamental y de capital importancia. Pero mientras para unos, tiene un valor jurídico importante e incluso supraconstitucional, es decir, superior al ordenamiento jurídico y al resto de la Constitución; para otros, aún manteniendo su impor-

¹⁸ Vid. P. LUCAS VERDÚ, “El Título I del Anteproyecto constitucional (la fórmula política de la Constitución)”, recogido en *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1978, p. 15.

¹⁹ A Pablo Lucas Verdú esta denominación no le parece afortunada, mientras que Oscar Alzaga cree que la designación es acertada y que ya fue utilizada por la Constitución de 1931. Vid. P. LUCAS VERDÚ “Los títulos preliminar y primero de la Constitución y la interpretación de los Derechos y libertades fundamentales” p. 13, recogido en *la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm 2, 1979 (*Monográfico sobre derechos humanos: “Los Derechos Humanos y la Constitución española de 1978”*). Vid. También O. ALZAGA VILLAMIL, *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978, pp. 71-72.

tancia capital y fundamental, no tienen valor jurídico, y solamente tienen un valor político, ideológico o valorativo.

Ya he apuntado cual va a ser mi postura al respecto: yo entiendo que el título preliminar tiene una gran importancia a nivel político, ideológico, valorativo y, si se quiere, utópico, pero me parece desacertado convertir todo eso en norma jurídico positiva.

Como ejemplo de quienes defienden el valor jurídico del título preliminar podríamos citar a la mayor parte de la doctrina que sigue la senda trazada por el “neoconstitucionalismo” o por el “neopositivismo”, pero quisiera mencionar expresamente, dentro de nuestro marco constitucional, al profesor Lucas Verdú y al profesor Peces-Barba, quienes entienden, de una forma u otra, que en este título preliminar se positivizan unos contenidos éticos o de justicia que se pretenden realizar a través del Derecho²⁰.

Su postura es, en cierto sentido, más fuerte que la de Dworkin, pues no es que entiendan que además de las reglas o normas jurídico-positivas hay unos valores o exigencias de la justicia que también son Derecho –e incluso en un nivel superior–, sino que entienden que esos valores o exigencias de la justicia al venir recogidos en la Constitución son auténticas reglas o normas jurídico-positivas. También se puede entender su postura como más débil que la de Dworkin, en cuanto entienden que esas “exigencias valorativas” si no están recogidas y positivizadas no serían “normas jurídicas”.

Pero, en este punto, el pensamiento de Lucas Verdú y de Peces-Barba creo que no está exento de abiertas contradicciones. Es curioso ver, por ejemplo, como el profesor Lucas Verdú resalta, con gran acierto, el papel ideológico y político del título preliminar, y sin embargo después, y sin dar una explicación del salto, convierte todo esto en jurídico. En mi opinión, tal vez de por sentado que todo lo que figura recogido y positivizado en la Constitución (norma jurídica suprema) sin más ya es norma jurídico-positiva. En cualquier caso, creo que esto merecería una pequeña explicación.

²⁰ G. PECES-BARBA, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, en las pp. 12 y 13 dice: “Mi punto de vista es que este precepto rompe la tradicional dialéctica Derecho natural-Derecho positivo que parecía condenar a la cultura jurídica moderna a un callejón sin salida, a través de una correcta formulación de la relación Poder-Derecho y de una positivización de los contenidos éticos o de justicia que el poder pretende realizar a través del Derecho y que son esos valores superiores”. Y en la página 102 se dice que esos valores superiores “son la norma básica material sobre normas y criterio de todas las normas del ordenamiento”.

Para este profesor, el título preliminar –denominación que no le parece en absoluto afortunada–²¹ tiene capital importancia puesto que contiene, aunque sea de forma implícita, los tres elementos de lo que él llama “la fórmula política”: el techo ideológico demoliberal; la organización jurídico-política que configura una monarquía parlamentaria; y una determinada estructura socioeconómica. Y es que precisamente la función del título preliminar, para Lucas Verdú, es identificar el régimen político en sentido demoliberal, es decir, un Estado social y democrático de Derecho; fundamentar el nuevo régimen en una serie de valores superiores del ordenamiento jurídico de carácter supraconstitucional (libertad, justicia, igualdad y pluralismo político); y servir como criterio de interpretación de la Constitución y del ordenamiento jurídico²².

Nada que objetar a este papel político-ideológico del título preliminar, lo que ya no me resulta tan claro es pretender juridificar todo esto. En este sentido el profesor Lucas Verdú nos dice que el valor **jurídico-político** del título preliminar es: “justificar ideológicamente la Constitución frente al régimen sustituido por la vía de la reforma política (que en el fondo ha sido una autorrupción); fundamentar el nuevo régimen monárquico parlamentario”²³, y fijar las directrices interpretadoras de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico con arreglo a esos valores superiores²⁴.

Ese techo ideológico de la Constitución y del Estado Social y Democrático de Derecho, ese horizonte utópico de justicia, libertad e igualdad al que a de tender el Derecho y el Estado, aunque fijen las directrices inter-

²¹ En este sentido se muestra contrario al profesor Oscar Alzaga quien, como ya vimos, sostiene lo afortunado de esa designación, que ya fue utilizada por la Constitución de 1931. Pablo Lucas Verdú “Los títulos preliminar y primero de la Constitución y la interpretación de los derechos y libertades fundamentales”, *op. cit.*, p. 13. Y O. ALZAGA VILLAMIL, *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, *edi. cit.*, pp. 71-72.

²² Cfr. P. LUCAS VERDÚ “Los títulos preliminar y primero de la Constitución y la interpretación de los derechos y libertades fundamentales”, *op. cit.*, pp. 1,11,12 y 13.

²³ P. LUCAS VERDÚ, “El Título I del anteproyecto constitucional (la fórmula política de la Constitución”, *op. cit.*, p. 16.

²⁴ En este sentido no está de acuerdo con el profesor Alzaga, que cree que el título preliminar debe ser entendido como un título político, y por su parte entiende que no le “parece acertado considerar al título preliminar como título pórtico, porque no es una calificación técnico-jurídica y mucho menos jurídico-política, que son las que cuadran con una Constitución política, y además parece deducirse de tal denominación una desvalorización del citado título”. P. LUCAS VERDÚ “Los títulos preliminar y primero de la Constitución y la interpretación de los derechos y libertades fundamentales”, *edi. cit.*, p. 15. Véase también la 14.

pretadoras del ordenamiento jurídico, ¿puede ser entendido como auténtica “norma jurídico positiva” por el mero hecho de venir recogido en la Constitución?

Yo no comparto el núcleo fuerte de esta teoría –la positivización de los valores, los valores como normas jurídico-positiva, etc.–, aunque, como el razonamiento es tan complejo, sí acepto otros aspectos más débiles de la misma. Comprendo que esto, en estos momentos, quede todavía bastante impreciso y poco definido, pero espero que a lo largo de este trabajo se puedan ir viendo las tesis defendidas por estos autores y las razones que me han llevado a discrepar en lo fundamental.

Todo esto se advierte más claramente en el pensamiento del profesor Peces-Barba, ponente constitucional, cuya postura acerca de los valores superiores de la Constitución es muy clara y en la que, por todas estas razones, desearía detenerme algo más.

La tesis que sostiene consiste en señalar que el artículo 1º.1 de nuestra Constitución²⁵ rompe y evita el diabólico y falso dilema Derecho natural-Derecho positivo, por cuanto se trata de la positivización de unos contenidos éticos o de justicia (los valores superiores) que no deben ser entendidos de forma abstracta, sino concretados en la historia de la cultura jurídica y política de nuestra comunidad. Esos valores, al estar positivizados, se configurarían como una auténtica norma jurídica con un contenido objetivo y material, hasta el extremo de erigirse en “la auténtica norma jurídica básica” de la que dependen todas las demás normas del sistema.

De esta manera, dice, “se supera tanto el positivismo cerrado a valores, como el iusnaturalismo idealista, que desconsidera al Derecho positivo, a través de la positivización de valores”²⁶.

Participaría, pues, de la tesis de E. Bloch²⁷ que decía que la Escuela histórica había crucificado al Derecho natural en la cruz de la Historia, y participaría (aunque en ningún caso pretendo identificarlo, pues, a mi juicio, son muchos los matices diferenciadores) también de la opinión, bastante genera-

²⁵ Artículo 1º.1: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

²⁶ G. PECES-BARBA, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 54.

²⁷ Cfr. F. GONZÁLEZ VICEN, *De Kant a Marx (Estudios de Historia de las Ideas)*, Fernando Torres Editor, Valencia, 1984, p. 139.

lizada hoy día, de que “el constitucionalismo, tal como señala Atienza²⁸, ha crucificado al positivismo jurídico en la cruz de la Constitución”.

El artículo 1º de la Constitución según el cual España se constituye en un Estado Social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, es uno de esos artículos (tal vez junto con el artículo 9.2 y pocos más) que el profesor Peces-Barba siente más suyos y de los que se siente más orgulloso, por lo menos en cuanto a su espíritu, quizás no tanto en cuanto a su forma.

Prueba del importante papel que él mismo jugó en la inclusión de este artículo en el texto constitucional es el comentario que nos hace cuando dice que la estructura de este artículo ni es habitual, ni tiene precedente en el constitucionalismo comparado y que “responde a un punto de vista del Constituyente más próximo a la Filosofía del Derecho que al Derecho constitucional, plataforma habitual de este tipo de artículos que abren las Constituciones”²⁹. Pues bien, de todos los miembros de la Ponencia Constitucional, el único especialista en Filosofía del Derecho, y por tanto con una mayor preparación filosófico-jurídica, era el profesor Peces-Barba, y en consecuencia era él el único que podía imprimir este sello filosófico-jurídico, frente a todos los demás miembros más inclinados hacia el Derecho constitucional.

Sin embargo, su redacción no le parece muy acertada, pues, por un lado, dice que este precepto, al incluir la “justicia” y “el pluralismo político”, es innecesariamente reiterativo, ya que el pluralismo político es un elemento del valor libertad, y el contenido material de la justicia se diluye en los demás valores, sobre todo en el valor libertad e igualdad³⁰. En esto parece participar de la postura mantenida por J. M^a Vilanova³¹ que entiende la justicia como el centro radial de todos los demás valores (fundantes unos y fundados otros), y que de alguna forma los armoniza, les asigna el lugar y la proporción adecuada a cada uno, al tiempo que se concretiza y se realiza en cada uno de ellos. La justicia por sí sola no existe, lo que sí existiría sería una paz justa, un orden justo, una seguridad justa, un poder justo etc.

²⁸ M. ATIENZA, *El Derecho como Argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, p. 44.

²⁹ G. PECES-BARBA, *Los valores superiores*, op. cit., p. 12.

³⁰ Cfr. G. PECES-BARBA, con la colaboración de Luis Prieto Sanchís *La Constitución española de 1978, Un estudio de Derecho y Política*, Fernando Torres Editor, Valencia, 1984, pp. 35 y 36. También en su libro *La España civil*, op. cit., pp. 147 y ss.

³¹ Cfr. J. M^a. VILANOVA, *Filosofía del Derecho y Fenomenología Existencial*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1973, pp. 260 y 261.

Pues bien, los valores que se recogen en este precepto (más algún otro, pues el profesor Peces-Barba es muy explícito al señalar que no se puede concluir que los valores superiores sean solamente los explicitados en este precepto, pues, por lo menos, habría que añadir la seguridad jurídica, a la que se hace referencia en el Preámbulo, y la solidaridad³²) y que figuran en el frontispicio de nuestro texto constitucional, para Peces-Barba ocupan un lugar privilegiado en la estructura del ordenamiento jurídico, y son “los cuatro faros que guían, explican e interpretan la voluntad del legislador constituyente, y punto de partida –yo diría mejor, “de llegada”– de todo el resto del ordenamiento jurídico³³. Son los objetivos que el Estado social y democrático de Derecho pretende alcanzar a través de sus normas. Son el fundamento, la meta o el fin que se propone alcanzar nuestro Derecho. En definitiva, dice Peces Barba, “representan los ideales que una comunidad decide erigir como sus máximos objetivos a desarrollar por el ordenamiento jurídico”³⁴.

Todo lo anteriormente expuesto es pensamiento extractado del profesor Peces-Barba –coincidente con el de Lucas Verdú– y que yo comparto al cien por cien. Pero lo comparto –y aquí creo que ya no coincidimos– porque entiendo que el artículo 1º de la Constitución es el horizonte utópico al que, según el constituyente, ha de intentar acercarse el Derecho de un país social y democrático. Este horizonte utópico, en contra de lo que sucede con las llamadas “Sociedades Ideales”³⁵, no se alcanza mediante la idealización o transformación de la naturaleza³⁶, sino que pretende alcanzarse o acercarse a él mediante el perfeccionamiento de las estructuras sociales y jurídicas, para así conseguir el bienestar y la felicidad del individuo. Precisamente Bruno Frey y Alois Stutzer³⁷ señalan que “el primer grupo de factores que influyen

³² Cfr. G. PECES-BARBA, *La España civil*, op. cit., p. 148. y Cfr. A. LLAMAS GASCÓN, *Los valores jurídicos como ordenamiento material*, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1993, p. 244.

³³ G. PECES-BARBA, *Los valores superiores*, op. cit., p. 17, y también la 89.

³⁴ *Ibidem*, pg. 42.

³⁵ Vid. M.A. RAMIRO AVILES, *Utopía y Derecho. El Sistema Jurídico en las Sociedades Ideales*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

³⁶ Vid. J. C. DAVIS, *Utopía y la Sociedad Ideal. Estudio de la literatura utópica inglesa 1516-1700*, Fondo de Cultura Económica, México, 1985.

³⁷ Bruno FREY y Alois STUTZER “Cuales son las fuentes de la felicidad”, recogido en el libro *Felicidad. Un enfoque de Derecho y Economía*, compilado por Andrés Roemer, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 4.

en el bienestar se relacionan con las condiciones institucionales (o constitucionales) que existen en una sociedad y su economía de las cuales la democracia es uno de los factores más importantes". Luego el Derecho es algo fundamental para estructurar la sociedad de tal forma que se pueda acercar y conseguir el mayor grado posible de ese horizonte utópico. El Derecho es algo bueno para conseguir la felicidad que nos reportan esos valores superiores, ya que el Derecho es un medio para configurar la sociedad de tal manera que en ella se realice lo máximo posible de ese horizonte utópico.

Eduardo Galeano en su obra *Las palabras andantes*, hablando de la fuerza ejemplarizante de la Utopía, viene a decirnos que la utopía está en el horizonte, que cuanto más nos acercamos a ella más se aleja, que por mucho que caminemos nunca la alcanzaremos...pero precisamente, dice, sirve para eso, para enseñarnos a caminar³⁸.

Y ello es así porque la utopía por esencia nunca es realizable en su totalidad, siempre tiene una dimensión inalcanzable que es la que mantiene vivo el deseo de perfección y de felicidad del ser humano, pues tanto la perfección como la felicidad no consisten solo en poseer sino también en luchar para alcanzar algo.

Esta sería la función del artículo primero de la Constitución, el servir de guía o camino a todos los operadores jurídicos en orden a estructurar el Derecho y en orden a interpretar ese Derecho de la manera más adecuada a ese fin.

El problema, en muchos casos, está en que ese horizonte es borroso y tampoco tenemos claro cual es el Derecho más adecuado para conseguirlo. Para algunos, por ejemplo, toda la legislación sobre matrimonios de gays y lesbianas sería un eslabón más en el acercamiento y la realización de esa utopía de igualdad (del valor igualdad) mientras que, para otros, toda esta legislación supondría un paso atrás en cuanto que lesionaría la esencia misma del matrimonio y el principio de "trato desigual a quienes son desiguales". También la ley de Identidad de Género, aprobada por el Congreso el uno de marzo de 2007, que permite a los transexuales con "disforia de género" cambiar de nombre y de sexo, puede entenderse como un paso más en la realización y en el acercamiento a esa utopía de libertad y de igualdad o puede entenderse, por el contrario, como un grave atentado a la misma naturaleza.

Pero lo que durante algún tiempo me ha hecho reflexionar, y de momento me inclino a no admitir, aunque la opinión tal vez más generalizada

³⁸ Cfr. E. GALEANO, *Las palabras andantes*, Siglo XXI, Madrid, 2001, pp. 309 y ss.

sea otra, es que estos “valores superiores” sean auténticas normas jurídicas, y en consecuencia sean Derecho positivo. Aquí es donde yo advierto más contradicciones en el pensamiento del profesor Peces-Barba, a la hora de conceptualizar esos “valores superiores” y a la hora de acotar el sentido que tienen los valores superiores en nuestra Constitución³⁹.

Primero nos dice que los “valores superiores” **no son un ideal, no son un consejo ni una orientación**, sino que tienen carácter normativo, es decir, son auténticas normas jurídico-positivas.

A continuación afirma que los “valores superiores” “representan los ideales que una comunidad decide erigir como sus máximos objetivos a desarrollar por el ordenamiento jurídico”.

Yo me esfuerzo en compatibilizar ambas cosas, pero la verdad es que no llego a saber si son o no son los “ideales” –ese horizonte utópico al que yo antes me refería– que se propone alcanzar el ordenamiento jurídico, o si son “normas” o si son “Ideales normativizados o positivizados”.

También señala que esos valores son normas, **pero no en su totalidad pues, en parte, siguen existiendo como dimensiones de la moralidad crítica de esos valores positivizados**. La verdad es que tampoco me resulta fácil saber hasta donde esos valores son normas y a partir de que momento esos mismos valores comienzan a ser moralidad crítica de esas normas.

No es ésta una temática fácil, tal vez por eso creo que merece la pena esforzarse en poner algo de luz ante tanta complejidad e intentar recomponer el espejo de la verdad roto en mil pedazos.

Primero habrá que conceptualizar esos valores superiores e intentar distinguirlos no solo de los llamados principios generales del Derecho –cosa, a mi juicio, relativamente fácil– sino también de los principios de justicia, –lo cual ya es más difícil–. Se ha escrito mucho sobre la distinción entre principios y reglas, –aunque la cuestión sigue estando muy poco clara–, pero se ha escrito muy poco sobre la distinción entre valores y principios.

El profesor Peces-Barba⁴⁰ analiza los valores superiores en relación con los “principios generales” –tal como aparecen recogidos en el artículo 9.3 de la C.E.–, en relación con los principios rectores de la política social y económica –Capítulo III del Título I–, y en relación con los principios señalados en los artículos 103.1; 117.5; 132.1 (eficacia, jerarquía, descentrali-

³⁹ Cfr. G. PECES-BARBA, *Los valores superiores*, op. cit., pp. 42,43,44, y 45.

⁴⁰ Cfr. G. PECES-BARBA, *Los valores superiores*, op. cit., pp. 39 y ss.

zación, unidad jurisdiccional, inalienabilidad, imprescriptibilidad etc.). Entiende que no se pueden confundir, porque estos principios generales no poseen el alcance de totalidad ni de fundamentalidad que poseen los valores superiores; y porque esos principios son, en palabras de Carrió, que él cita y comparte, “generalizaciones ilustrativas obtenidas a partir de las reglas del sistema”, es decir, son principios extraídos de ese ordenamiento jurídico.

Precisamente la confusión, dice Peces-Barba, entre valores y principios se hubiese producido de haber sustituido en el texto constitucional “valores superiores” por “principios” tal como pretendía el senador Cela, apoyado por UCD, y por el senador Villar Arregui.

La verdad es que la expresión “principios jurídicos” ha venido siendo utilizada con muchos y muy diversos significados⁴¹. Yo me atrevería a simplificar y a reducir estos significados a dos: “Principios Generales” –entendidos como normas muy generales, como normas vagas, como normas pragmáticas y como normas jerárquicamente superiores– y “Principios de Justicia” –entendidos como principios que expresan y recogen los valores superiores de un ordenamiento–.

Teniendo esto en cuenta, tal vez, apunto yo, el senador Cela utilizaba la expresión principios no como “principios generales”, sino como “principios de justicia” en cuyo caso la confusión, a la que hace referencia el profesor Peces-Barba, sería sustancialmente menor.

Por otra parte sé que en la doctrina no se han hecho diferencias claras entre los “principios de justicia” (en adelante “principios”) y los valores; creo que tanto los valores como los principios tienen una gran carga de idealidad y de abstracción, que independientemente de la concreción histórica que puedan presentar, hacen muy difícil su tratamiento. No obstante, yo utilizaría el término valor para señalar ese extremo más teórico, más ideal y menos práctico o material, y dejaría –dentro de esa jerarquización– en un nivel inferior a los principios que tienen una mayor dimensión práctica. Creo que Robert Alexy⁴², cuando indica que “los principios y los valores son por tanto lo mismo, contemplado en un caso bajo un aspecto deontológico, y en otro caso bajo

⁴¹ Vid. M. ATIENZA, y J. RUIZ MANERO, “Sobre Principios y Reglas” recogido en la revista *Doxa*, núm. 10, principalmente las páginas 103 y ss.

⁴² R. ALEXY, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa*, núm. 5, pp. 139-151, en concreto la p. 145.

un aspecto axiológico”, está moviéndose en este sentido de mayor practicidad para los principios y mayor dimensión teórica en los valores.

Esa escala de concreción, de objetividad, de seguridad y sobre todo de racionalidad práctica comenzaría con las reglas jurídicas, continuaría con los principios y terminaría con los valores.

Partiendo, pues, de la abstracción, de la vaguedad, de la indeterminación etc. que comparten tanto los principios como los valores, la única diferencia entre éstos es ese plus de idealidad y de teoriedad y en definitiva de abstracción que tienen los valores en relación con los principios.

En la mayoría de los casos –lo que normalmente se llaman “casos fáciles”– las reglas son criterios concretos, claros, ciertos y seguros, en cuanto que configuran el supuesto de hecho de forma cerrada y pueden exigir un pleno cumplimiento. Y aunque haya necesidad de interpretarlas, sin embargo los criterios interpretativos que se emplean son criterios que gozan de un alto grado de consenso. Pero a medida que nos vamos alejando de ese nivel de certeza y nos vamos gradualmente adentrando en ese nivel de abstracción, de indeterminación, y de idealidad teórica, vamos perdiendo toda objetividad y toda claridad. Efectivamente cuanto más nos alejamos de ese extremo de concreción normativa, más nos vamos alejando –de forma gradual– del mundo jurídico y adentrándonos, cada vez más, en un mundo de moralidad, en un mundo prelegal, preformativo, cada vez más abstracto, más teórico, más cercano a la idea, y más alejado de todo tipo de objetividad y de materialidad, en definitiva un mundo más utópico por cuanto es irrealizable en su totalidad.

Avanzando en esa escala llegaríamos a los principios, más teóricos, más abstractos, más vacíos, más evidentes, sin contenido alguno objetivo y material, y en consecuencia sin capacidad de ser excepcionados. De ellos no se deduciría absolutamente nada, y por tanto no tendrían capacidad para servir de criterio para nada y para nadie. Y finalmente en el extremo más lejano de esa objetividad y claridad, y sobre todo de esa racionalidad práctica, estarían sin duda alguna los valores.

Muchos autores, prescindiendo de este mayor grado de idealidad y de este mayor nivel teórico de los valores, llegan a identificar principios y valores. Precisamente por esto, no es de extrañar que los principios –en el mundo del Derecho y como criterios de regulación de las conductas– tengan hoy una imagen bastante negativa. Y por eso mismo tampoco es de extrañar que unos los califiquen de oscuros, otros de impenetrables, otros de vacíos, y fi-

nalmente algunos, como el profesor Hernández Marín, lleguen a negar su misma existencia⁴³.

Yo si se trata de distinguir entre principios y valores por una parte y reglas jurídicas por otra, no veo inconveniente alguno en identificar los valores con los principios, dejando esos matices diferenciadores entre principios y valores para una reflexión posterior.

RACIONALIDAD DEL DISCURSO PRÁCTICO

Hay un movimiento doctrinal bastante amplio, que hemos ido reflejando a lo largo de este trabajo, que pretende confundir “principios-valores” con normas jurídicas. Yo creo que la razón de todo este confucionismo está en situar a los “principios-valores” y a las reglas en la relación de lo fundamental a lo fundamentado, y de lo general a lo particular, es decir, en una relación de deductivismo o inductivismo⁴⁴. Parece que lo particular se va deduciendo de lo general conforme a un rigor lógico deductivo ya expuesto por Aristóteles.

Pero hay que tener en cuenta que la razón no aparece a escala de un “principio-valor” que se desarrolla en un plano puramente teórico, porque de un “principio-valor” nada se puede deducir sino su propia reiteración, precisamente por eso no pueden tener excepciones. La razón comienza a actuar en el discurso práctico, por eso no tiene sentido partir de una idea de ciencia en un sentido antiguo o aristotélico, es decir, como un saber que partiendo de unos principios o axiomas es capaz de deducir toda una serie de proposiciones ordenadas sistemáticamente.

⁴³ Vid. R. HERNÁNDEZ MARÍN, *Historia de la Filosofía del Derecho contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1986. Vid. también a L. PRIETO SANCHÍS, *Sobre Principios y Normas: Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 20, donde señala varios autores y corrientes contrarias a los principios.

⁴⁴ Estoy de acuerdo con R. Hernández Marín cuando señala que la primera crítica que se le puede hacer a los principios jurídicos es que “una golondrina no hace verano, que de un conjunto de entidades proposicionales particulares no es deducible una entidad proposicional general de la cual se deduzcan esas entidades proposicionales particulares y otras entidades proposicionales particulares distintas”...Para este autor “pensar que, además de las disposiciones legales particulares, existen principios jurídicos abstractos que inspiran o se realizan en esas disposiciones es como pensar que, además de los animales (o plantas) particulares, existe un animal (o planta) abstracto que inspira o se realiza en aquellos”. En R. HERNÁNDEZ MARÍN, *Historia de la Filosofía del Derecho contemporánea*, op. cit., p. 311.

Gustavo Bueno nos dice que “la distinción entre principios y reglas no puede reexponerse meramente a partir de la oposición entre lo general y su aplicación (o *progressus*) a lo particular; o bien, a partir de la oposición entre lo particular dado y su regreso a los principios generales”⁴⁵.

La relación existente entre “principios-valores” y reglas –relación y distinción que está presente en todos los campos del saber– es más bien la que existe entre lo especulativo y lo práctico. De ahí que, dado el carácter teórico y abstracto de los “principios-valores”, es posible que exista coincidencia en los “principios-valores” y discrepancia en las reglas o a la inversa es posible coincidir en reglas o juicios prudentiales y discrepar de forma radical en los “principios-valores”. La relación entre los “principios-valores” y las reglas (o consecuencias prácticas) no es lineal sino más bien circular y dialéctica, los principios lo son en función o en virtud de las consecuencias prácticas a través de su alianza con otros principios.

Yo comparto totalmente la idea expuesta por G. Bueno al afirmar que el único criterio absoluto de diferenciación entre “principios-valores” y reglas es precisamente que los “principios-valores” no tienen excepciones, mientras que las reglas sí tienen excepciones, y además estas excepciones suponen la confirmación de esas reglas. El hecho de que los “principios-valores” no tengan excepciones se debe sin duda a su carácter teórico y abstracto. “Lo que se considera como una excepción a los principios no sería tal sino, más bien, el resultado de la composición, en una coyuntura determinada, de un principio con otros (no cabe conceptuar a una masa que asciende hacia las nubes –un cohete, un avión, una piedra– como una excepción a la ley de la gravedad, según la cual todos los cuerpos pesados tienden a descender hacia el centro de la tierra; ni cabe considerar una excepción al principio de la inercia, al planeta que describe una órbita elíptica). Las reglas, en cambio, tienen excepciones, porque las alternativas sobre las que ellas deciden no suelen ser disyuntivas, ni claras ni distintas, y caben coyunturas límites”⁴⁶.

El punto de partida en el razonar práctico no está en los “principios-valores”, como muchas veces se piensa, sino en las reglas o los juicios prácticos que ya poseen su propia fuerza como argumentos de razón. La racionalidad no es algo externo a las reglas, y como las reglas van referidas a

⁴⁵ G. BUENO, “Principios y reglas generales de una Bioética materialista”, *Revista El Basilisco*, 2ª época, núm. 25, p. 61-72, en concreto la p. 65.

⁴⁶ *Ibidem* p. 68.

contextos pragmáticos, es lógico que la razón comience a actuar en el discurso entre distintos cursos de acción. Las reglas implican por sí mismas el ejercicio de la razón consistente en la confrontación o comparación de rutinas diferentes mediante el discurso como cálculo de consecuencias, para así poder llegar a una “rutina victoriosa”. Por lo tanto, tendremos que reconocer que la regla implica ya, por sí misma, el ejercicio de la razón, consistente en la confrontación o comparación de rutinas diferentes mediante el discurso en cuanto cálculo de consecuencias. Y que, al final, las reglas son “rutinas victoriosas” para una determinada acción, insertas o basadas en razones para la acción.

Las reglas son consecuencias del ejercicio de la razón, y estas consecuencias son criterios prácticos de la acción, para encauzar de una determinada manera la conducta. Estas reglas son siempre algo indeterminadas, algo imprecisas y algo borrosas, pues están fijadas dentro de unos niveles de racionalidad, pero siempre de forma apriorística, es decir, con anterioridad a la realización del supuesto de hecho al que, en principio, pretenden regular. Por eso una de las notas clásicas de las reglas jurídicas es la “generalidad”.

Todos esos grados de imprecisión, y toda esa textura abierta de las reglas debe ser cerrada una vez que se conozca, se interprete y se valore el supuesto de hecho. Y esto debe ser hecho por el juez con un pequeño grado de discrecionalidad, pero dentro de la racionalidad.

Volviendo, pues, a los principios y a los valores, parece que estamos en un mundo de abstracción, de vaguedad, de indeterminación, de idealidad, de moralidad, de falta de racionalidad práctica al no poder concluir de ellos absolutamente nada salvo su propia reiteración y al no poder presentar ni una sola excepción a los mismos.

Pues bien de todas estas notas o características yo creo que los valores tienen un plus en relación con los principios, de acuerdo con esa escala que habíamos establecido al principio. El mismo Peces-Barba participaría de esta idea cuando habla de la idea de totalidad de los valores superiores, diciendo que éstos son el todo y los demás principios o las demás notas definitorias del Estado de Derecho son partes de ese todo. Ese plus me permite ver en los valores de libertad, justicia igualdad, pluralismo político etc., y en consecuencia en el artículo 1.1 de la C.E., el horizonte utópico del Derecho. Esa utopía que me sirve de guía para caminar, que cuanto más nos acercamos a ella más se aleja para que sigamos caminando, pues la felicidad consiste en alcanzar logros y en luchar para alcanzar más.

Y yo me pregunto ¿tiene sentido defender que esta “totalidad” o esta utopía es una norma jurídica? ¿Tiene sentido mantener que ese máximo de idealidad, de abstracción, de moralidad y de falta de racionalidad práctica es Derecho positivo porque viene recogido en el artículo uno de la Constitución? Sinceramente pienso que no. Para el profesor Peces-Barba el artículo 1.1 de la C.E. está positivizando esos valores que tienen un fundamento racional e histórico representado por el consenso del constituyente ratificado luego en referéndum. En mi opinión el consenso es fácil obtenerlo a ese nivel teórico y de evidencia. Prueba de ello es que esos valores no son solo la perspectiva ético-jurídica del Estado social y democrático de Derecho, sino que también pueden ser el estandarte y la perspectiva de cualquier sistema jurídico-político –por muy totalitario y dictatorial que sea– y no solo del democrático y social. Sin embargo, la racionalidad solo se desarrolla, como ya hemos señalado, en el ámbito práctico y material, y eso es lo importante: ver como se concreta en el mundo práctico esa justicia teórica, y aquí el consenso es ya bastante más difícil.

Yo más bien creo que no se están positivizando unas ciertas exigencias éticas o de justicia, lo que de forma general podríamos llamar un “Derecho Natural”, sino que se está iusnaturalizando el Derecho Positivo, es decir, se está introduciendo el Derecho positivo en una esfera de moralidad abstracta, teórica o ideal, y en definitiva utópica, más propia de una etapa prelegal que de una auténtica etapa jurídica, preocupada, en primer lugar, por la seguridad jurídica.

La utopía de libertad, de justicia, de igualdad, etc., no es positivizable, por mucho que el profesor Peces-Barba nos diga que estos valores no son entendidos en abstracto, sino concretados en la historia de la cultura jurídico-política de nuestra comunidad. Esta concreción histórica se lleva a cabo a través de las normas jurídicas, pero no a través de los valores teóricos e ideales. Estaríamos ante el eterno problema que se planteó el pensamiento filosófico-jurídico griego y cristiano (patrística y escolástica) al intentar hacer compatible la tajante oposición entre un Derecho Natural inmutable y el condicionamiento histórico de todo orden jurídico⁴⁷.

Para terminar, y a modo de conclusión, yo diría que los valores superiores recogidos en el artículo 1.1 de C.E. (libertad, justicia, igualdad etc.) fun-

⁴⁷ Vid. J. DELGADO PINTO, *Estudios de Filosofía del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, en especial las páginas 13-114. Vid también M. RODRÍGUEZ MOLINERO, *Derecho Natural e Historia en el Pensamiento Europeo Contemporáneo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973.

cionan como horizonte utópico del Derecho –de ahí que la doctrina venga resaltando su carácter de elementos de optimización–, y como tal horizonte utópico –en su totalidad y fundamentalidad–, no puede figurar ni ser recogido nunca como una norma jurídico-positiva, lo contrario a mi me parece un auténtico “desafuero jurídico”.

LUIS MARTÍNEZ ROLDÁN

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas

Campus del Cristo S/N

33006 OVIEDO

e-mail: roldan@correo.uniovi.es

REFLEXIONES EN TORNO AL CONCEPTO DE TERRORISMO A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO

REFLECTIONS ON THE CONCEPT OF TERRORISM IN THE LIGHT OF CURRENT INTERNATIONAL LAW

FRANCISCO J. BARIFFI*
Universidad Carlos III de Madrid

Fecha de recepción: 11-06-2007

Fecha de aceptación: 2-09-2007

Resumen: *El objeto del trabajo se centra, principalmente, en el concepto legal de terrorismo internacional desde una perspectiva general, asumiendo, como punto de partida, la dificultad que supone la carencia de una norma escrita y vinculante al respecto. Consecuentemente, se emprende un análisis de las diferentes fuentes del ordenamiento jurídico internacional que, aunque no abordan de un modo específico el concepto de general de terrorismo, lo hacen de modo indirecto. A dichos fines, el autor emprende una revisión transversal de diferentes normas de derecho internacional general, bien sean convencionales o consuetudinarias, así como, de derecho internacional especial como el derecho internacional humanitario, derecho internacional de los derechos humanos, o el derecho penal internacional, con el objeto de identificar los caracteres básicos de una norma consuetudinaria que prohíba y tipifique internacionalmente el crimen de terrorismo desde una perspectiva general.*

Abstract: *As its main purpose, the present work primarily focuses on the concept of international terrorism from a general perspective assuming, as a starting point, the difficulties arising from the lack of any written conventional norm in this respect. Consequently, an analysis is carried out of the different sources of the international legal system that, while not specifically, indirectly address the definition of terrorism from a general perspective. For such purpose, the author performs a mainstreaming review of the different norms of general*

* El autor agradece los comentarios y el apoyo brindado por el profesor Fernando MARIÑO MENÉNDEZ (Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad Carlos III de Madrid) en la elaboración del presente trabajo.

international law, whether conventional or customary, as well as, of especial international law such as international humanitarian law, international human rights law, or international criminal law, in order to identify the main features of a basic customary norm prohibiting and typifying the crime of terrorism from a general perspective, at the international level.

Palabras Clave: terrorismo, derecho internacional humanitario, derechos humanos, crímenes internacionales, derecho penal internacional, piratería

Keywords: terrorism, international humanitarian law, human rights, international crimes, international criminal law, piracy

1. INTRODUCCIÓN

Como claramente lo expresara el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin (De aquí en más “Relator Scheinin”) “Es especialmente preocupante (...) que los repetidos llamamientos de la comunidad internacional en los que se pide que se tomen medidas para acabar con el terrorismo puedan, debido a la falta de una definición universal y global del término, resultar perjudiciales para los derechos humanos. Si no se define el término, puede entenderse que los llamamientos de la comunidad internacional a combatir el terrorismo dejan la definición al criterio de cada Estado. Ello entraña el peligro de que se produzcan violaciones no intencionadas de los derechos humanos e incluso una tergiversación deliberada del término”¹.

Los cambios experimentados por la comunidad internacional con posterioridad al 11 de septiembre, evidencian que las preocupaciones señaladas son más bien reales que hipotéticas². La reciente noción de “guerra contra el terrorismo”, los asesinatos selectivos, los ataques preventivos, la abducción

¹ Cfr. Informe Relator SCHEININ E/CN.4/2006/98, de 28 de diciembre de 2005, párrafo 27.

² Véase por ejemplo, los comentarios del Relator SCHEININ ante el Comité contra el Terrorismo sobre tendencias actuales en la lucha contra el terrorismo en Informe Relator SCHEININ E/CN.4/2006/98, de 28 de diciembre de 2005, párrafo 56, o sus recientes comentarios en relación con la utilización de perfiles en el contexto de la lucha contra el terrorismo, o en relación con los atentados suicidas y las políticas de tirar a matar en Informe del Relator SCHEININ A/HRC/4/26 de 29 de enero de 2007; también véase los recientes comentarios de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, A/HRC/4/88 de 9 de marzo de 2007.

ilegal de presuntos terroristas para su interrogación con habituales prácticas de tortura, la deportación inmediata de no nacionales sin control judicial, las detenciones por tiempo indeterminado, el establecimiento de centros de detención sin control judicial alguno, son algunos ejemplos de prácticas llevadas a cabo, y en ocasiones, defendidas públicamente por parte de Estados de la comunidad internacional como medios para derrotar al terrorismo.

Desde una perspectiva de derecho internacional, las mencionadas prácticas han provocado una aparente fractura entre los dos campos jurídicos que tienen como principal objetivo velar por el respeto de ciertos derechos mínimos del hombre, bien sea en tiempo de paz (derecho internacional de los derechos humanos), o en el contexto de un conflicto armado (derecho internacional humanitario), dando lugar a algo así como un tercer campo jurídico a mitad de camino entre uno y el otro³. Ello, sin considerar su dudosa base legal y filosófica, amenaza con traer incertidumbre y confusión en la aplicación del derecho internacional al fenómeno terrorista⁴.

El presente trabajo intenta demostrar que si bien el derecho internacional convencional actual no contempla una definición general de terrorismo, una interpretación comprensiva de las normas convencionales y consuetudinarias de derecho internacional general, de derecho internacional humanitario y de derecho internacional de los derechos humanos, permite identificar con cierta certeza qué actos de violencia ilegítima deben ser considerados como terrorismo.

2. EL TERRORISMO DESDE UNA APROXIMACIÓN GENERAL

En el derecho internacional contemporáneo pueden identificarse claramente dos tipos de aproximaciones relativas a la definición legal de terrorismo, vale decir, una aproximación de tipo general, y una aproximación de tipo específica. Cabe destacar que estos dos tipos de aproximaciones pueden presentarse de forma conjunta y complementaria.

³ Véase al respecto: M. PÉREZ GONZÁLEZ & J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE, "El caso de los detenidos de Guantánamo ante el Derecho internacional humanitario y de los Derechos humanos", *Revista Española de Derecho Internacional*, núm 54.1, 2002, pp. 11-40.

⁴ Véase al respecto: G. ABI-SAAB, "The Proper Role of International Law in Combating Terrorism", en *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*, Ed., by A. BIANCHI, Hart Publishing, 2004, pp.xiii-xxii; R. CALDUCH CERVERA, "La incidencia de los atentados del 11 de septiembre en el terrorismo internacional", *Revista Española de Derecho Internacional*, núm 53.1, 2001, pp. 173-203; C. RAMÓN CHORNET, "La lucha contra el terrorismo internacional después del 11 de septiembre de 2001", *Revista Española de Derecho Internacional*, núm 53.1, 2001, pp. 273-288.

La aproximación específica identifica como terrorismo a un cierto tipo de actividades, como el secuestro y toma de rehenes, sin pretender buscar una definición general de terrorismo *per se*, mientras que la aproximación general busca arribar a una definición general de terrorismo, mediante referencia a criterios como la intención, la motivación etc. Mientras la primera de las aproximaciones es básicamente de tipo inductiva, la segunda es básicamente de tipo deductiva⁵.

