

Número 24, Época II, enero 2011



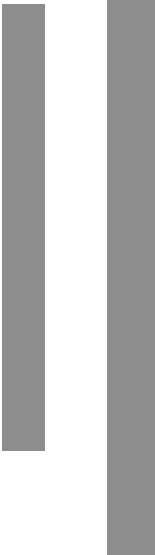
INSTITUTO DE
DERECHOS HUMANOS
BARTOLOMÉ
DE LAS CASAS

HURI-AGE
Consolider-Ingenio 2010

Dykinson, S.L.
EDITORIAL

#24 DERECHOS Y LIBERTADES

REVISTA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO y DERECHOS HUMANOS



DERECHOS Y LIBERTADES

Número 24, Época II, enero 2011



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, MIAR, CARHUS y INRECJ.

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 CARACCIOLLO
(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 ÁNGELES 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 FARINAS
(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	9

ARTÍCULOS

La Filosofía jurídica y política de Joaquín Ruiz Giménez	15

Joaquín Ruiz Giménez's Legal-Political Philosophy

ELÍAS DÍAZ

Constitucionalismo de los Antiguos y de los Modernos. Constitución y "estado de excepción"	45

*Ancient Constitutionalism and Modern Constitutionalism. Constitution
and "state of emergency"*

MASSIMO LA TORRE

Antiformalismo y argumentación jurídica.....	67

Anti-formalism and legal reasoning

JOSÉ MANUEL CABRA APALATEGUI

¿Puede la Teoría del Derecho estar libre de valores?	93

Can Legal Theory be value free?

ROBERTO M. JIMÉNEZ CANO

La solidaridad y sus paradojas.....	119

Solidarity and its paradoxes

MANUEL SALGUERO SALGUERO

Los derechos y libertades de los inmigrantes en el modelo estadounidense. A propósito de la Arizona Immigration Law SB 1070 ..	147

*Rights and freedoms of immigrants in the U.S. model. About Immigration
Law Arizona SB 1070*

ÓSCAR CELADOR ANGÓN

¿Qué es un indicador de derechos humanos y cómo se utiliza?	179

What is an indicator of human rights and how do we use it?

JESÚS GARCÍA CÍVICO

La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el Ordenamiento jurídico español 221

The legal capacity of persons with disabilities: the article 12 of the UN Convention and its impact on the Spanish legal system

PATRICIA CUENCA GÓMEZ

Necesidades, igualdad y justicia. Construyendo una propuesta igualitaria de necesidades básicas 259

Needs, equality and justice. Building an egalitarian proposal on basic needs

SILVINA RIBOTTA

RECENSIONES

Onuma Yasuaki, *A Transcivilizational perspective on International law* 303

CARLOS FERNANDEZ LIESA

Roberto M. Jiménez Cano, *Una metateoría del positivismo jurídico* 307

LUIS LLOREDO ALIX

Leo Strauss y Gershom Scholem. *Correspondencia 1933-1973* 317

GREGORIO SARAVIA

Bernardo Bayona Aznar, *El origen del Estado laico desde la Edad Media* 325

RAFAEL RAMIS BARCELÓ

Carlos Lema Añón, *Salud, Justicia, Derechos. El derecho a la salud como derecho social* 335

VANESA MORENTE PARRA

Silvina Ribotta, *Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia. Pobreza, redistribución e injusticia social* 349

ANDRÉS ROSSETTI

Participantes en este número 355

NOTA DEL DIRECTOR

En este número 24 de *Derechos y Libertades* incluimos trabajos que abordan temáticas diversas, como la historia del pensamiento jurídico español en los últimos años –a propósito de la figura de Joaquín Ruiz-Giménez, algunas dimensiones del constitucionalismo y de la argumentación jurídica, la relación entre la teoría del Derecho y los valores, el concepto de solidaridad y algunas dimensiones de la regulación legal del fenómeno migratorio en Estados Unidos, los indicadores de derechos humanos, la capacidad jurídica de las personas con discapacidad o la teoría de las necesidades.

Abrimos la sección dedicada a los artículos con el trabajo de Elías Díaz sobre *“La Filosofía jurídico-política de Joaquín Ruiz-Giménez”*. En este texto, basado en su intervención en el seminario que el Instituto Bartolomé de las Casas organizó para recordar la vida y la obra del Profesor Ruiz-Giménez el pasado 6 de mayo, Elías Díaz señala los principales datos biográficos y la evolución de las convicciones del que fuera primer Defensor del Pueblo, que se puede resumir en la afirmación *“Del Derecho natural a los derechos Naturales”*. Elías Díaz no olvida subrayar la su significativo protagonismo en la aportación de *“Cuadernos para el Diálogo”* a la transición a la democracia.

Por su parte, Massimo La Torre establece paralelismos y diferencias entre diferentes visiones del constitucionalismo en *“Constitucionalismo de los antiguos y de los modernos. Constitución y ‘Estado de Excepción’”*. Si el constitucionalismo de los antiguos supone la existencia de un Poder soberano que es acompañado por un cuerpo de reglas encaminadas a limitarlo y racionalizarlo, el constitucionalismo de los modernos propone una reformulación de la tradicional tensión entre Constitución y democracia, desde el momento en que tanto el Derecho como el Estado son el resultado de una iniciativa ciudadana. Frente al constitucionalismo de los antiguos, implicaría el desarrollo del modelo constitucional *“desde arriba”*, el constitucionalismo de los modernos, sugiere que el modelo se desarrolla *“desde abajo”*.

José Manuel Cabra Apalategui se encarga de analizar el contexto filosófico y teórico en el que se desarrollan las primeras manifestaciones de las

teorías de la argumentación jurídica, incidiendo en el rechazo de los presupuestos metodológicos del formalismo jurídico y en la rehabilitación de la filosofía práctica. En efecto, en su trabajo *"Antiformalismo y argumentación jurídica"*, aborda elementos compartidos de las teorías de Viehweg, Perelman y Recasens, subrayando lo problemático de la distinción, asumida por estos autores, entre las dimensiones formal y material del razonamiento jurídico.

La tesis de la neutralidad valorativa en la Teoría del Derecho es defendida por Roberto M. Jiménez Cano en *"¿Puede la Teoría del Derecho estar libre de valores?"*. Para ello, desarrolla una argumentación en tres estadios. En primer lugar, se trata, el significado de su formulación clásica en la teoría del Derecho de los siglos XIX y XX. Posteriormente se examinan las críticas hacia la formulación clásica que tienen como punto de mira el papel de los valores epistémicos. El trabajo termina analizando la actual discusión en el seno de la teoría jurídica, se acometerá el rol de los valores prácticos y la cuestión de si es posible o no seguir manteniendo la tesis de que la teoría del Derecho puede quedar libre de valores morales y políticos.

La idea de solidaridad es abordada por Manuel Salguero en su trabajo *"La solidaridad y sus paradojas"*, en donde se examinan los diferentes registros históricos de la idea de solidaridad y se destacan los rasgos principales de la acción voluntaria en nuestros días. El autor propugna un modelo de solidaridad enraizado en la tradición ilustrada, comprometido con la justicia social y orientado a la realización efectiva de los derechos humanos.

Óscar Celador, en trabajo *"Los derechos y libertades de los inmigrantes en el modelo estadounidense. A propósito de la Arizona Immigration Law SB 1070"*, analiza las principales políticas públicas y la legislación estadounidense en el contexto migratorio, con el objeto de determinar cuáles son sus principales virtudes y lagunas. En particular, centra su estudio en los motivos que han impulsado al legislador de Arizona a aprobar una ley que criminaliza la inmigración ilegal, intentando identificar cuáles han sido los argumentos utilizados por el gobierno federal para recurrir su ejecución, y por qué motivos ha sido suspendida cautelarmente la aplicación de la norma de Arizona.

El objetivo del artículo de Jesús García Cívico, *"¿Qué es un indicador de derechos humanos y cómo se utiliza?"*, es ofrecer una visión general de la investigación de derechos humanos con indicadores. Para ello, el autor analiza el concepto de indicador explicando qué lugar ocupa en el ámbito jurídico y sobre todo qué son los indicadores de derechos humanos. Tras referirse a la génesis de la investigación de derechos humanos con indicadores, el trabajo aborda

las dificultades generales en relación con el concepto y la metodología, proponiendo mejorar numerosos aspectos metodológicos en el desafío de promover mejores métodos para evaluar la efectividad los derechos humanos.

Como es sabido, la línea referida a los derechos de la discapacidad es una de las que más energías y dedicación están concentrando en el seno del Instituto Bartolomé de las Casas. Precisamente, Patricia Cuenca en su trabajo sobre "*La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Ordenamiento jurídico español*", afirma que este precepto supone un cambio fundamental en el tratamiento de la capacidad jurídica que permitirá a las personas con discapacidad acceder al ejercicio de los derechos humanos en condiciones de igualdad con los demás ciudadanos. Desde ese punto de vista, la adaptación de la legislación española a este novedoso tratamiento exige una reforma profunda del sistema de incapacitación vigente y de sus instituciones básicas.

Cerramos la sección de artículos con el de Silvina Ribotta, "*Necesidades, igualdad y justicia. Construyendo una propuesta igualitaria de necesidades básicas*", en el que ofrece una propuesta de necesidades y una clasificación de las mismas, partiendo de la importancia de la teoría de las necesidades para la Filosofía del Derecho y para la construcción de un modelo de Derecho. Así, se subraya que discutir sobre las necesidades debería ser una prioridad de las teorías de la justicia, vinculando estrechamente la idea de igualdad con la de necesidades y viendo en éstas unas muy buenas razones para fundamentar derechos.

Quiero terminar esta nota introductoria recordando que con este número cumplimos 10 números de la nueva época de *Derechos y Libertades*, inaugurada con el n° 14 publicado en enero de 2006. Durante este tiempo hemos intentado que la revista se situara entre aquellas que pueden constituir las referencias principales en materia de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos. En este sentido, la revista se ha ido adecuando a los criterios de calidad establecidos y aceptados por la comunidad científica. En estos momentos, cumple los 33 criterios del catálogo Latindex y ocupa el primer lugar en el índice de impacto (2009) del IN-RECJ (Filosofía del Derecho). Todo ello nos permite estar satisfechos por el trabajo desarrollado hasta este momento y perseverar en la tarea de mantener a *Derechos y Libertades* entre las revistas más valoradas en el ámbito iusfilosófico.

GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ

ARTÍCULOS

LA FILOSOFÍA JURÍDICA-POLÍTICA DE JOAQUÍN RUIZ GIMÉNEZ

JOAQUIN RUIZ GIMENEZ'S LEGAL-POLITICAL PHILOSOPHY

ELÍAS DÍAZ

Universidad Autónoma de Madrid

Fecha de recepción: 26-05-10

Fecha de aceptación: 19-09-10

Resumen: *Este artículo analiza la trayectoria intelectual de Joaquín Ruiz Giménez. El autor señala los principales datos biográficos y explica la evolución democrática de sus convicciones. Las coordenadas de su pensamiento –cristianismo y iusnaturalismo– fueron modulándose con el tiempo. Algo que el autor del artículo sintetiza en el lema “Del Derecho natural a los derechos naturales.” También se señala la relevancia de Ruiz Giménez en la fundación de la revista “Cuadernos para el diálogo” y su obra como primer Defensor del Pueblo.*

Abstract: *This article analyzes the intellectual biography of Joaquin Ruiz Giménez. The author explains the basic biographical details and also the democratic evolution of his convictions. The central themes of his thinking –Christianity and iusnaturalism– were lessened during the years. Something that the author of the article summarizes in the slogan “From natural Law to the natural rights”. The article exposes as well the relevance of Ruiz Giménez in the foundation of “Cuadernos para el Dialogo” review and his work as the first Spanish Ombudsman.*

Palabras clave: Filosofía del Derecho, derechos humanos, historia del pensamiento español, democracia

Keywords: legal philosophy, human rights, history of Spanish thinking, democracy

En frecuentes ocasiones de hablar de Joaquín Ruiz Giménez en éstos últimos tiempos, tras su fallecimiento el 27 de agosto de 2009, he comenzado

yo por evocar lo que otro gran maestro y amigo, el también iusfilósofo Norberto Bobbio aducía creo que en su obra *De senectute*: que a una cierta edad, con el paso del tiempo, “importan más los afectos que los conceptos”. Yo suelo añadir que tal vez a cualquier edad ocurre eso, que en el fondo los afectos cuentan más que los conceptos. Y que, en cualquier caso, no hay porqué disociar ambos (razón y pasión, ciencia y conciencia), sino que más bien los dos unidos resultan imprescindibles en una vida verdaderamente humana.

Que don Joaquín (así le llamamos siempre) era un hombre de afectos, nadie que le conociera lo pondría en cuestión: hombre afectivo y afectuoso, con sus grandes y envolventes abrazos, tímido, bondadoso en extremo, generoso y honrado (“a carta cabal” como se decía entonces), pacífico e integrador, se hacía querer y admirar. Que Ruiz Giménez fuese a la vez, por mantener esa dicotomía y a similar nivel un hombre de conceptos, ciencia y filosofía, es algo que, en cambio, se le debate más. Tuvo a lo largo de su vida gran actividad pública con protagonismo político, así como muy destacado ejercicio profesional de la abogacía, lo cual –eso y más– limitó sin duda sus potencialidades no tanto las docentes como las de investigador (aunque también ayudaran positivamente en ellas) en cuanto catedrático de Filosofía del Derecho en las Universidades de Salamanca (1956-1960) y Complutense de Madrid, desde 1960 hasta su jubilación como tal en 1983. No llevó a cabo ahí una estricta obra sistemática rigurosamente científica, ni quizás se preocupó en exceso por la depuración técnica de conceptos y metodologías. Su filosofía del derecho, su filosofía jurídico-política, hay que buscarla más, como veremos, por ese lado de la conexión teoría-praxis y siempre, de manera creciente en su evolución, con un carácter fragmentario como son, por ejemplo, sus artículos y editoriales en “Cuadernos para el diálogo”.

Con esas precisiones y advertencias estimo que bien merece figurar Joaquín Ruiz Giménez en una historia intelectual (también en una historia política) de la España contemporánea. En ese concepto lo incluía en mi libro de 2009 que señala algunos de los hitos de esa historia en una vía plural que iría de la “Institución Libre de Enseñanza” (1876) a la Constitución de 1978. Y la justificación fundamental, aunque no única, de todo ello, era precisamente el significado de su gran labor personal como iusfilósofo pero, sobre todo, unido a ello, su indudable mérito como eficaz aglutinante e impulsor de las gentes e ideas que configuraron la revista y casa editora

que fue de 1963 a 1976 “Cuadernos para el Diálogo”. Allí en esos trece años de puntual salida mensual y en los centenares de libros y folletos editados está buena parte de la cultura plural y del pensamiento político que enlazaría con la preexistente oposición a la dictadura y sin la cual no se entiende del todo la cultura política de la transición, ni la posterior construcción de la democracia en nuestro país. En las listas de quienes colaboraron en/con “Cuadernos para el Diálogo” están no pocos de los que serían después futuros protagonistas de ella y de la elaboración, como digo, de la propia Constitución.

Pero asimismo alegraría, ahora en este ámbito académico y de manera más concreta y específica, el apoyo personal e institucional que desde su cátedra proporcionaría Ruiz Giménez para la renovación en plurales perspectivas de la filosofía jurídico-política en la Universidad española de aquellos años, como saben muy bien los hoy profesores y estudiosos que lo vivieron de cerca. Quienes entonces éramos sus jóvenes adjuntos pudimos así ocuparnos de indagar y publicar, por ejemplo, sobre un aquí inexistente Estado de Derecho (el autor de estas líneas, postulando un Estado democrático de Derecho) o, con las mismas ausencias, sobre los derechos humanos, Gregorio Peces-Barba quien andando el tiempo sería, en representación del PSOE, uno de los “padres” de la Constitución. Pienso que no poco de ello iba por entonces influyendo cada vez más en el propio Ruiz Giménez. El grupo (más que una “escuela”) lo fue de carácter interactivo, también con influencia desde abajo hacia arriba. Como también lo harían las, entre otras, muy valiosas tesis doctorales realizadas en el marco de su cátedra por Francisco Laporta, Emilio Lamo de Espinosa, Virgilio Zapatero, Eusebio Fernández y Manuel Núñez Encabo, sobre intelectuales de la “Institución Libre de Enseñanza”, algunos de ellos (Julián Besteiro y Fernando de los Ríos), a su vez, destacados exponentes socialistas.

En ese contexto histórico y personal es en el que situaría yo aquí esta rememoración, sujeta a críticas y debates, sobre las aportaciones de aquél tanto las propiamente individuales como la parte de las colectivas por él propiciadas. No me corresponde entrar aquí en las de carácter más específicamente jurídico como profesional de la abogacía ni en sus defensas de destacados procesados políticos y sindicalistas durante todo este tiempo de la vida pública de nuestro país. Pero todo ello tampoco carecería de interés para la ciencia jurídica y la coherente crítica ética de sus presupuestos normativos válidos y positivos.

1. DE MEMORIAS INTELECTUALES Y POLÍTICAS

Conocí personalmente a Joaquín Ruiz Giménez en la primavera de 1956 cuando, escasas semanas después de ser destituido por Franco como ministro de Educación, se reincorporó a sus tareas docentes en la Universidad de Salamanca todavía dentro de ese curso 1955-56. Allí es donde, tras graduarme ese mismo año, comencé yo enseguida a colaborar con él, luego (en 1960) en la Universidad de Madrid, como ayudante en su cátedra de Filosofía del Derecho. Desde entonces (¡hace ya más de cincuenta años!), fue creciendo esa relación como maestro y amigo con cierta cercana e intensa asiduidad, mucho más en unas épocas que en otras, a lo largo de todo este incitante y complicado tiempo nuestro en el que, junto a otras cosas, se fueron acrecentando las vías de oposición para la transición de la dictadura a la democracia.

Cuando con tal perspectiva me pongo a escribir (y ahora revisar, pues proceden finalmente de ese mencionado libro mío y de trabajos anteriores) las actuales páginas, evocando y asumiendo desde este final esa dilatada experiencia, me complace poder comprobar y concluir con bastante certeza que, en su trayectoria vital, en su circunstancia histórica, respecto de la conformación de su carácter y su criterio, en la convicción y adaptabilidad de sus principios, Ruiz Giménez –esta es mi explícita conclusión– ha sido un hombre que fue siempre a más, que fue siempre a mejor, a mucho mejor. Hago aquí esta “medición” cualitativa desde valores –algunos, los más personales, presentes en él desde el principio– como los de solidaridad, dignidad humana, conciencia moral de la igualdad y la libertad, comprensión hacia los otros, movilización incansable y esperanzada en favor de todo ello que, en su evolución posterior, lo serían ya con plena coherencia para la consecución y fortalecimiento, en sus raíces individuales y colectivas, de una sociedad y de unas instituciones en vías realmente democráticas. Su criterio se ha construido en el diálogo, la generosidad y el profundo respeto a los demás. Hombre de profundas convicciones, incluso de utopías racionales, fue por entero consecuente con sus principios éticos pero, realista a la vez (Kant, Mill y Weber), sin olvidarse nunca ni despreciar para nada las efectivas consecuencias que pudieran producirse sobre los hombres y mujeres individuales, sobre la circunstancia social en la que aquellos operan.

Hablando de Joaquín Ruiz Giménez, es ineludible comenzar afrontando algo que todos sabemos: la profunda y perseverante presencia de la religión, de la fe cristiana, en su biografía, en sus actividades y escritos, su muy since-

ra y arraigada religiosidad. Pero yo discreparía enseguida de ciertas reducciones casi fideistas que en algún momento él haya podido propiciar sobre sí mismo. Así, cuando en una relevante e interesante entrevista de finales de los años sesenta¹ concedía aquél acerca de sus religiosas dependencias: “debo reconocer que, efectivamente, de no ser por mi fe yo sería un burgués de la *dolce vita*, o de lo que fuere. Para mí –añade– sería mucho más cómodo, e incluso me lo podría autojustificar –y entonces si que sería un opio de mi mismo–, mantenerme alejado de todo compromiso y de toda lucha social y política”. No me lo creo, ni creo (con perdón) que él se lo creyera: con religión o sin ella (y sus variantes entre una y otra), no veo de ningún modo a don Joaquín en esa supuesta vida disipada y frívola, mucho menos aún (porque en lo anterior me parece que exagera) desentendiéndose, displicente, ante las injusticias, las arbitrariedades y los abusos de poder, de los poderes, desoyendo insensible las peticiones de ayuda, de solidaridad, que las gentes, sobre todo las pobres gentes, pudieran dirigirle. No creo, como dice, que él eso se lo pudiera autojustificar.

Pero en esa misma indagadora entrevista se identifica mucho mejor poniéndolo en positivo y reenviando además de modo explícito a las dos dimensiones religiosa y secular que, sin plantearse posibles conflictos entre una y otra, le valen a él como fundamento de su sistema de valores. Decía allí Ruiz Giménez: “Mi primer motor es una exigencia de fidelidad a mi fe cristiana. Y mi fe cristiana me exige, por encima de todo, luchar contra la injusticia, la opresión y la alienación en que viven millones de hombres en el mundo. Ese es mi principal motor. En segundo lugar –señala enseguida el profesor de Filosofía del Derecho en esos años sesenta– mi enorme vocación jurídica a través de mi ocupación universitaria. Yo tengo que enseñar, todos los días del año, la teoría de la justicia, la existencia de derechos humanos, la idea de una comunidad de hombres libres y solidarios. ¿Cómo podría enseñar todo eso, si no tratara, al mismo tiempo, de vivirlo? Me sentiría terriblemente hipócrita frente a mis alumnos”. “Y frente a sí mismo”, le aduce con razón el entrevistador: “Y frente a mí mismo”, confirma seguro Joaquín Ruiz Giménez. No era nuestro hombre de los que elaboran su ética teórica a espaldas de su ética práctica. Así, la conciencia, que en él es a su vez conciencia cristiana, se erige en su concepción como criterio básico, sustancial, para la construcción de la ética.

¹ S. PANIKER, *Conversaciones en Madrid*, Editorial Kairós, Barcelona, 1969.

Y en el paso desde esta perspectiva más subjetiva y personal a otra con mayores exigencias de objetividad, incluso de universalidad, se constata con aún mayor claridad en la evolución intelectual, filosófica, de aquél esa misma superación del riesgo “fideista” que estaría siempre acechando en idearios donde la religión juega un papel tan principal. Veámoslo muy gráficamente: la primera edición, 1945, de su manual universitario, llevaba como título el de *Introducción elemental a la filosofía jurídica cristiana*; la segunda edición revisada, 1960, se delimitaba ya únicamente, y de ello se daban buenas explicaciones en sus páginas, como *Introducción a la filosofía jurídica*. No es que de 1945 a 1960 Joaquín Ruiz Giménez hubiera dejado de ser cristiano; al contrario, quizás lo era ahora más auténticamente: y por ello, por no confundir ámbitos diferentes, prefería no hablar de “filosofía jurídica cristiana”; como años después, y por similares razones, se resistirá a adoptar, en otro orden de cosas, el rótulo de “democracia cristiana”. Lo que hubo, no se olvide, es que en medio de aquellas dos fechas estuvieron las internas experiencias críticas de sus años italianos como embajador ante el Vaticano (1948-1951), como ministro de Educación (1951-1956) y como catedrático en Salamanca (1956-1960), etapas todas ellas –de la última, inicial mía, yo mismo puedo servir de modo directo y personal como testigo– sobre las que él siempre ha insistido fueron decisivas para las profundas transformaciones de su pensamiento y de sus actitudes.

Desde entonces, y hasta siempre, las categorías y dimensiones que van a ir en él abriéndose paso a paso camino y fortaleciéndose serán las de su identificación con la conciencia y razón de la modernidad, la tolerancia, el pluralismo, los derechos humanos, la filosofía política de ese carácter liberal y realmente democrática. En los inicios de los años sesenta, ya en la Universidad de Madrid (Gregorio Peces Barba se incorporaría enseguida como profesor ayudante), la prosecución y ahondamiento de todo ello va a conducirlo de modo consecuente a un talante religioso en plena identificación –siempre él eclesial, para bien y para menos bien (anotaría yo)– con el espíritu renovador del Papa Juan XXIII y el Concilio Vaticano II. Y a partir de ahí, pero en una dimensión más amplia y secular, más allá de esos límites, a la preparación y, después, aparición en 1963 de *Cuadernos para el Diálogo*, obra colectiva, pieza clave, junto a otras y junto a otros diferentes colaboradores, para esa movilización social y política, también religiosa y cultural, que impregnó la sociedad española y fue, a mi juicio, decisiva para la democracia en nuestro país.

Los escritos allí publicados por Joaquín Ruiz Giménez entre 1963 y 1976, fecha en que aquella concluiría como revista mensual de estudio y reflexión

crítica (como semanario apareció todavía entre 1976 y 1978), están recogidos en los dos gruesos volúmenes editados en 1985 por el Centro de Estudios Constitucionales bajo el rótulo de *El camino hacia la democracia*. Este proyecto se había puesto en marcha por el autor de estas líneas en 1983, siendo entonces director de dicho Centro, como homenaje a nuestro maestro y amigo en la fecha de su setenta cumpleaños y de su jubilación universitaria. La realización efectiva de tal tarea, de reconocimiento y recopilación de dichos escritos, de ordenación de la cronología y situación explicativa de los principales de ellos, amén de varios relevantes estudios y una importante entrevista sobre el pensamiento de aquél, fue llevada felizmente a cabo por un valioso equipo del Instituto “Fe y Secularidad” –destacaría desde mi perspectiva las aportaciones de José Antonio Gimbernat y Teresa Rodríguez de Lecea– y cuyo Director Académico, José Gómez Caffarena, fue el autor de la Presentación general de la obra.

Estos escritos de Ruiz Giménez son fundamentales, como también los de otros numerosos y diferentes colaboradores de *Cuadernos para el Diálogo* (y de otras publicaciones, por supuesto), a modo de un ensayo general del pluralismo democrático, para un necesario entendimiento de fondo del contexto social, político, jurídico, cultural, en que –hay que insistir en ello– iría gestándose críticamente la que luego sería la transición a la democracia en nuestro país. Esta fue obra más colectiva y plural, no mero resultado de unas u otras acciones personalistas: reenviaría sobre ello a mi trabajo “Las ideologías de (sobre) la transición”. Tenemos ya, por lo demás, sobre *Cuadernos para el Diálogo* la excelente tesis doctoral de Javier Muñoz Soro –primer estudio de fondo sobre la historia y los contenidos principales de la revista– que ha venido por fortuna, es decir por su esfuerzo y capacidad, a introducir no poca luz sobre estas y otros conexas cuestiones².

² Dicha tesis doctoral, revisada, *Cuadernos para el Diálogo. Una historia cultural del segundo franquismo*, ha sido publicada (con un breve Prólogo mío) por Marcial Pons Historia, Madrid, 2006. Últimamente, con posterioridad a su fallecimiento y destacando más las connotaciones demócrata-cristianas, se ha publicado el libro (asimismo en su origen tesis doctoral) de María Paz Pando Ballesteros, *Ruiz Giménez y Cuadernos para el Diálogo. Historia de una vida y de una revista*, Salamanca, Librería Cervantes, 2009. En la vida interna y externa de dicha revista suelo yo diferenciar dos grandes etapas: una primera, la más genuina y coherente, así la veía también Ruiz-Giménez, de 1963 a 1969 (estado de excepción) y una segunda (1969-1976) con crisis y tensiones internas –como la derivada del golpe, en septiembre de 1973, contra el gobierno democrático de Salvador Allende en Chile– que reencontrarían la básica y fundamental concordia, tras la muerte de Franco, con el proyecto común y plural de la transición y la Constitución democrática.

Desde otra dimensión, junto a la política, aunque complementaria de ella y que yo quiero destacar aquí de manera muy especial, esos escritos de Joaquín Ruiz Giménez son asimismo importantes –yo diría que potencialmente “germinales”– para la reconstrucción de la fragmentaria y menos conocida y reconocida filosofía jurídica del catedrático de la Universidad de Madrid en esos decisivos años de 1963 a 1976. En estos dos volúmenes a través de las críticas a unas u otras manifestaciones concretas de la legalidad del Estado franquista, de su Derecho positivo, y, en la medida de lo materialmente posible, también a su (carencia de) legitimidad, hay a mi juicio –es necesario llamar la atención sobre ello– formulaciones, argumentaciones y tomas de posición muy atendibles y valiosas sobre buena parte de los principales temas que preocupan y deben preocupar a la Filosofía del Derecho de nuestro tiempo. A diferencia de algún más refinado distanciamiento iusfilosófico actual, hay allí una mucha mayor proximidad con los problemas reales de la colectividad y con la *praxis* política y el compromiso ético personal e intelectual. Ruiz Giménez “*taking rights seriously*”. En su bibliografía y en su biografía académica constituyen, pues, estos escritos de “Cuadernos” una continuidad siempre en los fundamentos (cristianismo y iusnaturalismo) pero con muy profundos y decisivos cambios de contenido, de problemas y de respuestas concretas, (de carácter, yo diría, más ilustrado y democrático) respecto de aquel mencionado texto (manual) universitario de 1960.

Dentro de su filosofía jurídica y de su genérica conformidad con la concepción iusnaturalista, o con aspectos de una u otra de sus manifestaciones, suelo yo sintetizar el sentido de la progresiva evolución de Ruiz Giménez con el lema “Del Derecho natural a los derechos naturales”. Es decir como paso decisivo, no sin algún viejo residuo, desde un iusnaturalismo de carácter más teológico (escolástico-medieval) con primacía en la idea de orden –de todos modos tal ideario nunca por él dogmático o estrechamente entendido– hacia un iusnaturalismo de fundamento más racional (Ilustración y modernidad) con primacía de los derechos humanos que derivan de la igual dignidad humana, del respeto a la libertad de la conciencia y de la solidaridad universal. El paso, en términos más filosóficos, desde un medieval iusnaturalismo ontológico (el Derecho natural define el Derecho positivo) a un moderno iusnaturalismo deontológico (el Derecho natural valora la justicia o injusticia del Derecho positivo).

Así, cuando se le preguntaba “¿Sigue usted creyendo en el Derecho Natural?”, recordemos como contestaba aquél en 1969 en términos que siguen

siendo muy significativos de su actitud más consistente³: “Creo que existen unos valores fundados en el sentido de la dignidad del hombre, en el sentido de la igualdad de todos los hombres. Lo que no creo –añade– es que el Derecho Natural sea una especie de código hecho de una vez para siempre. No fue esta la visión clásica –se ampara Ruiz Giménez–, ni es hoy posible sostenerla. Pero hay unas exigencias éticas humanas que piden ser cumplidas por el Derecho: si a ese Derecho se le quiere seguir llamando Natural, por mí –admite aquel– que se le llame así. Lo que importa son esas exigencias humanas, ese orden objetivo de valores. Si no –pregunta–, ¿qué sentido tendrían las declaraciones de los Derechos Humanos hoy vigentes?”. Pero contesta bien el examinando-entrevistador Paniker: “son libertades adquiridas” (más bien “conquistadas” precisaría yo, insistiendo en cualquier caso en el alto, altísimo, coste de tal “adquisición”). Y concluye el profesor Ruiz Giménez con algo que me parece de la mayor importancia, haciendo resaltar que esas libertades adquiridas “responden no a un acto formal de un legislador, sino a un reflejo de un nivel de la *conciencia colectiva de la humanidad*. Yo creo –afirma– en una *dinámica de la conciencia humana*. Si usted mira la declaración de los Derechos Humanos de 1948, ya le parecerá muy sobrepasada “(las cursivas, casi innecesarias, son mías para mejor reenlazar con lo que viene a continuación).

Proceso de afirmación, pues, del valor fundamental de la conciencia individual, de la autonomía moral, como cualidad insuprimible e irrenunciable de la dignidad humana, de todos los seres humanos por igual, en libertad y solidaridad. Y a su vez, carácter dinámico, abierto en el tiempo, de esa conciencia que, como conciencia colectiva de la humanidad cuya mejor y más auténtica expresión se hace a través de las vías democráticas. Por tanto, que sin “entificación de lo colectivo”, sin transpersonalismos comunitarios, avanza reivindicando en la historia las exigencias éticas que, muchas veces sólo con grandes esfuerzos y luchas sociales, se van logrando reconocer e institucionalizar como derechos humanos, efectivamente protegidos y convertidos en realidad. Ante la importancia y solidez de tales propuestas, asumibles desde diferentes, plurales, concepciones, en cierto modo decae, pasa a un muy segundo plano (no digo que desaparezca) la cuestión más tradicionalmente filosófica, en ocasiones parece que es casi únicamente semántica, académica o gremial, de saber si a todo eso, como hacen los iusnaturalistas, se le puede o se le debe llamar Derecho natural: o, como preferimos otros, ética racional.

³ S. PANIKER, *Conversaciones en Madrid*, ya antes citadas.

Como hemos visto, Ruiz Giménez no pondría excesivos reparos a ello. Pero es verdad que, con tal concesión, don Joaquín se aleja y se separa de los suyos, que –oponiéndonos a tal rótulo– tampoco son, somos, reductivos o excluyentes iuspositivistas. Pensamos con Bobbio que el Derecho natural ni es Derecho (sino ética) ni es natural (sino histórico) pero –ya con menos ayudas de Bobbio– que los valores históricos –cognoscitivismo– algo más tienen que ver con la razón. En cualquier caso, aquél se nos hace así “amigo” de “enemigos” (en otros lugares he hablado y escrito, “en broma y en serio”, acerca de esa peculiar –nada schmittiana– dialéctica ruizgimeniana), que son iusnaturalistas y dogmáticos apologetas de un Derecho Natural realmente contrario, o muy limitativo, de los derechos naturales (derechos humanos o fundamentales), como asimismo de la democracia y de la libertad. Con ellos Ruiz Giménez no tiene nada que ver. No puede negarse, de todos modos, que todo eso, esa utilización, también puede darse con otros rótulos, en otras teorías, en otras familias incluso en las mejores, aunque me parece que con menor frecuencia y contundencia. Desde luego, el positivismo es, y ha sido, casi siempre, más liberal; y aún más allá de liberal, incluso en el mejor sentido de este, podría serlo de orientación socialdemocrática como suelen ser las críticas y autocríticas no iusnaturalistas derivadas del buen positivismo incluyente: no tanto del que excluye toda racionalidad a los juicios de valor. Hay base, pues, para proseguir el debate, también –como se ve– tomando a Ruiz-Giménez como “pretexto”.

Pero por todo ello, por razones de coherencia, y a propósito de tal tradicional denominación de la que yo disiento, no quiero perder la ocasión (¡no hay muchas!) para criticar con cariño pero con severidad al “viejo maestro” por incurrir, como buen iusnaturalista, en el pecado que, con razón, se condena en la famosa falacia: el de llevar a la confusión, a la no suficiente diferenciación, entre el ser y el deber ser, entre los hechos y los valores. Otra cosa, pero no entro aquí en ello, es que algunos de los jueces de tal falacia, por evitar tal fusión y confusión, puedan a su vez ser criticados por producir y propugnar, o simular, la total separación, ruptura y escisión entre esos dos sectores –fáctico y valorativo– de la entera realidad. Pero es verdad que el iusfilósofo Ruiz Giménez también cometía tal pecado de iusnaturalismo incluso, contumaz, en la solemne ocasión de su jubilación cuando, rodeado de todos sus discípulos, nos dió –así la presentó él– su *Primera y última lección*⁴. No era su primera, ni tampoco su última lección; había ha-

bido antes y hubo después muchísimas más; pero él quería así remarcar la radical relevancia de la cuestión allí planteada.

Relevancia, sin duda, emotiva y racional, en ese texto de su última clase universitaria oficial. Pero, como digo, también estaba en ella la tal falacia iusnaturalista de la que no hay más remedio que discrepar. Nos decía allí nuestro Ruiz Giménez (las escasas pero significativas cursivas son, por supuesto, mías): “En los últimos días de mis clases ordinarias, os recordaba, mis jóvenes alumnos y mis amigos que el Derecho *debe* contribuir a encauzar los impulsos de agresividad que llevamos dentro, y a los que contribuyen, en gran medida, las circunstancias objetivas o las estructuras en las que vivimos. El Derecho –seguía aquél y concuerdo plenamente con él– *ha de* abatir fronteras, eliminar factores de discriminación o desigualdad. Sólo así el Derecho será el auténtico ámbito de la libertad para todos los seres humanos. Sin ese respeto a la libertad de las personas, a la capacidad de despliegue de la personalidad humana –concluye Ruiz Giménez, metiéndose ya de lleno en las confusas redes del iusnaturalismo ontológico– *no hay propiamente Derecho* en una Comunidad, sino meras pautas mecánicas de existencia colectiva, fruto del Poder. El Derecho, hemos repetido muchas veces, necesita –sigue aquél– del Poder. Un Derecho sin Poder es algo inerte, dolorosamente ineficaz para encauzar la vida colectiva; pero un Poder sin sujeción al Derecho –y vuelvo, felizmente, a estar en total acuerdo con él y los dos con el Estado de Derecho– es la gran *tragedia* para cualquier colectividad humana”. Lo que ocurre, don Joaquín –le recordaba yo en aquella ocasión– es que el Derecho injusto (Stalin, Hitler, Mussolini, Franco, Pinochet...) también es y ha sido, por desgracia, Derecho: no Derecho nulo sino Derecho válido, el que valía allí para resolver los conflictos, tomado a su vez como tal por jueces, abogados, ciudadanos (súbditos) y hasta los propios docentes universitarios.

Pero, más allá de estas no inocuas disidencias, a pesar del iusnaturalismo, recuperemos lo que es sin duda más decisivo y radical, lo que nos es más común, desde una u otra posición, desde una u otra conceptualización: la defensa y potenciación de la autonomía moral, de la conciencia crítica, del diálogo, de los valores de libertad, igualdad y solidaridad que dan sentido y fuerza a los derechos humanos, a la democracia, al Estado de Derecho. De manera muy especial por sus decisivas implicaciones y consecuencias en la

⁴ Publicada en la *Revista de la Facultad de Derecho* de la Universidad Complutense de Madrid, núm. 71, 1983.

España de todos estos difíciles y complejos tiempos de finales del franquismo y comienzos de la democracia.

Precisamente en razón de esa historia, de esas coincidencias y de sus valimientos, muchos, al menos muchos de sus amigos, yo también, nos sentimos andando el tiempo un poco culpables ante él. Le queríamos, le admirábamos, pero en 1977, en las primeras elecciones generales, cuando al fin llegó la democracia por la que Ruiz Giménez tanto había trabajado, no le votamos, no podíamos votar su lista electoral, opción demócrata-cristiana, a la que en contradicción interna y por fidelidades personales se dejó entonces arrastrar. Algunos de aquellos amigos suyos pasaron al centro democrático (UCD), pero la mayoría –creo– estábamos ya, o desde tiempos atrás, en las opciones socialistas, ante las que él se retraía con simpatía y quizás, paradójicamente, por excesivo respeto y pudor histórico y personal. En algún momento anterior incluso habría escrito que “estuve a punto de dar un paso hacia el socialismo renovado”. Se produjo, pues, en esas elecciones –así se ha escrito– su “fracaso”, su “naufragio” político. Pero nuestro hombre, que siempre en su vida supo ir a mejor, también entonces respondió muy bien: “No me ha venido mal el *naufragio* –sentenció–. Me ha permitido volver a actuar en algo que es para mí muy importante: la superación de las fronteras partidistas. Me parece interesante contribuir a estimular lo que une, más que lo que separa. A mi –confiesa– me cuesta mucho eso de la disciplina de voto dentro de un partido. No depender de ningún partido es algo que me va más”. Pero –anoto yo– el indisciplinado Ruiz-Giménez hubiera también podido contribuir a romper alguna de esas injustificadas y dogmáticas disciplinas.

Fuera de esa acción política de primera línea, parlamentaria, ejecutiva, partidaria, luego vinieron para él los tiempos de Defensor del Pueblo (1982-1987), con el triste e injusto final de su no renovación en 1988, evento sobre el cual otros buenos conocedores del “tema” como Virgilio Zapatero han escrito con sinceridad y generosidad⁵. Y, enseguida, Presidente en España de Unicef desde 1988, acerca de cuya labor eficaz también sería necesaria una más detenida y profunda consideración: siempre se dolió aquél de que entre los poderosos del mundo (gobierno y sociedades) no hubiera mayor entrega, dedica-

⁵ Así lo ha hecho, en efecto, Virgilio Zapatero quien, como Ministro para las Relaciones con las Cortes, fue –“amargo trance”– el encargado de comunicarle el relevo dándole razones que –reconoce– “carecían de fundamento”: *Sin explicación convincente* se titulaba su artículo en la obra colectiva, *La fuerza del diálogo. Homenaje a Joaquín Ruiz-Giménez* (Madrid, Alianza Editorial, 1997), pp. 259-262.

ción e interés hacia la terrible situación de la infancia en un mundo como el actual regido con mano férrea por el libremercado y la competitividad. El cristiano Ruiz-Giménez siempre se sintió distante del nacional-catolicismo propio de la era franquista pero también, tiempo después, respecto del fundamentalismo teocrático (y del tecnocrático) que se expresa con fuerza en nuestros días a través de la coalición global entre neocons y teocons.

En función de todo ello, de esa su actitud política, concordaría así aquél en la necesidad imprescindible de trabajar en y desde las instituciones, desde luego, pues es mucho lo que hay que hacer allí: recuperar y reconstruir las funciones fundamentales del Parlamento, luchar contra la corrupción, modernizar más la Administración, democratizar y abrir a los ciudadanos, y no sólo a los militantes, la participación y la toma de decisiones en los partidos políticos, liberar de sí mismo al poder judicial, etc. Pero no es menor y menos radical la tarea que, cada vez con mayor conciencia de su necesidad y utilidad, se exige impulsar en y desde la propia sociedad: nuevos y menos nuevos movimientos sociales, organizaciones no gubernamentales, nacionales y transnacionales, acción del voluntariado, etc. Quizás más identificado finalmente con estas, como es común en tantos otros hombres del mundo de la cultura y del pensamiento, Joaquín Ruiz Giménez, estimulando más lo que une, seguía no obstante insistiendo a su vez en la ineludibilidad del trabajo político, jurídico, institucional. Es difícil pero imprescindible superar las crecientes incomunicaciones entre ambas, las mutuas impenetrabilidades entre instituciones jurídico-políticas y sociedad civil o movimientos sociales. Yo suelo hablar de homogeneidad crítica entre ambas. Todo es poco para avanzar en la transformación de fondo de las condiciones reales, sociales y personales, desde esos valores de libertad, igualdad, solidaridad, en definitiva de verdadera dignidad para todos los seres humanos. En esa, permítaseme, filosofía jurídica y política (también ética) es donde siempre era posible encontrarnos con nuestro buen maestro y amigo.

Las anteriores críticas al iusnaturalismo de Joaquín Ruiz Giménez, incluso a las implicaciones políticas de sus primeras etapas (en 1956, fecha de su cese como ministro, aquél estaba en los cuarenta y tres años de edad), venían asumidas en la *laudatio* doctoral mía a aquel, en 2000 en su investidura como Doctor *Honoris Causa* por la Universidad Autónoma de Madrid. En tal situación, que recupero aquí, se resaltaban como ineludibles e imprescindibles los recuerdos personales y sus contrastes, la *memoria* individual y colectiva, el testimonio de lo vivido por cada cual y de lo que no siempre queda constancia escrita. Pero, junto a ello, lo es aún más, desde luego, la *historia*

que exige construirse sobre datos objetivos y del mayor rigor científico. Ambas categorías y dimensiones, memoria e historia, aspiran aquí a entenderse (en los dos sentidos de la palabra) y a coadyuvar a un mejor conocimiento de la realidad pasada y presente: en nuestro caso referida a la realidad (hechos y valores) de la política y la filosofía en la España contemporánea, ahora en concreto sobre pensamientos y actitudes de Joaquín Ruiz Giménez.

Hablando de memoria e historia, es verdad, es un hecho que aquí y ahora en democracia (tras la losa del sectario silencio dictatorial) en este país llamado España se siguen produciendo y propiciando, más en unos momentos que en otros, condiciones objetivas y subjetivas que han dado lugar a un poderoso, nefasto, temor ante las revelaciones de la que algunos no dudan en calificar de amnesia colectiva. Y casi peor que el olvido o la ignorancia es la distorsión, la manipulación, la prostitución de la memoria. Yo no creo que la transición a la democracia se hiciera desde el irresponsable olvido, pero tampoco creo que la memoria y la historia hayan sido respetadas como debieran. Hay mil ejemplos, el más luctuoso e inadmisibles la existencia todavía de muy numerosas y anónimas fosas comunes donde fueron sepultadas, arrojadas, miles y miles de personas asesinadas en aquellos tiempos de la desgraciada guerra incivil. Y esto pertenece también a la gran historia.

Entre nuestras pequeñas historias resituaría yo ahora, reduciendo lógicamente el diapasón para nuestro “tema”, el hecho de que –más allá de legítimas críticas– algunas de las desmemorias o distorsiones de ese reciente pasado han recaído injustamente también sobre la persona y la obra de Joaquín Ruiz Giménez⁶.

⁶ Aduciré una muestra –a mi juicio– de ese olvido y desatención hacia la persona y la obra de Joaquín Ruiz Giménez, así como hacia sus implicaciones en la cultura y política de este país a partir sobre todo de los años sesenta, aunado en este caso a una cómoda y sumisa preferencia por lo foráneo. En 2003, coincidiendo precisamente con sus noventa cumpleaños y los cuarenta de la aparición de “Cuadernos para el Diálogo”, inicié yo con decenas de amigos, colaboradores, discípulos y otros diversos profesionales, la presentación de su candidatura para los Premios Príncipe de Asturias de Ciencias Sociales o, en su defecto, de Humanidades y Comunicación. El primero le fue concedido a Jürgen Habermas (nada que objetar salvo que previsiblemente al filósofo alemán le quedaría bastante más tiempo para legítimamente seguir optando a él) y el segundo a la escritora escocesa J.K. Rowling, creadora del famoso Harry Potter: con todos mis respetos y la devoción –ya lo sé– de tantísimos jóvenes lectores, incluida la de mi propio nieto, fue –creo– una decisión que en tal circunstancia concreta, aquí y ahora, veo muy difícil de justificar. He preferido no saber quienes componían en tal ocasión la correspondiente Comisión de adjudicación: estoy seguro de que serían –como es habitual en dicha Fundación– personas competentes, buenas conocedoras de esos tiempos y para nada enemigas de nuestro candidato. Pero eso fue justamente lo que entonces más me disgustó y lo que ahora me sigue en amplia medida preocupando.

Vínculo a esto el testimonio de nuestro inolvidable amigo y compañero Francisco Tomás y Valiente. Precisamente en la que resultaría ser víspera fatídica de su vil asesinato por ETA, dentro de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, aparecía en el diario “El País”, el martes 13 de febrero de 1996 –el crimen fue, recordemos, en la mañana del día 14–, un artículo suyo, redactado y enviado semanas antes, titulado así, precisamente y de modo escueto, *Don Joaquín*. Estuve muy cerca de la gestación e incitación de este escrito, en no pocas conversaciones y discusiones anteriores con él, pero ya no hubo después tiempo para volver sobre concordancias y discrepancias, que también las había. “Tenemos que hablar” fueron de hecho las últimas, acuciantes, palabras que –al teléfono en nuestros muy cercanos despachos– yo le escuché, que él pronunció, aquella mañana segundos antes de que resonaran los disparos y sobreviniera la tragedia. Hubiéramos hablado de lo que él decía allí pero también de otras cosas que en el fondo tenían no poco que ver con ello.

De todos modos, si evoco yo hoy aquí todo esto es también porque en dicho artículo aquél instaba, casi exigía, y con toda razón, a Ruiz-Giménez para que escribiera sus Memorias. Me consta que, junto a insistentes peticiones anteriores y posteriores de otras gentes, entre las que me incluyo, aquella de Francisco Tomás y Valiente fue determinante para que aquél se pusiera decididamente a la delicada tarea de desempolvar y ordenar sus viejos diarios y nuevos papeles. Estará ahí su complicada biografía: así, como ya he recordado, el más católico embajador ante el Vaticano, el arrepentido colaborador y ex-ministro de Franco (pero sin reacciones de rencor ni resentimiento personal), el inventor, fundador, inspirador y sustentador de “Cuadernos para el Diálogo”, posteriormente el decisivo armonizador de la “Plata-Junta” lograda en la transición por el conjunto de la oposición democrática, más tarde el Defensor del Pueblo y, finalmente, el valedor institucional de la infancia y de los refugiados políticos⁷.

⁷ Mientras tanto, mientras llega la publicación de sus *Memorias*, puede consultarse para esos y otros datos biográficos, junto a otras obras ya citadas, el libro, útil e interesante pero algo desigual, de J. L. GONZÁLEZ-BALADO, *Ruiz Giménez, talante y figura. Trayectoria de un hombre discutido* (Madrid, Ediciones Paulinas, 1989), donde se recoge también el testimonio “no necesariamente elogioso, sino posiblemente crítico” de más de cuarenta “personajes públicos”, dice el autor, entre amigos, colaboradores o que tuvieron alguna relación, incluso muy discrepante, con él.

Sus recuerdos, sus experiencias, su reflexiones contribuirán, sin duda, muy eficazmente a superar esos olvidos e ignorancias pero también, como digo, a evitar no pocas de esas deformaciones y distorsiones a las que estoy haciendo aquí genérica referencia. Una de ellas, realmente muy importante, que silenciaba y falseaba gran parte de la historia de la transición a la democracia en nuestro país –grave de manera muy especial por la extraordinaria e incomprensible difusión concedida por entonces en importantes medios de comunicación– había colmado la indignación que estaba en el aludido trasfondo de este artículo de Tomás y Valiente y era, además, expresamente criticada por él, historiador de profesión con absoluto fundamento y justificación. Tras evocar la trayectoria humana, política y profesional de Ruiz Giménez hasta sus años como Defensor del Pueblo y en la Presidencia española de Unicef, don Joaquín –escribía aquél– “acude a donde le llaman para tareas semejantes, aporta su cordialidad, sufre cuando se le ataca o se le omite, presencia cómo algún director general de Enseñanza Universitaria de los años cincuenta, que escaló después más altas cimas, asume ahora protagonismos póstumos y transitorios bajo apariencia de lejanas convicciones democráticas, y guarda, salvo en contadas ocasiones, un silencio discreto ante lo que ve y oye”.⁸

Ante frecuentes situaciones de ese o similar carácter, hay que seguir peleando, aunque las condiciones no sean siempre muy propicias, para no dejarnos meter de nuevo en otro, como aquel, “tiempo de silencio”. Un silencio ahora diferente pero que en las actuales circunstancias se impone de manera mucho más sibilina y sofisticada en medio del gran estruendo, del inmenso ruido de la aparente comunicación global (con riesgos también de manipulación total) ejercida a través de las nuevas tecnologías y los nuevos, y no tan nuevos, centros de poder que con absoluta impunidad todo lo do-

⁸ Las referencias críticas de Francisco Tomás y Valiente en este artículo –y en nuestras mencionadas conversaciones previas– lo eran, obviamente, al libro por entonces aparecido (y de modo incoherente profusamente difundido) de Pilar y Alfonso Fernández-Miranda, *Lo que el Rey me ha pedido. Torcuato Fernández Miranda y la reforma política*, Barcelona, Plaza y Janés, 1995: un ejemplo explícito de esta concreta distorsión, el resto es silencio, puede encontrarse en la p. 339, nota 2 del cap. IV de la obra. Tuve ocasión de comprobar, dentro de su habitual mesura y discreción, que a Ruiz Giménez también le habrían disgustado seriamente tanto esos olvidos saduceos como el increíble confucionismo mediático posterior. Como base de la personal posición que yo vengo manteniendo ante el trasfondo de estas cuestiones, me permitiría reenviar, entre otros, a mis libros *La transición a la democracia. Claves ideológicas, 1976-1986* (Eudema, Madrid, 1987, especialmente epígrafe 26) y *Ética contra política. Los intelectuales y el poder*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, especialmente el ya citado cap. IV, 3, Las ideologías de (sobre) la transición.

minan, lo trituran y lo distorsionan. Concreta y personalmente de Joaquín Ruiz-Giménez, de “Cuadernos para el Diálogo”, puede decirse que sin él, sin ellos, todo habría sido mucho más difícil y mucho más pobre en todo este tiempo nuestro que intentaba salir de la dictadura y construir en libertad una sociedad más justa y un Estado democrático.⁹

2. FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS, REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS

Y también hay en ellos, en los viejos “Cuadernos”, aportaciones muy válidas y significativas para esa necesaria recuperación, con que se iniciaban estas páginas, respecto de aquellas cuestiones propias de la filosofía jurídica, ética y política. El profesor Liborio Hierro en una, por él así titulada, *Nota demasiado breve sobre lo que la Filosofía del Derecho española debe al profesor Ruiz-Giménez* – nota breve aunque muy enjundiosa, añadiría yo– ha rememorado algunas de aquellas conflictivas y agresivas vicisitudes de nuestra “disciplina” durante el franquismo con el férreo y neurótico caudillaje ejercido en ella por un despótico capo académico del tradicionalismo ultramontano (me refiero al catedrático don Francisco Elías de Tejada y Spínola) acompañado siempre de sus atemorizados y/o aprovechados colegas y acólitos. Como resistencia, casi como mera subsistencia, ante tal situación iba a ir surgiendo en torno precisamente a Ruiz-Giménez el informal “grupo” (más que la “escuela” o “movimiento”) de disidencia intelectual y de reconstrucción iusfilosófica que se configura con la colaboración –recuerda aquel– de sus dos entonces adjuntos, Elías Díaz y Gregorio Peces-Barba, en años que acota, quizás un tanto estrictamente, entre 1963 y 1974¹⁰. Tras los dos adjuntos y con buenas ayudas externas vendrían

⁹ Una amplia y valiosa consideración de sus aportaciones en los diversos ciclos y oficios de su biografía puede encontrarse en la obra colectiva, ya mencionada aquí, *La fuerza del diálogo. Homenaje a Joaquín Ruiz-Giménez*, con la participación de más de sesenta colaboradores como muy sucinta muestra de sus amigos y compañeros; allí va también una entrevista biográfica con él, hecha por Teresa Rodríguez de Lecea, y una útil cronología que puede ayudar a situar mejor algunos de los datos (hechos y fechas) personales y generales a los que se alude en estas páginas mías.

¹⁰ Nota del profesor Liborio Hierro publicada, como digo, en la obra colectiva citada en la nota anterior. En esta misma obra puedan verse, sobre algunos de esos temas más relacionados con sus tareas universitarias, mis propias anotaciones, *A pesar del iusnaturalismo* (pp. 87-98), y, en un plano universitario de carácter más general, las de G. PECES-BARBA, *Joaquín Ruiz-Giménez, educador de muchedumbres* (pp. 99-105), de R. MESA, *La Universidad de don Joaquín y sus universitarios* (pp.107-112) y de J. MUGUERZA, *El (in)cesante Ruiz-Giménez* (pp. 287-290).

después, en esas comunes y plurales vías (cito sólo, y por ordenes temáticos doctorales, a los ya más *seniors*) Francisco Laporta, Virgilio Zapatero, Emilio Lamo de Espinosa (posteriormente reconvertido a la Sociología), Manuel Núñez Encabo, Eusebio Fernández, Manuel Atienza, Liborio Hierro, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Ruiz Manero, Luis Prieto, Juan Ramón de Páramo y otros hoy ya también catedráticos de diferentes Universidades, algunos en legítimas aproximaciones posteriores a los anteriormente citados. Como se ve, señala alguien, mucho de lo mejor de la Filosofía del Derecho española actual que sin el profesor Ruiz Giménez en aquellos tiempos no hubiera podido empezar a respirar. Tampoco habría que olvidar aquí a gentes de mi generación que estuvieron personalmente cercanas como fue, de manera muy principal, Luis García San Miguel.

Entre aquéllos se compartieron de manera plural, no uniforme, líneas de trabajo e investigación: así, la recuperación del reciente pensamiento heterodoxo español, el esfuerzo por la recepción de direcciones nuevas en la más destacada filosofía jurídica contemporánea, europea y americana, la crítica del derecho natural teológico y tecnocrático, la lucha –teórica y práctica– por el Estado de Derecho y los derechos humanos, su traslación a la realidad política democrática de esos tiempos. Siempre don Joaquín favorecía y apoyaba esos y otros proyectos. Pero eso no quiere decir, por supuesto, que, en cuanto a su concepción general iusfilosófica, los docentes e investigadores antes citados sean o hayan sido “ruizgimenianos”; en modo alguno. Salvo en los afectos, y en el reconocimiento de otras muchas cualidades suyas personales, desde el punto de vista teórico, de los conceptos, es claro que no lo somos ni siquiera Peces-Barba o yo mismo. No creo, por lo demás, que Ruiz-Giménez tenga o haya tenido el menor interés en rodearse de discípulos de esa igual condición. Esta ha sido una “escuela” (debatible el término) muy poco o nada escolástica, sin escoliastas ni exégetas de una y única doctrina: más bien ha sido desde el principio germen de plurales direcciones y discrepantes orientaciones. Pero todos los citados y muchos más, eso sí, respetan, respetamos y queremos, a don Joaquín –reitero– por sus altas cualidades humanas, de generosidad, cordialidad, autenticidad y mil cosas más, pero también por su magisterio ético, político y jurídico, inspirado en los valores privados y públicos de rectitud, seriedad, espíritu de diálogo, de comprensión, de entendimiento otra vez en los dos sentidos de la palabra.

Y también le queremos y le reconocemos por –todo hay que decirlo– sus famosos (enternecedores) despistes. Le ocurría así al trastocar y mezclar con

alguna frecuencia nombres y apellidos de gentes cercanas a él, o preguntar a un ya consolidado profesor titular por el estado más o menos avanzado de su tesis doctoral. Pero quizás el más espectacular y recordado de esos sus despistes tuvo lugar en aquellos años de la ahora Complutense cuando, en un Seminario restringido de Filosofía del Derecho, hizo sentar entre los asistentes al mismo, tomándole sin duda por alumno cualificado, a alguien desconocido para nosotros que se acercó queriendo hablar con él precisamente cuando íbamos a comenzar la sesión de trabajo. Hay que reconocer que dicha persona aguantó paciente, estoicamente, casi dos horas de matizadas disquisiciones y enconados debates sobre la kelseniana *Grundnorm*. De todos modos, recuerdo que fue prudente y que no llegó a intervenir ni a pronunciarse allí sobre tan arduas y complicadas cuestiones. Y que fue sólo al final tímidamente, al requerirle don Joaquín su opinión, cuando nos expuso la verdadera razón de su presencia allí, que no era otra que la de ofrecernos e intentar vendernos –era representante comercial– un entonces último modelo de máquina de escribir. Descubrimos con horror que en su carpeta no llevaba notas sobre la *Reine Rechtslehre*, ni sobre el “centro de imputación”, sino únicamente catálogos con sugerentes precios y buenas condiciones de venta de, me parece, la nueva *Underwood*: creo que le compramos dos. De ahí –en bromas y en veras–, de aquellos tiempos de lecturas, discusiones y oposiciones salió todo lo demás en éste nuestro mundo de la Universidad.

Volvamos a las cuestiones filosófico-jurídicas. El propio Liborio Hierro en su ya mencionada *Nota* ha destacado con total acierto, entre otras muy serias cualificaciones de Ruiz-Giménez, el carácter “radical” de sus convicciones dentro de la paulatina pero fuerte evolución experimentada por aquel a partir de 1956-1960: moderado en las formas y moderado en los <<medios>>, pero ha sido –dice– <<radical>> en las convicciones”. También señala allí que aquél en su posterior tarea universitaria, docente e investigadora, “renunció –dice– a <<interpretar>> la Filosofía del Derecho y se dedicó a <<transformarla>> o, si se prefiere, a realizarla. El centro de esta actividad fue, por supuesto, Cuadernos para el Diálogo”, concluye Liborio Hierro¹¹. Estoy sustancialmente de acuerdo, aunque creo que tal realización contribuyó también, aunque fuese de manera sólo segmentaria y no sistemática, a reinterpretarla.

¹¹ pp. 113-122 del trabajo citado en la nota anterior; y en concreto para los textos aquí aducidos, pp. 117 y 118.

La filosofía jurídica del profesor Ruiz-Giménez (permítaseme que, desde ahí y a propósito de ello, desarrolle yo un poco más estas reflexiones) siempre se ha preocupado y muy en serio por la profunda indagación y la consecuente afirmación de los fundamentos: esto me parece evidente. Pero no lo es menos que la suya no es ni ha sido nunca –conviene advertirlo– una filosofía fundamentalista ni en su sentido tradicional, ni en el que hoy retorna con demasiada frecuencia. Y no lo es, a mi juicio, por un doble tipo de razones: una, porque de sus fundamentos (tradición helénica y cristiana, Aristóteles, Tomás de Aquino y Escuela española del siglo XVI-XVII, muy básicamente) en todo momento ha intentado obtener coherentes consecuencias cambiables y abiertas, nunca cerradas y dogmáticas, ante nuevas lecturas y reinterpretaciones; y eso incluso, en sus épocas menos proclives hacia la filosofía y la política de la Ilustración y de la modernidad; dos, porque nunca se ha quedado ni en la glosa escolástica ni en el interiorismo de los fundamentos: al contrario, cada vez más y con mayor acierto –ya lo señala Liborio Hierro– se ha ocupado de los medios de diferente cariz (económicos, políticos, jurídicos) que pueden hacer realidad esos fundamentos, esos fines.

Joaquín Ruiz Giménez es ante todo un hombre de principios, de convicciones fuertes (“un cristiano cada vez más kantiano”, reitero yo), que resalta muy seria y sinceramente la conciencia. Por ello esta aproximación a Emmanuel Kant me parece fundamental; también por la consideración del ser humano como fin en sí mismo. Pero era a la vez un hombre realista, que siempre asumía las propias responsabilidades y tenía muy en cuenta las repercusiones sociales, las consecuencias de los hechos y de los pensamientos, incluso –digamos con Stuart Mill– las utilidades de ellos. Por su talante personal ¿podría haber sido contando con otras circunstancias un neokantiano en la estela, también diversa, de Ortega o, más aún, de sus casi maestros Julián Besteiro y Fernando de los Ríos?. Intelectual y político, ha dejado bien probado que podría coincidir con Max Weber en su intento por coordinar la *Gesinnungsethik* y la *Verantwortungsethik*: cuando éste –tratando de la ciencia y la política como vocación– habla de quien “siente realmente y con toda su alma esta responsabilidad por las consecuencias y actúa conforme a una ética de responsabilidad y que al llegar a un cierto momento dice: «no puedo hacer otra cosa, aquí me detengo». (Ese “momento” –pienso yo– habría sido para Ruiz Giménez 1956-1963). Esto –sigue el maestro alemán– sí es algo auténticamente humano”; y añade: “la ética de la responsabilidad y la ética de la convicción no son términos absolutamente opuestos, sino elementos com-

plementarios que han de concurrir para formar al hombre auténtico, al hombre –concluye Weber– que puede tener vocación política “¹². No me parece nada desorbitado aplicar –proponer para el debate– estas pautas y tensiones normativas al hombre, profesor y político, que en la España de aquellos años, finales de los cincuenta, se distanciaba de la dictadura (como aperturista todavía dubitativo) y comenzaba a orientarse hacia el mundo en que surgirían los libros y la revista de “Cuadernos para el Diálogo” (1936) en el marco de la casa editora por él fundada.

Hablando, pues, de fundamentos y de fundamentalismos, a favor de los primeros y en contra de los segundos, y aquí en relación con Ruiz-Giménez, yo subrayaría que la investigación y reflexión sobre los medios (conscientes de lo que son), sobre los modos de acción –políticos, jurídicos, económicos, culturales–, no tiene porqué ser, contrariamente a lo que muchos creen, de menor entidad científica y filosófica (tampoco mayor) que la investigación y reflexión sobre los propios fines. Que éstos, separados y aislados de aquéllos, sobre todo cuando se trata de filosofía social, es decir de filosofía de la praxis con decisivas repercusiones sociales, pueden llegar a convertirse en una metafísica que no sabe absolutamente nada de física. La filosofía es fundamentación pero no al margen de la realización: no es el cielo de los conceptos que nunca piensa en la realidad terrenal. Medios y fines siempre se interrelacionan. El fin no justifica los medios; son, con frecuencia, los medios los que justifican el fin; y, desde luego, que medios y fines tienen que justificarse juntos, más allá del eficientismo (empirismo) abstracto y del interiorismo (fundamentalismo) metafísico.

Todo esto se pone aquí en relación con el hecho de que la filosofía jurídico-política del profesor Ruiz Giménez –vuelvo sobre ese principal criterio interpretativo– es, fue en una primera fase (desde 1943, en que obtiene la cátedra y publica sus primeras obras, hasta 1956-1960, años en la Universidad de Salamanca) una filosofía preocupada, sobre todo y muy intensamente, por la afirmación y la profundización de los fundamentos: podríamos decir que por la *fundamentación de los fundamentos*, la cual se hace radicar, según sus lecturas, en el mencionado eje Aristóteles, Tomás de Aquino, Doctrina pontificia. Y en su proceso evolutivo, habría, sin rupturas totales, una segunda fase (desde esas fechas en adelante) en donde el interés de su trabajo

¹² M. WEBER, *El político y el científico*, 1ª ed. alemana, 1919; se cita aquí por la traducción española de Francisco Rubio Llorente, con extensa Introducción de Raymond Aron, Alianza Editorial, Madrid, 1984, p. 176.

–teórico y práctico– se va a orientar mucho más, en efecto, hacia la realización de (esos) fundamentos, es decir hacia la investigación sobre los medios, hacia las vías para hacer reales aquéllos. O sea, sin expresar en principio ningún abandono en lo más esencial de los viejos fundamentos teológico-filosóficos, aunque sí con un mucho mayor espíritu de apertura hacia otras direcciones modernas del pensamiento y de flexibilidad en cuanto a las conclusiones concretas e históricas de los mismos.

No hay, pues, una ruptura, sí una ampliación y desarrollo –creo– en el radical fundamento de ambas fases –Ruiz Giménez no es un hombre de rupturas traumáticas ni de conversiones súbitas–, pero, asumiendo el pasado, sí hay cambios muy importantes en cuanto a consecuencias e implicaciones prácticas y de realización, aún también de alcance teórico y de no poco fondo. Entre otras, la de una plena, coherente y decidida asunción de la filosofía política democrática, su evolución hacia una filosofía jurídica reconstruida y reinterpretada con mucho mayor espacio para las libertades y los derechos humanos, un iusnaturalismo que invoca bastante menos el Derecho natural y mucho más los derechos naturales (en esto históricamente más cerca del mundo protestante que del católico); así como una filosofía ética con más positiva base en la autonomía ilustrada de la conciencia individual y del diálogo como vías para el conocimiento ético y la objetividad de los valores. Ruiz-Giménez, hay que señalarlo a todos los efectos, se tomaba muy en serio los derechos humanos, los del respeto a las conciencias y los económicos-sociales de manera muy especial.

Sus obras del primer período *La concepción institucional del Derecho* (tesis doctoral) y, después, *Derecho y vida humana (Algunas reflexiones a la luz de Santo Tomás)*, ambas de 1944, así como la ya mencionada *Introducción elemental a la Filosofía jurídica cristiana*, de 1945, responden –junto a otros trabajos menores de la época –a esa que estoy llamando aquí filosofía, casi teología, de fundamentos, de fundamentación de los fundamentos¹³. Como señala el profesor Eusebio Fernández, en su *laudatio* de 1997 para el doctorado *Honoris Causa* de aquél por la Universidad Carlos III, esas primeras obras “son, efectivamente, deudoras de unos planteamientos filosóficos muy tradicionales dentro de la más ortodoxa observancia del tomismo” y “sin embargo –subraya aquél– creo que se trata de libros rigurosos y bien trabajados y es-

¹³ Las dos primeras de esas obras se publicaron por el Instituto de Estudios Políticos, de Madrid; la tercera en Epesa, Ediciones y Publicaciones Españolas S. A.

critos, importantes para quien desee conocer la cultura y la filosofía jurídica de la época...”¹⁴. Ruiz Giménez tenía entonces, cuando publica esas sus primeras obras, poco más de treinta años; en 1956, comienzo del final de esta etapa, cuando llega a Salamanca cesado por aperturista como Ministro de Educación –ya lo he recordado antes– todavía no había llegado a los cuarenta y tres, aunque nosotros los estudiantes le veíamos, tan serio e importante, como un señor mayor: de todos modos, sin comparación posible en esto con Enrique Tierno Galván que también estaba allí y que, cinco años más joven, era ya desde tiempos inmemoriales el V.P., el “viejo profesor”.¹⁵

Pero lo que estaba yo diciendo, insinuando más bien, es que si aquellos escritos, nada menos que del 44 y del 45, se aliviaran de la presencia excesiva de citas eclesiales y pontificias, y, sobre todo, si se suprimen los aleatorios o circunstanciales alegatos “joseantonianos” y del nuevo Estado (como él mismo haría, sobre todo respecto a esto último) en su *Introducción a la Filosofía jurídica*, de 1960, veríamos *mutatis mutandis*, es decir aquí dentro siempre del sistema aristotélico-tomista, que –como escribía el otro clásico sobre He-

¹⁴ Eusebio Fernández, *Laudatio* del profesor Joaquín Ruiz-Giménez, leída en el Acto de investidura de éste como Doctor *Honoris Causa* por la Universidad Carlos III, de Madrid, el 30 de septiembre de 1997, publicada después en la obra colectiva *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Ed. Virgilio Zapatero (2 vols.), Universidad de Alcalá, 2002. Sobre tal época y en esa misma obra colectiva, es imprescindible y con muy detallados datos el escrito de J. DELGADO PINTO, *Breves notas sobre la evolución de la Filosofía del Derecho española entre 1960 y 1984*. Asimismo, entre otros autores y revistas, puede verse el libro de B. RIVAYA, *Filosofía del Derecho y primer franquismo (1937-1945)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998, con utilísima documentación y, en ocasiones, discutible orientación. Y precisamente para los tiempos posteriores, el bastante más coherente de R. GARCÍA MANRIQUE, *La filosofía de los derechos humanos durante el franquismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, epígrafes III, 3, 2 y V, 4 sobre Ruiz-Giménez. Posteriormente, de esos dos mismos jóvenes autores, *Cronología comparada de la filosofía del derecho española durante el franquismo (1939-1975)*, Anuario de Filosofía del Derecho, Tomo XV, 1998, pp. 305-334. Otra información bibliográfica puede localizarse en mi libro *Los viejos maestros. La reconstrucción de la razón*, Alianza Editorial, Madrid, 2004, especialmente en su cap. V para el contexto de ese tiempo en la filosofía jurídica del prof. Felipe González Vicén.

¹⁵ Para las relaciones entre ambos en aquellos momentos con la irrupción de la generación del 56- pueden verse, en la obra colectiva citada en la nota novena, las figuraciones conspiratorias, medio en broma medio en serio, de Raúl Morodo, tituladas *De memorias salmantinas: Ruiz-Giménez, Tierno y el feroz espía Elías Díaz* (pp. 129-132): Cfr. después también otros diversos pasajes de la obra de R. MORODO, *Atando cabos. Memorias de un conspirador moderado (I)*, Taurus, Madrid, 2001: hablando de su (nuestro) maestro, éste suele señalar con acierto que Tierno no era viejo sino más bien antiguo en sus formas y modales sociales.

gel- “se descubre bajo la corteza mística la semilla racional”.¹⁶ Nunca Ruiz-Giménez asume allí tal sistema de manera dogmática y cerrada, más bien al contrario con potencialidades humanistas que se harían después realidad. El profesor Santos Juliá ha aprovechado precisamente esas breves “insinuaciones” mías para, con estricto criterio cronológico, hacer una crítica a algunas de las implicaciones de los hipotéticos alivios de citas “joseantonianas” y pontificias en aquel Ruiz-Giménez. Tal vez yo, a su vez, me excedí al meter ahí por medio el parangón Hegel-Marx. Pero tales insinuaciones no pretendían ser en modo alguno una, en sentido fuerte, “regla hermenéutica” sino sólo una forma leve de indicar que –a mi juicio– lo básico del talante de aquél desde siempre pero cada vez más a lo largo de los años cincuenta iba en ese sentido. Con los integrados pero no con los integristas, con los comprensivos nunca con los excluyentes, por decirlo en los términos del tan estimable Dionisio Ridruejo. Eso y la evolución posterior, sobre todo después de 1956 (que yo viví muy de cerca) y con claridad ya desde el inicio de los sesenta es lo que más me interesaba resaltar a mí. Todo ello con independencia –relativa– de los enfrentamientos (“en el interior del bloque dominante”) entre falangistas católicos o no, y propagandistas de la “santa casa” *versus* tecnócratas del “Opus Dei”, todos ellos con aliados en el núcleo duro del régimen¹⁷.

¹⁶ Karl Marx, a propósito de la filosofía de Hegel, en *El Capital. Crítica de la Economía Política*, postfacio a la segunda edición, 1873, pp. XXIII-XXIV en la versión en español de Wenceslao Roces, por la que aquí se cita, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 3ª ed., 1964.

¹⁷ Este párrafo comentario sobre/con Santos Juliá era obviamente de nueva redacción para mi libro, ya citado de 2009. Mi *laudatio* a Ruiz-Giménez era de 2000 y la documentada y polémica obra de Santos Juliá, *Historias de las dos Españas*, de 2004 (Ed. Taurus): cfr. aquí, en concreto, p. 530, nota 75, y todos los capítulos 7 a 10 sobre ese período. Entre los numerosos artículos sobre dicha obra, destacaría yo el de Antonio García Santesmases, “¿Eran de barro nuestros maestros? Sobre las raíces morales e intelectuales de la oposición política al franquismo”, en la revista *Isegoría*, núm. 31, 2004. De necesaria lectura es la valiosa obra de J. GRACIA, *La resistencia silenciosa. Fascismo y cultura en España*, Barcelona 2004: cfr. aquí, por ejemplo y como símbolo, pp. 260-261. Tengo escrito en otro lugar, por ello lo reproduzco aquí, que por talante o actitud de mayor comprensión y generosidad (ese es también un significado de “liberal”), así como de mayor compleja objetividad, me encuentro más cerca de Gracia que de Juliá. Con este ha habido –dicho sea ya en pasado– algún que otro no buscado desencuentro: prefiero olvidar y pasar página (pero él lo dejó publicado y por eso aquí mi referencia) sobre algunas apasionadas y apresuradas críticas tuyas contra un texto supuestamente mío pero que yo no había escrito, ni siquiera leído, ni conocido: por eso las califico de apresuradas y hasta de imprudentes; están en la revista “Historia del presente”, núm. 5, 2005, pp. 33-35; como en tantas otras ocasiones de la vida, si hubiésemos hablado previamente estoy seguro que se hubiera evitado el malentendido.

En cualquier caso, como digo, será ya después de 1956-1960 (este año gana por concurso-oposición la cátedra de la Universidad Complutense de Madrid), una vez recibida y asumida con pleno entusiasmo por él la benéfica influencia del Papa Juan XXIII y del Concilio Vaticano II, será ya claramente a partir de 1963, con la creación de “Cuadernos para el Diálogo”, cuando se inicia el compromiso en que se exterioriza formalmente esa segunda fase de su pensamiento aquí denominado como de realización de los fundamentos. Realización, insisto en ello, también de carácter práctico-político (por todos reconocido) pero asimismo de alcance teórico-filosófico, indudable a mi juicio pero que exigirá todavía ulteriores relecturas para mayores precisiones y concreciones. En definitiva, evolución desde una fundamentación de los derechos, hacia –sin olvido de ello– una realización de los derechos.

Rastreando precedentes, he señalado con propósitos polémicos que el escrito en que, otra vez, se manifiestan ciertos atisbos iniciales de ese tránsito, y la explícita exigencia –dice– del “diálogo” con los jóvenes, aunque todavía haya allí un fuerte anclaje ideológico en lo anterior, va a ser el texto base de su famosa conferencia de 1957 sobre *La política, deber y derecho del hombre*. Estábamos, no se olvide, en plena ebullición universitaria y cultural del post-56. Para el criterio de interpretación aperturista que estoy resaltando aquí (otros prefieren optar por criterios de implacable culpabilización) resulta enormemente significativo ver cómo abría Ruiz-Giménez su muy meditada y calculada intervención. Decía así: “Innecesario parece advertir que no vamos a revisar ni a justificar aquí los supuestos antropológicos y metafísicos de la concepción del mundo –clásica y cristiana– sobre la que se apoya nuestra configuración ética y jurídica de la política, como deber y como derecho del hombre. Arrancamos –señala– de esos fundamentos por considerarlos vivos y verdaderos, más lozanos cada día; y nos apoyamos en ellos porque –advertía Ruiz-Giménez en el apenas elusivo criptolenguaje de la época– si hay actitud polémica en nuestras reflexiones es precisamente contra los que intentan manejar arbitrariamente esas mismas premisas para imponer a los sencillos ciudadanos, a los hombres de la calle, unas conclusiones gravemente ilegítimas”¹⁸.

¹⁸ J. RUIZ-GIMÉNEZ, *La política, deber y derecho del hombre*, Epesa, Madrid, 1958, p. 22. Es, como allí se indica, el texto con leves variantes de redacción, y con unas nuevas Palabras a modo de Prólogo (pp. 7-19) de la conferencia pronunciada en solemne acto en el Colegio Mayor Santa María de la Universidad de Madrid, el día 28 de mayo de 1957, reproducida en ese mismo año por la Revista de Estudios Políticos, núm. 94. Tanto la conferencia como el posterior breve libro, por él se cita aquí, encontraron amplia difusión y discusión en los ambientes políticos y universitarios de aquellos días.

Aunque no pueda extenderme yo ahora en los vericuetos de la política española de la época, para los relativamente informados quedaba claro – estuve presente en aquella memorable conferencia– a quiénes aludía persona tan mesurada como Ruiz-Giménez en ese fuerte alegato “contra los que intentan manejar arbitrariamente esas mismas premisas” (clásicas y cristianas) y a que “conclusiones gravemente ilegítimas” se refería. Lo eran –dice– a quienes querían “revestir las transitorias razones de Estado con ropaje de permanentes razones de Dios. Las razones de Dios –insistía– son demasiado serias y grandes como para andar manipulándolas con ligereza y mezclándolas sin necesidad en las contiendas de los hombres”. Lisa y llanamente esto significaba que, sin perder aquella fundamentación última, la política, en constante proceso de secularización, pensaba ya el Ruiz-Giménez de 1957-1958, no es ni debe ser *Opus Dei*, ni *Ratio Dei*, sino *Opus Hominis*, *Ratio Hominis*. Y además, reivindicando con otros términos y con otras connotaciones que las actuales esa necesaria autonomía de la política, advertía a los tecnócratas que ya estaban entonces, y ahora, acaparándolo todo, “que –estas son sus palabras– no es el experto o técnico en economía, en administración, en logística, en arte bélico o en cualquiera de las otras disciplinas que contribuyen al bienestar colectivo, el que debe dirigir la vida de la comunidad”.

Y en aquel contexto político español, en que él mismo recelaba todavía de los partidos políticos, por su carácter fragmentador del “principio mínimo de unidad y de concordia” (¡cuantas discusiones mías con él acerca de estas y otras cuestiones!), avisa sin embargo de que había, por otro lado, que “precaverse contra los sucedáneos de los partidos, no ya clandestinos, sino manifiestos; para ser más claro –protestaba Ruiz-Giménez– contra los grupos o camarillas que traten de ejercer la misma acción política de los partidos, pero sin su gallardía y responsabilidad”. Frente a todas esas políticas, Ruiz-Giménez propugnaba repetidamente, aunque –como digo– no sin residuos de autenticación de la democracia orgánica, que “todo hombre tiene derecho a participar directa y personalmente en la vida de la comunidad política de que es miembro”. Y establecía “entre las exigencias fundamentales de cualquier régimen político justo” que nadie podía ser discriminado ni excluido de la comunidad política y que, por lo tanto –la referencia era explícita y casi explosiva en aquella España y hasta el final mismo del franquismo–, que tampoco podían ser excluidos ni discriminados quienes habían perdido la guerra civil. Ruiz Giménez recurre allí al amparo de la carta VII de Platón

a sus amigos de Siracusa aconsejándoles –dice textualmente– “grandeza de alma y voluntad de integración de los vencidos como condición de la estabilidad futura del Estado”¹⁹.

El proceso, la evolución, se iba a acelerar y acentuar –como sabemos– desde esos muy iniciales años sesenta y a lo largo de los posteriores tiempos ya hasta el final. Ruiz Giménez, son los años de “Cuadernos para el Diálogo”, los va a vivir con especial intensidad. Se consolidan y avanzan en él los principios de racionalidad, de modernidad, de correlativa aceptación de la filosofía política democrática, de defensa de la legalidad y legitimidad constitucional, de un Estado no centralista sino capaz de coordinar la pluralidad nacional, de una crítica a la soberanía ilimitada de los Estados en pro de una Justicia penal internacional, de la extensión y protección efectiva de los derechos humanos (de manera muy especial los derechos sociales, económicos y culturales) en el marco de un auténtico Estado de Derecho. Esas van a ser ya con carácter definitivo las nuevas conclusiones derivadas, ahora con plena coherencia, por Joaquín Ruiz Giménez desde aquellos grandes principios y fundamentos que con recta intención siempre había defendido: la digni-

¹⁹ Para estos pasajes de la publicación citada en la nota anterior, cfr. pp. 14-15, 22, 50, 54, 69 a 72 entre otras. Las escasas cursivas o términos entrecomillados aquí conservados corresponden –quiero resaltarlo– al propio Ruiz-Giménez. Sobre las dependencias todavía respecto del anterior régimen, cfr. las pp. 14-15, 16, 18, 60 a 62, entre otras. En la obra *La política en el régimen de Franco entre 1957 y 1969. Proyectos, conflictos y luchas por el poder* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006), su autor Pablo Hispán Iglesias de Ussel me menciona a propósito de este comentario mío y, en concreto, en relación con esa última observación, me ve (p. 45, nota 61) “haciendo –dice– una interpretación muy personal, ya que en ningún momento se refirió [Ruiz Giménez], como cree recordar Díaz, a los vencidos *en la guerra civil*”: ahora estas cursivas son mías. Pero yo no decía allí (ahí está el texto) ni digo aquí, que Ruiz-Giménez dijera explícitamente “en la guerra civil” (supongo que “española”, le aduciría yo a su vez a mi objeto). Soy yo quien lo dice: hay, como vemos, sobreentendidos que no precisan, o no permiten, mayor explicación. Así lo entendimos entonces todos los presentes, y no pocos de los ausentes que lo comentaban y criticaban después. Pero, con la mayor sinceridad posible ¿a que vencidos cree Pablo Hispán Iglesias de Ussel que –con Platón como pretexto– quería aludir Ruiz-Giménez con ese énfasis y en tal solemne ocasión? ¿A los troyanos y troyanas (Eurípides) o a los vencidos de la guerra civil española, por lo demás también con su “quinta columna” dentro de Madrid, como el famoso caballo de Troya? De todos modos, a lo largo de los años sesenta las cosas ya quedaron claras: seguidores tecnócratas del “Opus Dei” *versus* colaboradores demócratas de “Cuadernos para el Diálogo”. Y así hasta hoy mismo.

dad humana, el respeto a la conciencia personal, el Estado al servicio del hombre, la paz, la justicia, la solidaridad²⁰.

De lo que se trataba en su proyecto en este tiempo nuevo era de contribuir a que todo eso se hiciese realidad, de introducirlo en las consecuentes acciones prácticas y políticas; pero también, para que tales propuestas alcanzaran suficiente respaldo, apoyo social, legitimación, era necesario a su vez, argumentar, dar razones, unánimemente no ya vencer, sino convencer, dialogar. Y todo eso requería entonces un trabajo de construcción teórica, científica (de ciencias sociales, jurídicas, políticas, económicas) y desde luego que también de cualificación filosófica, de razón práctica y ética: otra vez, ciencia y conciencia. Me parece que esa doble tarea es la que estaba en la mente de quienes, promovidos y dirigidos por Joaquín Ruiz-Giménez, con Pedro Altares como principal colaborador y ejecutor, tuvimos la fortuna, y la virtud, de poder estar con él en la inolvidable puesta en marcha de “Cuadernos para el Diálogo”, ideada tiempo atrás y materializada en aquel lejano otoño de 1963 (su primer número apareció en el mes de octubre). Allí, en esos trece años de puntual presencia mensual hasta 1976 y en los centenares de libros y folletos editados (ya lo he recordado), está buena parte de la cultura plural en la oposición a la dictadura sin la cual no se entiende la cultura de la transición y, después, Constitución incluida, la construcción de la democracia en nuestro país²¹.

²⁰ Junto a otros trabajos que expresan su evolución en esos años, recordaría aquí el artículo *Derecho y diálogo*, Revista de Estudios Políticos, núm. 109, enero-febrero de 1960; también, aún con el pie forzado de manual escolar, su obra sobre *La propiedad. Sus problemas y su función social*, 2 vols., Ediciones Anaya, Madrid y Salamanca, 1961 y 1962; y, sobre todo, su edición de la *Encíclica Pacem in Terris*, de Juan XXIII, de 11 de abril de 1963, con Presentación y sinopsis y notas del profesor Joaquín Ruiz-Giménez, Ediciones y Publicaciones Españolas, S.A., Madrid, 1963.

²¹ José García-Velasco en su colaboración, *Cuadernos en la tradición universitaria institucionista*, al volumen colectivo citado aquí en la nota tercera, ha llamado certeramente la atención sobre las analogías, sin desconocer las diferencias, de la acción educadora, política y cultural llevada a cabo en el entorno plural de Cuadernos para el Diálogo, con algunas de las repercusiones públicas y las empresas intelectuales derivadas, de un modo u otro, en el primer tercio de siglo, a partir de la Institución Libre de Enseñanza. Escribe así (pp. 176-177): Cuadernos era mucho más que una revista. Era, desde luego, una empresa intelectual, como lo habían sido antes de la guerra civil, las empresas periodísticas de Ortega, Azaña o Urgoiti: España, El Sol, Revista de Occidente. Pero también era un foco de irradiación intelectual que, en muchos sentidos, sustituyó el papel que debía cumplir la Universidad de aquellos años, como entre 1910 y 1936 lo habían sido las instituciones de la Junta para Ampliación de Estudios, singularmente el Centro de Estudios Históricos, dirigido por Ramón Menéndez Pidal y la Residencia de Estudiantes, por Jiménez Fraud. De hecho volvería a recordar yo— en la Editorial de Cuadernos para el

En el aspecto que aquí más directamente nos incumbe, el relacionado con la persona del profesor Joaquín Ruiz-Giménez en su faceta más universitaria e intelectual, tengo que señalar que los escritos por él allí publicados –y que, como ya se indicó, se han recopilado en dos gruesos volúmenes bajo el título de *El camino hacia la democracia*– son precisamente la expresión concreta de esa cultura, de esa ética y esa política en ese tiempo de España. Pero también son, a mi juicio, piezas muy valiosas para la reconstrucción de una Teoría del Derecho y una Teoría de la Justicia, componentes ambos de esa sólo aparentemente preterida Filosofía jurídica del, durante ese tiempo, catedrático de la asignatura en la Universidad (Central, luego Complutense) de Madrid. A dicha obra –trece años de trabajo, ciento sesenta y cinco escritos– hay, pues, que recurrir (y, tal vez, también a muchos de los editoriales que, siempre con su firma como presidente, han aparecido durante todos esos últimos tiempos en las “Noticias del Unicef” en España) para documentar, constatar y debatir con mayor detenimiento y amplitud sobre los fragmentos, pero siempre con conciencia de totalidad, de esa filosofía jurídica y política del profesor Ruiz-Giménez que aquí sólo en sus más amplios trazos y en memoria suya he pretendido yo esbozar²².

ELÍAS DÍAZ

Filosofía del Derecho

Facultad de Derecho

Universidad Autónoma de Madrid

c/Kelsen, núm. 1

28049 Madrid

e-mail: elias.diaz@uam.es

diálogo se publicaron las primeras tesis doctorales, que se habían llevado a cabo a sugerencia mía con plena aceptación y formal dirección de Ruiz-Giménez, sobre institucionistas, discípulos de Francisco Giner de los Ríos, como Adolfo Posada (por Francisco Laporta) y los, además, socialistas como Julián Besteiro (por Emilio Lamo de Espinosa) o Fernando de los Ríos (por Virgilio Zapatero), sobre el discípulo de Julián Sanz del Río e introductor de la Sociología en España, Manuel Sales y Ferré (por Manuel Núñez Encabo), así como la de Eusebio Fernández sobre marxismo y positivismo en el socialismo español, todas ellas precedidas de mi propio libro sobre *La filosofía social del krausismo español*, de 1973. Recuérdese, por lo demás, que a algunos de aquellos intelectuales, institucionistas u orteguianos, liberales o socialistas, los había tenido y apreciado el joven católico Ruiz-Giménez como profesores en su época de estudiante en los cursos de la Facultad de Derecho y, después, de la Facultad de Filosofía en la Universidad de Madrid durante los años treinta, antes de la guerra civil: pienso que algo de aquellos impregnó y permaneció en su posterior talante personal e intelectual.

²² J. RUIZ-GIMÉNEZ, *El camino hacia la democracia. Escritos en Cuadernos para el Diálogo* (1963-1976), 2 vols., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985 (Edición y Estudios Instituto Fe y Secularidad, con Presentación de su Director Académico José Gómez Caffarena).

La obra a la que ya me he referido en otras ocasiones- incluye también interesantes estudios sobre las diversas dimensiones de su pensamiento, así como una entrevista a aquel realizada por José Antonio Gimbernat y una cronología esquemática preparada por Teresa Rodríguez de Lecea. Pienso que la circunstancia, teórica y política, personal y general, a que se ha venido aludiendo aquí, puede también encontrar ilustración y complemento en dos libros de, precisamente, los dos antiguos adjuntos de Ruiz-Giménez: el mío, *Los viejos maestros. La reconstrucción de la razón* (Alianza Editorial, Madrid, 1994) y, sobre todo, el de G. PECES-BARBA, *La democracia en España: Experiencias y reflexiones* (Temas de Hoy, Madrid, 1996).

CONSTITUCIONALISMO DE LOS ANTIGUOS Y DE LOS MODERNOS. CONSTITUCIÓN Y “ESTADO DE EXCEPCIÓN”*

ANCIENT AND MODERN CONSTITUTIONALISM. CONSTITUTION AND “STATE OF EMERGENCY”

MASSIMO LA TORRE

Università degli Studi “Magna Graecia” di Catanzaro

Fecha de recepción: 09-02-10

Fecha de aceptación: 19-08-10

Resumen: *La Constitución de los Antiguos puede considerarse básicamente una situación institucional en la cual a un centro de poder soberano que tiene su propia ontología y dinámica, y en cierta medida su propia justificación, se acompaña un cuerpo de reglas dirigidas a limitar, a controlar y a racionalizar las actuaciones de aquel poder soberano. Éste preexiste a la constitución, y es además su garante fáctico. El constitucionalismo de los Modernos hace que el contraste tradicional entre constitucionalismo y democracia resulte en gran medida obsoleto ya que la comunidad política y con ella el Estado y el Derecho son el producto de una acción de los ciudadanos. El constitucionalismo es el proceso de tal iniciativa “desde abajo”. En este artículo se distinguen estas dos visiones del constitucionalismo y su posición respecto al estado de excepción.*

Abstract: *Ancient constitution could be considered basically an institutional situation where a center of sovereign power, with its own ontology and dynamics, and in certain extent its own justification, is enclosed in a body of rules addressed to limiting, controlling and rationalizing the actions of that sovereign power.*

* Este artículo es una versión revisada y desarrollada de mi ponencia a las Jornadas internacionales sobre “Nuevas perspectivas del Estado Constitucional” (Universidad de Sevilla, 9-10 enero 2009). Además es un primer resultado de mi estancia en la Universidad Carlos III como titular de una “Cátedra de excelencia” para el año académico 2008-2009. Hacia los colegas del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad madrileña tengo una deuda de gratitud difícilmente cancelable.

This one pre-exists to the constitution and it is also its factual guarantor. Modern constitutionalism makes the traditional contrast between constitutionalism and democracy obsolete to a great extent because the political community and with that also the State and the Law are the output of citizens' participation. Constitutionalism is the process of that initiative "from the bottom". This is the view defended by neoconstitutionalism. This article antlines and discusses that stance in relation to the state of emergency.

Palabras clave: Constitución, democracia, neoconstitucionalismo, estado de excepción

Keywords: Constitution, democracy, neoconstitutionalism, state of emergency

1. CONSTITUCIÓN DE LOS ANTIGUOS Y DE LOS MODERNOS

En primer lugar merece ser subrayado que esta contraposición, la que existe entre una constitución de los Antiguos y de los Modernos, no es puramente de carácter histórico o diacrónico. Más que cronológica ésta quiere ser ideal-típica, ya que el contraste y la dialéctica entre las dos formas se pueden dar y se dan también sincrónicamente y son un hecho de la actualidad. Sin embargo, una de las dos formas se puede definir "moderna", porque es parte y producto de lo que es y representa la modernidad, y más específicamente de la modernidad del Derecho.

Constitución de los Antiguos puede considerarse básicamente una situación institucional en la cual a un centro de poder soberano que tiene su propia ontología y dinámica, y en cierta medida su propia justificación, se acompaña un cuerpo de reglas dirigidas a limitar, a controlar y a racionalizar las actuaciones de aquel poder soberano. Éste preexiste a la constitución, y es además su garante fáctico.

Por otro lado, la constitución le ofrece a aquel poder plena legitimidad frente a la sociedad en su conjunto. En cierta medida el modelo de referencia aquí es aquel de la tradición bíblica de la "alianza" entre un poder todopoderoso y otro centro de relaciones, el pueblo, que reconoce formalmente aquel poder bajo la condición de que dicho poder se someta a unos controles o por lo menos a unas promesas, y acepte ser previsible y racional en sus actuaciones según una tabla de reglas que asume así un valor fundador de la sociedad en su conjunto. Esta tabla de normas frente a un poder que decide someterse a ella es lo que llamo constitucionalismo de los Antiguos.

Este modelo se halla muy presente en el constitucionalismo premoderno, especialmente en el constitucionalismo medieval, el cual, como es cono-

cido, se expresa en la dialéctica entre *iurisdictio* y *gubernaculum*. La *iurisdictio* es el ámbito de las relaciones entre individuos, allí donde el soberano promete abstenerse de entrar e intervenir, mientras el *gubernaculum* representa el área de las prerrogativas soberanas que no tienen que ser justificadas y limitadas, y donde incluso se pueden hacer valer los *arcana imperii*, y la *ratio regni* prevalece sobre cualquier otra consideración y argumentación¹. La constitución de los “Antiguos” registra esta distinción y separación de áreas, y al mismo tiempo las hace compatibles y coherentes. Es verdad que el soberano medieval no es todavía concebido en los términos del monarca absoluto; pero es cierto que tiene una ontología política originaria y que cualquiera dinámica convencionalista o contractual le ve como un actor independiente.

Ahora bien, este modelo no es temporalmente o cronológicamente delimitado y circunscrito al espacio del constitucionalismo medieval o premoderno. Se reproduce también en la modernidad jurídica, allí donde se supone sobre todo que el Estado, como estructura política, tiene una ontología propia que la constitución no llega a tocar o a alterar. Este modelo estatalista es propio fundamentalmente de la dogmática europea continental del Derecho público². El constitucionalismo, la vigencia de la constitución, no altera aquí los rasgos del Estado de Derecho tal y como los presenta por ejemplo la doctrina alemana del siglo XIX. La idea central es que primero hay el Estado, una estructura organizada del monopolio de la violencia y de la fuerza social, reflejo a menudo de una entidad más profunda, la *nación*, y que luego, en segundo lugar, con el Derecho logramos que esta estructura prometa respetar su organización misma y ciertos límites que de tal organización básicamente derivan. La constitución hace explícito el movimiento de autolimitación del Estado y funciona según el esquema de un horario de trenes. El Estado me dice cómo va a proceder y actuando así produce en sus súbditos unas expectativas, y éstas pueden en algún caso ser incluso título jurídico. Si el horario de trenes me asegura que podré salir de Berlín para Maguncia a las 10.30, esto me da el derecho de presentarme en la estación y de tomar el tren a la hora indicada. Si el tren tuviese que salir con retraso, o no salir, ten-

¹ Cfr. Ch. H. McILWAIN, *Constitutionalism Ancient and Modern*, rev. ed., Ithaca, Nueva York, 1966. Mi conceptualización de la distinción entre constitucionalismo de los Antiguos y de los Modernos, aunque inspirándose y en cierta medida apoyándose en la obra de McIlwain, sin embargo no coincide con ella.

² Cfr. M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Bologna, 1999, pp. 130 ss.

dría derecho a interponer una queja formal y quizás incluso a pedir una compensación por el daño eventualmente sufrido. Es este, dicho de manera un poco superficial, el sistema de la justicia administrativa, que es el verdadero fulcro del *Rechtsstaat* alemán.

En tal forma de Estado, sin embargo, la constitución no actúa como elemento productor del Estado; el Estado preexiste a la constitución, y tiene un rango (por lo menos ontológico) superior a ella. Es ésta –sea dicho de paso– una postura todavía viva en la doctrina jurídica alemana, defendida por ejemplo por iuspublicistas como Joseph Isensee y Winfried Brugger³. Para Brugger el contrato constitucional que produce los derechos fundamentales es un acuerdo no entre ciudadanos, sino entre individuos y el Estado⁴, el cual siendo una de las partes del contrato tiene obviamente una justificación y una existencia anterior al acuerdo mismo. Por consiguiente, la naturaleza del Estado resulta aquí en nada condicionada por el contrato constitucional, y sobre todo el Estado, allí donde considere que sea necesario, puede rescindir el contrato mismo sin poner en discusión su estructura fundamental e incluso con el argumento de preservarla.

Pero la gran ambición de la modernidad jurídica es que la comunidad política y con ella el Estado y el Derecho sean el producto de una acción de los ciudadanos. El constitucionalismo es el proceso de tal iniciativa “desde abajo”. Una formulación clásica de esta tesis es la del gran constitucionalista suizo Werner Kagi: “*Die Idee der Verfassung beinhaltet, unverlierbar und unabdingbar, die Bestimmung der Staatsordnung ‘von unten’*”⁵. Además, la acción de los ciudadanos que resulta en la constitución es consciente, creativa, y es ella misma productiva del orden político, es su “inicio”: “*A constitution –dice Louis Elkin, un constitucionalista norteamericano– is that which results from an effort to constitute*”⁶. Ulrich Preuss –constitucionalista alemán– reafirma la

³ Léase por ejemplo de J. ISENSEE, “*Staat und Verfassung*”, en J. ISENSEE y P. KIRCHHOFF (editores), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 1, Heidelberg, 1987, pp. 591-661. Se trata aquí –como subraya Ulrich K. Preuss– de “*eine theoretische Grundströmung, nach der die Verfassung bestenfalls der unbegreiflichen Kraft des Politischen von aussen Fesseln auferlegen, niemals jedoch seine inhärente Wildheit im Kern bezähmen und umformen könne*” (U. K. PREUSS, *Der Begriff der Verfassung und ihre Beziehung zur Politik*, en U. K. Preuss (editor), *Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen*, Frankfurt am Main, 1994, p. 10).

⁴ Véase W. BRUGGER, *Einschränkung des absoluten Folterverbots bei Rettungsfolter?*, en “*Aus Politik und Zeitgeschichte*”, vol. 36, 2006, 4 septiembre 2006, p. 13.

⁵ W. KÄGL, *Die Verfassung als Grundordnung des Staates*, Zürich, 1945, p. 49.

⁶ S. L. ELKIN, *Constitutionalism: Old and New*, en S. L. ELKIN y K. E. SOLTAN (editores), *A New Constitutionalism. Designing Political Institutions for a Good Society*, Chicago, 1993, p. 32.

misma idea: “*Eine Verfassung konstituiert ein politisches Gemeinwesen*”⁷. En este sentido el constitucionalismo es una práctica colectiva reflexiva. Aquí la ciudadanía es la otra cara de la soberanía; no hay soberanía sin ciudadanía, y esta última es “autopoiética”, en el sentido que define ella misma sus rasgos y competencias.

La noción de *Kompetenz-Kompetenz* se aplica tanto a la soberanía como a la ciudadanía. (Una ciudadanía que no comprendiese derechos políticos y electorales propios no podría decirse operativa ni conceptualmente identificable⁸). La noción tan popular y ambigua de “poder constituyente” revela en cualquier caso cómo y cuanto la constitución es considerada un momento especial de reformulación de los términos de la vida política. Es justo ese proceso de auto-fundación de la ciudadanía –que reencontramos en la fórmula del “poder constituyente– lo que yo llamo la Constitución de los Modernos.

La afirmación de Niklas Luhmann que mediante la constitución el sistema político resuelve los problemas relacionados a su auto-referencialidad⁹ apunta hacia la misma idea. Si a la terminología de Luhmann le quitamos el trasfondo de la teoría de sistemas, lo que nos queda es la consideración que la constitución señala y tiene que ver con la autodefinición y la autoproducción de una comunidad política. Es algo que indica una dinámica activa de convivencia; alguna forma de deliberación colectiva difusa sobre los criterios y los contenidos del orden político.

No es una casualidad o un mero punto de estilo el hecho de que los autores clásicos del Derecho público alemán hablen más de súbditos que de ciudadanos. Para el mismo Hans Kelsen, como es conocido, la figura del ciudadano tiene poco sentido; y siendo él bastante más liberal de Paul Laband o Georg Jellinek no hablará ya tanto de “súbditos”, *Untertanen*, como de “sujetos jurídicos”, *Rechtssubjekte*. Cualquiera que tenga que obedecer o acatar las normas del ordenamiento será un “sujeto jurídico”. Ciudadanía o nacionalidad no relevan a este fin. Hay aquí incluso un tono o una implicación cosmopolita; pero no encontramos ningún rasgo auténticamente democrático. Para Kelsen la constitución es una norma de grado jerárquico superior a

⁷ U. K. PREUSS, *op. cit.*, p. 11, cursiva en original.

⁸ Cfr. M. LA TORRE, “Ciudadanía y *gubernaculum* en el Tratado sobre la Constitución europea”, *Derechos y libertades*, núm. 16, enero 2007, pp. 41 ss.

⁹ Véase N. LUHMANN, “*Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*”, en *Rechtshistorisches Journal*, núm. 9, 1990, pp. 176 ss.

la ley. Esta postura por supuesto representa un progreso respecto al Derecho público alemán tradicional que al contrario equipara ley y constitución. Pero según Kelsen siempre hay tal constitución, su vigencia es analítica, no política. No hay principios y derechos fundamentales, además de las normas de distinto grado jerárquico. Todo esto es muy conocido y no hace falta detenerse aquí sobre la “teoría pura” del jurista vienés.

Sin embargo, las constituciones democráticas de nuestros tiempos, la española, la alemana, la italiana (o lo que queda de esta después de quince años de “berlusconismo”), son cuerpos normativos que incluyen “principios” substantivos y derechos fundamentales exigentes, y se presentan como el momento especial que fundamenta y proyecta el entero sistema estatal. Este nuevo tipo de constitución, que tiene su primer documento en la Constitución del 11 de agosto 1919 de la Republica de Weimar, como subraya Maurizio Fioravanti, “*non intende più [...] limitarsi all’ordinamento dei poteri, e al rinvio alla legge in funzione di garanzia dei diritti, e vuole piuttosto anche, e forse soprattutto, significare l’esistenza di alcuni principi fondamentali generalmente condivisi*”¹⁰. Si hay “principios” y derechos fundamentales que sirven como fines u objetivos de la actuación de los poderes públicos, estos últimos no tienen una esencia predeterminada anterior a aquellos principios y derechos. Además, la constitución en este caso tiene una fuerza normativa expansiva. Los principios y los derechos condicionan incluso las relaciones entre sujetos privados: es la *Drittwirkung* de la doctrina alemana, que radicaliza la eficacia de las normas constitucionales, haciendo de estas no sólo límites o pautas para los poderes públicos (como es el caso de la constitución según Laband, por ejemplo), sino también reglas para su formación y legitimidad, y no sólo vínculos que conciernen la esfera pública o estatal, sino también directivas fundamentales para la articulación de las relaciones de Derecho privado.