El método deductivo se caracteriza por la utilización de un elemento sustantivo amplio y un elemento general de intencionalidad de orientación política. Está dirigido a abstraer las características generales del terrorismo cubriendo un amplio espectro de conductas criminales, pero solo bajo ciertas circunstancias (las descritas en el elemento de intencionalidad), dando como resultado un concepto auto-suficiente que sea válido como definición legal de una vez y para siempre. Por su parte, el método inductivo, se basa en descripciones relativamente precisas de la conducta que constituye el elemento sustantivo, omitiendo el elemento de motivación política. Este método no tiene vocación de abstracción, pero cubre un cierto tipo de conductas particulares que generarán un resultado jurídico independientemente de las motivaciones políticas⁶.

2.1. El concepto de terrorismo en el derecho convencional

El primer intento de recoger una noción general de terrorismo se remonta a 1937 en época de la Liga de las Naciones donde se adoptó una convención cuyo artículo 1.2 describía el terrorismo como: "Los hechos criminales dirigidos contra un Estado y cuyo fin y naturaleza es provocar el terror en personas determinadas, grupos de personas o en el público"⁷. La falta de ratificaciones sumada a la irrupción de la Segunda Guerra Mundial archivó la agenda del terrorismo hasta entrado los años 70s cuando esta vez bajo el amparo de las Naciones Unidas se sometió a consideración un borrador de Convención General pero que finalmente tuvo igual resultado negativo⁸.

⁵ B. GOLDBER & G. WILLIAMS, "What is Terrorism? Problems of Legal Definition", *University of New South Wales Law Journal*, núm 27.2, 2004, p.286.

⁶ G. LEVITT, "Is 'Terrorism' Worth Defining?", *Ohio Northern University Law Review*, núm 13, 1986, pp.108-109.

⁷ Cfr. *Convention for the Prevention and Punishment of Terrorism*, (League of Nations Doc. C546 M.383 1937 V (1937)). La Convención fue firmada por 23 Estados, pero ratificada por solo dos de ellos por lo que nunca entró en vigor.

⁸ Cfr. *Draft Convention for the Prevention and Punishment of Certain Acts of International Terrorism* (UN Docs A/C.6/L.850 (1972)).

Sin embargo, existen importantes resoluciones de las Naciones Unidas que han recogido aunque de forma indirecta algunas cuestiones relativas a la definición de terrorismo desde una perspectiva general. Entre las más importantes, cabe desatacar la “Declaración sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional” de 1994, donde se declara solemnemente que “los actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas son injustificables en todas las circunstancias, cualesquiera sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer para justificarlos”⁹. En 1996 esta declaración es complementada creando asimismo un Comité Especial con mandato para elaborar convenciones específicas (mandato que ha sido cumplido) así como para estudiar medios de desarrollar más un marco jurídico amplio de convenciones relativas al terrorismo internacional¹⁰. En este contexto, el Comité Especial viene consolidando un texto de borrador de Convenio General sobre el Terrorismo Internacional que, aunque en fase de negociación, tipifica el delito de terrorismo en los siguientes términos: “quien ilícita e intencionalmente y por cualquier medio cause: a) La muerte o lesiones corporales graves a otra persona o personas; o b) Daños graves a bienes públicos o privados, incluidos lugares de uso público, instalaciones públicas o gubernamentales, redes de transporte público, instalaciones de infraestructura o el medio ambiente; o c) Daños a los bienes, lugares, instalaciones o redes a que se hace referencia en el apartado precedente, cuando produzcan o puedan producir un gran perjuicio económico; en caso de que el propósito de tal acto sea, por su naturaleza o contexto, intimidar a la población u obligar a un gobierno o una organización internacional a hacer o dejar de hacer algo”¹¹. No obstante, como lo demuestran los recientes documentos de Naciones Unidas, no existe un nivel de consenso que permita presagiar una solución a corto plazo¹².

⁹ Cfr. A/RES/49/60, 17 de febrero de 1995.

¹⁰ Cfr. A/RES/51/210 16 de enero de 1997.

¹¹ Cfr. A/59/894, de 12 de agosto de 2005, Apéndice II, Proyecto de convenio general contra el terrorismo internacional, Texto consolidado elaborado por el coordinador a los efectos del debate, pp.10-11.

¹² Sobre información actualizada respecto de las negociaciones internacionales sobre terrorismo en el marco de las Naciones Unidas, véase Comité Especial sobre Medidas para Eliminar el Terrorismo Internacional, establecido por la Asamblea General en su resolución 51/210 de 17 de diciembre de 1996, en (<http://www.un.org/law/terrorism/>)

La resolución 1373 (2001) adoptada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre la base del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, con posterioridad a los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 se ha convertido, debido sobre todo a su carácter obligatorio para los Estados, en un instrumento de gran relevancia jurídica pero que a pesar de las constantes referencias a los “actos terroristas”, no logra determinar su significado, dejando su tipificación a los propios Estados¹³. Sin embargo, como destaca el Relator Scheinin, la solución a la falta de definición general de terrorismo “puede hallarse en la resolución 1566 (2004) del Consejo de Seguridad que, aunque no tiene por objeto definir “terrorismo”, insta a los Estados a que cooperen plenamente en la lucha contra el terrorismo y, de este modo, prevenir y sancionar los actos que reúnan estas tres características de manera acumulativa:

- a) Actos, inclusive contra civiles, cometidos con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes; y
- b) Actos cometidos, independientemente de toda justificación por consideraciones de índole política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa u otra similar, con la intención de provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinada persona, intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto, o a abstenerse de realizarlo; y
- c) Actos que constituyan delitos definidos en las convenciones y los protocolos internacionales relativos al terrorismo y comprendidos en su ámbito”¹⁴.

Por ello y ante la carencia de un instrumento jurídicamente vinculante las respuestas relativas a las obligaciones internacionales de los Estados con respecto a la tipificación y represión del crimen de terrorismo desde una perspectiva de derecho internacional, así como, a las normas de derecho internacional sobre responsabilidad individual de los “terroristas”, deben buscarse o bien en el derecho consuetudinario, o bien a través del marco normativo del llamado “derecho internacional de los derechos humanos”, y el “derecho internacional humanitario”.

¹³ Cfr. S/RES/1373 (2001), 28 de septiembre de 2001.

¹⁴ Cfr. Informe Relator SCHEININ E/CN.4/2006/98, de 28 de diciembre de 2005, párrafo 37; sobre la base de la Resolución S/RES/1566 (2004).

2.2. El concepto de terrorismo en el derecho internacional consuetudinario

Para algunos autores la reciente historia en torno al crimen de terrorismo no demuestra una falta de acuerdo respecto de la definición del mismo, sino más bien evidencia una falta de acuerdo en cuanto a las excepciones. Es decir que no hay falta de acuerdo respecto de qué actos deben considerarse como terroristas sino más bien una falta de acuerdo sobre qué actos, que podrían quedar comprendidos en la definición general, deberían encontrarse justificados¹⁵. Ante esta perspectiva la doctrina se divide entre aquellos que opinan que dicho desacuerdo no permite arribar a una definición¹⁶, y aquellos quienes afirman que es posible, a pesar de ello, identificar una definición general¹⁷.

¹⁵ Véase, por ejemplo: A. CASSESE, "Terrorism as an International Crime", en *Enforcing International Law Norms Against Terrorism, cit.*, pp. 214-215.

¹⁶ [...no definition of terrorism can possibly cover all the varieties of terrorism that have appeared throughout history...it is a hopeless undertaking to provide a general theory of political terrorism...such definition does not exist nor will it be found in the foreseeable future...] W. LAQUEUR, *Terrorism*, Little, Brown & Company, Boston 1997, pp.6-7; por su parte Baxter al referirse al concepto de terrorismo afirma: [...The term is imprecise; it is ambiguous; and, above all, it serves no operative legal purpose...], R. BAXTER, "A skeptical look at the concept of terrorism", *Akrom Law Review*, núm 7, 1974, p. 380; para Higgins [...Terrorism is a term without legal significance. It is merely a convenient way of alluding to activities, whether of State or of individuals, widely disapproved of and in which either the methods used are unlawful, or the targets protected, or both...] R. HIGGINS, "The General International Law of Terrorism", in *Terrorism and International Law*, Higgins & Flory (eds), 1997, p.28.

¹⁷ [...It is true that various definitions of terrorism have been proposed or adopted and that no single inclusive definition of international terrorism has been accepted by the United Nations or in a general accepted multilateral treaty. In my opinion, this does not mean that international terrorism is not identifiable. It has a core meaning that all definitions recognize. It refers to the threat or use of violence in order to create extreme fear and anxiety in a target group so as to coerce them to meet the political objectives of the perpetrators...], O. SCHACHTER, "The extraterritorial use of force against terrorist bases", *Houston Journal of International Law*, núm 11, 1988-1999, p.309; [...Logically, to say that because there is no consensus on the exception a general notion has not evolved would be a misconception. It is as if one were to say that, since in international criminal law it is doubtful whether murder may exceptionally be justified by duress, as a result one could not define murder...] A. CASSESE, "Terrorism as an International Crime", en *Enforcing International Law Norms Against Terrorism, cit.*, pp. 214-215.

Sin perjuicio de lo dicho anteriormente, la existencia de instrumentos internacionales específicos relativos a ciertos tipos de terrorismo¹⁸, los diferentes convenios regionales sobre terrorismo¹⁹, las referencias al terrorismo sin ningún tipo de calificación en disposiciones convencionales²⁰, las referencias al terrorismo en resoluciones y documentos de Naciones Unidas²¹, y la gran cantidad de ordenamientos nacionales que cuentan con leyes específicas antiterroristas (y su respectiva jurisprudencia)²², podría ser indicativo de que nos encontramos pro-

¹⁸ Esta cuestión se analiza específicamente en el punto 3 *infra*.

¹⁹ *Convención Árabe para la Lucha contra el Terrorismo*. Adoptada por el Consejo de Ministros de Interior y el Consejo de Ministros de Justicia de la Liga Árabe en El Cairo, Egipto, el 22 de abril de 1998, en vigor desde el 7 de mayo de 1999; *Convención Europea para la Supresión del Terrorismo*, 15 *International Legal Materials* 1976, p. 1272; *Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo Configurados en Delitos contra las Personas y la extorsión Conexa cuando estos tengan Trascendencia Internacional*, Suscrita en el Tercer Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, celebrada en Washington, DC, el 2 de febrero de 1971; *Convención Interamericana contra el Terrorismo*, Trigésimo Segundo Período Ordinario de Sesiones, OEA/Ser.P 2 de junio de 2002, Bridgetown, Barbados, 3 junio 2002.

²⁰ Tal es el caso del artículo 33.1 del Cuarto Convenio de Ginebra de 1949, el artículo 4.2.d del Segundo Protocolo Adicional de 1977, el artículo 4 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Rwanda. [...if all these treaties speak of "terrorism" or "acts of terrorists" without specifying what is covered by this notion, it means that the draftsman had fairly clear idea of what they were prohibiting...] A. CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford, 2003, p. 121.

²¹ Por ejemplo y solo por mencionar las más recientes: S/RES/1566 (2004) "Amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo"; S/RES/1540 (2004) "No proliferación de las armas de destrucción en masa"; S/RES/1535 (2004) "Amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo"; S/RES/1530 (2004) "Amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo"; S/RES/1526 (2004) "Amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo"; S/RES/1516 (2003) "Amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo"; S/RES/1465 (2003) "Amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo"; S/RES/1456 (2003) "Reunión de alto nivel de Consejo de Seguridad: la lucha contra el terrorismo"; S/RES/1455 (2003) "Amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo"; S/RES/1452 (2002) "Amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo"; S/RES/1450 (2002) "Amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo"; S/RES/1440 (2002) "Amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo"; S/RES/1438 (2002) "Amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo"; S/RES/1377 (2001) "Esfuerzos mundiales para combatir el terrorismo"; S/RES/1373 (2001) "Amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo", S/RES/1368 (2001) "Amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo".

²² Por una visión de normas antiterroristas en el derecho comparado véase, B. GOLDBER & G. WILLIAMS, "What is Terrorism? Problems of Legal Definition", *cit.*, pp.275-286.

bablemente ante una norma de derecho consuetudinario. Esta tesis es defendida entre otros por Cassese quien esboza una definición general de terrorismo internacional basándose en tres elementos básicos a saber: a) los actos deben constituir un tipo penal de conformidad con la mayoría de los ordenamientos nacionales (por ejemplo, asalto, asesinato, secuestro, toma de rehenes, extorsión, bombardeo, tortura, incendios provocados, etc.); b) dichos actos deben ser dirigidos a sembrar el terror (es decir, miedo e intimidación) mediante la utilización de la violencia o la amenaza contra un Estado, el público en general, o un grupo particular de personas; c) dichos actos deben ser de motivación política, religiosa, o ideológica, y no ser realizados por motivos meramente privados²³.

También el profesor Mariño defiende la idea de que el terrorismo internacional "constituye un crimen de derecho internacional consuetudinario", y que por lo tanto, "no hay que estimar que la ausencia de una definición jurídica del mismo, aún no establecida por medio de un tratado internacional de alcance general, impida la represión estatal prácticamente en todos los supuestos de uso de la violencia armada (fuera de los conflictos armados) en forma extrema, de modo indiscriminado, contra personas inocentes o indefensas y con una finalidad política determinada"²⁴.

Pero el problema existente en torno a una definición general de terrorismo excede lo meramente semántico, para proyectarse a lo pragmático, político y filosófico. Desde un punto de vista pragmático la aproximación específica o inductiva relativa al concepto de terrorismo es la que ha permitido, por un lado, algún tipo de acción internacional para su prevención, y sanción²⁵, mientras que por otro lado, ha permitido respuestas inmediatas al desarrollo de nuevas formas de terrorismo como el 'bio-terrorismo', el 'cyber-terrorismo' o el 'terrorismo nuclear'²⁶.

²³ A. CASSESE, *International Criminal Law, cit.*, nota 20, pp. 120-125; en conformidad O. SCHACHTER, "The extraterritorial use of force against terrorist bases" *cit.*, p. 309.

²⁴ F. MARIÑO MENÉNDEZ, "Los límites a la noción formal de Orden Público Internacional", en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005, p.826 (nota pie n° 1).

²⁵ *Legal Responses to International Terrorism, U.S. Procedural Aspects*, C. BASSIOUNI, (Ed.), Martinus Nijhoff Publishers, 1988.

²⁶ D. BOZONELOS & G. STOCKING, "The Effects of Counter-Terrorism on Cyberspace: A Case Study of Azzam.com", *Journal of the Institute of Justice & International Studies*, núm 3, 2003, pp. 88-98; B. KELLMAN, "An International Criminal Law Approach to Bioterrorism", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, núm 25, 2001-2002, pp. 721-742; L. R. BERES, "On International Law and Nuclear Terrorism", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, núm. 24.1, 1994-1995, pp. 1-36.

Desde el punto de vista político el concepto de terrorismo, y especialmente, la íntima relación de actividades terroristas con procesos de autodeterminación o de liberación nacional, ha generado históricamente una oposición por parte de ciertos países del Tercer Mundo quienes han buscado excluir de una noción general aquellos actos atribuibles a los llamados ‘movimientos de liberación nacional’ dirigidos a liberarse del dominio ilícito de una potencia colonial o extranjera²⁷. Por último, desde el punto de vista filosófico, el concepto de terrorismo puede resultar de vital importancia al momento de intentar fundamentar su justificación o injustificación moral²⁸.

2.3. El terrorismo en el derecho internacional humanitario (DIH)²⁹

Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos adicionales de 1977³⁰, solo se refieren a los actos de terrorismo de modo expreso en dos ocasiones. En primer lugar en el artículo 33 del IV Convenio de Ginebra al prohibir “...los castigos colectivos, así como toda medida de intimidación o de

²⁷ R. A. FRIEDLANDER, “Terrorism and National Liberation Movements: Can Rights Derive from Wrongs”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, núm 13, 1981, pp. 281-289; M. HALBERSTAM, “The Evolution of the United Nations Position on Terrorism: From Exempting National Liberation Movements to Criminalizing Terrorism Wherever and by Whomever Committed”, *Columbia Journal of Transnational Law*, núm 41, 2002-2003, pp. 573-584.

²⁸ [...It is crucial to separate three important philosophical problems about terrorism. The first is the problem of the nature of terrorism. The second concerns the moral justification of terrorism, The third concerns the possible role of terrorism...] A. J. CORLETT, *Terrorism: A Philosophical Analysis*, Kluwer Academic Publishers, 2003, pp. 114-115.

²⁹ En este punto por DIH se hace referencia al denominado Derecho de Ginebra cuyo principal objetivo es la protección de las personas y bienes, víctimas de la acción hostil, Véase J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “Fuentes del derecho internacional humanitario”, en *Derecho Internacional Humanitario*, RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO (Coord.), Tirant Lo Blanc, Valencia, 2002, pp. 61-67.

³⁰ Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, Aug. 12, 1949, U.N.T.S. 31; Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of the Armed Forces at Sea, Aug. 12, 1949, U.N.T.S. 85; Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, Aug. 12, 1949, U.N.T.S. 135; and Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Aug. 12, 1949, U.N.T.S. 287; Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), June 8, 1977, 1125 U.N.T.S. 609; Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), June 8, 1977, art. 6(5), 1125 U.N.T.S. 609.

terrorismo...”, y en segundo lugar en el artículo 51.2 del Protocolo I sobre protección de la población civil al prohibir “...los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil...”. No obstante como destaca Rodríguez Villasante, dichas disposiciones “expresan la prohibición en términos contundentes”³¹. Asimismo, y sin perjuicio de que el DIH utilice expresamente el término de actos de terror, debemos incluir dentro del concepto general de terrorismo todas aquellas situaciones donde se contemplen actos típicamente terroristas³².

La lectura de las disposiciones del DIH señaladas anteriormente, parecen indicar que la prohibición del terrorismo, en dicho contexto, se enfrenta ante una doble limitación. Por un lado, la prohibición se aplica o restringe al contexto de un conflicto armado de carácter internacional, y por otro lado, la prohibición, en principio, se contempla en relación con actos que son dirigidos contra la población civil. En opinión de Gasser, los actos terroristas no tienen que afectar necesariamente o exclusivamente a personas civiles o a la infraestructura civil. También los miembros de las fuerzas armadas se encuentran protegidos contra el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios, así como también se encuentran protegidas las personas que han dejado de combatir o que están en poder de la parte adversa, sea como heridos o enfermos, como detenidos o como habitantes de un territorio ocupado³³. En lo que respecta al carácter internacional o no del conflicto armado, la doctrina

³¹ J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “Introducción”, en VVAA., *Lucha Contra el Terrorismo y Derecho Internacional*, Ministerio de Defensa, 2006, p. 24.

³² Por ejemplo en el IV Convenio de Ginebra de 1949: el artículo 34 que prohíbe la toma de rehenes; el artículo 33.2 que prohíbe la rapiña; el artículo 33 *in fine* que prohíbe las represalias contra las personas protegidas y sus bienes; y en el Protocolo adicional I de 1977: el artículo 75 que prohíbe la violencia contra personas que estén en poder de una Parte en conflicto y que no disfruten de un trato más favorable en virtud del DIH; el artículo 54 que prohíbe atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, y el artículo 56 que prohíbe el ataque contra obras o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, cuando tales ataques puedan producir la liberación de aquellas fuerzas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil.

³³ H. P. GASSER, “Acts of terror, terrorism and international humanitarian law”, *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, vol. 84, núm 163, 2002, p. 557; en conformidad J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “Introducción”, cit., pp. 24-25; M. PÉREZ GONZÁLEZ, “Terrorismo y conflictos armados. La prohibición de los actos terroristas por el derecho internacional humanitario”, en VVAA., *Lucha Contra el Terrorismo y Derecho Internacional*, cit., pp. 93-94.

parece apoyar la idea de que las normas que prohíben los actos de terrorismo en los conflictos armados internos son prácticamente idénticas a las que se aplican en los conflictos armados internacionales, aunque el mencionado artículo 3 común no emplee la palabra terrorismo³⁴.

Sin perjuicio de lo dicho hasta aquí, es importante destacar que al menos de un modo residual o subsidiario, prácticamente todos los actos que generalmente son calificados como actos de terrorismo, quedan claramente prohibidos por los dos grandes principios sobre los que se basa el DIH³⁵. Por un lado, el principio relativo a que en el empleo de la violencia armada existen ciertos bienes y personas que se encuentran protegidos (no pueden ser objeto de dicha violencia)³⁶, y por el otro, el principio relativo a que el derecho de las partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado³⁷. Vale aclarar que estos principios se aplican independientemente del carácter (internacional o no internacional) del conflicto armado, del carácter del sujeto actuante (actores estatales o actores privados), y de la motivación o intencionalidad del acto (aterrorizar o causar una situación de caos). En dicho contexto, Sassòli ha ensayado una simple pero

³⁴ H. P. GASSER, "Acts of terror, terrorism and international humanitarian law", cit. nota 33, p.560; M. PÉREZ GONZÁLEZ, "Terrorismo y conflictos armados. La prohibición de los actos terroristas por el derecho internacional humanitario", cit., pp. 97-100; J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, "Introducción", pp. 25-26; M. SASSÒLI, *Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law*, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Harvard University, Occasional Paper Series, winter 2006, núm. 6, p. 15.

³⁵ [...el Derecho internacional humanitario establece con suficiente rigor y claridad unas reglas del juego sobre cuya base resultan identificables y condenables como crímenes de guerra las acciones terroristas...] M. PÉREZ GONZÁLEZ, "Terrorismo y conflictos armados. La prohibición de los actos terroristas por el derecho internacional humanitario", cit., pp. 84-85.

³⁶ [...desde el punto de vista jurídico, las reglas aplicables a la prevención y la represión de los actos terroristas, con independencia de que éstos sean perpetrados en una situación de guerra o de paz, descansan todas ellas en un principio esencial cual es el de la inviolabilidad de la población civil y de las personas civiles; de donde resultaría que el criterio de aplicación de esas reglas no residiría tanto en las condiciones en las que los ataques contra los civiles sería llevados a cabo (conflicto interestatal o violencia privada) cuando en sus efectos sobre esos civiles...] en *id.*, pp. 88-89.

³⁷ [...teniendo en cuenta que el derecho de las partes en conflicto a elegir los métodos y medios de hacer la guerra no es ilimitado, cabe la posibilidad de que ciertos actos de violencia bélica llevados a cabo contra quienes tienen derecho a combatir puedan ser calificados de actos terroristas, como sería el caso del empleo de armas o de métodos de hacer la guerra que, causando por su propia índole males superfluos o sufrimientos innecesarios, responda en las circunstancias del caso –teniendo en cuenta, por otra parte, la obligación de respetar el principio de proporcionalidad– a una intención deliberada de aterrorizar al enemigo...] en *id.*, pp. 93-94.

clara definición de terrorismo desde una perspectiva general: “Es terrorista todo acto, realizado en tiempo de guerra o de paz, que les sería prohibido a los combatientes en tiempo de guerra por las reglas del Derecho Internacional humanitario destinadas a proteger a los civiles”³⁸.

Ahora bien, si como sostiene Pignatelli y Meca para que se considere un acto como terrorismo es necesario como requisito inexcusable la “concur-rencia del elemento intencional o dolo específico consistente en que el propósito o finalidad del actor al hacer objeto a la población civil de los actos o amenazas de violencia sea, con carácter primordial o prevalente a cualquier otra, la de aterrorizarla”³⁹; y como se afirma más arriba, el DIH criminaliza ciertos actos de violencia contra la población civil independientemente de la motivación y del carácter estatal o no estatal del autor, entonces ¿cuál es el sentido de calificar una infracción como acto de terror cuando se dispone de otra calificación que aparentemente exige un nivel probatorio menor y eventualmente incluye una número de actores y situaciones más amplio?

La primera posible respuesta al interrogante planteado podría recaer en que a las infracciones descritas les corresponda una tipificación penal diferente, esto es crimen de terrorismo en el primer caso y crimen de guerra en el segundo. En el contexto del Derecho penal internacional, existen ciertas dudas sobre si los actos de terror descritos como tales por el DIH deben calificarse como terrorismo o como crimen de guerra. Mientras que en el caso de los actos de terror dirigidos contra la población civil (sea que se encuentre o no bajo ocupación enemiga) quedan descritos claramente los elementos característicos del terrorismo, los actos prohibidos contra los combatientes, así como los actos contra prisioneros de guerra no parecen distinguirse claramente del crimen de guerra. Para Cassese ciertos actos dirigidos contra combatientes estarían criminalizados no como crímenes de guerra, sino como un crimen de terrorismo diferenciado⁴⁰, aunque la doctrina mayoritaria

³⁸ M. SASSÒLI, “International Humanitarian Law and Terrorism”, en WILKINSON AND STEWARD, (eds), *Contemporary Research on Terrorism*, Aberdeen University Press, 1987, pp. 469-470.

³⁹ F. PIGNATELLI Y MECA F., “El terrorismo como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en VVAA., *Lucha Contra el Terrorismo y Derecho Internacional*, cit., p. 217.

⁴⁰ [...think, for instance, of enemy civilians planting a bomb in an officers’ mess, with the specific intent of spreading terror among the enemy combatants...] A. CASSESE, *International Criminal Law*, cit., p. 127; Véase también A. CASSESE, “Terrorism as an International Crime”, cit., pp. 213-225.

apoya la idea de que toda violación grave en tiempo de conflicto armado es un crimen de guerra⁴¹. En este sentido Rodríguez Villasante destaca que “calificar de terroristas los actos de violencia indiscriminada contra la población civil no tiene excesiva utilidad práctica puesto que estas conductas son constitutivas de crímenes de guerra, cuya persecución penal está dotada de un sistema de eficacia presidido por el principio de jurisdicción universal”⁴².

En segundo lugar, se podría justificar la distinción entre actos de terror y crimen de guerra si tenemos en cuenta que, si bien es posible calificar como crimen de guerra o crimen contra la humanidad actos típicamente terroristas, y de este modo eximirse de probar el elemento de la intencionalidad o motivación, ello no evitar tener que probar los otros extremos legales característicos del tipo en cuestión (actos cometidos como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala; actos cometidos como parte de un ataque generalizado y sistemático contra una población civil)⁴³.

Finalmente la distinción señalada puede encontrar su razón de ser si convenimos en que el primero de los casos (actos de terror) sus autores no pueden beneficiarse, como en el caso de los criminales de guerra, del estatuto del prisionero de guerra. Esta parece haber sido la interpretación llevada a cabo por parte del gobierno de los Estados Unidos de América con posterioridad a los ataques del 11 de septiembre a través de su conocida doctrina de la “guerra contra el terrorismo”, creando una categoría desconocida para el DIH como la de “combatientes ilegales”⁴⁴. Ahora bien, como afirma Ro-

⁴¹ [...terrorist acts causing death or serious injury to civilians are grave breaches of the Fourth Geneva Convention, in other words, war crimes...] H. P. GASSER, “Acts of terror, terrorism and international humanitarian law”, cit., p.556; en conformidad M. PÉREZ GONZÁLEZ, “Terrorismo y conflictos armados. La prohibición de los actos terroristas por el derecho internacional humanitario”, cit., pp. 84-85; A. GIOIA, “Terrorismo internazionale, crimini di guerra e crimini contro l’umanità”, *Revista di Diritto Internazionale*, núm 1, 2004, p. 7.

⁴² J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “Introducción”, cit., p.27.

⁴³ F. PIGNATELLI Y MECA F., “El terrorismo como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, cit., pp. 207-240.

⁴⁴ M SASSÒLI ‘Unlawful Combatants’: *The Law and Whether it Needs to be Revised*, 97 Proceedings of the 97th Annual Meeting of the ASIL, 2003, pp. 196-200; J. CALLEN, “Unlawful Combatants and the Geneva Conventions”, *Virginia Journal of International Law*, núm 44, 2003-2004, pp. 1025-1071; M. HOFFMAN, “Terrorists Are Unlawful Belligerents, Not Unlawful Combatants: A Distinction with Implications for the Future of International Humanitarian Law”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, núm 34, 2002, pp. 227-230; A. REMIRO BROTONS et al., *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 1237-1239.

dríguez Villasante, “la falta de reconocimiento del estatuto de prisionero de guerra a un grupo de personas durante un conflicto armado internacional no priva a éstas de la protección del DIH”, “la consecuencia fundamental que diferencia a los combatientes de los civiles que participan directamente en las hostilidades es que éstos últimos pueden ser perseguidos penalmente según el derecho interno, al haber perdido su inmunidad”⁴⁵. Además, lo que parece entenderse a tenor de las disposiciones pertinentes del DIH a estos contextos, es que la atribución del estatuto de combatiente depende más bien del carácter civil o militar de los sujetos involucrados y no del carácter de las infracciones llevadas a cabo. Así, la mayoría de los sujetos que comentan actos de terror de conformidad con el DIH seguramente carezcan del estatuto de combatientes pero más bien debido a su habitual pertenencia o confusión con la población civil que debido al hecho de cometer actos de violencia extrema contra la población civil con el objetivo de aterrorizarla.

2.4. El terrorismo como violación grave a los derechos humanos

Las conexiones entre derechos humanos y terrorismo, han sido en los últimos tiempos objeto de tratamiento específico en el marco de los trabajos y estudios desarrollados en Naciones Unidas, principalmente a través de los distintos informes presentados ante la Comisión de Derechos Humanos⁴⁶. En este contexto, como destaca Díaz Barrado, “resulta evidente que la lucha contra el terrorismo y la represión de éste puede afectar a cuestiones relativas a los derechos humanos, al menos, en dos dimensiones: Por un lado, la comisión de actos terroristas es, con seguridad, un atentado contra los dere-

⁴⁵ J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “Introducción”, cit., pp. 30-32.

⁴⁶ Véase, informes de la Relatora Especial sobre terrorismo y Derechos Humanos Sra. K. KOUFA (De aquí en más “Relatora KOUFA”): E/CN.4/Sub.2/1997/27 de Junio 26 de 1997; E/CN.4/Sub.2/1999/27 de Junio 7 de 1999; E/CN.4/Sub.2/2001/31 de Junio 27 de 2002; E/CN.4/Sub.2/2002/35 de Julio 17 de 2002; E/CN.4/Sub.2/2003/WP.1 de Agosto 8 de 2003; E/CN.4/Sub.2/2004/40 de Junio 25 de 2004; E/CN.4/Sub.2/2005/39 de Junio 22 de 2005; Informes del Relator SCHEININ: E/CN.4/2006/98, de 28 de diciembre de 2005, E/CN.4/2006/98/Add.1, de 23 December 2005, E/CN.4/2006/98/Add.2, 24 March 2006, A/HRC/4/26, 29 de enero de 2007; Informes de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos: E/CN.4/2002/18, de 27 de febrero de 2002, E/CN.4/2005/100, de 16 de diciembre de 2004, A/HRC/4/88, de 9 de marzo de 2007; Informe del Experto Independiente sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo Robert K. GOLDMAN (De aquí en más “Experto Independiente GOLDMAN”) E/CN.4/2005/103, de 7 de febrero de 2005.

chos humanos más básicos; y, por otro lado, las medidas destinadas a prevenir, combatir y reprimir el terrorismo no pueden, en ningún caso, suponer una violación de éstos derechos⁴⁷.

En lo que respecta a la primera de las cuestiones planteadas, la observancia de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, se ha instaurado –principalmente con posterioridad al 11S– como una tema de gran preocupación por parte de organizaciones de derechos humanos⁴⁸, de la doctrina⁴⁹, de organizaciones internacionales⁵⁰, así co-

⁴⁷ C. DÍAZ BARRADO, “El marco jurídico-internacional de la lucha contra el terrorismo”, en VVAA., *Lucha Contra el Terrorismo y Derecho Internacional* cit, p. 61; en conformidad [...Terrorism, however it is defined, inevitably has a direct impact on fundamental human rights in at least two ways: the act of terrorism itself generally amount to a significant interference with the victims’ most fundamental human rights, namely their right to life and their right to moral and physical integrity; and a State’s reaction to a terrorist act or threat of any terrorist act, almost inevitably interferes with the fundamental human rights of that State’s population...] T. EICKE, “Terrorism and Human Rights”, *European Journal of Migration and Law*, núm 4, 2003, p. 452.

⁴⁸ Informe anual 2004, Amnistía Internacional; Informe mundial 2004, Human Rights Watch; In the Name of Counter-Terrorism: Human Rights Abuses Worldwide: Human Rights Watch, March 25, 2003; The war against terrorism: a human rights perspective; Amnesty International, Florence, 2002; A human rights framework for responding to terrorism, 22 March 2002, AI Index: IOR 41/007/2002; International Terrorism: Legal Challenges and Responses, informe del Grupo de trabajo sobre terrorismo internacional de la Asociación Internacional de Abogados, 2003; Los defensores de derechos humanos frente a las políticas de seguridad, Federación Internacional de Derechos Humanos; Reference on the Rule of Law in Combating Terrorism, Consejo Asesor de Juristas del Foro de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos de Asia y el Pacífico, mayo de 2004; Anti-Terrorism Measures, Security and Human Rights, informe de la Federación Internacional de Helsinki para los Derechos Humanos, 2003.

⁴⁹ J. E. MÉNDEZ, “Human Rights in the Age of Terrorism”, *Saint Louis University Law Journal*, núm 46, 2002, pp. 377-403; K. ROTH, “Human Rights as a Response to Terrorism”, *Oregon Review of International Law*, núm 6, 2004 pp. 37-61; “Terrorismo y derechos humanos”, no. 2: *Nuevos retos y viejos peligros*, Comisión Internacional de Juristas, 2003.

⁵⁰ A nivel internacional: Informe del Experto Independiente GOLDMAN, E/CN.4/2005/103 de 7 de febrero de 2005; Informe del Relator Scheinin E/CN.4/2006/98, de 28 de diciembre de 2005; Resoluciones 57/219 de Diciembre 18 de 2002 y 58/187 de Diciembre 2 de 2003 de la Asamblea General; Resolución 1456 (2003) de Enero 20 de 2003 del Consejo de Seguridad; y Resoluciones 2003/68 de Abril 25 de 2003 y 2004/87 de Abril 24 de 2004 de la Comisión de Derechos Humanos; A nivel regional: Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on human rights and the fight against terrorism, 804/4.3/appendix3E / 11 July 2002; Informe Sobre Terrorismo y Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr. 22 octubre 2002.

mo de ciertos Estados⁵¹. Precisamente, la Relatora Koufa ha señalado que “las Naciones Unidas deben adoptar directrices detalladas y coherentes sobre la observancia y protección de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo, a fin de dar una orientación clara a los Estados y contribuir, en particular, a resolver la cuestión del equilibrio entre los imperativos de la sociedad y la lucha contra el terrorismo, por una parte, y la salvaguardia de las libertades civiles y los derechos humanos por otra parte”⁵².

Asimismo, los diferentes informes de Naciones Unidas se empeñan en resaltar que la lucha contra el terrorismo no tiene, ni debe necesariamente implicar que nos apartemos de las normas internacionales sobre derechos humanos, o de derecho humanitario, según nos encontremos ante una situación de paz⁵³ o ante un conflicto armado⁵⁴ respectivamente. Como destaca el

⁵¹ Observaciones de los Estados sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/59/428 de Octubre 8 de 2004. Al respecto el gobierno español manifestó: [...que la lucha contra el terrorismo ha constituido y constituye una preocupación y prioridad tanto de la sociedad española como de sus gobiernos. En ese sentido, España había desarrollado una serie de instrumentos para la lucha contra el terrorismo enmarcados en el respeto escrupuloso del marco constitucional español, en el que se consagraba el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los individuos como valor supremo y principio y límite de toda acción de Gobierno...], pp.7-8.

⁵² Proyecto marco preliminar de principios y directrices relativos a los derechos humanos y el terrorismo, documento de trabajo ampliado por la Sra. Kalliopi K. KOUFA, E/CN.4/Sub.2/2005/39 de Junio 22 de 2005, p. 6.

⁵³ [...Cabe recordar que, al elaborar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y diversos instrumentos regionales de derechos humanos, los Estados eran plenamente conscientes de la necesidad de lograr un equilibrio realista entre las necesidades de seguridad nacional y la protección de los derechos humanos. En consecuencia, los Estados incluyeron en esos instrumentos disposiciones que les permitieran, ante una situación de excepción o crisis que pudiera entrañar violencia o amenazas terroristas reales o inminentes, limitar, restringir o, en las circunstancias excepcionales previstas en el artículo 4 del Pacto, suspender algunos derechos consagrados en esos instrumentos. Las restricciones y limitaciones de los derechos, permitidas incluso en tiempos de paz, deben estar previstas en los tratados que protegen esos derechos.

La facultad de los Estados para suspender los derechos consagrados en esos instrumentos está regida por diversas condiciones que a su vez se rigen por los principios generalmente reconocidos de la proporcionalidad, la necesidad y la no discriminación... ..Al conceder a los Estados amplia discreción para adoptar medidas contra el terrorismo, el Pacto y la mayoría de los demás instrumentos de derechos humanos también especifican los derechos que no pueden ser suspendidos incluso durante un estado de excepción. La lista de derechos no susceptibles de suspensión figuran en el párrafo 2 del artículo 4 del Pacto. Estos son, a saber, el derecho a la vida (art. 6); la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos

Experto Independiente Goldman, “cuando un conflicto armado constituye una auténtica situación de excepción, un Estado puede limitar o incluso suspender algunos derechos humanos. Sin embargo, jamás puede suspender los derechos que en virtud de la normativa de derechos humanos no son susceptibles de suspensión inclusive cuando la situación de excepción se debe a un conflicto armado”⁵⁵.

o degradantes (art. 7); la prohibición de la esclavitud, la trata de esclavos y la servidumbre (párrafos 1 y 2 del artículo 8); la prohibición de ser encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual (art. 11); la prohibición de la aplicación retroactiva de la legislación penal (art. 15); el reconocimiento de la personalidad jurídica de todo ser humano (art. 16); y la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 18)...] Informe del Experto Independiente GOLDMAN, E/CN.4/2005/103 de 7 de febrero de 2005. pp. 8-9; Véase en conformidad: Comité de Derechos Humanos, *Observación general sobre el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: estados de excepción y suspensión de derechos*. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, de 31 de agosto de 2001; Tribunal Internacional de Justicia, *Opinión Consultiva relativa a las Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, de 9 de Julio de 2004, (I.C.J. Reports 2004, párrafo 136).

⁵⁴ [...]Sin descartar la posibilidad de que la práctica de los Estados puedan evolucionar en sus respuestas a nuevas formas de violencia terrorista, el derecho humanitario vigente no parece contener ninguna laguna jurídica manifiesta y, si se observa y se aplica en la debida forma, abarca adecuadamente las cuestiones del terrorismo durante los conflictos armados...], Informe del Experto Independiente GOLDMAN, E/CN.4/2005/103 de 7 de febrero de 2005, p. 16; [...]Los actos cometidos en un conflicto armado que constituyan actos terroristas, independientemente del tipo de conflicto, serán tratados, al igual que las demás violaciones del derecho humanitario, respetando escrupulosamente las normas establecidas en los instrumentos de derecho humanitario y no por otros medios...] Informe de la Relatora KOUFA E/CN.4/Sub.2/2005/39, de 22 de junio de 2005, p. 14; en conformidad la doctrina del TIJ según la cual [...]la protección prevista en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no cesa en tiempos de guerra, excepto cuando se aplica el artículo 4 del Pacto, según el cual algunas disposiciones pueden ser suspendidas cuando se da una situación de emergencia nacional. Sin embargo, el respeto del derecho a la vida no es una de esas disposiciones. En principio, el derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente se aplica también en tiempo de hostilidades. Ahora bien, para determinar si la privación de la vida es arbitraria hay que referirse a la *lex specialis* aplicable, a saber, el derecho aplicable en caso de conflicto armado, que tiene por objeto regir las situaciones de hostilidades...] *Opinión Consultiva de fecha 8 de julio de 1996 sobre la Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, (I.C.J. Reports 1996 (I), párrafo 25), reafirmada recientemente en: *Opinión Consultiva relativa a las Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, de 9 de Julio de 2004, (I.C.J. Reports 2004, párrafo 105).

⁵⁵ Informe del Experto Independiente GOLDMAN, E/CN.4/2005/103, de 7 de febrero de 2005, p.16.