El constitucionalismo de los Modernos hace que el contraste tradicional entre constitucionalismo y democracia resulte en gran medida obsoleto. De hecho, el neo-constitucionalismo puede ser teoría y práctica del gobierno limitado en tanto en cuanto es al mismo tiempo teoría y práctica de un “gobierno absoluto”, en tanto en cuanto el gobierno y el Derecho positivo estén “absolutamente” penetrados por las normas constitucionales y éstas sean validas de manera “absoluta”, en el sentido que mantienen un contenido

¹⁰ M. FIORAVANTI, *Costituzione*, cit., p. 147.

“esencial” inderogable” e imbuyen todas las relaciones jurídicas. La alternativa evocada por autores como Nicola Matteucci o Antonio Negri¹¹, aunque desde bandos opuestos, *aut* democracia *aut* constitucionalismo, en este contexto por lo tanto pierde todo su dramatismo.

2.. NEO-CONSTITUCIONALISMO Y CONTRACTUALISMO

Permítanme, por favor, repetirme. La diferencia entre constitucionalismo de los Antiguos y de los Modernos es que el primero no llega a reformar o mejor dicho a producir la autoridad política o la soberanía, mientras que el constitucionalismo de los Modernos se da allí donde la constitución forma o crea los poderes públicos. El primer tipo de constitucionalismo es fundamentalmente defensivo, y es parcial, en el sentido que no penetra todo el ámbito de las funciones estatales. El neo-constitucionalismo por el contrario en principio no puede aceptar que algún ámbito del poder público le resulte extraño. Tiene que hacer paso a todas las tareas del Estado e incluso en cierta medida al contexto general de la sociedad. La *Drittwirkung* de los derechos fundamentales en esta perspectiva resulta muy sugerente: para el neo-constitucionalismo –como se ha dicho– los derechos fundamentales son vigentes y eficaces no sólo entre ciudadanos y poder público, sino también entre los ciudadanos en sus relaciones como sujetos de Derecho privado. Como es sabido, en la doctrina alemana se conceptualiza la *Drittwirkung* en general según la teoría del efecto mediato o indirecto a través de cláusulas generales y conceptos jurídicos que se llenarían de contenido a partir de los principios constitucionales.

Para el “constitucionalismo de los Antiguos”, además, los derechos sociales son pura retórica, no tienen relevancia jurídica. Por el contrario, dentro del paradigma neo-constitucionalista los derechos sociales son aquellos que revelan el programa constitucional como proyecto de convivencia y de comunidad. Son el complemento natural de los derechos civiles y políticos. El programa del neo-constitucionalismo así termina por coincidir *grosso modo* con el proyecto del Estado social. Como ha subrayado Klaus Günther, “the State goes from being an opponent of freedom to its guarantor. This transforms the general experience of freedom, which concretely shapes how it is understood:

¹¹ Cfr. A. NEGRI, *Il potere costituente*, II ed., Roma 2002. De Nicola Matteucci véase “Costituzionalismo e positivismo giuridico”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1963.

from freedom one fights for oneself, protected by the State only at its outer limits by abstract, general, predictable, determinate laws to State-constituted freedoms"¹². Es cierto que este proceso y la constelación del Estado social están llenos de ambigüedades y corren el riesgo de favorecer una noción de ciudadanía demasiado centrada en el Estado y sus prácticas paternalistas. Es posible que en este terreno la figura del ciudadano se deslice hacia aquella del "cliente" o del "consumidor".

Hay también versiones de Estado social que resultan de algún tipo de constitucionalismo "antiguo" que no tematiza ni pone en duda la realidad del Estado como centro originario de poder. Sin embargo, las experiencias de las democracias alemana, italiana y española de la segunda mitad del siglo XX asumen que el Estado social tenga que ser estructurado en los términos de un orden constitucional en el cual la libertad positiva juegue un papel especial. Derechos fundamentales y soberanía aquí no se presentan como dos esferas distintas y separadas: los derechos dan legitimidad y forma a la soberanía, y la soberanía se manifiesta en primer lugar como un cuerpo de derechos y valores (como ha subrayado, por ejemplo, Gaetano Silvestri, juez del Tribunal constitucional italiano¹³). En este caso la constitución representa y coincide con el proceso general mediante el cual los ciudadanos hacen política y producen con su acción colectiva una esfera pública. Tal acción colectiva reenvía a algún principio de solidaridad y al correspondiente fundamento material: que es la homogeneidad social a la cual tanta atención le dedicaba Hermann Heller. Aquí los derechos sociales son parte del proceso de integración necesario para producir de manera democrática el orden jurídico.

Derechos civiles, políticos, y sociales son elementos analítica, pero no evolutivamente, distintos de una misma práctica social que es aquella de la ciudadanía moderna. En este sentido la tesis de Marshall según el cual los derechos sociales definen la ciudadanía asume rasgos más plausibles. Una constitución moderna es un proyecto de sociedad y esto implica un criterio de redistribución de la riqueza y de los recursos. Los derechos sociales hacen que con los derechos fundamentales se pueda asumir esta teoría fundamentadora relacionándolos con principios sustantivos de justicia. En este sentido también la exclusión que Hannah Arendt hace de las necesidades

¹² K. GÜNTHER, "World Citizens Between Freedom and Security", *Constellations*, núm. 12, 2005, p. 387.

¹³ Véase G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe*, Torino, 2005.

básicas y de los intereses colectivos de la arena de la política¹⁴ aparece contra-intuitiva y de todas maneras no corresponde a lo que es el Estado constitucional de los “Modernos”. El Estado social al fin y al cabo es posible a través de derechos constitucionales y estos son condición necesaria (aunque no suficiente) de la soberanía.

Ahora bien, se podría objetar que tal constelación, la fuerza constituyente de la constitución con respeto a la soberanía, no es algo peculiar sólo de la experiencia del Estado constitucional “moderno”. Aquella fuerza productiva del orden del proceso constitucional típico de los Estados constitucionales de la segunda mitad del siglo XX podría encontrarse ya al comienzo, en los orígenes de la forma Estado, por lo menos en tanto en cuanto éste y su inicio son conceptualizados mediante doctrinas contractualistas. Por ejemplo, Hobbes y Locke ya presentan el orden político como producto de pactos y acuerdos, de manera que según ellos la soberanía sólo es posible y realizada a través de un acuerdo primigenio con el cual los individuos deciden de hacerse ciudadanos, es decir, de crear un cuerpo político que sea dirigido por un centro soberano. La soberanía aquí no es el hecho primigenio: por el contrario resulta de un poder constituyente. El Estado no coincide con este poder constitutivo, sino que emerge de los esfuerzos que se dan en la situación pre-estatal del “estado de naturaleza” y de la decisión colectiva de producir una situación de convivencia de otro tipo y fundamentalmente nueva. En este sentido –continúa la objeción– de verdad no hay gran diferencia entre constitucionalismo de los “Antiguos” y de los “Modernos”. Detrás de la forma del Estado nacional, desde sus comienzos más remotos, hay un pacto, un contrato, un acuerdo, una producción de nuevo Derecho, en cierta medida incluso desde la nada, ex nihilo.

La primera impresión es que esta objeción está en lo correcto y que una réplica resulte muy difícil. Es evidente que hay una diferencia entre el constitucionalismo medieval y el constitucionalismo que se relaciona al Estado nacional. En el primero el orden constitucional resulta del acuerdo entre dos partes que ya tienen una fuerte dignidad ontológica y una legitimidad independiente. Hay un señor o rey, y hay un cuerpo social, pueblo y barones, y los dos actores suscriben un compromiso por el cual el señor o rey no puede

¹⁴ Léase, especialmente, su diferenciación de las distintas actitudes de las revoluciones americana y francesa hacia la cuestión social y su crítica al constitucionalismo y a la práctica política de los revolucionarios franceses, en H. ARENDT, *On Revolution*, Harmondsworth, 1979.

actuar hacia el otro actor sin límites institucionales y sin consentimiento o aviso. El modelo aquí es grosso modo aquel de la “alianza” entre Dios, Nuestro Señor, y Su Pueblo. Nosotros vamos a obedecerTe y honorarTe, pero Tu, Señor, no nos pedirás actuar sino según una regla preestablecida y jamás más allá de ciertos límites. Son estos límites los que definen fundamentalmente la constitución medieval.

Este modelo resulta obsoleto después de la propuesta contractualista de Thomas Hobbes. El Leviatan no es un sujeto con el cual el pueblo intenta establecer un acuerdo o llegar a un compromiso. Leviatan es también el pueblo: lo comprende, lo engloba, de él surge, por él es creado. ¿Pero, donde está aquí la diferencia con lo que he llamado el constitucionalismo de los “Modernos” y que podríamos también etiquetar como “neo-constitucionalismo”? Ahora bien, no deberíamos olvidar que el contrato civil o político de Hobbes no resulta en ningún orden constitucional. El contrato o el acuerdo sí es la fuente o el origen de la comunidad política, pero no se reproduce en ésta. El acuerdo hobbesiano produce un poder, un soberano, que es todopoderoso, absoluto. No conoce límites. Aquí de manera explícita no hay leyes fundamentales, estructuras constitucionales, que el soberano no puede ignorar o violar o suprimir.

Dos momentos muy conocidos son suficientes –creo– para ilustrar el carácter nada constitucional del Leviatan y la desconfianza de su mentor, el gran Hobbes, hacia todo tipo de límites constitucionales a la plena manifestación de la soberanía. “*For a Fundamentall Law in every Commonwealth is that which being taken away, the Common-wealth faileth, and is utterly dissolved; as a building whose Foundation is destroyed. And therefore a Fundamentall Law is that by which Subjects are bound to uphold whatsoever power is given to the Sovereign*”¹⁵. La ley constitucional suprema según Hobbes es la delegación de poderes al soberano y el compromiso de obediencia a sus órdenes; todo lo demás es superfluo y contingente. Contingentes especialmente son las leyes que el soberano tiene que acatar: “*But to those Lawes which the Sovereign himselfe, that is the Common-wealth maketh, he is not subject*”¹⁶. De manera que podemos deducir que el acuerdo productivo del Estado no es una ley en sentido propio; es un pacto, pero no es verdadero Derecho. Todo el Derecho está en manos del soberano, sin que en este permanezca un resto del acuerdo.

¹⁵ T. HOBBS, *Leviathan*, ed. by C. H. Macpherson, Harmondsworth, 1982, p. 354.

¹⁶ *Ibid.*, p. 367.

Repugna a la naturaleza de la comunidad política –nos dice Hobbes– “*That he that hath the Sovereign Power, is subject to the Civill Lawes*”¹⁷.

De la lectura de Hobbes y de su doctrina con respeto al valor que él atribuye al contrato fundacional del orden político y a las leyes fundamentales o civiles que deberían limitar los poderes del soberano podemos así extraer la conclusión de que perspectiva contractualista y modelo constitucionalista no coinciden necesariamente. En cierta medida esta conclusión está confirmada incluso por la obra de John Locke. Según éste –como es el caso de Hobbes– es la producción de una voluntad común la que nos hace posible abandonar el estado de naturaleza y entrar en la condición civil. Es el poder legislativo “*the soul that gives Form, Life, and Unity to the Commonwealth*”¹⁸. Sin embargo, del poder legislativo podría ser titular el rey junto con otros sujetos, y tal monarca tendría “*the constant, supreme, executive power*”¹⁹. De manera que el orden constitucional aquí resultaría de una relación contractual entre el poder ejecutivo y otros cuerpos como una asamblea de representantes pro tempore (el parlamento, por ejemplo). En esta constelación una ley constitucional parece algo conceptualmente distinto del acuerdo entre individuos mediante el cual entramos en la condición política y en el espacio de la ciudadanía. La ley constitucional se da por lo tanto dentro de una estructura que precede y predetermina la ley misma y sus contenidos. No es éste el caso del constitucionalismo “fuerte” de los Modernos, donde la constitución y las leyes constitucionales presuponen sólo derechos, principios y valores, pero no órganos y “cuerpos” estatales preexistentes a las normas.

3. “ESTADO DE EXCEPCIÓN” Y CONSTITUCIÓN

Allí donde mejor se percibe y se aprecia la diferencia entre constitucionalismo “antiguo” y “moderno” es en su respectivo tratamiento de las situaciones de emergencia pública y del así llamado estado de excepción. Una lectura ideal-típica y reveladora, aunque en cierta medida idiosincrática, del “estado de excepción” es la que nos ofrece el constitucionalista e iusfilósofo Michel Troper²⁰. A su juicio éste, el estado de excepción, es una situación en

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ J. LOCKE, *Two Treatises on Government*, ed. by P. Laslett, Cambridge, 1990, p. 407.

¹⁹ *Ibid.*, p. 408.

²⁰ Véase M. TROPER, “L’état d’exception n’a rien d’exceptionnel”, en S. THÉDOROU (editor), *L’exception dans tous ses états*, Marseille, 2007.

la cual, invocando la existencia de circunstancias excepcionales especialmente dramáticas y la necesidad y la urgencia de enfrentarse y reaccionar a éstas –una catástrofe natural, una guerra, atentados terroristas, una epidemia, etc.– se suspende la aplicación de reglas que rigen normalmente el funcionamiento de los poderes públicos.

Sin embargo, el iusfilósofo francés llega a una primera conclusión que convencionaliza de manera radical la definición y la vigencia del estado de excepción, ya que afirma que éste no puede ser definido independientemente de las reglas que se les apliquen, las cuales por lo tanto son constitutivas del mismo estado de excepción. Esta consideración tiene un fondo de verdad que hay que tematizar: la ruptura de la normalidad fáctica de una sociedad, una catástrofe natural, un terremoto por ejemplo, se puede ver tremendamente radicalizada por la aplicación de cierta normativa de excepción. Entre la situación de excepción y la normativa de excepción, es decir la ruptura de la legalidad constitucional normal, no hay correspondencia necesaria. Y la ruptura de la constitución y del Estado de Derecho es la sanción, en cierta medida la declaración del estado de excepción mismo, o mejor dicho un acto con eficacia constitutiva con respeto a eso.

Sin embargo, la consideración ya subrayada lleva a Troper a una conclusión más extrema: que el estado de excepción no tiene nada de excepcional. Esto es así, ya que –aunque en la constitución formal no haya ninguna norma que regule y trate de la situación de emergencia – en todo sistema hay autoridades que poseen la competencia de adscribir a cierto hecho cualquier significado prescriptivo que esté al alcance (sólo) de la autoridad competente. En vista de la plasticidad de las normas y del ordenamiento siempre habrá poderes que allí donde lo reputen necesario invoquen una norma o un principio que les permita la aplicación de una normativa de excepción. Todo estado de excepción – en esta perspectiva –tiene tras de sí una regla constitucional implícita, ya que en todo orden constitucional hay órganos que pueden atribuirse un poder supremo de interpretación de las reglas. La normalidad de la posibilidad de la excepcionalidad en esta perspectiva se fundamenta además en una específica teoría de la interpretación jurídica según la cual el acto interpretativo sería un acto de decisión y de discrecionalidad no ulteriormente controlable. El sentido de un enunciado normativo sería aquel que le atribuye quien lo aplica. Así que la conclusión aquí es que quien puede aplicar e implementar el estado de excepción tiene al mismo tiempo el derecho de declararlo, y en cualquier orden constitucional hay un

nivel de competencias o poderes que se encuentra en dicha situación. La conclusión última es la siguiente: el estado de excepción no tiene nada de excepcional.

De manera inesperada, con esta argumentación nos acercamos a resultados parecidos a los que representan el punto de llegada de perspectivas y metodologías bien distintas: el institucionalismo de Santi Romano y el decisionismo de Carl Schmitt. Según éste último, como es conocido, el Derecho tiene en su corazón mismo la situación del poder absoluto sobre la norma. Como decía otro ius-publicista, Hermann Heller, extremizando la postura de Schmitt, soberano es aquel que puede violar la ley, o actuar *contra legem*, sin ser ilegal²¹. Y en tiempos mucho más recientes dos profesores británicos, que reivindicaban la singularidad de la experiencia del Derecho público, nos proponen una *Weltanschauung* neoschmittiana, cuando nos dicen que la norma jurídica está siempre pendiente de la situación de excepción: “*The legal norm remains subject to the political exception, which is an expression of the constituent power of a people to make, and therefore also to break, the constitutional authority of the state*”²². El que puede hacer puede también deshacer la regla. El “estado de excepción” sería así la referencia última y más verdadera de la normalidad legal y constitucional.

Respecto al “estado de excepción” en la doctrina jurídica nos encontramos en efecto tres distintas posturas. (a) La primera es aquella según la cual el estado de excepción sería una excepción a la “regla” (*extra ordinem*). En este caso se sale de la regla para salvar a la regla misma, se viola el orden para así mismo reestablecerlo. (b) Para la segunda postura el estado de excepción está dentro de la regla, pero no en el sentido de que el estado de excepción tendría que darse según alguna regla y siempre sin salir de ella, sino que ésta (la regla) tiene sus fundamentos en la posibilidad de su violación. Como escribe Georg Jellinek en su *opus magnum*, la *Allgemeine Staatslehre*, el soberano legítimo es tal si puede actuar como “usurpador” o si deriva su autoridad de la “usurpación” – lo que había sido anticipado por Joseph de Maistre con su fórmula de la soberanía como “*usurpation légitime*”²³. O bien –recordando una

²¹ Véase el capítulo quinto (sección A) de H. HELLER, *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts*, Berlin, 1927.

²² M. LOUGHLIN & N. WALKER, “Introduction”, en M. LOUGHLIN & N. WALKER (editores), *The Paradox of Constitutionalism, Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, 2007, p. 2.

²³ J. DE MAISTRE, “Essai sur le principe générateur des constitution politiques”, en Id., *Considérations sur la France suivies de Essai sur le principe générateur des constitutions politiques*, Paris, 2006, p. 207.

frase famosa y muy citada de Carl Schmitt– soberano es aquel que puede decidir sobre el estado de excepción; y Walter Benjamin, el gran escritor alemán, dice algo muy parecido cuando afirma que la violencia es un medio sea de protección o garantía sea de producción o creación del Derecho.

Jacques Derrida continúa esta línea de pensamiento, al subrayar la contradicción interna a la idea de “fuerza de ley”, que es ley sólo fuera de sí misma, ya que la ley se aplica desaplicándose²⁴. Y el filósofo italiano Giorgio Agamben repite más o menos lo mismo, pues sostiene que el Derecho se fundamenta sobre una serie de paradojas irresolubles: (i) que el estado de excepción es la situación en la cual la excepción se hace regla; (ii) que el estado de excepción es una suspensión del Derecho por el Derecho. Lo que le induce a llegar a la conclusión que la razón del Derecho es su violación, o, dicho de otra manera, que el fundamento del límite jurídico, del vínculo normativo, o del deber, es la ilimitación, la falta de vínculos, la decisión con mayúscula. “L’elemento normativo –escribe– ha bisogno di quello anomico per potersi applicare”²⁵. Por supuesto, a una parecida perspectiva se le abre la tierra bajo los pies, y es el abismo nihilista.

(c) La tercera postura es aquella según la cual el estado de excepción está dentro de la regla: es decir, aquí, no está en su fondo, en su “corazón de tinieblas”, sino que no hay emergencia que no pueda ser tratada *intra ordinem*, dentro de los parámetros normativos del sistema positivo vigente. En esta perspectiva se podría incluso decir –como lo hacía Troper– que *no hay nunca estado de excepción*. Pero se diría en un sentido opuesto al de la propuesta del profesor francés, ya que para él aquella frase quiere decir que todo el Derecho es “estado de excepción”, que la ruptura normativa es su razón de ser, mientras que esta tercera postura dice justo lo contrario: que todo el Derecho es negación del “estado de excepción”, y que éste de todas maneras podría darse sólo dentro del Derecho.

Ahora bien, ¿cómo se conducen el constitucionalismo de los Antiguos y el de los Modernos frente a la emergencia y al “estado de excepción”? Para el constitucionalismo de los Antiguos me parece que básicamente hay sólo dos opciones: (i) la del “estado de excepción” que se pone radicalmente e irremediabilmente *extra ordinem*, y que sin embargo así expresa el núcleo duro de la soberanía o, en otra terminología, de la estatalidad. De manera

²⁴ Léase J. DERRIDA, *Force de loi. Le fondement mystique de l'autorité*, Paris, 1994.

²⁵ G. AGAMBEN, *Stato d'eccezione*, Torino, 2004, p. 109.

que en este caso nunca tendríamos nuevo Derecho, pero sí una situación excusada y concebible desde el punto de vista de la legalidad vigente. La situación “extra ordinem” se tratará por el Derecho *ex post factum*, aplicándole alguna causa de justificación, probablemente la del “estado de necesidad”. Es ésta por ejemplo la postura de un constitucionalista siciliano, Ettore Lombardo Pellegrino. A él se enfrenta otro siciliano, el más famoso Santi Romano, en su discusión del régimen jurídico del terremoto de Messina de 1908. Para Lombardo Pellegrino las violaciones de la legalidad no se transforman nunca en actos (legales) de soberanía; sólo se pueden sanar con las justificaciones ofrecidas por el sistema jurídico normal.

(ii) La otra opción para el constitucionalismo “antiguo” es la del estado de excepción que se manifiesta *dentro de la regla*, en el sentido que le ofrece su “ultima ratio”, su legitimidad y validez en ultima instancia. Las palabras de Santi Romano en su importante escrito sobre el terremoto de Messina son al respecto muy sugerentes: “*Il diritto scritto non può mai escludere il diritto non scritto, e di questo specialmente quella parte che è data dalla necessità e che possiede in grado tanto più rilevante quell’innata vis, che da taluni si riconosce anche nella consuetudine. Perché essa rimanga nel campo del diritto positivo basta soltanto che si manifesti [...] nel senso di una forza che difende e protegge l’ordinamento vigente e si traduca in comandi dello Stato*”²⁶. En la formulación de Romano es cómo si hubiese un Derecho natural de otro tipo del tradicional, que está tejido de principios, valores y bienes objetivos. No; la ley natural aquí es *hecho*, facticidad. El Derecho natural del que el Derecho positivo depende –en esta reformulación– es el de la ontología (de la “necesidad”) de la situación concreta, de su “constitución material” –podríamos decir; es ésta la que gobierna la validez, sentido y aplicación de la regla.

Distinta es la manera de ver el “estado de excepción” del constitucionalismo de los Modernos. Según éste no hay soberanía posible fuera de la constitución, así que no habría una soberanía o estatalidad primigenia que pudiera manifestarse en ocasiones excepcionales. Las tristes experiencias de los regímenes autoritarios del siglo XX le han enseñado que entre el “Derecho de la crisis” y la “crisis del Derecho” la distancia es muy corta. Como decía Werner Käge: “*Das Notrecht hat die Not des Rechts erst eigentlich offenbart*”²⁷. En este modelo por consiguiente no hay algo más importante y básico para la constitu-

²⁶ S. ROMANO, *Scritti minori*, a cura di G. ZANOBINI, vol. 1, Milano, 1950, p. 300.

²⁷ W. KÄGI, *op. cit.*, p. 17.

ción que proteger frente al peligro y a la emergencia. Aquí la constitución no es una simple superestructura que pueda ser sacrificada para salvar la estructura fundamental del orden político que encontramos en un lugar más recóndito y profundo. No hay detrás o debajo de la forma o costra constitucional una materia que esté permanentemente en ebullición –la soberanía– y que en ocasiones pueda romper la forma y la costra y dejarse ver en sus rasgos más brutos. La conclusión de semejante perspectiva es que el orden constitucional lo abarca todo, es decir, el todo de la convivencia en sociedad, y que cualquier emergencia y situación excepcional no puede salirse del orden constitucional mismo. Sus principios y sus derechos valdrán y serán activos incluso allí donde el orden constitucional resulte amenazado, parezca derrumbarse, o ser derrocado por fuerzas humanas o superhumanas.

Las implicaciones de estas distintas actitudes son bastante claras y explican el contenido de las diversas posturas. Bastante evidente resulta la diferencia en materia de tratamiento y protección de los derechos fundamentales. Para el constitucionalismo de los Antiguos los derechos se pueden suspender sin necesidad de revocar la constitución o sin abrogar o violar el derecho positivo vigente. O bien, en el caso de la versión más rebelde de soberanía (como hecho –ocasional y en sí mismo excepcional– de fundamentación y producción de la norma jurídica), los derechos obviamente estarán pendientes de la decisión soberana y no la podrán transcender ni limitar.

Sólo en el constitucionalismo de los Modernos los derechos fundamentales logran mantener su vigencia en la situación de emergencia, o en el “estado de excepción”, aunque reducidos o recortados en su ámbito y en su intensidad. En este modelo la regla paradigmática de esta permanente vigencia de los derechos fundamentales es la que recoge la interdicción absoluta de la tortura. A este respecto permítanme recordarles la primera parte del artículo quince de la Constitución española de 1978: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

Si el soberano es aquel que decide sobre el estado de excepción, es decir decide sobre lo que hay que definir como “estado de excepción”, allí donde éste (el “estado de excepción”) se subjetivice, se piense o se presente en la forma de sujetos, individuos, “excepcionales” que producen una situación de peligro o emergencia muy grave, en este caso el soberano será también aquél que pueda indicar o definir quienes son los enemigos “excepcionales” del orden público. Al soberano por lo tanto se le adscribe el poder supremo

de calificar jurídicamente los sujetos y por consiguiente de discriminar entre los “amigos” (a los cuales se les reconocen subjetividad jurídica y derechos) y los “enemigos” (los “detentores” o “difusores”, para así decir, del estado de excepción). A estos últimos, a los “enemigos”, se les quita toda calidad de sujeto jurídico y de sujeto de derechos fundamentales. La extraña categoría elaborada por la Presidencia de Bush hijo, “*illegal enemy combatants*”, para los cuales no vale ni siquiera el derecho humanitario de las Convenciones de Ginebra, esta noción que va más allá del estatus del delincuente y del enemigo en guerra, es el fruto de tal radical articulación de la perspectiva de la soberanía como decisión sobre la excepción.

Sin embargo, en el constitucionalismo de los Modernos no se puede en principio dar tal constelación. En este modelo la adscripción de subjetividad jurídica no es el resultado de ningún acto absoluto de soberanía; en primer lugar, porque ésta, la soberanía, se ha disuelto en la constitución, en sus valores y en su práctica, y en segundo lugar porque tal constitución está hecha de derechos humanos inalienables. Para el constitucionalismo moderno no hay separación entre declaración de derechos humanos y constitución en sentido estricto, y las previsiones de la primera son parte integrante de la segunda y tienen su misma fuerza vinculante. Son los derechos humanos su materia prima y su sustancia.

Finalmente, en el modelo neo-constitucionalista la subjetividad jurídica es independiente de la soberanía en tanto en cuanto la constitución misma presupone como una especie de categoría constitucional “trascendental” la autonomía de los individuos que discuten y quieren darse una constitución y actuando así asumen y producen derechos. La noción misma de “poder constituyente”, una vez que no pase por el filtro de la lectura esencialista y comunitarista, puede plausiblemente legitimar tal transcendentalidad de los derechos. Aquí se da lo que podríamos llamar el “círculo virtuoso” de la ciudadanía: éste se manifiesta en la exigencia y en la posibilidad de contribuir a la producción de las normas por quienes tienen que acatar las normas mismas. Ninguna constitución de los Modernos podría darse sin ciudadanos, y ninguna ciudadanía sería verdadera sin subjetividad y titularidad de derechos.

4. IMPLICACIONES. EL CONCEPTO DE DERECHO

Si es plausible que haya distinción entre una constitución de los Antiguos y una de los Modernos, será interesante ver si de tal distinción puedan

derivarse implicaciones para el concepto de Derecho en general. Podría ser que –como cree por ejemplo Luigi Ferrajoli– se haya producido un “*mutamento di paradigma dello stesso diritto positivo indotto dalla costituzione*”²⁸. Y que esto nos obligue a modificar nuestras asunciones iusfilosóficas.

La tradición, de la cual son intérpretes al mismo tiempo el positivismo jurídico y la escuela de Derecho natural, cree que el Derecho fundamentalmente es fuerza y violencia o por lo menos que su conexión con la fuerza y violencia es necesaria y conceptual. Esto se ve claramente por ejemplo en autores como Jeremy Bentham y John Austin, según los cuales el Derecho consiste de imperativos apoyados por amenazas de actos violentos. Y esto es así también en el iuspositivismo revisado y formalista de Hans Kelsen (para el cual –como es conocido– la norma jurídica tiene como su objeto y contenido la sanción, generalmente la pena). Esta perspectiva no cambia mucho en el iuspositivismo de corte realista: piénsese por ejemplo a Karl Olivecrona, que define el Derecho como “organización de la fuerza”²⁹, o al decisionismo meta-ético y judicial de Alf Ross³⁰ –que nos dice que hablar de justicia es más o menos equivalente a golpear con los puños una mesa y que la validez de una norma jurídica encuentra su fundamento en la decisión última y no ulteriormente justificable de los jueces.

En el ámbito iusnaturalista las cosas curiosamente no van por otro camino. Lo que importa aquí no es cómo se estructura la relación entre ciudadanía y poderes públicos o cómo los valores (objetivos) puedan ser reconocidos y operacionalizados en una deliberación colectiva. Lo verdaderamente relevante es que unos valores sustantivos sean apoyados y realizados en el mundo del ser como que sea, y la fuerza aplicada por quien tiene la capacidad de hacerlo (el soberano) les parece el medio más eficaz y así razonable. Piénsese, por ejemplo, en la teoría de John Finnis, probablemente el iusnaturalista contemporáneo más influyente, para el cual el Derecho natural para ser aplicado necesita un acto de determinación del poder público, y éste es cualquier actor social que con eficacia pueda lograr la coordinación de conductas y sobre todo la implementación de los valores objetivos del Derecho

²⁸ L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, 1999, p. 55.

²⁹ Véase K. OLIVECRONA, *Law as Fact*, London, 1939. Se ha olvidado –y por esto puede ser importante recordarlo– que Olivecrona defiende una visión del Derecho internacional de corte schmittiano, centrada sobre la noción de *Grossraum*: léase K. OLIVECRONA, *England oder Deutschland?*, Lübeck, 1941, e Id., *Europa und Amerika*, Berlin, 1943.

³⁰ Véase, entre otras obras, sobre todo A. ROSS, *On Law and Justice*, London, 1957.

natural. La legitimidad del poder público en esta perspectiva resulta fundamentalmente de la eficacia del poder en juego; lo que Finnis reconoce ser un “principio quizás escandalosamente bruto (*stark*)”.

En la “tradición” del pensamiento jurídico (del que es expresión el constitucionalismo de los Antiguos) sin embargo no hay escándalo alguno frente al uso, incluso extremo, de la fuerza. Tortura y pena de muerte no son inadmisibles, por ejemplo, para el iusnaturalismo tomista (tan presente en la obra de Finnis) o para el utilitarismo de Jeremy Bentham (que es también el padre de la *analytical jurisprudence*), el cual aprueba el tormento en casos más o menos excepcionales. Si aceptamos la detención (que por cierto es violencia), ¿por qué –argumenta el filósofo británico– no deberíamos aceptar la tortura que es aplicación de violencia menos duradera y más breve de la detención? Lo mismo más o menos –aunque de otra manera– nos dice, por ejemplo, Michael Moore, un profesor americano que se apunta al iusnaturalismo y que sin embargo llega sin temblar a aprobar la tortura del inocente (la del culpable y delincuente le parece casi cosa obvia y que no merece demasiada discusión)³¹.

John Finnis no ve ningún escándalo en la pena de muerte³², y su discípulo Robert George apoya con entusiasmo la guerra preventiva³³. Lo mismo hace Philip Bobbitt, refinado jurista y profesor de la universidad de Harvard³⁴. Richard Posner, el gran teórico de “law and economics”, nos recuerda –siguiendo aquí *expressis verbis* a John Finnis– que la constitución no puede ser un “pacto suicida”. En un libro con este mismo título, *Not a Suicide Pact*, que bastante lúgubramente inaugura una serie de volúmenes sobre “*Inalienable Rights*” publicada por Oxford University Press, nos dice que por supuesto en situaciones de emergencia la ley suprema es la *salus populi*, la supervivencia del Estado, y que para conseguir tal vital objetivo la constitución puede ser sacrificada. Así que también puede ser sacrificado el derecho a ser feliz de los distintos individuos, sometiéndoles a aquella antigua y económicamente eficaz forma de infelicidad que suele llamarse tortura. “*The*

³¹ Léase M. MOORE, “Torture and the Balance of Evils”, *Israel Law Review*, núm. 23, 1989.

³² Véase por ejemplo J. FINNIS, J. BOYLE & G. GRISEZ, *Nuclear Deterrence, Morality and Moral Realism*, Oxford, 1989, p. 317.

³³ Véase R. P. GEORGE, *Just War in Irak*, en http://www.americanvalues.org/html/1b_robert_george.html

³⁴ Véase P. BOBBITT, *Terror and Consent. The Wars for the Twenty-First Century*, London, 2008.

nation –subraya Richard Posner– *is prior to the Constitution*”³⁵. De manera que no se entiende por qué la constitución no tendría que plegarse a las urgencias y exigencias de la nación. Al padre le sigue el hijo, y Eric Posner tampoco se sustrae a la tarea de recomendar la tortura, a la cual pero se le da otro nombre, menos fuerte: “*coercive interrogation*”³⁶.

“*La première loi, c’est la nécessité; la première justice c’est le salut public*” –ya lo había dicho Napoleón³⁷. Sin embargo, si la “salud pública”, la *salus populi*, se identifica con la *salus iurorum* y la *salus constitutionis*, con la permanencia de los derechos fundamentales o por lo menos de su “contenido esencial”, si la constitución es constitutiva del Estado, la regla, la norma, están en el corazón mismo del ordenamiento y de la forma de vida que queremos proteger y salvar. Aquí Derecho no es cualquier prescripción o decisión; no puede tener cualquier contenido (como dice Kelsen en una frase célebre de la primera edición de la *Reine Rechtslehre*), y como en cierta medida y sorprendentemente repite Finnis confiando en un criterio fáctico de autoridad “*perhaps scandalously stark*”³⁸. La constitución en el constitucionalismo de los Modernos no puede prescribir algo que sea su contradicción y negación. La fuerza como tal en este caso no es Derecho y nunca lo será. Desde esta perspectiva no vale el dicho de Martín Lutero, “*Recht ist Gewalt*”, el Derecho es violencia. Ni está la violencia al lado del Derecho como su permanente doble para poderle remplazar en “los tiempos del cólera”. En efecto, como nota Jürgen Habermas, la modernidad jurídica y su acompañarse al paradigma neo-constitucionalista han puesto en marcha un proceso de civilización de la práctica jurídica, quitándole mucho de sus anteriores rasgos autoritarios y coactivos: “*Seit dem späten 18 Jahrhundert haben Recht und Gesetz die politisch verfasste Regierungsgewalt durchdrungen und ihr im Binneverkehr den substanzialen Charakter einer blossen ‘Gewalt’ abgestreift*”³⁹.

En la perspectiva neo-constitucionalista la fuerza ha sido desestructurada más que por la ley como estructura formal general por los principios y las nor-

³⁵ R. A. POSNER, *Not a Suicide Pact. The Constitution in a Time of National Emergency*, Oxford, 2006, p. 4.

³⁶ Véase E. A. POSNER & A. VERMEULE, *Terror in the balance. Security, Liberty, and the Courts*, Oxford, 2007.

³⁷ Cfr. W. KÄGI, *op. cit.*, p. 35.

³⁸ J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 1980, p. 250. Cfr. A. MENENDEZ, “Bush It’s Constitutional and Legal Theory. The Constitution of Emergency Between Law and Propaganda”, en B. R. CLUCAS et al. (eds.), *Torture. Moral Absolutes and Ambiguities*, Baden-Baden, 2009.

³⁹ *Nach dem Bankrott*, entrevista en *Die Zeit* del 6 noviembre 2008.

mas de la Constitución – que es la que genera la fuerza, al darle criterios y límites y una conformación procedimental. El Estado ha perdido a su Príncipe⁴⁰. Se puede aquí quizás emplear de nuevo la fórmula de Olivecrona, la Constitución es “organización de la fuerza”, pero es organización que la pliega, que la vence, que la doma y “civiliza”. Por consiguiente, el Derecho se hace “moderado”, “templado”, “mite” –como dice Gustavo Zagrebelsky⁴¹. En el constitucionalismo de los Modernos el Derecho se hace básicamente *discurso sobre el Derecho*, ya que la Constitución es eminentemente discurso sobre la constitución (como lo subraya, por ejemplo, Peter Häberle con su fórmula de la constitución como “comunidad abierta de interpretación”⁴²). Desde esta perspectiva las instituciones de la constitución “protegen la posibilidad de su propio comenzar”⁴³, es decir, su práctica discursiva reflexiva y los derechos de los cuales ésta se alimenta. En un contexto así definido la fuerza allí donde se da, si se da, es todavía parte del discurso del Derecho, el discurso en este caso de su aplicación, nunca de todas maneras de su discurso de justificación.

El concepto de Derecho de los Modernos no puede ser aquel cargado de violencia e irracionalidad de un Martín Lutero o de un Carl Schmitt. Tan poco sirven el mandato amenazador de Bentham o Austin, o la regla sobre la sanción de Kelsen, o la maquinaria de la fuerza de la que habla Olivecrona, o el decisionismo judicial de Alf Ross. En el modelo neo-constitucionalista el Derecho no se apoya para su producción sobre el hecho de la violencia, la “usurpación” por ejemplo de la que habla Georg Jellinek, o sobre una decisión sin argumentos y razones. La violencia y la decisión sin razones por el contrario son vistas en principio como las situaciones que más repugnan al Derecho. La violación de la Constitución no formará parte del discurso del Derecho, aunque desde varios frentes se repita que es esta violación lo que se oculta bajo el barniz normativo de los conceptos jurídicos.

MASSIMO LA TORRE

*Università degli Studi “Magna Graecia” di Cantazaro
Campus Universitario “Salvatore Venuta”
(88100) Catanzaro (Italia)
e-mail: mlatorre@unicz.it*

⁴⁰ Cfr. G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe*, cit.

⁴¹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

⁴² Véase P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, Berlin, 1978, pp. 78 ss

⁴³ D. INNERARITY, *La libertad como pasión*, Pamplona, 1991, p. 103.

ANTIFORMALISMO Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

ANTI-FORMALISM AND LEGAL REASONING

JOSÉ MANUEL CABRA APALATEGUI

Universidad de Málaga

Fecha de recepción: 17-03-10

Fecha de aceptación: 5-10-10

Resumen: *El contexto filosófico y teórico en el que surgen las Teorías de la argumentación jurídica se caracteriza por la rehabilitación de la filosofía práctica y por el rechazo de los presupuestos metodológicos del formalismo jurídico. Las teorías de Theodor Viehweg, Chaïm Perelman o Luís Recaséns Siches –precursores de la disciplina– comparten una actitud crítica frente a dos de las tesis generalmente asociadas al formalismo: por un lado, la caracterización del razonamiento jurídico como un razonamiento deductivo y, por otro lado, la teoría del silogismo jurídico. Sus objeciones, sin embargo, se dirigen en una dirección equivocada, al contraponer las dimensiones formal y material del razonamiento jurídico.*

Abstract: *The philosophical and theoretical context in which the theories of legal reasoning emerge is characterized by the rehabilitation of practical philosophy and the rejection of the legal formalism methodological assumptions. Theodor Viehweg, Chaïm Perelman o Luís Recaséns Siches theories –precursors of the topic– share a critical attitude against two of the thesis usually associated to formalism: on the one hand, the characterization of legal reasoning as a deductive reasoning and, on the other hand, the theory of legal syllogism. Their objections, however, point at the wrong target when opposing the formal and material dimensions of legal reasoning.*

Palabras clave: formalismo, argumentación jurídica, lógica jurídica, silogismo jurídico

Keywords: formalism, legal reasoning, legal logic, legal syllogism.

1. LA CRÍTICA AL FORMALISMO EN LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Son varios los factores que suelen señalarse como causantes del auge y desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica a partir del último tercio del pasado siglo. En primer lugar, factores *filosóficos*, como consecuencia de la proyección al ámbito jurídico del renovado interés por la filosofía práctica desde la postguerra; en segundo lugar, *teórico-jurídicos*, que se manifiestan no sólo en el giro pragmático producido en la teoría del derecho, sino en la propia fisonomía de los Estados constitucionales; y, en tercer lugar, factores *políticos*, en cuanto que la discusión racional y el control intersubjetivo conectan con el “sentido profundo” de la democracia y la nueva concepción del poder, que necesita justificar sus decisiones en argumentos¹. Otros autores asocian este auge más específicamente al desarrollo de la teoría de la argumentación racional en la filosofía moral (Habermas): del mismo modo que ésta supuso una tercera vía en la empresa de fundamentación de los juicios morales, superadora, por un lado, de la metafísica (ética de los valores), y por otro, de los planteamientos no cognitivistas (emotivismo y decisionismo), *las teorías de la argumentación jurídica representan también una alternativa al determinismo jurídico, y al irracionalismo determinista, por otro*².

Sean cuales fueren los factores determinantes que explican su éxito, la teoría de la argumentación jurídica parece presentar en sus comienzos una doble vertiente: de un lado, participa del intento de superación de la estrecha concepción de la racionalidad heredada del positivismo cientificista –lo que ha dado en llamarse *rehabilitación de la razón práctica*– que había reducido lo racional al principio de verificación y a la lógica formal, hasta la total disolución de la filosofía práctica en cualquiera de sus manifestaciones; de otro, supone el rechazo de los presupuestos metodológicos del formalismo jurídico. La rehabilitación de la razón práctica intenta recuperar para el do-

¹ M. ATIENZA, “Argumentación jurídica”, en E. GARZÓN VALDÉS; F. J. LAPORTA (Eds.), *El Derecho y la Justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Trotta, C.S.I.C., B.O.E., Madrid, 1996, p. 231-238, aquí, pp. 231-232; Id. *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, p. 15 y ss.; F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Positivismo y teorías de la argumentación jurídica”, *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 45, 2000, p. 359-382, aquí 359 y ss.

² U. NEUMANN, *Juristische Argumentationslehre*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1986, p. 2.

minio de la razón las cuestiones prácticas, rebatiendo las distintas formas de subjetivismo y escepticismo valorativo que habían crecido a la sombra del positivismo lógico. Sin embargo, la búsqueda de nuevos modos de racionalidad en el ámbito jurídico está quizás más relacionada con la superación de una concepción tradicional (formalista) del Derecho, que con una teoría de la razón práctica o de la justicia en sentido estricto. Lo esencial de estos planteamientos –me parece– es la concepción de los problemas jurídicos asociados a la interpretación y aplicación del derecho como un tipo específico de problema práctico, cuya solución en la mayoría de los casos no se encuentra *ex ante* en el ordenamiento jurídico.

Es lugar común asociar los nombres de Theodor Viehweg, Chaïm Perelman o Luis Recaséns Siches a los inicios de la teoría de la argumentación jurídica; a ellos se debe la revitalización de la tópica y la retórica en el ámbito jurídico, antecedentes inmediatos de las modernas teorías de la argumentación. Sin embargo, comparados con los autores de la segunda generación (Alexy, MacCormick o Aarnio), los precursores no presentan modelos argumentativos sofisticados y plenamente desarrollados, *acaso porque estuvieran más preocupados* por mostrar las insuficiencias de una determinada concepción del derecho y por construir una alternativa, que por corregir sus errores. El resultado de este afán rupturista es que prestan una muy escasa atención al método jurídico tradicional y lo que de ahí pudiera salvarse, equivocando el alcance de sus críticas.

Tiene sentido, por tanto, volver a revisar los presupuestos de los que partían los primeros teóricos de la argumentación jurídica, sus logros y sus errores, porque lo que no puede discutirse es que de todo aquello ha quedado un modelo teórico absolutamente consolidado cuyas repercusiones para la teoría del derecho están todavía en pleno desarrollo.

La construcción de las primeras teorías de la argumentación jurídica opera por oposición a una concepción del derecho y, sobre todo, a una concepción de la actividad judicial que, en términos muy generales, podemos denominar como formalista. El término es cuando menos ambiguo, si bien puede apreciarse una constante en su uso, casi exclusivamente peyorativo.

Martin Stone ha identificado al menos siete modos de formalismo –o si se prefiere, de ser acusado de formalista– consistentes en: (i) defender iguales derechos para todas las personas a poseer propiedades y a realizar contratos mediante los cuales intercambien sus propiedades o su trabajo; (ii) intentar obtener información acerca del derecho, ya sea con fines teóricos o

prácticos, a partir de su “forma”, sin atender a su contenido específico, producto de una determinada situación histórica, social o antropológica; (iii) adherirse a las reglas jurídicas sin considerar los principios morales o políticos en que ésta se fundamenta, o el rechazo a que los jueces puedan añadir excepciones a la regla en función de dichos principios a los que la regla sirve; (iv) defender que hay casos en los que la aplicación del derecho no requiere una actividad interpretativa o que, al menos, la resolución de dichos casos no remite a principios políticos o morales; (v) sostener que, de uno u otro modo, el derecho es un sistema completo y coherente, que proporciona una solución para cada caso que se la plantea, lo que supondría que los jueces se mantienen siempre dentro de los límites del derecho y no crean derecho cuando toman sus decisiones; (vi) defender que la validez de las normas jurídicas no depende del contenido de éstas, o que el derecho puede ser identificado recurriendo a fuentes distintas de la moral o la política; y (vii) negar que el derecho en su conjunto, o un subsistema jurídico, sea concebido como un instrumento de política social³. Es innegable que entre todas estas tesis existe un “parecido de familia”, pero es evidente también que se trata de cuestiones lógicamente independientes cuya relevancia para la cuestión que nos ocupa es desigual.

Como otros muchos autores antiformalistas antes que ellos, Viehweg, Perelman o Recaséns pusieron en su punto de mira una concepción del derecho y de la actividad judicial que suele caracterizarse, de forma algo imprecisa, por el uso de la lógica deductiva y el carácter mecanicista de la aplicación jurídica. Según esta concepción, la actividad judicial podría ser representada por un silogismo en el que la conclusión –el fallo– es obtenido a partir de una premisa normativa (norma jurídico-positiva) y una premisa fáctica (afirmación de un estado de cosas o la ocurrencia de unos hechos). Paradójicamente, esta concepción raramente ha sido defendida en estos términos como una descripción ajustada de lo que los jueces hacen cuando resuelven casos conforme a derecho y es muy probable que, como señala Stone, la figura del “formalista”, tal y como ha sido concebido por las distintas corrientes antiformalistas, sea más bien un personaje de la mitología jurídica⁴.

³ M. STONE, “Formalism”, en J. COLEMAN; S. SHAPIRO (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy*, OUP, 2004, pp. 166-205, especialmente, pp. 170-171.

⁴ M. STONE, “Formalism”, *cit.*, p. 172.

En este trabajo me propongo analizar los argumentos con los cuales justifican el abandono de la concepción tradicional los precursores de la teoría de la argumentación jurídica y la construcción de un nuevo paradigma teórico. Estos argumentos pueden agruparse en dos grandes críticas: la crítica al papel de la lógica⁵ en el razonamiento jurídico y la crítica a la teoría del silogismo. Centraré especialmente mi atención en la obra de Recaséns Siches, menos estudiada que las Viehweg o Perelman, pero enormemente clarificadora para el propósito que nos hemos propuesto⁶.

2. LA LÓGICA EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO

El debate acerca de la función y el alcance de la lógica en el razonamiento jurídico pasa por ser “[u]na de las discusiones más desenfocadas que ha padecido la teoría del derecho del siglo XX”⁷. Hasta qué punto es cierta esta apreciación se puede comprobar en las posturas críticas y antilogicistas de los primeros teóricos de la argumentación.

Quizás los ataques más furibundos al empleo de la lógica en el razonamiento jurídico sean los de Recaséns, que sintetiza todos los males de la teoría y la práctica jurídicas del s. XIX en “la invasión del campo jurídico por el espíritu cartesiano, es decir, por el espíritu matemático-geométrico” y su consecuencia inmediata, a saber: “el indebido trasplante de una especie de imperialismo matemático al ámbito de los problemas humanos”⁸. Aunque sus consignas transmiten con claridad la idea de que resulta imposible reducir la aplicación del derecho a una operación deductiva y que el papel de la

⁵ Quizá esta referencia genérica a la lógica padece de imprecisa, habida cuenta de la complejidad que esta cuestión ha alcanzado en nuestros días, pero no sólo es ese el tenor de las críticas de los autores de que trata este trabajo, sino que es precisamente esta indefinición y los equívocos que se producen en torno a este problema lo que aquí se dilucida.

⁶ Algunas consideraciones sobre la obra de Recaséns pueden verse en M. ATIENZA “Para una razonable definición de “razonable””, *Doxa*, núm. 4, 1987, pp. 189-200, aquí, p. 190; y M. GASCÓN ABELLÁN / A. J. GARCÍA FIGUEROA, *La argumentación en el Derecho*, Palesstra, 2ª ed., Lima, 2005, pp. 84 y ss.

⁷ J. A. GARCÍA AMADO, “La teoría de la argumentación jurídica: logros y carencias”, *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 45, 2000, pp. 103-129, cita en p. 104.

⁸ L. RECASÉNS, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, Porrúa, 3ª ed. copiosamente aumentada, México, 1980, cita en p. 257.

lógica en el razonamiento jurídico es marginal y eventual⁹, las invectivas de Recaséns adolecen, las más de las veces, de cierta confusión analítica.

La crítica al papel de la lógica en el razonamiento jurídico no pretende, naturalmente, desplazar los problemas prácticos y jurídicos fuera del ámbito de lo racional; muy al contrario, lo que se quiere poner de manifiesto es que la lógica formal, no agota los dominios de la razón, sino que es una “provincia” o un sector de la misma, o sea, que “aparte de la lógica formal de la inferencia, hay otras regiones que pertenecen igualmente al logos, pero que son de índole muy diversa de aquella lógica de lo racional”¹⁰. Estos ámbitos de racionalidad no deductiva son los pertenecientes al logos de lo razonable, propio de los problemas humanos. En este mismo sentido distingue Perelman entre la parcela de la razón gobernada por el razonamiento demostrativo (lógica deductiva) y aquella otra que, en ausencia de procedimientos concluyentes, está reservada a la argumentación¹¹.

En las críticas al empleo de la lógica en el razonamiento jurídico se plantean, confundidiéndolas, cinco cuestiones que debemos diferenciar: (i) la posibilidad de realizar inferencias lógicas entre enunciados normativos; (ii) la obtención por vía deductiva de una solución para cada problema jurídico; (iii) que el establecimiento de las premisas del razonamiento no es una cuestión de tipo lógico; (iv) los resultados indeseables que en ocasiones pueden derivar de la aplicación de las normas positivas; y (v) el contenido de las normas jurídicas tampoco es una cuestión lógica.

(i) Cuando Recaséns afirma que el gran error de la ciencia jurídica del siglo XIX, sobre el que gira la crítica a la concepción tradicional, es “el error de suponer que las normas del Derecho positivo constituyen pretensiones de

⁹ Así, la lógica de lo racional (en contraposición a la lógica de lo razonable) “tiene aplicación solamente al estudio de las formas *a priori* o esenciales de lo jurídico” o “cuando dentro de un problema jurídico hay que efectuar mensuras geométricas, o cálculos aritméticos, o determinar la identidad entre dos o más hechos, pero sin afectar jamás a la entraña de la cuestión auténticamente jurídica que se haya planteado” (L. RECASÉNS, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”*, FCE/UNAM, México, 1971, citas en pp. 536 y 508, respectivamente).

¹⁰ L. RECASÉNS, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”*, cit., p. 519.