La segunda de las aproximaciones sobre la relación ente terrorismo y derechos humanos señaladas anteriormente, se sitúa ante la posibilidad de calificar al terrorismo como una violación de los derechos humanos. Parece indudable que “los actos de terrorismo constituyen un grave obstáculo para el disfrute de los derechos humanos y una amenaza para el desarrollo económico y social de todos los Estados que socavan la prosperidad y estabilidad en el mundo”⁵⁶. Sin embargo, no toda violación grave de los derechos humanos constituye un crimen internacional, por lo que surge a determinar si la violación de derechos humanos como consecuencia del terrorismo, puede siempre calificarse como un crimen internacional, en el sentido de una violación grave a los derechos humanos, y, por ende, atribuirle todas sus consecuencias legales⁵⁷.

Como se ha señalado más arriba, la calificación de los actos de terrorismo realizados en el contexto de un conflicto armado, como crímenes de guerra goza hoy día de gran aceptación⁵⁸. En lo que respecta a los actos de terrorismo acaecidos en tiempos de paz, existen voces que afirman que tales actos pueden calificarse como crímenes de lesa humanidad o incluso como genocidio, aunque es necesario aclarar que dichos pronunciamientos se limitan al contexto de los ataques terroristas del 11S o situaciones análogas⁵⁹. No obstante, hay quienes incluso afirman que las actividades terroris-

⁵⁶ Resolución 1566 (2004) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

⁵⁷ [...Unlike terrorism, the mechanism for crimes against humanity carries serious precedents which can be invoked unanimously, and are clear. They stress process, both short-term and long-term measures, systematic and worldwide investigations, accountability and responsibility, the need to pursue actively the perpetrators and accomplices, and the rejection of “sovereign” obstacles in both investigation and trial...] C. MALLAT, “The Original Sin: “Terrorism” or “Crime Against Humanity”?”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, núm 34, 2002, p. 247.

⁵⁸ [...Whether on the basis of customary or conventional law, or with respect to international or internal armed conflicts, this law creates a solid basis for the imposition of individual criminal responsibility for actors of terrorism committed in the course of armed conflict...] B. BROOMHALL, “State Actors in an International Definition of Terrorism from a Human Rights Perspective”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, núm 36, 2004, p. 424.

⁵⁹ [...A la luz de práctica reciente, debe considerarse al *terrorismo internacional*, por lo menos en alguna de sus manifestaciones, como una forma de crimen contra la Humanidad que ha adquirido tipicidad propia en el derecho internacional...] F. MARINO MENÉNDEZ, “Los límites a la noción formal de Orden Público Internacional” cit., p. 826 (nota pie núm 1); [...From the perspective of international human rights law, the attacks of September 11 are not only acts of terrorism, but also crimes against humanity, since they were designed to kill

tas –en sentido general– se pueden incluir perfectamente dentro de la categoría de crimen de lesa humanidad, puesto que se caracterizan por constituir un ataque generalizado o sistemático contra los derechos humanos de la población civil de conformidad con la política de una organización, como podría ser una organización terrorista⁶⁰.

Si bien es cierto, como sostiene la Relatora Koufa, que “no existe probablemente ni un solo derecho humano que no esté expuesto a los efectos del terrorismo”, no todas las violaciones de los derechos humanos son equiparables, y eso se traduce en que sólo unas pocas de ellas, y en contextos muy específicos, pueden calificarse como crímenes contra la humanidad o como genocidio. Ello, en principio, nos deja fuera de la categoría de crímenes internacionales a aquellos actos terroristas que no cumplan con los requisitos del tipo penal en cuestión⁶¹. Seguramente, resulte posible identificar actos

large number of civilians who took no part in hostilities... The importance of labeling these acts as crimes against humanity or war crimes is the legal effect of such a characterization: as to them, the international community is collectively committed to their investigation, prosecution and punishment of their perpetrators, and offering reparations to the victims...] J. E. MÉNDEZ, “Human Rights in the Age of Terrorism”, cit, p. 378; J. D. FRY, “Terrorism as a Crime against Humanity and Genocide: The Backdoor to Universal Jurisdiction”, *UCLA Journal of International Law & Foreign Affairs*, núm 7, 2002-2003, pp. 190-194; C. MALLAT, “The Original Sin: “Terrorism” or “Crime Against Humanity”?” cit., pp. 245-248; “Los Derechos Humanos como Marco de Unión”: Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Seguimiento de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, E/CN.4/2002/18 de Febrero 27 de 2002, párrafo 4.

⁶⁰ [...] la relación entre el terrorismo internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en estos momentos ha experimentado una importante y profunda evolución como consecuencia de la consolidación del Derecho Internacional Penal que permite mantener un análisis del terrorismo desde la óptica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de acuerdo con las características propias de la conducta terrorista. De ahí la configuración del terrorismo como violación grave de los derechos humanos y como crimen internacional, la conexión inextricable entre la dimensión individual y comunitaria de la infracción perpetrada por los actos terroristas, inherente, por lo demás, al resto de los crímenes contra la humanidad...] C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ & F. JIMÉNEZ GARCÍA, *Terrorismo y Derechos Humanos: Una Aproximación desde el Derecho Internacional*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 67 y 73-74.

⁶¹ [...] This means, in brief, that in the case of crimes against humanity the underlying crimes must be committed in the context of a widespread or systematic attack against a civilian population pursuant to a State or organizational plan or policy to commit such attack. In the case of genocide, the underlying crime must be committed pursuant to a specific intent to destroy in whole or in part an ethnic, national, racial or religious group as such...] B. BROOMHALL, “State Actors in an International Definition of Terrorism from a Human Rights Perspective”, cit., p. 424.

de terrorismo que por su forma de comisión, por su gravedad o por los sujetos involucrados, no puedan calificarse como un crimen de lesa humanidad, como un crimen de genocidio o como un crimen de guerra. Sin embargo, si pensamos en las modalidades terroristas de nuestros tiempos, resulta claro que los actos de terrorismo que no puedan encuadrarse asimismo como uno o varios de los crímenes descritos, son la inmensa minoría. Así, “se intensificará aún más la lucha contra el terrorismo internacional si los delitos más graves cometidos por terroristas se someten a la Corte Penal Internacional, y sus autores se enjuician en virtud de su Estatuto”⁶².

Cuando el crimen no conlleva la especial gravedad del genocidio, el crimen de guerra o el crimen contra la humanidad, la responsabilidad individual solo surge en virtud del derecho nacional, y no en virtud del derecho internacional. Por ello, las disposiciones contenidas en los tratados específicos sobre ciertos tipos de terrorismo, resultan necesarias para llenar las brechas de impunidad en tiempos de paz (cuando el derecho internacional humanitario no resulta aplicable), cuando los crímenes no son cometidos como parte de ataque sistemático y generalizado contra la población civil en virtud de un plan o política (como el crimen contra la humanidad), y cuando el elemento de intencionalidad de cometer genocidio está claramente faltando. A pesar de ello, y si bien es cierto que las disposiciones contenidas en los tratados específicos sobre ciertos tipos de terrorismo podrían cubrir la mayoría de los más graves actos de terrorismo, aún restan zonas grises que constituyen los principales argumentos de quienes alegan la necesidad de contar con una convención general sobre terrorismo⁶³.

⁶² Cfr. Informe del Grupo Asesor sobre las Naciones Unidas y el Terrorismo, A/57/273 - S/2002/875 de 6 de agosto de 2002, p.8; Para el profesor Pignatelli y Meca [...los actos de terror como tales no están incriminados en el Estatuto de la CPI ni como crímenes de lesa humanidad del artículo 7 no como crímenes de guerra del artículo 8...] F. PIGNATELLI Y MECA F., “El terrorismo como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, cit. p. 226; en contrario [...although trying acts of terrorism qua “terrorism” is not part of the ICC’s current mandate, such acts can fall within the definition of one of the crimes already under the Court’s jurisdiction, namely crimes against humanity...] R. GOLDSTONE & J. SIMPSON, “Evaluating the Role of the International Criminal Court as a Legal Response to Terrorism”, *Harvard Human Rights Journal*, núm 16, 2003, p. 15.

⁶³ B. BROOMHALL, “State Actors in an International Definition of Terrorism from a Human Rights Perspective”, cit., pp. 424-427.

2.5. El terrorismo como una versión moderna de la piratería o del bandolerismo

Aunque seguramente no tenga demasiadas aplicaciones prácticas en la actualidad, es posible encontrar algunas vinculaciones entre la práctica moderna del terrorismo, y prácticas antiguas como el bandolerismo o la piratería. Como destaca Lamarca Perez, “la figura del bandolero, por la forma de comisión del delito de bandas armadas, por el móvil de subversión social y quizás también por su actuación sistematizada, que llega a producir un resultado de alarma y terror en la población, bien pudiera recordar la del actual terrorista”⁶⁴. A su vez, en los escritos de los autores clásicos como Ayala, Grocio, Pufendorf o Gentile, entre otros, se suele encontrar una asimilación entre el bandolerismo y la piratería⁶⁵. Tanto los piratas como los bandoleros eran considerados como “enemigos comunes de la humanidad”, respecto de los cuales todas las naciones tenían un interés común en su captura y sanción, y ambas prácticas, as su vez, provenían del hecho fundamental de la falta de control gubernamental en las áreas de sus operaciones⁶⁶.

En ciertos aspectos existen claras similitudes entre el bandolerismo o la piratería y la actual forma de terrorismo internacional, principalmente de base islámica. Por ejemplo el hecho de conformar grupos armados, constituidos y operando al margen de la legalidad, con base operativa en campamentos o sitios primordialmente remotos o de difícil acceso, conformados por miembros de diferentes nacionalidades, y actuando bajo la amenaza del uso de la fuerza indiscriminada con el objetivo de sembrar el terror de la población en general. La gran diferencia reside en que tanto en el bandolerismo como en la piratería el objetivo primordial era el robo –independientemente que para lograr dicho objetivo se tuviese que recurrir a la tortura o al asesinato–, y en el terrorismo el objetivo primordial o la finalidad suele ser esencialmente política –independientemente que para dichos fines también se recurra a la comisión de delitos comunes como la extorsión, las lesiones o el asesinato–⁶⁷.

⁶⁴ C. LAMARCA PEREZ, *Tratamiento Jurídico del Terrorismo*, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, p.100.

⁶⁵ W. COWLES, “Universality of Jurisdiction over War Crimes”, *California Law Review*, núm 33, 1945, pp.188-194.

⁶⁶ *Ibidem*, p.193.

⁶⁷ [...Like piracy, terrorism viewed from the perspective of the state constitutes a threat to the security of states. Unlike piracy, terrorism is primarily a political strategy used to strike both individual states as well as the state system...], R. MANSBACH & F. WILMER, “War, Violence and the Westphalian State System”, en *Identities, Borders, Orders: Rethinking International Relations Theory*, Albert, Jacobson, & Lapid, University of Minnesota Press, 2001, p. 64.

Pero independientemente de la tipicidad de los llamados "*delicta iuris gentium*" –entre lo que se encontraba el bandolerismo y la piratería–, en gran medida la fundamentación, así como las consecuencias legales de los actuales crímenes internacionales se desprende esencialmente de un criterio de "atrocidad" –*heinousness*– aparentemente emanante por vía analógica del tratamiento de la piratería por parte del derecho internacional clásico. En otras palabras, el tratamiento de la piratería, y más concretamente el hecho de su universal condena y persecución por parte de la comunidad internacional, ha servido por vía de la analogía para argumentar la universal condena y persecución de nociones modernas de criminalidad internacional. Si la piratería ha servido para sostener la persecución universal de los crímenes de guerra, de genocidio o de los crímenes de lesa humanidad, entonces ¿es posible utilizarla respecto del terrorismo, máxime cuando existen, como hemos señalado, ciertas similitudes entre ambas conductas?

La analogía de la piratería "*piracy analogy*", ha sido invocada muy frecuentemente en el desarrollo y evolución del derecho internacional penal moderno, principalmente para sostener su persecución universal⁶⁸. Sin embargo, en la medida en que nos adentramos en los fundamentos que configuraban a la piratería como una conducta universalmente perseguible, es posible notar que el parámetro de "atrocidad", que por cierto suele ser utilizado para fundamentar las modernas categoría de crímenes internacionales⁶⁹, no es un parámetro válido, ni deseable para cimentar la estructura de

⁶⁸ [...The seminal cases that helped expand universal jurisdiction to new offenses –the decisions of the Nazi war crimes tribunals, Eichman, Filartiga, and the Yugoslavian war crimes tribunal created by the United Nations– have all used the piracy analogy. The piracy analogy has also won general acceptance among international law scholars. Even those who criticize NUJ (new universal jurisdiction) on other grounds do not dispute that it is a logical application of the policies that made piracy universally cognizable. Given that NUJ is one of the most important developments in international law in recent decades, it is surprising that its piracy origins has not received closer scrutiny...] E. KONTOROVICH, "The Piracy Analogy: Modern Universal Jurisdiction's Hollow Foundation", *Harvard International Law Journal*, núm 45.1, 2004, pp. 185-186.

⁶⁹ [...A more accurate rationale for not limiting jurisdiction over pirates to their state of nationality relies on the fundamental nature of piratical offenses. Piracy may comprise particularly heinous and wicked acts of violence or depredation, which are often committed indiscriminately against the vessels and nationals of numerous states...] K. C. RANDALL, "Universal Jurisdiction Under International Law", *Texas Law Review*, núm 66, 1988, p. 794; [...Piracy is deemed the basis of universal criminal jurisdiction for jus cogens international crimes...] C. M. BASSIOUNI, "Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspective and

lo que podríamos denominar “justicia penal internacional”. En primer lugar, porque como sostiene Kontorovich, no es posible determinar en épocas del auge de la piratería una diferenciación sustancial entre los actos cometidos por los piratas, y los cometidos por los corsarios, cuando estos últimos eran perfectamente legales, por lo que sí los actos de piratería eran considerados universalmente perseguible por su atrocidad entonces también debían serlo los actos perpetrados por corsarios⁷⁰. En segundo lugar, porque la determinación más o menos certera de la atrocidad nos enfrente ante una especie de “prueba diabólica” en la que seguramente terminemos sosteniendo que prácticamente todos los actos criminales son atroces⁷¹. Y en tercer y último lugar, porque el carácter esencialmente privado y con fines de robo de la piratería, no se condice –al menos en términos de gravedad intrínseca–, con el carácter principalmente estatal, o político y con fines de privación de la libertad, de la seguridad o de la vida, característico de los modernos crímenes internacionales.

A pesar de que hay voces que utilizan la analogía de la piratería para fundamentar la persecución universal de los actos de terrorismo⁷², resulta

Contemporary Practice”, *Virginia Journal of International Law*, núm 42, 2001, p.108; [...Piratical acts were made subject to universal jurisdiction not only because those acts occurred on the high seas, beyond the limits of national jurisdiction, but more so because they were considered particularly heinous and wicked acts of violence and depredation committed indiscriminately against vessels and nationals of nay state...] J. BINGHAN, “Draft Convention and Comment on Piracy”, *American Journal of International Law*, núm 26, 1932 Supp., pp. 743; [...war crimes involve violent and predatory actions that descend the level of gross bestiality. Such crimes are far more serious than piracy or salve trading the oldest offenses subjected to universal jurisdiction...] C. JOYNER, “Arresting Impunity: The Case for Universal Jurisdiction in Bringing War Criminals to Accountability”, *Law and Contemporary Problems*, núm 59.4, 1996, p. 167.

⁷⁰ [...Privateering did not differ from piracy in the substantive nature of the conduct, but only in the attendant formalities. The acts that privateers committed, plundering merchant ships on the high seas, would constitute piracy in the absence of a letter of marque...The recognition the piracy and privateering involved the same type of conduct and yet had radically different legal consequences indicates that pirates were not universally condemned because of the nature of their actions, but rather for their failure to comply with the formalities of licensing...] E. KONTOROVICH, “The Piracy Analogy: Modern Universal Jurisdiction’s Hollow Foundation”, *cit.*, pp. 214, 211.

⁷¹ [...Criminality implies a degree of heinousness, and thus discussing the heinousness of the offense need be nothing more than rather obvious rhetoric...] *Id.* p. 234.

⁷² [...Like slavery or torture, hostile infliction of biological agents is outside the limits of civilized behavior, and therefore must be a jus cogens crime against humanity. This designation

procedente destacar la tradicional inadmisibilidad de la analogía en derecho internacional, “al menos cuando existen normas específicas relativas al terrorismo internacional, y resulta imposible detectar una *opinio juris* por parte de los Estados respecto de que las normas de la piratería son aplicables a los actos de terrorismo internacional”⁷³. Por todo ello, la aplicación por vía de analogía de la piratería al contexto del terrorismo internacional, aunque a primera vista pueda resultar óptima, debe ser rechazada⁷⁴.

4. EL TERRORISMO EN LOS TRATADOS ESPECÍFICOS

Sin perjuicio de las mencionadas dificultades para consensuar un concepto general de terrorismo internacional, existe en derecho internacional un cuerpo normativo de base convencional que recoge, tipifica e impone obligaciones internacionales por parte de los Estados respecto de ciertos tipos específicos de modalidades terroristas. Corresponde, por tanto en este punto, analizar los aspectos sustanciales de los tipos penales recogidos en los diferentes tratados internacionales.

serves important purposes, including the clear and forceful articulation of a norm against such behavior and the facilitation in enforcing the norm and directing world public opinion. Criminalization should also serve to establish universal jurisdiction. The analogy here is piracy, and, as in piracy law, any state that can apprehend bioterrorists or investigate their activities should be legally obligated to do so and should have legal authority to prosecute them...] B. KELLMAN, “An International Criminal Law Approach to Bioterrorism” cit., pp. 730-731.

⁷³ H. VON HEINTSCHEL, “The Legality of Maritime Interception Operations within the Framework of Operations Enduring Freedom”, en *Terrorism and the Military: International Legal Implications*, edited by Heere Wybo p., T.M.C. Asser Press, The Hague, 2003, p. 46.

⁷⁴ [...At first glance the piracy analogy might seem an apt one. For several reasons, however, it should be rejected. First, though both the terrorist and the pirate employ violent methods, the terrorist does so for political reasons, not for material aggrandizement. Because of terrorism’s inherently political character, therefore, states have at times failed to condemn, and occasionally have even celebrated violent acts of manifest terrorism. Second, under the customary law of piracy and its twentieth-century codification, states may only seize pirate vessels and aircrafts. States advocates of a forcible response against terrorism have at times been unwilling to exclude from their legal reach terrorist aboard foreign vessels and aircraft. Third, as professor Schachter has submitted, ‘states may apprehend pirates on the high seas’, but ‘have no right to enter another state’s territory to seize suspected pirates? Hence, the piracy analogy does not help to answer the problem of extraterritorial enforcement measures against suspected terrorist’...] A. C. ARENT, *International law and the use of force: beyond the UN Charter paradigm*, Routledge, London, 1993, p. 144.

De este cuerpo normativo de base convencional se pueden identificar al menos tres rasgos característicos propios que se encuentran entre sí íntimamente relacionados. En primer lugar, por su carácter convencional solo es aplicable entre aquellos estados que sean parte del tratado en cuestión⁷⁵. En segundo lugar, solo es aplicable en la medida en que la conducta tipificada trascienda los límites jurisdiccionales de un solo Estado. Y en tercer lugar, pese a su carácter internacional, solo son de aplicación por parte de las autoridades nacionales⁷⁶. Por último se podría señalar como rasgo característico de prácticamente todos los convenios específicos sobre terrorismo, el hecho de que han surgido como reacción o respuesta a una situación fáctica de atentados terroristas en un contexto de tiempo y lugar determinados⁷⁷.

Aunque teniendo en cuenta el carácter indisoluble de cada instrumento, es posible agrupar los diferentes tratados internacionales sobre modalidades específicas de terrorismo, siguiendo un patrón temático. Así podemos hablar de los actos terroristas relativos al campo de la aviación civil, al campo de la navegación, a la protección de personas internacionalmente protegidas, a la toma de rehenes, al terrorismo nuclear, el terrorismo mediante la utilización de explosivos, y a la financiación del terrorismo.

El derecho convencional relativo a los actos terroristas cometidos contra la aviación civil, consta de tres instrumentos básicos, esto es, el Convenio de Tokio de 1963⁷⁸, el Convenio de La Haya de 1970⁷⁹, y el Con-

⁷⁵ No obstante ha señalado el Relator Espacial SCHEININ en referencia a estos instrumentos que [...Aunque se refieren a temas específicos, estas convenciones son de carácter universal, de modo que la utilización de los delitos contemplados en ellas puede considerarse que en general refleja el consenso internacional...], Informe Relator SCHEININ E/CN.4/2006/98, de 28 de diciembre de 2005, párrafo 33.

⁷⁶ [...Each contracting State is duty bound to co-operate in and lend assistance to the repression of terrorism, that is, the apprehension and prosecution or extradition of alleged perpetrators of terrorist acts. No international body is entrusted with the task of prosecution and punishing those criminal offenses...] A. CASSESE, *International Criminal Law*, cit., p. 130.

⁷⁷ A modo de ejemplo se podrían citar los siguientes: La masacre en la villa olímpica de Munich en 1972; la toma de la embajada de Estados Unidos en Irán en 1979; la captura del Achille Lauro en 1985; el vuelo 103 de Pan Am caído sobre la ciudad de Lockerbie en 1988; los ataques suicidas a Nueva York y Washington de 2001, etc.

⁷⁸ "Convenio sobre las infracciones y otros ciertos actos cometidos a bordo de las aeronaves", firmada en Tokio el 14 de septiembre de 1963, *International Legal Materials*, núm 2, 1963, p. 1042; en español en *United Nations Treaty Series* N°10.106, 1969 [De aquí adelante "Convenio de Tokio de 1963"].

venio de Montreal de 1971⁸⁰, y comprende el uso o la amenaza de violencia contra objetivos de la aviación como las aeronaves y las respectivas personas y bienes comprendidos, aeropuertos y las respectivas personas y bienes comprendidos, instalaciones para la aeronavegación, y oficinas y agencias de líneas aéreas⁸¹. El Convenio de Tokio de 1963 no logra definir el amplio espectro de infracciones a las cuales se aplica, recogiendo en su artículo 1 de forma genérica su aplicación a todos los actos que “puedan poner o pongan en peligro la seguridad de la aeronave, o de las personas, o de los bienes en la misma, o que pongan en peligro el buen orden y la disciplina a bordo”. Sólo recoge una disposición específica en el artículo 11 sobre “apoderamiento ilícito” configurado cuando “una persona a bordo, mediante violencia o intimidación, cometa cualquier acto ilícito de apoderamiento, interferencia, o ejercicio de control de la aeronave en vuelo, o sea inminente la realización de tales actos”. Por su parte, el Convenio de La Haya de 1970 se restringe al caso específico del apoderamiento ilícito utilizando una tipificación muy similar a la del Convenio de Tokio de 1963⁸². Finalmente, el Convenio de Montreal de 1971 establece un tratamiento más amplio de las posibles infracciones contra la aviación civil incluyendo los actos de violencia realizados contra personas a bordo de una aeronave en vuelo, actos que destruyen o causen daños a una aeronave en servicio, la destrucción de dispositivos en una aeronave en servicio, la destrucción o los daños ocasionados a instalaciones de aeronavegación o las interferencias con sus operaciones, y la comunicación de información falsa que pueda poner en peligro la seguridad de una aero-

⁷⁹ “Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves”, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970, *International Legal Materials*, núm 10, 1971, p.133; en español en *United Nations Treaty Series* N°12.325, 1973 [De aquí en adelante “Convenio de La Haya de 1970”]

⁸⁰ “Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil”, *International Legal Materials*, núm 10, 1971; en español en *United Nations Treaty Series* N°14.118, 1975 [De aquí en adelante “Convenio de Montreal de 1971”]

⁸¹ G. F. FITZGERALD, “Aviation Terrorism and the International Civil Aviation Organization”, *Canadian Yearbook of International Law*, núm 25, 1987, p. 221.

⁸² Convenio de La Haya de 1970:

“Artículo 1, Comete un delito (que en adelante se denominara “el delito”) toda persona que a bordo de una aeronave en vuelo, a) ilícitamente, mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación, se apodere de tal aeronave, ejerza el control de la misma, o intente cometer cualquiera de tales actos; b) sea cómplice de la persona que cometa o intente cometer cualquiera de tales actos.”

nave en vuelo⁸³. Asimismo, en Protocolo de Montreal de 1988 amplía el alcance del Convenio de Montreal de 1971 a los aeropuertos donde se prestan a la aviación civil internacional.

Al igual que en ámbito de la aviación civil, la navegación marítima internacional cuenta con un instrumento específico –el Convenio de Roma de 1988–⁸⁴ al que le debemos sumar algunas disposiciones recogidas por el Convenio de Ginebra de 1958 sobre el Alta Mar, y la Convención de Jamaica de 1982 sobre Derecho del Mar⁸⁵. En realidad en Convenio de Roma de 1988 se origina como resultado de las aparentes limitaciones existentes en torno a la figura de la piratería⁸⁶ por parte del derecho internacional consuetudinario y convencional frente a situaciones como el caso del *Achille Lauro* donde el abordaje del barco se produce con fines distintos al robo⁸⁷. Aunque las

⁸³ Convenio de Montreal de 1971:

“Artículo 1, 1. Comete un delito toda persona que Ilícita e Intencionalmente: a) realice contra una persona a bordo de una aeronave en vuelo actos de violencia que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave; b) destruya una aeronave en servicio o le cause daños que la Incapaciten para el vuelo o que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo; c) coloque o haga colocar en una aeronave en servicio, por cualquier medio, un artefacto o sustancia capaz de destruir la aeronave o de causarle daños que]a Incapaciten para el vuelo o que, por su naturaleza constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo; d) destruya o dañe las instalaciones o servicios de la navegación aérea o perturbe su funcionamiento, si tales actos. por su naturaleza, constituyen un peligro para la seguridad de las aeronaves en vuelo; e) comunique a sabiendas, informes falsos, poniendo con ello en peligro la seguridad de una aeronave en vuelo: 2. Igualmente comete un deliro toda persona que: a) intente cometer cualquiera de los delitos mencionados en el párrafo 1 del presente artículo: b) sea cómplice de la persona que los cometa o intente cometerlos”.

⁸⁴ “Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima”, firmado en Roma el 10 de marzo de 1988, *International Legal Materials*, núm 27, 1988, p.668; en español en *United Nations Treaty Series* N° 29.004, 1992, [De aquí en adelante “Convenio de Roma de 1988”]

⁸⁵ ALEXANDER DEAN C., “Maritime Terrorism and Legal Responses”, *Transportation Law Journal*, núm 19, 1990-1991, pp. 453-493.

⁸⁶ [...The 1988 Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation moved away from equating terrorism with the historical notions of piracy; however, it focused strictly on the issues of jurisdiction and extradition...] J. MELLOR, “Missing the Boat: The Legal and Practical Problems of the Prevention of Maritime Terrorism”, *American University International Law Review*, núm 18, 2002-2003, pp. 396-397.

⁸⁷ M. HALBERSTAM, “Terrorism on the High Seas: The Achille Lauro, Piracy and the IMO Convention on Maritime Safety”, *American Journal of International Law*, núm 82, 1988, pp. 269-310; A. CASSESE, *Il Caso Achille Lauro. Terrorismo politica e diritto nella comunità internazionale*, Editori Riuniti, Roma, 1987.

opiniones fueron variadas⁸⁸, el caso del *Achille Lauro* evidenció –como se ha señalado más arriba– las limitaciones legales para utilizar la analogía de la piratería al contexto del terrorismo actual⁸⁹. Por ello, el artículo 3 del Convenio de Roma de 1988, recoge los aspectos sustantivos de del crimen de terrorismo marítimo estableciendo una lista de actos criminales ente los que se incluye: el apoderamiento o la toma de control de un buque por medio de la violencia, amenaza o cualquier otra forma de intimidación; los actos de violencia contra personas a bordo de un buque si dichos actos pueden poner en peligro la navegación segura del mismo; los daños o la destrucción de un buque o de su carga si dichos actos pueden poner en peligro la navegación segura del mismo; la colocación de artefactos que puedan destruir el buque, causar daños a la carga o puedan poner en peligro la navegación segura del mismo; los daños o la destrucción de instalaciones y servicios de navegación

⁸⁸ Por ejemplo Estado Unidos calificó el incidente como “piratería”, Véase: T. E. MADDEN, “An Analysis of the United States’ response to the Achille Lauro Hijacking”, *Boston College Third World Law Journal*, núm 8, 1988, pp. 198-144; esta postura también fue apoyada por algunos autores [...While it may be contended that the taking of the Achille Lauro is not included within this definition (piracy) because there was no second vessel involved or because the hijackers did not act for “private ends,” customary international law and the history of the enforcement of the norm against piracy indicates that such a position is unfounded...] G. V. GOODING, “Fighting Terrorism in the 1980’s: The Interception of the Achille Lauro Hijackers”, *Yale Journal of International Law*, núm 12, 1987, p. 159; [...it is evident that the seizure of the Achille Lauro was piracy jure gentium. As, such the pirates could be subjected to trial and punishment by any state...] G. P. MCGINLEY, “The Achille Lauro Affair – Implications for the International Law”, *Tennessee Law Review*, núm 52, 1984-1985, p. 700; en desacuerdo: [...This Note Asserts that the hijacking (Achille Lauro) was not piracy under current international law and that the definition of piracy should be expanded to include such acts...] G. R. CONSTANTINOPOLE, “Towards a New Definition of Piracy: The Achille Lauro Incident”, *Virginia Journal of International Law*, núm 26, 1985-1986, p.724; [...While the particular facts of the Achille Lauro incident may bring the hijackers within the definition of piracy even under this interpretation of the “private ends” provision, piracy so defined may no apply to terrorist acts in different circumstances...] M. HALBERSTAM, “Terrorism on the High Seas: The Achille Lauro, Piracy and the IMO Convention on Maritime Safety” cit, p. 282.

⁸⁹ [...international maritime law has not adapted to the changing nature of terrorist threats. The 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea failed to deal with maritime terrorism as an independent issue and, as a result, forced terrorism at sea under rubric of piracy. The 1982 Convention simply adopted the historical conceptions of piracy contained in the 1958 Convention on the High Seas, along with all of its definitional problems...] J. MELLOR, “Missing the Boat: The Legal and Practical Problems of the Prevention of Maritime Terrorism”, cit., p. 396.

marítima, la difusión de información falsa que pueda poner el peligro la navegación segura del buque; la lesión o el asesinato de cualquier persona en el transcurso de la comisión de cualquiera de los actos enumerados anteriormente. También este instrumento penaliza la tentativa; y la amenaza así como la inducción a cometer delito⁹⁰. Asimismo, el Protocolo de Roma de 1988⁹¹ adicional al Convenio, hace extensible su aplicación a los casos de plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental.

A raíz de una serie reiterada de atentados terroristas contra el personal diplomático, Naciones Unidas impulsó a principios de los años 70s un convenio específico para la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas⁹² -Convención de Nueva York de 1973-⁹³. El proceso de negociación estuvo marcado por un cierto escepticismo de algunos Estados para los cuales en derecho internacional general ya existían normas adecuadas al respecto y la única dificultad real la constituía su efectiva aplicación⁹⁴. La Convención se restringe al ámbito de las "personas internacionalmente protegidas"⁹⁵, concepto carente de significado en derecho internacional por lo que el artículo 1 define tal concepto a los fines estrictos de dicho instrumento⁹⁶. De es-

⁹⁰ G. PLANT, "Legal aspects of terrorism at sea", in *Terrorism and International Law*, Higgins & Flory, cit., pp. 80-82.

⁹¹ "Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental", firmado en Roma el 10 de marzo de 1988, Véase *supra* información de publicación del Convenio de Roma de 1988.

⁹² Véase C. L. ROZAKIS, "Terrorism and the Internationally Protected Persons in the Light of the ILC'S Draft Articles", *International & Comparative Law Quarterly*, núm 23, 1974, pp. 32-72.

⁹³ "Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos", firmada en Nueva York el 14 de diciembre de 1973, *International Legal Materials*, núm 13, 1974, p. 41; en español en *United Nations Treaty Series* N° 15410, 1977, [De aquí en adelante "Convención de Nueva York de 1973"].

⁹⁴ C. RAMÓN CHORNET, *Terrorismo y respuesta de fuerza en el marco del Derecho Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 187-192.

⁹⁵ [...The argument advanced in the draft articles that a convention such as this should apply to all victims of terrorist attacks, and not simply to diplomatic agents, was largely abandoned in the final convention...] A. B. GREEN, "Convention of the Prevention and Punishment of Crimes Against Diplomatic Agents and Other Internationally Protected Persons: An Analysis", *Virginia Journal of International Law*, núm 14, 1973-1974, p. 712.

⁹⁶ [...The idea underlying the definition is that there are certain persons in respect of whom international law imposes a special duty of protection over and above that owed to other persons...] M. C. WOOD, "The Convention of the Prevention and Punishment of Crimes Against International Protected Persons, Including Diplomatic Agents", *International & Comparative Law Quarterly*, núm 23, 1974, p. 799.

te modo la Convención considera como personas internacionalmente protegidas a los Jefes de Estado, Jefes de Gobiernos y Ministros de Asuntos Exteriores, pero también a cualquier representante, funcionario o personalidad oficial de un Estado u Organización Internacional que, en el momento y en el lugar en que se cometa un delito tenga derecho, conforme al derecho internacional, a una protección especial contra todo atentado a su persona, libertad o dignidad. Esto último asegura que la protección sea limitada en tiempo y espacio. Por su parte el artículo 2 recoge los aspectos sustanciales del delito que comprende no solo la comisión intencional de un homicidio, secuestro, u otros ataques contra la integridad física o la libertad de una persona internacionalmente protegida, sino también la amenaza, el atentado o la participación como cómplice del acto, así como los ataques violentos contra los locales oficiales, la residencia particular o los medios de transporte.

El gran impacto que supuso para la comunidad internacional la toma de rehenes –miembros del equipo olímpico de Israel– en las olimpiadas de Munich de 1972 por parte de terroristas palestinos, impulsó al gobierno de Alemania⁹⁷ a solicitar en la agenda de Naciones Unidas la elaboración de un borrador de convenio internacional sobre toma de rehenes. El texto se adopta finalmente en 1979 dando lugar al denominado Convenio de Nueva York contra la toma de rehenes⁹⁸. El primer artículo recoge el tipo penal de toma de rehenes que viene configurado cuando “toda persona que se apodere de otra (que en adelante se denominará “el rehén”) o la detenga, y amenace con matarla, herirla o mantenerla detenida a fin de obligar a un tercero, a saber, un Estado, una organización internacional intergubernamental, una persona natural o jurídica o un grupo de personas, a una acción u omisión como condición explícita o implícita para la liberación del rehén”. La norma también sanciona la tentativa y la complicidad en la comisión del delito. Como puede apreciarse el tipo penal consiste esencial-

⁹⁷ S. KAYE, “The United Nations Effort to Draft a Convention on the Taking of Hostages”, *American University Law Review*, núm 27, 1978, pp. 433-487; V. P. NANDA., “Progress Report on the United Nations’ Attempt to Draft An “International Convention Against the Taking of Hostages””, *Ohio Northern University Law Review*, núm 6, 1979, pp. 89-108.

⁹⁸ “Convenio Internacional contra la toma de rehenes”, firmado en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, *Internacional Legal Materials*, núm 18, 1979, p. 1456; en español en *United Nations Treaty Series* No. 21.931, 1983, p. 238 [De aquí en adelante “Convenio de Nueva York de 1979”].

mente la toma de un sujeto A para obtener concesiones por parte de B⁹⁹. Asimismo, y pese a algunas oposiciones en los debates previos, el texto deja bien claro que ni la lucha por la igualdad de derechos, ni la autodeterminación son fundamentos válidos para exceptuar la prohibición de la toma de rehenes¹⁰⁰. Aunque la Convención se alinea en términos generales a modelos anteriores, se diferencia de los mismos en el sentido de que recoge obligaciones para los Estados tanto de forma previa, como posterior a la comisión de delito de toma de rehenes¹⁰¹. En definitiva la Convención “individualiza y tipifica la toma de rehenes como delito internacional que no es justificable ni admite excepciones; establece la obligación de los Estados parte de cooperar para su prevención-represión mediante la técnica de inculpación del individuo en base al principio *aut dedere aut judicare* y en el que el motivo político sólo juega como excepción de la obligación de conceder la extradición, pero no de procesar”¹⁰².

Otro campo de aplicación específico de normas convencionales contra el terrorismo, estaría conformado por lo que podríamos denominar como “terrorismo nuclear”¹⁰³. Resulta curioso que el tipo penal de terrorismo nuclear no esté configurado por el hecho de utilizar material nuclear con fines no-pacíficos, sino más bien por la utilización, posesión, o manipulación “impropiamente” de dichos materiales nucleares por parte de actores no estatales. En realidad el planteo señalado tiene su lógica si tenemos en cuenta que aún en la actualidad, la posesión y utilización de armas nucleares no es contraria a derecho internacional, si se desarrolla en un contexto determina-

⁹⁹ [...Una definición abstracta, amplia e incondicionada del delito, que no es aplicable a los actos realizados por Estados, al no admitirse la propuesta de abordar la toma de rehenes masiva por regímenes coloniales, racistas y de dominación extranjera...] M. SOLA DOMINGO DE, “La convención internacional contra la toma de rehenes”, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm 35.1, 1983, pp. 86-87.

¹⁰⁰ No obstante, el artículo 12 excluye la aplicación del Convenio cuando un acto de toma de rehenes se haya producido durante un conflicto armado de conformidad con lo establecido por el derecho internacional humanitario, y en especial al párrafo 4 del artículo 1 del Protocolo adicional I de 1977, R. ROSENTOCK, “International Convention Against the Taking of Hostages: Another International Community Step Against Terrorism”, *Denver Journal of International Law & Policy*, núm 9, 1980, pp. 172-178.

¹⁰¹ M. ABAD CASTELLOS, *La toma de rehenes como manifestación del terrorismo y el derecho internacional*, Ministerio del Interior, Madrid, 1997, en especial Partes I y II.

¹⁰² M. SOLA DOMINGO DE, “La convención internacional contra la toma de rehenes”, *cit.*, p. 95.

¹⁰³ L. R. BERES, “On International Law and Nuclear Terrorism”, *cit.*, pp. 1-36.

do¹⁰⁴. Las normas sobre terrorismo nuclear están contenidas en la Convención de Viena de 1980¹⁰⁵, y el Convenio de Nueva York de 2005¹⁰⁶, aunque éste último se encuentra en fase de firma y ratificación. La Convención de Viena de 1980 tiene como objetivo asegurar la protección adecuada de materiales nucleares durante el transporte internacional de los mismos –importación, exportación o tránsito nacional– (artículos 2 y 3), requiriendo a cada Estado parte unos niveles de protección determinados por el mismo instrumento (Anexo I). En este sentido, la Convención tipifica como delito: el robo, la posesión desautorizada, el uso, la transferencia, la alteración, la evacuación o el desecho de materiales nucleares; así como la amenaza del uso de dichos materiales nucleares con fines extorsivos (artículo 7)¹⁰⁷. Mientras la Convención de Viena de 1980 se aplica únicamente a la protección de materiales nucleares en el curso de un tránsito internacional, el aún no vigente Convenio de Nueva York de 2005, pretende extender dicha protección también a los casos de uso doméstico, de almacenamiento, traslado, o de sabotaje.

La gran mayoría de los atentados terroristas de los últimos tiempos han utilizado, o han amenazado con utilizar, explosivos para la consecución de sus objetivos. Por ello, el cuerpo normativo de derecho convencional sobre terrorismo internacional busca mediante dos instrumentos específicos impedir, por un lado, la fabricación, transferencia, posesión y utilización de explosivos plásticos, y por otro lado reprimir los actos terroristas perpetrados mediante la utilización de bombas. El primero de estos aspectos se encuen-

¹⁰⁴ “Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996 sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares”, ICJ Reports 1996, 226; *International Legal Materials*, núm 35, 1996, p.809; M. J. Matheson, “Opinion of the International Court of Justice on the Threat or Use of Nuclear Weapons”, *American Journal of International Law*, núm 91, 1997, pp. 471-431; A. PIGRAU I SOLÉ, “El empleo de armas nucleares ante el Derecho internacional humanitario”, en *El derecho internacional humanitario ante los retos de los conflictos armados actuales*, (coord) RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, Marcial Pons, 2006, pp. 133-156; J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “El dictamen consultivo del Tribunal Internacional de Justicia sobre la licitud del arma nuclear”, *Revista española de derecho militar*, núm 71, 1998, pp. 91-180.