¹¹ “La naturaleza misma de la deliberación y de la argumentación se opone a la necesidad y a la evidencia, pues no se delibera en los casos en los que la solución es necesaria ni se argumenta contra la evidencia. El campo de lo verosímil, lo plausible, lo probable en la medida en que este último escapa a la certeza del cálculo” (Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado de la argumentación*, trad. Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Gredos, 1989, p. 30).

verdad, las cuales, por lo tanto, deben ser tratadas mediante métodos de lógica pura¹²; que “las normas jurídicas no son proposiciones lógicas susceptibles de verdad o falsedad”¹³; que los contenidos de las normas jurídico-positivas “no son cognitivos de fenómenos, ni de conexiones lógicas, ni de ideas puras; antes bien, son normativos o imperativos”¹⁴; o que “no pueden ser tratados por los métodos de la lógica tradicional”¹⁵; parece sugerir, entre otras cosas, que las reglas de inferencia lógica no son aplicables a las normas jurídicas por tratarse éstas de enunciados normativos y no descriptivos.

Éste es el problema conocido como “dilema de Jørgensen”, largamente discutido por los lógicos y los teóricos del derecho¹⁶. Aunque Recaséns conocía los intentos de desarrollar una lógica específica de normas (lógica deóntica), por parte de von Wright, García Maynez, Kalinowski o Miró Quesada, *no se interesa en esta cuestión sino* “pone en evidencia que ni siquiera en el campo de las formas esenciales o necesarias, o *a priori*, se trata de haberse-las con la lógica general de lo enunciativo que garantice la *verdad* y evite la *falsedad*”¹⁷. En otros términos, porque pretende ver confirmada en ella su convicción inicial acerca de la irrelevancia de la lógica formal en el razonamiento jurídico. Una lectura siquiera superficial permite comprobar que, aunque en ambos casos se cuestiona la idoneidad de la lógica como instrumento del razonamiento jurídico, la postura de Recaséns no apunta en la

¹² L. RECASÉNS, “Unicidad en el método de interpretación del Derecho”, en *Estudios Jurídico-Sociales. Homenaje al Profesor Luis Legaz y Lacambra*, Santiago de Compostela, T. I, pp. 213-243, cita en p. 213; Id. *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”*, cit., p. 499.

¹³ L. RECASÉNS, “Nueva filosofía de la técnica jurídica”, *Dianoia*, núm. 15, 1969, pp. 255-277, cita en p. 258.

¹⁴ L. RECASÉNS, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”*, cit., p. 499.

¹⁵ L. RECASÉNS, “Nueva filosofía de la técnica jurídica”, cit., p. 259.

¹⁶ Muy ilustrativa en este sentido es la discusión mantenida por Kelsen y Klug (H. Kelsen; U. Klug, *Normas jurídicas y análisis lógico*, trad. Juan Carlos Gardella, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988); por otro lado, una reciente revisión del problema planteado por el filósofo danés puede verse en R. HERNÁNDEZ MARÍN, “Los dos dilemas de J. Jørgensen”, *Analisi e Diritto*, 2006, pp. 144-164. Curiosamente, esta cuestión no ha merecido una especial atención por parte de los teóricos de la argumentación (cfr. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. M. Atienza e I. Espejo, CEC, Madrid, 1997, p. 185 y s.

¹⁷ L. RECASÉNS, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”*, cit., pp. 504-505.

misma dirección que las investigaciones de los cultivadores de la lógica deóntica.

(ii) Una de las objeciones más habituales contra el formalismo es la que presenta de forma conjunta la completitud y coherencia del sistema jurídico con el proceder mecanicista de los aplicadores del derecho. Este tipo de críticas puede apreciarse claramente en las siguientes palabras de Recaséns:

*"[El formalismo jurídico] daba por sobreentendido que las normas jurídico-positivas son enunciados lógicos, que contienen dentro de sí la posibilidad de dar solución a todos los problemas de la práctica del Derecho. Para ello bastaría con enchufar a los textos normativos (leyes, reglamentos, principios jurisprudenciales, etc.) el mecanismo de la deducción racional, darle vueltas al manubrio de la inferencia silogística y sacar conclusiones ilimitadamente"*¹⁸.

Resulta evidente que esta sarcástica¹⁹ crítica a la concepción lógica no tiene aquí como objeto las inferencias entre distintos tipos de enunciados, aunque se refiera a las normas como "enunciados lógicos", sino una determinada concepción del ordenamiento jurídico. En la obtención de una respuesta para cada problema planteado, la lógica juega un papel meramente instrumental, es un método para obtener del ordenamiento jurídico algo – una solución a todos los problemas de la práctica del Derecho– que ya está contenido en el mismo.

Se trata de un error muy extendido. El objetivo real de la crítica no es la lógica formal, sino ciertos presupuestos acerca de la naturaleza del Derecho y de los sistemas jurídicos compartidos por las doctrinas formalistas de la Jurisprudencia de Conceptos alemana, la Escuela de la Exégesis francesa o la Jurisprudencia analítica. Los equívocos que han alimentado esta pseudodiscusión son fácilmente identificables. En primer lugar, la idea de lógica manejada por aquellos que en el siglo XIX sostenían la naturaleza esencialmente deductiva de las operaciones de aplicación de derecho no se corresponde con la concepción, mucho más rigurosa, de la lógica formal moderna desarrollada un siglo después, de manera que los antiguos logicistas no estaban afirmando en sentido estricto aquello que ha sido objeto de críticas por quienes han sostenido las limitaciones de la lógica, e

¹⁸ L. RECASÉNS, "Unicidad en el método de interpretación del Derecho", cit., p. 213.

¹⁹ La ridiculización del adversario puede acabar en la conquista de plazas desiertas, de posiciones que nadie defiende, de un modo igualmente cómico; esto es lo que Stone pone de relieve a propósito de la acusación de mecanicismo, cuando afirma que no alcanza a imaginar cómo alguien –un formalista, se supone– podría admitir que la idea de una máquina es exactamente lo que él tiene en mente cuando intenta explicar la actividad de los jueces y tribunales –'Yes, a machine, just what I had in mind'! (M. STONE, "Pluralism", cit., p. 169).

incluso su irrelevancia, en el razonamiento jurídico. El error reside –escribe García Amado– “en la confusión que en el pensamiento jurídico se ha dado entre lógica formal y formalismo metodológico”²⁰. La concepción mecanicista de la aplicación del derecho sostenida desde las posturas formalistas no tiene tanto que ver con la lógica, sino con una determinada concepción del *sistema jurídico*, al que se considera una construcción completa, coherente y clara, libre de lagunas, antinomias o problemas interpretativos de calado, así como con una teoría de la prueba simplista y poco desarrollada²¹. Son estos presupuestos los que permitían concebir el fallo de la sentencia como la conclusión de un razonamiento lógico cuyos elementos –las premisas normativas y fácticas– le eran dados al juez. La confusión deriva probablemente de la interpretación que se hizo del supuesto carácter lógico del sistema jurídico: al predicar una estructura lógica del sistema jurídico, “no se estaba indicando nada rigurosamente parangonable a lo que se podría llamar posteriormente una estructura axiomática, sino estableciendo, especialmente en el caso de la Jurisprudencia de Conceptos, una jerarquización material u ontológica de las instituciones y sus respectivos conceptos, según la cual los conceptos más generales abarcaban o incluían en sí materialmente los conceptos menos generales. Y el contenido necesario de tales instituciones y correlativos conceptos se afirmaba no con necesidad “lógica”, sino ontológica”²². De este modo, la estructura acabada de los sistemas jurídicos tienen que ver más con la ontología y el método genealógico (Puchta) o histórico-natural (Ihering) de la Jurisprudencia de Conceptos que con procedimientos lógico-deductivos de la lógica moderna en sentido estricto²³.

Otro problema consiste no en confundir las relaciones lógicas de los elementos del sistema jurídico con relaciones de tipo ontológico, sino en tratar-

²⁰ J. A. GARCÍA AMADO, “La teoría de la argumentación jurídica: logros y carencias”, *cit.*, p. 105.

²¹ *Idem.*, p. 106.

²² *Idem.*, p. 106.

²³ Muchos comentaristas no reparan en esta diferencia esencial; así Wilhelm, en relación a Puchta: “Un a priori lógico-sistemático estaba con esto establecido para el derecho, la unidad orgánico-dinámica del derecho se resaltaba en una unidad lógico-estática” o “el método “orgánico” debía necesariamente ceder al lógico” (W. WILHELM, (1980): *La Metodología Jurídica en el Siglo XIX*, trad. Rolf Bethmann, Edersa, Madrid, 1980, p. 73). Igualmente, Larenz incurre en el equívoco que aquí se intenta evitar al utilizar las expresiones “lógica formal”, “edificación deductiva” y “conclusión deductiva” para referirse al método de obtención de los conceptos (K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. M. Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 1994, p. 39 y ss.).

las conjuntamente, como si ambas cuestiones se implicaran mutuamente. Este es el tipo de malentendido en el que incurre Recaséns cuando *critica la Jurisprudencia de Conceptos*:

"Este error fue elevar arbitrariamente a supuestos conceptos esenciales las nociones que eran meramente descriptivas de unas normaciones históricas contingentes, y haber hecho funcionar tales premisas mayores de los mal imaginados silogismos de las decisión jurisdiccional.

*Aquel frenesí de un exorbitado deductivismo, (...) no se limitó a tomar como premisa mayor de un silogismo una norma legal, sino también un imaginario concepto esencial de una institución"*²⁴.

Nada tiene que ver el estatuto ontológico (necesario y trascendental o histórico y contingente) de los conceptos jurídicos y el modo en que hemos accedido a ellos (método histórico-natural o inferencia inductiva) con el razonamiento desarrollado en aplicación del Derecho positivo. Sin embargo, parece aquí que ambas cuestiones, la concepción esencialista de los conceptos jurídicos y la concepción silogística del razonamiento jurídico, fueran necesariamente de la mano; como si la naturaleza de las premisas, la condición de conceptos esenciales atribuida a las instituciones jurídicas, fuera consustancial al "exorbitado deductivismo"; o como si el hecho de que la premisa mayor fuese "un imaginario concepto esencial" constituyese una circunstancia agravante contra la lógica formal. La objeción dirigida a la naturaleza de los conceptos jurídicos en absoluto constituye una objeción contra una concepción deductiva o silogística del razonamiento jurídico. Es posible encontrar argumentos contrarios a una tal concepción del razonamiento jurídico, pero el estatuto ontológico de las proposiciones contenidas en las premisas no es uno de ellos; lo que puede decirse del papel de la lógica en el razonamiento jurídico nada tiene que ver con el carácter contingente o necesario de los conceptos o categorías jurídicas.

(iii) Los teóricos de la argumentación, como tantos otros antes que ellos, coinciden en señalar que el establecimiento de las premisas, y no la derivación de una conclusión a partir de las mismas, constituye el verdadero problema del razonamiento jurídico²⁵, poniendo de manifiesto que la determi-

²⁴ L. RECASÉNS, "Nueva filosofía de la técnica jurídica", *cit.*, p. 273.

²⁵ En un sentido similar, Alexy ha sostenido que el campo de la argumentación jurídica es, precisamente, "la fundamentación de premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de Derecho positivo" (R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, *cit.*, p. 222).

nación de las premisas no tiene un carácter lógico, sino tópico o retórico. Así Viehweg:

“Es posible distinguir una reflexión que tiene la vista puesta en la búsqueda del material para pensar, de otra que se ajusta a la lógica. Igualmente claro es que esta última en la práctica se tiene que posponer a aquélla. Vista de esta manera la tópica es una meditación prelógica, pues, como tarea, la inventio es primaria y la conclusio secundaria. La tópica señala cómo se encuentran las premisas; la lógica las recibe y trabaja con ellas”²⁶.

Y Perelman:

“Nada se opone a que el razonamiento judicial se presente, a fin de cuentas, bajo la forma de un silogismo, pero esta forma no garantiza en absoluto el valor de la conclusión. (...) El debate judicial y la lógica jurídica –no lo olvidemos– se refieren a la elección de las premisas que se encuentran mejor motivadas y que suscitan menos objeciones. El papel de la lógica formal es hacer que la conclusión sea solidaria con las premisas, pero el de la lógica jurídica es mostrar la aceptabilidad de las premisas”²⁷.

Recaséns²⁸ también reitera la incapacidad de la lógica para resolver los problemas que surgen en la interpretación y la aplicación del derecho, tales como las lagunas (ausencia de normas), las antinomias (conurrencia de normas) o la elección entre dos normas del mismo rango aparentemente aplicables al caso (problemas de calificación), y la inevitabilidad de los juicios de valor en el razonamiento jurídico.

(iv) Uno de los mayores excesos en que ha incurrido la crítica al empleo de la lógica clásica en el razonamiento jurídico es el que tiene ver con la corrección o la aceptabilidad de las decisiones jurídicas. Las corrientes antiformalistas comparten ciertas tendencias generales orientadas a la corrección material de las decisiones, como son el consecuencialismo (consideración de los efectos de la aplicación de las normas), el contextualismo (consideración de las propiedades particulares relevantes del caso) y el instrumentalismo (aplicación de las normas en función de los fines políticos o morales que se pretenden alcanzar con ellas). Estos rasgos están contenidos de diverso modo en los planteamientos de los teóricos de la argumentación. No otra cosa

²⁶ Th. VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, trad. Luís Díez Picazo, Taurus, Madrid, 1986, p. 63.

²⁷ Ch. PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1979, p. 232.

²⁸ L. RECASÉNS, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, cit. (nota 8), *passim*; Id., “Nueva filosofía de la técnica jurídica”, cit., p. 263; Id., *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”*, cit., *passim*.

parecen decir Viehweg, cuando identifica la “aporía fundamental de toda disciplina [jurídica]” con la cuestión de “qué sea lo justo aquí y ahora”²⁹, o Recaséns, al sostener que toda norma aspira a ser “la solución más justa posible al problema práctico planteado”³⁰. El siguiente paso consiste en constatar la incapacidad de la lógica formal para garantizar la corrección material de las decisiones jurídicas. Así, Recaséns, extrae de la afirmación anterior la siguiente conclusión:

*“el criterio para determinar el ámbito de aplicación de la norma y para esclarecer su sentido y su alcance en cada caso, su correcta interpretación, no puede, de ninguna manera, consistir en operaciones de lógica pura. Por el contrario, ese criterio de interpretación debe consistir en anticipar mentalmente los efectos con el propósito inherente y esencial de la norma en cuestión”*³¹.

También Perelman constata la insuficiencia de la lógica para garantizar la corrección material a que tiende (y debe tender) toda decisión jurídica:

*“la técnica de razonamiento utilizada en Derecho, cualquiera que sea, no puede desinteresarse de la reacción de las consecuencias ante la iniquidad del resultado al que el razonamiento lleva. Por el contrario, el esfuerzo de los juristas, a todos los niveles y en toda la historia del Derecho, se ha dirigido a conciliar las técnicas de razonamiento jurídico con la justicia o, por lo menos, con la aceptabilidad social de la decisión. Esta preocupación basta para subrayar la insuficiencia, en Derecho, de un razonamiento puramente formal, que se contente con controlar la corrección de las inferencias sin formular un juicio sobre el valor de la conclusión”*³².

Los problemas que se plantean aquí en absoluto tienen que ver con lógica pura o formal, sino con la tesis según la cual los jueces deben interpretar y aplicar el derecho en sus propios términos, siempre que sea posible. Entre ambos problemas existen diferencias que deben ser matizadas: al primero, planteado por Recaséns, podemos denominarlo el *problema de la coherencia*; al segundo, señalada por Perelman, el *problema de la equidad*.

Aunque en ambos casos se trata de la obtención de resultados no deseados con la aplicación del derecho a casos particulares, el punto de vista desde el que se formula el juicio negativo es distinto. El problema de la coherencia se refiere a aquellas situaciones en que la aplicación de las normas jurídicas produce resultados no queridos por el legislador, en cuanto que

²⁹ Th. VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, cit., p. 141.

³⁰ L. RECASÉNS, “Unicidad en el método de interpretación del Derecho”, cit., p.214.

³¹ *Idem*.

³² Ch. PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, cit. (nota 27), p. 20.

contradictorios con los principios y “propósitos inherentes” que motivaron la norma. Estos resultados se producen como consecuencia de un desajuste entre el contenido de la norma y los principios y propósitos que la motivaron; bien por exceso (suprainclusión), cuando la aplicación de la norma extiende sus consecuencias jurídicas a casos particulares que habrían de quedar fuera de su ámbito de validez si se tomaran en consideración los principios y propósitos que motivaron la norma; bien por defecto (infrainclusión), al no subsumir en el supuesto de hecho de la norma un caso al que deberían serle de aplicación *sus consecuencias jurídicas*, conforme a los mismos principios³³. Es un problema de coherencia entre las palabras y los principios de la ley que nada tienen que ver con la “lógica pura”, sino con la interpretación. Cuando Recaséns sostiene que la “correcta interpretación” de las normas no consiste en una operación de lógica pura, sino en la anticipación de sus efectos y la consideración de éstos a la luz de sus propósitos inherentes y esenciales, parece querer decir que las normas no deben interpretarse atendiendo exclusivamente a criterios semánticos, sino, más bien, a criterios teleológicos.

Ahora bien, no queda claro si se trata de un problema *conceptual* o *normativo* sobre la interpretación. Si el problema de la coherencia se interpreta como un problema conceptual, lo que, en el fondo, pone de relieve es la imposibilidad de una aplicación no interpretativa de las normas jurídicas, o dicho al revés, la imposibilidad de una aplicación directa de las normas, sin que medie interpretación, puesto que toda atribución de significado definitivo debe hacerse necesariamente tomando en consideración los principios (morales) y/o los propósitos (pragmáticos) implícitos en la norma en cuestión. Si el problema de la coherencia se interpreta como un problema normativo, lo que quiere decir Recaséns es, sencillamente, que, aun siendo posible una aplicación directa –lo que presupone una atribución de significado no mediada por la interpretación–, la correcta es una interpretación teleológica de las normas jurídicas.

Cuestión algo distinta es la que se plantea con el problema de la equidad. Siguiendo la tradición aristotélica, lo equitativo “si bien es justo, no lo es de acuerdo con la ley, sino como una corrección de la justicia legal” (*Et.*

³³ Cfr. F. SCHAUER, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, trad. Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 89 y ss.; Id., *Thinking like a Lawyer. A new Introduction to Legal Reasoning*, Harvard University Press, Cambridge, London, 2009, pp. 15 y ss.

Nic., l.v, cap.10). La equidad no plantea un problema de coherencia interna entre la aplicación particular de las normas y sus principios inherentes, sino que expresa la existencia de una laguna axiológica: si no es posible obtener un resultado justo o aceptable de conformidad con cualesquiera de las normas jurídicas aparentemente aplicables, el juez decretará la existencia de una laguna y resolverá en justicia.

Quizás la distinción entre los problemas de coherencia y de equidad se aprecie con mayor nitidez desde un punto de vista externo que desde un punto de vista interno al sistema: un participante sinceramente comprometido con el sistema no distinguirá fácilmente entre una respuesta coherente con los principios del sistema y una solución equitativa, pero para un observador externo, o simplemente para cualquiera que no comparta los principios del legislador, no será difícil diferenciar una respuesta coherente con el sistema de una solución equitativa, especialmente en aquellos sistemas manifiestamente injustos.

(v) Por último, se ha apuntado al limitado o nulo papel de la lógica formal en la función creadora de Derecho, en cuanto que “no suministra en absoluto *ninguna orientación positiva* ni al legislador, ni al funcionario administrativo, ni al juez, ni al abogado, para orientarles sobre lo que deben hacer en cuanto a la producción de los contenidos de las normas jurídicas”³⁴. Resulta difícil no estar de acuerdo con esta afirmación, pero es que no se conoce concepción alguna de la lógica que haya pretendido un rendimiento como el que aquí le es negado.

Recapitulando todo lo dicho hasta ahora, la sensación que produce la andanada de críticas que tiene como objeto el papel de la lógica en el razonamiento jurídico es de cierta confusión; como si la empresa del antilogicismo y el antiformalismo se fuera a ganar por el estruendo de las objeciones, más que por su *finezza* analítica. En los párrafos anteriores he intentado separar las distintas cuestiones que eran tratadas erróneamente como asuntos de lógica formal, identificando cuál era el problema de fondo. La primera de estas cuestiones, la posibilidad de realizar inferencias lógicas entre normas y, por tanto, no susceptibles de verdad o falsedad, no ha tenido hasta el momento una respuesta definitiva por los cultivadores de la lógica y menos aún por los teóricos de la argumentación. No obstante, no parece que se pueda renunciar a una idea de corrección formal para el razonamiento jurí-

³⁴ L. RECASÉNS, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”*, cit., p. 503.

dico que incorpore los principios de no contradicción o consecuencia lógica³⁵. Los precursores de la teoría de la argumentación, ofuscados como estaban en su cruzada contra la lógica, *no anduvieron acertados ignorando* el papel esencial que tiene la dimensión formal del razonamiento jurídico.

La segunda crítica tiene que ver más con una determinada concepción del derecho y del sistema jurídico que con el papel de la lógica –meramente instrumental y subsidiario– en el razonamiento jurídico. Las supuestas virtudes lógicas que se asocian al formalismo jurídico dependen, en realidad, de la plausibilidad de una concepción del sistema jurídico –caracterizada por las propiedades de plenitud y coherencia del sistema– que pronto se mostró más ideológica que descriptiva. En este punto es necesario distinguir entre el postulado de vinculación a la ley (*Gesetzbindungspostulat*) y el postulado de la deductividad (*Deduktivitätspostulat*)³⁶, que parecen confundirse en las versiones más simples del formalismo o en aquellas teorías del Estado que renuncian a una teoría mínimamente realista de la actividad de jueces y tribunales para sostener una determinada estructura y distribución de los poderes estatales. Únicamente el postulado de la deductividad guarda relación con la lógica. El postulado de la vinculación a la ley es un principio del Estado de derecho que garantiza la igualdad ante la ley y, en la medida de lo posible, la seguridad jurídica; se trata, por tanto, de una aspiración política e ideológica cuya afirmación sin más obvia algo que los teóricos del Derecho saben desde hace tiempo: que no siempre es posible tal sujeción a la ley, dado que ni podemos predicar la plenitud y la coherencia de los sistemas jurídicos, ni el Derecho excluye, más bien al contrario, la necesidad de interpretación en la mayoría de los casos. Por otro lado, la exigencia de deductividad es una exigencia de todo razonamiento, también del jurídico, de poder ser reconstruido como una inferencia lógica válida. La combinación de ambos postulados da como resultado una concepción del razonamiento jurídico que no sólo tiene una estructura deductiva, sino que obtiene, o debe obtener, las premisas normativas directamente del sistema jurídico, lo cual no

³⁵ No es una cuestión pacífica en la literatura que la relación entre las premisas y la conclusión del razonamiento jurídico sea una relación lógica (vid. R. HERNÁNDEZ MARÍN, *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 215 y ss.; Id. *Las obligaciones básicas de los jueces*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 28 y ss.); lo que aquí se quiere señalar, quizás de un modo algo impreciso, es que entre las premisas y la conclusión debe haber algún tipo de implicación relevante.

³⁶ H.-J. KOCH; H. RUßMANN, *Juristische Begründungslehre*, Beck, München, 1982, p. 112.

es siempre posible. Si lo que los críticos pretenden señalar es que el razonamiento jurídico no es autosuficiente, esto es, que debe recurrir a premisas extrasistémicas, incumpliendo el postulado de vinculación a la ley, la objeción es válida; pero si ello implica además poner en duda la estructura deductiva del razonamiento jurídico, el argumento no resulta plausible.

Que el establecimiento de las premisas no es una cuestión lógica es algo sobre lo que hay un consenso generalizado, pero no sólo entre los teóricos de la argumentación, sino también entre los cultivadores de la lógica jurídica³⁷. Que esto haya servido a algunos para cuestionar o minusvalorar el papel de la lógica en el razonamiento jurídico significa no entender que la racionalidad de un razonamiento empieza en su estructura y que no es función de la lógica justificar la elección de las premisas, sino garantizar la corrección de las inferencias que se hagan a partir de ellas³⁸. La moderna teoría de la argumentación ha resuelto esta cuestión con la distinción entre la justificación interna y externa de la decisión jurídica³⁹: la primera se refiere a la corrección formal del razonamiento y la segunda a la plausibilidad o justificación de las premisas, que no es una cuestión formal, sino material, y en la que entrarían en juego, entre otros, los planteamientos de

³⁷ Vid., entre otros, H.-J. KOCH; H. RUßMANN, *Juristische Begründungslehre*, cit., p. 348 y ss. o C. ALCHOURRÓN; E. BULYGIN, "Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico", en Id., *Análisis lógico y Derecho*, CEC, Madrid, 1991, p. 304.

³⁸ Cfr. en relación con la obra de Viehweg, J. A. GARCÍA AMADO, *Teorías de la Tópica jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 221 y ss.

³⁹ La distinción se debe a Wròblewski (vid. J. WRÒBLEWSKI, "Legal Decision and its Justification", en H. HUBIEN (ed.) *Legal Reasoning. Proceedings of the World congress for Legal and Social Philosophy*, Bruylant, Bruselas, pp. 409-420; Id., "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision", *Rechtstheorie*, núm. 5, 1974, pp. 33-46) y ha sido adoptada casi unánimemente por todos los teóricos de la argumentación jurídica (ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 214; A. AARNIO, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. E. Garzón Valdés, CEC, Madrid, 1991, p. 168; A. PECZENIK, *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht, 1989, p. 117). Otros autores han formulado distinciones equivalentes, como MacCormick (N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 2ª ed. (with revised foreword), Oxford, 1994 p. 67 y s. y 110) que distingue entre "justificación deductiva" o "de primer orden" y "justificación de segundo orden" o Buchwald (D. BUCHWALD, *Der Begriff der rationalen juristischen Begründung. Zur Theorie der juristischen Vernunft*, Nomos, Baden-Baden, 1990, p. 277), que habla de "Kernbegründung" (fundamentación del núcleo) y "Mantelbegründung" (fundamentación de la cubierta).

la tópica, la retórica, el logos de lo razonable o la teoría de la argumentación racional.

En último lugar, las objeciones relativas a la corrección material de las decisiones jurídicas y al limitado papel de la lógica formal en la función creadora del derecho son, más bien, problemas de racionalidad práctica, que poco o nada tienen que ver con la lógica. La lógica formal no puede, por definición, garantizar la corrección de una conclusión si antes no se garantiza la corrección de las premisas; pero ésto, como sabemos, no lo pueden hacer las reglas de la lógica. Cuestionar la importancia de la lógica porque no actúe como razón legisladora, es como cuestionar las matemáticas porque con los números no se puede escribir una novela.

3. CRÍTICA A LA TEORÍA DEL SILOGISMO JURÍDICO

El segundo objetivo de *las críticas antiformalistas* es la teoría del silogismo jurídico⁴⁰ y la concepción mecanicista de la aplicación del Derecho. En términos generales, la crítica sostiene que la sentencia no puede verse como la conclusión que se obtiene deductivamente a partir de unas premisas dadas previamente, “partiendo primero de la norma, siguiendo después con la constatación y calificación de los hechos relevantes, y sacando después una conclusión, el fallo”⁴¹.

Según esta crítica, la teoría del silogismo resultaría inadecuada en, al menos, dos sentidos distintos, estrechamente relacionados. Por un lado, se afirma, como cuestión de hecho, que los jueces no alcanzan sus decisiones siguiendo un razonamiento silogístico; por otro lado, se cuestiona que, si tomamos seriamente en consideración la interdependencia que existe entre las premisas del silogismo, el razonamiento jurídico tampoco puede reconstruirse como un razonamiento deductivo, “como una conexión de senti-

⁴⁰ La referencia a la teoría del silogismo debe entenderse aquí en un sentido poco preciso; para una exposición y crítica en detalle de la teoría del silogismo, véase V. ITURRALDE SESMA, “Sobre el silogismo judicial”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. VIII, 1991, pp. 239-272.

⁴¹ L. RECASÉNS, “Unicidad en el método de interpretación del Derecho”, cit., p. 225; vid. también, L. RECASÉNS, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, cit., p. 234 y ss.; Id. “Nueva filosofía de la técnica jurídica”, cit., p. 265; Id. *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”*, cit., p. 422.

dos”⁴². En esta línea, Recaséns sostiene que tanto desde el punto de vista psicológico, como desde un punto de vista objetivo, la sentencia tiene un sentido unitario; se da en ella “una recíproca interrelación, *simultánea e indisoluble*, entre el fallo, la constatación y calificación de los hechos y la determinación de la norma aplicable”⁴³. Se trata, por tanto, de una crítica que presenta una vertiente descriptiva y una vertiente analítica. Podría decirse que se trata de un mismo asunto; que los jueces no operan silogísticamente porque el razonamiento no puede ser concebido de tal modo; esto es, que la imposibilidad objetiva de proceder como un silogismo (puesto que las distintas premisas o fases del proceso de razonamiento se implican mutuamente o no pueden ser dilucidadas de manera independiente) determina la manera en que, de hecho, piensan y deciden los jueces. Me parece, sin embargo, que ambas cuestiones pueden y deben ser tratadas por separado, puesto que la vertiente psicológica no suele fundamentarse en la imposibilidad objetiva, sino en otros datos de tipo empírico.

(i) Si alguna vez fue defendida en los términos en que es atacada por los antiformalistas, la representación de los jueces como autómatas que aplican normas mecánica y asépticamente hace mucho que fue abandonada. La imagen puede ser cuestionada, desde un punto de vista psicológico-descriptivo, en un doble sentido: por un lado, se afirma que los factores que determinan las decisiones judiciales, consciente o inconscientemente, no son únicamente de tipo jurídico, sino que son de la más diversa índole y pertenecen a lo que podría denominarse el “contexto vital” del juez (aspecto sociológico); por otro lado, se afirma que la idea del silogismo no expresa, siquiera de forma aproximada, cuáles son en realidad las operaciones mentales que llevan a cabo los jueces cuando deben resolver un conflicto jurídico (aspecto psicológico). O sea, ni los motivos reales que explican las decisiones de los jueces, ni su forma de razonar encajan con la hipótesis del mecanicismo. Una explicación que de cuenta de ambos aspectos de la interpretación y aplicación del derecho es la que ofrecen las categorías hermenéuticas de “precomprensión” y “círculo hermenéutico”. Esta conexión con la hermenéutica jurídica de autores como Engisch, Esser, Larenz o Hruschka se hace evidente en la obra de Recaséns, cuando caracteriza la sentencia como “un acto mental complejísimo, pero unitario, en el cual se ilumina valorativa-

⁴² L. RECASÉNS, “Unicidad en el método de interpretación del Derecho”, cit., p. 225.

⁴³ *Idem*.

mente una situación complicada, y esto, mediante una especie de intuición de una totalidad”⁴⁴.

El juez, por tanto, ni decide en el vacío, sino que lo hace situado en un contexto vital que configura su precomprensión del caso, ni opera “por pasos” al aplicar el derecho, tomando como punto de partida una premisa normativa general y abstracta en la que se subsumen los hechos; el proceso de decisión es de carácter holístico y gira en torno a la calificación del caso. Recaséns, haciendo suyas las tesis de Hruschka⁴⁵, lo describe así:

“El proceso de individualización de la norma comienza con una pregunta que el juez debe formularse a sí propio. Esta pregunta básica se refiere al caso individual; y respecto del mismo el juez asume una conclusión provisional, hacia la cual encaminará su investigación de los hechos. (...) La constatación, la valoración y la calificación de la prueba son el análisis de los materiales que tiene el juez a su disposición, para responder a esa pregunta fundamental. Pero para responderla debe entenderla a la luz del pensamiento jurídico, dirigido por esta cuestión básica.

Aquella primera cuestión provoca una segunda: la que concierne a las normas pertinentes. Puesto que esta pregunta es planteada por el juez en vista del proceso particular que debe juzgar, ella implica siempre un prejuicio con respecto al tenor de la norma buscada. (...) El juzgador tiene siempre que saber lo que quiere encontrar. Lo que hace el juez es juzgar si hay alguna norma bajo cuya luz y directrices pueda ser resuelto el caso planteado. Y si encuentra una norma legislativa de carácter general, ésta la ve el juez siempre en relación con el caso singular que tiene ante sí. O, dicho con otras palabras, la interpretación de una ley implica siempre unas dimensiones de concreción.

(...)

Sucede que la respuesta que se dé a la segunda pregunta, a su vez, influye sobre la primera, cuando ésta es considerada y analizada por segunda vez”⁴⁶.

La aplicación del derecho, por tanto, es un proceso que se inicia con una valoración provisional basada en la comprensión intuitiva de los aspectos relevantes del caso, que determina la composición de la premisa menor; los hechos son “traducidos” al lenguaje jurídico en función del resultado, anticipado por la mente del intérprete, que se espera alcanzar con la individuali-

⁴⁴ L. RECASÉNS, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”, cit.*, p. 422.

⁴⁵ Recaséns dedica cientos de páginas a reproducir planteamientos de otros autores con cuyas tesis coincide y no siempre es posible deslindar su exposición de la obra de estos autores de la adhesión a –e incorporación de– las mismas.

⁴⁶ L. RECASÉNS, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”, cit.*, p. 466-467.

zación de una u otra norma general; a su vez, las propiedades que definen las normas generales condicionan o limitan la construcción de la premisa fáctica, en la que descripción y calificación jurídica de los hechos no son operaciones mentales sucesivas y diferenciadas. Con acierto definió Engisch esta interdependencia entre los elementos normativos y fácticos de la decisión jurídica como el “ir y venir de la mirada de la premisa mayor a los hechos de la vida”⁴⁷.

Sólo con posterioridad, y una vez tomada la decisión, puede reconstruirse el proceso de razonamiento como una subsunción, que, como tal, nunca tiene lugar. La motivación o justificación de la decisión resulta ser, entonces, poco más que una fachada con apariencia de racionalidad, que esconde el verdadero proceso de decisión; una ficción que opera con las formas y los argumentos propios del contexto jurídico, especialmente los postulados de deductividad y sujeción a la ley.

La crítica a la teoría del silogismo de los teóricos de la argumentación, no obstante, está muy lejos de los planteamientos irracionalistas que pretenden mostrar que las decisiones en general y las judiciales en particular son el producto de factores que escapan a nuestra conciencia y control racional. Antes al contrario, su propósito es presentar como racional aquello que trasciende la dimensión formal del razonamiento, a saber: la comprensión intuitiva del caso que conduce a la obtención de una decisión correcta para el caso concreto. Así Recaséns:

*“entiendo que lo que se hace patente en la intuición del juez es precisamente lo que está fundado sobre la lógica de lo “razonable”. Se trata de una intuición, pero de una intuición que revela algo que es objetivamente válido, cuyo fundamento radica en el logos de lo humano o de lo razonable”*⁴⁸.

Ya sea como *logos* de lo razonable, como pensamiento tópico o como aceptabilidad general, lo que los teóricos de la argumentación ponen de manifiesto no es la existencia de prejuicios subjetivos y cierta predisposición psicológica de los jueces, sino un único prejuicio que determina todo razonamiento jurídico: la pretensión de justicia del caso concreto. Viehweg llamó a esto la “aporía fundamental”⁴⁹ de las disciplinas jurídicas y Recaséns lo identificó como un dato esencial de la experiencia jurídica⁵⁰. En un senti-

⁴⁷ K. ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzanwendung*, Carl Winter, Heidelberg, 1942, p. 15. Una tesis similar en K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, cit., p. 272 y ss.

⁴⁸ L. RECASÉNS, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, cit., p. 247.

⁴⁹ Vid. *supra*.

⁵⁰ L. RECASÉNS, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”*, cit., p. 151.

do muy similar, Perelman sostienen que la “ideología judicial” dominante durante el último tercio del siglo XX tiende a “la búsqueda de una solución que sea no sólo conforme con la ley, sino también equitativa, razonable y aceptable. En una palabra: que pueda ser, al mismo tiempo, justa y conciliable con el derecho en vigor”⁵¹.

La crítica a la teoría del silogismo en sentido descriptivo o psicológico se fundamenta, por tanto, en que, sencillamente, los razonamientos de los jueces no pueden ser descritos como una secuencia siquiera parecida a un proceso deductivo o silogístico; y ello no se debe tanto a la presencia de factores psicológicos inidentificables e incontrolables, como al hecho de que la aspiración de justicia que condiciona toda actividad judicial determina el contenido de la premisa fáctica y la elección de la premisa normativa. Es por este motivo que me parece necesario distinguir la dimensión descriptiva o psicológica de la dimensión objetivo-analítica de la crítica a la teoría del silogismo. Ciertamente, la dimensión objetiva determina la dimensión descriptiva, pues no parece que pueda haber una descripción plausible de un objeto (el proceso real de razonamiento) cuya representación objetiva (la estructura silogística) no lo es, como veremos más adelante, sin embargo, aquí no se hace tanto hincapié en la interdependencia de los elementos del razonamiento – premisa normativa, premisa fáctica y fallo– como en el hecho de que esa relación dialéctica tiene un trasfondo esencialmente valorativo. Por así decirlo, mientras que la crítica en sentido objetivo es una crítica general a la teoría del silogismo, la crítica en sentido descriptivo presenta elementos propiamente jurídicos.

La crítica descriptiva a la teoría del silogismo merece algunos comentarios. El primero es que, tratándose de un asunto descriptivo, es necesario fundamentar empíricamente afirmaciones del tipo: “de ordinario la mente del juez primero anticipa el fallo que considera pertinente y justo –claro es que dentro del orden jurídico positivo vigente–, luego busca la norma que puede servir de base para esa solución, y da a los hechos la calificación adecuada”⁵² o “[s]uele ocurrir que el juez, a la vista de la prueba y de los alegatos, se forma una opinión sobre el caso discutido, una especie de convicción sobre lo que es justo respecto de éste; después busca los principios, es decir, las normas jurídicas que puedan justificar su opinión”⁵³. Para ello, Recaséns,

⁵¹ Ch. PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, cit., p. 178.

⁵² L. RECASÉNS, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, cit., p. 241.

⁵³ *Ibidem*.

recurre a testimonios personales de jueces que “confiesan” razonar de ese modo y abogados cuyo *modus operandi* presupone la verdad de esta confesión, o a argumentos de autoridad, como la opinión de Jerome Frank y otros autores realistas, que sostienen que este tipo de descripciones se ajusta bastante al proceso mental que siguen la mayoría de los jueces⁵⁴. También se refiere a la etimología de la palabra latina “sentencia”, cuyo origen está en el verbo “sentire”⁵⁵, que es asociado a la comprensión intuitiva inicial del caso.

Este tipo de argumento, aunque plausible por cuanto parece anticipar la crítica más general objetivo-analítica, no resulta concluyente para lo que pretende demostrar en relación con el silogismo jurídico. Es posible que algunos jueces, incluso muchos, actúen así, movidos por sus intuiciones de justicia en los casos concretos, pero es igualmente posible imaginar jueces que, cuando sea posible y en la medida en que lo sea, identifiquen las normas aplicables al caso no en función de una decisión predeterminada por su sentido de lo justo aquí y ahora, sino en función de consideraciones semánticas, con estricta sujeción a las palabras de la ley, o atendiendo a la voluntad del legislador, cuya autoridad no se cuestiona, sin entrar a valorar la aceptabilidad o razonabilidad de la decisión final o entendiendo que menos razonable o aceptable es que un juez se dedique a decidir cada caso como mejor le parezca. En otras palabras, jueces comprometidos con la naturaleza autoritativa del derecho y no con su sentido individual de justicia.

Por otra parte, el sentimiento de justicia es un estado mental que puede diferir en su percepción y su intensidad entre personas distintas. Es concebible, por tanto, que en muchos casos, en lugar de una intuición inmediata y clarificadora, el juez padezca una duda paralizante que le obligue a realizar un arduo proceso de razonamiento en el que las normas jurídicas y las categorías dogmáticas no jueguen un papel secundario en la obtención del fallo, sino todo lo contrario.

En segundo lugar, cabe preguntarse por el alcance o relevancia de esta objeción. El propio Recaséns admite que lo que pueda decirse acerca del papel de la “intuición” o de la “corazonada” de los jueces pertenece antes al campo de la psicología jurídica o al llamado el contexto de descubrimiento que a una teoría normativa de la función judicial. Esta consideración, sin embargo, no resta importancia a la dimensión descriptiva o psicológica, an-

⁵⁴ L. RECASÉNS, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, cit., p. 242-244.

⁵⁵ L. RECASÉNS, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, cit., p. 245.

tes al contrario: califica la justificación de las decisiones como “algo *secundario* respecto de lo creado primariamente por aquellas intuiciones”⁵⁶. Es el proceso psicológico real lo que conduce a la obtención del fallo; la justificación no es más que un traje a medida para la intuición inicial. Parece olvidarse aquí, sin embargo, que las medidas del traje deben respetar ciertos estándares –la legislación, la dogmática jurídica y los precedentes judiciales– que pueden limitar, moderar e incluso desechar algunas de esas intuiciones iniciales; o dicho de otro modo, que son más las corazonadas posibles que las soluciones justificables conforme a derecho. En esto consiste la interdependencia entre los elementos del proceso real de razonamiento: la influencia es recíproca y no se mueve sólo en una dirección, de las intuiciones (contexto de descubrimiento) a los materiales jurídicos (contexto de justificación), sino también a la inversa.

Por otra parte, las dimensiones descriptiva y justificativa sirven a propósitos distintos y poco o nada nos dice el que la justificación sea secundaria respecto del proceso de decisión. La descripción responde a la pregunta acerca de qué hacen los jueces cuando deciden un problema jurídico y, en la medida en que puedan establecerse relaciones causa-efecto entre los distintos elementos de los procesos reales de decisión, qué harán en el futuro. La justificación responde a la pregunta de si la decisión se sustenta o puede sustentarse en razones válidas en el contexto jurídico. No parece que el carácter secundario –en el sentido señalado– de la justificación suponga negarle una enorme importancia.

(ii) La segunda crítica a la teoría del silogismo tiene, como se ha apuntado, un sentido objetivo. Si “la aplicación del Derecho se ha conseguido siempre antes de que la denominada subsunción fuese posible” –como sostiene Recaséns⁵⁷– entonces el sentido objetivo de la sentencia está determinado por el proceso real de decisión y éste, a su vez, está determinado por la naturaleza misma del razonamiento. Como sabemos, el argumento del que se parte es que las premisas normativas y fácticas se determinan mutuamente: la descripción de los hechos anticipa en algún sentido la premisa normativa, o dicho de otro modo, la descripción de los hechos no es independiente de su calificación jurídica. En esto consiste el carácter unitario de la sentencia. Pues bien, esto significa que tampoco en términos objetivos es posible ha-

⁵⁶ L. RECASÉNS, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, cit., p. 247.

⁵⁷ L. RECASÉNS, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”*, cit., p. 466.

blar de un silogismo, si por tal entendemos un razonamiento que parte de premisas previas e independientes entre sí y conduce a un resultado. En otras palabras, lo que, desde el punto de vista objetivo impide que el razonamiento jurídico pueda verse como un silogismo es la absoluta interdependencia de las cuestiones fácticas y normativas en este tipo de razonamiento.

El hallazgo –nada novedoso– es el carácter creativo de la actividad judicial. Sin embargo, al igual que ocurría con las críticas al papel de la lógica en el razonamiento jurídico, la batería de objeciones dirigidas contra la concepción silogística parecen más devastadoras de lo que en realidad son. Los argumentos contra una concepción psicológica y objetiva de la sentencia como silogismo pueden resultar más o menos plausibles, pero en absoluto suponen un impedimento para hablar de una estructura lógica del razonamiento jurídico o de cualquier tipo de razonamiento. Como es sabido, la corrección formal de los razonamientos nada tiene que ver con el proceso de toma de decisiones, ni de cómo se obtienen las premisas. Que las operaciones intelectuales que tienen lugar en la mente de quien toma una decisión no sigan los pasos descritos en la formalización del pensamiento no es razón para renunciar a intentar controlar la consistencia lógica de nuestras decisiones; y ello sólo es posible a partir del análisis lógico de las mismas, o más bien del análisis lógico de su reconstrucción racional⁵⁸, que necesariamente debe presentar una estructura lógica que respete los principios de no contradicción y consecuencia lógica. Lo mismo cabe decir respecto de la dimensión objetiva. Es posible que la fijación de las premisas dependa de una decisión previa, de una toma de partido entre las distintas opciones que se presenten en relación a un conflicto, en definitiva, de una decisión respecto de la norma aplicable a un caso concreto, pero la reconstrucción de ese razonamiento, una vez determinadas las premisas, debe ser correcto desde un punto de vista formal.

* * *

A la vista de lo anterior, podría decirse que los logros de los precursores de las teorías de la argumentación jurídica no derivan del acierto de sus críticas a la concepción tradicional, o más bien, de la interpretación menos caritativa de esta concepción. Y como sucede siempre que se incurre en este tipo de simplificaciones, se acaba luchando contra molinos de viento. El princi-

⁵⁸ R. ALEXI, “Die logische Analyse juristischer Entscheidungen”, en Id. *Recht, Vernunft und Diskurs*, Suhrkamp, Frankfurt, pp. 13-51, aquí p. 15.

pal problema fue, como he intentado mostrar aquí, que al poner de relieve la dimensión material de la argumentación se sacrificara la dimensión lógica o formal, como si ambas no fueran complementarias e igualmente importantes en el razonamiento jurídico⁵⁹ o en cualquier tipo de razonamiento.

JOSÉ MANUEL CABRA APALATEGUI

*Facultad de Derecho
Campus de Teatinos s/n
Universidad de Málaga
29071 Málaga
e-mail:jcabra@uma.es*

⁵⁹ La mayoría de las modernas teorías de la argumentación defiende el carácter complementario de la racionalidad formal y la racionalidad material de las decisiones jurídicas (vid. por ejemplo, A. AARNIO, *Lo racional como razonable*, cit., p. 247; A. PECZENICK, *On Law and Reason*, cit., p. 57).

¿PUEDE LA TEORÍA DEL DERECHO ESTAR LIBRE DE VALORES?¹

CAN LEGAL THEORY BE VALUE FREE?

ROBERTO M. JIMÉNEZ CANO
Universidad Carlos III de Madrid

Fecha de recepción: 17-02-10

Fecha de aceptación: 6-05-10

Resumen: *El presente trabajo defiende la denominada tesis de la neutralidad valorativa en la teoría del Derecho en el sentido de que, más allá de puros valores epistémicos, aquella no involucra valor moral o político alguno. En orden a defender tal tesis, se abordará, en primer lugar, el significado de su formulación clásica en la teoría del Derecho de los siglos XIX y XX. En segundo lugar, se atenderá a las críticas hacia la formulación clásica que tienen como punto de mira el papel de los valores epistémicos. En último lugar, centrándose en la actual discusión en el seno de la teoría jurídica, se acometerá el rol de los valores prácticos y la cuestión de si es posible o no seguir manteniendo la tesis de que la teoría del Derecho puede quedar libre de valores morales y políticos.*

Abstract: *This paper argues so-called value neutrality thesis in Legal Theory in the sense that, beyond epistemic values, it does not involve moral or political values. In order to defend this thesis, it will deal first with the meaning of the classical formulation in Legal Theory of the 19th and 20th centuries. Secondly, it will tackle criticisms of the classical formulation having as spotlight the role of epistemic values. Finally, focusing on the current discussion within the Legal Theory, it shall be considered the role of practical values and the question whether it is possible or not continue the thesis that the Legal Theory can be free of moral and political values.*

¹ La realización de este trabajo ha sido posible gracias al Programa de ayudas de la Fundación Gregorio Peces-Barba para el estudio y la cooperación en derechos humanos y en el marco del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos” CSD2008-00007.

Palabras clave: Teoría del Derecho, tesis de la neutralidad valorativa, Teorías descriptivas y normativas, valores epistémicos, valores prácticos.

Keywords: Legal Theory, value neutrality thesis, descriptive and normative theories, epistemic values, practical values.

1. INTRODUCCIÓN. LA FORMULACIÓN CLÁSICA DE LA TESIS DE LA NEUTRALIDAD VALORATIVA

En un marco conceptual ya clásico se viene afirmando que el objetivo de la ciencia es la verdad objetiva y que la tarea de las teorías es explicar el mundo y las regularidades de los fenómenos². En otras palabras, que la misión de la ciencia o de la teoría no es más que realizar enunciados verdaderos sobre la realidad, es decir, proporcionar enunciados con valor cognitivo que suministran información verdadera sobre el mundo. Todos esos enunciados con valor cognitivo sobre la realidad o la totalidad de los objetos de la razón y de la investigación humana se han clasificado, desde el empirismo británico del siglo XVII, bien en “relaciones de ideas”, bien en “cuestiones de hecho”. De esta manera, toda proposición que puede descubrirse por la simple operación del pensamiento y que es intuitiva quedaba configurada como una relación de ideas o de conceptos. Por ejemplo, “el cuadrado de la hipotenusa es igual al cuadrado de los dos lados” es una proposición que muestra la relación entre partes de un triángulo. La proposición “tres veces cinco es igual a la mitad de treinta” muestra una relación entre números. Este tipo de proposiciones —características de la matemática y de la lógica— son siempre ciertas y evidentes, aunque jamás hubiera habido un triángulo en la naturaleza. Las cuestiones de hecho, por su parte, no son evidentes y están basadas en relaciones de causa y efecto que sólo pueden ser conocidas a través de la experiencia³.

El neopositivismo del siglo XX, por su parte, adoptó el denominado principio de verificación como criterio de conocimiento y de verdad de las

² K. POPPER, *La lógica de la investigación científica*, trad. V. Sánchez de Zavala, Tecnos, Madrid 1980, pp. 57 y 235; *Objective Knowledge*, Oxford University Press, Oxford, 1983, p. 361; *En busca de un mundo mejor*, trad. J. Vigil, Paidós, Barcelona, 1994, p. 18. Sobre los objetivos de la ciencia y de las teorías en Popper puede verse C. VERDUGO, “Popper y la explicación científica”, *Revista de Filosofía*, vol. 30, núm. 1, 2005, pp. 49-61.

³ D. HUME, *Investigación sobre el conocimiento humano*, trad. J. de Salas, Alianza, Madrid, 2005, pp. 57-60.

proposiciones teóricas⁴. De acuerdo con el principio de verificación únicamente tienen sentido cognitivo, esto es, sólo pueden conocerse y, por ende, reputarse como verdaderas o falsas aquellas proposiciones acerca de cuestiones que se puedan percibir y experimentar. Por tanto, de acuerdo a este principio, una proposición sólo tiene sentido si se pueden enunciar las condiciones bajo las cuales dicha proposición es verdadera y aquellas bajo las cuales es falsa. De modo que, si se es incapaz de verificar (o falsear) una proposición, dicha proposición ha de ser considerada como carente de significado⁵.

Ahora bien, admitir el principio de verificación abocaba al empirismo a un dilema: bien a afirmar que las proposiciones de la lógica y de la matemática no eran verdades necesarias, bien a entender que éstas no tienen contenido factual o empírico alguno y, pese a ello, demostrar que dichas proposiciones son verdaderas y útiles. El positivismo lógico se decantará por la segunda opción y afirmará que, en efecto, las proposiciones de la lógica y de la matemática no dicen nada sobre ninguna realidad, sino que son analíticas o tautológicas. En este sentido, un juicio analítico es tautológico en cuanto

⁴ Sobre el principio de verificación puede verse J. ECHEVERRÍA, *Introducción a la metodología de la ciencia*, Cátedra, 2ª ed., Madrid, 2003, pp. 25-ss.

⁵ De tal principio de verificación se distinguió un sentido fuerte y uno débil. De acuerdo con el sentido fuerte, una proposición es verificable cuando su verdad puede ser *concluyentemente* establecida por la experiencia. Por su parte, una proposición es verificable en sentido débil cuando es *posible* mediante la experiencia hacerla *probable* (A.J. AYER, *Lenguaje, verdad y lógica*, trad. M. Suárez, Planeta, Barcelona, 1994, pp. 11-18). Aunque el positivismo lógico se adscribiera en un principio al sentido fuerte con posterioridad será el débil el generalmente adoptado como criterio de validez de las proposiciones empíricas. Esto fue debido a que el sentido fuerte era demasiado exigente y excluía a las oraciones que pretendían enunciar leyes generales, puesto que éstas no pueden ser completamente validadas. Por esta razón POPPER tomó la falsabilidad y no la verificabilidad como criterio de demarcación entre lo que es ciencia y lo que no lo es. De esta manera, una generalización es científicamente válida mientras no se falsee, es decir, mientras no se encuentre un contraejemplo que la refute (K. POPPER, *La lógica de la investigación científica*, cit., pp. 75-ss.). R. CARNAP, por su parte, nunca estuvo de acuerdo con el principio de verificación en sentido fuerte y acogió la *confirmabilidad*, más próximo al sentido débil de verificabilidad, como probabilidad o grado de confirmación (*Autobiografía intelectual*, trad. C. Castells, Paidós, Barcelona, 1992, pp. 106-110 y 127-136). Puede verse un estado actual de la cuestión en A. GARCÍA SUÁREZ, "Nuevos problemas y cambios en el criterio empirista de significación", *Teorema*, vol. XVIII núm. 2, 1999, pp. 19-31. El problema de la falsabilidad reside en su admisión de hipótesis válidas del tipo "en un bosque existe un unicornio", ya que no puede ser refutada concluyentemente. Vid. A. GARCÍA SUÁREZ, *Modos de significar. Una introducción telemática a la filosofía del lenguaje*, Tecnos, Madrid, pp. 490-493.

que no ofrece un nuevo conocimiento, no dice nada nuevo de ninguna realidad y por ello ninguna experiencia física puede afirmarla ni refutarla. Aún así – pese a que las proposiciones analíticas no digan nada nuevo sobre ninguna realidad – esto no quiere decir que dichos juicios sean expresiones absurdas, ya que tienen un valor cognitivo: son útiles para el conocimiento al llamar la atención sobre los usos lingüísticos de los que, de otro modo, no se podría ser consciente. Además, disiparían confusiones al revelar ciertas ambigüedades e implicaciones o connotaciones valorativas de determinadas afirmaciones y creencias⁶.

En definitiva, el nuevo empirismo diferenciará entre las proposiciones o juicios analíticos y las proposiciones o juicios sintéticos como únicos objetos de conocimiento teórico⁷. Así, un enunciado es analítico cuando, a tenor de su estructura lógica, del significado de las palabras o de las definiciones de los símbolos que lo componen, es necesariamente verdadero (o necesariamente falso). Por su parte, un enunciado es sintético o empírico cuando su verdad o falsedad está sujeta a la comprobación fáctica del mismo⁸. Por tanto, el valor de verdad de los enunciados analíticos es *a priori* o independiere de la experiencia, mientras que el de los enunciados sintéticos es *a posteriori*, pues depende de observaciones sensoriales⁹.

⁶ Vid. A.J. AYER, *Lenguaje, verdad y lógica*, cit., pp. 23, 69, 78, 82-84 y 88-92; R. CARNAP, *Autobiografía intelectual*, cit., pp. 116 y 117; y H. PUTNAM, “El desplome de la dicotomía hecho/valor”, en *El desplome de la dicotomía hecho/valor y otros ensayos*, trad. F. Forn, Paidós, Barcelona, 2004, p. 22.

⁷ Sin embargo, que haya un criterio para lo analítico fue seriamente puesto en duda por W.V.O. QUINE en “Dos dogmas del empirismo”, en *Desde un punto de vista lógico*, trad. M. Sacristán, Barcelona, Orbis, 1984, pp. 49-70.

⁸ La diferencia entre enunciados analíticos y enunciados sintéticos o empíricos fue introducida por I. KANT en su *Crítica de la razón pura*, trad. M. García Morente y M. Fernández Núñez, Porrúa, 13ª ed., México, 2005, pp. 32-35. No obstante, esta diferenciación fue adelantada por HUME, como se vio más arriba, y anteriormente por G.W. LEIBNIZ con los conceptos de “verdades de razón” y “verdades de hecho”. Las verdades de razonamiento son, a juicio de LEIBNIZ, necesarias y su opuesto es imposible (*Monadología*, trad. M. Fuentes, en *Monadología; Discurso de Metafísica; Profesión de fe del filósofo*, Orbis, Barcelona, 1983, p. 31).

⁹ Véase, entre otros, A.J. AYER, *Lenguaje, verdad y lógica*, cit., p. 90; H. PUTNAM, “El desplome de la dicotomía hecho/valor”, cit., pp. 27 y 28; y en el campo jurídico J.J. MORESO, “Ciencia jurídica y dualismo metodológico”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo VII, 1990, pp. 292-294; y “Prólogo” a M. Narváez, *Wittgenstein y la teoría del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 13; R. GUASTINI, “Bobbio, o de la distinción”, en *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. J. Ferrer, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 59.

La concepción neopositivista dejaba, pues, fuera del ámbito de la ciencia y de las teorías todo tipo de juicio ajeno a lo analítico o a lo sintético. Así, frente a los juicios con valor cognitivo o valor de verdad se encuentran los juicios sin valor cognitivo o sin valor de verdad. Entre estos últimos destacaban los juicios estéticos y, en especial, los de valor. Tales juicios no son ni verdaderos ni falsos, pues no existe ningún criterio para determinar su validez, ni añaden ningún nuevo conocimiento sobre la realidad empírica. Sólo sirven, como mucho, para expresar un hecho acompañado de cierto sentimiento hacia él por parte del hablante y que, en algún sentido, envuelve un mandato al provocar los sentimientos y estimular la acción de otros¹⁰.

La separación de los diferentes tipos de juicios en juicios con valor o sin valor de verdad propició la idea de que sólo los primeros versaban sobre el estado de cosas del mundo o, en una palabra, sobre “hechos”, es decir, sobre el objeto de la ciencia¹¹. Por tanto, la ciencia informa, la ciencia describe, la ciencia explica, la ciencia conoce todo lo que es, pero la ciencia no trata de gustos ni de lo que debe ser. A la ciencia le interesan los hechos, no los valores, la ciencia es descriptiva y no-valorativa. La teoría científica, en definitiva, se mantiene orgullosa y manifiestamente alejada de juicio de valor¹².

Ahora bien, ha de notarse que con la idea de que la ciencia o la teoría están libres de valor o de que se mantienen neutrales desde el punto de vista

¹⁰ A este respecto puede verse A.J. AYER, *Lenguaje, verdad y lógica*, cit., pp. 119 y ss.; y R. CARNAP, *Autobiografía intelectual*, cit., p. 117. Dentro de la filosofía jurídica, véase A. ROSS, “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, en *El concepto de validez y otros ensayos*, trad. G.R. Carrió y O. Paschero, Fontamara, 2ª ed., México, 2003, p. 24; y R. GUASTINI, en M. ATIENZA, “Entrevista a Riccardo Guastini”, trad. M. Atienza, *Doxa*, núm. 27, 2004, p. 459.

¹¹ Auguste COMTE había escrito ya en 1844 que “toda proposición que no es estrictamente reducible al simple enunciado de un hecho, particular o general, no puede tener ningún sentido real o inteligible” (A. COMTE, *Discurso sobre el espíritu positivo*, trad. J. Marías, Alianza, Madrid, 1988, p. 54). La subsunción de los enunciados analíticos dentro de la categoría de los “hechos” se debe al paso de la identificación de un “hecho” como algo que corresponde a una impresión sensorial a la consideración de que los términos teóricos sobre los que no hay impresión sensorial, tales como los postulados y los axiomas de las teorías científicas, también son empíricamente significativos. Véase en este punto H. PUTNAM, «El desplome de la dicotomía hecho/valor», cit., pp. 24, 28 y 43-45.

¹² W.V.O. QUINE, *Las raíces de la referencia*, trad. M. Sacristán, *Revista de Occidente*, Madrid, 1977, p. 65. Para un recorrido histórico de la tesis de la neutralidad valorativa puede verse R. N. PROCTOR, *Value-Free Science? Purity and Power in Modern Knowledge*, Harvard University Press, Cambridge, 1991.

valorativo se puede estar afirmando tres tesis muy diferentes¹³. Primera. La tesis de la imparcialidad. Segunda. La tesis de la neutralidad propiamente dicha. Tercera. La tesis de la autonomía. Según la primera tesis, la aceptación de una teoría depende únicamente de juicios epistémicos o cognitivos independientemente de cualquier otra consideración; de manera que más allá de los valores epistémicos no existe un papel adecuado para otro tipo de valores (morales, por ejemplo) en la evaluación de la solidez de los conocimientos científicos. De acuerdo con la segunda, las teorías producen un cuerpo de conocimiento que es *neutral* respecto de perspectivas de valor opuestas, de manera que no favorecen las pretensiones o intereses de una concreta perspectiva de valor. Bajo la tercera tesis, por último, sólo los científicos deben decidir qué investigar y cómo hacerlo. Pues bien, durante estas líneas, se defenderá, pues, la tesis de la imparcialidad y, en cierto sentido, la de la neutralidad, teniendo en cuenta en este último caso que las teorías pueden favorecer o estar al servicio de ciertos valores, como el progreso o la verdad, no compartidos por todas las diferentes perspectivas de valor¹⁴. De esta manera, se sostendrá que la formulación de la teoría del Derecho ni favorece ni está al servicio de ningún sistema de valores más allá de los puramente epistémicos o metodológicos y que los resultados de la misma únicamente pueden enjuiciarse de acuerdo a criterios de éxito basados en razones científicas o de evidencia sensible¹⁵.

En orden a defender tal tesis, se abordará, en primer lugar, el significado de su formulación clásica en la teoría del Derecho de los siglos XIX y XX. En segundo lugar, se atenderá a las críticas hacia dicha formulación clásica que tienen como punto de mira el papel de los denominados valores epistémicos. En último lugar, centrándose en la actual discusión en el seno de la teoría jurídica, se acometerá el rol de los llamados valores prácticos y la cuestión de si es posible o no seguir manteniendo la tesis de que la teoría del Derecho puede quedar libre de valores morales y políticos.

¹³ H. LACEY, *Is Science Value Free?*, Routledge, London, 1999, pp. 67-ss.

¹⁴ Como considera LACEY, la autonomía no puede mantenerse, la imparcialidad no sólo sigue siendo defendible sino que debe ser un valor obligatorio de las prácticas científicas, mientras que la neutralidad puede seguir manteniéndose siempre que se tenga en cuenta que la formulación de las teorías ha de ser compatible al menos con alguna perspectiva de valor. Vid. H. LACEY, *Is Science Value Free?*, cit., pp. 250-252.

¹⁵ Los criterios de éxito de las propuestas normativas sobre el Derecho, por su parte, se fundamentan en argumentos morales o políticos. Sobre ambos tipos de criterios de éxito puede verse, entre otros, B. BIX, "Joseph Raz and Conceptual Analysis", *The American Philosophical Association Newsletter on Philosophy and Law*, vol. 6, núm. 2, 2007, pp. 4-5.

2. LA FORMULACIÓN DE LA TESIS DE LA NEUTRALIDAD VALORATIVA EN LA TEORÍA DEL DERECHO

Desde el siglo XIX, en el ámbito de la Jurisprudencia analítica inglesa, se ha venido diferenciando entre dos ámbitos de estudio del Derecho muy diferentes. Jeremy Bentham distinguía, así, la “Jurisprudencia expositiva” de la “Jurisprudencia censoria”. El objetivo de la primera consiste en exponer o explicar el Derecho tal y como es, mientras que la tarea de la segunda se centraba en la crítica jurídica, es decir, ocuparse del Derecho tal y como *debía ser*¹⁶. La dicotomía de Bentham implicaba, pues, dos puntos de vista diferentes desde los que acercarse al fenómeno jurídico, el punto de vista explicativo o descriptivo y el punto de vista crítico o prescriptivo. Pero, además, suponía la aplicación al Derecho de la distinción “ser/debe” o de la denominada “ley de Hume”, pues tal distinción tiene su origen en David Hume, de acuerdo con el cual no se puede deducir lógicamente el deber ser del ser ni, por tanto, un juicio de valor de un juicio de hecho¹⁷.

Desde Hume la dicotomía ser-debe ha servido como base para otras cuatro dicotomías. En primer lugar, desde un plano metodológico, se ha usado para distinguir las teorías descriptivas (el ser) de las teorías normativas (el deber)¹⁸. En segundo lugar, desde una perspectiva ontológica, se ha empleado para diferenciar entre los hechos (el ser) y los valores (el deber). En tercer lugar, ahora desde un plano semántico, se ha distinguido entre las proposiciones descriptivas (el ser) y las proposiciones prescriptivas (el deber). En cuarto y último lugar, la dicotomía entre el ser y el deber se ha utilizado para hacer referencia a la distinción entre el Derecho positivo (al Derecho que es) y el Derecho natural, ideal o correcto (el Derecho que debe ser)¹⁹.

El testigo de Bentham fue recogido por su discípulo John Austin, quien siguió admitiendo un modo o punto de vista descriptivo de acercarse al Derecho, propio de la Jurisprudencia, y otro prescriptivo, normativo, crítico,

¹⁶ J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, en J.H. BURNS y H.L.A. HART (eds.), *The Collected Works of Jeremy Bentham*, Oxford University Press, New York, 1996, pp. 293 y 294.

¹⁷ D. HUME, *Tratado de la naturaleza humana*, trad. F. Duque, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 689-690. G.E. MOORE, por su parte, hablará de la falacia naturalista para referirse al error de aquellos filósofos que identifican lo “bueno” con lo “natural” (*Principia Ethica*, trad. M^a Vázquez Guisán, Crítica, Barcelona, 2002, p. 33).

¹⁸ J. DICKSON, *Evaluación en la teoría del Derecho*, trad. J. Vega, UNAM, México, 2006, p. 5.

¹⁹ R. HERNÁNDEZ MARÍN, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Marcial Pons, 2^a ed., Madrid, 2002, p. 217.

moral o político llevado a cabo por la Ciencia de la legislación. Mientras la primera estudiaba el Derecho positivo, el establecido en una sociedad, la segunda tenía como objeto no el Derecho que *es*, sino el Derecho según *debía ser*²⁰. De esta manera es posible comprender que «la existencia del Derecho es una cosa; su mérito o demérito otra», ya que «las más perniciosas leyes, y por consiguiente aquellas que son más opuestas al testamento de Dios, han sido y son continuamente aplicadas como leyes por los tribunales de justicia»²¹.

La tradición analítica inglesa, y en especial la de Austin, fue continuada por otros muchos autores ya en el siglo XX, tales como Hans Kelsen, Herbert Hart, Norberto Bobbio o Joseph Raz por citar algunos nombres que, por otro lado, se enmarcan dentro del positivismo jurídico. Kelsen, quien considera que el único propósito de su teoría *pura*, como tal teoría, es conocer su objeto, preguntarse por el ser del Derecho y rehusar juzgar axiológicamente el Derecho positivo²². Hart, por su parte, entiende que su explicación del Derecho es descriptiva en el sentido de que es moralmente neutral y no tiene ningún propósito justificativo: «no busca justificar o recomendar en fundamentos morales, o en otros, las formas o estructuras que aparecen en mi descripción general del derecho»²³. Bobbio considera que la actitud metodológica que tiene el positivismo hacia el Derecho consiste en realizar juicios de hecho o descriptivos y no de valor, es decir, juicios libres de valor o avalorativos. En este sentido, califica a dicha actitud de *científica* y le reservaba el estudio del Derecho tal y como es, a diferencia de otros acercamientos que se ocupan del Derecho tal y como debería ser²⁴. Y, cerrando este breve e incompleto repaso histórico, Raz considera que siempre ha estado presente en

²⁰ J. AUSTIN, *Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia*, trad. F. González Vicén, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, pp. 23-ss.

²¹ J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, Hackett Publishing Company, Indianapolis/Cambridge, 1998, pp. 184-185.

²² H. KELSEN, "The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941-1942, p. 44; y *Teoría pura del Derecho* (2ª ed., 1960), trad. R.J. Vernengo, Porrúa, 12ª ed., México, 2002, pp. 15 y 121.

²³ H.L.A. HART, *Post Scriptum al Concepto del Derecho* (1994), editado por P.A. Bulloch y J. Raz, trad. R. Tamayo, UNAM, México, 2000, pp. 11 y 12. Este trabajo vio la luz por primera vez como un *Postscript* a la segunda edición de *The Concept of Law* en 1994.

²⁴ N. BOBBIO, *El positivismo jurídico*, trad. R. de Asís y A. Greppi, Debate, 1993, 145-147; y *El problema del positivismo jurídico*, trad. E. Garzón Valdés, Fontamara, México, 2004, pp. 41-42.

la base del pensamiento positivista la tesis de separar nítidamente la descripción del Derecho en términos evaluativamente neutros de su evaluación, positiva o negativa²⁵.

Las pretensiones de mantener la teoría del Derecho alejada de juicios de valor se sostiene sobre las mismas bases que la metodología de las Ciencias Sociales de Max Weber²⁶: 1. La ciencia se limita a cómo *son* las cosas y no a cómo *deben* ser²⁷. 2. Las Ciencias sociales tienen como objeto de estudio acciones de seres humanos con ciertos valores. Mas una cosa es la referencia a valores humanos que tiene que realizar el científico y otra muy distinta el uso de ideas o juicios de valor en la investigación científica. Admitir la interferencia de juicios de valor, que poseen una naturaleza subjetiva, representa una amenaza para la objetividad de la ciencia²⁸. Amenaza que puede manifestarse, por ejemplo, en una selección partidaria de los datos. 3. El uso de juicios de valor por parte del científico, aprovechándose de su posición de autoridad para difundir sus propios valores en el contenido de su trabajo de investigación o de docencia, supone una intromisión en la libertad de conciencia de sus colegas o de sus alumnos²⁹. Por estas razones, la ciencia o “las problemáticas de las disciplinas empíricas han de recibir una respuesta a su vez *libre de valores*, pues no se trata de *problemas de valor*”³⁰.

²⁵ J. RAZ, *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y moral*, trad. R. Tamayo, UNAM, 2ª ed., México, 1985, pp. 58-61.

²⁶ Vid. E. AGAZZI, “El giro histórico sobre los valores en la ciencia: valores éticos en la empresa científico-tecnológica: de la ciencia como ‘value-free’ al compromiso ético de la ciencia y la tecnología”, *Arbor: Ciencia, pensamiento y cultura*, núm. 638, 1999, p. 182.

²⁷ Ya Émile DURKHEIM había considerado que los hechos sociales son cosas. Véase, E. DURKHEIM, *Las reglas del método sociológico*, trad. E. de Champourcin, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, pp. 53-ss.

²⁸ La naturaleza subjetiva de los juicios de valor había quedado asentada ya por I. KANT (*Crítica de la razón práctica*, trad. R.R. Aramayo, Madrid, Alianza, 2000, p. 77).

²⁹ Por ello se ha de realizar la exigencia según la cual «el investigador y el profesor han de hacer necesariamente la distinción entre la comprobación de hechos empíricos (inclusive el comportamiento “valorador” de los seres humanos subjetivos que estudia) y su propia toma de posición valoradora que enjuicia los hechos (inclusive las eventuales “valoraciones” de los seres empíricos estudiados por él), en tanto que los considere como deseables o indeseables, y adopta en este sentido una actitud “valoradora”» (M. WEBER, “El sentido de la “libertad de valoración” en las ciencias sociológicas y económicas”, en *Sobre la teoría de las ciencias sociales*, cit., p. 106).

³⁰ M. WEBER, “Los juicios de valor en ciencia social”, en *La acción social: ensayos metodológicos*, trad. S. Giner y M. Faber-Kaiser, Península, Madrid, 1984, p. 76.

Estos presupuestos metodológicos delimitan que los objetivos descriptivos de la teoría jurídica se desplieguen, pues, sobre dos esferas: qué hace que a un conjunto de hechos se le llame Derecho (existencia del sistema o del orden jurídico) y qué hace que a unas normas se las denomine normas jurídicas (existencia o validez de las normas). En este sentido, los juicios o las proposiciones de los teóricos son de hecho, sobre existencia, sobre qué es el Derecho y tratan de explicarlo, describirlo, conocerlo o diferenciarlo. Sin embargo, ante este panorama resulta necesario realizar dos precisiones.

Como primera precisión, se debe recalcar que lo que interesa no es todo lo que existe en relación con el Derecho (cómo se comportan las personas, qué consecuencias tiene sobre la economía o la sociedad, qué consecuencias morales conlleva determinado Derecho o una concreta norma jurídica), sino la propia existencia del Derecho. Lo imprescindible de la teoría es, pues, el conjunto de hechos que forman aquello que se llama Derecho.

Como segunda precisión, la misión de la teoría del Derecho no es únicamente la descripción de hechos tal cual, sino también la de conceptos (como el propio de "Derecho", el de "norma jurídica" o el de "sistema jurídico"), mas de conceptos que se refieren a una parcela de la realidad, compuesta de hechos (y objetos).

Sea como sea, la pretensión de una teoría del Derecho es la realización de juicios de hecho que tienen como misión comprender e informar de la realidad (en este caso de la realidad jurídica) y no la de juicios de valor, los cuales implican "una toma de posición frente a la realidad" destinada no a informar, sino a influir sobre algo o alguien³¹. En definitiva, lo que sea el Derecho implica necesariamente que la explicación sea moral o axiológicamente neutral, es decir, (1) por un lado, que no haya una toma de posición o una recomendación respecto a la conveniencia moral o política de la realidad jurídica y, por otro, (2) que no haya un compromiso, en dicha descripción, con opción política o moral alguna³².

Partiendo de las premisas anteriormente vistas, se utiliza la expresión «teoría del Derecho» en un sentido restringido. Según éste, la teoría del Derecho se reduce a la investigación sobre el concepto de Derecho (y otros

³¹ N. BOBBIO, *El positivismo jurídico*, cit., p. 145.

³² Por esta razón, el fin del positivismo jurídico (y también su límite) es "describir, interpretar, comprender una realidad, no recomendar esta o aquella solución como mejor que otra". El ámbito de la toma de decisiones en la práctica jurídica excede el papel del jurista positivista. Véase, ahora, N. BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico*, cit., p. 47.

conceptos jurídicos fundamentales), sobre su naturaleza o sobre la forma de identificarlos³³. En definitiva, sobre lo que se ha venido en denominar “teoría de la identificación jurídica”: qué es y qué no es Derecho (límites de lo jurídico), cómo se identifica o cómo se estructuran sus fuentes y normas jurídicas. Frente a ella se sitúa la “teoría de la aplicación jurídica”, que se ocupa de la práctica de los tribunales y de otros órganos aplicadores del Derecho³⁴.

La reducción a la teoría de la identificación se debe a que, en ocasiones, se considera completa una teoría de la aplicación no sólo cuando se explican las convenciones, prácticas o técnicas interpretativas, la forma en que los operadores jurídicos argumentan y la manera en que resuelven los casos que ante ellos llegan y se enfrentan a problemas de indeterminación del Derecho (teorías de la interpretación, de la argumentación, de la decisión jurídica), sino cuando —además— se prescribe, aconseja u orienta la forma de decidir; tareas éstas en las que la teoría del Derecho no tendría nada que decir³⁵. Aun

³³ Hacen uso de este sentido restringido de la expresión “teoría del Derecho”, entre otros, J. RAZ, “¿Puede haber una teoría del Derecho?”, trad. R. Sánchez Brígido, en *Una discusión sobre la teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 47 y 48; B. BIX, “Algunas reflexiones sobre metodología en teoría del derecho”, trad. P. Navarro, *Doxa*, núm. 26, 2003, nota 2, p. 609.; R. GUASTINI, en M. ATIENZA, “Entrevista a Ricardo Guastini”, cit., pp. 459 y 460; y LEITER, B., “Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered”, *Ethics*, núm. 111, 2001, p. 285. Usar este sentido restringido no implica, como manifiesta RAZ, negar el título “teoría del Derecho” a otro tipo de investigaciones; tal uso es, simplemente, una cuestión de conveniencia terminológica.

³⁴ Son muchos los autores que han diferenciado entre una teoría de la identificación y una teoría de la aplicación del Derecho. Así, entre otros, J. RAZ, “El problema de la naturaleza del derecho”, trad. R. Tamayo, *Isonomía*, núm. 3, 1995, pp. 150 y 151; M. KRAMER, *In Defense of Legal Positivism. Law without Trimmings*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 114; T. SPAACK, “Legal Positivism and the Objectivity of Law”, *Analisi e diritto*, 2004, pp. 253 y ss.; E. BULYIGIN, “¿Está (parte de) la filosofía del derecho basada en un error?”, *Doxa*, núm. 27, 2004, pp. 23-26; y *El positivismo jurídico*, cit., pp. 104 y 107; J.J. MORESO, “El positivismo jurídico y la aplicación del Derecho”, *Doxa*, núm. 27, 2004, pp. 46-48; o R. ESCUDERO, “Arguments against inclusive legal positivism”, en J.J. MORESO (ed.), *Legal Theory, Proceedings of the 22nd IVR World Congress, Granada, 2005*, vol. I, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beihefte núm. 106, 2007, p. 46. Por su parte, C. DAHLMAN habla de una teoría del reconocimiento epistémico y una teoría del reconocimiento aplicativo (“Adjudicative and Epistemic Recognition”, *Analisi e diritto*, 2004, pp. 230-233).

³⁵ Tal vez por ello BULYIGIN afirma que la teoría jurídica no tiene respuesta para el problema de la aplicación del Derecho (“¿Está (parte de) la filosofía del derecho basada en un error?”, cit., p. 23).

así, ambas teorías —la de la identificación y la de la aplicación— tienen muchas e importantes conexiones siempre que ambas sean o intenten ser teorías explicativas o descriptivas acerca del fenómeno jurídico. La teoría de la identificación explica las condiciones que, de cumplirse, confirmarían la existencia de un orden jurídico y de los elementos que lo componen. La teoría de la aplicación, por su parte, explica las convenciones, prácticas o técnicas interpretativas, la forma en que los operadores jurídicos argumentan y la manera en que resuelven los casos que ante ellos llegan y se enfrentan a problemas de indeterminación del Derecho. De esta manera, se podrían exponer los criterios de interpretación, pero no cuál de entre todos ellos se debe escoger³⁶. Se podrían explicar los tipos de argumentación o cómo realmente se argumenta, pero no cómo se debe argumentar y resolver³⁷. En definitiva, se puede explicar cómo los jueces aplican, pero no si deben (moralmente) aplicar³⁸. Profundizar en estas cuestiones no sólo involucraría evitar toda prescripción, sino que en muchos casos revelaría que los operadores jurídicos a la hora de decidir un caso no sólo utilizan el material jurídicamente identificado ni lo hacen por meras razones jurídicas.

³⁶ Pues, como señala KRAMER, el positivismo jurídico no prescribe ningún método de interpretación, ni siquiera el del tenor literal (M. KRAMER, *In Defense of Legal Positivism*, cit., p. 114); y KELSEN considera que “no existe ningún método —caracterizado jurídico-positivamente— según el cual uno entre los varios significados lingüísticos de una norma pueda ser designado como el ‘correcto’” (H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 352). Lo mismo ocurre con las diferentes soluciones a las posibles lagunas y antinomias.

³⁷ Por ejemplo, ROSS entiende que el positivismo jurídico no tiene nada que decir respecto de la obligación moral de obedecer o desobedecer el Derecho, ya que tal cosa pertenece a la filosofía moral (A. ROSS, “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, cit., p. 19). En sentido similar véase J.A. GARCÍA AMADO, “Positivismo jurídico y obediencia al Derecho”, en *Ensayos de Filosofía jurídica*, Temis, Bogotá, 2003, p. 284. Por su parte, MARMOR afirma que el positivismo jurídico no es una teoría sobre el deber moral de los jueces, dado que ésta es una cuestión moral que sólo puede basarse en razones morales. Véase, A. MARMOR, “Legal Positivism. Still Descriptive and Morally Neutral”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, núm. 4, 2006, pp. 688 y 689. Por su parte, BULYGIN es aún más restrictivo, en cuanto que elimina esta cuestión no sólo del campo del positivismo jurídico sino de toda la filosofía del Derecho. Vid. E. BULYGIN, “¿Está (parte de) la filosofía del derecho basada en un error?”, cit., pp. 16 y 17 y *El positivismo jurídico*, cit., pp. 96 y 97.

³⁸ Algunas razones por las cuales la teoría del Derecho tendría poco que decir respecto de la teoría de la aplicación, especialmente en la aplicación del Derecho injusto, pueden verse en E. BULYGIN, “¿Está (parte de) la filosofía del derecho basada en un error?”, cit., pp. 23-26; y J.J. MORESO, “El positivismo jurídico y la aplicación del Derecho”, cit., pp. 48-51.

En definitiva, la teoría de la aplicación jurídica puede ser una pieza de la teoría del Derecho sólo si parte de los mismos presupuestos metodológicos que la teoría de la identificación. Es decir, siempre que pueda realizarse una teoría general y descriptiva de la aplicación, la interpretación y la decisión jurídica. Así concebida, ésta sería en cierto modo una prolongación de la teoría de la identificación y, por ende, formaría parte de la teoría del Derecho.

Para finalizar este segundo epígrafe cabría reconstruirse una primera versión de la tesis de la neutralidad valorativa en la teoría del Derecho, que afirmaría: la teoría del Derecho, en su papel explicativo del fenómeno jurídico, no incluye juicios de valor de ninguna clase.

3. LA TESIS DE LA NEUTRALIDAD VALORATIVA Y LA CUESTIÓN DE LOS VALORES EPISTÉMICOS

Hasta ahora se ha señalado que el objetivo de las ciencias y de la teoría del Derecho es describir hechos del mundo, pero también que las proposiciones científicas o teóricas tienen o pretenden tener un valor de verdad, esto es, pueden ser calificadas de verdaderas o falsas. Lo cierto es que el mero hecho de aceptar la verdad como un valor de las proposiciones teóricas convierte, de pronto y cuanto menos, en inexacta la tesis de la neutralidad valorativa en su primera versión.

Los propios seguidores de la neutralidad valorativa han reconocido que la investigación científica no ha de alejarse de cualquier valor, sino de las “valoraciones prácticas y de hechos sociales que se consideran prácticamente como deseables o indeseables por razones éticas, culturales o de otro tipo”³⁹. Mas existen otro tipo de valoraciones, por las que se juzgan no ya las prácticas sociales, sino las propias prácticas científicas; valoraciones que sirven para justificar como valiosos los resultados del quehacer científico desde el punto de vista de la lógica o del interés propiamente científico⁴⁰. Tales

³⁹ M. WEBER, “Los juicios de valor en ciencias sociales”, cit., p. 61.

⁴⁰ M. WEBER, “Los juicios de valor en ciencias sociales”, cit., p. 77. Como ha señalado M.G. LOSANO, hasta la más positivista de las teorías iuspositivistas presenta proposiciones prescriptivas, aunque no del Derecho, sino del sistema científico del Derecho, tales como las reglas lógicas, que deben aplicarse para constituir en sistema su teoría del Derecho (M.G. LOSANO, “Sulla presenza di un linguaggio ora descrittivo ora prescrittivo nella dottrina pura del diritto”, *Materiali per una storia della cultura giuridica. Momenti e figure della teoria generale del diritto*, vol. VIII núm. 1, pp. 211-219).

valoraciones se ven como *virtudes* de las propias hipótesis o teorías científicas y entre ellas destacarían la simplicidad, la generalidad, la modestia, etc.⁴¹ Tales valoraciones o virtudes son diferentes a la mera descripción fáctica, pero están presentes en las ciencias y en las teorías o los científicos asumen que deben estar presentes o, al menos, deben ser intentados en sus investigaciones. Se trataría de los llamados valores epistémicos, cognitivos o meta-teóricos, es decir, de cualidades estimables en todo conocimiento o en toda descripción tales como la ordenación de los datos, la sistematicidad, la claridad, la certeza, la plausibilidad, el potencial explicativo, la coherencia, etc. Si esto es así, ya no se puede afirmar que las ciencias o las teorías están libres de valoración o que son libres de valor⁴². Los valores epistémicos son muy variados y cada autor o corriente ha apuntado unos cuantos, lo cual determina no sólo su pluralidad, sino su posibilidad de cambio. Piénsese en el valor de certeza o de verdad. En un principio, se exigía una verificación absoluta o cierta. Con el tiempo, la verificación se limitó a lo probable.

No obstante, todavía serviría diferenciar entre, por un lado, estos valores epistémicos sin los cuales no podría la ciencia alcanzar sus fines últimos, de tal manera que se trataría de *valores internos* o propios de la racionalidad científica o teórica y, por otro, los valores externos a la ciencia o valores prácticos, entre los que destacarían los valores morales o políticos, pertinentes sólo en el momento de decidir qué se investiga más urgentemente o cómo se utilizan los resultados de la investigación⁴³. Los valores prácticos conciernen al ámbito de la racionalidad práctica, es decir, son valores relacionados con la forma de actuar de las personas no frente a un problema teórico, sino frente a un problema práctico de conducta (*v.gr.*, cómo comportarse respecto de otras personas o ante las normas, si prestar obediencia o no a un poder político, etc.)⁴⁴.

⁴¹ Véase W.V.O. QUINE, y J.S. ULLIAN, *The Web of Belief*, Random House, New York, 1978, pp. 60-ss.

⁴² H. PUTNAM, *El desplome de la dicotomía hecho/valor*, cit., pp. 45-49.

⁴³ Véase, ahora, F.J. RODRÍGUEZ ALCÁZAR, "Esencialismo y neutralidad científica", en F.J. RODRÍGUEZ ALCÁZAR, R.M. MEDINA DOMÉNECH y J. SÁNCHEZ CAZORLA (eds.), *Ciencia, tecnología y sociedad: contribuciones para una cultura de la paz*, Universidad de Granada-Instituto de la Paz y los Conflictos, Granada, 1997, pp. 59-61.

⁴⁴ B. LEITER, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 168.

Así las cosas, se ha esgrimido que las teorías que pretenden ser descriptivas no se pueden calificar como teorías libres de valoración, sino tan sólo como teorías *relativamente* libres de valoración. Dicha afirmación implicaría, entonces, el desplome de la dicotomía entre el ser y el debe al menos en el plano metodológico⁴⁵.

La senda de la imbricación de toda teoría con unos valores es la seguida por algunos filósofos del Derecho para considerar que la teoría del Derecho implica siempre una empresa valorativa y, por ende, la imposibilidad de una *pura* teoría descriptiva del Derecho. Se arguye aquí la necesidad de que el teórico realice y tenga en cuenta el tipo de razonamientos propios de la llamada racionalidad práctica, es decir, aquellos que tienen que ver con cómo se debe actuar. De esta manera, tanto la pretensión de realizar una teoría descriptiva del Derecho como la persistencia en la dicotomía entre el ser y el debe son, por tanto, imposibles. Se afirma así que una teoría descriptiva es irrealizable porque su objeto —el Derecho— está constituido por acciones humanas, prácticas, hábitos, actitudes, creencias y, en definitiva, por un conjunto de rasgos de la vida social que el teórico sólo puede comprender de manera íntegra tanto seleccionando lo importante y significativo como captando e interpretando su objetivo, fin o valor. Todo ello supone una tarea eminentemente normativa y no sólo descriptiva, ya que requiere necesariamente que el teórico realice juicios de valor y no meros juicios descriptivos⁴⁶.

Los valores, pues, estarían involucrados en la tarea teórica en dos momentos distintos. En un primer momento, el teórico necesitaría de valores para seleccionar lo importante y significativo del conjunto de hechos y prácticas sociales que pueden fundamentar el Derecho. En un segundo momento, los valores se hacen imprescindibles para captar la función o el fin del Derecho, cosa necesaria para una correcta explicación del fenómeno jurídico. Es cierto que la relevancia de los hechos para el Derecho depende, según esta crítica, de cuál sea la función del mismo, de manera que lo que puede resultar significativo para alcanzar un fin puede no serlo para lograr otro

⁴⁵ Así ha sido defendido por J. DICKSON en *Evaluación en la teoría del Derecho*, cit., pp. 42-44.

⁴⁶ Vid. R. DWORKIN, *La justicia con toga*, trad. M. Iglesias e I. Ortiz de Urbina, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 164; J. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, trad. C. Orrego, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, pp. 37-38; S. PERRY, "Interpretation and Methodology in Legal Theory", en A. MARMOR (ed.), *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy*, Clarendon, Oxford, 1995, p. 121 y ss.; y G. POSTEMA, "Jurisprudence as Practical Philosophy", *Legal Theory*, núm. 4, 1998, p. 333.

objetivo diferente. No obstante, tengo serias dudas de que la naturaleza del Derecho o la definición de lo que el Derecho sea requiera la inclusión de elementos finalistas o funcionalistas.

Piénsese en un concepto de Derecho como conjunto de normas que emanan de autoridades competentes. Si eso es Derecho resulta indiferente el objetivo que persigan. Como señala Bobbio, «la mentalidad que el positivismo jurídico rechaza es la de quien incluye en la definición del derecho elementos finalistas; por ejemplo: la obtención del bien común, la actuación de la justicia, la protección de los derechos de libertad, la promoción del bienestar, y que debido a esta inclusión está luego obligado —si quiere ser coherente (pero afortunadamente a menudo los antipositivistas no lo son)— a rechazar como no jurídicas aquellas normas que no obstante emanar de los órganos competentes, de acuerdo con los procedimientos establecidos, no sirven para obtener el bien común, para actuar la justicia, para garantizar la libertad, para promover el bienestar»⁴⁷. Condicionar la existencia del Derecho a que éste sea eficaz o sirva, por ejemplo, como herramienta de control social representaría importar una de las ideas básicas del iusnaturalismo como es la de introducir en el concepto del Derecho elementos teleológicos. De tal manera que se podría afirmar que la existencia del Derecho es una cosa y su función o su eficacia otra⁴⁸.

La necesidad del elemento funcional para ofrecer un concepto de Derecho se vuelve más débil cuando se define conceptualmente tal elemento funcionalista. En este sentido se ha considerado que afirmar que algún tipo de entidad k tiene una función conceptual f solamente es afirmar que algo o alguien debe ser capaz de llevar a cabo f para contar como una k ⁴⁹. De tal forma que la tesis conceptual funcionalista del Derecho es verdadera siempre que haya alguien que sea capaz de llevar a cabo tal función, aunque ésta no se cumpla efectivamente. Sin embargo, a mi juicio este argumento no parece muy convincente en cuanto que no atribuye *necesariamente* al Derecho que

⁴⁷ N. BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico*, cit., p. 42. Por ello, “es inexacto considerar incompleta la definición iuspositivista basada únicamente en el requisito de validez” (*El positivismo jurídico*, cit., p. 152).

⁴⁸ Para una profundización de esta explicación véase B. TAMANAHA, “Socio-Legal Positivism and a General Jurisprudence”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 21, núm. 1, 2001, pp. 9-13 y 20; y *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 133-170.

⁴⁹ Vid. K.E. HIMMA, “Do Philosophy and Sociology Mix? A Non-Essentialist Socio-Legal Positivist Analysis of the Concept of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, núm. 4, 2004, p. 731.

éste cumpla con su función (sea cual fuere), sino únicamente la *posibilidad* de cumplir con ella. Se podría decir, entonces, que el Derecho lo es mientras pueda ser eficaz y deja de ser Derecho si no puede ser eficaz. Imagínese un sistema de normas que, a día de hoy, no pueda ser eficaz. Esto no significa que dentro de un año el mismo sistema pueda ser eficaz. Por tanto, el sistema que hoy no puede ser eficaz es, potencialmente, eficaz. Según el argumento mencionado, el sistema normativo ineficaz en la actualidad podría ser en el futuro un sistema jurídico (sistema normativo eficaz), puesto que en ningún momento pierde su posibilidad de eficacia. De ser esto así, la conclusión parece obvia: todo sistema normativo tendría una posibilidad de eficacia y, por ende, todo sistema normativo sería un sistema jurídico; y ello con independencia de su eficacia o ineficacia real, presente o futura.

Cosa diferente es que para comprender completamente el concepto de Derecho haya que explicar la función que desempeña o trata de desempeñar en un momento y lugar determinados aquella institución, al igual que por ejemplo para comprender bien el concepto de “tijeras” haya que explicar su función⁵⁰. Pero el Derecho y las tijeras no tienen una única función y ni mucho menos dejan de existir por no cumplir “su” función, teniendo en cuenta que en un futuro siempre podrán cumplir ésta u otras funciones⁵¹. El Derecho no deja de ser Derecho aunque no se obedezca o se aplique, del mismo modo que las tijeras no dejan de ser tijeras aunque no se utilicen para cortar⁵².

⁵⁰ En este sentido, P. SOPER también ha diferenciado entre el concepto y la función del Derecho, aunque afirme que para comprender bien el Derecho haya que conectar ambos elementos: concepto y función (*Una teoría del Derecho*, trad. R. Caracciolo y S. Vera, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 161). Sobre que el concepto de Derecho integra necesariamente el elemento funcional puede verse R. DE ASÍS, “Sobre los rasgos de lo jurídico”, en VV.AA., *El Derecho en red. Estudios en Homenaje al Profesor Mario G. Losano*, Dykinson, Madrid, 2006., nota 10, pp. 637 y 638.

⁵¹ Se utiliza aquí el ejemplo de las tijeras pues es el que emplea HIMMA en comparación con el Derecho para evidenciar que la posibilidad de llevar a cabo sus funciones son tesis conceptuales acerca de la naturaleza misma del Derecho y de las tijeras. Véase esta comparación en K.E. HIMMA, “Do Philosophy and Sociology Mix? A Non-Essentialist Socio-Legal Positivist Analysis of the Concept of Law”, cit., p. 732.

⁵² En ocasiones es el propio Derecho el que rehúsa su propia eficacia y se interesa no de que sus normas se cumplan o apliquen, sino del símbolo de poder que supone la mera creación y existencia de normas jurídicas. Como ha señalado M. GARCÍA VILLEGAS: “en el ordenamiento jurídico existen normas que son creadas con el único objetivo de ser promulgadas, de ser enunciadas, y no con el de ser aplicadas. El poder del Derecho es el poder de decir el Derecho” (*La eficacia simbólica del Derecho: examen de situaciones colombianas*, Uniandes, Bogotá, 1993, p. 239).

Dejando para más adelante la cuestión de la selección de la función o del valor del Derecho y centrándose en la selección de los datos relevantes para su concepto se ha considerado que, ante la multitud de prácticas, acciones y datos que han configurado el fenómeno jurídico a lo largo de la historia y en los diferentes lugares del mundo, tal vez lo único que pudiera elaborarse no sería un concepto, sino una simple — aunque extensa — lista general de esos datos que en todo espacio y tiempo han caracterizado el Derecho. La extensión de tal lista, debido a la cantidad ingente de rasgos del concepto, podría ser tan interminable que en todo caso requeriría para su hipotética elaboración algún criterio o principio de sistematización. Para llevar a cabo este proceso de sistematización tendría que realizarse algún juicio de valor sobre la forma de seleccionar y organizar los datos objeto de la descripción. Así, hasta una simple lista “descriptiva” — cuánto más un concepto — conllevaría una empresa evaluativa⁵³. En este sentido, toda teoría presupondría unos valores y, por ello, recurriría a juicios normativos.

Ahora bien, estos valores que toda teoría debe presuponer para poder ordenar mejor sus datos y contribuir así a una exacta o mejor claridad y descripción de su objeto no serían más que valores epistémicos, cosa que no ha supuesto mayor inconveniente para muchos de los teóricos descriptivos del Derecho. Considerar que toda teoría descriptiva es normativa o evaluativa en este sentido no implicaría problema alguno⁵⁴; aunque considerar que la introducción de valores epistémicos como factor que elimina la posibilidad de hablar de teorías descriptivas conduciría precisamente a frustrar el fin u objetivo de algunos de esos valores. En efecto, parece que el potencial aclaratorio que representa la división de los saberes y su visión racional del mundo fracasaría si se afirmara que, por ejemplo, tanto los resultados teóri-

⁵³ Vid. J. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, cit., pp. 37-38; F. SCHAUER, “Positivism as Pariah”, en R.P. GEORGE (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 32-33; y R. DWORKIN, *La justicia con toga* cit., p. 171.

⁵⁴ H.L.A. HART, “Comment on Ronald Dworkin, ‘Legal Theory and the Problem of Sense’”, en R. GAVISON (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of HLA Hart*, Clarendon, Oxford, 1987, p. 39; W. WALUCHOW, *Positivismo jurídico incluyente*, trad. M. S. Gil y R. Tesone, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 31-44; A. MARMOR, *Positive Law and Objective Values*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 153-159; B. LEITER, *Naturalizing Jurisprudence*, cit., pp. 168-175; M. KRAMER, *Where Law and Morality Meet*, Oxford University Press, New York, 2004, p. 236; y E. BULYGIN, “Raz y la teoría del Derecho. Comentarios sobre ‘¿Puede haber una teoría del Derecho?’ de Joseph Raz”, trad. H. Bouvier, en J. RAZ, R. ALEXI, y E. BULYGIN, *Una discusión sobre la teoría del Derecho*, cit., pp. 108 y 109.

cos de las investigaciones sobre la composición salínica del agua de los diferentes mares y océanos como los estudios acerca del comportamiento debido de los jueces ante una ley injusta tienen, ambos, un cariz normativo.

Por otra parte, la evaluación necesaria para seleccionar los rasgos esenciales del concepto de Derecho, incluso su función, no tiene que ser realizada por el teórico, sino que basta con atender a los propios juicios evaluativos de los participantes en la práctica social a través de criterios epistémicos puros. Ejemplos de éstos serían el uso estadísticamente normal (como lo que la mayoría de la gente considera que es un rasgo del Derecho) o la utilización de evidencias empíricas (como la existencia de tribunales, prisiones, etc.)⁵⁵. Además, en la evaluación que haya de hacer el teórico —suponiendo que tuviera que hacerla— afirmar que un rasgo es importante no equivale a decir que es bueno. Tales juicios evaluativos no son juicios sobre los méritos morales de algo⁵⁶. Pueden tratarse, por ejemplo, de una importancia cuantitativa extraída de una investigación estadística.

En este orden de cosas, se podría reconstruir una segunda versión de la tesis de la neutralidad valorativa, que afirmaría: la teoría del Derecho incluye juicios de valor epistémico, pero no juicios de valor práctico.

4. LA TESIS DE LA NEUTRALIDAD VALORATIVA Y LA CUESTIÓN DE LOS VALORES PRÁCTICOS

Hasta el momento se ha admitido que en la ciencia y en la teoría del Derecho tienen cabida ciertos valores, los epistémicos, pero no otro tipo de valores, como los valores prácticos (morales, políticos o ideológicos). Pues bien, los partidarios de la tesis de que las teorías ni siquiera están libres de este último tipo de valores han considerado que detrás de todo teórico hay

⁵⁵ Vid. B. LEITER, *Naturalizing Jurisprudence*, cit., pp. 168-170. Por el contrario, según el parecer de DICKSON las teorías del Derecho implican y deben implicar juicios evaluativos que van más allá de los netamente metateóricos, aunque no se trate de juicios morales (J. DICKSON, *Evaluación en la teoría del Derecho*, cit., p. 48).

⁵⁶ Vid. J. RAZ, "Autoridad, derecho y moral", cit., p. 256. Esta diferenciación es la base para que DICKSON hable de proposiciones evaluativas directas, aquellas que atribuyen valor de bondad a algo —v.gr., "que el Derecho tenga autoridad es bueno"—y de proposiciones evaluativas indirectas, como las que adscriben una propiedad evaluativa a algo, pero sin señalar si es buena o no —v.gr., "que el Derecho tenga autoridad es importante"— (J. DICKSON, *Evaluación en la teoría del Derecho*, cit., pp. 66-68). Véase también J. COLEMAN, *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 175-197.

una ideología o ciertos compromisos morales o políticos que condicionan su investigación. Resulta evidente que la investigación — en especial si concierne a un fenómeno social — que cada teórico emprende tiene siempre algún trasfondo político, moral o, simplemente, lúdico.

Tal evidencia no ha escapado a los autores que defienden una teoría libre de juicios de valor. Max Weber, por ejemplo, consideró que «cuáles son el objeto de estudio y la profundidad de estudio en la infinitud de las conexiones causales sólo lo determinan las ideas de valor que dominan al investigador y a su época. En lo referente al método de la investigación — el cómo — es cierto que el punto de vista dominante determina — como aún veremos — la formación de los conceptos auxiliares que utiliza. Pero en lo referente a la manera de utilizarlos, el investigador se halla ligado evidentemente a las normas de nuestro pensamiento. Porque sólo es una verdad científica aquello que pretende tener validez para todos quienes quieren la verdad»⁵⁷.

El pensamiento de Weber tiene una explicación más profunda y clara en la diferenciación establecida por Reichenbach entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación⁵⁸. El contexto de descubrimiento no es más que la manera en que se llega a una idea o a una hipótesis. Aquí, el teórico puede tener ciertas preconcepciones iniciales acerca de algo o ciertas motivaciones ideológicas (por ejemplo, “para poder criticar el poder hace falta una buena explicación del mismo”; o “me parece injusta tal situación, pero voy a describirla”), pues las condiciones sociales, psicológicas, morales, políticas o económicas pueden ayudar a dar con una hipótesis valiosa. El contexto de justificación, por su parte, es la proposición de la hipótesis o de la teoría misma y su contrastación o justificación lógica o empírica. Esta distinción permite afirmar que la descripción requiere cierta valoración práctica en la gestación de la teoría, pero a la hora de comprobar la posibilidad lógica o empírica de las afirmaciones no hay dimensión axiológica alguna⁵⁹.

⁵⁷ M. WEBER, “La objetividad del conocimiento en las ciencias y la política sociales”, en *Sobre la teoría de las ciencias sociales*, trad. M. Faber-Kaiser, Planeta, Barcelona, 1993, p. 52.

⁵⁸ H. REICHENBACH, *Experience and Prediction: An Analysis of the Foundations and the Structure of Knowledge*, University of Chicago Press, Chicago, 1938, pp. 5-7.

⁵⁹ F. OVEJERO, *Mercado, ética y economía*, Icaria, Barcelona, 1994, p. 169. En definitiva, como señala SIEGEL, cuando nos disponemos a justificar la validez de una creencia o cuerpo de creencias (por ejemplo, una hipótesis o teoría científica) no nos importa en absoluto qué caminos condujeron a su adopción (H. SIEGEL, “Justification, Discovery and the Naturalizing of Epistemology”, *Philosophy of Science*, vol. 47, 1980, p. 300).

En el contexto de descubrimiento, pues, la teoría del Derecho puede responder a las motivaciones morales o ideológicas del teórico, pero ello no implica que éste únicamente pueda emprender tareas normativas ni que, en el caso de las descripciones, su corrección tenga que depender de la veracidad de sus preconcepciones o motivaciones ideológicas⁶⁰. De hecho, un elemento de apertura e, incluso, de crítica frente al dogmatismo es intentar contrastar dichas preconcepciones con la realidad y estar dispuesto a revisarlas a la luz de pruebas contrarias.

No se acaba aquí la cuestión. Hay autores que consideran que la ciencia ni siquiera puede liberarse de los valores prácticos, no sólo porque es difícil trazar la línea entre un valor epistémico y un valor práctico, sino, sobre todo, porque diversas investigaciones históricas y sociológicas ponen de manifiesto que los valores prácticos socialmente dominantes acaban repercutiendo en los métodos y en los contenidos de la ciencia, bien contribuyendo a seleccionar los objetivos epistémicos que predominan en una determinada fase de la actividad científica, bien suplantando a éstos en el proceso de resolución de los debates científicos⁶¹. No voy a detenerme, sin embargo, en estos aspectos por razones de espacio, pero me centraré en el actual debate en torno a la teoría del Derecho y la necesidad de contar con valores prácticos.