¹⁰⁵ “Convención sobre la protección física de los materiales nucleares”, firmada en Viena y en Nueva York el 3 de marzo de 1980, *International Legal Materials*, núm 18, 1979, p.1419; en español en *United Nations Treaty Series* No.24631, 1987, p. 152 (De aquí en adelante “Convención de Viena de 1980”).

¹⁰⁶ “Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear”, abierta a la firma en Nueva York el 14 de septiembre de 2005, A/RES/59/290 de 15 de abril de 2005.

¹⁰⁷ “Nuclear Arms Control: Background and issues”, National Academy of Sciences, Washington, 1985, p. 251.

tra regulado por el Convenio de Montreal de 1991¹⁰⁸ relativo a la marcación de explosivos plásticos, que si bien fue gestionado en el seno de Organización de la Aviación Civil teniendo en miras la posible utilización de dichos explosivos en aviones comerciales, nada impide que sus objetivos contribuyan a controlar y limitar el empleo de explosivos plásticos en otros contextos. A diferencia del resto de los instrumentos sobre terrorismo internacional, el Convenio de Montreal de 1991 no contiene disposiciones sobre extradición o represión de los autores, ni tipifica como delito la utilización de los explosivos plásticos, sino que más bien se imponen obligaciones a los Estados parte con el objetivo de lograr un efectivo control y destrucción de los mismos¹⁰⁹. El segundo de los aspectos señalados, es decir la utilización de bombas en atentados terroristas se encuentra regulado por el Convenio de Nueva York de 1997. El delito queda configurado cuando una persona ilícita e intencionadamente entrega, coloca, arroja o detona un artefacto o sustancia explosiva u otro artefacto mortífero en, o contra, un lugar de uso público, una instalación pública o de gobierno, una red de transporte público o una instalación de infraestructura, con el fin causar la muerte o lesiones corporales, o causar una destrucción significativa de ese lugar, instalación o red que produzca o pueda producir una gran perjuicio económico. También el Convenio condena a quién intente, participe, organice o dirija, o contribuya a la comisión de uno o más de los delitos descritos (artículo 2). Para asegurar que la posible simpatía respecto de las motivaciones subyacentes en el bombardeo no sirvan de justificación legal, el artículo 5 requiere a los Estados Parte adoptar medidas necesarias para que los actos criminales comprendidos en el Convenio, en especial aquellos que tengan un claro propósito de crear un estado de te-

¹⁰⁸ “Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección”, firmado en Montreal el 1 de marzo de 1991, *United Nations Treaty Series* No.36.980, 2000, p. 374.

¹⁰⁹ [...en términos generales, cada parte deberá, entre otras cosas: adoptar medidas necesarias y eficaces para prohibir e impedir la fabricación de explosivos plásticos sin marcar; impedirá la entrada o salida de su territorio de explosivos plásticos sin marcar; ejercerá un control estricto y eficaz sobre la tenencia y transferencia de explosivos sin marcas que se hayan fabricado o introducido en su territorio antes de la entrada en vigor del Convenio; asegurará que todas las existencias de esos explosivos sin marcar que no estén en poder de las autoridades militares o policiales se destruyan o consuman, se marquen o se transformen permanentemente en sustancias inertes dentro de un plazo de tres años; adopte las medidas necesarias para asegurar que los explosivos plásticos sin marcar que estén en poder de las autoridades militares o policiales se destruyan o consuman, se marquen o se transformen permanentemente en sustancias inertes dentro de un plazo de quince años; y aseguren la destrucción, lo antes posible, de todo explosivo sin marcar fabricado después de la entrada en vigor del Convenio para ese Estado...] *Acción Internacional contra el Terrorismo*, Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, DPI/2375C, enero 2005.

rror en la población en general, no puedan justificarse en circunstancia alguna por consideraciones de índole política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa u otra similar. Se trata de una disposición novedosa que probablemente demuestre al menos un ligero avance hacia el camino de abordar el aspecto político inherente en el mismo concepto de terrorismo, que tantos problemas genera al momento de acordar una definición general¹¹⁰.

A pesar de no tratarse de un problema desconocido, los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 evidenciaron las falencias de los sistemas financieros nacionales e internacionales para detectar o evitar la financiación del terrorismo, revelando una falta de coordinación en los Estados en sí mismos, en los Estados entre sí, en las organizaciones intergubernamentales, y en las instituciones financieras del sector privado¹¹¹. La Convención de Nueva York de 1999 relativa a la financiación del terrorismo¹¹², constituye el único instrumento de carácter internacional vigente que se aplica de forma transversal al fenómeno terrorista. La estructura básica del delito de financiación del terrorismo presenta un primer elemento "lícito" –es decir la financiación–, pero que en conexión con un segundo elemento "ilícito" –es decir un acto, o actividad terrorista–, convierte ese primer acto también en una conducta delictiva. No es de extrañar por lo tanto, que las mayores dificultades para regular el delito de financiación de terrorismo se encuentren en ese segundo elemento, especialmente cuando no se cuenta en virtud del derecho internacional con un concepto consensuado de terrorismo en general. Por ello la Convención ha optado por delimitar el concepto de terrorismo desde una doble perspectiva. En primer lugar –artículo 2.1(a)–, considerando delito de financiación del terrorismo a la provisión de fondos para cometer algunos de los delitos recogidos en los tratados específicos sobre terrorismo vigentes al momento. En segundo lugar –artículo 2.1(b)–, considerando también delito de financiación del terrorismo a la provisión de fondos para cometer cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales

¹¹⁰ J. F. MURPHY, *The United States and the Rule of Law in International Affairs*, Cambridge University Press, 2004, pp. 302-303.

¹¹¹ I. BANTEKAS, "The International Law of Terrorist Financing", *American Journal of International Law*, núm 97, 2003, p. 315; M. LEVITT, "Stemming the Flow of Terrorist Financing: Practical and Conceptual Challenges", *Fletcher Forum of World Affairs*, núm 27, 2003, pp. 59-70.

¹¹² "Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo", firmado en Nueva York el 9 de diciembre de 1999, *International Legal Materials*, núm 39, 2000, p. 270. [De aquí en adelante "Convenio de Financiación del Terrorismo"].

graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza ó contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo. La enunciación de esta disposición -2.1(b)-, contiene una descripción que prácticamente englobaría los elementos necesarios para una definición general de terrorismo¹¹³, sin perjuicio de que su aplicación en encuentra restringida a la necesaria ratificación por parte del Estado en cuestión¹¹⁴.

5. EL TERRORISMO EN EL CONTEXTO EUROPEO

Promovido en el contexto del Consejo de Europa el Convenio europeo para la represión del terrorismo de 1977¹¹⁵, utiliza la extradición para combatir el terrorismo, hasta el punto que se ha podido decir de él que no es un Convenio sobre terrorismo, sino “solamente un pretendido Convenio de extradición por actos terroristas en buena medida no debidamente tipificados como delitos”¹¹⁶.

La convención no establece una definición general de terrorismo¹¹⁷, sino que se limita a enumerar una serie de actos que los Estados parte no deberán considerar -artículo 1-, o podrán decidir no considerar -artículo 2-, como delitos políticos y por ende ser susceptible de extradición. En lo que respecta al artículo 1, según Marchetti¹¹⁸ es posible dividir los actos allí enumerados en dos grupos: aquellos previstos previamente en acuerdos internacionales, y

¹¹³ A. CASSESE, *International Criminal Law*, cit., pp. 121-122.

¹¹⁴ Más aún, las disposiciones de esta Convención podrían dar lugar a situaciones curiosas en las cuales, por ejemplo, sea posible respecto de un acto que se enmarque en virtud del artículo 2.1(b) perseguir a los partícipes en la financiación de dicho actos, pero no sea posible perseguir a los autores de los mismos.

¹¹⁵ “Convenio europeo para la represión del terrorismo”, firmado en Estrasburgo el 27 de enero de 1977, *International Legal Materials*, núm 15, 1976, p. 1272; también en CETS No.090, (De aquí en adelante “Convenio Europeo de 1977”).

¹¹⁶ C. RAMÓN CHORNET, *Terrorismo y respuesta de fuerza en el marco del Derecho Internacional*, cit., p. 125.

¹¹⁷ [...Appare subito evidente che l'art. 1 C. terr. non tenta neppure di fornire una definizione -per quanto ampia- dei reati di terrorismo, comportando questa l'identificazione di quel terrorismo politico cui, in sostanza, la Convenzione di Strasburgo si riferisce...] M. R. MARCHETTI, *Istituzioni Europee e Lotta al Terrorismo*, Cedam, Padova, 1986, p. 20.

¹¹⁸ *Id*, p.15; en conformidad C. RAMÓN CHORNET, *Terrorismo y respuesta de fuerza en el marco del Derecho Internacional*, cit., p. 126.

aquellos autónomamente delineados por la propia Convención. En realidad, hoy día todos los actos enumerados en el artículo 1 han sido recogidos en instrumentos internacionales específicos, y así lo refleja el texto acordado por el Protocolo de enmienda adoptado en 2003¹¹⁹. De este modo la actual versión del artículo 1 “contiene dos tipos de delitos: el primero figura en el párrafo 1¹²⁰ y engloba los delitos que ya figuran en tratados internacionales y son descritos mediante una referencia a los títulos de los instrumentos internacionales pertinentes; el segundo tipo figura en el párrafo 2¹²¹ y engloba los delitos co-

¹¹⁹ “Protocolo de enmienda al Convenio europeo para la represión del terrorismo”, firmado en Estrasburgo el 15 de mayo de 2003, CETS No.190; [De aquí en adelante “Protocolo al Convenio europeo de 1977”]

¹²⁰ “Artículo 1.1. A los efectos de la extradición entre Estados contrayentes, ninguno de los delitos mencionados a continuación se consideraran como delito político, como delito conexo con un delito político o como delito inspirado por móviles políticos: a) los delitos comprendidos en el ámbito de aplicación del Convenio para la Represión de la Captura ilícita de Aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970; b) los delitos comprendidos en el ámbito de aplicación del Convenio para la Represión de Actos ilícitos dirigidos contra la Seguridad de la Aviación Civil, concluido en Montreal el 23 de septiembre de 1971; c) los delitos comprendidos en el ámbito de aplicación del Convenio para la Prevención y la Represión de delitos contra las personas que tengan derecho a una protección internacional, incluidos los agentes diplomáticos, adoptada en Nueva York el 14 de diciembre de 1973; d) los delitos comprendidos en el ámbito de aplicación del Convenio contra la toma de rehenes, adoptado en Nueva York el 17 de diciembre de 1979; e) los delitos comprendidos en el ámbito de aplicación del Convenio para la protección física de materias nucleares, adoptada en Viena el 3 de marzo de 1980; f) los delitos comprendidos en el ámbito de aplicación del Protocolo para la Represión de Actos violentos ilícitos en aeropuertos destinados a de la Aviación Civil internacional, concluido en Montreal el 24 de febrero de 1988; g) los delitos comprendidos en el ámbito de aplicación del Convenio para la Represión de Actos ilícitos dirigidos contra la Seguridad de la Navegación marítima, concluido en Roma el 10 de marzo de 1988; h) los delitos comprendidos en el ámbito de aplicación del Protocolo para la Represión de Actos ilícitos dirigidos contra la Seguridad de las Plataforma fijas situadas en la Plataforma Continental, concluido en Roma el 10 de marzo de 1988; i) los delitos comprendidos en el ámbito de aplicación del Convenio internacional para la Represión de los Atentados Terroristas mediante explosivos, adoptado en Nueva York el 15 de diciembre de 1997; j) los delitos comprendidos en el ámbito de aplicación del Convenio internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, adoptado en Nueva York el 9 de diciembre de 1999.” (Texto según Protocolo de enmienda al Convenio europeo de 1977).

¹²¹ “Artículo 1.2. En la medida en que no estén cubiertos por los convenios previstos en el párrafo 1, a los efectos de la extradición entre Estados Contrayentes, se aplicará el mismo criterio respecto de la autoría de dichos delitos así como: a) de la tentativa de comisión de alguno de dichos delitos; b) de la participación como coautor o cómplice de una persona que cometa o intente cometer dichos delitos; c) de la organización o del hecho de ordenar la comisión o intentar cometer dichos delitos.” (Texto según Protocolo de enmienda al Convenio europeo de 1977).

nexos con los delitos previstos en el párrafo 1 y cuya gravedad es tal que ha sido necesario asimilarlos a delitos de la primera categoría e incluye la tentativa, la coautoría y la complicidad en la comisión del delito o en la tentativa, y la organización o el hecho de ordenar a otras personas la comisión o tentativa de cometer dichos delitos”¹²².

Frente a la obligación establecida por el primer artículo, el artículo segundo establece que “a los efectos de la extradición entre Estados Contratantes, un Estado Contratante podrá no considerar como delito político, como delito conexo con éste o como delito inspirado por móviles políticos, cualquier acto grave de violencia no comprendido en el Artículo primero y que esté dirigido contra la vida, la integridad corporal o la libertad de las personas”. Si se tiene en cuenta el significado real de esta disposición podemos fácilmente evidenciar que lo allí recogido no establece ninguna obligación legal, sino que simplemente confirma un derecho que ya previamente existía in virtud de las disposiciones tradicionales sobre extradición¹²³.

En términos generales, la doctrina ha criticado la metodología del Convenio europeo de 1977, al limitarse únicamente a “despolitizar” ciertas conductas a los efectos de la extradición, sin requerir a los Estados parte la tipificación de los actos enumerados en los artículos 1 y 2. Asimismo, también se ha afirmado que la técnica de despolitizar ciertas conductas terroristas, al menos del modo establecido por el Convenio, contribuye a negar de forma absoluta la conexión entre terrorismo y delito político, conexión que en ciertos casos podría resultar contradictoria desligar¹²⁴. En todo caso, al margen de que exista una norma doméstica que tipifique a dicha conducta como terrorismo, la inclusión de los tipos penales de terrorismo específico en el articulado del Convenio europeo, y la posterior ratificación por parte de los Estados partes, conlleva un gran valor simbólico que inclusive podría interpretarse como indicio a favor de la generación de una norma consuetudinaria al respecto.

¹²² R. A. BENÍTEZ, “Un Nuevo Convenio Anti-Terrorista para Europa”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm 7, 2003, p. 8.

¹²³ [...From a purely legal point of view, Article 2 would thus seem to be redundant in this respect...] E. MULLER-RAPPARD, “The European Response to International Terrorism”, en *Legal Responses to International Terrorism, U.S. Procedural Aspects*, cit., p. 401; [...Stando così le cose, sfugge il valore che la disposizione in esame dovrebbe avere in seno alla Convenzione, poiché sembra superfluo attribuire l'esercizio di un potere di sceltache lo Stato richiesto già possiede...] M. R. MARCHETTI, *Istituzioni Europee e Lotta al Terrorismo*, cit., p. 41.

¹²⁴ C. RAMÓN CHORNET, *Terrorismo y respuesta de fuerza en el marco del Derecho Internacional*, cit., p. 127.

Más allá del Convenio europeo de 1977, tanto de las instituciones de la Unión Europea, como del Consejo de Europa, han emanado un importante número de actos normativos, esencialmente de carácter político (resoluciones, declaraciones, recomendaciones...), relativos a la lucha contra el terrorismo¹²⁵. En relación con el concepto de terrorismo tiene especial importancia la adopción de la Posición Común 2001/931 PESC del Consejo de la Unión Europea, donde, a los efectos de dicha posición común, se define por acto terrorista “el acto intencionado que, por su naturaleza o su contexto, pueda perjudicar gravemente a un país o a una organización internacional tipificado como delito según el Derecho nacional, cometido con el fin de: i) intimidar gravemente a una población; ii) obligar indebidamente a los Gobiernos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; iii) o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras políticas fundamentales, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional”¹²⁶. Asimismo el citado documento adopta una definición de grupo terrorista como “todo grupo estructurado de más de dos personas, establecido durante cierto tiempo, que actúe de manera concertada con el fin de cometer actos terroristas”, así como de grupo estructurado como “un grupo no formado fortuitamente para la comisión in-

¹²⁵ Para mayor detalle véase: C. DÍAZ BARRADO, “El marco jurídico-internacional de la lucha contra el terrorismo”, cit., pp. 72-76.

¹²⁶ Cfr. Artículo 1 inciso 3 de la Posición Común del Consejo de 27 de diciembre de 2001 sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo (2001/931/PESC) DOCE L 344/93 de 28.12.2001. La norma continúa con la enumeración de una serie de actos considerados como terroristas a sus propios efectos: [...a) atentados contra la vida de una persona que puedan causar la muerte; b) atentados contra la integridad física de una persona; c) secuestro o toma de rehenes; d) causar destrucciones masivas a un gobierno o a instalaciones o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, incluidos los sistemas de información, plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, lugares públicos, o propiedades privadas que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico; e) apoderamiento de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías; f) fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de armas de fuego, explosivos, armas nucleares, biológicas y químicas e investigación y desarrollo de armas biológicas y químicas; g) liberación de sustancias peligrosas, o provocación de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas; h) perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas; i) amenaza de llevar a cabo cualesquiera de las acciones enumeradas en las letras a) a h); j) dirección de un grupo terrorista; k) participación en las actividades de un grupo terrorista, incluido el suministro de información o medios materiales, o mediante cualquier forma de financiación de sus actividades, con conocimiento de que esa participación contribuirá a las actividades delictivas del grupo...

mediata de un acto terrorista sin que sea necesario que se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, ni que haya continuidad en la condición de miembro o una estructura desarrollada¹²⁷.

6. CONCLUSIONES

Aunque todo parece indicar que pronto la comunidad internacional podrá contar con un instrumento internacional que defina o tipifique el terrorismo desde una aproximación general, lo cierto es que hoy día dicho documento no existe. A las dificultades normales que conlleva la determinación del contenido de una definición o una norma de derecho internacional cuando la misma no es recogida en un instrumento escrito y vinculante, le podemos sumar las dificultades propias de la materia penal donde la analogía, y las interpretaciones tienen una escasa cabida.

Sin perjuicio de ello, y tal como ha quedado evidenciado con respecto al crimen contra la humanidad hasta su inclusión en los estatutos de los Tribunales Penales Internacionales, la falta de una tipificación de carácter convencional de un crimen de transcendencia internacional no impide necesariamente que los elementos del tipo puedan resultar identificables, y que, por tanto, se proceda a su sanción sobre la base de normas internacionales. A través de una interpretación comprensiva de las normas del derecho internacional humanitario, del derecho internacional de los derechos humanos, de las normas convencionales de carácter regional, de las normas convencionales de carácter específico sobre la materia, como del derecho internacional consuetudinario, es posible identificar de forma inequívoca una noción básica y general de terrorismo internacional.

Independientemente de la motivación o justificación que sostengan sus autores, el derecho internacional contemporáneo claramente prohíbe y criminaliza todo ataque intencionado contra la población civil, que suponga un grave menoscabo de sus derechos fundamentales, tanto en tiempos de paz como en el contexto de un conflicto armado, y cuyo principal objetivo sea el de generar un estado de terror o alarma social.

Las tendencias actuales parecen indicar que la tipificación del crimen de terrorismo internacional requerirá para una adecuada persecución universal

¹²⁷ *Ibídem*. El documento incluye asimismo en un anexo una primera lista de personas, grupos y entidades a que se refiere el artículo 1.

de un tratado internacional específico, independientemente de que, mientras tanto, los estados nacionales y los tribunales internacionales puedan ejercer su jurisdicción en virtud del derecho internacional, cuando los actos de terrorismo puedan cuadrar al mismo tiempo como crimen de guerra o crimen de lesa humanidad, o que los estados nacionales puedan ejercer su jurisdicción doméstica, cuando se trate de infracciones a los tratados específicos sobre ciertas modalidades de terrorismo.

Las posibilidades de llegar a un consenso en torno a un tratado internacional que tenga como objetivo la prevención, investigación, juzgamiento y sanción del crimen de terrorismo internacional en sentido general, dependerá, en gran medida, de que los Estados en su conjunto, sean concientes de los verdaderos motivos que han impedido dicho consenso. Lo que resulta evidente a lo largo de casi un siglo de negaciones internacionales en la materia, es que los desacuerdos no se sitúan en la definición de terrorismo internacional sino, más bien, en sus posibles excepciones. Ahora bien, localizado el problema, quizás un primer paso para lograr el tan ansiado consenso sea el reconocer que no es posible justificar lo injustificable. En otras palabras, ¿por qué buscar justificación, o discutir excepciones, a acciones que llevan más de media década claramente prohibidas por el orden jurídico internacional?

Como sucediera con los piratas y los corsarios en el período clásico del derecho internacional, no debiera construirse un sistema de persecución penal que, por un lado, condene actos por su atrocidad o gravedad intrínseca, pero que, por otro lado, justifique esos mismos actos, según sean cometidos por un bando o el otro. A pesar de cometer los mismos actos aberrantes, la diferencia esencial entre piratas y corsarios, residía en que los últimos actuaban al servicio de algún reino poderoso y poseían títulos que legitimaban sus acciones. Una justa y eficaz condena del terrorismo internacional dependerá, en gran medida, de la posibilidad de superar este tipo de concepciones.

FRANCISCO J. BARIFFI

Area de Derecho Internacional Público

Universidad Carlos III de Madrid

c/Madrid, 126

Getafe 28903 Madrid

e-mail: fbariffi@der-pu.uc3m.es

**LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS
EN EUROPA Y AMÉRICA; SU INTERRELACIÓN E INFLUENCIA
EN LA JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA: ARGENTINA**

*THE RELATION OF THE AMERICAN AND EUROPEAN SYSTEMS
OF PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND THEIR INFLUENCE
IN THE LATIN-AMERICAN'S JUDICIAL DECISIONS: ARGENTINA*

TERESA DOLORES SILVA
CLAUDIA BEATRIZ MOSCATO

Resumen: *El objeto de este artículo es analizar la relación de los sistemas americanos y europeos de protección de los derechos humanos y su influencia en la jurisprudencia latinoamericana sobre derechos humanos, especialmente en la jurisprudencia argentina. De esta manera determinamos que los sistemas de protección de los derechos humanos pasaron de ser sistemas regionales a convertirse en sistemas globales.*

Abstract: *The aim of this paper is to review the relation between the American and European systems of protection of human rights. We also analyze how they influence the evolution of the Latin-America's judicial decisions regarding human rights, especially in Argentina. Our analysis is based on the idea that the protection of human rights started being a regional system and as result of globalization they have transformed into a global system where all the countries are interconnected to reinforce the international protection of human rights.*

Palabras Clave: derechos humanos, sistemas de protección de derechos humanos, Latinoamérica, Argentina

Keywords: human rights, European systems of protection of human rights, Latin-America, Argentina

INTRODUCCIÓN

El objeto de este artículo es analizar la influencia que viene teniendo la jurisprudencia europea y americana sobre derechos humanos en la jurisprudencia latinoamericana¹. Centraremos nuestro análisis en el sistema de protección de los derechos humanos en el ámbito americano (“sistema americano”) y el europeo (“sistema europeo”) y su influencia en la jurisprudencia de ciertos países de Latinoamérica. Asimismo, analizaremos como estos sistemas que han nacido como respuesta a las necesidades regionales, a través de la globalización su aplicación e influencia ha dejado de ser regional para transformarse en un fenómeno global. De esta manera, haremos referencia a la influencia que la jurisprudencia europea sobre derechos humanos viene teniendo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos (CorteIDH)² y viceversa.

Dividiremos el análisis en tres puntos, en el primero haremos mención a la influencia de la globalización en el sistema de protección de los derechos humanos. El segundo punto a partir de ciertos fallos del sistema americano y europeo sobre derechos humanos, analizaremos como estos sistemas se van interrelacionando e influenciando en la jurisprudencia latinoamericana, especialmente nos detendremos a analizar influencia que han tenido las sentencias emitidas por éstos sistemas, en la evolución jurisprudencial argentina.

¹ Utilizaremos el término “jurisprudencia latinoamericana” sobre derechos humanos, para referirnos a los fallos judiciales en materia de derechos humanos emitidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en especial en el ámbito del derecho penal. Asimismo, cabe mencionar que no nos detendremos a analizar las características de cada sistema de protección de derechos humanos, sino que centraremos nuestro análisis en el efecto que ha tenido la jurisprudencia emitida por sus órganos y su influencia en la protección de los derechos humanos a nivel global.

² Es un órgano jurisdiccional con sede en Costa Rica, integrada por siete miembros que no representan a los países de origen, sus funciones son dos: contenciosa y consultiva. La primera se refiere a recibir y decidir las denuncias, contra los estados que han adherido a su competencia, presentadas por la Comisión Interamericana, luego de haber agotado el procedimiento ante ésta sin que el Estado cumpliera satisfactoriamente con las recomendaciones que dispuso dicho organismo. La segunda, es la función contenciosa, referida a un sistema de consultas que pueden presentar los Estados y algunos órganos del sistema americano sobre la interpretación de normas internacionales sobre derechos humanos y su compatibilidad con normas de derecho interno de los Estados.

1. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. DE LA REGIONALIZACIÓN A LA GLOBALIZACIÓN.

Ante todo nos parece pertinente determinar que entendemos por “globalización” y por “regionalización”. En principio pareciera que la primera implica un proceso más complejo y con tendencias abarcativas de un todo completo, la segunda, contrariamente se refiere a las interacciones dentro de una región³. Para muchos la globalización coincide con el fin de la guerra fría y la caída del bloque soviético socialista, pero definir dicho concepto no resulta fácil ya que se trata de un término ambiguo con muchas aristas. En este trabajo no nos detendremos a analizar las diferentes posturas en relación a estos conceptos, sino que partiremos de la base de que a través del proceso de globalización los diferentes sistemas de protección de los derechos humanos han comenzado a interactuar de manera globalizada, reduciendo las diferencias entre los sistemas regionales de protección de los derechos humanos. Para lo cual hacemos mención a la definición realizada por Flores, quien sostiene que “...por ‘globalización’ entendemos tanto a la actividad-proceso, que cuenta – o procura contar– con acciones en todo el globo, como a su producto-resultado que tiene –o proyecta tener– efectos también en la totalidad de este...”⁴.

Centrando nuestro análisis en la protección internacional de los derechos humanos, recordemos que el legado dejado por las dos guerras mundiales del siglo XX, dieron origen a las Naciones Unidas y a la apertura de un sistema de comercio global del cuál surgió la Organización Mundial de Comercio. Paralelamente en Europa, el Consejo de Europa, y las Comunidades Europeas fueron creados para asegurar paz y prosperidad Así como también los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos⁵, que fueron creados para salvaguardar los derechos de los ciudada-

³ Para el Diccionario de la Real Academia Española, regionalismo es la tendencia o doctrina política según las cuales en el gobierno de un Estado debe atenderse especialmente al modo de ser y a las aspiraciones de cada región. Disponible en la página Web: <http://buscon.rae.es/diccionario/drae.htm>

⁴ I. B. FLORES, “Notas Sobre globalización (y Derechos Humanos) a propósito de los claroscuros del 911”, en el libro *Globalización y Derechos Humanos*, coordinado por Díaz Mólle, Luis T., publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Nro. 151, México, 2003.

⁵ Convención Europea de Derechos Humanos, las Declaraciones de los Derechos del Hombre de Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, etc.

nos. De modo similar sucedió en América, cuando a comienzos de 1945 se reunieron en la ciudad de México a fin de realizar la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y la Paz, en la cual se resolvió encomendar al Comité Jurídico Interamericano un proyecto de Declaración sobre los Derechos Esenciales del Hombre. El 30 de marzo de 1948 en Bogotá adoptaron la Carta de la Organización de Estados Americanos, que en su artículo 5 proclama que los Estados Americanos reconocen la existencia de los derechos humanos y el principio de no discriminación, asimismo la Novena Conferencia adoptó la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre. Asimismo, en 1959, en Chile se dispuso la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, órgano que vela por el respeto de aquellos derechos por parte de los Estados Americanos.

A partir de la aprobación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1969⁶ (Convención Americana), su actividad en materia de derechos humanos ha sido muy importante y ardua, llevando adelante investigaciones por denuncias de personas físicas –sean víctimas o no– u organizaciones no gubernamentales, una vez que se hubieren agotado los mecanismos de derecho interno estatal⁷ –sistema subsidiario–. Asimismo, presentado el caso ante la CorteIDH cuando el Estado no cumple con las recomendaciones que ella ha efectuado y por decisión de sus miembros, –órgano jurisdiccional creado en la Convención–. Dichos casos han finalizado en decisiones, sentando jurisprudencia más que influyente en muchos países latinoamericanos, especialmente en Argentina en los últimos años.

Más recientemente, y a petición de un estado parte, la CorteIDH ha dictado una Opinión Consultiva (OC)⁸ que precisa el ámbito de actuación y los principios que rigen la actividad de dicha Comisión, al decir que: “... la Corte considera necesario destacar que el sistema interamericano de protección de los

⁶ Documento que entró en vigor en 1978, ratificada por 25 países; Argentina, Barbados, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

⁷ Se contemplan excepciones cuando no exista un procedimiento, o no se pueda acceder a él o en caso de retardo injustificado.

⁸ OC-19/05 del 28 de noviembre de 2005, dictada por unanimidad, ante la consulta de Venezuela sobre si existe en el sistema de protección de los derechos humanos de la OEA un órgano competente para ejercer un control de legalidad sobre las actuaciones de la Comisión Interamericana, ante el cual puedan recurrir los Estados.

derechos humanos se construye sobre la base de la plena autonomía e independencia de sus órganos para el ejercicio de las funciones que les han sido encomendadas...⁹.

Es por ello que es la CorteIDH, quien efectúa el control de legalidad de las actuaciones de la Comisión Interamericana en lo que se refiere al trámite de los asuntos que estén bajo el conocimiento de la propia CorteIDH, conforme a la competencia que le confiere a ésta la Convención Americana y otros instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos.

Cabe mencionar que los Estados miembros del sistema americano, en razón de haber ratificado la Carta de la Organización (Carta), están obligados tanto por las normas sobre derechos humanos aquélla dispone, como asimismo por la Declaración.

La Comisión Interamericana ha considerado que los derechos básicos protegidos en la Declaración Americana –derecho a la vida, libertad, derecho al debido proceso y a un juicio justo– han adquirido la condición de normas consuetudinarias del derecho internacional¹⁰. Por lo tanto como lo ha dejado en claro la misma CorteIDH en la OC N° 10, la Declaración Americana constituye una fuente de obligaciones jurídicas para todos los Estados miembros de la OEA, incluyendo en particular aquellos Estados que no la han ratificado.

A estos documentos internacionales se le han agregado otros más, que amplían y complementan los derechos ya reconocidos. Como ejemplo de ello encontramos la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura¹¹, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales¹², la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer¹³, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas¹⁴.

⁹ En esta OC también se precisó que las garantías que aseguran el ejercicio del derecho de defensa eran: "a) las relacionadas con las condiciones de admisibilidad de las peticiones (artículos 44 a 46 de la Convención); y, b) las relativas a los principios de contradicción (artículo 48 de la Convención) y equidad procesal. Igualmente es preciso invocar aquí el principio de seguridad jurídica (artículo 39 del Reglamento de la Comisión)."

¹⁰ Caso 12.379, Informe N° 19/02 del 27 de febrero de 2002.

¹¹ Firmada el 9 de diciembre de 1985.

¹² Firmada el 17 de noviembre de 1988.

¹³ Firmada el 9 de junio de 1994.

¹⁴ Firmada el 9 de junio de 1994.

Promoviendo de esta manera la protección y promoción de los derechos humanos por parte de los Estados a fin de poder asegurar la paz mundial y la estabilidad de los propios países. Implícitamente guiados por el objetivo de introducir nuevos instrumentos para el contrapeso y balance de los sistemas constitucionales de los países, como así también la delimitación de los poderes de los Estados soberanos. Como resultado de la globalización, las relaciones multilaterales y bilaterales entre los países fueron incrementándose, produciéndose grandes cambios a nivel social, económicos y políticos¹⁵.

De esta manera, los sistemas de protección internacional de los derechos humanos, se vieron influenciados por la globalización y han dejado de ser regionales para transformarse en un fenómeno mundial. Es por ello que consideramos apropiado hacer un paralelismo entre las características y jurisprudencia del sistema americano y el sistema europeo y la manera en que éstos vienen en las últimas décadas influenciando a la jurisprudencia latinoamericana.

Al respecto, consideramos apropiado hacer mención a las palabras de Balaguer Callejón al decir que: *"...los derechos fundamentales no son ya en Europa un asunto estrictamente interno de los Estados y muy probablemente nunca mas volverán a serlo...la garantía internacional de los derechos encuentra al menos una doble justificación: por un lado, podríamos decir que el proceso de internacionalización y globalización no pudo dejar de manifestarse también en el ámbito jurídico...Por otro lado, ese proceso de globalización obliga necesariamente a extender los espacios jurídicos y de protección de los derechos, conformando a los derechos como una especie de 'moneda ideal' única, con valor legal en gran parte de los ordenamientos...Pero de ellos se deriva una, por así decirlo, estructura de protección supranacional que, sin embargo, debería ir mas allá del ámbito europeo..."*¹⁶.

Un claro ejemplo de ello, es el papel fundamental que cumple la protección de los derechos humanos en el proceso de ampliación de la UE como requisito necesario para la inclusión de nuevos Estados miembros o el papel que tiene la Carta de los Derechos Fundamentales en el proceso de constitucionalización de la UE, o la labor desarrollada por el TJCE o la interacción

¹⁵ Sobre los efectos de la globalización ver entre otros a J. PEREZ CURCI, "La globalización y sus consecuencias en el nuevo orden jurídico internacional", *El Derecho*, del 20 de marzo de 2006 (Argentina) y L. FERRAJOLI, "Democracia y Derechos Fundamentales frente al desafío de la globalización", *La Ley*, 6 de diciembre de 2005 (Argentina).

¹⁶ F. BALAGUER CALLEJON, "Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa. Una perspectiva constitucional", publicado en la *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, enero-junio de 2004.

entre la jurisprudencia del sistema americano y europeo, que a su vez vienen interpretando conjuntamente ciertos aspectos de la protección de los derechos humanos y su influencia en la jurisprudencia latinoamericana.

Todos estos cambios han afectado la estructura legal en general y en particular del Derecho Constitucional y el Derecho Internacional Público, haciendo que el Derecho Constitucional se convierta en más internacional y el Derecho Internacional en más constitucional. De esta manera, la protección de los derechos fundamentales y la salvaguarda de la paz mundial dejó de ser una responsabilidad de los Estados soberanos contenida en sus constituciones nacionales, para pasar a ser una importante tarea y objetivo de las organizaciones internacionales. Esta transferencia de funciones constitucionales de los países a niveles internacionales puede denominarse como la “Internacionalización del Derecho Constitucional” o “Constitucionalización del Derecho Público Internacional”¹⁷, que está basado en el reconocimiento de los intereses de la comunidad de los estados y la incorporación de mecanismos para su implementación.

2. LA JURISPRUDENCIA DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES. DISTANCIAS Y ACERCAMIENTOS ENTRE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH Y LA CORTEIDH

Una de las características que ha tomado el proceso de internacionalización de los sistemas de protección de los derechos humanos, es la consideración de la jurisprudencia de los órganos que llevan adelante dicho control en cada sistema. De esta manera, la CorteIDH ha recurrido asiduamente a las decisiones de su par en Europa, que por su trayectoria tiene un vasto repertorio en su haber. Ello lo determinaremos de acuerdo a ciertos temas abordados por dichos tribunales, los cuales desarrollaremos a continuación.

2.1. El derecho a la vida: la pena de muerte y la desaparición forzada de personas

Tratando de analizar –sin pretender abarcar todos y cada uno de los casos– podemos observar que algunas veces encontramos posturas disímiles en temas similares, como por ejemplo respecto al derecho a la vida.

¹⁷ Para profundizar sobre este tema ver, A. FROWEIN JOCHEN. *Public and Private International Law in a Globalising International System*, Müller, Heidelberg, 2000, pp. 427-448.

La normativa internacional sobre el derecho a la vida que comienza en 1950, es reflejo de la legislación y la práctica de los países europeos que contemplaban la pena de muerte¹⁸. En este sentido la jurisprudencia del TEDH ha sido un factor decisivo para el desarrollo que se ha indicado, y obviamente las decisiones de la CorteIDH han tenido influencia en su par de Estrasburgo al amparo aquella de una normativa mas protectora del derecho a la vida que la europea.

Ello así, es de destacar la interpretación que la CorteIDH ha realizado del artículo 4 de la Convención Americana¹⁹, lo que demuestra una clara tendencia abolicionista de la pena de muerte y plenamente respetuosa del derecho a la vida. La cuál ha sido de referencia por parte del TEDH para la resolución, entre otros, del caso Ocalan c/ Turquía²⁰. Finalmente los estados europeos adoptaron el protocolo número 13²¹, para que se aboliese la pena de muerte en todas las circunstancias, ya sea en tiempo de paz como de guerra. Pero si bien el TEDH ha reconocido la aplicación de las garantías de los artículos 6 y 7 del CE en el ámbito militar²², penitenciario²³ y administrativo profesional²⁴, ha dejado de lado la cuestión del principio de legalidad.

En otras ocasiones el TEDH se ha visto influenciado por las decisiones de la americana, así por ejemplo en materia de desaparición forzada de personas, especialmente luego de los acontecimientos políticos y sociales que ocurrieron en Latinoamérica durante la década del 70 y del 80²⁵. Al respecto

¹⁸ En este sentido hacemos especial referencia al artículo 2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (Convenio Europeo) y al artículo 1 del Protocolo Número 6 del Convenio Europeo.

¹⁹ Dicho artículo dice: "...1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente..."

²⁰ Corte EDH, caso "Ocalan c/Turquía" del 12 de marzo de 2003.

²¹ La cual entró en vigencia el 1 de julio de 2003.

²² TEDH en el caso "Engel" del 8 de junio de 1976, sobre sanciones disciplinarias a soldados que efectuaban el servicio militar en Países Bajos, Serie A, N° 82.

²³ TEDH en el caso "Cambell c/Reino Unido", del 28 de junio de 1984, Serie A, N° 80.

²⁴ TEDH en el caso "Serre c./Francia", 1999.

²⁵ En noviembre de 2006, en un caso contra Perú, la Corte ha dicho que "...la obligación general de garantizar los derechos humanos consagrados en la Convención, contenida en el artículo 1.1 de la misma, deriva la obligación de investigar los casos de violaciones del derecho sustantivo que debe ser amparado, protegido o garantizado. Así, en casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y otras graves violaciones a los derechos humanos, el Tribunal ha considerado que la realización de una investigación ex officio, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y

cabe mencionar que el TEDH ha tomado la doctrina sobre presunción de fallecimiento de la persona desaparecida sosteniendo que los familiares no tenían el deber de probar la muerte de la persona desaparecida²⁶.

2.2. El deber de investigar del Estado en caso de desaparición forzada y torturas de personas: cosa juzgada, *ne bis in idem* y plazo razonable del proceso

En cuanto al deber de investigar del estado por la violación de los derechos humanos, la CorteIDH ha tenido que resolver temas como la competencia militar, la prosecución de juicios ineficaces llevados a cabo con el único objeto de sustraer a los culpables de la investigación y sanción y en su caso la operatividad de la cosa juzgada y el plazo razonable en el juicio penal la imparcialidad e independencia de del tribunal, entre otros.

Así ha establecido que la jurisdicción penal militar debe tener un alcance restrictivo y excepcional por comisión de delitos o faltas que atenten contra bienes jurídicos del orden militar²⁷. Por estas razones y por la naturaleza del crimen y el bien jurídico lesionado, la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de estos hechos²⁸.

Además ese Tribunal ya había señalado desde el caso “Barrios Altos” que son inadmisibles las disposiciones de amnistía y de prescripción, como así también el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos –tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas–,

condicionante para la protección de ciertos derechos que se ven afectados o anulados por esas situaciones, como los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida. Esa obligación de investigar adquiere una particular y determinante intensidad e importancia en casos de crímenes contra la humanidad”. Asimismo ver entre otros casos: CorteIDH, caso “La Cantuta” vs. Perú, del 29 de noviembre de 2006. Serie C N° 162 y CorteIDH, Caso Goiburú y otros: Caso Montero Aranguen y otros (Reten de Catia). Sentencia del 5 de julio de 2006. Serie Ca No. 150, párrafos 63-66 y Caso de la Masacre de Pueblo Bello, párrafo 142.

²⁶ TEDH, caso “Timurtas c./Turquía”, del 13 de junio de 2000.

²⁷ CorteIDH, *Caso Almonacid Arellano y otros*, párrafo 131; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, párr. 189, y *Caso Palamara Iribarne*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párrafo 124.

²⁸ CorteIDH, caso “la Cantuta”, ya citado.

todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, haciendo especial hincapié en los fallos más recientes en los cuáles se ha analizado la cuestión de la cosa juzgada algunas veces invocada por los jueces latinoamericanos²⁹. Recientemente, el 11 de mayo de 2007, la CorteIDH en el caso “Bueno Alves c/ Argentina” ha sostenido que dicho país había lesionado el derecho a la integridad física del denunciante por las torturas que sufriera estando detenido en sede policial, pero que “ello no significa que deba ser calificada per se como delito de lesa humanidad, debido a que tales actos no fueron parte de un contexto de ataque generalizado o sistemático contra la población civil”. Dicha doctrina otorgó basamento para que la Corte Suprema de Justicia Argentina, declarara prescripta la acción penal en la investigación de esos hechos en la causa “Rene Derecho”-causa 24.079-, el 11 de julio de 2007.

2.3. Derechos de las personas detenidas

Otro tanto ha sucedido respecto a la responsabilidad del Estado por la vida y salud de las persona detenidas³⁰.

En la convención europea no encontramos una norma como en el sistema americano de protección de los derechos humanos, que imponga a los estados que los detenidos deben ser tratados con humanidad y con el respeto debido por su condición de ser humano³¹.

²⁹ CorteIDH, *Caso Barrios Altos*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75. Párr. 41. Asimismo, en el caso “La Cantuta” antes citado, en relación al instituto de la cosa juzgada, la CorteIDH precisó que “...el principio non bis in idem no resulta aplicable cuando el procedimiento que culmina con el sobreseimiento de la causa o la absolución del responsable de una violación a los derechos humanos, constitutiva de una infracción al derecho internacional, ha sustraído al acusado de su responsabilidad penal, o cuando el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada “aparente” o “fraudulenta”.

³⁰ Ver artículos de C. MOSCATO en *Criminalidad y Ciencia Penitenciaria*, Prólogo del Dr. E. Raúl Zaffaroni, Editorial Jamp, Argentina, pp. 92 y siguientes; “Los Derechos de las Personas Detenidas en la Jurisprudencia.”, publicado en EIDial.com del 27.07.05; “Responsabilidad del Estado por las personas detenidas”, publicado en Jurisprudencia Argentina/Lexis Nexis, 2006-1, del 1 de marzo de 2006, pp. 14 y siguientes.

³¹ Pero la Comisión Europa había decidido en el caso “Ilse Koch” del 8 de marzo de 1962, que se encontraban amparados por la convención a través del mecanismo de “protección par ricochet” del artículo 3.

A partir del año 2000 el TEDH ha reconocido el derecho de todo prisionero a ser detenido en condiciones compatibles con el respeto de la dignidad humana³².

En el ámbito americano se ha sostenido que el detenido tiene derecho a vivir en condiciones dignas y que el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y la integridad personal, los cuales no pueden ser restringidos de ninguna manera.

En relación a esto, otro tema que se planteó a nivel jurisprudencial ha sido la responsabilidad del Estado por los incendios, que si bien no habían sido originados directamente por personal a cargo del organismo penitenciario, éste contribuyó con sus acciones y omisiones a generarlo. Al respecto, se ha demostrado que Paraguay además de no disponer medidas para que los internos tuvieran una detención digna, ni sus obligaciones complementarias respecto de los niños³³, mantuvo el instituto en condiciones tales que permitió que se produjeran los incendios y sus terribles consecuencias, a pesar de las advertencias y recomendaciones que se le efectuaron organismos internacionales como así también entidades no gubernamentales. Atento que el instituto, originariamente no fue creado para el fin que se le diera, no contaba con la implementación de todas las medidas de seguridad, evacuación y emergencia necesarias para los hechos que sucedieron.

Así, la falta de prevención del Estado llevó a la muerte a varios internos, en forma traumática y dolorosa, ya que la pérdida de la vida se produjo por asfixia o por quemaduras, prolongándose la agonía para algunos por varios días. Ello equivale, en términos de Corte, a una negligencia grave que lo hace responsable de la violación del artículo 4.1 de la Convención Americana, en relación al artículo 1.1 y respecto a los menores a la luz del artículo 19 de dicho texto.

En igual sentido, resulta importante destacar las consideraciones que hizo el Tribunal respecto de la alegada irresponsabilidad por parte del Estado respecto de dos menores, fallecidos por heridas de armas blancas a raíz de una pelea entre internos, luego de ser trasladados a otra unidad después del incendio³⁴. Al respecto se estableció, que el Estado tiene el deber de garanti-

³² TEDH, caso "Kudla c/Polonia", del 26 de octubre de 2000.

³³ Se configuró una violación a los artículos 4.1., 5.1, 5.2 y 5.6 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1. de la misma, y respecto de los niños interpretados a la luz del artículo 19.

³⁴ Más adelante se analiza el caso "Gothelf", dictado por la CSJN sobre este tema.

zar el derecho a la vida e integridad física de los internos, por lo tanto, independientemente que ningún agente estatal fuera aparentemente responsable directo de las muertes, en razón de sus obligaciones, debía crear las condiciones necesarias para evitar al máximo riñas entre internos.

De este modo dicho Tribunal no solo determinó las obligaciones pecuniarias respecto de las víctimas y familiares y otras reparaciones, sino que también dispuso que en el plazo de seis meses Paraguay deberá realizar en consulta con la sociedad civil una declaración que contenga una política de Estado de corto, mediano y largo plazo en materia de niños en conflicto con la ley que sea plenamente consistente con los compromisos internacionales. Asimismo dispuso que dicha declaración contemple, entre otros aspectos, estrategias, acciones apropiadas y la asignación de los recursos que resulten indispensables para que los niños privados de libertad se encuentren separados de los adultos. Como así también, para que los niños procesados estén separados de los condenados, la creación de programas de educación, médicos y psicológicos integrales para ellos³⁵.

Cabe mencionar que en junio de 1986 se produjeron tres motines simultáneos en tres centros diferentes de detención, uno de ellos en el denominado "El Frontón". Luego de una infructuosa búsqueda de soluciones por parte de las autoridades para obtener la rendición de los amotinados el Poder Ejecutivo dispuso declarar a los penales en crisis como zonas militares restringidas y dejar al mando de las operaciones a la Marina de Guerra, impidiendo la interferencia de las autoridades civiles y judiciales.

Los motines fueron aplacados con el resultado de 111 muertos, de los cuales sólo 7 cadáveres fueron identificados, y 34 sobrevivientes, en total 145 personas cuando antes de los hechos había 152 detenidos. Ugarte y Durand nunca fueron identificados entre los muertos. La Corte Interamericana dejó en claro que si bien el Estado tenía el derecho y deber de debelar el motín, la sofocación del mismo se realizó haciendo uso desproporcionado de la fuerza, por lo que hace responsable al Estado responsable de la privación ar-

³⁵ Con anterioridad, el 16 de agosto de 2000, la CorteIDH había dictado sentencia en el caso "Durand y Ugarte". Había sido un caso contra Perú, relativo a las desapariciones de Norberto Durand Ugarte y Gabriel Pablo Ugarte Rivera, ocurridas en el centro de detención San Juan Bautista, conocido como "El Frontón". Estas personas habían sido detenidas en el mes de febrero de 1986 por la Dirección contra el Terrorismo (DIRCOTE) sin orden judicial y sin que hayan sido encontrados en flagrancia, bajo sospecha de haber participado en actos de terrorismo.

bitraria de la vida de aquellas personas que fallecieron con motivo de la demolición del penal, entre ellos Durand y Ugarte.

La CorteIDH también se ha referido al tema en un caso planteado por la Comisión Interamericana contra Argentina. El 26 de febrero de 2003 Argentina reconoció su responsabilidad internacional en el caso "Bulacio" por violación a los artículos. 2, 4, 5, 7, 8, 19 y 25 de la Convención Americana, llegando así a una solución amistosa a la demanda que había llevado la Comisión Interamericana en el año 2000. Se estableció que Walter David Bulacio fue víctima de una violación a sus derechos en cuanto a un inapropiado ejercicio del deber de custodia y a una detención ilegítima por incumplimientos procedimentales. La Corte Interamericana, dictó sentencia el 18 de septiembre de 2003, en la cual precisó que Argentina violó -como ella lo había reconocido: a) el derecho a la libertad personal, quién había sido detenido de manera ilegal y arbitraria dentro de un operativo de *razzia* sin que mediara orden judicial, y al no habersele informado de sus derechos como detenido, no haber dado aviso a sus padres y al juez de menores sobre su detención. b) El derecho a la integridad personal, ya que fue golpeado por agentes de policía y sometido a malos tratos. c) El derecho a la vida, ya que el Estado se hallaba en una posición de garante, y no observó un apropiado ejercicio del deber de custodia. d) El derecho a la protección judicial y a las garantías judiciales por no haber informado a sus padres y al juez de menores de su detención, y al no haber provisto a aquéllos de un recurso judicial efectivo para esclarecer las causas de detención y muerte del menor, sancionar a los responsables y reparar el daño causado. e) El derecho a las medidas de protección especial de protección a favor de los menores de edad consagradas en el artículo 19 de la Convención Americana. f) Y las obligaciones generales consagradas en los artículos. 1.1 y 2 de la Convención Americana.

En relación a las reparaciones que impuso al Estado Argentino³⁶ y puntualmente en cuanto al tema de condiciones de detención³⁷ dijo que éstas deben ser compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle

³⁶ El artículo 68 de la C. A.: impone a los Estados partes el deber de cumplir con las sentencias de la CorteIDH.

³⁷ Otros temas son objeto de tratamiento por la Corte. Ver esencialmente lo dicho respecto a que las *razzias*, detenciones por averiguaciones de identidad y detenciones por edictos contravencionales de policía, son incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales, entre otros, de la presunción de inocencia, de la existencia de orden judicial para detener -salvo flagrancia- y de la obligación de notificar a los encargados de los menores de edad.

el derecho a la vida y a la integridad personal³⁸. Asimismo, la CorteIDH estableció que el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de los derechos de los detenidos.

También se ha hecho eco de la interpretación que el TEDH había dado del artículo 5 de la CEDH. Así en el caso “Castillo Petruzzi”³⁹ haciendo relación al caso “Brogan”⁴⁰, tuvo en cuenta que dicho Tribunal había sostenido que si bien el vocablo “inmediatamente” debe ser interpretado de conformidad con las características de cada caso, ninguna situación por grave que sea, otorga a las autoridades la potestad de prolongar indebidamente el período de detención sin afectar el artículo 5.3. de la CE.

De igual manera en el caso “Loayza Tamayo”⁴¹ se tuvo en cuenta para la interpretación del derecho a la integridad física de las personas detenidas un fallo –si bien no reciente pero emblemático– en el cual se estableció que “...la infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de dejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos (...) El carácter degradante se expresa en un sentimiento de miedo, ansia e inferioridad con el fin de humillar, degradar y de romper la resistencia física y moral de la víctima”⁴². Al igual que el caso de Brasil denominado “Cárcel de Urso Branco”⁴³.

De modo similar se ha sostenido dicha postura en Europa a partir del caso “Cakici” responsabilizando al Estado por la desaparición de una persona luego de ser arrestada por funcionarios estatales y en otros casos posteriores⁴⁴.

En materia de deberes de respeto y garantía de los derechos humanos por parte de los Estados, específicamente sobre la existencia de obligaciones legis-

³⁸ Con cita de los casos “Durand” y “Ugarte” y “Castillo Petruzzi”, ya mencionados en este trabajo.

³⁹ TEDH en el caso “Castillo Petruzzi y otros” del 30 de mayo de 1999.

⁴⁰ TEDH en el caso “Brogan” del 23 de marzo de 1988. Serie A N° 145-B.

⁴¹ CIDH en el caso “Loayza Tamayo”, del 17 de septiembre de 1997, Seria C N° 33. Fallo que nos es familiar ya que interpretó que las recomendaciones de la Comisión Interamericana no eran “Obligaciones” para los Estados sino que tratándose de “recomendaciones” los Estados debían realizar los mejores esfuerzos para su cumplimiento.

⁴² TEDH en el caso “Irlanda c/ Reino Unido” del 18 de enero de 1978, Seria A N° 25.

⁴³ Fallo del 18 de junio de 2002.

⁴⁴ TEDH en el caso “Cakici c./Turquía”, del 8 de julio de 1999. Asimismo, ver también TEDH en el caso, “Ertak c./Turquía” del 9 de mayo de 2000, caso “Berkday c./ Turquía”, del 1 de marzo de 2001 y caso “Anguelova c./ Bulgaria”, del 13 de junio de 2002.

lativas, judiciales y ejecutivas, la CorteIDH ha seguido la jurisprudencia ya existente de su par europea⁴⁵, cabe tener presente lo manifestado por el Juez Cancado Trindade en su voto por separado en el caso antes mencionado “Ultima Tentación de Cristo”⁴⁶, en cuanto postula como responsables del cumplimiento de dichas obligaciones a cualquiera de los poderes del Estado, y respecto de cualquier norma del orden normativo interno del Estado.

3. LA INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA AMERICANA Y EUROPEA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN LA JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA. EL CASO DE ARGENTINA

Como venimos manifestando durante el desarrollo de este artículo, tanto el TEDH como la CorteIDH han recurrido a sus interpretaciones para dictar sus resoluciones. Asimismo, la jurisprudencia Latinoamericana ha recepcionado la jurisprudencia dictada por dichos tribunales.

Como ejemplo de esto, analizaremos la influencia que éstos han tenido en la evolución jurisprudencial de la protección de los derechos humanos en Argentina, atento que consideramos que dentro de los países de la región Argentina ha realizado un importante avance en materia de protección de los derechos humanos luego de la reforma constitucional del año 2004, por medio de la cuál se le concedió jerarquía constitucional a ciertos tratados sobre derechos humanos (artículo 75 inciso 22).

El fruto de este “diálogo” entre los máximos intérpretes de los derechos reconocidos en los documentos internacionales sobre derechos humanos en ambos continentes, ha influido en la interpretación que realizara la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina (CSJN), la cual viene tomando como guía interpretativa las decisiones de ambos tribunales internacionales –inclusive aún antes de la reforma constitucional de 1994–.

A partir del caso “Firmenich”⁴⁷ la CSJN ha precisado que la jurisprudencia de la CorteIDH y, en su caso, la de la TEDH constituye una pauta valiosa

⁴⁵ Casos “Klass y otros” (1978), “Marckx” (1979), “Johnson y Otros” (1986), “Dudgeon” (1981), “Silver y otros” (1983) entre muchos otros.

⁴⁶ CIDH, caso “Olmedo Bustos y otros c./Chile”, del 5 de febrero de 2001.

⁴⁷ Fallos 310:1476, voto de la mayoría y del Dr. Fayt. En el mismo sentido Fallos 312:2490 “Microómnibus Belgrano S.A.” y Fallos 314: 1531 voto del Dr. Fayt en disidencia, “Comunidad Homosexual Argentina”.

para interpretar las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En el precedente “Edmedkjian c/Sofovich”⁴⁸ –en el cual se analizaban varias cuestiones trascendentes como el alcance del derecho de respuesta (art. 14.1 de la C.A.) y la jerarquía de los tratados en el derecho interno– al decir que la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica debía guiarse por la jurisprudencia de la CorteIDH, ya que uno de sus objetivos es su interpretación. A dichos efectos tuvo en consideración una Opinión Consultiva emitida por la CorteIDH⁴⁹. En esa misma línea argumental la CSJN dictó el fallo “Servini de Cubría”⁵⁰.

En relación al TEDH la CSJN manifestó que tanto la CorteIDH como este tribunal para interpretar el alcance de tal garantía –consagrada de igual forma en la Convención Europea de Derechos Humanos en su artículo 6– les resulta útil recurrir a la jurisprudencia del TEDH, al decir: “...*Que constituye una pauta valiosa de hermenéutica de los tratados internacionales de la materia en examen*”⁵¹. Asimismo con mención a estos precedentes, el doctor Fayt ha dicho que: “...*constituye un parámetro válido para la interpretación de las garantías constitucionales que se hallan biseladas por disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Es por ello que a fin de comprender la extensión que debe asignarse a este principio resulta ilustrativa su vasta jurisprudencia en la materia*” –con la salvedad de verificar previamente si las situaciones de hecho que se plantean en cada caso son similares o no, ya que como ocurrió en el caso “Quiroga”⁵² las circunstancias fácticas eran totalmente disímiles⁵³.

Producida la reforma constitucional antes mencionada, la CSJN determinó en el caso “Girolodi”⁵⁴, que las limitaciones para interponer el recurso de casación en materia penal para la defensa eran contrarias al derecho a recurrir ante un tribunal superior reconocido en la Convención Americana Como se adelantó allí se interpretó en forma unánime la cláusula “en las condiciones de su vigencia” dispuesta por el Convencional Constituyente en el texto del artículo 75 del inciso 22, expresando que “...*esto es, tal como la Convención citada efectivamen-*

⁴⁸ Fallos: 315:1492.

⁴⁹ OC 7/86 del 29 de agosto de 1986.

⁵⁰ Fallos 315:1943.

⁵¹ Fallos: 318:2348, 319:2557, 322:1941.

⁵² Rta. por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 23 de diciembre de 2004.

⁵³ Al respecto ver considerando 26 del fallo en cuestión.

⁵⁴ Fallos 318:514.

te rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación...". Agregando en el considerando 11 de dicho fallo que: "...De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana...". En este caso también se utiliza una Opinión Consultiva relativa a las "Excepciones al agotamiento de los recursos internos"⁵⁵, a fin de interpretar las obligaciones de los Estados Partes en cuanto al deber de organizar todo su aparato gubernamental de manera tal que se asegure el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Sorprendió la CSJN a la doctrina nacional al dictar el fallo "Bramajo"⁵⁶ en el que utilizó las mismas expresiones que en "Giroldi" en relación a decisiones de la CorteIDH, para referirse en este caso a una recomendación de la Comisión Interamericana. En ese fallo estableció que la opinión de la Comisión Interamericana debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida que el Estado argentino reconoció la competencia de la Comisión Interamericana en los casos de interpretación y aplicación de la Convención Americana (considerando 8). Finalizando afirmando que correspondía revocar el pronunciamiento recurrido por cuanto la interpretación realizada por el *a quo* había sido incompatible con la jurisprudencia elaborada por la Comisión Interamericana. En dicho caso la CSJN indicó la jurisprudencia que dicha Comisión había tomado del TEDH para interpretar el alcance del "plazo razonable"⁵⁷.

En el fallo "Nardelli"⁵⁸, a partir del voto de los Dres. Fayt, Petracchi y Bossert, se afirmó que procede acudir a la jurisprudencia del TEDH para determinar la inteligencia de la garantía contenida en el artículo 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica.

En el caso "Nápoli"⁵⁹, también el Alto Tribunal nacional no solo fundó su posición en una opinión consultiva⁶⁰ de la CorteIDH, sino que tuvo en

⁵⁵ OC 11 dictada el 10 de agosto de 1990.

⁵⁶ Fallos 319:1840, dictado el 12 de septiembre de 1996.

⁵⁷ Informe de la Comisión Nro. 10.037 sobre la Rep. Argentina del 13 de abril de 1989, citando el fallo "Neumeister" del TEDH del 27 de junio de 1968.

⁵⁸ Fallos: 319:2557 del 5 de noviembre de 1996.

⁵⁹ Fallo dictado por la CSJN el 22 de diciembre de 1998.

⁶⁰ OC 4/84 del 19 de enero de 1997.

cuenta además, el caso “Suarez Rosero”⁶¹ para interpretar el alcance de la prisión preventiva como medida cautelar.

Asimismo, en el año 1998 la CSJN dictó un fallo más que trascendente sobre *habeas data*, interpretando el artículo 43 de la Constitución Nacional, cuando no existía al momento una reglamentación normativa como vía idónea para obtener información en Bancos de Datos del Estado sobre una persona desaparecida durante el año 1976. Si bien todos los miembros del tribunal coincidieron en hacer lugar al recurso extraordinario, aquéllos que sostuvieron que la ruta procesal escogida –*habeas data*– era la adecuada se ampararon entre otras fuentes en la jurisprudencia del TEDH⁶².

En el precedente “Acosta”⁶³, en relación a una recomendación de la Comisión Interamericana, la mayoría⁶⁴ de la CSJN consideró que si bien no es vinculante para los Estados Partes la buena fe en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales hace que el Estado deba hacer los mejores esfuerzos para dar cumplimiento a las recomendaciones. Ello así, ya que la jurisprudencia internacional por más novedosa que sea no puede constituir un motivo de revisión de resoluciones judiciales equiparable a un recurso revisión en perjuicio de la seguridad jurídica. Con cita de la Opinión Consultiva 13/93, indicó que en relación a las recomendaciones los Estados deben adoptar medidas progresivas a favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales.

En el considerando 14 del voto de los doctores Bossert y Boggiano, se dejó en claro que la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales hace que sean fuente inestimable de hermenéutica, “...*criterios valiosos de interpretación de cláusulas convencionales*”, *los informes y las opiniones consultivas como fuentes de derecho constituyen criterios jurídicos de orientación valorativa y que existe un deber de tomar en consideración su contenido...*”.

Dos años después en el caso “Felicetti”⁶⁵, la mayoría de la CSJN volvió a repetir el criterio expuesto en “Acosta”, aún cuando las disidencias sostu-

⁶¹ Fallo dictado por la Corte Interamericana el 12 de noviembre de 1997.

⁶² Ver votos de Nazareno y Moliné O Connor en “Urteaga”. Al año siguiente volvió sobre el tema en “Ganora”, del 16 de septiembre de 1999, en el que en el voto de mayoría se cita entre otros al fallo “Leander c/Suecia” del TEDH, del 26 de marzo de 1987, Serie A, N° 116.

⁶³ Fallo dictado el 22 de diciembre de 1998.

⁶⁴ Mayoría compuesta por los votos de los Dres. Nazareno, Moliné O’Connor, Fayt, Belluscio, López y Vázquez.

⁶⁵ Dictado el 21 de diciembre de 2000.

vieron una interpretación más respetuosa del ejercicio del derecho a recurrir del fallo ante un tribunal superior, habilitando a la Cámara Nacional de Casación Penal la posibilidad de conocer aún en casos pasados en autoridad de cosa juzgada ante la existencia de recomendaciones de la Comisión Interamericana a nuestro país.

En el fallo "Hagelin"⁶⁶, a fin de interpretar el alcance del derecho a la reparación a las víctimas por violación de los derechos humanos, los Dres. Petracchi y López fundaron su voto en la posición adoptada en el caso "Velazquez Rodríguez"⁶⁷.

Asimismo, el 9 de marzo de 2003 la CSJN dictó un fallo⁶⁸ relativo a la judicialización del proceso de ejecución de las penas. En el voto de la mayoría, analizando un informe de dicho organismo en relación a la situación de las inspecciones efectuadas en las cárceles argentinas a las visitas de las personas detenidas⁶⁹, se expuso que las opiniones de la Comisión Interamericana deben servir de guía interpretativa para esta Corte. En ese mismo caso, para fundar la posición asegurativa del control judicial de las sanciones disciplinarias aplicadas a los internos se tuvo en cuenta fallos del TEDH como ser "Cambell"⁷⁰.

Al dictar sentencia en el caso "Barra"⁷¹, el doctor Vázquez al interpretar la garantía del plazo razonable del proceso, estableció nuevamente que la jurisprudencia de la Corte Interamericana debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales. Asimismo, precisó que su par europeo en el caso "Koning"⁷² había dicho que se debía tener en consideración la complejidad del caso, la conducta del imputado y la manera en que el asunto fue llevado por las autoridades administrativas y judiciales, definición -que dijo- mantuvo en otros casos posteriores como: "Terranova"⁷³, "Phoca"⁷⁴ y "Sussman"⁷⁵.

⁶⁶ 326:3280.

⁶⁷ Sentencia de la Corte Interamericana del 21 de julio de 1989.

⁶⁸ In re "Romero Cacharane".

⁶⁹ Informe 38/96 caso 10.506 de Argentina, del 15 de octubre de 1996.

⁷⁰ Fallo del TEDH del 28 de junio de 1984.

⁷¹ Fallo dictado el 9 de marzo de 2004.

⁷² Fallo del TEDH dictado el 28 de junio de 1978.

⁷³ Fallo del TEDH dictado el 4 de diciembre de 1995.

⁷⁴ Fallo del TEDH dictado el 23 de abril de 1996.

⁷⁵ Fallo del TEDH dictado el 16 de septiembre de 1996.

Cabe mencionar la sentencia en el caso “Arancibia Clavel”⁷⁶, que ha sido uno de los fallos más polémicos de los últimos años y que ha encontrado posiciones totalmente encontradas en el mundo académico⁷⁷, esencialmente vinculado al tema de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional y la Constitución Nacional ante posibles conflictos en relación al alcance de los derechos allí reconocidos.

Asimismo, uno de los fallos más trascendentes en materia penal del año 2005, en miras a precisar el alcance del derecho a recurrir ante un tribunal superior, ha sido el caso “Casal”⁷⁸, donde la CSJN analizó informes de diversos organismos como la Comisión Interamericana –caso “Maqueda”⁷⁹– del Comité de Derechos Humanos en la órbita de las Naciones Unidas⁸⁰ –Sineiro Fernandez c. España⁸¹– como asimismo el caso “Herrera Ulloa”⁸² de la CorteIDH, en el cual en el considerando 33 se precisó que “...independientemente de la denominación que e le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida...”.

En el caso “Nicolini”⁸³, la disidencia del Doctor Lorenzetti resulta interesante ya que recurre a la jurisprudencia del TEDH⁸⁴. No obstante ello, en el considerando 9 del fallo agrega: “...Que, aún cuando esta Corte Suprema debe extrapolar con mesura lo emanado de contextos culturales (y presupuestarios) dife-

⁷⁶ Fallo Dictado el 24 de agosto de 2004.

⁷⁷ Ver Dictamen de la Academia Nacional de Derecho del 7 de diciembre de 2004, en www.academiadederecho.org.ar

⁷⁸ Del 20 de septiembre de 2005.

⁷⁹ Informe de la Comisión Interamericana 17/94 en el caso 11.086 respecto de Argentina.

⁸⁰ En el marco de las Naciones Unidas, los Pactos y Convenciones sobre derechos humanos han implementado mecanismos de control a cargo de Comités especializados. Dichos mecanismos comprenden a los informes periódicos, denuncias o comunicaciones individuales, denuncias estatales o investigaciones de casos de violaciones generalizadas o sistemáticas. El Comité de Derechos Humanos, creado en el marco del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, está integrado por 15 miembros de gran prestigio en materia de derechos y se desempeñan a título personal, recibe informes periódicos de los Estados Miembros, quejas entre Estados y comunicaciones individuales conforme el Primer Protocolo Facultativo del Pacto mencionado.

⁸¹ Dictamen 1007/2001 del 7 de agosto de 2003.

⁸² Fallo en el caso “Herrera Ulloa c/Costa Rica”, Serie C, N° 107 de la CIDH del 2 de julio de 2004.

⁸³ Fallo de la CSJN del 28 de marzo de 2006.

⁸⁴ Fallo del TEDH en el caso “Saint Marie c/Francia”, 1992/76.

rentes a los locales, ha sido un socorro constante para la interpretación del principio de imparcialidad lo decidido por la jurisprudencia del tribunal que, ante los estándares mínimos comunes a los que obliga la universalización de los derechos humanos, es legítimo tomar como instrumento auxiliar para resolver...”.

4. CONCLUSIÓN

Como venimos manifestando en el desarrollo del presente trabajo, a partir de la globalización, la protección de los derechos humanos paso de ser un fenómeno regional, para convertirse en uno global. Lo que podríamos denominar la internacionalización de la protección de los derechos humanos, que a su vez va creando un sistema global de protección de los derechos humanos, por medio del cual, la jurisprudencia de los diferentes sistemas comienzan a tomarse en cuenta en otros ordenamientos jurídicos, esto hace expandir aún mas la idea de una protección internacional homogénea de los derechos humanos. Citando palabras de Gros Espiell “...es preciso tener en cuenta asimismo la expansión y el enriquecimiento constante en el tiempo del contenido de los derechos humanos. La progresividad de los sistemas dirigidos a su garantía y protección, la necesidad de considerar la especificidad del derecho de los derechos humanos y el enriquecimiento conceptual de las normas del Pacto de San José con los progresos que se verifican tanto a nivel nacional como regional en la materia...”⁸⁵.

Este proceso ha llevado a que los sistema de protección de derechos humanos se interrelacionen e influyan en otros países. La interpretación que vienen realizando los jueces americanos y europeos sobre la protección y respeto de los derechos humanos, es continua y progresiva, cumpliendo un papel fundamental para la evolución de la protección de los derechos y garantías de los individuos en los países latinoamericanos cuyas sociedades aun se encuentran en plena etapa de desarrollo. La mayoría de los países Latinoamericanos tienen democracias muy jóvenes que aún se encuentran en etapa de crecimiento, aprendizaje y fortalecimiento de sus sistemas legales. Y por ende sus sistemas de protección de los derechos humanos carecen de la fortaleza que la experiencia le ha otorgado a los sistemas americanos y europeos.

⁸⁵ H. GROS ESPIELL, “Los métodos de interpretación utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia contenciosa”. En la Obra colectiva *La Corte y el sistema interamericanos de derechos humanos*, CorteIDH, Rafael Nieto Navia (ed.), SanJosé, Costa Rica, 1994, pág. 227.

BIBLIOGRAFÍA

1. Artículos

Álvarez-Ossorio Micheo, F,

“Perfecciones e imperfecciones en el protocolo 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y otros comentarios a propósito de su entrada en vigor”, publicado en el núm. 56 de la *Revista Europea de Derecho Constitucional* (1999).

Balaguer Callejon, Francisco,

“Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa. Una perspectiva constitucional”, publicado en la *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 1, núm. 1 enero-junio de 2004.

Beate, Rudolf,

“European Union Law”, publicado en *International Journal of Constitutional Law*, Volume 1 Issue 1, Enero 2003.

Burgorgue-Larsen Lawrence.

“La Corte Europea de los Derechos Humanos y el derecho penal”, publicado en *Inter Criminis*, núm. 13, abril-junio 2005, México.

Carnota, Walter F.,

“La justicia universal española (Nota al fallo “Rigoberta Mench” del Tribunal Constitucional Español)”, publicado en la pagina Web: http://www.el-dial.com/suplementos/Publico/tcd.asp?fech...ero_edicion=1936&camara=Doctrina&id=2004&vengode=suple (1 of 2)12/19/2005 6:56:29 PM

D’Atena, Antonio,

“La vinculación entre constitucionalismo y protección de los derechos humanos”, publicado en la *Revista Europea de Derecho Constitucional*, núm. 1, 2004.

De Schutter, Olivier,

“Globalization and Jurisdiction: Lessons from the European Convention on Human Rights”, publicado en Center for Human Rights and Global Justice of the NYU School of Law, Working paper 9 (2005).

“The Accountability of Multinationals for Human Rights Violations in European Law”, publicado en Center for Human Rights and Global Justice of the NYU School of Law, Working Paper 1 (2004).

Diaz Mueller, Luis T.,

“Globalización y Derechos Humanos: El Orden del Caos”, trabajo presentado en las Primeras Jornadas sobre “Globalización y Derechos Humanos” organizadas por la UNAM, el 10 de octubre de 2002.

Douglas-Scott Sionaidh,

"The Charter of Fundamental Rights as a Constitutional Document", publicado en *European Human Rights Law Review* (2004).

Ferrajoli, Luigi,

"Democracia y Derechos Fundamentales frente al desafío de la globalización", *La Ley*, 6 de diciembre de 2005.

Gialdino, C,

"Some reflections on the Acquis Communautaire", publicado en *Common Market Law Review* (1995).

Gillet, Lisa,

"Country Report-United Kingdom", publicado en The Federal Trust. For Education and Research Papers (mayo de 2003).

Hoffmann, Sally,

"Country Report-France", publicado en The Federal Trust. For Education and Research Papers (Julio de 2003).

Huici, Laura,

"Los Derechos Humanos y la Futura Constitución Europea", disponible en la pagina Web: www.apdha.org/foros/europaconstitucion.htm.

Letsas, George,

"The Truth in Autonomous Concept: How To Interpret The ECHR", publicado en *EJIL* (2004).

Mayón, Carlos Alberto,

"El Constitucionalismo Internacional y los Estados Nacionales", ponencia presentada en el Congreso Mundial de Derecho Constitucional, celebrado en Santiago de Chile entre los días 12 y 16 de enero de 2004.

Moscato Claudia,

"Los Derechos de las Personas Detenidas en la Jurisprudencia.", publicado en *EIDial.com* del 27 de julio de 2005;

"Responsabilidad del Estado por las personas detenidas", publicado en *Jurisprudencia Argentina/Lexis Nexos*, 1 de marzo de 2006

Perez Curci Juan I.

"La globalización y sus consecuencias en el nuevo orden jurídico internacional", *El Derecho*, 20 de marzo de 2006

Pizzolo, Calogero,

"Los Indultos que no Fueron", publicado en *La Ley*, Tomo 2005-B del 21 de abril 2005.

Sagues, Néstor Pedro,

“Los Tratados Internacionales en la Reforma Constitucional Argentina de 1994” publicado en *La Ley* 1994-E.

Silva, Teresa D.,

“La Trascendencia que tendrá para la Unión Europea contar con personería jurídica propia. Nueva Ley Antiterrorismo del Reino Unido”, publicado en el Suplemento de Derecho Constitucional de *El Derecho*, el 24 de mayo de 2005.

“Procedimiento de infracción en el ámbito del Derecho Comunitario Derivado”, publicado en el Suplemento de Derecho Constitucional de *El Derecho*, 17 de octubre de 2005.

“El papel que juega el demos Europeo y el *acquis communautaire* en el Tratado Constitucional Europeo. El proceso de ratificación de dicho Tratado en Grecia, Eslovaquia, Austria y Alemania”, publicado en el Suplemento de Derecho Constitucional de *El Derecho*, 23 de junio de 2005.

“Carta Magna para la Unión Europea”, Suplemento de Derecho Constitucional de *La Ley* (Buenos Aires, Argentina, 21 de abril de 2003).

Silva, Teresa D. y Olivares Caminal, Rodrigo

“Reestructuración de Deuda Pública y el Estado de Derecho”, publicado en *La Ley* 26 de diciembre de 2005.

Snyder, Francis,

“General Course on Constitutional Law of the European Union, publicado en *Courses of the Academy of European Law*, volúmen VI, número 1, 1995.

2. Libros

Bidart Campos, Germán

Tratado Elemental de Derecho Constitucional. Tomo VI (Editorial Ediar, Buenos Aires, 1995).

Las Obligaciones en el Derecho Constitucional (Editorial Ediar, Buenos Aires, 1987).

La Corte Suprema (Editorial Ediar. Buenos Aires, 1984)

Broedkman, J.

A Philosophy of European Union Law (Leuven Editorial).

Caro, Ernesto Rey,

Los Tratados Internacionales y la Constitución Nacional (Editorial Marcos Lerner, Córdoba, 1995).

Colautti, Carlos,

Los Tratados Internacionales y la Constitución Nacional (Editorial La Ley, Buenos Aires, 1998).

Diccionario de la Real Academia Española

Flores, Imer B.,

Notas Sobre globalización (y Derechos Humanos) a propósito de los claroscuros del 911, en el libro Globalización y Derechos Humanos, Coordinado por Dvaz Móller, Luis T. (publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Nro. 151, México 2003).

Ferrajoli, Luigi,

Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal (Editorial Trotta, Madrid, 1997).

Frowein, Jochen,

Public and Private International Law in a Globalizing International System (Editorial Müller, Heidelberg, 2000).

Gelly, María Angelica,

Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada (Segunda Edición, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004).

Hillion, Christophe

"The Copenhagen Criteria and Their Progeny, en el libro EU Enlargement. A Legal Approach. Essays", en *European Law*, (Editorial Oxford and Portland Oregon, Reino Unido, 2004).

Morello, Augusto,

La Corte Suprema en Acción (Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires 1989).

Moscato Claudia,

Criminalidad y Ciencia Penitenciaria (Editorial Jamp, Argentina, 2005).
El Agente encubierto en el Estado de Derecho (Editorial La Ley, Buenos Aires, 2000).

Gros Espiell, Héctor

"Los métodos de interpretación utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia contenciosa". En la Obra colectiva *La Corte y el sistema interamericanos de derechos humanos*, CorteIDH, Rafael Nieto Navia (ed.), SanJosé, Costa Rica, 1994.

Pizzolo, Calogero,

Globalización e Integración. Ensayo de una Teoría General (Editorial Ediar. Buenos Aires, 2002).

Rosenfeld, Michael,

Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy (Editorial Duke University Press, Durham/Londres, 1994).

Serna de la Giza, Jose Maria

"La Globalización y las Llamados 'Teorías de la Convergencia' Despues de los Eventos del 11 de Septiembre", en *Globalización y Derechos Humanos*, Coordi-

nado por Dvaz Mólner, Luis T., (publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Nro. 151, Mexico 2003).

Travieso, Juan A.

Garantías Fundamentales de los Derechos Humanos (Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999).

Vanossi, Jorge R.

Teoría Constitucional (Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000).

Weatherill, S.

"Safeguarding the Acquis Com munitaire", en el libro *The European Union after Amsterdam. A legal análisis*, de Heukels, T., Blokker, R. y Brus. M. (Editorial Kluwer Law Internacional, La Haya, 1998).

Verhoeven, Amaryllis,

The European Union in Search of a Democratic and Constitutional Theory (Editorial Kluwer Law International, La Haya, 2002).

Weiler, J. H. H.,

The Constitution of Europe (Editorial Cambridge University Press, Cambridge, Reino Unido, 1999).

3. Tratados, Declaraciones, Pactos y Convenciones

La Declaración Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas".

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre.

La Declaración Universal de Derechos Humanos.

La Carta de los Derechos Sociales y Fundamentales de los Trabajadores.

La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad.

La Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

La Convención sobre los Derechos del Niño.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

El Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes.

El Convenio Marca para Protección de Minorías Nacionales.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo Facultativo.

Tratado de Londres de 1949.

Tratado de Ámsterdam.

Tratado de Niza.

Tratado de París.

Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

Acta Única Europea.