Como se señaló más arriba, el teórico no sólo debe seleccionar los rasgos importantes y significativos del fenómeno jurídico a la hora de elucidar el concepto del Derecho, sino que entre tales rasgos importantes ha de mediar el fin, los objetivos, los valores inherentes a dicho fenómeno, a las prác-

⁶⁰ Vid. A. MARMOR, "Legal Positivism. Still Descriptive and Morally Neutral", cit., pp. 691 y 692. De esta misma opinión se había mostrado ya LLEWELLYN al considerar que si bien a la hora de determinar los objetivos de la investigación siempre se ha de recurrir a juicios de valor, la investigación misma, la observación, la descripción y el establecimiento de relaciones entre las cosas descritas no han de quedar, en la medida de lo posible, contaminadas de los deseos del observador o de lo que él considere que tiene que ser éticamente necesario (K. LLEWELLYN, "Some Realism About Realism - Responding to Dean Pound", *Harvard Law Review*, vol. 44, núm. 8, 1931, p. 1236). Quizá la opinión de que las motivaciones ideológicas de un teórico condicionan la descripción de su teoría sea la razón por la cual ASÍS considere que el positivismo jurídico es normativo y no meramente descriptivo (R. DE ASÍS, "Sobre los rasgos de lo jurídico", cit., pp. 635-636).

⁶¹ F.J. RODRÍGUEZ ALCÁZAR, "Esencialismo y neutralidad científica", cit., pp. 63-ss; J. ECHEVERRÍA, *Introducción a la metodología de la ciencia*, cit., pp. 320-326 y *Filosofía de la ciencia*, Akal, 2ª ed., Madrid, 1998, pp. 67-ss. Véase igualmente el volumen colectivo H. KINCAID, J. DUPRÉ, A. WYLIE (eds.), *Value-Free Science? Ideals and Illusions*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

ticas y creencias o actitudes de las personas del grupo social donde el fenómeno se desarrolla. Todos estos son aspectos que el teórico debe captar. El concepto de Derecho se concibe entonces como un concepto práctico, moral o político dependiente de valores que van más allá de lo epistémico. En este sentido, la propia tarea del teórico le requiere un compromiso y una elección de los datos moralmente más relevantes con respecto a sus propios entendimientos y creencias morales⁶². Por tanto, la existencia de ideales, fines u objetivos morales inherentes a la naturaleza del Derecho hacen necesaria una evaluación moral para precisamente entender la naturaleza del Derecho⁶³.

Las posiciones de estos autores poseen los tres rasgos fundamentales que Jules Coleman atribuye a las teorías normativas. En primer lugar, tales autores consideran que el Derecho es algo (moral o políticamente) valioso. En segundo lugar, entienden que exponer lo que el Derecho sea implica, al menos en parte, exponer lo que tiene de valioso. En tercer y último lugar, concluyen que para explicar lo que el Derecho tiene de valioso el teórico tiene que proporcionar una visión del Derecho desde una teoría política que asigne un valor a aquél⁶⁴. En las próximas líneas se defenderá que ninguno de estos rasgos implica un uso de valores prácticos por parte del teórico.

En primer lugar, el Derecho puede servir para muy diferentes fines (redistribuir riquezas, proveer servicios, resolver conflictos, pero también para despojar de bienes o aplastar a una minoría) que no necesariamente han de ser valiosos. Por otra parte, también las investigaciones científicas pueden ser algo política o moralmente valioso. Descubrir una vacuna contra el virus

⁶² A juicio de SCHAUER resulta inverosímil imaginar una cuenta conceptual que pueda divorciarse de las opciones valorativas del teórico. En este sentido, la empresa del teórico es normativa y teleológica, en cuanto que tiene que ofrecer la definición más deseable desde un punto de vista moral, ideológico, político o social. Todo lo cual implica que la tarea de definir el Derecho sea más una cuestión de opción que de descubrimiento (F. SCHAUER, "Positivism as Pariah", cit., pp. 33 y 34). En un sentido similar puede verse J. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, cit., p. 48; G. POSTEMA, "Jurisprudence as Practical Philosophy", cit., pp. 333 y 334; L. MURPHY, "The Political Question of the Concept of Law", en J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 373 y 381; y R. DWORKIN, *La justicia con toga*, cit., pp. 161 y ss.

⁶³ J. FINNIS, "On the Incoherence of Legal Positivism", *Notre Dame Law Review*, vol. 75, 2000, pp. 1597-1611; en especial, pp. 1603 y ss. En una dirección semejante se han manifestado S. PERRY, "Interpretation and Methodology in Legal Theory", cit., p. 123.

⁶⁴ Estos tres rasgos han sido puestos de manifiesto como propios de las teorías normativas del Derecho por COLEMAN, en "Law and Political Morality", *The American Philosophical Association Newsletter on Philosophy and Law*, vol. 6, núm. 2, 2007, p. 9.

A/H1N1 es valioso políticamente porque puede evitar problemas a un gobierno o puede serlo moralmente porque permite curar a las personas. Incluso un hecho natural como la lluvia me parece particularmente valioso no sólo estética, sino también políticamente en Estados temerosos de disturbios tras un prolongado período de sequía. Ahora bien, no confundir el objeto de la investigación con la investigación misma o con las aplicaciones particulares del objeto y distinguir entre los citados contextos de descubrimiento y de justificación permite que el valor de algo no impida su descripción neutral.

En segundo lugar, es cierto que si se atiende a las construcciones de los teóricos normativos se puede observar en ellas sus opciones personales valorativas. Por poner un ejemplo, Ronald Dworkin considera que cualquier teoría sobre la naturaleza de un concepto político tiene carácter normativo, en cuanto que debe capturar y mostrar su aspecto normativo, es decir, su valor. De esta manera, elaborar una teoría general de un concepto político, como el de Derecho, el de justicia o el de libertad, implica acometer la difícil tarea de identificar “el valor de un valor”, que en el caso del Derecho no es otro que el de la legalidad o el del imperio de la ley⁶⁵. Este valor insiste, a su vez, en el objetivo o el fin del Derecho que no es otro que justificar el poder coercitivo del Estado. De esto se sigue que el poder coercitivo de una comunidad política sólo deba desplegarse contra sus ciudadanos de acuerdo con normas preestablecidas. Ahora bien, esta construcción no desmiente que el Derecho tenga otras funciones, suponiendo que la justificación de la coacción estatal fuere una de ellas, ni que no haya otras opciones valorativas de edificación de una teoría normativa del Derecho. Aún más, no envuelve que una teoría descriptiva del concepto de Derecho tenga que incluir entre los rasgos importantes o significativos su objetivo, función o valor ni desmiente la tesis de la neutralidad valorativa. Sencillamente implica privilegiar unas funciones y unos objetivos frente a otros⁶⁶.

⁶⁵ Véase, de nuevo, R. DWORKIN, *La justicia con toga*, cit., pp. 21-23, 167-187 y 244-245.

⁶⁶ Vid. H.L.A., HART, *Post Scriptum al concepto de Derecho*, ed. P.A. Bulloch y J. Raz, trad. R. Tamayo, UNAM, México, 2000, pp. 23-26; B. BIX, *Jurisprudence: Theory and Context*, Sweet & Maxwell, London, 1996, p. 26; B. LEITER, *Naturalizing Jurisprudence*, cit., p. 159; y J. COLEMAN, “Methodology”, en J. COLEMAN y S. SHAPIRO (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 319-323 y 333-334. En opinión de MORESO privilegiar una de las funciones del Derecho implica una tarea normativa, aunque no la introducción de juicios de valor personales del teórico. Véase a este respecto J.J. MORESO, “Teoría del Derecho y neutralidad valorativa”, *Doxa*, núm. 31, 2008, p. 190. El propio DWORKIN, por su parte, reconoce que de haber tomado otro punto de vista, sus conclusiones tal vez hubieran sido otras (R. DWORKIN, *La justicia con toga*, cit., pp. 29 y 30).

Es cierto que el Derecho depende de los usos, las creencias, actitudes, prácticas e, incluso, de las valoraciones de las personas y de los grupos sociales. Pero esto no convierte al concepto de Derecho en un concepto de género político, sino de tipo hermenéutico. Todo concepto es hermenéutico si satisface dos condiciones⁶⁷. En primer lugar, si juega un papel hermenéutico, es decir, si figura en cómo las personas se comprenden a sí mismas y a sus propias prácticas. Y, en segundo lugar, si su extensión queda fijada por este papel hermenéutico, esto es, quede determinada de manera intersubjetiva por las personas que comparten el concepto en cuestión⁶⁸. Como concepto hermenéutico, la descripción de lo que sea el Derecho requiere conocer y entender el punto de vista de quienes participan en la práctica, pero dicho punto de vista no necesariamente ha de ser moral⁶⁹. Y, aunque lo fuera, determinar cuán valioso es el Derecho o qué tiene de valioso para los participantes de la práctica bien puede ser investigado a través de una empresa estadística⁷⁰.

En tercer lugar, aun aceptando que el punto de vista del participante fuera moral, ello no implicaría que el teórico tuviera que aceptar o compartir dicho punto de vista y abandonar el lugar descriptivo que le corresponde⁷¹.

⁶⁷ B. LEITER, *Naturalizing Jurisprudence*, cit., pp. 173-175.

⁶⁸ Estas dos condiciones de los conceptos hermenéuticos parece situarse en la misma esfera de las dos proposiciones que TAMANAHA atribuye al interpretativismo: el que la mayoría de las acciones sociales estén basadas en las ideas y creencias de las personas, por un lado, y que el contenido o significado de esas ideas y creencias sea intersubjetivo, por otro, de tal forma que esté basado en y compartido por los miembros del grupo social. Vid. B. TAMANAHA, "The Internal/External Distinction and the Notion of a 'Practice' in Legal Theory and Sociolegal Studies", *Law and Society Review*, vol. 30, núm. 1, 1996, p. 168.

⁶⁹ Las razones para aceptar la práctica pueden ser, efectivamente, de tipo prudencial, por tradición, por conformismo, por miedo a ser castigado, o —entre otras— por la esperanza de ser recompensado. Vid. H.L.A. HART, *Post Scriptum*, cit., p. 35.

⁷⁰ Todo ello suponiendo que un estricto teórico conceptual tuviera que dar cuenta de las evaluaciones de los participantes de un sistema jurídico nacional y no del Derecho en abstracto. Una explicación de este argumento puede verse en J. RAZ, "About Morality and the Nature of Law", *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 48, 2003, pp. 12 y 13.

⁷¹ Vid. H.L.A. HART, *Post Scriptum*, cit., p. 15; W. WALUCHOW, *Positivismo jurídico incluyente*, trad. M.S. Gil y R. Tesone, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 37-38; P. COMANDUCI, "Principios jurídicos e indeterminación del Derecho", *Doxa*, núm. 21 vol. II, 1998, p. 99; F.J. ANSUÁTEGUI, "Positivismo y teorías de la argumentación jurídica", *Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso*, núm. 45, 2000, p. 366; A. MARMOR, *Positive Law and Objective Values*, cit., pp. 155-159; y "Legal Positivism. Still Descriptive and Morally Neutral", cit., pp. 696-704.

Una cosa es aprehender un valor y otra bien distinta tener un juicio valorativo. En efecto, los teóricos descriptivos tienen que dar cuenta, si los hubiere, de los vínculos entre el Derecho y la moral. Ahora bien, aunque los ciudadanos o los operadores jurídicos hayan resuelto tales problemas de forma valorativa, ello no es óbice para que aquél los recoja como simples datos o hechos para su teoría. Es decir, “la descripción puede mantenerse descripción, aun cuando lo que se describa sea una evaluación”⁷². En cambio, los teóricos normativos parecen olvidarse de que no sólo se puede hablar desde dos puntos de vista de una práctica social. Junto con el punto de vista interno del participante y el punto de vista externo del observador, existe un tercer punto de vista que puede denominarse *hermenéutico*. El punto de vista hermenéutico es aquel tomado por una persona que comprende la práctica tal y como si participara del punto de vista interno, pero que se limita a describirla sin comprometerse ni a favor ni en contra de la misma⁷³. Los enunciados realizados desde este punto de vista desinteresado — propio de juristas teóricos — en los que se informa a otros de lo que deben hacer de conformidad con el Derecho, con independencia de que los informadores se compromete-

⁷² H.L.A.HART, *Post Scriptum*, cit., pp. 15, 16 y 18. El citado autor escribía en otro lugar: «hay una posición necesaria para una forma de teoría jurídica o jurisprudencia con alcance descriptivo y general, la perspectiva en la cual no es que un juez decida “qué es el derecho”, esto es, qué requiere el derecho en casos particulares... sino la de un observador externo de una forma de institución social con un aspecto normativo, la cual en su repetición en diferentes sociedades y períodos exhibe algunas características comunes de forma, estructura y contenido. Entre otras cosas, cada teoría descriptiva debe proveer una cuenta analítica y explicación de aquellas prácticas jurídicas que gobiernan una comunidad» (H.L.A. HART, “Comment on Ronald Dworkin, ‘Legal Theory and the Problem of Sense’”, cit., pp. 36-37).

⁷³ Vid. N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Edward Arnold Publishers, Londres, 1981, pp. 38 y ss; “Reglas sociales”, trad. L. Emilfork, *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, núm. 28, 1986, pp. 309 y ss.; El propio HART admitió este punto de vista y afirmó que no hay nada que «impida a un observador externo, no participante, describir las formas en las cuales los participantes ven el derecho desde ese punto de vista interno [...] Por supuesto, un teórico jurídico descriptivo, como tal, no comparte la aceptación del derecho de los participantes; pero, puede y debe, describir tal aceptación» (*Post Scriptum*, cit., p. 15). No obstante, con anterioridad a MACCORMICK, este punto ya se había puesto de relieve por ROSS. El propio ROSS confiesa estar asombrado de que HART no vea o no mencione de forma más evidente el lenguaje externo de un observador que como tal ni acepta ni rechaza las reglas, pero que sólo hace un informe sobre ellas, como resulta ser el caso del jurista teórico. Véase, ahora, A. ROSS, “Review: The Concept of Law by H.L.A. Hart”, *The Yale Law Journal*, vol. 71, 1961-1962, p. 1189).

tan con su aceptación o rechazo, son denominados “enunciados jurídicos imparciales”⁷⁴.

Tras estas últimas puntualizaciones, creo que se puede seguir manteniendo una tesis de la neutralidad valorativa en la teoría del Derecho que, admitiendo la introducción de valores epistémicos e, incluso, prácticos en el contexto de descubrimiento, afirmara la ausencia de valores prácticos en su contexto de justificación.

ROBERTO MARINO JIMÉNEZ CANO
Universidad Carlos III de Madrid
c/ Madrid, 126
Getafe 28903 Madrid
e-mail: robertomarinojimenez@uc3m.es

⁷⁴ Vid. J. RAZ, *La autoridad del Derecho*, cit., pp. 196 y ss.

LA SOLIDARIDAD Y SUS PARADOJAS

SOLIDARITY AND ITS PARADOXES

MANUEL SALGUERO SALGUERO
Universidad de Granada

Fecha de recepción: 26-05-10

Fecha de aceptación: 5-10-10

Resumen: *Este trabajo examina los diferentes registros históricos de la idea de solidaridad y destaca los rasgos principales de la acción voluntaria en nuestros días, teniendo en cuenta que se nos muestra como el horizonte axiológico de la humanidad. Sin embargo, hay que preguntarse si la solidaridad está hoy sometida a un proceso entrópico de devaluación y a un exceso de retórica. Por eso, la idea de solidaridad ha de ponerse en entredicho cuando queda vinculada a la lógica del mercado. En este trabajo se propugna un modelo de solidaridad, enraizado en la tradición ilustrada, comprometido con la justicia social y orientado a la realización efectiva de los derechos humanos.*

Abstract: *This paper reviews different historical traces of the notion of solidarity and emphasizes the main features of altruist action in our times, taking into account that it is proposed as the moral horizon of humanity. Nevertheless, the relevant issue is whether solidarity has become involved in an entropic process of devaluation and an excess of rhetoric. That is why the notion of solidarity must be called in question when it is supposed to be tied to commercial logic. This paper enhances a kind of solidarity rooted in the enlightened tradition, engaged to social justice and open to human rights.*

Palabras clave: solidaridad, benevolencia, acción humanitaria, justicia social, derechos humanos.

Keywords: solidarity, benevolence, humanitarian action, social justice, human rights.

1. INTRODUCCIÓN

Si en el ser humano tienen cabida inclinaciones hacia la destrucción y opresión de los semejantes, también y en igual medida tiene asiento, como reconoce Rousseau, una repugnancia innata a ver sufrir a quienes son como él y una espontánea tendencia que empuja a compadecerse del que sufre y a prestarle ayuda. A partir de esa emoción originaria de solidaridad, que remite a la experiencia de la humana fragilidad y de la mutua vulnerabilidad, se llegará al principio humanitario que incita a remediar los sufrimientos existentes, imponiéndose a las tendencias destructivas y a las presiones del interés personal.

A pesar de la deshumanización, injusticia y clamorosa desigualdad que caracteriza a nuestro mundo globalizado, se deja ver –frente al pesimismo hobbesiano o el interés egoísta de Mandeville– un brote de esperanza y un espacio para el compromiso humanitario en su dimensión cosmopolita. No comporta novedad la constatación del hecho de que siempre ha habido modos de vida individual y colectiva caracterizados por el altruismo en beneficio de los demás. Este rasgo es, precisamente, el que ha propiciado que en la historia de la humanidad puedan descubrirse luces entre tanta barbarie colectiva. La novedad de estas últimas décadas –una novedad que puede calificarse de histórica– consiste en que la acción solidaria se ha canalizado en estructuras socialmente organizadas.

La proliferación de organizaciones no gubernamentales –el denominado tercer sector–¹ se está produciendo en todas las regiones del planeta y tiene lugar en un contexto general de retraimiento de la acción estatal en la prestación de servicios, debido a la crisis del estado de bienestar. La acción voluntaria como realidad cultural de nuestro tiempo está vinculada a las transformaciones que ha experimentado la idea de solidaridad. Podría decirse que la función que desempeñó la benevolencia o el humanismo filantrópico en los siglos XVIII y XIX, sobre todo en Francia y en Inglaterra, es la que desempeña hoy la solidaridad cuando este concepto –una vez delimitado en su alcance– se hace referir al despliegue de ese sector asociativo, no lucrativo o del voluntariado.

¹ Cfr. M. SALAMON LESTER, “The Rise of the Nonprofit Sector”, *Foreign Affairs*, núm. 73, vol. 4, 1994, pp. 109-122.

La solidaridad se ha convertido en el horizonte axiológico de la humanidad en el final de milenio anterior y en el inicio del nuevo. Sin embargo, es preciso preguntarse si esta solidaridad está sometida a una inflación retórica y a un proceso entrópico de devaluación en la práctica.

El examen crítico de la noción de una solidaridad vinculada a la lógica del mercado constituye uno de los puntos básicos de este trabajo. ¿Puede justificarse un acercamiento a la exigencia de esta lógica o bien hay que considerar como un contrasentido vincular solidaridad y mercado? Desde un punto de vista crítico, se hace necesaria una sabiduría práctica de la acción humanitaria que sea capaz de afrontar los conflictos y dilemas éticos que se suscitan. Frente a la idea de una solidaridad pasiva, que no transforma la realidad sino que perpetúa la situación de los empobrecidos y excluidos, proponemos una solidaridad abierta que apela al compromiso y propugna, desde la empatía y desde la indignación por la injusticia, una nueva *humanitas*, el vínculo social que es hoy tan necesario. Esta solidaridad abierta apunta hacia una actividad emancipatoria frente a las determinaciones naturales y sociales. El centro de gravedad de la acción solidaria habrán de ser los otros en tanto que sujetos iguales en dignidad y protagonistas activos de esos procesos de emancipación. La solidaridad ha de discurrir por los parámetros de un proyecto heredero de la ilustración, reivindicado ahora en toda su radicalidad y que consiste en transformar el bienestar en términos de justicia. El impulsar este proyecto de una ciudadanía solidaria y cosmopolita es una exigencia de justicia y será la mejor garantía de la efectiva realización de los derechos humanos, por mirar al otro en su plena dignidad como persona y porque sus derechos son considerados como el reverso de nuestra responsabilidad.

2. REGISTROS HISTÓRICOS DE LA NOCIÓN DE SOLIDARIDAD

La “solidaridad” es una expresión propia de nuestro tiempo que se vincula a la idea del estado social de derecho, aunque tenga antecedentes mucho más lejanos. Uno de estos antecedentes es la amistad (“*philía*”) que es una nueva forma de entenderse y asociarse los hombres más allá de los vínculos de la sangre, de la familia, de la tribu o de las convenciones de la sociedad. Como dice Emilio Lledó², el sentimiento de amistad inunda los poemas

² E. LLEDÓ, *Memoria de la ética*, Taurus, Madrid, 1994, pp. 107-113.

homéricos, irrumpe en la lírica y en el teatro y se discute y analiza en los diálogos de Platón³. Aristóteles dedica los Libros VIII y IX de la *Ética a Nicómaco* a la amistad y comienza diciendo que ésta es lo más necesario para la vida y que no hay mayor satisfacción que hacer el bien a los amigos. La amistad, como forma del reencuentro con el otro, supone reconocer una semejanza y actúa como un impulso natural que conduce a la justicia, pues nadie desea un mal a quien considera como semejante o igual a sí mismo. De ahí que la amistad sea uno de los mayores bienes. La relación de amistad es propia del ser que tiene *logos* y se caracteriza, si es verdadera amistad, porque desaparece la antítesis entre egoísmo y altruismo, al coincidir el propio bienestar con el bienestar del amigo. La amistad es, por tanto, experiencia de alteridad, concordia y socialidad natural.

La amistad como valor ético se transformó con el cristianismo en una relación de caridad y amor fraterno⁴. El cristianismo introdujo la transformación del ser humano por la gracia divina que se recapitula en la experiencia vital de la fraternidad universal⁵. La caridad cristiana reconoce la igualdad de todos los seres ante Dios y de ahí nace el precepto del amor mutuo. Además, la caridad se configuró también como principio de carácter ecuménico y San Agustín apelaba a la necesidad de unos vínculos por los que los hombres se mantengan unidos de modo que la ciudad terrena sea un reflejo de la ciudad celeste⁶. Este vínculo es Dios y ningún Estado quedará preservado sin establecer una conexión con la fe y sin la concordia y el amor de unos y otros por razón de mismo Dios. Una vida buena y honesta requiere el amor a Dios y el amor al prójimo. Para Santo Tomás de Aquino la caridad es un aspecto de la piedad, aquel que se refiere a las obras de misericordia hechas a nuestros prójimos. La piedad forma parte de la justicia legal, como la honra y servicio a la patria que mira al bien común. La piedad es también la muestra de amor que damos a los padres⁷.

³ En el *Gorgias* aparece la idea de amistad como aquel elemento que une a los hombres en la justicia, y en *Lisis* se alude a un parentesco con la comunidad humana.

⁴ V. CAMPS, *Virtudes públicas*, Espasa Calpe, Madrid, 1990, p. 38.

⁵ Cfr. G. PECES-BARBA MARTÍNEZ y J. DORADO PORRAS, "Derecho, sociedad y Cultura en el siglo XVIII", en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, E. FERNÁNDEZ GARCÍA, R. DE ASÍS ROIG (Drs.), *Historia de los derechos fundamentales*, tomo III: Siglo XVIII, vol. I, Dykinson, Madrid, p. 207.

⁶ Cfr. F. COPLESTON, *Historia de la filosofía*, vol. 2, Ariel, Barcelona, 1974, pp. 88 y 95.

⁷ TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica*, Madrid, B.A.C, 1995, 2-2 q. 101 a.2, pp. 399-406.

Otro de los antecedentes de la solidaridad es la idea de fraternidad, cuyo precedente más claro se encuentra en los estoicos. Así, dice Cicerón en su tratado *Sobre las leyes* que “la naturaleza nos ha hecho justos para apoyarnos mutuamente y unirnos a todos en una asociación”⁸. También en *De officiis* queda bien reflejada esta idea de fraternidad en su dimensión social⁹, como de igual manera ocurre en Séneca¹⁰. El estoicismo, con su idea del *homo homini sacra res* influyó en el iusnaturalismo racionalista de autores como Hugo Grocio¹¹, Richard Cumberland, Samuel Pufendorf, John Locke¹², Adam Smith y J.J. Rousseau, que se desmarcaban del pesimismo antropocéntrico del *homo homini lupus*. El término “fraternidad” fue el que los ilustrados franceses solían utilizar en lugar del término “benevolencia” que era más preferentemente usado por los representantes de la ilustración británica. El elemento diferenciador se encuentra en la apreciación de que el término “fraternidad” tiene adherencias de carácter religioso, que irán desapareciendo con el avance en el proceso de secularización. Por eso, el utilizar el término “benevolencia”, más bien que el de “fraternidad” indica el aseguramiento de un pensamiento ilustrado secularizado. A su vez, estos dos términos se asociaban también semánticamente a la noción de filantropía a la que se refiere Kant en *La metafísica de las costumbres*¹³. La auténtica benevolencia –la que ha de concebirse como acción sometida al imperativo del deber– equivale a la filantropía y consiste en el deber de hacer el bien a otros hombres en la medida de nuestras facultades. El imperativo moral de la benevolencia filantrópica se puede formular así: “Haz el bien a tu prójimo y esta benefi-

⁸ CICERÓN, *Sobre la República. Sobre las leyes*, ed. José Guillén, Tecnos, Madrid, 1986, p. 158.

⁹ “La misma naturaleza por medio de la luz de la razón, concilia unos hombres con otros (...) obligándonos a desear que haya unión y sociedad entre los hombres, y a poder ser participante de la misma sociedad”. CICERÓN, *De officiis*, Porrúa, México, 1982, pp. 6 y 7.

¹⁰ “No es posible que viva feliz quien no dirige sus ojos más que a sí mismo y todo lo refiere a la propia utilidad; si quieres vivir para ti mismo es menester que vivas para otro. La vigilancia diligente y fiel de esta hermandad que junta al hombre con el hombre, y establece un derecho común en el linaje humano”. SÉNECA, *Cartas morales a Lucilio*, Carta XLVIII, ed. Bofia y Ferro, Editorial Iberia, Barcelona, 1964, p. 132.

¹¹ HUGO GROCIO, “Prolegomena”, en *De Iure Belli ac Pacis. Libri Tres in quibus ius naturae et Gentium, item iuris publici praecipua explicantur*, B. J. A. De Kanter-Van Hettinga, Tromp, Lugduni Batevorum, E. J. Brill, 1939.

¹² Cfr. J. LOCKE, *Lecciones sobre la Ley Natural*, trad. Manuel Salguero y Andrés Espinosa, Comares, Granada, 1998.

¹³ I. KANT, *La metafísica de las costumbres*, trad. Adela Cortina, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 257-258.

cencia provocará en ti el amor a los hombres (como hábito de la inclinación a la beneficencia)”¹⁴. Pero como advierte Victoria Camps, la fraternidad no figura junto a la igualdad y la libertad en el frontispicio de los *Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789. Y no es casual que los tres derechos principales fueran igualdad, libertad y propiedad, “valores nacidos de la desconfianza y poco compatibles con una supuesta hermandad universal”¹⁵. Mientras que triunfó la revolución de la libertad (una libertad individualista), la revolución de la fraternidad o de la benevolencia contra los excesos de ese individualismo no llegó a triunfar.

Uno de los antecedentes históricos más cercanos a la noción de solidaridad –como ha quedado ya sugerido– es la virtud social y política de la benevolencia, desarrollada en los siglos XVII y XVIII¹⁶ como un ingrediente específico de aquella modernidad. La benevolencia recibió un inicial impulso con Richard Cumberland¹⁷ y consiste en el deber de promover el bien común de todos los agentes racionales, buscando la coincidencia entre ese bien común y el particular o privado¹⁸. La benevolencia se configura en la modernidad ilustrada como una cosmología y como una antropología alternativas al escepticismo y al pesimismo de Hobbes y de Mandeville. Frente a la limitación del horizonte moral de esta tesis del interés egoísta hay una inclinación natural a la benevolencia universal¹⁹ que constituye una *socialitas*²⁰ por la

¹⁴ Ibid., p. 258.

¹⁵ V. CAMPS, *Virtudes públicas*, op. cit., p. 39.

¹⁶ Cfr. Kud HAAKONSSON, “Divine/natural law theories of ethic”, en D. GARBER y R. AYERS, (eds.), *The Cambridge History of Seventeenth-century Philosophy*, vol. 2., Cambridge, Cambridge University Press, 1998, vol. 2, pp. 1317-1357.

¹⁷ M. SALGUERO, “Inclinación natural a la benevolencia en el pensamiento de Richard Cumberland”, en VV.AA., *Estudios en homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. IV (Historia y Filosofía política, jurídica y social), Editorial Dykinson, Madrid, 2008, pp. 903-926.

¹⁸ Richard CUMBERLAND (1632-1718) dedicó más de un tercio de su voluminosa y principal obra (*De legibus naturæ disquisitio philosophica, in qua earum forma, summa capita, ordo, promulgatio et obligatio e rerum natura investigantur; quin etiam elementa philosophiæ Hobbianæ, cum moralis tum civilis, considerantur et refutantur*, Londres, 1672) a justificar la idea de que la naturaleza ha dejado como indeleble huella los muchos beneficios que proporciona la colaboración, porque la naturaleza humana está diseñada para vivir en sociedad. El deber de benevolencia consiste en perseguir el bien común como el mejor fin de que somos capaces. “Bonum est quod rei cuiuslibet, vel plurium facultates conservat, vel insuper adauget et perficit (R. CUMBERLAND, *De legibus naturæ*, op. cit., cap. III, § I, p. 16).

¹⁹ “...quo casu propensiones naturales ad benevolentiam universalem, legesque naturæ omnes locum habent.” (R. Cumberland, *De legibus naturæ*, op. cit., cap. II § XXII, p. 125.

²⁰ S. PUFENDORF, *The jure naturæ et gentium*, II, cap. III, pág. 16.

cual los hombres pueden vivir pacíficamente sin que haya de haber un pacto artificial y se convierte en una obligación de trabajar activamente en la búsqueda del bien de todos los seres racionales. Frente a ese pesimismo, la razón nos persuade de la necesidad de una mutua benevolencia, concebida ésta como *una cordial, constante y universal inclinación a la cooperación con los demás incluso cuando no siempre esperemos una retribución*²¹.

Puede decirse que Richard Cumberland, Shaftesbury,²² Francis Hutcheson²³, Samuel Butler²⁴, David Hume²⁵, Adam Smith²⁶ y J.J. Rousseau²⁷ nivelaron la balanza desnivelada a favor de la naturaleza egoísta del hombre según la interpretación de Hobbes²⁸, Bayle²⁹, Mandeville³⁰ o La Rochefoucauld³¹. To-

²¹ "Summa autem illa benevolentia (...) consistit in voluntate sic faciendi animitus, constanter et effussime; etiam in casibus in quibus nulla saepe retributio expectatur". R. CUMBERLAND, *De legibus naturae*, op. cit., cap. I, § XXI, 32.

²² SHAFTESBURY (3rd Earl of), *An Inquiry Concerning Virtue in two Discourses: I Of Virtue and the belief of a Deity; II Of the Obligations to Virtue*, London, 1699. También, *Sensus communis. Ensayo sobre la libertad de ingenio y de humor*, trad. Andreu Rodrigo, Pre-Textos, Valencia, 1995.

²³ F. HUTCHESON, *Escritos sobre la idea de virtud y sentido moral*, I.- *Una investigación sobre el origen de nuestra idea de virtud*, trad. Aurora Lauzardo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999.

²⁴ J. BUTLER, *Dissertation of the Nature of Virtue*, publicada en 1736 en forma de apéndice a *The Analogy of Religion, Natural and Revealed, to the Constitution and Course of Nature*, en *The Works of Joseph Butler*, 2 vols. Oxford, 1874.

²⁵ D. HUME, *Essays And Treatises on Several Subjects*, vol. I: *Essays, Moral, Political, and Literary*; vol. 2: *A Dissertation on the Passions; An Inquiry Concerning the Principles of Morals*, Bristol, Thoemmes Press, 2002. Además, *Tratado de la naturaleza humana*, edición de Félix Duque, vol. 2, Editora Nacional, Madrid, 1977.

²⁶ A. SMITH, *The Theory of Moral Sentiments*, ed. D.D. RAPHAEL, y A.L. MACFIE, Clarendon Press, Oxford, 1979. Cfr. J. CROPSEY, "Adam Smith", en L. STRAUSS y J. CROPSEY (Comps.), *Historia de la filosofía política*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004, pp. 597-618.

²⁷ J.J. ROUSSEAU, *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres. El Contrato y el Discurso sobre las ciencias y las artes*, Alianza, Madrid, 1980; *Emilio o de la educación*, trad. Mauro Armijo, Alianza Editorial, Madrid, 1990.

²⁸ Th. HOBBS, *Leviatán*, ed. de Moya Escotado, Editora Nacional, Madrid, 1980.

²⁹ P.BAYLE, *Dictionaire des lettres et critique*, 2 vols. Rotterdam, 1697.

³⁰ B. MANDEVILLE, *La fábula de las abejas o los vicios privados hacen la prosperidad pública*, (1ª edición en inglés de 1729, edición facsímil 1924 de Clarendon Press, 1ª edición en español 1982, 1ª reimpresión 1997), comentario crítico de F.B. Kaye, F.C., México, 1997.

³¹ Cfr. PASCAL, LA ROCHEFOUCAULD, LA BRUYÈRE, VAUVENARGES, CHAMPORT, JOUBERT, *Moralistas franceses. Máximas, pensamientos y caracteres*, introducción de Alicia Illera, ed. De José Antonio Millán Alba, trad. Salustiano Masó y José Antonio Millán Alba, Biblioteca de Literatura Universal, Almuzarra, Córdoba, 2008. Véase, en especial, *Máximas* de La Rochefoucauld, pp. 393-463.

dos aquellos insistieron en el carácter social del ser humano y en su natural benevolente. Ningún hombre querrá verse reflejado en el molesto espejo de la fábula de las abejas de Mandeville³² –en donde el deseo de hacer lo noble y lo honroso no es más que vanidad y egoísmo–, sino que querrá verse reconocido en el mucho más amable de la benevolencia. Frente a Hobbes y contra Mandeville, todos ellos comparten la idea de que la dimensión racional del hombre incluye una propensión a la concordia con los demás seres racionales³³. Además, la benevolencia se concibe como un impulso natural hacia la cooperación social y como un ingrediente básico de la moralidad, de modo que ese deseo de hacer el bien a otras personas es también un deseo de propiciar su bienestar (“...vis Benevolentiae se extendit ad omnes actus(...)ad bona procuranda”)³⁴. De ahí que el eje principal de esta antropología optimista compartida por los autores antes indicados, excepto por Hobbes, Mandeville y La Rochefoucauld, sea la afirmación de que no es posible reducir los motivos humanos al propio interés, a la propia supervivencia o a la autopreservación. Es también una idea compartida por todos ellos que la benevolencia consiste en un impulso para mantener una acción generosa humanitaria universal. Todos ellos compartían también la idea de que la benevolencia es una virtud social de la cooperación que establece vínculos de simpatía, pero es una virtud secularizada vista desde la perspectiva de la felicidad y utilidad de los individuos y de la sociedad en su conjunto. Por eso, la benevolencia favorece el vínculo con los demás sujetos humanos, sintiendo como algo propio sus placeres o miserias. La especificidad de la benevolencia reside en el distanciamiento reflexivo con respecto de la inmediatez de la mera reacción emotiva, en la desvinculación del interés egoísta o puramente utilitarista y en la búsqueda activa de la felicidad de todos los agentes racionales. La benevolencia –como virtud social y afable– incorpora en su acción desinteresada y de cooperación con los demás los elementos de una amplia sentimentalidad (simpatía, humanidad, compasión, generosidad...).

³² Cfr. M. M. GOLDSMITH, *Private Vices, Public Benefits. Bernard Mandeville's Social and Political Thought*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985. También, K. SCOTT, “Mandeville's Parados as Satire: The Moral Consequences of Being a Good Citizen in a Comercial Society”, *Politics and Policy*, vol. 37, núm. 2, 2009, pp. 369-394.

³³ “...propensiones illae ad concordiam cum aliis sui generis”, R. CUMBERLAND, *De legibus*, cap. II § XXII, p. 129.

³⁴ *De legibus naturae*, *ibid.*, cap. I §VIII, pp. 9-10.

Mientras que la benevolencia y demás virtudes sociales son disposiciones naturales, la justicia es, sin embargo, una virtud artificial. En las virtudes o afecciones naturales lo característico es la intensidad, la proximidad y la particularidad, mientras que la justicia busca un equilibrio lejano o un estado de cosas beneficioso en su conjunto para la sociedad. Mientras que la justicia tiene un carácter general y abstracto, la benevolencia como virtud natural se ocupa de la epiqueya en un horizonte de cercanía atendiendo al caso concreto o a una persona determinada. La benevolencia actúa en el plano de la proximidad impulsada por los resortes de la inclinación natural y la justicia es fruto de las convenciones humanas para armonizar los intereses en conflicto, va más allá de lo personal y opera en las transacciones comerciales. Hume atribuye una importante función a las virtudes naturales porque, una vez establecidas las convenciones, el esquema abstracto de la justicia se ve acompañado por un fuerte sentimiento moral, que se debe a esos vínculos sociales que la benevolencia y la simpatía despliegan³⁵. Hay una diferencia básica, según A. Smith, entre la benevolencia y la virtud artificial de la justicia. Mientras que ésta es indispensable, puede haber una sociedad sin afectos, sin amor recíproco o sin benevolencia, rigiéndose exclusivamente por interés o utilidad, como ocurre en la sociedad comercial. Se puede vivir, por tanto, sin benevolencia, pero no sin justicia. Además, mientras que las reglas de la justicia son precisas como las de la gramática, las de la benevolencia y demás virtudes son imprecisas e indeterminadas. Las acciones que lleva a cabo la benevolencia son siempre libres de modo que su ausencia no expone a castigo alguno. La falta de benevolencia frustra el bien que podría razonablemente esperarse y consiste en dejar de hacer el bien que es correcto hacer. Sin embargo, la observancia de la justicia no se deja al arbitrio de la libertad o voluntad, sino que puede ser exigida por la fuerza y su violación expone al castigo³⁶. Sin embargo, aunque la benevolencia no sea susceptible de una sanción positiva, es, según Smith, más excelsa y digna de mayor recompensa que la justicia.

Puede afirmarse, en conclusión, que el término “benevolencia” es coincidente con un determinado aspecto de la noción de “solidaridad” que suele asociarse hoy a la idea del Estado social de derecho. En efecto, puede decirse que la benevolencia, tal como la hemos identificado, es coincidente sustancialmente con la noción actual de solidaridad si ésta cumple algunos requi-

³⁵ *Tratado de la naturaleza humana, op. cit.*, p. 826.

³⁶ *Teoría de los sentimientos morales, parte II, secc. 2, 1*, pp. 171-176.

sitos: no es cerrada, ni mecánica, ni orgánica³⁷; no es exclusiva (ni étnica, ni racial ni nacionalista); no está basada en la reciprocidad automática, sino en la relación de asimetría (conllevarse mutuamente los desiguales o fraternidad entre los desiguales); no espera retribución como condición; es abierta (se extiende a lo privado, público, local, cosmopolita e interés común); está estructuralmente vinculada a la compasión y la simpatía; es selectiva (se dirige a los más desprotegidos, a los que no ven reconocida su dignidad como personas, y a todos en cuanto que todos son dignos de compasión por la contingencia, precariedad y finitud de todo ser humano en cuanto tal); y es compatible con el cuidado de sí mismo. Cuando la solidaridad tiene estos requisitos, se puede identificar con la benevolencia.

En suma, no puede identificarse *prima facie* benevolencia y solidaridad pues una parte de la noción de solidaridad no queda incluida en la benevolencia. No toda solidaridad es benevolencia. Sólo cuando la solidaridad no se hace coincidir con la justicia (estricto deber jurídico) y cuando se libera de su negatividad (orgánica, mecánica, reactiva, pasiva o negativa) y se torna en abierta o positiva puede decirse que es coincidente en lo sustancial con la benevolencia.

En el contexto presente, la solidaridad, puede considerarse, como ha subrayado De Lucas, bien como una exigencia ética o bien como un criterio en el ámbito jurídico-político³⁸. En el primer caso, la solidaridad se adscribe al ámbito de las obligaciones morales y entonces la solidaridad se entiende como benevolencia, fraternidad, caridad o beneficencia, pero distinta siempre de la justicia. En el segundo caso, la solidaridad se adscribe no a la benevolencia, sino a la justicia, y se concibe entonces como una especificación de la igualdad.

3. SOLIDARIDAD INSTITUCIONALIZADA Y RASGOS DE LA ACCIÓN VOLUNTARIA

Una vez examinados los antecedentes históricos de la noción de solidaridad, es preciso destacar que el compromiso solidario se caracteriza hoy

³⁷ El precedente más notorio de la solidaridad orgánica lo encontramos en el enfoque organicista-funcionalista de Saint Simon o de Comte, y, sobre todo, en Durkheim, que elabora las nociones de solidaridad mecánica (el individuo queda supeditado al grupo) y solidaridad orgánica (vinculación entre conciencia individual y conciencia colectiva). Cfr. J. DE LUCAS, *El concepto de solidaridad*, Fontamara, México, 2ª edición, 1998, pp. 14-16.

³⁸ J. DE LUCAS, "La polémica sobre los deberes de solidaridad", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 19, 1994, p. 41.

por su conversión en una acción social organizada que ha entrado en un complejo proceso de institucionalización, con múltiples formas, objetivos y protagonistas. Cuando hablamos de acción cooperativa, acción humanitaria o del fenómeno del voluntariado nos referimos, sobre todo, al contexto en que se desenvuelve esa compleja institucionalización, cuyo centro de gravedad es la solidaridad como virtud política de la cooperación en su dimensión cosmopolita.

En los textos legales sobre el fenómeno del voluntariado se destacan los valores de la solidaridad, el compromiso social y la ejemplaridad cívica en la tarea humanitaria y de cooperación al desarrollo. En las exposiciones de motivos de esta legislación se reconoce el dinamismo de la sociedad civil en la satisfacción de los intereses generales, asumiendo que la satisfacción de los mismos ha dejado de ser considerada como una responsabilidad exclusiva del Estado para convertirse en una tarea compartida entre Estado y sociedad. El Estado necesita la responsabilidad de sus ciudadanos y estos reclaman un papel cada vez más activo que se traducirá en la exigencia de mayor participación en el diseño y ejecución de las políticas públicas sociales. Se percibe el nuevo discurso de una solidaridad fragmentada, asociada a actuaciones voluntarias, parciales y personales. Se dibuja, además, un voluntariado alternativo y sustitutivo del Estado y de sus políticas sociales, una vez asumida la crisis del estado del bienestar. El voluntariado se muestra, así, como una dinámica privatizadora desde la recuperación de la sociedad civil³⁹. La legislación maneja un concepto amplio y no restringido de la actividad del voluntario para dar cabida a diferentes ámbitos de la práctica solidaria. Cualquier organización pública o privada que cumpla los requisitos que establezca la ley podrá ser un sujeto institucional de la solidaridad. Por eso, esas organizaciones habrán de estar legalmente constituidas, dotadas de personalidad jurídica propia, carecer de ánimo de lucro y desarrollar programas en el marco de las actividades de interés general recogidas en la legislación. Los textos normativos introducen, también, una tabla de derechos y deberes del voluntariado que se remiten a documentos o "Recomendaciones internacionales sobre la

³⁹ En el caso de España, la Ley del Voluntariado de ámbito estatal (Ley 6/1996, de 15 de enero, del Voluntariado, BOE 17-01-1996) reconoce la creciente responsabilidad social ciudadana en sus iniciativas, a través de organizaciones basadas en la "solidaridad", "libertad" y "altruismo", "amistad", "benevolencia" o "buena voluntad" para erradicar situaciones de marginación.

materia”⁴⁰. En relación con los sujetos de la solidaridad institucionalizada en el ámbito global, merece mención especial la propuesta del “Pacto Global” (*Global Compact*), formulado por la ONU en enero de 1999 en el Foro de Davos. El aspecto fundamental es la conexión o colaboración mutua entre las empresas multinacionales y las organizaciones no gubernamentales, en calidad de sujetos de la solidaridad. El Pacto Global es una propuesta hecha a las empresas transnacionales que propugna la transparencia y buenas prácticas para que el sector privado colabore para asegurar el beneficio general de todos los pueblos⁴¹.

⁴⁰ En la legislación estatal española, la Ley del Voluntariado (Ley 6/1996, de 15 de enero, del Voluntariado, BOE 17-01-1996) se refiere en la Exposición de Motivos a los siguientes documentos, entre otros: (1) *Código de conducta relativa al Socorro en casos de desastres para El movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y las Organizaciones no Gubernamentales*. (2) *Código de conducta sobre imágenes y mensajes a propósito del Tercer Mundo*, elaborado por las Organizaciones no Gubernamentales Europeas (Aprobado por la Asamblea General del Comité de Enlace de las organizaciones No Gubernamentales Europeas ante la CE en 1990). (3) *Principios básicos de las ONG de Desarrollo y de Ayuda Humanitaria en la Unión Europea del Comité de Enlace de las ONG para el Desarrollo ante la Unión Europea* (abril de 1997). (4) *Código de conducta de las Organizaciones No Gubernamentales de Desarrollo de España*, aprobado por la Asamblea General Ordinaria del 28 de marzo de 1998. Hay que tener en cuenta, además, que el reconocimiento formal de las ONG ha de considerarse a partir del artículo 71 de la Carta de las Naciones Unidas (1945) que dice: “El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas podrá hacer arreglos adecuados para celebrar consultas con organizaciones no gubernamentales que se ocupen de asuntos de competencia del Consejo”. Desde entonces el Consejo Económico y Social ha pasado de 41 ONG reconocidas con status de consultivas en 1946 a unas 2350 ONG en 2003. Véase la dirección electrónica: <http://es.wikipedia.org/wiki/...>

⁴¹ El “Contrato Global” ha inaugurado una etapa de relaciones privilegiadas entre las Naciones Unidas y las empresas transnacionales en las que muchas veces se encuentra acomodo a las ONG internacionales. La posición favorable de los Acuerdos de Doha o la Cumbre de Johannesburgo son una prueba de las consecuencias prácticas de la dinámica creada por el “Contrato Global”. Como subraya Adela Cortina en relación con este Pacto Mundial, “el discurso de la responsabilidad social corporativa ha hecho una fortuna sin precedentes en el ámbito empresarial, tanto en el nivel internacional como en el local, prosperan el microcrédito y la banca ética, aumentan el comercio justo y el consumo responsable, menudean las propuestas de economía solidaria...” (A. CORTINA, *Ética de la razón cordial. Educar en la ciudadanía en el siglo XXI*, Ediciones Novel, Oviedo, 2009, p. 38). Véase: <http://www.un.org/spanish/conferences/wssd/15nov2001.html>; <http://www.revistadel-sur.org.uy/revista.125-126/Tapa7.html>

La acción solidaria se vincula hoy, como se ha dicho, con la acción del voluntariado⁴² y queda bajo unos parámetros que la delimitan específicamente: sin ánimo de lucro, libre y no dependiente de un deber legal, sin una relación laboral contractual⁴³. Lo que caracteriza al voluntariado es una acción a tiempo parcial de carácter concreto, en relación con fines delimitados (social, cívico, asistencial, de defensa del medio ambiente, de cooperación al desarrollo, cultural, deportivo, sanitario...), y sin excluir vínculos con otros grupos.

En tanto que organización no gubernamental, la acción voluntaria se caracteriza por disponer de una estructura flexible, por su capacidad de integrar adhesiones y vínculos de diferente intensidad, por la capacidad para dar acomodo a proyectos concretos con viabilidad en la práctica, y por disponer de unas relaciones internas en las que predomina la horizontalidad y no la jerarquía. Estas organizaciones ocupan una posición intermedia entre lo público y lo privado, entre lo espontáneo y lo rígidamente organizado, y, desde el punto de vista económico, entre el altruismo y la profesionalización⁴⁴. La proliferación de estas organizaciones no gubernamentales no puede dar pie a pensar que su modelo de funcionamiento y su lógica de la gratuidad hayan de suplantar a entidades específicas tales como los partidos

⁴² Ser voluntario no se identifica con ser “socio” de una asociación civil, ni tampoco con la figura del “militante” de un partido político. El voluntario no es simplemente un socio que se vincula a una sociedad sin otros compromisos personales que pagar una cuota o apoyar de forma laxa los fines de la misma. Tampoco se identifica el voluntario con la figura del “militante” en donde se establece unos vínculos más fuertes que el de socio porque comparte un proyecto global de transformación social, suscribiendo determinados postulados ideológicos que exigen disciplina y adhesión activa.

⁴³ El artículo 8 de la Ley del Voluntariado (Ley 6/1996) establece que las organizaciones que cuenten con presencia de voluntarios habrán de estar legalmente constituidas, dotadas de personalidad jurídica propia, *carecer de ánimo de lucro...*

⁴⁴ Un estudio de las diferentes vertientes de las ONG puede verse en M. REVILLA BLANCO (ed.), *Las ONG y la política*, Istmo, Madrid, 2002, con siete aportaciones de distintos autores. También: H. BÉJAR, *El mal samaritano*, Anagrama, Barcelona, 2001; A. MADRID, *La institución del voluntariado*, Trotta, Madrid, 2001; M^a J. FUNES, *La ilusión solidaria: Las organizaciones altruistas como actores sociales en los regímenes democráticos*, UNED, Madrid, 1995; A. GARCÍA INDA, “La generalización del voluntariado o la nueva militancia”, en J. MARTÍNEZ DE PISÓN y A. GARCÍA INDA, *El voluntariado: regulación jurídica e institucionalización social*, Egido Editorial, Zaragoza, 1999, pp. 11-145; L. GARCÍA (ed.), *Las entidades no lucrativas de carácter social y humanitario*, La Ley, Madrid, 1991.

políticos. Pero sí resulta plausible poder extender a éstos la agilidad, la disminución del vicio burocrático o la democracia interna.

4. EXAMEN CRÍTICO DE LA SOLIDARIDAD MERCANTILIZADA

A pesar de estos rasgos señalados de la acción voluntaria, en especial la gratuidad y el altruismo, muchas de las organizaciones no gubernamentales de ayuda al desarrollo (ONGD) más destacadas han incorporado elementos de la lógica mercantil o empresarial⁴⁵. La aproximación a esta lógica se ha producido mediante la utilización de técnicas publicitarias para la recaudación de fondos y se ha asumido la idea de profesionalización, racionalización y alianzas estratégicas. Los intereses de la marca publicitaria priman muchas veces sobre la acción solidaria y el destino final de los ingresos recaudados es en muchas ocasiones incierto o sin garantías contrastadas. El “*marketing con causa*” (mezcla de publicidad con imágenes de ayudas solidarias) es uno de los recursos típicos de esta lógica mercantilizada⁴⁶.

Las opiniones que circulan sobre estas actuaciones de las ONGD van dirigidas en unos casos (1) a justificar ese acercamiento a lógica del mercado,

⁴⁵ En 1999 la ONGD Manos Unidas (con más de 80 asalariados y 4500 voluntarios que recaudaba más de 7.000 millones de pesetas al año) junto con otras lanzaba con el Banco Santander Central Hispano el primer “Fondo Solidario”, siguiendo el eslogan “Invierte en justicia gana en solidaridad”. En agosto de 2001 salía a la luz pública que esa ONGD perdió 53 millones de pesetas en Gescartera. Otras ONG como Cruz Roja, Intermón-Oxfam y Médicos sin Fronteras se aliaban para promover la recaudación de las monedas de peseta, antes de la entrada en el del euro, con la colaboración de empresas como Coca-Cola, Telefónica, MRW, BSCH, La Caixa y otras. Mientras tanto, Coca-Cola era denunciada por apoyar a quienes llegaron a asesinar a algunos sindicalistas de esa compañía en América Latina. Telefónica despedía a miles de trabajadores en ese mismo continente y La Caixa apoyaba a la multinacional “Aguas de Barcelona” que participaba muy activamente en los programas de privatización del agua en países subdesarrollados. Cfr. A. RODRÍGUEZ GIL, “El dilema de las ONGD: o solidaridad o lógica comercial”, en L. NIETO (coord.), *La ética de las ONGD y la lógica mercantil*, Icaria, Barcelona, 2002, pp. 11-24.