4. Fallos, Resoluciones, Informes y Recomendaciones

4.1. Sistema Americano de Protección de los Derechos Humanos

- Informe de la Comisión Interamericana
Nro. 10.037 sobre la Rep. Argentina del 13 de abril de 1989
- Opiniones consultivas:
4/84 del 19 de enero de 1997 Informe de la Comisión Interamericana
17/94 en el caso 11.086
5/85, Serie A N^o 5
7/86 del 29 de agosto de 1986
11/90 del 10 de agosto de 1990
14/94, del 9 de diciembre de 1994, Ser. A N^o 14, párr. 35
16/99, del 1 de octubre de 1999, Ser. A N^o 16, párr. 114
- Fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los siguientes casos:
Loayza Tamayo, del 17 de septiembre de 1997, Serie C N^o 33
Castillo Páez, del 3 de noviembre de 1997 Serie C N^o 34
Suárez Rosero, del 12 de noviembre de 1997, Serie C, N^o 35
Panel Planca s/Reparaciones del 8 de marzo de 1998, Serie C, N^o 37
Paniagua Morales, del 8 de marzo de 1998, Serie C, N^o 37
Trujillo Oroza del 29 de julio de 1998 Serie C N^o 4
Loayza Tamayo s/Reparaciones, del 27 de noviembre de 1998, Serie C, N^o 42
Velazquez Rodríguez del 29 de julio de 1988, Serie C, N^o
Blakes./reparaciones, del 22 de enero de 1999, Serie C, N^o 48
Castillo Petruzzi y otros, del 30 de mayo de 1999
Villagran del 19 de noviembre de 1999
Durand y Ugarte del 16 de agosto de 2000

Blanco Ricardo y otros, sentencia del 2 de febrero de 2001
 Olmedo Bustos y otros c/Chile, del 5 de febrero de 2001
 Ivcher Bronstein, del 6 de febrero de 2001, Serie C, N° 74
 Barrios Altos, del 14 de marzo de 2001 Serie C N° 75
 Benavides del 27 de febrero de 2002 Serie C N° 92
 Cantos, del 28 de noviembre de 2002
 Bulacio, del 26 de febrero de 2003
 Cinco pensionistas, del 28 de febrero de 2003 Serie C N° 98
 Hilaire, del 21 de junio de 2003, Serie C N° 94
 Herrera Ulloa c/Costa Rica, Serie C, N° 107 del 2 de julio de 2004

4.2. *Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos en los siguientes casos:*

- Fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
 Comunidades Grego Bulgaras -1930- Serie B N° 17.
 Nacionales polacos de Danzig -1931, Serires A7B, N° 46
 Engel del 8 de junio de 1976, Serie A, N° 82
 Irlanda c/ Reino Unido del 18 de enero de 1978, Seria A N° 25
 Tyrer c. Reino Unido, del 25 de abril de 1978, Ser. A N° 26
 Marchxs c. Bélgica, del 13 de junio de 1979, Ser. A, N° 31.
 Cambell c/Reino Unido", del 28 de junio de 1984, Serie A, N° 80
 Brogan del 23 de marzo de 1988. Serie A N° 145-B
 Saint Marie c/Francia, 1992/76
 Cakici c./Turquía, del 8 de julio de 1999
 Serre c./Francia, 1999
 Ertak c./Turquía del 9 de mayo de 2000.
 Timurtas c./Turquía, del 13 de junio de 2000
 Berkday c./ Turquía, del 1 de marzo de 2001.
 Anguelova c./ Bulgaria, del 13 de junio de 2002
 Ocalan c./Turquía del 12 de marzo de 2003
 Ilascu and others vs. Russia and Moldova
 Al Nashif vs. Bulgaria.
 Lemoine Daniel vs. France
 Dougoz and Peers vs. Greece
 Slivenko vs. Latvia
 Llascu and others vs. Moldova and Russia
 Bronioeski vs. Poland; Michalak vs. Poland
 Charzynski vs. Poland; Kalashnikov vs. Russia
 Hornsby and others vs. Greece
 Herís of. J. Dierckx vs. Belgium
 Rotaru vs. Romania
 Dalban vs. Romania
 Hashman and Harrup vs. United Kingdom
 McKerr vs. United Kingdom

- Fallos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
Klockner-Werke AG, Recop 1962, 653.
Van Gend en Loos del 5 de febrero de 1963
Costa c. Enel del 15 de julio de 1964
29/69 – Stauder [1969] E.C.R. 419
Intern. Handelsgesellschaft, Recop. 1970, 1125, 1135
Gewerkschaftsbund, Massa, Recop. 1974, 917, 925
4/73 Nold Kahlen and Baustoffgro Bhandlung V Commission of European Communities [1974] E.C.R. 491
Grande, Recop. 1974, 773
Defrenne/Sabena, Recop. 1976, 455
Prais, Recop. 1976, 1589, 1599
Simmenthall del 9 de marzo de 1978
Haver, Recop. 1979, 3727
Nacional Panasonic, 1980 ECR 2033, 2056
Pecastaing/Bélgica, Recop. 1980, 691, 716
294/83 “Parti ecologista “Les Verts” vs. European Parliament” ECR 1986, p. 1339/ 1365; Opinión 1/91 “Referring to the Draft Treaty on a European Economic Area” ECR 1991 I
VBVB, VBBB, Recop. 1984
Usinor, Recop. 1984
Francia, Recop. 1985
Johnston/Chef. Constable of the Royal Vister Constabwlary, Recop. 1986
Hoechst AG/Comisión, Recop. 1989
Comisión/Alemania, Recop. 1989
Chrysostomos, Papachrysostomus and Loizidou vs. Turkey del 4 de marzo de 1991
Comisión República Federal Alemana, Recop. 1992
Manfred Brunner vs European Union Treaty, 2 Bur 2134/92 y 2159/92, de fecha 12 de octubre de 1994
C-353/99 Council of the European Union V Hautala de 2001
C-232/02 p (R) Commission of the European Communities V Technische Glaswerke Ilmenau 6MBHde 2002
C-60/00 Carpenter V Secretary of State for the Home Department de 2002.
Goodwin V United Kingdom de 2002
C-112/00 Schmidberger, Internationale Transporte Und. Planzuge V Austria 2003
C-20-and 64/00 Booker Aquaculture V Scottish Ministers de 2003
R. V City of Walcefield MBC exp. Robertson (2001)EWHC 915 (Admin) (2003) Q.B. 1052
- Informes
Agenda 2000, “The Challenge of Enlargement”, Part. II, COM (1997) 2000;
The report of the Minority Right Group; “EU Accesion Exposes Double

Standards on Minority Rights”, del 15/4/03 disponible en la página Web: www.minorityrights.org/news_details.asp?ID=107 y en la página web: www.EUMAP.org

4.3. Fallos de la Corte Suprema de Nación Argentina

315:1492

315:1943

318:2148

318:514

318:2348

319:1840

319:2557

322:1941

326:3280

326:2805

321:3630

321:3555

323:4130

327:388

327:327

327:3312

327:5863

Fallo dictado en el caso “Llerena” del 17 de mayo de 2005

Fallo dictado en el caso “Simón” del 14 de junio de 2005

Fallo dictado en el caso “Casal” del 20 de septiembre de 2005

Fallo dictado en el caso “Nicolini” del 28 de marzo de 2006

- Informes y Dictámenes

Dictamen de la Academia Nacional de Derecho del 7 de diciembre de 2004, en www.academiadederecho.org.ar

TERESA DOLORES SILVA

T/F 44 Leinster Square,

Londres, W2 4PU,

Reino Unido

E-mail: teresadoloresilva@hotmail.com

CLAUDIA BEATRIZ MOSCATO

Comodoro Py 2002 piso 9

Buenos Aires, Argentina

E-mail: claudiamoscato@yahoo.com.ar

RECENSIONES

**Liborio L. HIERRO, Francisco J. LAPORTA y Alfonso RUIZ MIGUEL
(editores), *Revisión de Elías Díaz: Sus libros y sus críticos*, Centro de
Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, 463 pp.**

GILMER ALARCÓN REQUEJO

Asociación Iberoamericana "Constitucionalismo y Democracia"

Palabras Clave: filosofía del Derecho, Estado de Derecho, derechos humanos, democracia

Keywords: philosophy of Law, Rule of Law, human rights, democracy

Después de haber pasado varios años leyendo la obra de Elías Díaz y la obra de sus críticos, puedo afirmar que, junto a las tesis doctorales realizadas y ya publicadas¹, entre la bibliografía última para el análisis de su pensamiento, habría que recomendar la lectura de *Revisión de Elías Díaz: sus libros y sus críticos*: una guía para un recorrido por toda su producción escrita hasta la actualidad.

Esta obra constituye un homenaje al autor, con ocasión de su jubilación y la celebración de sus setenta años de vida; un testimonio de su larga carrera docente-investigadora y un balance global de su aportación intelectual. Las obras de Elías Díaz tienen el mérito de haber sido escritas para ser leídas y releídas con la inquietud del sentido común y también para generar desafíos a sus empecinados y cautos críticos, que en definitiva son los que nos ayudan a leerlas mejor.

Los editores de este libro son Francisco Laporta, Liborio Hierro y Alfonso Ruiz Miguel, discípulos de Elías Díaz. Este equipo de edición ha tenido el acierto de elegir una estructura de libro-homenaje diferente a los de uso co-

¹ F. BAÑULS SOTO, *La reconstrucción de la razón. Elías Díaz, entre la Ética y la política*, Publicaciones Universidad de Alicante, Alicante, 2004; G. ALARCÓN REQUEJO, *Estado de Derecho, derechos humanos y democracia. Pautas para la racionalidad jurídico-política desde Elías Díaz*, Dykinson, Madrid, 2007.

mún. Entre los juristas, es habitual que los libros-homenaje se construyan sobre la base de un conjunto de artículos heterogéneos y diversos que los amigos y discípulos del homenajeado se prestan a escribir; no debe de extrañar por ello que muchas de estas obras corran el riesgo de terminar siendo un amasijo de textos.

La estructura de este libro-homenaje representa la búsqueda de una correspondencia con los trece libros escritos por el autor, vistos todos ellos en una interrelación de temas y perspectivas. En cada capítulo hay un comentario principal sobre una de las obras; a este comentario se añade un conjunto de reseñas y críticas de cada libro, redactadas en su mayoría poco después de la publicación del mismo, aunque, en algún caso, puede tratarse de una reseña actual, pensada para la ocasión. De este modo se cumple con el propósito de que el libro-homenaje sea una guía de ayuda y orientación para el lector y un eje de discusión para que Elías Díaz repense algunos de los extremos de su obra en el contexto actual.

En el primer capítulo, Raúl Morodo nos indica pautas para hacer memoria histórica a partir del análisis del primer libro escrito por Elías Díaz, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1966. Ante todo, nos recuerda que fue un libro que el régimen franquista intentó silenciar con un injusto «secuestro administrativo»; un texto disidente y exigente con la idea regulativa de Estado de Derecho, útil para la lucha antifranquista y útil para la construcción de los principios y reglas que hoy sostienen la Constitución española, de tal manera que «Si hay padres de la Constitución de 1978, Elías es un abuelo de nuestro código fundamental». Además, comenta que fue un libro crítico con el iusnaturalismo conservador, con el neo-positivismo y con el marxismo ortodoxo; en esta época advierte en Elías Díaz una cierta inclinación, aunque sin mayores precisiones, al iusnaturalismo democrático. Sorprende este dato: por lo general, cuando se habla de Elías Díaz se le considera como un positivista moderado y un crítico del iusnaturalismo. Morodo concluye señalando que los argumentos de Elías Díaz sobre el Estado de Derecho transitan entre el Estado liberal y el Estado social y que la utopía propuesta se orienta hacia una mayor democratización política, social y económica, con garantías jurídicas regladas. A las páginas que contienen este texto escrito por Morodo, siguen las críticas y comentarios de Manuel Azcárate, Juan-Ramón Capella y Manuel de la Rocha Rubí.

Pedro Cerezo Galán, en el segundo capítulo, se encarga de un análisis de los escritos de Elías Díaz sobre Unamuno, y toma como texto básico de

referencia *Revisión de Unamuno. Análisis crítico de su pensamiento político*, Tecnos, Madrid, 1968. Cerezo señala que Elías Díaz centró su atención en la actitud unamuniana aristocrática y temerosa ante la sociedad de masas emergente y que la postura existencialista de Unamuno no lo libró de vacilaciones, ambigüedades, arbitrariedades y gestos irracionales. Cerezo advierte, sin embargo, que en los últimos textos escritos por Elías Díaz, sobre este tema, se encuentra una especie de «re-visión» de su propia *Revisión de Unamuno*, pues reconoce un profundo liberalismo ético como balance global de la aportación política unamuniana. Esta es, según Cerezo, una lectura «menos pre-juiciosa» en comparación con la primera, de 1968, que se basó en presupuestos teóricos marxistas que condicionaron, a su juicio, la lectura [p. 97]. En las páginas que siguen a este escrito de Cerezo, en la sección de críticas y comentarios, se encuentran los textos de Aurora de Albornoz, Julio R. Aramberri, Manuel Ballesteros y Pedro de Vega.

En el capítulo tercero, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero se encargan de discutir la tercera obra de Elías Díaz, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1971. En una de sus principales conclusiones, sostienen que esta obra abrió las puertas de la contemporaneidad a los estudios españoles de Filosofía del Derecho e hizo posible el desarrollo de un programa de construcción de esta disciplina, programa desarrollado en gran parte por sus discípulos, no siempre comprendidos por el maestro. Los autores de este tercer capítulo dejan planteadas algunas preguntas, una de ellas se refiere al escaso interés de Elías Díaz por la «ciencia» del Derecho y sus cultivadores. Señalan que el problema radica en que “Elías Díaz, por un lado, no parece tener mucha fe en las posibilidades de una ciencia jurídica no formalista y políticamente comprometida con la democracia y el Estado de Derecho. Y, por otro, que Elías no parece ser del todo justo con lo que ha sido la ciencia jurídica española en estos años, que parece haber contribuido de forma no desdeñable al asentamiento de la vigencia de los principios constitucionales” [p.122]. Según Atienza y Ruiz Manero, se trata de un exceso de celo de Elías Díaz ante el despliegue de una dogmática jurídica alejada de la sociología. Completan este capítulo, en la parte de críticas y comentarios, los escritos de Emilio Lamo de Espinosa, Juan Antonio Ortega Díaz-Ambrona y Gregorio Robles Morchón.

José Luis Abellán, en el capítulo cuarto, comenta *La filosofía social del krausismo español*, Editorial Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1973. Refiere que Elías Díaz entrecruza tres motivaciones centrales: recuperación de la

historia progresista, preocupación teórica por las doctrinas jurídico-políticas e impulso hacia una dimensión ética de regeneración social. Con estas motivaciones deja traslucir el ideario del krausismo: racionalismo armónico, cristianismo racional, liberalismo radical, concepción organicista, transformación social pacífica y evolutiva; y, desde este punto de vista, el sujeto y fin de la transformación social no puede ser sino la persona: ética y política como razones últimas de una utopía, «el ideal de la humanidad». Así, este libro rescata el programa krausista en «un momento álgido en la reflexión crítica sobre nuestro pasado y constituye un punto de incidencia en la transición sobre la historia y su repercusión en la política» [p. 143]. Acompañan al texto de Abellán las críticas y comentarios de Antonio Heredia Soriano, de Mariano Maresca y de Enrique Miret Magdalena.

A Salvador Giner le corresponde reflexionar sobre *Notas para una historia del pensamiento español en la era de Franco 1939-1973*, Editorial Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1974 (Posterior edición, 1978, con el título *Pensamiento español en la era de Franco 1939-1975*). Salvador Giner reconoce en esta obra el estudio de un tema sobre el que no abunda la bibliografía, aunque es consciente de que “en los últimos tiempos comienzan a publicarse significativas monografías y algunos ensayos muy perceptivos sobre la época, que ya empiezan a enriquecer la visión que poseemos” [p. 160]. Además, afirma que estos trabajos se escriben sobre el pentagrama trazado por Elías Díaz. No obstante, encuentra ciertos flancos débiles que merecen enmienda por parte de quienes se adentran en el campo de estudio abierto por este libro. Salvador Giner cree que es necesario apuntalar un equilibrio geográfico y dejar de centrarse en la dinámica cultural madrileña, así como prestar atención a la escuela histórica catalana, al Institut d’Estudis Catalans y a las revistas de exiliados como *Ibérica* y *Cuadernos de Ruedo Ibérico*, ambas de una enorme relevancia para una izquierda democrática. Estas críticas no desmerecen la originalidad, la importancia ni el despliegue de la actividad intelectual española bajo el franquismo demostrada por Elías Díaz. En este capítulo quinto, José Carlos Mainer, José María Ruiz Gallardón, Francisco Tomás y Valiente y Antonio Tovar, diversifican y amplían el debate con sus escritos.

En el capítulo sexto, Virgilio Zapatero es el encargado de adentrarnos en *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Civitas, Madrid, 1978. Empieza afirmando que Elías Díaz es uno de los pocos pensadores que en España han escrito con profundidad sobre la democracia y su regla de oro: las decisiones se toman por mayoría con pleno respeto de los derechos de

las minorías. Por eso la idea marxista de la dictadura del proletariado constituía para él un gran reto: la posibilidad de una interpretación «democrática» en la que los derechos humanos se tornen relevantes. No resulta nada fácil salvaguardar los derechos humanos y la democracia de la tentación autoritaria que contiene la idea de la dictadura del proletariado. Los derechos humanos vienen a ser exigencias o condiciones para la existencia de la democracia. El artículo de Virgilio Zapatero “Elías Díaz o la concordia discordantium. (Sobre *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*)” pone especial énfasis en la crítica de Elías Díaz a posiciones radicales de izquierdas, en sus reflexiones críticas para que éstas evolucionen y se incorporen al entorno del naciente sistema democrático y constitucional. Concluye describiendo el estilo del autor, caracterizado por la búsqueda de la precisión y del matiz. En la parte de las críticas y comentarios, escriben Ramón García Cotarelo, José María Laso Prieto y Pedro Peña.

Alfonso Guerra, en el capítulo séptimo, reflexiona sobre *Socialismo en España: el partido y el Estado*, Mezquita, Madrid, 1982. En primer lugar, destaca en Elías Díaz su capacidad para elaborar una teoría y para ayudar a entender el mundo a las nuevas generaciones españolas, más aún cuando se constata que los nacidos después de la guerra civil fueron generaciones sin magisterio: la inmensa mayoría de intelectuales, catedráticos, escritores y filósofos se exiliaron para salvar sus vidas o para evitar la prisión. En segundo lugar, valora la agudeza crítica de este intelectual en uno de los debates históricos del socialismo democrático español: el debate del XXVII Congreso del PSOE (1976) en el que, con un exceso voluntarista, se pretendió restringir el ideario del PSOE al marxismo. Elías Díaz, siendo uno de los que consideran que el marxismo tiene elementos que aportar a las exigencias éticas del humanismo, vio en aquel debate un exceso de disputa nominalista, un radicalismo verbal, e incluso una utilización del discurso marxista para alcanzar cuotas de poder. Sus reflexiones ayudaron a entender el marxismo en su justa medida, proporcionando mayor racionalidad al debate. Al escrito “Sobre Socialismo en España: el Partido y el Estado” de Alfonso Guerra, se añaden las críticas y comentarios de Josep Aguiló Reglá, Joaquín García Morillo, José Antonio Gómez Yáñez y Ludolfo Paramio.

En el capítulo octavo nos encontramos con la reflexión de Nicolás López Calera en torno al libro *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Debate, Madrid, 1984. López Calera comparte con Elías Díaz muchas de las ideas sostenidas en esta obra: las potencialidades del Estado y del Derecho para impulsar

reformas sociales e incluso nuevos proyectos de modelos de sociedad para hacerla más libre e igualitaria. El Estado sería despreciable si se pusiera al servicio de las clases minoritarias dominantes, como destacaban Marx y Engels. Esto implica que el Estado no es un instrumento determinado absolutamente por una sola y única clase, tampoco una realidad que está fuera y por encima de las clases ni que no hay una neutralidad; siguen siendo necesarias las exigencias de legitimación y legitimidad de un Estado democrático y social de Derecho. Sin embargo, hay que tener mucho cuidado con las doctrinas estatistas. López Calera reconoce también que las ideas de Elías Díaz contribuyen a pensar los problemas del Estado en un mundo globalizado: muchos poderes e importantes decisiones que afectan a la justicia, a la libertad y a la igualdad de colectividades e individuos se encuentran localizadas en instancias supraestatales, hecho que obliga a reflexionar sobre los problemas sociales más allá de las fronteras del Estado-nación. Cierran el capítulo las críticas y comentarios de Victoria Camps, Carlos Díaz y José Antonio Estévez Araujo.

Luis García San Miguel –profesor fallecido en 2006, quizá fue este el último texto que escribió– se encarga del análisis de *La transición a la democracia (Claves ideológicas, 1976-1986)*, Eudema, Madrid, 1987. Comenta la posición que defiende Elías Díaz respecto a los factores que hicieron posible la transición de la dictadura de Franco hacia el Estado democrático de Derecho en España. Resulta difícil determinar el mayor o menor peso de cada uno de estos factores: las luchas estudiantiles, el desarrollo económico, la demandas de modernización de las nuevas clases medias, la decisiva colaboración de la institución monárquica, la evolución de la Iglesia católica y la favorable actitud de las potencias occidentales. Para Luis García San Miguel la respuesta, en cierta medida, dependerá de la visión de la sociedad y de la historia que manejemos: un materialista diría probablemente que el desarrollo del sistema económico produjo cambios en la superestructura política; un «idealista» vería el «motor» en el desarrollo cultural; un ecléctico diría quizá que todos los factores habían contribuido por igual. Elías Díaz se decanta por considerar que sin el empuje de las fuerzas sociales, con todo el trabajo intelectual, político y sindical, difícilmente podrá entenderse el paso, en tan breve espacio de tiempo, de la dictadura a la democracia: el suyo es un materialismo moderado y nada vulgar. El texto de Luis García San Miguel, “La transición a la democracia según Elías Díaz”, corresponde al capítulo nueve y le acompañan las críticas y comentarios de Ricardo García Manrique, Renato Treves y Ángel Valencia Saíenz.

En *Ética contra política. Los intelectuales y el poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, capítulo diez, Javier Muguerza se adentra en el objetivo de este libro que aboga por un compromiso de los intelectuales con la construcción de un consenso social, consenso que debería transitar entre ética y política. Sin embargo, Muguerza considera que la misión del intelectual no parece consistir en coadyuvar a la formación de un *consenso* de la ciudadanía; afirma que es preferible, en sociedades multiculturales complejas como las nuestras, un acuerdo razonable acerca de la tolerancia de un razonable desacuerdo en lo tocante a *creencias y convicciones*: acaso entonces sea más urgente la contribución de los intelectuales a la promoción del *disenso* de aquellas minorías cuyos integrantes no alcancen a ver reconocidos sus derechos individuales o colectivos, por impedirseles el consenso mayoritariamente establecido como vigente, cuya legitimidad se vería en consecuencia puesta en entredicho cualquiera que fuese el margen de legalidad que la respaldase. [p. 301]. Naturalmente, de aquí derivan otras discrepancias de carácter ético-político: mientras que Elías Díaz propugna un *socialismo democrático* como conjunción y síntesis siempre abierta de la *tradicón socialdemócrata* y la *renovación libertaria*, Muguerza plantea un *anarquismo* como una crítica *liberal* del socialismo y una crítica *socialista* del liberalismo. El trabajo de Javier Muguerza “La ética, la política...y los intelectuales. (Un comentario a *Ética contra política. Los intelectuales y el poder*)” resulta muy agudo y provocador. Para profundizar en este debate es interesante ver también, en este mismo capítulo, las críticas y comentarios de Adela Cortina, Esperanza Guisán y Ángeles Ródenas Calatayud.

Gregorio Peces-Barba, en el capítulo once, es el encargado de proporcionarnos su punto de vista sobre *Los viejos maestros. La reconstrucción de la razón*, Alianza Editorial, Madrid, 1994. Señala que Elías Díaz busca reconstruir la razón frente a la irracionalidad intelectual y política contando para ello con el pensamiento plural y democrático de Francisco Giner, Ortega y Gasset, Unamuno y Julián Besteiro, sin descuidar a los maestros amigos, entre ellos, Tuñón de Lara, Felipe González Vicén, Renato Treves y Norberto Bobbio. Peces-Barba nos recuerda que en esta reconstrucción de la razón no se debe olvidar a Fernando de los Ríos, a Ruiz Jiménez, a Tierno y a Aranguren; finaliza diciendo que Elías Díaz busca reenlazar una filosofía política de izquierdas con la razón ilustrada, inspirada en los valores de la libertad, la igualdad y la solidaridad, proporcionando una fundamentación ética más justa del Derecho. En España esta fuerza de la razón proporcionó a la resis-

tencia y a la oposición sus mejores argumentos frente a la sinrazón de la fuerza de la dictadura franquista. Se cierra el capítulo con las críticas y comentarios de Mario G. Losano, Javier de Lucas y José Manuel Rodríguez Uribes.

En el capítulo doce, José Delgado Pinto medita sobre el *Curso de Filosofía del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1998. Comenta que es un libro escrito de forma más directa y sencilla pensando en los estudiantes de Filosofía del Derecho y en el que su autor corrige y matiza posturas anteriores, como en el caso del debate sobre el positivismo y el iusnaturalismo. Señala que Elías Díaz ha negado que al reconocer la autonomía de la voluntad de todos, como base y punto de partida de la argumentación moral, esté sosteniendo sin más cualquier posición iusnaturalista; en diversos lugares, el autor del *Curso* se considera cercano al denominado «positivismo moderado» y, en otros, parece compartir alguna de las corrientes del iusnaturalismo, concretamente del iusnaturalismo racionalista moderno y mantiene una doctrina que ya no es claramente positivista. De acuerdo con esta interpretación, con Elías Díaz se puede extrapolar lo que alguna vez dijo Bobbio: para el positivista moderado, la legalidad es un bien, por más que no sea el mayor de los bienes, y para el iusnaturalista moderado, un mal, aunque un mal menor. Las críticas y comentarios de Eusebio Fernández García y Julián Sauquillo profundizan en este tema y también dan cuenta de las matizaciones llevadas a cabo por Elías Díaz en su *Curso de Filosofía del Derecho*.

En el último capítulo, Ernesto Garzón Valdés retoma la reflexión sobre las relaciones entre moral, política y derecho, en el marco del debate sobre la obediencia al Estado social y democrático de Derecho, cuando analiza *Un itinerario intelectual de filosofía jurídica y política*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2003. Garzón Valdés coincide con Elías Díaz en el sentido de que no existe asimetría conceptual entre obediencia y desobediencia de las normas jurídicas, al menos por lo que respecta a su justificación, pero luego, toma distancia al plantear su idea de una democracia «fuertemente acotada», cuando propone que el problema de la obediencia al Derecho no se resuelve eliminando el poder de las instituciones del Estado, sino asegurando la vigencia plena del «coto vedado» institucional de los derechos fundamentales de la persona; fuera de este coto, rige el dominio de la mayoría. Garzón Valdés se pregunta si Elías Díaz estaría dispuesto a aceptar las restricciones que el «coto vedado» impone a las decisiones mayoritarias. Elías Díaz, en este y otros libros, ha afirmado que las mayorías tendrán siempre que contar con

los intereses, deseos, valores, aspiraciones y exigencias de las minorías y de todos los individuos. Las discrepancias se mantendrían tanto en lo referente al contenido del «coto vedado» como del propio “rótulo”: el contenido plantea problemas de metaética y el nombre proyecta una analogía con el coto de caza, poco apropiado para hablar de derechos humanos. A este capítulo trece del libro-homenaje, al texto de Garzón “Algunas consideraciones acerca del deber de obediencia al Derecho según Elías Díaz” se suman las críticas y comentarios de Joaquín Almoguera Carreres, Rafael de Asís, Fernando Bañuls y Antonio García Santesmases, muy extensa e intensa esta última, un estudio a fondo de todo un itinerario intelectual.

Algunas precisiones finales:

Insistiendo de nuevo en la interrelación de temas y en la perspectiva general de su pensamiento, la estructura del libro constituye una original e interesante idea; los editores la adjudican a Elías Díaz, aunque él diga que fue una idea de equipo. Los editores Liborio Hierro, Francisco Laporta y Alfonso Ruiz Miguel, discípulos y, por tanto, permanentes estudiosos de la obra de Elías Díaz, realizan una introducción temática en la que se autoimponen un reparto de áreas y tareas para conseguir una mejor orientación a los lectores de este libro.

Quiero, no obstante, dejar constancia de mi extrañeza ante un reiterado silencio que se repite en *Revisión de Elías Díaz: sus libros y sus críticos*. Me refiero al libro *La sociedad entre el derecho y la justicia*, Salvat Editores, Barcelona, 1982. Un pequeño texto escrito para un público no erudito en temas jurídicos, pero que cumplió, en su momento, con una función difusora de la cultura sobre el Estado democrático de Derecho, más allá de las aulas universitarias. ¿Acaso este libro no se merece un lugar en la producción intelectual de Elías Díaz sobre Estado de Derecho, derechos humanos y democracia? Las explicaciones del propio autor, que no lo incluye entre sus obras principales por tratarse de un resumen de alguna de ellas, o que es un folleto, no terminan por convencerme.

En las mencionadas tesis escritas sobre Elías Díaz y en todos los homenajes de los que ha sido objeto se ha destacado la amplia repercusión social de su pensamiento y la decisiva aportación de su obra a la filosofía jurídica, política y ética de la España contemporánea. Para Elías Díaz, que sigue impartiendo clases e investigando como catedrático emérito de Filosofía del

Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, este libro-homenaje puede representar el buen balance de un pensador, aunque sólo puede ser un balance provisional, porque su capacidad de reflexión y su producción intelectual seguro que no dejarán de sorprendernos con nuevos temas o con asuntos pendientes de una mayor reflexión, que no son pocos, uno de ellos el fundamento de los derechos humanos en las necesidades y el consenso.

GILMER ALARCÓN REQUEJO
Asociación Iberoamericana "Constitucionalismo y Democracia"
e-mail: agilmer@hotmail.com

**Nuria MAGALDI, *Procura existencial, Estado de Derecho y Estado Social*,
Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, 179 pp.**

M^a DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras Clave: procura existencial, Estado de Derecho, Estado Social, Constitucionalismo, Administración
Keywords: provision of subsistence (*Daseinsvorsorge*), Rule of Law, Welfare State, Constitutionalism, (Public) Administration

Procura existencial, Estado de Derecho y Estado social, nos remite a dos momentos de tremendo interés para la historia del Derecho público europeo: la República de Weimar y la articulación del régimen de Bonn. Es en estos momentos en los que, en buena medida, se sientan las bases del constitucionalismo actual, también, y de forma muy notable, del constitucionalismo español.

Y es que en la configuración de nuestro actual modelo constitucional, ejerció una poderosa influencia la discusión en Alemania. Esta influencia se produce tanto directamente, a partir de la importación de conceptos e instituciones constitucionales y argumentos del Tribunal Federal, como de un modo que podemos considerar más indirecto, a través de la formación germánica de muchos profesores españoles, algunos de los cuáles, además, fueron o son Magistrados del Tribunal Constitucional.

En el trabajo que se comenta, Nuria Magaldi ha querido recuperar una figura, la de Ernst Forsthoff, cuyas tesis fueron, precisamente, las que no triunfaron en la construcción del Estado constitucional.

A pesar de ser el derrotado y a pesar también de *la dimensión ideológica de carácter autoritario-conservador de su pensamiento* (p. 292), la reflexión de Forsthoff resulta un diagnóstico en gran medida adecuado de muchos de los problemas que acompañan al constitucionalismo, diagnóstico en el que insiste y profundiza el que será su discípulo, E. W. Böckenförde.

Quizá en la crítica al conservadurismo de Forsthoff podemos encontrar el único aspecto criticable del texto de Magaldi; y es que en él se establece una vinculación entre las reflexiones de Teoría administrativista y constitucional y la ideología conservadora, pero, a mi entender, no se aclara suficientemente en qué medida unas y otra están relacionadas.

Ello puede deberse precisamente a que la autora se fija preferentemente en los aspectos más técnicos que aparecen así como independientes de la opción ideológica¹.

Probablemente una mayor atención a la relación entre ambos aspectos contribuiría también a una mejor comprensión de los trabajos del autor.

No creo, a pesar de la ideología subyacente, que se pueda dejar de insistir en la agudeza de su crítica, oscurecida, a veces, por el poco éxito de la misma.

Efectivamente, mientras Forsthoff, que previamente había criticado el liberalismo político, insiste en la consolidación del Estado de Derecho, a nivel constitucional desde la neutralidad; ha triunfado una Constitución omnicompreensiva, plagada de contenidos sociales y con vocación de considerar todas las dimensiones pertinentes para el desarrollo de la personalidad.

Mientras Forsthoff pugna por una Constitución manejable desde los esquemas del modelo formalista de la ley, el modelo que ha logrado imponerse insiste en la dimensión axiológica de la Constitución.

Mientras los derechos fundamentales aparecen en Forsthoff como derechos subjetivos que responden al esquema de las libertades negativas; desde el concepto de derechos que ha tenido mayor éxito aparecen dotados de una dimensión objetiva y asumen, además, un carácter prestacional.

Sin embargo, el debate sobre el modo de articular las exigencias del Estado social de Derecho permanece abierto. En palabras de Böckenförde, "las posiciones sobre esta cuestión...se mueven dentro de un amplio abanico de opciones: desde la afirmación de la "incompatibilidad entre el Estado de Derecho y el Estado social a nivel constitucional" (Forsthoff), pasando por la de una "atención a lo social" (Menger), de un "mandato de configuración social" y de protección de los "social y económicamente más débiles" (Niper-

¹ Esta misma crítica frente a la separación tajante entre la Ciencia de la Administración y la Teoría del Estado de Forsthoff, podemos encontrarla dirigida a un trabajo de C. SCHÜTTE, *Progressive Verwaltungsrechtswissenschaft auf konservativer Grundlage: Zur Verwaltungsrechtslehre Ernst Forsthoff*, Dunker & Humblot, Berlin, 2006, en F. MEINEL, "Ernst Forsthoff and the Intellectual History of German Administrative Law", *German Law Journal*, núm. 8, 2007, pp. 785-500.

dey) como rasgo específico del Estado social de Derecho, hasta llegar a la posición que lo interpreta como un mandato pleno de distribución social y de planificación económica (Abendroth)². La opción por un esquema u otro sólo resulta comprensible desde la ideología subyacente a los planteamientos de cada uno de los autores citados, por eso se echa en falta, en el libro de Nuria Magaldi, un mayor abundamiento en este aspecto, que hubiera permitido obtener una idea más completa de la teoría de Forsthoff.

Por otro lado, uno de los aspectos más meritorios del trabajo es el esfuerzo que la autora realiza para mostrar cómo la polémica metodológica no resulta, de ningún modo, ajena al contexto político. Los planteamientos de Forsthoff cobran sentido en un espacio marcado, en lo económico, por la crisis; en lo político, por el fracaso de Weimar; y, como consecuencia, en lo metodológico, por la revuelta antiformalista.

Así, muestra Magaldi cómo el formalismo, representado por la Escuela del Derecho público alemán, de la que Kelsen ‘se consideraba seguidor’ (p. 48), defendía la búsqueda de una objetividad que prescindiera de la experiencia histórica y del dato real, rechazaba toda metafísica que fuera más allá del hecho dado de antemano y no tenía en consideración el momento de la transformación de dicho dato real. Una buena parte de la crítica de Forsthoff frente a esta tendencia se basa en constatar su insuficiencia para construir el nuevo Derecho Administrativo en un contexto en el que la Administración, habida cuenta la pérdida de espacio vital dominado del individuo, ha de asumir la función de procura existencial: *el hombre del Estado liberal es un individuo que vive en una sociedad autónoma y autorregulada, lo que le proporciona la seguridad de saberse protegido y le otorga, a su vez, seguridad en sí mismo; se trata también, por ello, de un ciudadano autónomo que procura su propio bienestar, exigiendo del Estado el respeto a unas esferas de libertad y la protección frente a la arbitrariedad y a las injerencias injustificadas en dichas esferas. Sin embargo...buena parte de los presupuestos sobre los que se asentó dicho Estado han resultado ser falsos, o bien han perdido toda vigencia con las transformaciones sociales del siglo XIX. Éstas dan lugar a un individuo que ya no se afirma y realiza por medio de la garantía de su libertad individual, sino por medio de la participación, siendo el aseguramiento jurídico de dicha participación en las prestaciones de la Administración lo que permite eliminar los riesgos generados por el desarrollo de la forma de vida urbana* (pp. 74-75).

² “Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho”, en id. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, trad. R. Agapito, Trotta, Madrid, 2000, pp. 17-46, pp. 35-36.

Y es que Forsthoff pasará a proponer una separación entre el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional que asegure (frente a la constitucionalización del Estado social) el mantenimiento del Estado de Derecho. En este punto, *el objetivo perseguido por Forsthoff es evitar los errores que se cometieron con la Constitución de 1919, que en su intento por ser no sólo una Constitución liberal, fracasó. La manera de evitar que se vuelvan a repetir sus errores es aislar los elementos que permiten la limitación del poder del Estado (esto es, los elementos estructurales de la Constitución del Estado de Derecho: división de poderes, principio de legalidad de la Administración, derechos fundamentales, reserva de ley) garantizando con ello, las libertades (p. 130).*

Con estos presupuestos, la crítica de Forsthoff frente al modelo de Constitución y, por extensión, a las teorías de la interpretación constitucional que resultaron vencedoras, adquieren todo su sentido: *el rechazo frontal que manifiesta Forsthoff frente a la concepción de los derechos fundamentales como sistema objetivo de valores en los que se fundamenta el ordenamiento trae causa de lo acaecido durante los periodos weimariano y nacionalsocialista. En efecto, es el fracaso de la experiencia weimariana lo que podría, en parte, explicar su insistencia por evitar la desestabilización del sistema político y del ordenamiento constitucional, su férrea defensa de una interpretación constitucional exenta de elementos valorativos o ideológicos y sus esfuerzos dogmáticos por dotar al ordenamiento jurídico de una Constitución que garantice la limitación del poder (p. 118).*

En este punto, la alternativa la constituye *una interpretación constitucional basada en la literalidad de contenidos y en estructuras conceptuales, pues el nuevo método nada aporta a la estabilización del sistema sino todo lo contrario, tal y como prueba el pasado reciente (p. 118).*

En definitiva, el libro muestra dos Forsthoff, uno previo y otro posterior a la etapa nacionalsocialista. El primero, preocupado por construir un nuevo Derecho Administrativo frente al formalismo de la Escuela del Derecho público alemán; el segundo, preocupado además por reforzar los aspectos de la Constitución que considera garantía de la separación entre sociedad y Estado y de la libertad.

M^a DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS
Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas"
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail: mcarmen.barranco@uc3m.es

Francisco Javier ANSUÁTEGUI ROIG, *De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, 253 pp.

ROBERTO M. JIMÉNEZ CANO
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras Clave: derechos, Estado de Derecho, democracia, teoría jurídica de los derechos, positivismo jurídico
Keywords: rights, Rule of Law, democracy, legal theory of rights, legal positivism

El presente libro de Francisco Javier Ansuátegui es una recopilación de algunos de sus artículos publicados en los últimos ocho años. La unificación de los mismos en un único cuerpo se ve justificada por una idea que subyace en todos ellos y que sirve de hilo conductor a los mismos. Tal idea no es otra que la de la necesaria relación conceptual entre derechos, democracia y Estado de Derecho en una adecuada institucionalización jurídica de los derechos (p. 15).

De esta manera, las dos partes en las que se divide el libro trazan la relación entre derechos y Estado de Derecho (capítulo primero), lo que sienta las bases para abordar la relación entre Estado de Derecho y Estado constitucional (capítulo segundo) y para afrontar los desafíos que para la tesis iuspositivista de la separación conceptual entre Derecho y moral supone la constitucionalización de los derechos (capítulo tercero). Ahora bien, la relación entre derechos y Estado de Derecho no puede plantearse únicamente en la esfera de los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales. Una articulación del sistema de derechos que excede las fronteras estatales y se extiende al ámbito internacional parece necesaria. Desde esta perspectiva, Ansuátegui se enfrenta a algunos de los problemas que la universalización de los derechos plantea en un panorama transnacionalizado (capítulo cuarto),

al déficit democrático del proyecto de Constitución europea (capítulo quinto) y, finalmente, a la cuestión de un mínimo moral compartido por la sociedad internacional como trasfondo de los derechos –mínimo que a su juicio quedaría representado por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948– (capítulo sexto)¹.

La presente recensión no abordará las cuestiones básicas de este libro de acuerdo con su disposición por capítulos, sino según los temas que en él se tratan y en los que se observa la íntima conexión que existe entre unos y otros; conexión ya evidenciada por la afirmación de una necesaria relación conceptual entre derechos, democracia y Estado de Derecho. Las líneas de este trabajo serán construidas, en concreto, sobre la base de las diferentes propuestas que se hacen en el libro concentradas en la que sirve de hilo conductor y que afirma y defiende que la relación entre derechos fundamentales, Estado de Derecho y democracia es una relación conceptual y necesaria (pp. 74 y 147).

– I –

La primera relación conceptual y necesaria a esclarecer es la de los derechos fundamentales y el Estado de Derecho. La propuesta es clara: «*sin derechos fundamentales no se puede hablar de Estado de Derecho*» (p. 21). Dicha relación aparece como necesaria siempre que se mantenga, como lo hace Ansuátegui, una concepción amplia de Estado de Derecho que podría equipararse con la que defiende Elías Díaz², pero que igualmente podría identificarse con la idea de Estado de Derecho como imperio de la ley siempre que se exija el tipo de *legalidad selectiva* de la que habla Eusebio Fernández³. Y, en efecto, Ansuátegui asocia esa legalidad selectiva a unos determinados contenidos morales justificados en forma de derechos fundamentales (p. 54).

¹ Que estos sean los temas centrales del libro no es óbice para que el autor no deja de enfrentarse con destacados temas conexos que, como el tratamiento de los conceptos esencialmente controvertidos (pp. 24-39) y la propuesta garantista de Luigi Ferrajoli (pp. 57-72), son de especial trascendencia e interés para el lector.

² Vid. E. DÍAZ, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, 9ª ed., Madrid, 1998, pp. 44 y ss.

³ Véase ahora E. FERNÁNDEZ, “Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho”, *Sistema*, núm. 136, 1997, pp. 101-114.

Ahora bien, la conexión entre derechos y Estado de Derecho, aparte de material, es hasta cierto punto lógica o, si se prefiere, semántica ya que si se pretende que el concepto de «Estado de Derecho» tenga una sustantividad propia no cabe más que adoptar una concepción amplia del mismo. ¿Qué Estado no somete, aunque sólo sea mínimamente, sus poderes públicos a normas jurídicas? Si se asimila la idea de Estado de Derecho con el de imperio de la ley, con una legalidad meramente formal y no selectiva, hablar de Estado de Derecho no sería más que una tautología, pues todo Estado sería un Estado de Derecho (p. 81). Aun así, el Estado *formal* de Derecho puede escapar de dicha tautología si se entiende, como lo hace Ansuátegui, que detrás de la idea de imperio de la ley, de sometimiento al Derecho, siempre están presentes determinados contenidos morales. No obstante, éste parece un razonamiento paradójico ya que desde el momento en que detrás de una concepción formal de imperio de la ley –en la que todo Estado en alguna medida subordina sus poderes públicos a la ley– se ve una dimensión moral sujeta a la autonomía moral del individuo todo Estado está bajo un imperio de la ley con algunos contenidos materiales. De esta forma, todo Estado sería Estado de Derecho. La paradoja sólo puede resolverse, como se hace en el libro, si el significado material del imperio de la ley (y del Estado de Derecho) se concreta y viene determinado por los derechos y libertades (pp. 84 y 85).

Entendidas así las cosas, Ansuátegui da un paso más en su argumentación y defiende que ni la denominada crisis de la ley en la actualidad supone la crisis de la exigencia del imperio de la ley (entendido como imperio del Derecho) ni el llamado Estado constitucional es un modelo diferente y alternativo al del Estado de Derecho. Aquél únicamente es una evolución de éste debido, entre otros factores, al progresivo protagonismo de las constituciones. En efecto, aunque sea cierta la idea de crisis de la ley, esto no afectaría a la de imperio de la ley siempre que se entienda por “ley” no la ley en sentido formal, sino todo el Derecho y, por tanto, quepa mantener la supremacía de una ley: la más fundamental, la Constitución (pp. 73-77). Por otra parte, la afirmación de que el Estado de Derecho, al quedar relegado a mera legalidad (formal), no cumple ninguna función de legitimidad –al contrario que el Estado constitucional– pierde sentido al mantenerse una concepción, por un lado, sustancial o material de Estado de Derecho y, por otro, “selectiva” del imperio de la ley. Si los dos elementos básicos del Estado constitucional (principio de legalidad e incorporación y garantía de derechos fundamentales al ordenamiento jurídico estatal) están presentes en la concepción amplia

o fuerte de Estado de Derecho, el Estado constitucional sólo puede suponer una evolución frente a aquél; evolución que se concreta en la primacía del principio de constitucionalidad y que supone tanto un límite al poder democrático de la mayoría como una reformulación tanto de la actividad como del control judicial (pp. 90-94).

– II –

Precisamente una de las ideas que han favorecido la imagen según la cual el Estado constitucional no sólo es una simple evolución del Estado de Derecho, sino una auténtica transformación genética ha sido aquella que considera al positivismo jurídico como responsable ideológico de la involución del Estado de Derecho y de una incapacidad descriptiva de los rasgos básicos de los ordenamientos jurídicos constitucionales actuales. Tal supuesta incapacidad es la base del conocido “argumento del contraste con la práctica”⁴. Es claro que el positivismo jurídico tiene que ser capaz de explicar un sistema jurídico con independencia de que éste se configure como constitucionalista o no y, desde esas premisas, el único iuspositivismo apto para cumplir con dicha función es el metodológico (p. 95). Ahora bien, Ansuátegui da un paso más y concreta que dicho positivismo ha de ser capaz de reconocer la inclusión de contenidos materiales en los criterios de reconocimiento, sin que ello implique contradicción con la idea del origen social del Derecho; un positivismo que afirme la separación conceptual entre Derecho y moral correcta; y, por último, un positivismo que sepa diferenciar entre el aspecto descriptivo y el normativo en el conocimiento jurídico (p. 112). Así entendido, la necesaria presencia de elementos valorativos en el Derecho no contraviene la tesis iuspositivista de la separación conceptual entre Derecho y moral. A su juicio la versión de dicha tesis que puede mantenerse es aquella que separa el Derecho de la moral correcta o buena y no la del Derecho con cualquier otro tipo de moral, lo cual permite, por consiguiente, la conexión entre el Derecho y *alguna* otra moral. Siendo esto así no se ve ningún obstáculo para afirmar que, desde el punto de vista del positivismo metodológico, puede haber una presencia necesaria de elementos va-

⁴ Puede verse al respecto R. DWORKIN, *Law's Empire* (1986), Hart Publishing, Oxford, 1998, pp. 130-139.

lorativos en el Derecho siempre que éstos no se interpreten como criterios de evaluación jurídica que aseguren su bondad o la necesidad de una valoración positiva (p. 130).

Si esto es así, sigue argumentando Ansuátegui, no hay óbice alguno entre las tesis del positivismo jurídico y reconocer que la presencia de elementos valorativos, en especial en la más alta esfera jerárquica del ordenamiento como es la constitución, convierte a los sistemas jurídicos constitucionales en sistemas jurídicos mixtos, esto es, en sistemas jurídicos en los que junto a los criterios formales de validez se encuentran criterios materiales de validez representados precisamente por esos elementos morales contenidos en la constitución (p. 133).

Ahora bien, lo que no queda muy claro aquí es si por contenidos materiales o sustanciales se está aludiendo exclusivamente a contenidos morales o, por el contrario, la caracterización se extiende a cualquier contenido. No obstante, en el supuesto de que los primeros incluyan los segundos las dudas serían las mismas. Si por contenido se está entendiendo el significado de las expresiones, oraciones o conceptos incluidos en las normas jurídicas se hace preciso, para resolver el problema, acudir a una teoría del significado. A mi juicio, si se es coherente con los parámetros metodológicos y epistemológicos del iuspositivismo lo lógico sería seguir una teoría del significado verificacionista en sentido amplio, es decir, una teoría –cualquier teoría– que imponga restricciones epistémicas en el conocimiento del significado y que lo identifique, por ejemplo, con el uso de la expresión, el uso lexicográfico de una comunidad de hablantes o, incluso, el uso estipulativo de determinados sujetos⁵. Si esto es así, el significado de un elemento lingüístico y, por ende, también de los elementos morales no sería más que la prueba empírica de su verdad y lo que sean pruebas empíricas sólo caben encontrarse dentro de los tipos de moral que pueden reducirse a hechos verificables, es decir, la moral social, la subjetiva y la intersubjetiva. Finalmente, si todo esto es correcto, la presencia de contenidos morales en las normas jurídicas no supone, para los objetivos explicativos iuspositivistas, ningún obstáculo ni ningún compromiso moral, pero también es cierto que no añade nada nuevo

⁵ Así, este verificacionismo en sentido amplio incluiría cualquier visión que descartara el realismo “indescubrible”, esto es, de verdades sobre el mundo que sean resistentes al descubrimiento o que trasciendan la habilidad o la capacidad para averiguadas, bien porque se defiendan una concepción epistémica de la verdad, bien porque se estime que el contenido de un enunciado depende de la prueba de su verdad. Vid. S. OKASHA, “Verificationism, Realism and Scepticism”, *Erkenntnis*, núm. 55, 2001, pp. 371-385, en especial la p. 372.

a la tradicional perspectiva positivista que no comparte visiones esencialistas o no verificables sobre ningún concepto, sea moral o no.

Por tanto, la presencia de elementos morales en las constituciones condiciona la validez jurídica en la misma medida en que lo hace cualquier elemento, palabra o concepto no moral. En definitiva, a mi juicio, la presencia de elementos morales no condiciona o es irrelevante a la hora de identificar el Derecho válido de una comunidad⁶. Claro, todo esto sirve a no ser que se esté considerando una teoría del significado resistente al descubrimiento o a la verificación empírica y ello siendo consciente de la dificultad que entraña probar una determinada moral social –que el propio Ansuátegui señala (p. 141)– y que abre la puerta a la presencia de la moral subjetiva de las autoridades a la hora de situar dicho universo moral.

Que el universo donde haya que buscar el significado de los conceptos morales sea uno tan reducido como el de cada individuo es claramente criticable desde el punto de vista de lo que debería ser el Derecho, pero no es menos cierto que, a mi juicio, los sistemas constitucionales actuales conducen a la subjetividad de las autoridades a la hora de determinar los contenidos morales de las normas jurídicas⁷. Son éstas las dudas que surgen a la hora de aclarar la idea de *universo moral* a la que Ansuátegui se refiere para identificar el contenido de los elementos morales contenidos en las constituciones y que condicionan la validez jurídica (p. 140).

– III –

Una vez que se ha insistido en la relación entre derechos y Estado de Derecho ahora es el momento de dar entrada a la democracia. Durante todo

⁶ Sobre la irrelevancia de la moral en la validez jurídica puede verse J. WALDRON, *Derecho y desacuerdos* (1999), trad. J.L. Martí y A. Quiroga, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 211 y 212; y K.E. HIMMA, “Final Authority to Bind with Moral Mistakes: on the Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism”, *Law and Philosophy*, vol. 24, 2005, pp. 1-45, especialmente pp. 15 y ss.

⁷ Que el significado de los derechos queda a las consideraciones morales subjetivas de las autoridades, principalmente de los especialistas en Derecho, queda avalado por el Tribunal Constitucional Español para el cual es necesario acudir, para dilucidar el “contenido esencial” de los derechos, a «las generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho [...]» (STC, 11/1981, de 8 de abril, fundamento jurídico octavo).

el libro objeto de esta recensión se ha venido insistiendo en una concepción no exclusivamente formal de la democracia donde los derechos fundamentales constituyen un elemento de dicho concepto (pp. 74 y 244). Por esta razón no hay democracia allí donde no se puedan identificar los rasgos básicos del Estado de Derecho, constituyéndose de esta manera el Estado de Derecho como la expresión jurídica de la democracia. O, formulado de otra manera, si el poder político democrático se manifiesta a través del ejercicio de derechos vinculados a la idea de participación política, entonces la conexión institucional de esa forma de poder democrático es, sin lugar a dudas, el Estado de Derecho (p. 148).

Si hay un lugar en este libro donde se profundiza en la completa relación entre democracia, derechos y Estado de Derecho no es otro que el capítulo quinto a la hora de examinar el malogrado proyecto de Constitución Europea desde la lógica del constitucionalismo, que no es otra que la de la limitación jurídica y política del poder mediante estrategias formales y materiales. Pese al “no” de franceses y holandeses al proyecto de tratado constitucional europeo y la condena al olvido de éste, el análisis de Ansuátegui resulta de gran interés por cuanto proporciona las claves futuras para todo proyecto constitucional que no quiera encontrarse con el rechazo de unos ciudadanos dejados al margen de todo su proceso deliberativo. En efecto, desde los trabajos de la Convención se ha ido comprobando la poca participación ciudadana en los procesos de construcción y toma de decisiones. La lección que debe aprenderse, por tanto, es la de necesidad de mayor participación ciudadana y la de la desaparición o reducción de la intermediación estatal en las relaciones entre los ciudadanos y las instituciones de la Unión (p. 165).

El punto de partida de esta parte de la obra es la siguiente: no hay una constitución en sentido estricto si no se respeta la lógica del constitucionalismo. La conclusión, ya se adelanta, es que el proyecto de constitución no respeta dicha lógica y, por ende, la Unión Europea no tiene constitución alguna. Aunque se puede hablar de varios tipos de constitucionalismo se opta por un modelo robusto condicionado, por un lado, por derechos y libertades protegidos constitucionalmente mediante mecanismos reforzados y, por otro, vinculado con un determinado modelo de democracia identificado con mecanismos participativos y representativos (p. 173). Partiendo de esta concepción del constitucionalismo su estrecha conexión con la democracia y la participación ciudadana se manifiesta, en primer lugar, en que los conteni-

dos de la constitución son los mismos que los de la democracia, esto es, los derechos; y, en segundo lugar, en que la constitución como decisión política y jurídica tiene que ser el resultado de la deliberación y de la participación. Por estos motivos la ausencia de condiciones democráticas y participativas en el proceso constitucional europeo justificarían un claro escepticismo ante, por un lado, la posición y reconocimiento de los derechos en éste y, por otro, la legitimidad del mismo (pp. 176-180).

Desde estas premisas si el proyecto de tratado constitucional tuviera un déficit democrático y participativo, la falta de éste condicionaría tanto la idea de derechos como la de constitución misma que se pretende instaurar. Y, en efecto, parece que dicho déficit ha existido en la medida en que ha habido, por un lado, una ausencia del *demos* europeo con participación activa y, por otro, una escasa influencia de esta ciudadanía sobre las políticas y gobernantes de la Unión. Ambas carencias notorias pero lógicas si se tiene en cuenta que no se estaba ante una auténtica constitución, sujeta únicamente a la soberanía popular, sino ante un proyecto de tratado, es decir, un acto derivado de los Estados y no del pueblo.

En este punto, el problema que presentaba el proyecto constitucional era doble. En primer lugar, un problema en la titularidad de la soberanía y, en segundo lugar, un problema respecto al protagonismo del titular de la soberanía en el proceso de toma de decisiones. En cuanto al primer problema, el proyecto constitucional depositaba la titularidad de la soberanía no en el pueblo europeo, sino en los Estados que integran la Unión. Respecto del segundo problema, los ciudadanos no han tomado decisión alguna ni, por ejemplo, respecto de la declaración y reconocimiento de derechos (aunque los tengan reconocidos en el proyecto) ni tampoco han tenido disposición sobre la entrada en vigor o la derogación del tratado. Esas decisiones han sido tomadas, pues, por los Estados sin participación ciudadana alguna, lo cual implica la inexistencia de un poder constituyente democrático efectivo (pp. 182-186).

La conclusión a la que conducen estas ausencias no sería otra que la de poner en entredicho la estrecha relación entre democracia, derechos y constitución. Pero si dicha relación corre peligro, si efectivamente todo proyecto constitucional no tiene en cuenta todos estos elementos y no evita el déficit democrático, lo que realmente se pone en peligro es el propio concepto de constitución. Además, y esto ya es más grave, si no se puede hablar de una auténtica constitución, entonces parece difícil incluso hablar de derechos y de su efectiva garantía y protección (p. 191).

– IV –

Una vez establecidas las relaciones entre democracia, derechos y Estado de Derecho en la esfera de los ordenamientos jurídicos nacionales, los comentarios de Ansuátegui acerca del proyecto constitucional europeo dan pie para una aproximación universal, más que internacional, de la conexión derechos-Estado de Derecho-democracia. La conexión viene dada ahora por uno de los rasgos característicos de los derechos: la universalidad. Si se quiere hablar de una universalidad como componente necesario de los derechos parece necesaria una internacionalización (universalización) de las estructuras del Estado de Derecho (p. 147).

Ahora bien, de la universalidad de los derechos se puede hablar desde un plano moral o desde un plano jurídico. Desde el plano moral la universalidad de los derechos representa la idea de identificar un paradigma moral universal de los mismos o una ética de los derechos. Desde el plano jurídico implicaría poder referirse a la plena validez, reconocimiento y garantía de normas (jurídicas) de derechos en cualquier parte del mundo. Resulta evidente que, desde el plano jurídico, no es posible hablar de universalidad de los derechos y ello por dos razones. Por los grandes problemas de protección y garantía que tienen, problemas de eficacia que podrían achacarse también a una defectuosa fundamentación de los derechos, y porque ni todos los sujetos son titulares de todos los derechos ni todos los derechos obligan a todos los sujetos. La universalidad, entonces, sólo parecía predicable en el ámbito de la moralidad (pp. 227-230).

La posibilidad de una ética de los derechos requiere, al menos, dos condiciones mínimas. De un lado, dicha ética ha de referirse a la idea de individuo como sujeto moral de los derechos. De otro, se ha de establecer una determinada manera de comprender las relaciones entre el individuo como sujeto autónomo y el grupo social en el que se integra. Ahora bien, tales condiciones se enfrentan de cara con la existencia, en nuestro planeta, de un evidente pluralismo moral. ¿Es posible, entonces, que los derechos constituyesen el elemento común de las éticas particulares? Una respuesta afirmativa pasa, de acuerdo con Ansuátegui, por la concepción de la ética de los derechos como una ética pública, una ética formal, que no presuponga ninguna concepción del bien ni ninguna forma determinada de la organización de la vida de los individuos. El núcleo de dicha ética pública, imprescindible para la realización de la dignidad humana, bien podría ser representada, en el

plano internacional, por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Ésta es la importancia que, más allá de su valor jurídico, tiene hoy la Declaración Universal y que sirve de elemento común para una ética de los derechos (pp. 153-160 y 236-240).

No obstante, por sí sola, la Declaración es insuficiente. Una ética de los derechos necesitaría de la democratización de la sociedad internacional y de la construcción de un Estado de Derecho cosmopolita o internacional que suprimiera la ciudadanía asociada a nacionalidades, pues, al igual que ocurre en el plano interno, en sede internacional no hay derechos sin democracia. En todo caso, una ética de los derechos precisaría que se reprodujeran el marco del Derecho internacional las condiciones de los Estados de Derecho nacionales o, al menos, los siguientes requisitos mínimos: (1) la realización de las exigencias del principio de legalidad y del imperio de la ley; (2) la efectividad del principio de igualdad de todos los individuos ante el Derecho; y (3) la existencia de una autoridad (legítima en origen y ejercicio) capaz de imponer, incluso a través de la fuerza, las normas de Derecho internacional (pp. 161 y 241).

ROBERTO-MARINO JIMÉNEZ CANO
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail: robertomarinojimenez@uc3m.es

Thomas HOBBS, *Discursos Histórico-Políticos*, [1620], Estudio Preliminar de Andrés Jiménez Colodrero, Traducción y notas de Andrés di Leo Razuk, Editorial Gorla, Buenos Aires, 2006, 119 pp.

GREGORIO SARAVIA
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras Clave: política, historia, poder, ley natural, ley humana, Estado, gobierno
KeyWords: politics, history, power, natural law, human law, State, government

La traducción al idioma español de estos *Discursos* de Thomas Hobbes supone un motivo de satisfacción para todos aquellos lectores de su obra, de habla hispana, pero también para todos aquellos interesados en la filosofía política, la historia, la ciencia política, el derecho y otros campos de conocimiento afines a estas disciplinas. La recopilación de estos tres breves *Discursos* permite asomarse a las primeras reflexiones de quien, con el correr del tiempo, se convertiría en una de las figuras centrales del pensamiento político moderno¹.

El exhaustivo y riguroso Estudio Preliminar, de Andrés Jiménez Colodrero, que prologa esta edición, resulta esclarecedor respecto de la ardua investigación que han llevado a cabo los expertos para determinar la autoría de Hobbes de estos tres manuscritos intitolados: *Sobre el comienzo de los Anales*, *de Tácito*, *Sobre Roma* y *Sobre las leyes*.

En efecto, la publicación original de estos escritos (Londres, 1620) había formado parte de una obra más extensa² intitolada *Horae Subsecivae* y atri-

¹ Según John Rawls con Thomas Hobbes –y la reacción que su obra *Leviatán* produjo– comienza la filosofía política y moral moderna. Vid. J. RAWLS, *Lectures on the History of Political Philosophy*, Samuel Freeman (ed.), Harvard University Press, 2007, pp. 24.

² Además de los tres discursos mencionados, *Horae Subsecivae* estaba compuesto por un Discurso más: *En contra de la adulación* y doce Observaciones o Ensayos: *Sobre la arrogancia*, *Sobre la ambición*, *Sobre la afectación*, *Sobre el desprecio*, *Sobre la obstinación*, *Sobre los señores y los siervos*, *Sobre los gastos*, *Sobre las calamidades*, *Sobre la muerte*, *Sobre la vida en el campo*, *Sobre la religión*, *Sobre el leer historia*.

buida, en un principio, a un tal Edward Blount, luego, sucesivamente, a William Cavendish y a su hermano Gilbert. En el siglo XVIII se señaló a Lord Chandos como el autor; mientras que a principios del XX fue el turno de Francis Bacon.

Finalmente, en las postrimerías del siglo pasado³, se pudo determinar con certeza que había sido Hobbes el autor de los tres Discursos. Una parte significativa del éxito de estas investigaciones se debe al ímpetu de Arlene Saxonhouse, ya que fue ella quien las inició a principios de la década del '70 y, tras algunas importantes polémicas, llegó a resultados incontrovertibles a comienzos de los años '90. Por solicitud de esta investigadora, Noel B. Reynolds y John L. Hilton utilizaron el *sistema estadístico de análisis de huellas de la escritura*⁴ para fijar fehacientemente dicha autoría⁵.

Antes de pasar a comentar brevemente el contenido de cada uno de los Discursos, merecen ser destacados dos aciertos, a nuestro juicio, del Estudio Preliminar. El primero de ellos es el de señalar la influencia *tacitista* en el joven Hobbes, debido al probable influjo de Francis Bacon y la impronta maquiaveliana de algunas de sus reflexiones.

El segundo acierto es la puesta en evidencia de que la concepción antropológica de Hobbes no está centrada en los aspectos negativos del ser humano, por más que se haya identificado siempre a su doctrina con aquella máxima del pensamiento clásico romano que sostiene que "el hombre es auténtico

³ Es importante recalcar la trascendencia que tuvo el hallazgo de Leo Strauss, en las primeras décadas del siglo XX, de unos manuscritos firmados por William Cavendish pero escritos con la letra de su tutor, es decir, Thomas Hobbes. Sobre las relaciones entre Hobbes y la familia Cavendish, resulta reveladora la correspondencia que el filósofo mantuvo con William Cavendish, *vid.* N. MALCOLM, *Thomas Hobbes. The Correspondence Volume I: 1622-1659*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 27-42.

⁴ Tal como lo explica Andrés Jiménez Colodrero, en el Estudio Preliminar, el *statistical wordprinting analysis* "se focaliza sobre términos contextuales, aquellos que no varían mucho aun en el caso en que el autor cambie de estilo literario o tema. (...) De esta forma, se sostiene que los autores tendrían *huellas* que dejarían en sus escritos. Estas huellas son posibles de detectar, siempre y cuando el autor tenga una cantidad considerable de material escrito, como es el caso de Hobbes". *Vid.* A. JIMÉNEZ COLODRERO, "Estudio Preliminar", en T. HOBBS, *Discursos Histórico-Políticos*, Traducción y notas de Andrés di Leo Razuk, Editorial Gorla, Buenos Aires, 2006, pp. 7-38, p. 11.

⁵ Los resultados de la investigación y la técnica utilizada para alcanzarlos, se puede estudiar con más detalle en T. HOBBS, *Three Discourses. A Critical Modern Edition of Newly Identified Work of the Young Hobbes*, Edited by Noel B. Reynolds and Arlene W. Saxonhouse, University of Chicago Press, Chicago, 1995.

lobo para el hombre"⁶. Varios trabajos de los últimos años, tales como el de Boonin-Vail, defienden la hipótesis de que Hobbes es un moralista y un científico a la vez. Por lo cual, su proyecto era defender una teoría de la virtud moral fundamentada en una ciencia de la naturaleza humana y así justificar una doctrina de la moralidad largamente reconocida de una manera original y nueva⁷. De esta forma, el individuo que concibe Hobbes no está desprovisto de virtudes morales entendidas como cualidades de los seres humanos que pueden permitirles vivir en una sociedad en la que predomine la paz.

Primer Discurso: Sobre el comienzo de los Anales, de Tácito

El joven Hobbes se propone comentar la primera parte de esta famosa obra de Tácito con el objetivo de repasar los grandes cambios y alteraciones que tuvieron lugar en Roma hasta llegar, tras casi 800 años, al momento histórico en el cual Augusto se hace con el poder.

El comienzo de este Discurso se dedica a la fundación de Roma y a la que sería su primera forma de gobierno: la monarquía. El riesgo que ésta implica es el abuso de poder, en palabras de Hobbes, "cuando los reyes abusan de sus posiciones, tiranizan a sus súbditos y no miran los atropellos y los abusos cometidos contra éstos"⁸. Como se puede apreciar, el problema no está situado en la monarquía como forma de gobierno si no más bien en el ejercicio ilegítimo del poder en el que puede llegar a recaer un monarca.

La utilización de la violencia como medio de acceso al poder no es censurada por Hobbes siempre y cuando el gobierno luego asegure su permanencia por medios políticos, es decir, pueda mantener una obediencia política que no se base exclusivamente en el mero uso de la fuerza. Por ello, afirma nuestro autor que "...habiendo conquistado el poder sobre los cuerpos de las personas, va en busca de mandar también sobre sus almas y voluntades, que es el modo más noble y al mismo tiempo más seguro de mandar"⁹.

⁶ Vid. la "Epístola dedicatoria" en T. HOBBS, *De Cive. Elementos filosóficos sobre el ciudadano*, traducción de Carlos Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 2000, p. 34.

⁷ Vid. D. BOONIN-VAİL, *Thomas Hobbes and the science of moral virtue*, Cambridge University Press, 1994. Las tesis defendidas por este autor encuentran, en parte, respaldo en la célebre obra de Leo Strauss "The Political Philosophy of Hobbes", University of Chicago Press, 1936 y en "Political Philosophy of Hobbes" de Howard Warrender. Para ambos Hobbes era un moralista y no un científico.

⁸ Vid. T. HOBBS, *Discursos Histórico-Políticos*, op. cit., p. 41.

⁹ Vid. T. HOBBS, *Discursos Histórico-Políticos*, op. cit., p. 51.

El mayor mal que puede afectar a un Estado es, según el criterio de Hobbes, la guerra civil. Respecto de ella escribe que “no conviene a nadie, salvo a los inútiles que, en su desesperación, podrían aprovecharla para cortarle el cuello a sus acreedores sin temor a la horca”¹⁰.

Siguiendo con el contenido del Discurso, el autor realiza una apología de Augusto del que, sobre todo, destaca su habilidad para satisfacer a todos con su gobierno ya que garantizó a sus súbditos una vida cómoda, tranquila y librada del mayor de los flagelos: las guerras civiles. También elogia el arte de disimular como un engranaje indispensable para el gobernante cuando pretende sujetar a los hombres a su voluntad¹¹.

La última parte está dedicada a la sucesión del primer emperador romano, enmarcada por su debilidad –resultado de su edad avanzada– y por las ansias desmedidas de quienes pretendían reemplazarlo. De ahí que Hobbes advierta que “si un príncipe estimula en muchos la esperanza de reinar, debería precaverse de la emulación, la ambición y los celos mutuos que suelen resultar de ello”¹².

El Discurso se cierra con la mención de una idea que constituirá uno de los pilares sobre los cuales se asienta la teoría política hobbesiana: la obediencia absoluta que se debe al soberano¹³. Ésta es la única que puede garantizar la salida del estado de naturaleza. Por ello, en el caso de que no se logre una obediencia estricta a la autoridad, no sólo se pone en juego la subsistencia de la sociedad sino también la de la propia vida. En este sentido resulta de vital importancia el vínculo entre la autoconservación y la constitución de un poder político¹⁴.

¹⁰ Vid. T. HOBBS, *Discursos Histórico-Políticos*, op. cit., p. 56. En un sentido similar, vid. también pp. 46.

¹¹ Según Hobbes el arte de simular y disimular “en aquellos tiempos era considerado unas cualidad fundamental para un príncipe astuto: para obtener lo que más ardientemente deseaba, mostró rechazarlo...”. Vid. T. HOBBS, *Discursos Histórico-Políticos*, op. cit., p. 61. En un sentido similar, vid. también p. 65. La influencia de “El Príncipe” de Maquiavelo, a quien sin embargo nunca cita, parece indudable.

¹² Vid. T. HOBBS, *Discursos Histórico-Políticos*, op. cit., p. 66.

¹³ “Aunque otras virtudes, especialmente la sabiduría profunda o el valor excepcional, son excelentes bajo cualquier tipo de gobierno, y sobre todo en un Estado libre (...) para el súbdito de una monarquía la obediencia es la mayor de las virtudes, y aquellas otras antes mencionadas merecen mayor o menor estimación según sirvan más o menos a ella”. Vid. T. HOBBS, *Discursos Histórico-Políticos*, op. cit., p. 69.

¹⁴ “La finalidad de la obediencia es la protección y cuando un hombre la ve, ya sea en su propia espada o en la de otro, de modo natural sitúa allí su obediencia y su empeño de mantenerla”. Vid. T. HOBBS, *Leviatán o La Materia, Forma y Poder de un Estado Eclesiástico y Civil*, [1651], Traducción de Carlos Mellizo, Editorial Alianza, Madrid, 2004, p. 196.

Segundo Discurso: Sobre Roma

Trabajando como tutor privado de William Cavendish, miembro de una poderosa familia de la aristocracia inglesa, Hobbes acompaña a éste en un viaje por Francia e Italia que se extiende por tres años¹⁵. De regreso a Inglaterra y con las impresiones que su estancia en el extranjero le produjo, escribe este Discurso sobre Roma. En él analiza el uso y beneficio que puede obtenerse del conocimiento de esta antigua capital de imperio a partir de su ubicación geográfica, su arquitectura, sus esculturas, pinturas y jardines.

Una de las ideas centrales de este Discurso es la problemática relación entre el poder religioso y el poder civil. El autor lanza furibundas críticas hacia el Papa, los cardenales, ministros y demás miembros de la Iglesia de Roma. Las acusaciones principales que vierte se podrían sintetizar en tres: una concentración de poder descomunal y desproporcionada¹⁶; manipulación de los creyentes a través de una enseñanza e instrucción basadas en falsedades y mentiras¹⁷; el lujo y derroche que caracteriza la vida de sus autoridades¹⁸.

¹⁵ Para más datos sobre este viaje, se puede consultar F. TÖNNIES, *Hobbes Vida y Doctrina*, Traducción de Eugenio Imaz, Alianza Editorial, Madrid, 1988, pp. 28 y 29 o también el capítulo II de A., P. MARTINICH,, *Hobbes. A Biography*, Cambridge University Press, 1999.

¹⁶ Sobre este punto, nos dice: "En cuanto al gobierno de este lugar, está totalmente en manos del Papa, que lo ejerce como un príncipe temporal, aunque sólo con ministros de la Iglesia. Roma es también la última corte de apelación en las causas judiciales sobre asuntos divinos". Vid. T. HOBBS, *Discursos Histórico-Políticos*, op. cit., p. 98

¹⁷ "Un falso milagro les impacta más que un escrito verdadero, un hábito aparentemente monástico y severo los persuade más que la sinceridad en la vida y en las costumbres; la representación de una imagen los conmueve más que el modo en que Dios se manifestó en la Escritura (...) De dónde resulta que no es difícil manipular la conciencia de estos hombres en beneficio propio: una demostración pública de devoción y unas pocas palabras les producen admiración y los convencen de que Dios prefiere las ceremonias a la verdad, la forma a la sustancia. Este engaño ha durado tanto tiempo, este fraude se ha vuelto tan habitual, que muchos, pese a ser sumamente capaces, están cegados por la ignorancia". Vid. T. HOBBS, *Discursos Histórico-Políticos*, op. cit., p. 92.

¹⁸ "¿Quién no se decepciona cuando se lo instruye en actos de caridad y se lo persuade de empobrecerse para enriquecer al sacerdote? ¿Quién puede pensar que el Papa tiene interés en Dios cuando cobra por las indulgencias que dicta y ruega por nuestro perdón en su propio beneficio? ¿Quién creará en sus preceptos de santidad y de severidad cuando al llegar a obispos o cardenales se muestran tan orgullosos, sediciosos y avaros como cualquiera? Vid. T. HOBBS, *Discursos Histórico-Políticos*, op. cit., p. 101.

De sus paseos por la ciudad, nos queda el testimonio de la impactante belleza y antigüedad de sus templos, estatuas, arcos, columnas, pirámides y fuentes, sin embargo sus observaciones son demasiado generales¹⁹. Esto se debe a que el objetivo que el autor se traza al redactar estas impresiones es el de mostrar, como ya dijimos, el uso y beneficio que puede obtenerse de su conocimiento. De esta forma, la descripción se transforma en el medio adecuado para iluminar la comprensión histórica de una cultura que sostuvo el mayor imperio que el mundo haya conocido.

La última parte del escrito contiene una curiosa serie de consejos y advertencias dedicada especialmente a los ingleses que planeen visitar la ciudad.

Tercer Discurso: Sobre las leyes

El tercero de los Discursos es el más breve, también el más confuso y contradictorio de los tres. Tal como Jiménez Colodrero pone de manifiesto, este problema “es producto de querer adherir a concepciones antiguas y modernas sobre una misma cuestión”²⁰. Ésta es la naturaleza de las leyes y su función en la organización de las sociedades humanas.

Las reflexiones parecen situarse en dos planos entrelazados pero diferentes que desvelan la relación ambigua que Hobbes mantiene con el pensamiento de autoridades clásicas tales como Platón y Aristóteles. Dicha ambigüedad se manifiesta en la defensa que hace, por un lado, de la postura clásica²¹ –que afirmaba la existencia de una relación armónica entre las nociones de naturaleza, ley y razón– y la costumbre como fuente del derecho positivo²², y, por otro lado, la concepción voluntarista del poder soberano. Esta última sostiene que las leyes civiles son producto de la voluntad de quien detenta el poder y fue la postura que caracterizó a toda su obra de la

¹⁹ “Cuán estimadas son y han sido siempre las venerables antigüedades es algo tan universalmente conocido y aceptado que no me extenderé en un panegírico sobre eso”. Vid. T. HOBBS, *Discursos Histórico-Políticos*, op. cit., p. 86.

²⁰ Vid. A. JIMÉNEZ COLODRERO, “Estudio Preliminar”, op. cit., p. 34.

²¹ Como ejemplo de ello, “la ley y la razón son gemelas (...) Esa razón que hemos incorporado en nuestra naturaleza es una ley, que dice qué debemos hacer y prohíbe lo contrario”. Vid. T. HOBBS, *Discursos Histórico-Políticos*, op. cit., p. 113.

²² “Y podría inferirse que la razón por la que estas antiguas costumbres adquieren tanta fuerza es que han sabido sortear, antes de verse aprobadas, la prueba de la censura y el juicio de los doctos...”. Vid. T. HOBBS, *Discursos Histórico-Políticos*, op. cit., p. 116.

madurez. A su vez provoca un giro radical con respecto al iusnaturalismo de inspiración aristotélica y seguido en la Edad Media por Tomás de Aquino.

Llegamos así al núcleo central de la teoría hobbesiana del derecho que parece heredera de las tesis de Guillermo de Ockham. De acuerdo con éstas, de existir un orden natural universal –como se sostiene desde la visión aristotélica– el hombre no puede conocerlo y por lo tanto no existe la posibilidad de que sea fuente de la ley. Ésta es siempre y sólo la norma promulgada voluntariamente por quien tiene autoridad para ello. En la obra jurídico-política de Hobbes se asumirá que no hay injusticia donde no hay ley, y no hay ley donde no hay una voluntad superior que se imponga sobre el resto. Lo justo y lo injusto son nociones que provienen de lo que considere el poder soberano.

En el comienzo de este comentario a la edición en español de estos *Discursos Histórico-Políticos* sosteníamos el interés que puede existir en adentrarse en ellos. Existen dos principales razones, la primera es que su lectura nos permite observar como el joven Hobbes plantea una serie de cuestiones que irá desarrollando en la evolución de su teoría político-jurídica. Siguiendo el hilo de esta evolución se puede detectar una coherencia entre estas primeras reflexiones y las que encontramos en las obras de su madurez, pero también quedan al descubierto contradicciones y discontinuidades, tal como tuvimos oportunidad de ver en el análisis del último de los Discursos.

La segunda razón tiene que ver con el descubrimiento de un Hobbes apasionado por la historia. La destreza analítica con la que desmenuza los *Anales* de Tácito, su admiración por el responsable de la pax romana: Augusto y su fascinación con Roma, dan buena prueba de ello.

GREGORIO SARA VIA

Universidad Carlos III de Madrid

e-mail: gсарavia@der-pu.uc3m.es

Norbert HOERSTER, *Was ist Recht? Grundfragen der Rechtsphilosophie*,
C. H. Beck, München, 2006, 159 pp.

LUIS LLOREDO ALIX
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras Clave: teoría de la coacción, teoría de la norma, teoría pura del derecho, positivismo jurídico, validez jurídica
Keywords: theory of coercion, theory of norm, pure theory of law, law's positivism, law's validity

Señala Antonio-Enrique Pérez Luño que quizá sea posible distinguir entre dos tipos diferentes de manual: los manuales-proyecto y los manuales-balance. Aquéllos se corresponderían con las obras primerizas de un autor, con esos libros genéricos que abarcan las cuestiones fundamentales de una materia y que, pese a su talante divulgativo o didáctico, se conciben con la pretensión de avanzar nuevas orientaciones y propuestas, nuevos modos de encarar la problemática en cuestión. Los manuales-balance, por el contrario, se situarían en el culmen de una carrera didáctica e investigadora, con el inevitable beneficio de una dilatada experiencia y con el consiguiente proceso de depuración, de síntesis y concentración de los distintos temas y cuestiones abordadas. Ambos pretenden ser omnicomprendivos, pues la naturaleza de la literatura manualística se basa en intentar ofrecer un panorama completo de los diferentes asuntos que se adscriben a una determinada materia, pero los acentos y estilos difieren en uno y otro caso. El manual-proyecto tendrá cierto tono innovador e iniciático, cierto enfoque programático en cuanto a los temas discutidos y, por lo tanto, una vocación de ensayo y desarrollo. En el manual-balance, sin embargo, el esfuerzo de síntesis primará sobre la pretensión de un análisis exhaustivo, a la vez que el despliegue ilimitado de problemas se verá sustituido por una mayor tendencia a la concentración de las cuestiones esenciales¹.

¹ A-E. PÉREZ LUÑO (et. al.), *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, pp. 15-16.

Esta dicotomía, con los debidos matices y con la previa asunción del riesgo que toda clasificación conlleva, puede aplicarse a la obra que en esta recensión nos ocupa. *¿Qué es el Derecho? Preguntas fundamentales de la filosofía jurídica* es el título de esta reciente publicación del profesor Norbert Hoerster, que nos pretende brindar una especie de pequeño ensayo introductorio a la reflexión iusfilosófica. No se trata de un manual en sentido estricto, pues carece de la pretensión exhaustiva y sistemática que suele ser esencial a dicho tipo de trabajos, pero se acerca a dicho género en su vocación divulgativa y en el intento de ofrecer un compendio de los problemas que afectan a la materia, en este caso la filosofía del Derecho. Es en este sentido en el que, como decíamos, se puede recurrir a la categorización antes explicada. Adoptando dicho esquema, esta obrita debería situarse en el apartado de los trabajos-balance, pues en buena medida trata de plasmar muchas de las cuestiones sobre las que el autor ha venido escribiendo a lo largo de los años, tarea en la que se afana con un tono ciertamente sintético y recapitulativo. Por otra parte, toda la obra destila una cierta sensación de balance, de evaluación y definición de posturas sostenidas con anterioridad, pero reunidas ahora bajo un título común y con cierta pretensión de compendio.

También, bien es cierto, se abordan otras cuestiones que atañen al marco general de la filosofía jurídica y que no habían sido tratadas con especial hincapié en sus trabajos anteriores. Así, junto al tema del positivismo jurídico o al de las exigencias éticas del Derecho, temas ya clásicos en su bibliografía, se tratan en esta obra algunos aspectos relacionados con la validez o la eficacia de las normas, con la interpretación jurídica o con la justificación del *ius puniendi* del Estado. Pero, antes de seguir adelante, quizá convenga explicitar los temas en que se estructura esta publicación.