⁴⁶ Un ejemplo es UNICEF, cuya labor es digna de todo elogio, pero que se ha visto envuelta en este tipo de campañas publicitarias, colaborando con RAM (“Cada vez que compras RAM estarás enviando leche a los niños que lo necesitan”). Otro caso es el de la marca de cigarrillos Fortuna: “Se dan las gracias a todos los que con Fortuna han dado el 0’7% a proyectos humanitarios” Cfr. M. NÚÑEZ ENCABO, “La protección de los derechos fundamentales de los menores en los medios audiovisuales. El marco europeo”, *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, vol. 1, 2000, p. 237.

en otros (2) se critican ciertos aspectos de esta lógica, o bien hay que pensar –como es nuestra posición– (3) que resulta paradójico unir solidaridad y altruismo con lógica de mercado.

(1) Quienes consideran que es adecuada la aproximación a la lógica mercantil creen hacer un ejercicio de realismo porque es necesario ser eficaces en la gestión para obtener nuevos recursos y poder así efectuar las acciones de cooperación al desarrollo. Las organizaciones deben seguir los criterios de eficiencia y de racionalidad empresarial, aunque eso conlleve determinados riesgos: minimizar el debate interno o la participación de donantes, socios o voluntarios en la toma de decisiones. En este sentido, la fórmula jurídica de la fundación puede propiciar que un reducido número de personas tome las decisiones que ni siquiera son, en muchos casos, comunicadas a socios, donantes o voluntarios. Como puede apreciarse, el asumir estos postulados no concuerda con las características de flexibilidad, participación o debate interno que demandan quienes ejercen el voluntariado o son socios de estas organizaciones no gubernamentales a las que se vinculan por haber quedado defraudados, en muchos casos, por el asociacionismo tradicional. Las entidades que se desenvuelven en esta mentalidad no dudan en contratar consultoras para diseñar estrategias de mercado, campañas publicitarias para recaudar fondos, acudiendo al tópico del altruismo o la filantropía, al heroísmo de los cooperantes o la solidaridad fácil, cómoda y funcional, ofreciendo una visión simplista de la pobreza. Además, estas organizaciones refuerzan su actuación por derivación de los objetivos de otras entidades (iglesia, orden religiosa, partido político, grupo de presión...) y aceptan en la práctica la existencia de la pobreza, integrándose en ella como el medio natural para su propia subsistencia.

(2) Otro modo de enfocar esta cuestión es pensar que no hay que rechazar *prima facie* las técnicas empresariales que han demostrado ser eficaces, ni hay por qué despreiciar la posibilidad de obtener recursos de las empresas para sus proyectos. Sin embargo, este enfoque no tiene en cuenta las contradicciones que puede generar la aplicación de la técnica empresarial, entre otras, el distanciamiento de los socios y voluntarios de la dinámica de la organización. Las ONGD en las que predomina esta opinión, encauzan con más precaución sus relaciones con las empresas, aunque suelen apoyar los “fondos éticos” o “fondos solidarios” bajo la forma de inversiones especulativas en bolsa⁴⁷. Aunque puedan hacerse campañas de sensibilización en las que señalan las responsabi-

⁴⁷ Cfr. P. INCLÁN, *La solidaridad no era esto*, ed. La Tapadera, Madrid, 2002.

lidades históricas del sistema económico en la miseria en la que se encuentran hoy muchos seres humanos, en la práctica estas organizaciones saben que unos mensajes les permiten recaudar fondos y otros no, de modo que cuando la idea dominante es la lógica mercantil se aprecia una tendencia a impulsar mensajes efectistas para la captación de fondos, socios y donantes.

Las organizaciones que siguen este planteamiento se mueven en un terreno contradictorio. Critican la lógica del sistema mercantil, pero con la idea de que hay que mantenerlo introduciendo algunos cambios (reforma del FMI y del Banco Mundial, eliminación de barreras aduaneras a los productos del Tercer Mundo, condonación parcial de la deuda externa...). Su ideal parece ser una economía de mercado con ciertos controles gubernamentales e internacionales que neutralicen sus efectos negativos.

(3) La tercera posición considera que resulta paradójico unir solidaridad y lógica de mercado. Desde un punto de vista crítico, subrayamos que la lógica de la eficiencia empresarial entra en contradicción con las fórmulas de una organización que requiere un debate abierto y permanente que ha de conducir a la acción desde el convencimiento, desde la ética de la solidaridad y desde la exigencia de justicia, pero sin olvidar la relación entre medios y fines. Desde este enfoque, ha de criticarse la manipulación de las imágenes que se proyectan de los países empobrecidos, con ocasión de las campañas publicitarias para captar recursos. También son criticables las campañas publicitarias que dejan subrepticiamente ver que no hay más que respuestas parciales a los problemas de la pobreza y que estas entidades, envueltas en la lógica del sistema, representan la única solución realista. La crítica hay que dirigirla contra el hecho de que las ONGD obtengan recursos de las empresas en general y de las empresas transnacionales en particular a cambio de colaborar con ellas mejorando su imagen publicitaria. Al patrocinar a las empresas, esas organizaciones parecen aliarse en muchas ocasiones con quienes son las causantes de muchos de los problemas que esas organizaciones pretenden resolver. Ese patrocinio aporta un *plus* de legitimidad que es muy valorado por las empresas transnacionales. Es también criticable la suscripción de “fondos solidarios o éticos”, pues en estos casos se está enviando el mensaje implícito de que la actuación del capital financiero o de las compañías transnacionales no es la que provoca la pobreza.

Como ha destacado X. Etxeberria, se hace necesaria una sabiduría práctica de la acción humanitaria, y el voluntariado habrá de estar preparado para habérselas con los conflictos y dilemas éticos o políticos que se producen

en dicha acción en relación con los principios y con la complejidad de las situaciones⁴⁸.

Muchos piensan que el fenómeno de las organizaciones no gubernamentales para el desarrollo surgidas en los últimos años es en mayor medida una moda creada por los medios de comunicación que el resultado de una conciencia social porque la acción solidaria de las organizaciones acaba muchas veces por reducirse a pura estrategia de un *marketing* publicitario. La solidaridad a la que se apela se convierte en una solidaridad pasiva que, lejos de ser una instancia transformadora de las situaciones de marginalidad e injusticia, perpetúa la situación de los empobrecidos. Es frecuente ver cómo se escenifican en los medios televisivos acciones solidarias y filantrópicas, presentando como compatibles los contenidos más consumistas o conformista con un humanitarismo que toca la fibra sensible o sentimental. Está de moda la participación en programas de ayuda y resultan atractivos por aportar un *plus* de legitimidad a la frivolidad de muchos programas que dan a conocer la filantropía de sus personajes⁴⁹. En este tipo de programas se muestra como

⁴⁸ Se refiere a algunas situaciones determinadas. Un caso es el siguiente: Médicos sin Fronteras y la Fundación "Salva a los Niños" realizaron programas de ayuda en Etiopía para paliar la hambruna en el campo de refugiados de Korem. Médicos sin Fronteras denunció los abusos en los programas de reasentamiento y decidió dar a conocer estas violaciones de los derechos humanos a los medios de comunicación internacionales. Tras recibir un aviso de las autoridades persistió en esa denuncia. El resultado fue la expulsión del país en 24 horas, teniendo que abandonar sus diferentes programas de ayuda sanitaria. La Fundación Salva a los Niños no denunció tales violaciones de los derechos humanos a los medios y continuó trabajando en Korem. La cuestión que se suscita es: ¿Se puede considerar moralmente culpables a las Agencias de Ayuda Humanitaria y a las ONG que guardan silencio ante graves abusos de los derechos humanos?. Un segundo dilema tiene que ver con la presencia de las ONG en las campañas publicitarias a través de anuncios o festivales televisados de la solidaridad. La cuestión polémica es la siguiente: ¿Debe darse prioridad a la mayor de fondos, de donaciones, o más bien el fomento de actitudes y comportamientos éticos adecuadamente informados y coherentes con el problema al que se enfrentan? Si se privilegia lo primero se producirá una instrumentalización de la emoción compasiva, de imágenes de las víctimas, ocultamiento del problema estructural, connivencia con los poderes mediáticos... Pero si se da prioridad a lo segundo y se insiste en los principios humanitarios y de justicia, con un análisis riguroso de la realidad, se reducirá la audiencia y los fondos también se verán reducidos. O bien se puede plantear otro dilema no menos complejo: ¿Cómo podemos entregar alimentos a la población que se muere de inanición y evitar que este recurso caiga en manos de los líderes de las milicias locales que lo utilizarán para comprar más armas?. Cfr. X. ETXEBERRIA, *Ética de la acción humanitaria*, Universidad de Deusto, Bilbao, pp. 54-62.

⁴⁹ Puede haber excepciones en este tipo de solidaridad de los famosos y no hay duda de que es mejor que protagonicen acciones humanitarias a que no lo hagan o que lo hicieran en sentido contrario.

compatible la acción solidaria con una cultura de masas hedonista, de modo que parece imponerse el modelo de una “caridad-business”⁵⁰.

En este proceso entrópico y devaluado de la solidaridad con su lógica mercantilizada puede descubrirse una triple pretensión que es preciso examinar críticamente:

(a) Por un lado, se pretende convencer a la sociedad y a los ciudadanos de que la única manera de canalizar la solidaridad existente es a través de las ONG. Hay que desmontar el mito de esa exclusividad solidaria y hay que hacer de la solidaridad y de la cooperación un valor del que todos participen: ciudadanos, sociedad civil y empresas. La idea clave es que la solidaridad abierta, como virtud política de la cooperación en su dimensión cosmopolita, no es la generosa utopía de unos pocos, sino el cumplimiento de un deber positivo del que todos los ciudadanos son sus titulares. Es preciso abandonar el discurso, esgrimido por muchas organizaciones, de que lo importante es el donativo que se canaliza en actuaciones concretas. Esto significaría convertir a los ciudadanos en meros proveedores y clientes de unas organizaciones que necesitan de esos fondos para subsistir o actúan como las propietarias de esa canalización de los sentimientos altruistas de la sociedad. Mientras que las ONG son merecedoras de un reproche crítico por convertirse en cómplices de la promoción de un modelo consumista, resulta plausible que se aseguren del grado de compromiso de las empresas con las que colaboran⁵¹.

La pretendida exclusividad que reivindican para sí mismas las ONG deriva, en buena medida, de la crisis del Estado de bienestar. Esta crisis ha propiciado que esas organizaciones hayan visto incrementado su papel de gestores de fondos públicos pasando a realizar funciones que le corresponderían al Estado, hasta el punto de que podría decirse que han pasado a ser una “franquicia del Estado” o como “entidades de subcontratación de servi-

⁵⁰ A. GARCÍA INDA, “La generalización del voluntariado, o la nueva militancia”, en J. MARTÍNEZ DE PISÓN, J. y A. GARCÍA INDA, (Coordinadores), *El voluntariado: regulación jurídica e institucionalización social*, op. cit., p. 127.

⁵¹ Un ejemplo a seguir en este punto es la utilización de instrumentos tales como “el sello Acción Solidaria” creado por la Fundación Empresa y Sociedad que exige el cumplimiento del código de imagen para no confundir compromiso con consumo. Estas cautelas tienen en cuenta lo establecido en el artículo 27 del Código de Conducta Publicitaria, según el cual los principios de veracidad y buena fe y el alcance de la participación de la empresa anunciante en el proyecto altruista deben ser suficientemente respetados y expresados. Cfr. C. BALLESTEROS GARCÍA, “Supermercados de la solidaridad”, en L. NIETO, (coord.), op. cit., p. 103.

cios del Estado”⁵². Este carácter vicario y el *plus* de legitimidad que conlleva hacen que el sector no lucrativo o el Tercer Sector se hayan ido apropiando de esas funciones legitimadoras y de esas tareas de carácter social, hasta el punto de que parezca que el mensaje solidario es ya de su entera propiedad. Estamos, así, en presencia de un fenómeno en el que los gestores de la solidaridad se hacen fuertes, crecen como sector específico y tratan de apropiarse en exclusiva de él. Así, mientras el Estado recauda impuestos para procurar los bienes colectivos de los ciudadanos, las organizaciones no lucrativas o el Tercer Sector proporcionan los bienes que acrecientan la confianza y el bienestar de los ciudadanos. Los cauces de financiación provienen de la misma sociedad que, por la vía de las donaciones directas o indirectas –mediante impuestos que se convierten en subvenciones– permite la continuidad de las tareas de las organizaciones no lucrativas. Por tanto, el Estado traslada su responsabilidad a otras entidades para que efectúen lo que, desde la perspectiva del estado social de Derecho, correspondería al Estado.

(b) La segunda pretensión que hay que criticar es el oportunismo del mensaje solidario de las organizaciones no lucrativas. Este oportunismo consiste en que no ha de ponerse en duda la actuación de estas organizaciones sólo por el hecho de carecer de ánimo de lucro y de tener objetivos altruistas o de asistencia a los más desfavorecidos. Es decir, que el concepto de ONG sugiere valores como altruismo, solidaridad o dedicación, que les otorga una legitimidad *ex ante* como si estas entidades fueran buenas por naturaleza⁵³. Sin embargo, con frecuencia se confunden los objetivos y finalidades de la organización con los medios o instrumentos para la consecución de dichos fines. Si bien los fines van enfocados a la mejora social, el diseño comercial de las ONGD incluye campañas publicitarias agresivas dirigidas a competir en un mercado de donantes. Esta idea de competición se refleja en los eslóganes que utilizan esas organizaciones en las campañas de captación de socios o de donantes⁵⁴.

⁵² Cfr. M. SERRANO OÑATE, “Las ONG en la encrucijada: del Estado de bienestar a la franquicia del Estado”, en M. REVILLA (ed.), *op. cit.*, pp. 66-94, en especial p. 92.

⁵³ Es, en este sentido, véase E. BELTRÁN, *Derechos torcidos. Tópicos, medias verdades y mentiras sobre pobreza, política y derechos humanos*, Debate, Barcelona, 2009.

⁵⁴ Algunos ejemplos son: “No dejes sin respuesta los ojos suplicantes” (Fundación Prodein); “Pon tu dinero donde lo veas crecer” (Fundación Vicente Ferrer); “Gran gala solidaria telemaratón. Un niño una sonrisa, colabora” (Antena Tres); “Tienes mucha suerte: puedes ayu-

Frente a ese oportunismo, hay que propugnar la transparencia ética en los mensajes y en las actuaciones. En relación con esta exigencia moral, la Asamblea General Ordinaria de ONGD de España aprobó en 1997 su Código de Conducta en el que se dedica un apartado (artículo 5) a las pautas de publicidad y uso de las imágenes⁵⁵.

(c) La tercera pretensión que hay que criticar es la idea de que la solidaridad resulte cómoda, fácil, movida por reacciones puramente emotivas o superficiales. Parece tomar cuerpo en la conciencia social la idea de que ser solidario no cuesta esfuerzo y se traslada la idea –mediante las campañas publicitarias– de que hay formas cómodas de ejercer la solidaridad y de transformar el mundo desde el teclado del ordenador o desde el teléfono móvil. Esta solidaridad de bajo nivel es el escenario real en que se ubican muchos ciudadanos que quieren hacer un mundo mejor y más justo, pero que no exige mucha implicación personal porque basta con una contribución económica de lo que sobra. Si este es el diagnóstico, la prescripción frente a esta actitud de una solidaridad pasiva consiste en impulsar una solidaridad abierta o activa: pasar de persona donante a persona comprometida desde una ética de la alteridad⁵⁶ capaz de mirar al otro en su plena dignidad como persona.

La solidaridad comprometida tiene que contrarrestar la idea de la imposibilidad de cambiar la situación de la pobreza y de la exclusión. Las transformaciones no pueden hacerse desde la pasividad, sino que hay que experimentar nuevas formas de trabajar y producir que ayuden no sólo a

darles” (Cáritas Española); “Practica aquí el ejercicio más sano para tu corazón, rellena este cupón, apadrina un niño” (Ayuda en Acción) (BALLESTEROS GARCÍA, *op. cit.*, p. 111). En el 60% de los casos se utilizan símbolos que tienen que ver con la infancia (el 28,3% niños comiendo). Un 60% solicitan una colaboración monetaria para un determinado acontecimiento. (Cfr. *Ibid.*, pp. 112-120).

⁵⁵ Algunas de estas prescripciones son: promover la toma de conciencia sobre los problemas del desarrollo; fomentar el debate público necesario para impulsar políticas correctas de cooperación; propiciar el conocimiento objetivo de las realidades de los países del Sur; situar como protagonistas de la comunicación a las personas... El mensaje debe velar por evitar toda clase de discriminación; evitar los mensajes e imágenes catastrofistas; promover la consulta a las organizaciones del Sur respecto de los mensajes a transmitir sobre su realidad; fomentar los mensajes que promuevan cambios de actitudes individuales y sociales en el Norte, que hagan posible un cambio real en el Sur. Este documento puede verse en X. ETXEBERRIA, *Ética de la acción humanitaria*, *op. cit.* pp. 99-100.

⁵⁶ Véase, al respecto, O. PÉREZ DE LA FUENTE, “Algunas estrategias para la virtud cosmopolita”, *Derechos y Libertades*, núm. 15, 2006, pp. 84-100.

sobrevivir sino a construir el sentido. La acción humanitaria habrá de insertarse en la ética del cuidado y refleja la urgencia de acudir en ayuda de los más desfavorecidos, considerando que dicha ética es complementaria y auxiliar necesario de la justicia.

5. MODELOS DE SOLIDARIDAD Y TIPOLOGÍAS DEL VOLUNTARIADO

El fenómeno del voluntariado se caracteriza por su heterogeneidad⁵⁷, por los diferentes factores de motivación que lo impulsan y por la pluralidad de formas de acción, dada la amplia gama de objetivos propuestos, programas y modos de organización.

Desde el punto de vista de la motivación dominante, Helena Béjar se ha referido a tres modelos de solidaridad y de voluntariado: el modelo de la autoprotección⁵⁸, el modelo de crecimiento ("*nesting altruism*")⁵⁹ y el modelo del altruismo participativo o de la solidaridad horizontal⁶⁰. Desde el punto de vista de la lógica de la acción del voluntariado, de su intencionalidad y fines, pueden descubrirse, según García Roca cuatro figuras simbólicas vincu-

⁵⁷ Esta heterogeneidad se percibe desde diferentes parámetros: ámbito material de actuación (ecología, derechos humanos...), modo procedimental de actuación (acción operativa directa, incidencia indirecta mediante presiones sobre los decisores políticos...), alcance geográfico de la actuación (comunitaria, local, nacional, transnacional...), relación con instancias gubernamentales o intergubernamentales, financiación, estatuto legal, tamaño, duración, ideología...

⁵⁸ La acción del voluntario busca un difícil equilibrio entre cercanía y distancia, implicación o neutralidad afectiva, ponerse en el lugar del otro, pero con cautelas y reservas. H. BÉJAR, *El mal samaritano. El altruismo en tiempos de escepticismo*, Anagrama, Barcelona, 2001, pp. 48-58.

⁵⁹ Se trata de una perspectiva optimista y transmite al propio voluntariado una energía positiva de su propia autorrealización. La ayuda ofrecida por el voluntario se abre a un horizonte de esperanza porque se trata de descubrir en el ayudado las potencialidades que se encuentran en el mismo, con una metodología de la reciprocidad. Cfr. H. BÉJAR, *El mal samaritano*, op. cit., pp. 59-66.

⁶⁰ En este caso, el voluntariado se concibe como un don o una entrega desinteresada, desechando la lógica utilitarista y el egoísmo universal. Este modelo es el que corresponde a la vida asociativa civil y política en el que se albergan los grupos de auto-ayuda. Este modelo se desenvuelve en el ámbito de una solidaridad horizontal (frente a la verticalidad del Estado) y en un sentido del deber como necesidad de ayudar. Pero esta disposición a la entrega por parte del voluntario encuentra un retorno por lo que el altruismo se hace recíproco. Cfr. H. BÉJAR, *El mal samaritano*, op. cit., pp. 66-73.

ladas a diferentes tradiciones socioculturales: un “voluntariado como guía”⁶¹; un “voluntariado vigía” o de la prevención que adopta un punto de vista crítico y se vincula a la experiencia del exilio o del desamparo⁶²; un voluntariado “mediador” o de la integración⁶³; y finalmente, el voluntariado de la asistencia, el que proporciona apoyo a personas o colectivos en situaciones de precariedad por razones de edad, enfermedad o minusvalía⁶⁴. Otros autores se han referido a un voluntariado que o bien busca la transformación social de la vieja militancia o bien a un voluntariado que busca la realización personal en un mundo inhóspito⁶⁵.

Por nuestra parte, y teniendo en cuenta estas tipologías, pensamos que pueden considerarse tres modelos de solidaridad, atendiendo a la motiva-

⁶¹ Este enfoque apuesta por la cercanía, se familiariza con el riesgo y tiende a “escudriñar la realidad con misericordia”. En tanto que “guía”, este voluntariado moviliza su acción en una dinámica positiva, sin detenerse ante el engaño, la derrota o la tentación del escepticismo. Se trata de un modelo de voluntariado “rehabilitador” cuyo compromiso se orienta a la promoción de las energías que tienen los mismos sujetos a quienes se presta la ayuda. Por eso, busca más las medidas rehabilitadoras que las meramente paliativas. Cfr. J. GARCÍA ROCA, *Solidaridad y voluntariado*, Sal Terrae, Santander, 1994, pp. 131-133.

⁶² En tanto que “vigía”, “el voluntario pone de manifiesto la esencial contradicción de una civilización que se construye sobre la amnesia del sufrimiento y sobre la mentira de un crecimiento inmisericorde”. El voluntariado en su tarea de “vigía” desarrolla unos “dispositivos preventivos orientados a evitar la exclusión social, reducir los procesos marginadores y remover las causas del malestar social”. El mayor compromiso del voluntariado será orientar y concienciar a la sociedad mediante la realización de propuestas de cambio, presionar a las instancias políticas para conseguir una sociedad más justa y promover una cultura de la mundialidad. (J. GARCÍA ROCA, *Solidaridad y voluntariado*, op. cit., pp. 133-134, 136).

⁶³ Aquel que desarrolla dispositivos integradores orientados a desbloquear los factores de la exclusión y a eliminar las barreras físicas, psíquicas y sociales. Ejemplos de este tipo de voluntariado son las comunidades de inserción, las asociaciones de inmigrantes, los grupos que trabajan con los marginados sociales y con los reclusos. Cfr. J. GARCÍA ROCA, *Solidaridad y voluntariado*, op. cit., pp. 136-138.

⁶⁴ Este voluntariado se mueve en dirección opuesta a un modelo de vida indolora y, por ello, se siente afectado por la suerte del otro y vive con empatía la suerte del otro. Ejemplos de esta acción voluntaria son los hogares para niños y jóvenes, las casas de acogida para emergencias, las comunidades terapéuticas, la asistencia hospitalaria, el apoyo domiciliario... Cfr. J. GARCÍA ROCA, *Solidaridad y voluntariado*, op. cit., pp. 38-139.

⁶⁵ En el primer caso, el voluntariado se mueve en la ética de la convicción (pasión por la causa) y en el segundo por la ética de la responsabilidad, ligado a la cotidianidad y que toma distancia para no implicarse en exceso. Cfr. L.A. ARANGUREN GONZALO, “Modelos de voluntariado”, en A. GARCÍA INDA y J. MARTÍNEZ DE PISÓN, (Coordinadores), *Ciudadanía, voluntariado y participación*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 63-77.

ción, a las formas distintas de acción y al fenómeno de su diversidad o heterogeneidad: (a) el modelo de la solidaridad impulsada por el sentimiento humanitario de reciprocidad; (b) el modelo del altruismo funcional; (c) el modelo crítico de raíz ilustrada

(a) El modelo de la solidaridad impulsada por el sentimiento humanitario de reciprocidad tiende a exaltar los valores cálidos de la comunidad, de lo próximo y de lo cercano (lo étnico, lo religioso, los vínculos comunitaristas o nacionalistas...) frente a los valores fríos del Estado o de la sociedad organizada estática y funcionalmente. Este modelo es una respuesta a la presencia de las identidades. Desde este modelo se concibe al Estado como una entidad desprestigiada y del que sólo se predica su carácter mínimo. También se rechaza el modelo de estado benefactor porque sólo considera su faceta intervencionista que asfixia toda intencionalidad solidaria por estar rodeado de factores técnico-jurídicos que impiden la espontaneidad y flexibilidad que requieren los proyectos de acción solidaria. La estrategia que se desprende de este modelo de solidaridad consiste en potenciar al voluntariado como instrumento contra el Estado y sus políticas sociales a las que únicamente les concede el papel de la subsidiaridad. Este modelo muestra algunas debilidades como el que deriva de la idea de una solidaridad exclusiva o cerrada, volcada hacia el interior de la comunidad. Además, este modelo se presta a la tendencia al proselitismo, bien sea religioso o político. En definitiva, este modelo no tiende a moverse en el ámbito cosmopolita.

(b) El modelo del altruismo funcional alude a la idea de una acción solidaria abierta y plural dispuesta a colaborar con las Administraciones Públicas mediante proyectos particularizados y delimitados. Esto hace que la acción solidaria tenga un carácter funcional. En este enfoque se destaca una tendencia neoliberal que parte de la idea de la crisis del estado de bienestar y remite a la solidaridad de los individuos que viene a sustituir el carácter obsoleto de algunas instituciones sociales, compensando así sus deficiencias y acomodándose al contexto del mercado en un mundo globalizado. Los individuos ejercitan la solidaridad desde el ámbito de la vida privada, de modo que el altruismo queda en la esfera de la sociedad civil al margen del Estado, aceptando sólo de éste sus dimensiones mínimas en el marco de un intervencionismo de mínimos.

Pero este modelo del altruismo funcional admite una posición que, partiendo también del presupuesto de la crisis del Estado de bienestar, no propugna su desmantelamiento aunque su futuro pueda percibirse como invia-

ble. El objetivo que se persigue es ver cómo pueden salvarse las políticas sociales. De ahí que la acción estratégica del voluntariado consista en ocupar el lugar que tenían las Administraciones públicas. Este espacio es ahora cubierto por las acciones programadas del voluntariado. La participación activa frente a cualquier forma de exclusión y la satisfacción de necesidades básicas promovidas desde el Estado son ahora reconducidas al papel de complemento humanitario de las actuaciones del voluntariado que colabora activamente con las instancias administrativas. De este modo, el voluntariado se concibe como un complemento o compensación del Estado de bienestar que se encuentra en crisis, bien se conciba esta crisis como un alivio o descarga de los compromisos de solidaridad, o bien se trate de una crisis más aguda en cuyo caso sólo resta salvar lo que se pueda, apoyando desde la Administración al voluntariado⁶⁶.

(c) El modelo crítico de raíz ilustrado es el que propugnamos por tener anclaje en el deber positivo de solidaridad en una dimensión cosmopolita que apunta hacia el horizonte de una actividad emancipadora frente a las determinaciones naturales y sociales.

En este modelo hay un punto de referencia obligado que es la confianza esperanzada en la posibilidad de cambiar el rumbo porque en la conciencia humana hay un excedente disponible para la solidaridad y la cooperación. El peor enemigo de la acción humanitaria es el sentimiento de impotencia porque introduce la pasividad, la resignación y la idea de que no existen alternativas. Frente a la cultura de la desesperanza, frente al vaticinio de un mundo post-utópico y frente a la ideología de lo inevitable, este modelo de la solidaridad crítica reivindica la imaginación utópica. La utopía crítica no consiste en pedir lo imposible, sino en sacar el máximo provecho de la modesta oferta de la acción concreta, de las capacidades de las gentes, de la creatividad popular, “aunque sea a paso de tortuga y con mucha sobriedad”⁶⁷.

Pero la acción solidaria vive inevitablemente en tensión porque, de una parte, es consciente de la desafección por la política clásica, pero, por otra parte, es también consciente de su dependencia de las instituciones políticas. La acción humanitaria habrá de ser capaz de conjugar esa paradoja,

⁶⁶ Puede decirse que este es el modelo que se desprende de la Ley estatal española del voluntariado (Ley 6/1996, de 15 de enero), así como, en igual medida, de la Ley andaluza del voluntariado (Ley 7/2001, de 12 de julio).

⁶⁷ J. GARCÍA ROCA, *op. cit.*, p. 135.

manteniendo las críticas a la realidad que muchas veces nos defrauda y a las instituciones sociales y políticas, pero sin tensar la cuerda porque las acciones del voluntariado mantienen una evidente dependencia de dichas instituciones. El modelo del voluntariado crítico se caracteriza, precisamente, por ser consciente de las dificultades objetivas derivadas de las formas de organización y de las incomodidades subjetivas que ha de afrontar. Por eso, desde esta perspectiva crítica, el fenómeno del voluntariado presenta una doble faz. De un lado, se trata de un fenómeno prometedor, basado en la tendencia a la solidaridad positiva como virtud política de la cooperación y del compromiso en su dimensión cosmopolita. La indignación ante la injusticia y la compasión por el sufrimiento de los seres humanos muestran, desde esta óptica, el coraje cívico que caracteriza a estas iniciativas. Pero puede también percibirse como un fenómeno que encubre una instrumentalización política, una especie de empleo encubierto, o bien una coartada colectiva para tranquilizar las conciencias de los ciudadanos (solidaridad negativa). El mundo del voluntariado o de la acción humanitaria no escapa, como ocurre en cualquier otra empresa humana, a la ambivalencia y a las distintas formas de manipulación: reforzamiento de los vínculos de justicia entre los seres humanos, al ser éstos reconocidos en su plena dignidad personal, o afloramiento de una *humanitas* solidaria distorsionada. Por tanto, es necesario mantener la cautela sobre este rostro desfigurado de la solidaridad, hay que rehuir las posiciones ingenuas y activar la vigilancia crítica con respecto a una solidaridad pasiva en estos tiempos de postmodernidad⁶⁸.

Otra de las claves del modelo de solidaridad que propugnamos consiste en poner en el centro de gravedad a los otros no como objetos, sino como sujetos iguales en dignidad, que también han de ser vistos como protagonistas activos de su propia vida y de los procesos de emancipación. Esta liberación emancipatoria –heredera de la Ilustración y que ahora ha de reivindicarse en toda su radicalidad desde el deber positivo de solidaridad– consistirá en transformar el bienestar en términos de justicia. Si la cooperación internacional se hace sin ir acompañada de esta vigilancia crítica, los mecanismos del mercado capitalista global se pueden convertir en un subterfugio o coartada tranquilizadora para las malas conciencias de los países desarrollados. Por eso, la solidaridad ha de discurrir por los parámetros de la cooperación hori-

⁶⁸ X. ETXEBERRÍA, *Ética de la acción humanitaria*, op. cit., pp. 33-34. Cfr. P. BARCELLONA, *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*, Trotta, Madrid, 1992.

zontal y de la emancipación social de las poblaciones sometidas al saqueo económico o a la violencia.

6. RADICALIZACIÓN DE LA JUSTICIA SOCIAL Y REALIZACIÓN EFECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Hemos subrayado el riesgo de que la acción solidaria o humanitaria sea instrumentalizada, sirviendo de instancia de legitimación ante la opinión pública, para compensar los recortes presupuestarios en políticas sociales debido a la crisis del Estado de bienestar. Por eso, hemos propuesto como modelo de dicha acción solidaria el que se vincula a la cautela que asume una tarea emancipadora de raíz ilustrada. Esta dinámica transformadora ha de ir dirigida a una ciudadanía solidaria por ser una exigencia de justicia y por mirar al otro en su plena dignidad como persona porque sus derechos son vistos como el reverso de la responsabilidad de todos. Esa ciudadanía solidaria, vinculada a la empatía, tiene como su máxima aspiración la radicalización de la justicia social en una perspectiva universalista, superando así lo que Habermas ha denominado como “chauvinismo del bienestar”⁶⁹.

Para esta ciudadanía solidaria el punto de referencia está en la efectiva realización –sin precio– de los derechos humanos. Esta efectiva realización consistirá en remover los obstáculos que impiden la igual dignidad de todos los seres humanos y en crear las condiciones para evitar o aminorar las situaciones de precariedad, de exclusión o de explotación en que se encuentran millones de seres humanos. La acción del voluntariado, con su complejo entramado de relaciones personales e institucionales de carácter transversal, propicia la construcción de redes globales de solidaridad capaces de integrar a todos sin exclusiones, a diferencia de las redes del mercado globalizado que excluyen, empobrecen y propician la marginación.

La acción voluntaria, orientada por la solidaridad positiva o abierta, intensifica el sentido de la justicia en el recíproco reconocimiento de lo que nos debemos los unos a los otros⁷⁰. La efectiva realización de los derechos humanos y ese recíproco reconocimiento del otro exigen la asunción de la prioridad ética de ese otro que está investido de igual dignidad y que nos interpe-

⁶⁹ J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 2005, pp. 619-643.

⁷⁰ Cfr. T.M. SCANLON, *Lo que nos demos los unos a los otros: ¿Qué significa ser moral?*, op. cit.,

la a todos desde su situación de injusticia, exclusión y penuria de cuanto constituyen necesidades básicas ineludibles de aquella dignidad. Para este proyecto se hace necesario el coraje cívico frente a la adormecida moral reinante, y habrá que vencer la inercia del conformismo, de la indiferencia y de la falta de sensibilidad marcada por una cultura del individualismo posesivo. Este coraje cívico que acompaña a la acción voluntaria es una virtud política que ha de entenderse como un imperativo de la coherencia para llevar a cabo los compromisos de la vida en común que nacen de la prioridad moral del otro que tiene maltrecha su dignidad. Este escenario para el siglo XXI es un referente básico de la idea de fraternidad que fue proclamada, pero olvidada en la Ilustración.

Por decretos administrativos difícilmente pueden impulsarse propuestas emancipatorias. Éstas han de surgir de la creación de espacios cálidos de humanidad en sociedades frías, agresivas e inhóspitas como las que caracterizan a las sociedades tecnológicamente avanzadas. En estos espacios podrán sembrarse y madurar alternativas culturales y axiológicas en un modelo de sociedad sustentada en el tener, en el hedonismo consumista o en la competitividad. En vez de una actitud de mera aceptación pragmática de lo que hay, en vez de un optimismo sólo basado en la fe en el progreso tecnológico, o en vez de caer en un pesimismo cínico como señal de ironía o manifestación de hastío, hay que impulsar la radicalidad del compromiso que deriva de una ética de la alteridad.

Aunque no puede decirse que la acción solidaria se identifiquen con el Tercer sector o sector no gubernamental, este sujeto histórico del siglo XXI será un sujeto plural como corresponde a estos tiempos de ciudadanía diferenciada y mestiza. El voluntariado está llamado a ensanchar los dominios de ese sujeto histórico para dar voz a los excluidos y empobrecidos por el sistema. Por eso, resulta hoy plausible propugnar un modelo de voluntariado crítico, capaz de extraer lo mejor de las políticas emancipatorias frente a la lógica exclusiva del mutuo beneficio.

Dice Richard Rorty que la solidaridad humana significa que hay dentro de cada uno de nosotros algo –nuestra humanidad esencial– que resuena ante la presencia de eso mismo en otros seres humanos. La solidaridad, que se engrandece al contemplar el dolor y la humillación, consiste en la capacidad de considerar a personas muy diferentes de nosotros en la categoría del “nosotros”. No sorprende, por tanto, que eche en cara a Kant el haber subrayado la racionalidad de la obligación moral más que la conmiseración ante

el dolor y el remordimiento por la crueldad. Coincidimos con la siguiente apreciación de Rorty de que la correcta manera de entender el lema “tenemos obligaciones para con los seres humanos simplemente como tales” consiste en intentar ampliar nuestro sentimiento del “nosotros” tanto como podamos. Consiste en proponernos crear un sentimiento de solidaridad más amplio donde también quepan los marginados⁷¹.

MANUEL SALGUERO SALGUERO
Universidad de Granada
Facultad de Derecho
Plaza de la Universidad s/n
18071 GRANADA
e-mail: salguero@ugr.es

⁷¹ R. RORTY, *Contingencia, ironía y solidaridad*, Paidós, Barcelona, 1991, pp. 207, 210, 211, 212.

LOS DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS INMIGRANTES EN EL MODELO ESTADOUNIDENSE. A PROPÓSITO DE LA ARIZONA INMIGRATION LAW SB 1070.

RIGHTS AND FREEDOMS OF IMMIGRANTS IN THE U.S. MODEL.
ABOUT IMMIGRATION LAW ARIZONA SB 1070.

ÓSCAR CELADOR ANGÓN¹
Universidad Carlos III de Madrid

Fecha de recepción: 10-09-10

Fecha de aceptación: 16-09-10

Resumen: *El presente estudio analiza las principales políticas públicas y la legislación estadounidense en el contexto migratorio, con el objeto de determinar cuáles son sus principales virtudes y lagunas. Con este objetivo, se intenta dar respuesta a cuestiones como, por ejemplo, ¿quién tiene la competencia para regular la inmigración?, ¿cómo ha evolucionado la política migratoria?, ¿por qué residen más de 11 millones de inmigrantes indocumentados en Estados Unidos?, o ¿qué derechos reconoce el ordenamiento jurídico a los inmigrantes indocumentados? Una vez respondidas estas cuestiones, se analizan los motivos que han impulsado al legislador de Arizona a aprobar una ley que criminaliza la inmigración ilegal, cuáles han sido los argumentos utilizados por el gobierno federal para recurrir su ejecución, y por qué motivos ha sido suspendida cautelarmente la aplicación de la norma de Arizona.*

Abstract: *This paper analyzes the main public policies and US law in the immigration context, in order to identify the main strengths and gaps of the US migration model from the immigrants' perspective. According with this approach this study tries to answer questions such as, for example, who has the power to*

¹ Catedrático de Derecho eclesiástico del Estado y Visiting Fellow, Institute for Latino Studies, University of Notre Dame. Este trabajo es resultado del proyecto PR2009-0190, del Programa Nacional de Movilidad de Recursos Humanos de Investigación, en el marco del Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica 2008-2011.

regulate immigration? How immigration policy has evolved? Or why live more than 11 million undocumented immigrants in the US? Once answered these questions, the study is focus on the local level, and try to analyze which have prompted the Arizona legislature to pass a law that criminalizes illegal immigration, what were the arguments used by the federal government to appeal its execution, and what arguments have used the federal courts to suspend provisionally the application of the Arizona Immigration Law.

Palabras clave: inmigración, derechos de los inmigrantes, inmigrantes indocumentados.

Keywords: immigration, immigrant rights, undocumented immigrants.

1. INTRODUCCIÓN

La sociedad multicultural y globalizada no puede entenderse sin el fenómeno de la migración, ya que precisamente si por algo se está caracterizando el siglo XXI es por la movilidad y el tráfico constante de seres humanos de unas sociedades a otras, con el consecuente impacto que esta situación genera a nivel económico, social y político. Uno de los principales protagonistas de este debate es la sociedad estadounidense, tanto por la importancia que el fenómeno migratorio ha tenido en este país en las últimas décadas, como por conformarse como una nación formada por inmigrantes de todas las partes del mundo desde sus primeros pasos fundacionales.

El interés del modelo migratorio estadounidense reside en que presenta una serie de características que le confieren una personalidad propia. Primero, la inmigración que ha recibido Estados Unidos se ha caracterizado tradicionalmente por su pluralismo, ya que las diferentes políticas diseñadas por el legislador estadounidense han permitido el asentamiento de millones de inmigrantes de diferentes nacionalidades y orígenes geográficos. Segundo, el carácter multicultural que tradicionalmente ha caracterizado a los flujos migratorios que se han asentado en Estados Unidos ha servido para redefinir una y otra vez el sustrato cultural y sociológico de este país, como consecuencia de la creación de numerosas minorías étnicas y raciales. Tercero, el modelo migratorio estadounidense se ha venido caracterizando por una enorme generosidad en el terreno de la adquisición de la nacionalidad, ya que junto a la posibilidad de adquirir la misma por nacimiento en territorio estadounidense, y del *ius sanguini* mediante la descendencia de al menos

un ciudadano estadounidense, convive un proceso de naturalización muy reducido en lo referente a los tiempos de residencia².

Este marco jurídico ha permitido que la inmigración se haya conformado como una fuente de recursos humanos capital para poder mantener el dinamismo económico e industrial estadounidense. Sin embargo, en las últimas décadas la relación entre la oferta y la demanda de permisos para emigrar a Estados Unidos se ha desfasado de forma considerable, permitiendo el establecimiento de una masa de población de varios millones de personas que carece de permiso para residir o permanecer en territorio estadounidense. Esta dinámica puede haberse roto de forma drástica debido a la Ley de Inmigración que en mayo de 2010 ha aprobado el Estado de Arizona, aprovechando que el gobierno federal no acaba de aprobar una ley de ámbito nacional que solucione el problema de la inmigración. La ley de Arizona incorpora tanto las ideas del sector ultra conservador republicano como sus posiciones en torno a la inmigración y el papel que las minorías étnicas deben desempeñar en la sociedad estadounidense, y ha servido para poner sobre el tapete político el debate sobre la situación jurídica de los más de 11 millones de inmigrantes indocumentados que residen y trabajan en EEUU, de acuerdo con las estadísticas que maneja el propio gobierno³.

Así las cosas, el presente estudio pretende analizar las principales políticas públicas y la legislación estadounidense en el contexto migratorio, con el objeto de determinar cuáles son las principales virtudes y lagunas que en la actualidad presenta el modelo migratorio. Para ello, será necesario responder una serie de cuestiones como, por ejemplo, ¿quién tiene la competencia para regular la inmigración?, ¿cómo ha evolucionado la política migratoria?, ¿por qué residen más de 11 millones de inmigrantes indocumentados en Estados Unidos?, o ¿qué derechos reconoce el ordenamiento jurídico a los inmigrantes indocumentados? Una vez respondidas estas cuestiones centraremos nuestro estudio en el ámbito local, para analizar qué motivos han impulsado al legislador de Arizona a aprobar una ley que criminaliza la inmigración ilegal, cuáles han sido los argumentos utilizados por el gobierno

² J. KEVIN, *The Huddled Masses Myth: Immigration and Human Rights*, Temple University press, Philadelphia, 2004, p. 3. A. TORRES, *Minorías y Multiculturalidad en los Estados Unidos de Norteamérica*, Universidad Complutense, Madrid, 2002, p. 48.

³ M. LÓPEZ, y S. MINUSHKIN, "2008 National Survey of Latinos: Hispanics See Their Situation in U.S. Deteriorating; Oppose Key Immigration Enforcement Measures", en *Pew Hispanic Center*, en <http://pewhispanic.org/files/reports/93.pdf>.

federal para recurrir su ejecución, y por qué motivos ha sido suspendida cautelarmente la aplicación de los principales artículos de la norma de Arizona. En último lugar, intentaremos encajar el puzzle que ha diseñado el legislador estadounidense para diseñar su modelo migratorio y ofrecer las claves de lectura de los textos legales en la materia.

2. COMPETENCIA PARA REGULAR LA INMIGRACIÓN

Uno de los temas más complejos en el derecho constitucional estadounidense es el reparto de competencias entre el gobierno federal y los Estados miembros. Se trata de un debate enrevesado que exige interpretar diversos artículos y enmiendas a la Constitución federal estadounidense; por este motivo, salvo en aquellos supuestos en los que la Constitución delega expresamente competencias al gobierno federal, el reparto de competencias ha venido siendo realizado por el Tribunal Supremo federal, atendiendo a la lógica constitucional y a las prerrogativas que el gobierno federal debe ejercer para el correcto funcionamiento del país⁴.

El acceso a la nacionalidad se menciona en el párrafo cuarto de la sección 8 del artículo primero de la Constitución federal, donde se dice que el Congreso tendrá la competencia “para establecer un régimen uniforme de naturalización y leyes uniformes en materia de quiebra en todos los Estados Unidos” así como para “expedir todas las leyes que sean necesarias y convenientes para llevar a efecto los poderes anteriores y todos los demás que esta Constitución confiere al gobierno de los Estados Unidos o cualquiera de sus departamentos o funcionarios”. Por su parte, el párrafo primero de la decimocuarta enmienda a la Constitución federal señala que “Toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos, y sujeta por ello a tal jurisdicción, es ciudadana de los Estados Unidos y del Estado en que resida. Ningún Estado podrá crear o implementar leyes que limiten los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos”.

El Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse sobre esta temática en dos polémicas decisiones en el siglo XIX, donde estableció la “*plenary power doctrine*”, según la cual el gobierno federal tiene la competencia para

⁴ En este sentido Vid. G. CASEY, “The Supreme Court and Myth: An Empirical Investigation”, *Law & Society Review*, vol. 8, núm. 3, 1974, pp. 385-420.

regular todo lo relacionado con el acceso a la ciudadanía y, por lo tanto, lo concerniente al estatuto jurídico de los extranjeros.

En 1849 el Tribunal Supremo se pronunció sobre la legalidad de que varios Estados hubieran establecido el pago de una tasa a aquellos sujetos que quisiesen emigrar a Estados Unidos, y aprobado normas que prohibían, por ejemplo, la entrada de los negros en sus respectivos territorios; el Tribunal anuló las disposiciones mencionadas, y estableció que de acuerdo con el marco constitucional sólo el gobierno federal podía regular la inmigración⁵. En la sentencia que resolvió el caso *Chae Chang Ping v US*⁶, el Tribunal Supremo se pronunció sobre la demanda presentada por un ciudadano chino que, después de haber residido legalmente en Estados Unidos durante 12 años, decidió regresar temporalmente a China. Durante el viaje del señor Chae, el gobierno federal aprobó el *Chinese exclusion Act*, que prohibió la entrada de los ciudadanos chinos a Estados Unidos, por lo que el señor Chae no fue admitido al país después de su viaje. El Tribunal Supremo estableció que el gobierno federal tenía la competencia para determinar qué extranjeros y en qué circunstancias podían entrar al país y, al tener el señor Chae nacionalidad china, se le podía denegar lícitamente la entrada a los Estados Unidos. Esta jurisprudencia fue reiterada en el asunto *Chae in Fong Yue Ting v US*⁷, cuando el Tribunal Supremo enjuició la constitucionalidad de una norma federal que establecía que los ciudadanos chinos que solicitasen la ciudadanía estadounidense debían contar con el aval de dos testigos de raza blanca, y el Tribunal estableció que el Congreso federal era la única autoridad competente para regular el acceso a la ciudadanía, por lo que se declaró incompetente para pronunciarse sobre el asunto.

Como ha señalado Romero, desde finales del siglo XIX la jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha mostrado ninguna grieta respecto a la posibilidad de que los Estados puedan regular la inmigración o el estatuto jurídico de los extranjeros que residan en sus territorios⁸. Esto no quiere decir que no existan fricciones entre los Estados y el gobierno federal en este contexto. Un

⁵ S. GZESH, "¿Protegerán los tribunales de los Estados Unidos a los Extranjeros?", en VV.AA., *Migración y Fronteras*, El Colegio de México, México, 1998, p. 385.

⁶ 130 US 581, 1889.

⁷ 149 US 698, 1893.

⁸ V. ROMERO, "Who should manage immigration Congress or the States?", en VV.AA., *Immigrant Rights, in the Shadow of Citizenship*, New York University press, New York, 2008, pp. 292.

excelente ejemplo de la lucha entre los Estados y el gobierno federal por regular los derechos de los inmigrantes, lo encontramos en la propuesta 187 del Estado de California, que fue aprobada en referéndum con el voto del 59% de los electores californianos. La propuesta 187 establecía, junto a otras medidas claramente discriminatorias, que los funcionarios públicos debían negar la concesión de servicios asistenciales, como la educación o la sanidad, a todos aquellos que pudieran ser sospechosos de ser inmigrantes indocumentados, en cuyo caso debían notificar sus sospechas a las autoridades de inmigración⁹. La disposición fue anulada por la jurisdicción federal por lo que no llegó a aplicarse, pero generó un debate político y social que propició la aprobación por parte del gobierno federal del Acta de inmigración de 1996 en términos muy similares a los previstos por el legislador de California.

De acuerdo con estos parámetros, el Tribunal Supremo federal ha venido realizando una labor de control sobre las legislaciones federal o estatal que afectan a los extranjeros. Por ejemplo, en la sentencia que resolvió el caso *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*¹⁰, el Tribunal estimó que, pese a que la educación no es una competencia federal, y en consecuencia los Estados son libres para articular sus sistemas educativos, en el caso de que estos articulen un modelo educativo gratuito no pueden negar sus beneficios a los hijos de los inmigrantes indocumentados; y en la misma línea, en el asunto *Plyer v Doe*¹¹ el Tribunal Supremo estableció que una ley del Estado de Texas que negaba el acceso a la educación pública gratuita a los hijos de inmigrantes indocumentados lesionaba la decimocuarta enmienda porque era discriminatoria.

De esta manera, una de las paradojas del ordenamiento jurídico estadounidense reside en que, si bien la competencia para decidir las políticas migratorias le corresponde al gobierno federal, el diseño de las políticas de integración de la población de origen inmigrante le corresponde a los Estados. En otras palabras, pese a que los Estados no pueden decidir sobre el número o el tipo de inmigrantes que se establecen en Estados Unidos, son los responsables de la gestión de los servicios públicos que estos reciben. El caos legislativo a este respecto es tremendo, ya que hay que tener en cuenta que

⁹ Vid. D. CARIBONI, "Qué hay detrás de la Ley N° 187", en *Revista del Sur*, núm. 42, 1995, disponible en http://www.redtercermundo.org.uy/revista_del_sur/texto_completo.php?id=1606.

¹⁰ 411 U.S. 1, 1973.

¹¹ 457 U.S. 202, 1982.

estamos hablando de 50 Estados con intereses y políticas similares en algunos casos pero muy diferentes en otros. Por ejemplo, los Estados de Arizona y Colorado han suprimido cualquier tipo de beneficio médico para los extranjeros indocumentados, y al mismo tiempo 10 Estados han diseñado políticas educativas para que los hijos de los inmigrantes indocumentados que asisten a las escuelas públicas puedan cursar estudios universitarios, pagando las mismas tasas que les corresponden a los residentes documentados¹².

3. POLÍTICA LEGISLATIVA FEDERAL EN MATERIA DE INMIGRACIÓN

Desde la perspectiva de su evolución histórica, el modelo migratorio estadounidense se ha caracterizado por tres factores que le han dotado de una singular personalidad. En primer lugar, la inmigración ha sido regulada tradicionalmente en función de los intereses económicos y de la necesidad de mano de obra del mercado laboral estadounidense. En segundo lugar, hasta fechas muy recientes la regulación migratoria estadounidense ha discriminado a los inmigrantes atendiendo a su raza, sexo, color de piel o nacionalidad, e incluso en determinados periodos ha conjugado varios de los factores señalados¹³. Y por último, pese al papel que el fenómeno migratorio ha representando históricamente en la conformación de la sociedad estadounidense, son relativamente recientes las políticas públicas que pretenden integrar socioculturalmente a este sector de la población¹⁴.

A partir de estas coordenadas, hay que señalar que a grandes rasgos y sin ánimo de exhaustividad que la legislación migratoria puede clasificarse en tres fases o periodos atendiendo al perfil de los flujos migratorios.

En su primera etapa, la política estadounidense se caracterizó por tener un fuerte componente racial y étnico, y por fomentar la entrada o la expulsión de los inmigrantes atendiendo a factores como la raza o el origen nacio-

¹² Vid. A., SPENCE y L. HAMILTON, *Immigration and America's Future: A New Chapter. Report of the Independent Task Force on Immigration and America's Future*, Migration Policy Institute, 2006, en http://www.migrationpolicy.org/task_force/new_chapter_summary.pdf, p. 24.

¹³ J. KEVIN, *The Huddled Masses Myth: Immigration and Human Rights*, cit., pp. 153 y ss.

¹⁴ Vid. T. ALEGRIA, *Modelo estructural de trabajo transfronterizo*, en *Fronteras en América del Norte*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, p. 417-438. R. ALBA, *Ethnic Identity: The Transformation of White America*, Nueva Haven: Yale University Press, 1990, pp. 14 y ss.

nal. Inicialmente, el gobierno optó por reconocer la nacionalidad a todas aquellas personas que se asentasen en su territorio, debido a la necesidad urgente de atraer población del extranjero para consolidar y desarrollar la joven nación, pero discriminando racialmente entre la población que podía acceder al estatus de ciudadano. Por ejemplo, el Acta federal de 1790, al igual que las primeras constituciones aprobadas por los Estados, permitió la naturalización de todas aquellas personas de raza blanca que hubieran residido en Estados Unidos durante un periodo de 2 años, pero prohibió el acceso a los derechos de ciudadanía a la población de raza negra o de origen asiático¹⁵.