El libro se abre con un capítulo sobre el carácter coactivo del Derecho, donde se analiza el fenómeno jurídico a partir de una concepción fuertemente asentada en el poder y la sanción como sus principales elementos definitorios. A continuación se siguen cuatro capítulos dedicados a analizar la estructura normativa del Derecho, donde se trata de explicar su naturaleza a través de los conceptos de norma y ordenamiento. Tan sólo después de pertracharse con estos elementos, es cuando Hoerster se embarca en la controvertida cuestión sobre el positivismo jurídico –que le ha enfrentado con buena parte de la doctrina iusfilosófica y constitucionalista alemana– y con las relaciones entre Derecho y moral. La ligazón entre el Derecho y la moral es tratada, en primer lugar, en el sentido de si la moral puede ser necesaria pa-

ra delimitar un concepto de lo jurídico, cuestión a la que responde negativamente y en la que resuenan los ecos de su pública y encendida discusión con Robert Alexy. En segundo lugar, no obstante, sí se tratan de establecer los puentes entre ambas dimensiones normativas, si bien sólo en el sentido de que el Derecho incorpora o debe intentar incorporar requerimientos éticos, convertidos así en un basamento moral de las normas jurídicas que, tan sólo podrán funcionar como acicate para una obediencia más espontánea y eficaz del mismo. Los últimos capítulos, en fin, se dedican a explicar y discutir tres importantes temas relacionados con la filosofía jurídica, pero pierden un tanto el hilo conductor y la trabazón sistemática que había presidido la ordenación de los anteriores epígrafes. Se tratan así, en primer lugar, el fundamento filosófico de la sanción penal, las bases para la obediencia al Derecho y, por último, la aplicación del Derecho al caso individual. Como colofón de esta pequeña obra, el autor nos ofrece un anexo que quizá sea un tanto extemporáneo, donde se plantea una crítica pormenorizada de la *Teoría pura del Derecho* kelseniana.

Hecho este repaso apresurado sobre las partes que integran esta obra, ¿qué puntos fuertes y qué puntos débiles podríamos destacar en ella? A mi modo de ver, en primer lugar, debe agradecerse la toma de posición clara en cuanto a la definición del Derecho a través del concepto de poder. Podría decirse que Hoerster edifica toda su filosofía jurídica sobre la base de dos pilares: el concepto de coacción y el concepto de norma. A partir de ambos prismas, que a su vez trata de interrelacionar, elabora y expone las nociones de validez, de eficacia, de constitución y de muchas otras abordadas en el libro. Y este enfoque, en un período en el que parecen abundar las tendencias que abogan por una concepción del Derecho apegada a la moral, por el acento en los principios generales del Derecho y en los valores o por la tematización del juez como único protagonista de la reflexión iusfilosófica, resulta bastante vivificador. Gracias a semejante orientación, el autor parece reubicar el acento en el legislador y no tanto en el juez, además de propender a una visión realista del Derecho, que no se deja embelesar por la "moralización" de la teoría jurídica propiciada por determinadas corrientes neoconstitucionalistas de última generación. No es que deba prescindirse de la moral legalizada como un elemento importante en la definición y comprensión de la problemática suscitada en los modernos Estados constitucionales, pero la consideración de esta nueva realidad no debería conducir al abandono de la reflexión sobre el poder y sus múltiples formas de filtrarse

en el ámbito de lo jurídico. Creo que el punto de vista de Hoerster puede y debe comprenderse en este sentido.

Otro elemento que debería merecer una valoración positiva, a mi juicio, es el modo en que el autor trata el problema de las exigencias y los fundamentos éticos del Derecho. Desde una actitud científicamente rigurosa y un estilo austero en la forma expositiva, Hoerster afronta algunas de las cuestiones relacionadas con la metaética y con el modo en que la moral puede relacionarse con el Derecho. Su punto de vista radicalmente enfrentado con las teorías iusnaturalistas y con las orientaciones metafísicas que aún siguen dándose en determinadas corrientes de la filosofía moral, es en líneas generales muy digno de aprecio –sin estar exento de algunas críticas, no obstante, por ciertas simplificaciones que quizá puedan achacarse a la naturaleza breve y didáctica del libro–. El título del último trabajo del filósofo alemán Ernst Tugendhat, *Antropología en vez de metafísica*, pese a no estar en conexión directa con los planteamientos que Hoerster defiende aquí, bien podría servir como resumen de sus posiciones en este ámbito². Pues frente a la crisis de todas las fundamentaciones trascendentes del Derecho, con independencia de cuál sea su punto de apoyo, a lo que Hoerster nos llama es a un ejercicio de sobriedad y honestidad intelectual, así como al intento de encontrar basamentos que basculen sobre la necesidad de seguridad jurídica, sobre la noción de interés y sobre la esencial vulnerabilidad del ser humano. Es decir, sobre una concepción esencialmente antropología del Derecho.

Frente a esta primera valoración positiva, no obstante, existe un elemento que quizá deba criticarse en este libro. Me refiero a la ausencia de un planteamiento histórico sobre algunos de los problemas que se abordan a lo largo del mismo. La misma consideración del asunto de la coacción, que tan presente está en todas sus páginas, podría haber sido muy reforzada a través de la contemplación de algunos clásicos radicalmente ausentes en la obra. El autor cita con frecuencia las obras de Kelsen y Hart, sobre las que construye todos sus puntos de vista, pero olvida que problemas como el de la coacción fueron tratados, probablemente con mucha mayor dedicación y exhaustividad, en la filosofía jurídica decimonónica, en particular de la ma-

² Vid. E. TUGENDHAT, *Anthropologie statt Metaphysik*, C. H. Beck, München, 2007, especialmente pp. 13-56 y 136-158. Hay trad. española: *Antropología en vez de metafísica*, Gedisa, Barcelona, 2008. En una especie de sintonía tácita con el filósofo del Derecho que nos ocupa, Tugendhat reflexiona desde enfoques paralelos y, abanderando un estilo igualmente sobrio, nos deja también un interesante ensayo sobre el problema de la honestidad intelectual.

no de John Austin y de Rudolph von Jhering. La contextualización de éste y otros temas en escenarios históricos señalados, además, quizá podría conducir a un mayor logro didáctico y divulgativo, pues facilita enormemente la comprensión cabal de numerosos problemas. En esta misma línea, por ejemplo, resulta criticable la inclusión de un capítulo dedicado al positivismo jurídico, sin que exista otro donde se analicen algunos de los presupuestos de la teoría iusnaturalista. Bien es cierto que se alude a ella en algunas ocasiones, pues sería imposible adentrarse de otro modo en ciertos temas, pero no existe un tratamiento unitario y ordenado de la misma.

En segundo lugar, y siguiendo con la caracterización de las debilidades que pueden achacarse a la obra reseñada, parece bastante criticable el anexo final donde Hoerster polemiza con la teoría pura kelseniana. Se trata de una inclusión, como ya antes se avanzaba, quizá un tanto extemporánea, puesto que violenta la naturaleza didáctica y aproximativa del libro y, además, no ofrece elementos críticos a Kelsen que no hayan sido recalcados hasta la saciedad en numerosos foros. La pretensión quimérica de construir una teoría estrictamente “pura” del Derecho, la deficiente reflexión sobre la existencia de normas de competencia (*Ermächtigungsnormen*) no plenamente asimilables en la categoría de las normas imperativas (*Gebotsnormen*), el excesivo énfasis en la distinción entre ser y deber ser (*Sein und Sollen*), o la contradicción entre el ideal de pureza y la importancia otorgada a la eficacia del Derecho, son algunos de los elementos que va desgranando Hoerster en este anexo. Sin entrar ahora a discutir la validez de sus argumentos, ni la pertinencia abstracta de sus críticas, lo cierto es que parecen temas ya bastante manidos como para ensañarse tanto en este lugar. Porque es de notar, en efecto, que también a lo largo del libro se producen numerosos ataques hacia la concepción del Derecho del jurista austriaco, sin reconocer a la vez todos aquellos rasgos de su teoría de los que el propio Hoerster se beneficia.

Una vez realizado este primer balance sobre la obra, podría ser interesante centrarse en dos aspectos concretos que quizá sean susceptibles de despertar polémica en el potencial lector. El primero de ellos se refiere a la tesis que Hoerster sostiene en torno al positivismo jurídico y a sus críticos. El tema ya había sido tratado en su trabajo *En defensa del positivismo jurídico*, del que en esta obra se ofrecen sólo unos lineamientos fundamentales. Pero no está de más abundar en ello. El objetivo de Hoerster es defender una concepción iuspositivista del Derecho, frente al importante contingente de detractores que han llegado a crear un generalizado ambiente hostil hacia dicha corriente

en el país germano. Como él mismo señalaba en la introducción de la obra citada, “desde hace por lo menos cincuenta años en la filosofía jurídica alemana es casi de buen tono rechazar y hasta condenar el positivismo jurídico”³. Su tesis central es que la mayoría de las críticas que habitualmente se vierten sobre el mismo, se basan en una incomprensión de los postulados que en realidad representan los autores iuspositivistas, es decir, en una falsa adscripción de posiciones teóricas a dichos autores. Estas ideas que, según Hoerster, son generalmente atribuidas al positivismo, pueden resumirse en cinco tesis: la tesis de la neutralidad, que afirma que el concepto de Derecho debe elaborarse con independencia de su contenido justo o injusto; la tesis de la ley, según la cual el Derecho debe definirse a través del concepto de ley; la tesis de la subsunción, que concibe la aplicación del Derecho como un ejercicio carente de consideraciones valorativas por parte del juez; la tesis del subjetivismo, que sostiene que los criterios del Derecho correcto sólo pueden ser de naturaleza subjetiva; y la tesis de la obediencia, según la cual las normas jurídicas deben obedecerse en cualquier circunstancia⁴.

Y aquí es donde llega el nudo del argumento. Según la caracterización de Hoerster, sólo la tesis de la neutralidad y la tesis del subjetivismo sirven para identificar una verdadera concepción positivista, pues las otras no son más que deformaciones deliberadas y torticeras, o bien posturas extremas que actualmente ya ningún autor positivista sostiene. Asimismo, nos dice el filósofo alemán, ambas tesis son recíprocamente independientes, es decir, que no se incluyen la una a la otra: podrá sostenerse la tesis de la neutralidad sin mantenerse a la vez la del subjetivismo, o viceversa. Creo que el propósito de Hoerster es muy meritorio, pues introduce una claridad analítica y un rigor que muchas veces queda estrangulado por las tenazas de eslóganes y rúbricas demasiado apresurados, que con frecuencia no persiguen la claridad conceptual necesaria, ni se asientan en una verdadera honestidad científica, sino que emborronan el paisaje y simplifican el discurso teórico hasta límites inadmisibles.

Gilles Deleuze hablaba de las “síntesis disyuntivas” para referirse a ese tipo de dicotomías intelectuales que pretenden reducir la diversidad de opciones y matices teóricos que siempre rodean a cualquier problema, a una mera disyunción de posibilidades que se excluyen mutuamente⁵. Pues bien, algo de esto es lo que ocurre en la materia que nos ocupa: se fabrican una se-

³ N. HOERSTER, *En defensa del positivismo jurídico*, 2ª ed., Gedisa, Barcelona, 2000, p. 9.

⁴ En la traducción de *En defensa del positivismo jurídico* se habla de “tesis del legalismo”, pero debería hablarse con mayor propiedad de tesis de la obediencia (*Befolgungsthese*).

rie de etiquetas que sirven para caricaturizar al positivismo jurídico y se delimitan sus propuestas en términos lo suficientemente burdos y simplistas como para poder plantear la necesidad de optar entre los postulados de dicha corriente y los postulados, siempre mucho más razonables y acicalados, del crítico que ejercita esta manera de presentar el problema. Frente a ello, como se decía más arriba, el posicionamiento de Hoerster es riguroso y clarificador, pues su ejercicio analítico no implica una cerrazón ni un afán de distorsionar las posturas, sino tan sólo un intento de relativizar las afirmaciones no fundamentadas que sobre el positivismo se han vertido en numerosas ocasiones. Tan sólo se podría criticar, reiterando algo que ya se apuntó anteriormente, que este esfuerzo analítico desvinculado de una aproximación histórica puede resultar también parcial. El positivismo, si bien no tan antiguo como el iusnaturalismo, también es acreedor de una historia y se fundamenta en una forma de ver el mundo que arranca desde el siglo XIX. Pretender abstraer sus propuestas y su sentido como opción teórica, del contexto y los porqués que ampararon su aparición como alternativa al Derecho natural, resta profundidad al planteamiento, simplifica algunas de sus dimensiones y, además, diluye la potencialidad didáctica que tiene la historia para acercarse a los problemas con los que tiene que lidiar la filosofía del Derecho. Si debemos agradecer el rigor conceptual que Hoerster demuestra en este asunto, también es cierto que existen y existieron numerosos tipos de positivismo no susceptibles de adscribir a su manera de entenderlo.

El segundo elemento de este libro, que quizá merezca una consideración detenida, tiene que ver con la noción que el autor alemán nos ofrece del concepto de validez jurídica. Frente a todo precedente doctrinal y también contra toda razonable base lingüística, Hoerster nos ofrece una distinción conceptual entre los vocablos alemanes *Geltung* y *Gültigkeit*, que valen como sinónimos en el lenguaje ordinario y también en el lenguaje de los juristas, y que pueden traducirse como validez o como vigencia. Conviene advertir desde este mismo instante, que con semejante juego lingüístico no se refiere a la distinción que algunos autores como Ferrajoli establecen entre los conceptos de vigencia y validez, pues nos remite a una concepción absolutamente diferente, cuya operatividad teórica no queda demasiado clara. Pero veámoslo algo más despacio.

⁵ Vid. A. BADIOU y S. ŽIŽEK, *Philosophie und Aktualität*, Passagen Verlag, Wien, 2005, pp. 52-56.

La *Gültigkeit* sería, para Hoerster, la validez en el sentido de “derivabilidad” (*Ableitsbarkeit*) de una norma respecto de otra, de manera que podría predicarse la validez de una norma siempre y cuando ésta se derivase correctamente de otra norma superior a ella. El problema de dicha concepción es que no termina de quedar claro si esa derivabilidad tiene que ver con el hecho de que la norma superior establezca los mecanismos y procedimientos de producción de la norma inferior y, por tanto, otorgue una validez contingente a dicha norma inferior, o si lo que tiene lugar es una derivación lógica de la norma inferior respecto de la superior, pues *Ableitsbarkeit* puede significar igualmente “deducibilidad” en términos cognitivos. La propia explicación del concepto que el autor nos brinda, al hablar de una determinación lógica en algunos pasajes, no termina de aclarar la cuestión. Con todo, el problema más grave no es ése, sino la distinción de este concepto respecto del anteriormente señalado, de la validez entendida como *Geltung*. La *Geltung*, siempre según Hoerster, sería el tipo de validez que podemos predicar de la norma constitucional, y viene a identificarse con la aceptación social que dicha norma genera. Al plantearse el problema de la validez en términos similares a los de la pirámide de Kelsen, como “derivabilidad” de unas normas respecto de sus homólogas superiores, termina repitiendo el problema con el que el propio Kelsen se encontró al levantar su teoría. Sólo que, frente al jurista austriaco, Hoerster sí acaba recurriendo a ciertas consideraciones de índole sociológica para explicar el dilema planteado. Es en este sentido en el que nos habla de *Geltung* como una especie de validez social, sin que por ello termine de equiparar dicha postura a la de la regla de reconocimiento y mostrándose explícitamente reacio a identificarlo con el concepto de eficacia.

Así las cosas, la distinción forzada entre dos vocablos que, en principio, son sinónimos exactos, introduce una cierta confusión que no parece explicar nada demasiado nuevo. Así como en el caso anterior, cuando hablábamos del positivismo jurídico, la tarea analítica facilitaba mucho la intelección del problema, en esta ocasión quizá esté fabricando más incógnitas de las que el dilema de por sí solo suscita. Pues si ya Iavolenus dijo que toda definición es peligrosa en el Derecho civil –*omnis definitio in iure civile periculosa est*–, tampoco la filosofía del Derecho debe dejarse seducir por un afán exacerbado de definiciones y categorizaciones carentes de un anclaje y un fundamento suficientemente justificados.

Con ello llegamos ya al final de esta recensión. Sin duda, existen muchas más cuestiones que merecerían un desarrollo y una discusión pormenorizada, pues el libro abarca numerosos temas y expresa muchas tomas de posición no exentas de controversia. Sin embargo, no es objeto de una reseña el abundar en todas ellas. Se han seleccionado estas dos últimas por considerarlas de cierto interés y como muestra de lo que el lector podrá encontrar en el libro. Como balance final, quizá pueda destacarse la orientación positivista de la obra, que es muy digna de atención y que sirve para entender algunos términos del debate que el autor ha protagonizado en suelo germano con el también iusfilósofo Robert Alexy, así como sus polémicas con la teoría jurídica de Ronald Dworkin.

A propósito de todo ello, quizá convenga hacer una última advertencia. Es cierto que el libro tiene una vocación esencialmente didáctica y que como tal parece haber sido confeccionado. Pero el autor tampoco termina de aclararlo con univocidad. Es cierto que en muchos pasajes utiliza un método expositivo claro y ordenado, pero también es verdad, como quizá pueda intuirse a tenor de la recensión, que se embarca en discusiones teóricas que probablemente exceden el marco de una obra divulgativa. Por eso, el ámbito posible de lectores es ciertamente amplio. Todos aquellos estudiantes o neófitos que quieran adquirir un panorama sintético de muchas de las cuestiones con las que trata la filosofía jurídica, podrá encontrar una buena guía en esta obra, si bien en algunos casos el hilo argumental no sea todo lo claro que alguien sin rudimentos podría desear. Por otro lado, el hecho de que en esta obra se plasmen muchas de las ideas que el autor ha sostenido en otros momentos, hacen su lectura atractiva para quien se dedique a la filosofía del Derecho, pues en él podrá encontrar un compendio de su filosofía, aderezado con argumentaciones sólidas y bien trabadas sobre algunos temas inéditos. De esta forma, lo que en origen podría verse como un desequilibrio entre el tono divulgativo y una tendencia incontrolada que a veces salta a lo profesoral, no necesariamente ha de considerarse como un demérito, sino como una invitación generosa y amplia a la lectura. Como un reto, por lo tanto, para distintos y no excluyentes tipos de lector.

LUIS LLOREDO ALIX

Universidad Carlos III de Madrid

e-mail: llorede@inst.uc3m.es

Gregorio PECES-BARBA, Eusebio FERNÁNDEZ, Rafael DE ASÍS, Javier ANSUATEGUI, *Educación para la ciudadanía y los derechos humanos*, Espasa, Madrid, 2008, 360 pp.

ALFREDO KRAMARZ
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras Clave: educación, ciudadanía, derechos humanos, ética pública, ética privada
Keywords: education, citizenship, human rights, public ethics, private ethics

La gran filósofa Hannah Arendt decía que los niños entraban en el mundo al traspasar el umbral de la escuela, pero la escuela no debía ser el mundo, era más bien el espacio de transición entre el hogar y lo público. En su artículo acerca de la crisis de la educación, mostró con lucidez las ataduras ideológicas que amordazan cualquier debate sobre la escuela: “la razón de este extraño estado de cosas no tiene una relación directa con la educación, sino que más bien hay que buscarla en los criterios y prejuicios acerca de la naturaleza de la vida privada y del mundo público y de la interrelación de ambos, característica de la sociedad actual desde la época moderna...”¹.

Recientemente ha visto la luz el libro “Educación para la Ciudadanía y Derechos Humanos”, dirigido por el profesor Gregorio Peces-Barba y que ha contado con la colaboración de los Profesores Eusebio Fernández, Rafael de Asís y Francisco Javier Ansuátegui. Todos ellos forman parte del área de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid y han dedicado años de investigación e importantes trabajos al estudio y defensa de los Derechos Humanos. El libro ha sido publicado por la editorial Espasa, en una edición muy cuidada y accesible para todos aquellos que quieran for-

¹ H. ARENDT, “La crisis en la educación”, en *Entre el pasado y el futuro*, Península, Barcelona, 2003, p. 288.

marse una opinión fundada, acerca de los objetivos didácticos que se persiguen con la implantación de la materia de *Educación para la Ciudadanía* en las escuelas.

No estamos ante un catecismo del buen socialista, y su mera insinuación debiera provocar risa. Es un libro donde profesores con distintas sensibilidades e inquietudes teóricas desarrollan ideas centrales para la construcción de la sociedad actual, cada uno con su estilo y reconociendo, si es preciso, su diferencia frente a otras posiciones.

La materia *Educación para la Ciudadanía* no es una celda teórica, con barrotes ideológicos, en la que encerrar a los niños malos que tienen pensamientos incómodos para los gobernantes y, menos aún, promueve crear cerebros tan uniformes como disciplinados con el orden establecido. A veces, parece que se hablase de una asignatura que encaja con precisión en los planes de estudio de un mundo distópico.

Antes al contrario, es una materia que pretende suministrar las herramientas necesarias para ayudar a pensar con libertad en el desarrollo de la vida, sin usurpar en ningún momento el papel de los padres en la formación de sus hijos, pero entendiendo la necesidad de una ciudadanía cada vez más comprometida con la defensa de la democracia y de los Derechos Humanos. Es un pasaporte que en lugar de decir quién eres, pretende facilitar la comprensión de lo que nos rodea.

A veces falta cordura en una sociedad donde se promueve la objeción a una asignatura que, entre otros aspectos, posibilita la explicación de la objeción de conciencia. Probablemente, su rechazo por algunos sectores de la ciudadanía no se solventaría desmarañando un malentendido teórico, pues, en muchas ocasiones, sus detractores invocan más razones políticas que pedagógicas. Al menos, se debe exigir mayor profundidad en los análisis y una lectura más atenta de los textos que sirven de base para la explicación de dicha materia.

La estructura del texto que se analiza se compone de una "Carta" dirigida a los profesores que imparten o impartirán dicha asignatura, una "Introducción" y cuatro capítulos titulados respectivamente: "Ética, Democracia y Educación", "Valores, Derechos y Deberes", "El Derecho y las Instituciones" y "La ciudadanía". El libro finaliza con una bibliografía básica, donde se recomienda una serie de lecturas para ampliar o completar algunos de los temas abordados. Subrayaré algunos de los puntos que considero neurálgicos.

cos del libro, asumiendo que resumir es perder y que probablemente dejaré en el tintero otros muchos temas de interés.

El libro comienza con el planteamiento de la dicotomía ética pública-ética privada, delineando sus contornos, sin pretender separar ambos conceptos como si se tratara de elementos que conforman departamentos estancos. Seguidamente, se reflexiona acerca de la idea de "dignidad humana" y de los valores que de la misma se derivan, prestando especial atención a la evolución de los derechos, a su concreción histórica, deteniéndose en su concepto y fundamento, sin menospreciar las dificultades derivadas a la hora de establecer mecanismos para su garantía y sin subestimar los nuevos retos y desafíos de la sociedad actual. A continuación, se estudia con detenimiento el papel del Derecho, enfatizando la dimensión jurídica de los Derechos Humanos y centrándose en algunos de los temas clásicos de la reflexión jurídico-política, como el concepto de Constitución -tanto en sus dimensiones formales como sustanciales-, la relación entre el Derecho y la moral o la vinculación existente entre el Derecho y el poder.

También, se atiende al papel que juegan en nuestro ordenamiento jurídico las diferentes instituciones nacionales (Parlamento, Tribunal Constitucional, Gobierno y Administración...), así como la labor de ciertas instituciones a nivel internacional, especialmente las propias de la Unión Europea. Y, por último, es la propia idea de ciudadanía la que es presentada desde diversos ángulos, atendiendo a procesos históricos, como la secularización, o a la necesidad de la implantación de una democracia cosmopolita no excluyente. A pesar de ser temas que pudieran resultar áridos, la presentación de los mismos se acompaña de una claridad intencionada que facilita su entendimiento.

La idea de dignidad humana vertebrada el libro y la explicación que de la misma se ofrece en sus páginas es deudora de la visión antropocéntrica legada por la modernidad, donde la persona está centrada en el mundo y es, a la par, centro del mundo, alejando de este modo el concepto de dignidad humana de interpretaciones teístas que pudieran dificultar la importancia de su dimensión autónoma. Tema complejo y eje de articulación de posibles críticas.

Se acompaña de un estudio del cambio cultural que significó el tránsito hacia la modernidad y que supuso el afianzamiento de valores como el individualismo, el racionalismo, el naturalismo y la secularización, soportes o impulsos de grandes cambios históricos, y que enuncian algunos de los ras-

gos sintomáticos de la sociedad moderna. Los autores del libro reconocen las luces de la Ilustración pero también indagan en sus sombras. Muestran los límites, las fronteras de una modernidad que también está plagada de olvidos; los avances teóricos de los siglos XVI, XVII y XVIII, irán lentamente generalizándose a raíz de las luchas sociales en los siglos XIX y XX. La contradicción presidía o era divisa de intensos discursos con los que se alababan ciertos valores, proclamando una falsa universalidad; lo que en principio era para todos, luego era sólo para unos pocos. El pensamiento socialista es entendido como un factor histórico determinante para el logro de importantes medidas sociales, con una retórica que denuncia la injusticia y a la par, promueve avances en el terreno social.

Razón e Historia se dan la mano en numerosos párrafos, sin menospreciar la una en función de la otra, compaginando y contrastando, los progresos en la reflexión teórica con su certera o falaz puesta en práctica.

Ciertas nociones básicas para entender nuestro sistema político no nos acompañan desde que nacemos, sino que han de aprenderse para mejorar la convivencia y reconocer las virtudes y defectos de un Estado de Derecho como el nuestro. La palabra sobre estos temas no pertenece en exclusiva a la familia sino que es en la escuela, como institución pública y abierta, donde se ha de acceder a los conocimientos elementales que definen a una sociedad democrática basada, entre otras cosas, en el respeto a los Derechos Humanos. La cultura cívica y política es una de las claves de estabilidad en una democracia y con *Educación para la Ciudadanía* se pretende colmar esa laguna que había en nuestro sistema educativo. En la historia de la filosofía encontramos numerosos ejemplos de pensadores que insisten en la relevancia de la relación entre educación y organización política: esta idea es estimada por los autores del libro, quienes mantienen que un estado democrático debe promover y facilitar el aprendizaje y el ejercicio de la libertad.

Este libro pretende ser un instrumento que ayude a los docentes en la enseñanza de unos contenidos que sirvan a los estudiantes en la consecución de su autonomía y a comprender lo que supone el conocimiento y ejercicio de valores como la dignidad humana, siempre desde la perspectiva de la ética pública. Todo ello afrontando el desafío de formar ciudadanos más libres y más conscientes de sus derechos y obligaciones. En muchos epígrafes se muestra, no sólo un conocimiento profundo de las ideas planteadas, sino también un compromiso vital con lo que se expone y un sincero respeto a todos los lectores, especialmente a aquellos que desempeñan labores do-

centes dignas de encomio en una sociedad en permanente cambio. Pienso que éste es uno de los aspectos que hacen más valioso a este libro, ya que hubiese sido problemático no apreciar las dudas comprensibles que pueden acechar a muchos profesores a la hora de impartir *Educación para la Ciudadanía*, por su novedad y también por la posible dificultad de su explicación en las aulas; esto es entendido por los autores y su aspiración a solventar dudas o problemas que pudieran surgir entre el profesorado en el día a día se aprecia de manera constante en todo el libro.

Educación para la Ciudadanía no es un asunto privado, ni un conejo sacado de la chistera de un mago de las palabras, hay que tomársela en serio.

Thomas Bernhard en su obra teatral *Heldenplatz*² hace decir a algunos de sus personajes, con tanto desasosiego como sabiduría, que siempre vivimos en la época equivocada y que la realidad es tan mala que no puede describirse, que nos irritamos por todo pero nadie hace nada para remediarlo, que éste es un mundo en el que se denomina pensamiento a todo lo que no lo es... Todo invita a cruzarse de brazos ante una vida así, sin embargo, vale la pena ensayar en el campo de la educación la posibilidad de educar para que los ciudadanos de mañana sean más conscientes del valor de vivir en libertad, para que nunca renuncien a ella y para que sean rebeldes frente a su menosprecio, para que recuerden la imagen del ágora y la semántica que se esconde detrás del nombre de algunas plazas.

ALFREDO KRAMARZ
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail: alfredo.kramarz@uc3m.es

² TH. BERNHARD, *Heldenplatz*, Hiru, Navarra, 1998.

PARTICIPANTES EN ESTE NÚMERO

EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA

Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Es autor, entre otras obras, de *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos* (1984), *Estudios de Ética Jurídica* (1990), *Filosofía Política y Derecho* (1995), *Entre la razón de Estado y el Estado de Derecho: la racionalidad política*, (1997) y *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita* (2001). Asimismo es autor de numerosos artículos en revistas especializadas. Es codirector de la *Historia de los derechos fundamentales* de la que se ha publicado el Tomo I: siglos XVI y XVII (1998) y el Tomo II: siglo XVIII (2001).

RICARDO GARCÍA MANRIQUE

Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Barcelona y lo ha sido también de las Universidades de Alcalá, Carlos III de Madrid y ESADE-Ramon Llull de Barcelona. Es autor de *La filosofía de los derechos humanos durante el franquismo* (1996), *Derechos humanos e injusticias cotidianas* (2004), *El valor de la seguridad jurídica* (2007) y, con Benjamín Rivaya y Víctor Méndez, de *Eutanasia y cine* (2008).

DIEGO BLÁZQUEZ MARTÍN

Profesor Titular de la Universidad Carlos III de Madrid, miembro del Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de esta Universidad y coordinador de su Unidad de Clínica Jurídica. Igualmente es miembro del Estudio Jurídico de la Carlos III. Autor de varios libros y artículos sobre historia y teoría de Derechos Humanos, destaca recientemente la monografía *Los derechos humanos ante los desafíos internacionales de la diversidad cultural* (2007), en coautoría con Daniel Oliva Martínez.

GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ

Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid y Presidente del Instituto de Derecho Humanos Bartolomé de las Casas de la citada Universidad. Entre sus obras recientes destacan: *Ética, poder y Derecho* (1995), *Curso de derechos fundamentales* (1995) *La democracia en España* (1996), *Derechos sociales y positivismo jurídico* (1999), *La dignidad de la persona desde la Filosofía del derecho* (2002) *Lecciones de derechos fundamentales* (2004), *La España civil* (2006), *Educación para la ciudadanía y los derechos humanos* (2008). Es codirector de la *Historia de los derechos fundamentales* de la que se ha publicado el Tomo I: siglos XVI y XVII (1998) y el Tomo II: siglo XVIII (2001). Es Doctor *honoris causa* por la UNED, por la Saint Louis University, por la Universidad de Vigo y por el Middelbury College. Rector de la Universidad Carlos III de Madrid desde 1989 hasta abril de 2007. Es miembro de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

LUIS MARTÍNEZ ROLDÁN

Ha sido catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Santiago y actualmente lo es en la Universidad de Oviedo. Es autor de distintas monografías y artículos entre los que podemos destacar los libros: *Ideología, Ciencia y Derecho*; *Nueva aproximación al pensamiento jurídico de Hans Kelsen*; y *La ley desmedida. Estudios de legislación, Seguridad y Jurisdicción*. Las tres líneas principales de investigación en las que se ha centrado son: Kelsen y la Teoría Pura del Derecho, La seguridad jurídica desde la óptica del Tribunal Constitucional, y Teoría de la legislación, tema ésta para el que ha contado con un proyecto de investigación I+D+I.

FRANCISCO BARIFFI

Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina y Diplomado en Estudios Avanzados en el marco del Doctorado en Derecho: Programa Derechos Fundamentales, del Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid. Investigador en Derecho Internacional en el Instituto TMC Asser de La Haya en los Países Bajos (2000). Profesor e Investigador en las asignaturas de Derecho Internacional y Derechos Humanos, Universidad Nacional de Mar del Plata, y Universidad Atlántida Argentina (1996-2000). En la actualidad se desempeña como Profesor en el Área de Derecho Internacional Público de la Universidad Carlos III de Madrid, y se encuentra en fase de elaboración de su tesis doctoral. Sus principales áreas de especialidad son el Derecho penal internacional, la jurisdicción internacional, la justicia transicional y el Derecho internacional humanitario.

TERESA DOLORES SILVA

Abogada, profesora de Derecho Constitucional en cursos de grado y postgrado y especialista en Derecho Constitucional de la Unión Europea. A cargo de la columna mensual sobre Derecho Constitucional Europeo del Suplemento de Derecho Constitucional de El Derecho (Argentina). Visiting Fellow en Derecho Constitucional en la Universidad de Warwick (Reino Unido de Gran Bretaña). Ganadora del Premio Accésit en Derecho Constitucional del 2001 otorgado por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (Argentina) y del Premio Estímulo del 2006, otorgado por la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (Argentina). Actualmente se encuentra realizando tareas de investigación doctoral en el Reino Unido de Gran Bretaña. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional. Autora de diversos artículos publicados en Latinoamérica sobre Derechos Humanos y Derecho Constitucional.

CLAUDIA BEATRIZ MOSCATO

Abogada, Doctora en Derecho Penal y Ciencias Penales, profesora de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Penal en cursos de grado y postgrado en Argentina y en diversos países de Latinoamérica y Estados Unidos de Norteamérica. Autora de varios libros y artículos sobre Derechos Humanos y Derecho Constitucional en diversas revistas jurídicas de Latinoamérica. Ha cursado cursos de postgrado y dictado conferencias sobre Derechos Humanos y Derecho Constitucional en diversas universidades de Argentina, Brasil y Estados Unidos de Norteamérica. En la actualidad se encuentra a cargo de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara de Casación Penal (Argentina). Ganadora del Premio Estímulo del 2006, otorgado por la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (Argentina)

y de la Mención de Honor a la Tesis Doctoral “El Agente Encubierto en el Estado de Derecho”, Universidad del Salvador del año 2000 (Argentina). Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional (Argentina), de la Asociación Jóvenes Adultos, Centro de Estudio e Investigación (Argentina), International Judicial Academy (Estados Unidos).

INSTRUCCIONES PARA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS EN DERECHOS Y LIBERTADES

Instrucciones para los autores establecidas de acuerdo con la **Norma AENOR UNE 50-133-94** (equivalente a **ISO 215:1986**) sobre **Presentación de artículos en publicaciones periódicas y en serie** y la **Norma AENOR UNE 50-104-94** (equivalente a **ISO 690:1987**) sobre **Referencias bibliográficas**.

- La **extensión máxima** de los artículos, escritos en Times New Roman 12, será de 30 folios a espacio 1,5 aprox. y 10 folios a espacio 1,5 para las reseñas. Se debe incluir, en castellano y en inglés, un resumen/abstract de 10 líneas con un máximo de 200 palabras y unas palabras clave (máximo cinco).

- Los originales serán sometidos a **informes externos anónimos** que pueden: a) Aconsejar su publicación b) Desaconsejar su publicación c) Proponer algunos cambios. Derechos y Libertades no considerará la publicación de trabajos que hayan sido entregados a otras revistas y la entrega de un original a Derechos y Libertades comporta el compromiso que el manuscrito no será enviado a ninguna otra publicación mientras esté bajo la consideración de Derechos y Libertades. Los originales no serán devueltos a sus autores.

-Se deben entregar los **trabajos por triplicado** y en **soporte informático PC Word**. Para facilitar el **anonimato** en el informe externo, en dos de estas copias se deben omitir las referencias al autor del artículo. En una hoja aparte, se deben incluir los datos del autor, dirección de la Universidad, correo electrónico y un breve currículum en 5 líneas. Los autores de los artículos publicados recibirán un ejemplar de la Revista y 20 separatas.

Derechos y Libertades establece el uso de las siguientes **reglas de cita** como condición para la aceptación de los trabajos:

Libros: E. DIAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, 9ª ed., Madrid, 1998.

Trabajos incluidos en volúmenes colectivos: G. JELLINEK, "La declaración de derechos del hombre y el ciudadano", trad. de A. García Posada, en VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derecho del hombre y del ciudadano*, edición de J. González Amuchástegui, Editora Nacional, Madrid, 1984, pp 57-120; L. FERRAJOLI, "La semántica della teoria del diritto" en U. SCARPELLI (ed.), *La teoria general del diritto. Problemi e tendenze attuali*. Edizioni di Comunità, Milano, 1983, pp. 81-130.

Artículos contenidos en publicaciones periódicas: N. BOBBIO, "Presente y porvenir de los derechos humanos", *Anuario de derechos humanos*, núm 1, 1981, pp. 2-28; F. LAPORTA, L. HIERRO y V. ZAPATERO, "Algunas observaciones sobre la situación de la Filosofía del Derecho en la actualidad" en VV.AA., *La Filosofía del Derecho en España*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, núm. 15, 1975, pp. 93-120.

Con el fin de evitar la repetición de citas a pie de página se recomienda el empleo de expresión *cit.*. Como por ejemplo, (p. ej.: M. WEBER, "La política como vocación", en *íd.*, *El político y el científico*, *cit.*, nota 5).

INSTRUCTIONS FOR PUBLISHING ARTICLES IN DERECHOS Y LIBERTADES

Instructions for authors established following the norm AENOR UNE 50-133-94 (equivalent to ISO 215:1986) about *Presentation of articles in periodic and serial publications* and following the norm AENOR UNE 50-104-94 (equivalent to ISO 690: 1687) about *Bibliographic references*.

The maximum length of the articles, written in Times New Roman 12 and space 1,5, is 30 pages aprox. Books reviews maximum length should be 10 pages with 1,5 space. Also It has to be submitted an abstract of 10 lines with a maximum of 200 words and some keywords (max. 5) both in Spanish and English.

Originals will be submitted to an anonymous and external referee that could : a) advise their publication b) not advise their publication c) propose some changes. Derechos y Libertades will not consider the publication of articles which had been submitted to other reviews. An original should be submitted to Derechos y Libertades as a compromise that the manuscript will not be sent for any other publication while the time it is under Derechos y Libertades consideration for publishing. Originals will not be returned to their authors.

-Articles should be submitted in triplicate in Pc Word format. For facilitating the anonymity of the external referee, in two of these copies, author's details should be omitted. In a separate sheet of paper, It should be included these details: author's name, University's address, author's e-mail address and a brief five-lines CV.

-Authors of the published articles will receive an issue of the review and twenty copies of their own article.

-Originals should be submitted in Spanish.

Derechos y Libertades establish the use of the following reference's rules as a condition for accepting the articles:

Books: E. DIAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, 9ª ed., Madrid, 1998.

Articles included in collective works: G. JELLINEK, "La declaración de derechos del hombre y el ciudadano", trad. de A. García Posada, en VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derecho del hombre y del ciudadano*, edición de J. González Amuchástegui, Editora Nacional, Madrid, 1984, pp 57-120; L. FERRAJOLI, "La semántica della teoria del diritto" en U. SCARPELLI (ed.), *La teoria general del diritto. Problemi e tendenze attuali*. Edizioni di Comunità, Milano, 1983, pp. 81-130.

Articles included in periodic publications: N. BOBBIO, "Presente y porvenir de los derechos humanos", *Anuario de derechos humanos*, núm 1, 1981, pp. 2-28; F. LAPORTA, L. HIERRO y V. ZAPATERO, "Algunas observaciones sobre la situación de la Filosofía del Derecho en la actualidad" en VV.AA., *La Filosofía del Derecho en España*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, núm. 15, 1975, pp. 93-120.

In order to avoiding the repetition of references is recommended the use of the expression *cit.*. As for instance, (M. WEBER, "La política como vocación", en *íd.*, *El político y el científico*, *cit.*, nota 5).

DERECHOS Y LIBERTADES
Periodicidad semestral (enero-junio)

SUSCRIPCIONES (envío incluido)

Suscripción formato papel

2 números 36,00 €

Número suelto 20,00 €

Suscripción on-line

2 números 35,00 €

Número suelto 19,00 €

Artículo suelto 6,00 €

DERECHOS Y LIBERTADES

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

Deseo suscribirme a “Derechos y Libertades” (Año 2008), dos números al año

Abonaré la cantidad de 36,00 € (IVA incluido) por la suscripción anual

Nombre y Apellidos _____

Institución _____

Dirección _____

CP _____ DNI/CIF _____

Población / Provincia _____

Teléfono _____ Fax _____

e-mail _____

Efectuaré el pago mediante domiciliación bancaria

(En caso de que no disponga de cuenta bancaria para hacer el pago, envíenos un e-mail a info@dykinson.com para buscar otra forma de pago)

Titular de la cuenta _____

Datos de la cuenta:

Firma (imprescindible)

Fecha:

Remitir a Dykinson, S.L. (C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid – Fax 915446040)

Los datos que nos facilite serán tratados con la máxima confidencialidad. Serán incorporados a nuestros ficheros a efectos de informarle sobre bibliografía, teniendo usted derecho a solicitar su consulta, actualización o anulación.