Hasta 1870 la legislación federal no permitió la naturalización de la población de raza negra, hasta 1924 la de la población indígena, hasta 1943 la de los chinos, y hasta 1946 la de población de origen filipino, aunque, como señala Torres, hubo que esperar hasta el Immigration and Naturalization Act de 1952, para que desapareciese completamente el requisito racial para el acceso a la ciudadanía¹⁶.

La segunda etapa de la política estadounidense en el terreno de la inmigración estuvo marcada por el informe que realizó la Comisión Dillingham en el periodo 1907-11, que sentó las bases conceptuales de la legislación migratoria que estuvo vigente durante una parte del siglo XX. Las principales propuestas de la Comisión Dillingham fueron las siguientes: reducir la cantidad de inmigrantes pero mejorar su calidad formativa y cualificación profesional; fomentar la inmigración procedente de Europa occidental y del Norte; el establecimiento de un cupo máximo de inmigrantes y su revisión anual; y filtrar la entrada de población inmigrante mediante un complejo sistema de cuotas determinado en función del 3 % del total de la población que dicho país tuviera en Estados Unidos en 1910, es decir, discriminando entre los inmigrantes en función de su origen nacional¹⁷.

Las conclusiones de la Comisión Dillingham¹⁸ se plasmaron en las Actas de inmigración de 1917 y 1921, las cuales instauraron el sistema de cuotas

¹⁵ A. TORRES, *Minorías y Multiculturalidad en los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., pp. 36.

¹⁶ A. TORRES, *Minorías y Multiculturalidad en los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., pp. 32-33.

¹⁷ Vid. C. GOLDIN, "The Political Economy of immigration restriction in to the US, 1890-1921", en VV.AA., *The regulated economy; A Historical approach to political economy*, Chicago, University of Chicago Press, 1994, pp. 223-257.

¹⁸ Los volúmenes en los que se contienen las conclusiones de la Comisión Dillingham pueden consultarse en <http://site.ebrary.com/lib/stanfordimmigrationdillingham/home.action>.

para privilegiar la inmigración procedente del norte de Europa y reducir la procedente de Asia, y del Sur y del Este de Europa¹⁹. El National Origins Act de 1924 radicalizó la política legislativa de fomentar la emigración desde los países nórdicos con el objeto de homogeneizar culturalmente a la población estadounidense, y para ello ordenó que a partir de 1927 el número de emigrantes procedente del mismo país fuera limitado al 2% del número de personas que hubiesen nacido en ese país y residieran en Estados Unidos según el censo de 1890. En 1929 la cuota de emigración de cada país fue modificada, pasando a ser el resultante de la relación respecto a 150.000 (el cupo máximo de emigrantes) del número de habitantes de ese país que residían en Estados Unidos en 1920 en proporción a la población total estadounidense. En palabras de Torres, “el cálculo de un tope de 150.000 individuos, defendido con ardor por los partidarios de restringir la inmigración, suponía admitir tan sólo a 1 emigrante por cada 600 habitantes, pues la población estadounidense en 1920 era de aproximadamente 94.820.915 personas”²⁰.

Las estadísticas indican que el sistema de cuotas consiguió reducir el pluralismo migratorio que hasta principios del siglo XX había caracterizado al modelo estadounidense, ya que, por ejemplo, en 1965 el 70% de los emigrantes legalmente establecidos en Estados Unidos procedieron exclusivamente del Reino Unido, Irlanda y Alemania, toda vez que el contraste entre el número de emigrantes admitidos en los periodos 1880-1920 (23 millones) y 1920-1950 (5,5 millones) habla por sí solo²¹.

La tercera fase de la política migratoria se localiza en los años 60, cuando se aprobaron diversas normas para proteger el ejercicio de derechos civiles, como el Acta de Derechos Civiles de 1964 y diversas enmiendas a la legislación federal migratoria. El Acta de Inmigración y Nacionalidad de 1965 eliminó de forma definitiva el sistema de cuotas nacionales (pasando a ser cuotas continentales) y la raza o el sexo como elementos determinantes para

¹⁹ La cifra máxima de emigrantes autorizada inicialmente fue de 350.000, aunque se eximió de su aplicación a aquellas personas que hubieran residido durante 3 años en el continente americano, y este cupo tampoco se aplicó para Japón y China cuya emigración se negoció a través de tratados bilaterales. Vid. M. CASTRO, “El debate sobre la política de inmigración en Estados Unidos”, en VV.AA., *Migración y Fronteras*, El Colegio de México, México, 1998, p. 354

²⁰ A. TORRES, *Minorías y Multiculturalidad en los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., pp. 38.

²¹ A. TORRES, *Minorías y Multiculturalidad en los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., pp. 39-40.

poder emigrar a Estados Unidos, y fomentó tanto la agrupación familiar de los inmigrantes documentados (lo cual privilegió a los que emigraron a través del extinto sistema de cuotas nacionales), como la llegada de emigrantes cualificados.

La nueva política propició un cambio brusco en la composición de la población inmigrante, ya que se redujo la procedente del Norte de Europa y aumentó paralelamente la originaria de Asia y de Latinoamericana. Los datos estadísticos a este respecto son muy ilustrativos, ya que entre 1900 y 1990 emigraron a Estados Unidos casi 38 millones de personas, destacando el dato de que solamente entre 1980 y 1990 la cifra de emigrantes documentados fuera de casi 9 millones de personas²²; asimismo, en el periodo 1970 y 1990 la población estadounidense se incrementó en un 22,4%, gracias, entre otros factores, a que en este periodo emigraron al país casi 14 millones de personas de origen latinoamericano o asiático.

El nuevo marco regulador generó una dinámica que todavía hoy continúa vigente, y es que desde los años 70 la emigración procedente de Latinoamérica, y especialmente de México, se ha convertido en la principal protagonista del flujo migratorio. Hasta los años 80, los inmigrantes de origen mejicano eran similares numéricamente a la suma de los inmigrantes procedentes de Alemania, Canadá e Italia, sin embargo, a partir de ese momento su incremento ha sido vertiginoso. La población de origen latinoamericano se multiplicó por 6 en la década de los 80 respecto a la registrada en la década de los 60; y en la década de los 90 la inmigración latinoamericana creció a un ritmo de más de un millón de personas al año, llegando en 1994 a constituir el 10,3 % del total de la población estadounidense, y en el año 2006 pasó a representar el 30,7% del total de la población inmigrante²³. Sin embargo, como ha expuesto Castro, la ley de 1965 permitió invertir la política migratoria dirigida hacia la americanización o asimilación de los inmigrantes, pero el elevado incremento de la población latinoamericana supuso que este colectivo se convirtiese en el blanco de numerosas campañas de índice xenófobo²⁴.

²² A. TORRES, *Minorías y Multiculturalidad en los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., p. 27.

²³ Datos tomados de J. BATALOVA, *Mexican Immigrants in the United States*, Migration Policy Institute, Abril 2008, en <http://www.migrationinformation.org/feature/display.cfm?ID=679>. J. DURAND, M. DOUGLAS y F. CHARVET, "The Changing Geography of Mexican Immigration in the United States, 1910 - 1996", en *Social Science Quarterly*, vol. 8, 2000, pp. 1-15.

²⁴ M. CASTRO, "El debate sobre la política de inmigración en Estados Unidos", cit., p. 366.

La Ley para el Control y la reforma de la inmigración de 1986 (IRCA), aprobada durante la administración Reagan, fue el resultado de un profundo debate social y político de más de 15 años de duración sobre el fenómeno migratorio, e introdujo dos medidas que han marcado la actual política migratoria. En primer lugar, se abrió un proceso masivo de regularización y naturalización de los inmigrantes indocumentados que residían en Estados Unidos antes de 1982, que se complementó con la potenciación del sistema de permisos de residencia temporales para trabajadores extranjeros del sector agrícola. En segundo lugar, el IRCA reforzó el servicio de vigilancia fronteriza, y especialmente en la zona sur del país para evitar la llegada de inmigrantes indocumentados procedente de México²⁵, y creó sanciones para aquellos empresarios que contratasen a trabajadores indocumentados²⁶.

La última aportación federal relevante al debate sobre la inmigración fue el Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act de 1996²⁷, el cual estableció un sistema automático de deportación para aquellos inmigrantes indocumentados que fueran detenidos con ocasión de la comisión de determinados delitos; creó un programa federal conducente a impedir que los inmigrantes indocumentados pudiesen asegurar sus vehículos a motor; eliminó a los extranjeros de las categorías de potenciales beneficiarios de los beneficios previstos por la Seguridad Social; aumentó de 3 a 10 años el periodo de tiempo que deben esperar los inmigrantes indocumentados para poder solicitar un visado de entrada a Estados Unidos; y diseñó un procedimiento administrativo que exige una prueba de identidad para poder disfrutar de cualquier beneficio social previsto en la legislación federal.

De esta manera, el modelo migratorio estadounidense ha ido moldeándose en torno a dos grandes líneas de actuación. De una parte, el mantenimiento de un flujo constante de inmigrantes, que en determinados periodos ha discriminado entre los inmigrantes en función de criterios claramente discriminatorios felizmente superados. Y por otra, el debate actual gira en

²⁵ Vid. M. KEARNEY, "Las funciones de clasificación y filtración de las fronteras", en VV.AA., *Fronteras en América del Norte*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, pp. 67-97.

²⁶ R. GÓMEZ, *México y la protección de sus nacionales en Estados Unidos*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1990, pp. 189 y ss.

²⁷ El texto completo del Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act de 1996 puede encontrarse en <http://www.takatalaw.com/us/iract96.html>.

torno a la aprobación de políticas públicas conducentes a la persecución y erradicación de la inmigración indocumentada.

4. LAS LAGUNAS DEL SISTEMA DE INMIGRACIÓN LEGAL VIGENTE

La demanda de inmigrantes ha sido constante en la historia estadounidense, pero especialmente en las últimas décadas, debido a que los ratios de natalidad de la población local se han reducido considerablemente, y a la necesidad de nueva mano de obra que cubra las ofertas de empleo que genera la dinámica economía estadounidense. En concreto, en los últimos 25 años los inmigrantes han generado el 58% del incremento de población estadounidense, lo cual ha sido imprescindible para mantener la economía y la industria activa en el denominado periodo primario de la vida laboral (25-55 años)²⁸. Sin embargo, en la actualidad la sociedad norteamericana se encuentra muy dividida en torno a la inmigración, pues mientras que un sector la ve como una fuente inagotable de regeneración social y como una clave fundamental para el desarrollo económico del país, para otros la inmigración genera más perjuicios que beneficios al país, y tiene consecuencias negativas en el terreno de los servicios sociales, educativos, asistenciales y de seguridad ciudadana²⁹.

Uno de los ingredientes más polémicos del debate en torno a la inmigración es el elevado número de inmigrantes indocumentados que reside en Estados Unidos, y el liderazgo de los inmigrantes mejicanos en este contexto. La inmigración indocumentada procedente de Méjico se ha incrementado considerablemente desde 1990, de forma que mientras que en el periodo 1990-2002 la emigración documentada prácticamente se dobló en este periodo la emigración indocumentada se incrementó en un 165%. De forma complementaria, según los datos del Department of Homeland Security's Office of Immigration, en el año 2006 residían aproximadamente 11,5 millones de personas en Estados Unidos sin permiso para permanecer en este país, y de estos se estima que 6,6 millones son de origen mejicano³⁰.

²⁸ D. MEISSNER, *Comprehensive Immigration Reform in 2009, Can we do it and how?*, en <http://www.migrationpolicy.org/pubs/Testimony-04-30-2009.pdf>, p. 7.

²⁹ Vid. L. MAÑAGA, *Immigration Policy and the INS, Straddling the Border*, University of Texas press, Austin, 2003, p. 2.

³⁰ J. PASSEL, *The Size and Characteristics of the Unauthorized, Migrant Population in the U.S. Estimates Based on the March 2005 Current Population Survey*, en <http://pewhispanic.org/files/factsheets/19.pdf>.

El hecho de que algo más de 11 millones de personas residan en Estados Unidos sin tener permiso para ello indica que las políticas adoptadas por el legislador estadounidense en este terreno han fracasado. El volumen de la inmigración ilegal ha sido justificado por la doctrina en una serie de factores, entre los que destacan: la fuerte demanda de trabajadores que tradicionalmente ha tenido la economía estadounidense; el largo proceso legal que deben seguir los individuos para emigrar a Estados Unidos; la facilidad para entrar indocumentadamente en Estados Unidos, ya sea furtivamente a través de sus fronteras, ya sea legalmente mediante cualquiera de sus puertos de entrada y no retornando al país de origen; y la debilidad del sistema de relaciones laborales para detectar, perseguir y sancionar las relaciones laborales ilegales³¹.

4.1. El obstáculo de los cupos y los plazos de espera

El primer obstáculo que debe superar una persona para poder emigrar a Estados Unidos es formar parte del cupo que cada año es autorizado para emigrar a este país, destacando el hecho de que los cupos geográficos impiden que ningún país pueda copar más del 7% del total de los visados de trabajo que se conceden anualmente. Esta situación dificulta notablemente la concesión de permisos a los familiares de inmigrantes que proceden de México, China, India o las Islas Filipinas, debido a la enorme demanda que existe en estos países para emigrar a Estados Unidos³². La política de cupos no diferencia entre trabajadores y familiares, por lo que la concesión de un permiso al familiar de un residente documentado se realiza a costa del cupo global o viceversa, pese a que a priori las intenciones del colectivo de familiares (padres e hijos) difieren notablemente de las de aquellos que emigran por motivos netamente laborales.

Abraham y Hamilton utilizan los siguientes ejemplos para explicar la situación en la que se encuentran aquellos que quieren emigrar siguiendo el procedimiento legal: un ciudadano estadounidense que avale la residencia

³¹ Vid. A., SPENCE y L. HAMILTON, *Immigration and America's Future*, cit, p. 20. S. JONAS, "Seguridad nacional estadounidense v. bienestar regional como base de una política migratoria", en VV.AA., *Migración y Fronteras*, El Colegio de México, México, 1998, pp. 404-409. L. MAÑAGA, *Immigration Policy and the INS, Straddling the Border*, University of Texas Press, Austin, 2003, p. 1.

³² A., SPENCE y L. HAMILTON, *Immigration and America's Future*, cit. pp. 21-22.

de un niño mejicano deberá esperar 14 años, un inmigrante documentado que avale la residencia de su mujer deberá esperar un mínimo de 6 años en función del país de origen, y ese periodo puede ampliarse a 23 años en el caso de que se avale a un hermano de nacionalidad filipina. Los plazos de espera que experimentan los trabajadores tampoco son baladíes, ya que un trabajador o profesional cualificado deberá esperar aproximadamente 5 años para obtener un permiso de trabajo, y en el caso de que dicho trabajador o profesional tenga una habilidad especial que no pueda ser cubierta por el mercado laboral estadounidense deberá esperar 5 años si es de nacionalidad india³³.

El procedimiento administrativo para obtener un permiso de trabajo o de residencia es excesivamente largo y complejo, y supone que normalmente el empleador acabe reclutando a otro trabajador, o que una familia deba convivir dividida durante varios años. De esta forma, la política de cupos y los largos plazos de espera han generado un contexto que obliga a los emigrantes a, bien eludir la legalidad, o bien cumplir una serie de plazos y requisitos que distorsionar notablemente las relaciones laborales y familiares³⁴.

4.2. Relación entre la inmigración y el mercado laboral

La emigración se produce en la mayoría de las ocasiones porque el inmigrante confía en mejorar su calidad de vida respecto a su país de origen, y para ello suele ser capital la obtención de un puesto de trabajo en el país de destino. Aquí se encuentra una de las principales peculiaridades que presenta el modelo migratorio estadounidense, ya que, si bien teórica y jurídicamente los inmigrantes indocumentados no pueden trabajar, en la práctica es relativamente sencillo para ellos integrarse en el mercado laboral.

La fuerte vinculación que existe entre el mercado laboral estadounidense y la inmigración se aprecia nítidamente en el retroceso que, según indican las estadísticas, ha experimentado la llegada de mano de obra indocumentada como consecuencia de la crisis económica³⁵. Según un estudio del *Migration Policy Institute*³⁶, el aumento del control sobre las fronteras naturales

³³ A. SPENCE y L. HAMILTON, *Immigration and America's Future*, cit, pp. 22-23.

³⁴ Vid. D. MEISSNER, *Comprehensive Immigration Reform in 2009, Can we do it and how?*, en <http://www.migrationpolicy.org/pubs/Testimony-04-30-2009.pdf>, p. 12.

³⁵ D. MEISSNER, *Comprehensive Immigration Reform in 2009*, cit., p. 3.

³⁶ D. DIXON y J. GELATT, *Immigration enforcement spending since IRCA*, Washington, DC, Migration Policy Institute, disponible en http://www.migrationpolicy.org/ITFIAF/FactSheet_Spending.pdf

después de los atentados del 11 de septiembre de 2001, especialmente con Méjico y Canadá, se ha traducido en que 9 de cada 11 trabajadores indocumentados entren al país legalmente, mediante los puertos de entrada terrestres, marítimos o aéreos, y que posteriormente opten por no volver a sus países de origen³⁷. Por este motivo, es muy difícil conocer con cierta precisión cuál es la evolución de la inmigración indocumentada, ya que, si bien todas las personas que entran en Estados Unidos son registradas en un complejo sistema informático, no ocurre lo mismo con su salida.

Uno de los estudios más interesantes en este terreno ha sido elaborado por el Pew Hispanic Center³⁸, el cual habla de una importante reducción del número de inmigrantes mejicanos en paralelo a la evolución de la crisis económica, ya que, por una parte, según los datos del Mexico's National Survey of Employment and Occupation en el periodo 2006-2009 volvieron a Méjico aproximadamente unos 450.000 inmigrantes de media cada año procedentes de Estados Unidos; y por otra, las detenciones realizadas por la patrulla estadounidense de fronteras en el periodo 2006-2009 se redujeron en un tercio, destacando el dato de que la cifra de inmigrantes indocumentados detenidos en las fronteras en el año 2008 (724.000 personas) fuera muy similar a la del año 1973³⁹.

El modelo laboral estadounidense carece de mecanismos que impidan u obstaculicen seriamente el empleo de los inmigrantes indocumentados, debido, entre otros factores, a que no existe un documento estándar de identificación para los trabajadores o un proceso de verificación de dicha identidad, así como a lo ineficaces que son tanto el régimen sancionador de los empleadores como el control de las autoridades laborales⁴⁰.

³⁷ Vid. M. PEREÑA-GARCÍA, *Transformaciones del territorio político: frontera, territorialidad y soberanía*, en *Fronteras en América del Norte*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, pp. 315-331. T. ALEGRIA, *Modelo estructural de trabajo transfronterizo*, en *Fronteras en América del Norte*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, pp. 417-438.

³⁸ J. PASSEL y C. D'VERA, *Mexican Immigrants: How Many Come? How Many Leave?*, Pew Hispanic Center, 22 de julio del 2009, en <http://pewhispanic.org/files/reports/112.pdf>.

³⁹ J. PASSEL y C. D'VERA, *Mexican Immigrants: How Many Come? How Many Leave?*, Pew Hispanic Center, 22 de julio del 2009, en <http://pewhispanic.org/files/reports/112.pdf>. *Fact Sheet, Hispanics and Arizona's New Immigration Law*, Pew Hispanic Center, 29 de abril del 2010, en <http://pewhispanic.org/files/factsheets/68.pdf>.

⁴⁰ D. PAPADEMETRIOU, *The Mexico Factor in US Immigration Reform*, Migration Policy Institute, Marzo 2004, en <http://www.migrationinformation.org/Feature/display.cfm?ID=210>.

Una de las características más llamativas que presenta el mercado laboral estadounidense es que no existe un documento de identificación nacional o estatal, por lo que la identidad de los trabajadores puede ser probada utilizando hasta 12 documentos diferentes. Este modelo permite un nivel de fraude elevado, ya que los empresarios no pueden preguntar a sus trabajadores sobre su situación jurídica en Estados Unidos para evitar situaciones discriminatorias, por lo que el emigrante indocumentado suele entregar al empresario un documento falso o de un tercero para acreditar su identidad⁴¹. Aquí se encuentra una de las grandes lagunas del sistema, ya que los empresarios tienen la obligación de pedir a los trabajadores algún documento que acredite su identidad, pero no existen mecanismos para verificar su legalidad, toda vez que “se considera que una persona o entidad ha cumplido el requisito de verificación si el documento que se le presenta le parece razonablemente genuino”⁴².

Para solucionar este problema, se ha propuesto la creación de un sistema informático que permita cruzar los datos laborales de los 50 Estados, y estos con los de la administración federal que, en cuanto responsable de las políticas migratorias, dispone de la información relativa a los trabajadores extranjeros habilitados para trabajar en Estados Unidos⁴³.

El régimen sancionador no ha servido para desincentivar a aquellos empresarios que deciden contratar mano de obra indocumentada. El legislador federal no creyó conveniente sancionar este tipo de actuaciones hasta 1952, pero el primer intento serio en este terreno fue el Immigration Reform and Control Act de 1986, que ordenó a los empresarios rellenar un formulario indicando la documentación que sus trabajadores habían utilizado para identificarse, pero sin exigirles comprobar la autenticidad de dicha documentación. Las sanciones en este terreno son tan leves que en muchos casos es rentable para los empresarios incumplir la ley, ya que en el supuesto de que el empresario cometa un *error* al comprobar la documentación de los inmigrantes éste será multado con una cantidad que oscilará entre los 100 y los 1.000 dólares, y en el caso de posteriores errores la multa podrá llegar a cantidades entre los 250 y los 10.000 dólares. Las sanciones descritas son de carácter administrativo, por lo que no comportan ninguna responsabilidad

⁴¹ D. MEISSNER, *Comprehensive Immigration Reform in 2009*, cit., p. 11.

⁴² R. GÓMEZ, *México y la protección de sus nacionales en Estados Unidos*, cit., pp. 189 y ss.

⁴³ A. TORRES, *Minorías y Multiculturalidad en los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., p. 29. A. SPENCE y L. HAMILTON, *Immigration and America's Future*, cit, p 46.

penal para el empresario, y sólo pueden imponerse cuando la administración sea capaz de probar que existió mala fe por parte del empresario⁴⁴.

La inspección y control de las autoridades laborales tampoco han evitado la contratación de inmigrantes indocumentados, debido a que sólo el 10% del presupuesto destinado al control de inmigración se dedica a la inspección de las relaciones laborales. Los datos sobre las sanciones impuestas a los empresarios que contrataron a inmigrantes indocumentados son ilustrativas de la dejadez de la administración en este terreno, pues, pese al volumen del mercado laboral que representan los trabajadores indocumentados, en el periodo 1991-1998 sólo se impusieron 6.600 sanciones a los empresarios, y en el periodo 2000-2003 las sanciones anuales no superaron las 2.000⁴⁵.

La relación que existe entre la ausencia de control de las relaciones laborales y la inmigración indocumentada es conocida por la administración estadounidense. En aquellos supuestos en los cuales los Estados o los ayuntamientos han potenciado políticas conducentes a obstaculizar el empleo de mano de obra indocumentada (por ejemplo, incrementando las inspecciones laborales), los inmigrantes han optado por trasladarse a nuevas poblaciones en las cuales no se han adoptado este tipo de medidas. Aquí se encuentra la explicación al hecho de que, por ejemplo, en el último decenio del siglo XX el mayor incremento de población de origen hispano lo hayan protagonizado los Estados de Alabama y Tennessee⁴⁶; o por qué la población de origen mejicano se ha duplicado en el periodo 2000-2006 en Estados que tradicionalmente no habían sido receptores de población inmigrante latinoamericana, como Dakota del Sur, Luisiana, Alaska, y Ohio; e igualmente explica por qué en la última década los Estados que tradicionalmente recibían la el mayor flujo de inmigración indocumentada (California, New York, Texas, Florida o Illinois) han cedido el relevo a Estados como Nevada, Arkansas, Tennessee, Colorado, Nebraska, Georgia o Utah⁴⁷.

⁴⁴ A. SPENCE y L. HAMILTON, *Immigration and America's Future*, cit, p. 46.

⁴⁵ A. TORRES, *Minorías y Multiculturalidad en los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., p. 29.

⁴⁶ E. GRIECO, *The Foreign Born from Mexico in the United States*, Migration Policy Institute, Octubre 2003, en <http://www.migrationinformation.org/usfocus/display.cfm?ID=163>.

⁴⁷ Sobre este particular Vid. I. LIGHT, *How Los Angeles Deflected Mexican Immigrants to the American Heartland*, University of California at Los Angeles, October 2007, en <http://www.migrationinformation.org/Feature/display.cfm?id=645>.

En resumen, el volumen de la inmigración indocumentada es tan elevado en Estados Unidos porque su economía y su mercado laboral demandan mano de obra extranjera, pero la llegada de inmigración es obstaculizada – en muchos casos de forma insalvable– tanto por el sistema de cupos como por los largos plazos de espera que caracterizan el modelo migratorio estadounidense. Por este motivo, en demasiadas ocasiones la única opción que tienen los inmigrantes es establecerse en territorio estadounidense sin la debida autorización legal, y permanecen en Estados Unidos porque obtienen un empleo gracias a la falta de interés que históricamente ha demostrado la administración para perseguir y sancionar su contratación.

5. LA ARIZONA INMIGRATION LAW (SB 1070)

5.1. Alcance y contenido de la norma

La *Arizona Immigration Law* (SB 1070)⁴⁸ aprobada por el Senado del Estado de Arizona es el último eslabón de la cadena legislativa estatal conducente a regular el estatuto jurídico de los inmigrantes indocumentados. La SB1070 no es una norma autónoma, sino la suma de una serie de enmiendas que el legislador de Arizona ha realizado a la normativa estatal con el objeto, confesado en su preámbulo, de evitar la inmigración de personas indocumentadas, el tráfico de drogas y de seres humanos, y para preservar el orden y la seguridad pública.

Los aspectos más polémicos de la Ley de Arizona son los siguientes: en primer lugar, ordena a los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado de Arizona comprobar la situación migratoria de los individuos en determinadas circunstancias (sección 2); en segundo lugar, autoriza a la policía a detener sin autorización judicial previa a aquellas personas que hayan cometido una “public offense” que permita su deportación de Estados Unidos (sección 6); en tercer lugar, sanciona penalmente el hecho de que los extranjeros que se encuentren en Arizona no porten documentación que les identifique adecuadamente (sección 3); y por último, modifica el Código Penal estatal para sancionar penalmente el tráfico de personas indocumenta-

⁴⁸ El texto completo de la Arizona Immigration Law SB 1070 puede encontrarse en <http://www.azleg.gov/legtext/49leg/2r/bills/sb1070s.pdf>.

das, y la búsqueda de trabajo o la contratación por parte de este colectivo (secciones 4 y 5).

¿Por qué la SB 1070 es tan problemática en un Estado como Arizona? La respuesta a este interrogante exige tener en cuenta dos parámetros. En primer lugar, de acuerdo con los datos del Pew Hispanic Center, en el 2008 el 94% de los casi 500.000 inmigrantes indocumentados que residían en Arizona procedía de Méjico, y el 30% de la población que reside legalmente en Arizona es de origen mejicano, por lo que la aplicación práctica de la SB 1070 puede tener consecuencias en los derechos y libertades de 1 de cada 3 residentes de Arizona⁴⁹. Esta situación no es exclusiva del Estado de Arizona, ya que se calcula que de los 48,4 millones de hispanos que residen en Estados Unidos, sólo el 39,6% tiene permiso de residencia, toda vez que de los casi 11,9 millones de inmigrantes en situación irregular se calcula que el 76%, es decir, algo más de 9,4 millones, son hispanos y principalmente de origen mejicano⁵⁰. Y en segundo lugar, la persecución de los inmigrantes indocumentados en Arizona puede tener importantes consecuencias en su economía y tejido productivo, ya que se estima que aproximadamente el 10% de los trabajadores de este Estado son inmigrantes indocumentados⁵¹.

5.2. Recurso presentado por el gobierno federal

La ley SB 1070 ha generado un intenso debate social y político, que se ha traducido en la presentación de diversos recursos contra la misma, tanto por el propio gobierno federal, como por diferentes organizaciones sociales. Para evitar reiterar los argumentos que han utilizado los recurrentes, hemos optado por analizar los mismos siguiendo como nervio central el recurso in-

⁴⁹ *Data and Resources, Demographic Profile of Hispanics in Arizona*, Pew Hispanic Center, 2008, en http://pewhispanic.org/states/pdf/AZ_08.pdf. Pese a lo importantes que son las cifras de la inmigración en Arizona, hay que señalar que California lideraba el número de inmigrantes ilegales en el año 2009, con 2.6 millones, después se sitúan los Estados de Texas, con 1.7 millones, y Florida con 720,000 inmigrantes ilegales. Vid. M. HOEFER, N. RYTINA y B. BAKER, *Estimates of the Unauthorized Immigrant Population Residing in the United States*, enero del 2009, Office of Immigration Statistics, en http://www.dhs.gov/xlibrary/assets/statistics/publications/ois_ill_pe_2009.pdf

⁵⁰ Vid. U.S. CENSUS BUREAU, *Annual Estimates of the Resident Population by Sex, Race, and Hispanic Origin for the United States: April 1, 2000 to July 1, 2009*, en <http://www.census.gov/popest/national/asrh/NC-EST2009-srh.html>.

⁵¹ Vid. PEW HISPANIC CTR., *A Portrait of Unauthorized Immigrants in the United States*, 2009, en <http://pewhispanic.org/files/reports/107.pdf>.

terpuesto por el gobierno federal, y sólo nos referiremos a las posiciones esgrimidas por otros recurrentes cuando aporten nuevos puntos de vista procesales.

El recurso del gobierno federal puede reconducirse a los siguientes argumentos: la competencia exclusiva del gobierno federal para regular la inmigración y las relaciones internacionales; las numerosas contradicciones que existen entre la SB 1070 y la regulación federal en materia de inmigración, lo cual lesiona el principio constitucional de primacía y no contradicción del derecho federal sobre el estatal en las materias que son de su competencia; y las potenciales lesiones que la aplicación de la norma de Arizona puede generar a los derechos y libertades tanto de los inmigrantes indocumentados como de los ciudadanos y los residentes documentados⁵².

5.2.1. Competencia exclusiva del gobierno federal para regular la inmigración y las relaciones internacionales

El argumento central del recurso presentado por el gobierno federal contra la Ley de Arizona es que la misma regula materias que son de competencia exclusivamente federal. La competencia para regular la inmigración le corresponde al gobierno federal, ya que, según el art. I § 8, cláusula 4, de la Constitución federal, el Congreso federal tiene la facultad para reglamentar el comercio con las naciones extranjeras, y para establecer un régimen uniforme de naturalización en todos los Estados Unidos. En el ejercicio de esta competencia, la regulación federal ha establecido: qué extranjeros pueden entrar y residir en el territorio estadounidense; en qué condiciones y por qué motivos los extranjeros pueden ser expulsados de Estados Unidos; qué consecuencias debe tener para un individuo su permanencia en Estados Unidos en situación irregular; y en qué términos y condiciones los extranjeros pueden acceder al mercado laboral estadounidense⁵³.

El denominador común de las diferentes secciones que componen la norma de Arizona es la localización de inmigrantes indocumentados en diferentes contextos (como la vía pública, los medios de transporte o las relaciones laborales), con el objeto de identificarlos y poder comenzar un proceso de deportación, con independencia de que indirectamente puedan

⁵² El texto completo de la demanda del Departamento de Justicia contra Arizona puede consultarse en http://www.politico.com/static/PPM156_doj_az_immigration_lawsuit.html.

⁵³ Vid. Parágrafos 17 y 25.

lesionarse los derechos de los extranjeros con permiso para residir o permanecer en Estados Unidos o de ciudadanos estadounidenses. Por este motivo, el problema de fondo que presenta la regulación de Arizona es que, amparándose en una pretendida salvaguarda de la seguridad ciudadana, ordena a los cuerpos y fuerzas de seguridad de este Estado ejercer labores que tienen consecuencias en el terreno de la inmigración.

El papel que la política migratoria desempeña en las relaciones internacionales es capital para el gobierno federal, ya que tiene una especial incidencia en terrenos como la seguridad nacional, el crimen organizado, el tráfico de drogas, el comercio, el turismo, el asilo o intereses de carácter humanitario. Por este motivo, en palabras de los recurrentes, la ejecución de la legislación aprobada en este contexto se ha realizado “de forma discrecional, y priorizando los arrestos, detenciones, persecución y expulsión de aquellos ciudadanos extranjeros cuya presencia en Estados Unidos pueda hacer peligrar la seguridad nacional. De acuerdo con sus prioridades, el gobierno federal tiene entre sus objetivos principalmente a aquellos extranjeros relacionados o sospechosos de haber realizado actos de terrorismo o de espionaje; extranjeros culpables de crímenes; con un énfasis particular en los criminales violentos, delincuentes, y los infractores reincidentes; algunos miembros de pandillas, los extranjeros sujetos a órdenes de búsqueda y captura internacionales; y los extranjeros fugitivos, pero especialmente aquellos con antecedentes penales”⁵⁴.

La incompatibilidad entre la SB 1070 y la legislación federal reside en que, mientras que el legislador de Arizona pretende perseguir y deportar a todos los inmigrantes indocumentados, la prioridad de las autoridades federales es exclusivamente la detención de inmigrantes que puedan haber cometido delitos graves. Por este motivo, la legislación federal permite a las agencias federales no aplicar la legislación sobre extranjería en supuestos excepcionales, como los relacionados con el asilo por motivos políticos o humanitarios, cuando el emigrante ha sido víctima de determinados crímenes, o porque es perseguido en su país de origen por razón de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. En estos supuestos, las autoridades federales son conscientes de que un extranjero está residiendo indocumentadamente en territorio estadounidense pero ha optado por no perseguir o deportar a este colectivo⁵⁵.

⁵⁴ Vid. Parágrafo 18.

⁵⁵ Vid. Parágrafos 20-21, 26.

5.2.2. *Contradicción entre el derecho federal y el estatal*

La denominada Cláusula Constitucional de Supremacía, contenida en el artículo VI, sección 2 de la Constitución federal, ordena la preeminencia del derecho federal sobre el estatal en aquellos terrenos, como la inmigración, donde la Constitución federal atribuye la competencia exclusiva a las autoridades federales. Los Estados son competentes para regular determinadas materias relacionadas transversalmente con la inmigración o con el estatuto jurídico de los extranjeros, pero no pueden aprobar ninguna norma que, directa o indirectamente, interfiera o contradiga el alcance y contenido de una norma de ámbito federal en este terreno.

La regulación federal se caracteriza por tres factores. En primer lugar, no sanciona penalmente la presencia de inmigrantes indocumentados en territorio estadounidense, tan sólo ordena su deportación salvo que el inmigrante sea reincidente o haya cometido un hecho delictivo tipificado por el derecho penal. En segundo lugar, el transporte de personas indocumentadas sólo es una actividad sancionable para el transportista, y una vez que el transportado esté en territorio estadounidense, con independencia de cómo se produjese su entrada, su transporte no es objeto de reproche penal en la regulación federal. Y por último, la legislación federal considera que es ilegal contratar o emplear a un inmigrante indocumentado cuando el empleador conozca la situación jurídica del inmigrante, y prevé sanciones civiles (como la deportación) para aquellos inmigrantes que utilicen documentación ilegal o fraudulenta para poder acceder al mercado laboral, pero el Congreso federal siempre ha sido contrario a la imposición de sanciones penales a este tipo de conductas, entre otros razones, por motivos humanitarios⁵⁶.

De forma claramente contradictoria con la regulación federal, la SB 1070 sanciona, primero, a los extranjeros que no porten documentación que permita su identificación; segundo, a todos aquellos que trasladen inmigrantes indocumentados dentro del Estado de Arizona, ampliando el reproche penal que la legislación federal prevé exclusivamente para el transportista al transportado, lo cual supondrá que muchos transportistas se nieguen a transportar a aquellas personas que, pese a ser residentes legales o ciudadanos estadounidenses, puedan ser sospechosas de no serlo, ante el temor a que les sea impuesta una sanción; y tercero, a los inmigran-

⁵⁶ Vid. Parágrafos 23 a 29.

tes indocumentados que soliciten un empleo o trabajen sin la debida autorización⁵⁷.

Por último, el *Immigration and Nationality Act* (INA) prescribe los procedimientos que deben ser utilizados para determinar tanto cuando un individuo reside ilegalmente en Estados Unidos, cómo para decidir cuándo dicho individuo puede ser deportado. Asimismo, la detención de inmigrantes indocumentados sólo puede realizarse por las autoridades federales o por otros cuerpos o fuerzas de seguridad cuando, primero, exista un acuerdo en este sentido entre las autoridades federales y las estatales, y segundo, los agentes estatales hayan recibido una formación específica y sean autorizados expresamente para dicha labor por las autoridades federales. Sin embargo, la SB 1070 establece un procedimiento autónomo para identificar a los extranjeros, y permite que pueda realizar dicha actividad cualquiera de los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad de Arizona, con independencia de que se cumplan los requisitos mencionados.

5.2.3. Derechos y libertades de los inmigrantes

Las secciones 2 y 3 de la SB 1070 son las más delicadas desde la perspectiva de los derechos y libertades de la población inmigrante, tal y como se desprende del hecho de que, de forma paralela al recurso presentado por el gobierno federal, diferentes organizaciones relacionadas con la defensa de los derechos civiles hayan participado activamente en el debate procesal, bien presentando una demanda solicitando la suspensión cautelar de la SB 1070, o bien en calidad de *amicus curiae*⁵⁸. Entre estos colectivos destacan por su ámbito nacional, o por el papel que tradicionalmente han desempeñado en la defensa de los derechos fundamentales en Estados Unidos, la American Bar Association (ABA)⁵⁹, que es la asociación de profesionales de la abogacía más grande de Estados Unidos, un numeroso colectivo de organizaciones sociales incluyendo a la Unión Americana de Derechos Civiles⁶⁰, o el

⁵⁷ Vid. Parágrafos 51 y 54.

⁵⁸ *Amicus curiae* es la denominación que reciben en el derecho procesal estadounidense los escritos de alegaciones presentadas por terceros ajenos a un proceso, donde ofrecen voluntariamente su opinión sobre algún aspecto del litigio con el objeto de colaborar con el tribunal en la resolución del litigio.

⁵⁹ El texto del *amicus curiae* presentado por la ABA puede encontrarse en http://www.abanet.org/media/nosearch/friendly_house_v_whiting.pdf.

⁶⁰ El texto completo de la demanda de suspensión cautelar presentada por este colectivo se encuentra en http://www.aclu.org/files/assets/az_sb1070_complaint_20100517.pdf

Asian American Institute respaldado por 38 organizaciones relacionadas con las defensa de los derechos civiles⁶¹.

La sección 2 ordena que aquellos supuestos en los cuales un individuo sea detenido, parado o arrestado, y las fuerzas del orden “tengan la sospecha razonable” de que éste se encuentra en Estados Unidos en situación de ilegalidad deben comprobar sus situación jurídica. La amplitud e indefinición de los motivos por los que los individuos pueden ser detenidos para cuestionarles sobre su situación jurídica supondrá, según la ABA, el incremento de las detenciones de ciudadanos o residentes legales, lo cual lesiona la cuarta enmienda a la Constitución federal estadounidense que protege el derecho de los individuos (con independencia de su situación jurídica en Estados Unidos) a no ser detenidos salvo que existan indicios claros y razonables de la comisión de un delito⁶². Asimismo, para la ABA la SB 1070 puede tener consecuencias negativas para la seguridad ciudadana, ya que aquellos residentes que no puedan justificar documentalmente su presencia en Estados Unidos no denunciaran a la policía los delitos que pudieran conocer, incluso en los supuestos en los que ellos mismos sean las víctimas, ante el temor de ser cuestionados sobre su situación legal y, en consecuencia, a que pueda iniciarse un proceso de deportación.

En esta línea, según el Asian American Institute la SB 1070 no articula ningún mecanismo que permita identificar de forma objetiva a aquellos individuos que carecen de permiso para residir en territorio estadounidense; por lo tanto, la ley de Arizona obliga a la policía a diferenciar entre dos tipos de individuos, de una parte, aquellos sobre los cuales no existen sospechas de su presencia ilegal en Estados Unidos, y de otra, aquellos que debido a su origen étnico, color de piel, caracteres faciales, lenguaje, pelo o forma de vestir, pertenecen al grupo de los potencialmente sospechosos de permanecer indocumentadamente en Estados Unidos⁶³. Por último, el recurso liderado por Unión Americana de Derechos Civiles incorporó un argumento adicio-

⁶¹ El amicus curiae del Asian American Institute and others puede consultarse en <http://www.napaba.org/uploads/napaba/AmiciBrief071310.pdf>.

⁶² Según el Tribunal Supremo federal, “una vez que un ciudadano extranjero entra en Estados Unidos sus circunstancias legales se modifican, ya que la cláusula del derecho al debido proceso se aplican a todas las personas que estén en territorio estadounidense, incluyendo a los extranjeros, con independencia de que su presencia sea legal, ilegal, temporal o permanente”. *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678, 693 (2001).

⁶³ Amicus curiae presentado por Asian American Institute and others, cit, p. 3.

nal a este debate; en su opinión, debido al elevado nivel de discrecionalidad que la SB 1070 concede a la policía, sus “sospechas razonables” pueden fundarse en elementos como, por ejemplo, los gestos, el lenguaje, el acento lingüístico o la capacidad para comunicarse en inglés, lo cual lesionaría el derecho a la libertad de expresión amparado en la primera enmienda a la Constitución federal⁶⁴.

La sección 3 de la SB 1070 requiere a los extranjeros portar documentación que les identifique adecuadamente en todo momento. El incumplimiento de esta disposición se sanciona con una multa de 100 dólares y un máximo de 20 días de privación de libertad, y en el caso de segundas detenciones la pena privativa de libertad puede llegar a los 30 días. En consecuencia, aquellos que emigran a Estados Unidos y, en consecuencia, han debido registrarse con las autoridades migratorias estarían obligados a portar dicha documentación en todo momento en el Estado de Arizona, pese a que la legislación federal no obliga a portar dicha documentación.

Esta sección fue duramente criticada por la ABA, ya que su aplicación puede tener consecuencias negativas para los derechos tanto de los extranjeros como de los ciudadanos y residentes documentados por los siguientes motivos. En primer lugar, el proceso de detención y comprobación de la identidad no prevé que el detenido conozca los motivos de su detención o que esté presente un abogado durante el proceso de detención⁶⁵. En segundo lugar, la norma no especifica qué documentación debe ser utilizada para probar la identidad de los detenidos, así como los procedimientos de validación de la misma con las numerosas bases de datos federales que existen en este contexto. En tercer lugar, en la mayoría de los supuestos la verificación de la identidad por parte de las autoridades federales de los datos que les trasladen las autoridades estatales no será automática, con lo cual la detención puede prolongarse en el tiempo, generando numerosos daños y perjuicios a los detenidos. En cuarto lugar, la norma no aclara la situación legal en

⁶⁴ Vid. Parágrafos 108-100.

⁶⁵ Esta situación es especialmente preocupante si se tiene en cuenta que la ABA fundamentó su argumentación en las estadísticas e informes de la American Civil Liberties Union, donde se documentan numerosos casos de ciudadanos estadounidenses arrestados, detenidos y deportados por error, al entender las autoridades que eran inmigrantes indocumentados o extranjeros sin permiso para permanecer en Estados Unidos. Vid. “ACLU Demands ICE End Illegal Deportation of U.S. Citizens”, 13 de febrero del 2008, disponible en http://www.aclu.org/immigrants/gen/34108prs20080213.html?s_src=RSS.

la que pueden encontrarse numerosos colectivos, como los menores, que al carecer de edad para tener un carnet de conducir son difícilmente identificables. Y por último, la aplicación de la sección 3 puede provocar la detención no sólo de los inmigrantes indocumentados, sino también de todos aquellos que no tengan o no porten documentación porque el ordenamiento jurídico federal no prevé la obligación de tener la misma; por lo tanto utilizando la excusa de la persecución a la inmigración ilegal se someterá a “prácticas inquisitorias y a vigilancia policial” a numerosos residentes documentados o a ciudadanos estadounidenses, contradiciendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo federal en este terreno⁶⁶.

5.3. Suspensión cautelar de la SB 1070

Un día antes de que entrara en vigor la ley de Arizona, la juez de Distrito Susan Bolton se pronunció sobre las medidas cautelares solicitadas por el gobierno federal, y decidió la paralización provisional de diversos apartados de la misma hasta que no haya sentencia definitiva sobre la validez jurídica de la SB 1070⁶⁷. Debido al carácter formal que presenta la SB 1070, y a que se trata de una norma que se limita a enmendar diferentes normas de carácter estatal, la juez Bolton optó por analizar cada una de las secciones impugnadas para decidir de forma individualizada sobre su suspensión cautelar.

Determinación de la situación migratoria de aquellas personas que sean paradas, detenidas o arrestadas por incumplir una disposición del Estado de Arizona. El Tribunal de Distrito estableció la suspensión cautelar de esta disposición por los siguientes motivos. Primero, porque contradice la política federal, avalada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo federal, de “no imponer cargas injustificadas o excesivas a los inmigrantes documentados o de tratar a este colectivo de forma diferente o segregada”⁶⁸. Segundo, la libertad de las personas que sean detenidas será limitada o anulada durante el tiempo que las autoridades estatales utilicen para comprobar su situación jurídica, y esta medida puede afectar tanto a los inmigrantes documentados que residen en Arizona como a los ciudadanos estadounidenses. Y por últi-

⁶⁶ Vid. Parágrafos 34 y 37, y Hines v. Davidowitz, 312 U.S. 52, 74 (1941).

⁶⁷ La versión completa de la decisión de la juez Bolton (Case 2:10-cv-01413-SRB) se encuentra en <http://lawprofessors.typepad.com/files/10-1413-87.pdf>

⁶⁸ Hines v. Davidowitz, 312 U.S. 52, 1941. Vid. p. 15, parágrafos 19 a 23.

mo, la aplicación de esta disposición supondrá un notable incremento de las peticiones de información de la policía de Arizona a las autoridades federales, y exigirá que las autoridades federales incrementen notablemente los recursos económicos, personales y materiales, que dedican actualmente a esta labor; todo ello supone, en palabras de la juez Bolton, “una carga impermisible sobre los recursos federales y la alteración de las prioridades de las agencias federales de inmigración”⁶⁹.

Detención sin orden judicial de aquellas personas que hayan cometido una ofensa pública, cuando en opinión de la policía dicha ofensa permita su deportación de Estados Unidos. El Tribunal de Distrito suspendió cautelarmente la aplicación de esta disposición, al entender que usurpa una competencia federal y presenta un elevado grado de inseguridad jurídica. En opinión del tribunal, la norma, por una parte, utiliza un tipo excesivamente genérico (ofensa pública⁷⁰) con el objeto de permitir que la policía pueda detener a un individuo sin la debida autorización judicial prácticamente por cualquier motivo, con independencia de la levedad de la actividad o de que el individuo sea realmente culpable de los hechos que han causado su detención ; por otra, se trata de una disposición discriminatoria ya que sólo se refiere a los extranjeros pues, pese a que al amparo de la misma podrán ser detenidos numerosos ciudadanos, sólo los extranjeros, con independencia de que estén documentados o indocumentados, pueden ser deportados de Estados Unidos; y por último, sólo los agentes del orden federales, poseen la formación necesaria para saber qué clase de delitos son sancionables con la deportación, e incluso en esos casos es preceptiva la intervención de los jueces federales de acuerdo con la normativa que regula el proceso de deportación.

Obligación de portar documentación. Según el legislador de Arizona la imposición de una sanción a aquellos individuos que no porten consigo una prueba de su identidad, no colisiona con la legislación federal ya que, esta

⁶⁹ Vid. p. 17, parágrafos 17 a 24, asimismo, según el Tribunal de Distrito, se atenta contra la jurisprudencia del Tribunal Supremo federal sobre el uso de los recursos federales establecida en *North Dakota v. United States*, 495 U.S. 423, 458-59 (1990)

⁷⁰ La ofensa pública se define como cualquier “conduct for which a sentence to a term of imprisonment or of a fine is provided by any law of the state in which it occurred or by any law, regulation or ordinance of a political subdivision of that state and, if the act occurred in a state other than this state, it would be so punishable under the laws, regulations or ordinances of this state or of a political subdivision of this state if the act had occurred in this state” A.R.S. § 13-105(26).

regulación no ordena la forma en la que los inmigrantes deben entrar, salir o registrarse con las autoridades de inmigración. El Tribunal de Distrito estimó que la esta sección no alteraba el modelo de registro e identificación federal, pero lesionaba el principio de uniformidad en la aplicación de la legislación de inmigración en todo el territorio estadounidense, por lo que suspendió cautelarmente su aplicación⁷¹.

Sanciones penales para los inmigrantes indocumentados que busquen u obtengan un empleo. El legislador de Arizona justificó la creación de sanciones penales para los inmigrantes indocumentados en el contexto laboral, en la laguna jurídica inherente al hecho de que el legislador federal todavía no haya promulgado una normativa específica sobre este particular, por lo que no puede existir contradicción normativa; asimismo, según el Tribunal Supremo federal, los Estados tienen la competencia para regular las relaciones laborales en el ámbito de sus respectivos territorios⁷². De forma opuesta, para el gobierno federal no cabe hablar de un vacío legal, ya que el Congreso federal manifestó cuál era su posición en este terreno con ocasión de la aprobación del Immigration Reform and Control Act de 1986, cuando decidió castigar con sanciones exclusivamente civiles el uso de documentación falsa o perteneciente a terceras personas para trabajar en Estados Unidos, y ordenó que todos aquellos sujetos que deseen formalizar un contrato de trabajo realicen una declaración escrita donde expongan que, bien son ciudadanos estadounidenses, bien son extranjeros con permiso para trabajar en Estados Unidos, siendo sancionada la inexactitud de esta declaración con la pena de perjurio⁷³. Por los motivos aludidos, el Tribunal de Distrito estimó que la SB 1070 contradecía la intención del Congreso federal de no imponer sanciones penales a los extranjeros indocumentados en el terreno de las relaciones laborales.

⁷¹ Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo federal establecida en *Hines v. Davidowitz*, “where the federal government, in the exercise of its superior authority in this field, has enacted a complete scheme of regulation and has therein provided a standard for the registration of aliens, states cannot, inconsistently with the purpose of Congress, conflict or interfere with, curtail or complete, the federal law, or enforce additional or auxiliary regulations” 312 US 66-67.

⁷² Así lo ha venido reconociendo el Tribunal Supremo federal desde la sentencia que resolvió el caso *De Canas v. Bica*, 424 U.S. 351 (1976).

⁷³ U.S.C. § 1324a(b)(2). La sanción que se impone en estos supuestos es la aplicable a aquellos que “knowingly making a false statement after taking an oath to tell the truth during a proceeding or on any document signed under penalty of perjury” (18 U.S.C. § 1621).

En resumen, las principales disposiciones de la SB 1070 han sido suspendidas cautelarmente, a la espera de que el tribunal competente se pronuncie sobre los recursos que tanto el gobierno federal como diversas asociaciones dedicadas a la defensa de los derechos civiles han presentado. Los motivos para fundamentar su decisión pueden reconducirse a dos: en primer lugar, el carácter discriminatorio que tienen la mayoría de las disposiciones recurridas, pues sus destinatarios son exclusivamente los inmigrantes indocumentados; y en segundo lugar, debido a que la ley de Arizona habilita a un gobierno estatal para ejercer competencias que le corresponden en exclusiva al gobierno federal.

6. CONSIDERACIONES FINALES

El debate sobre las políticas migratorias ha tenido un elevado protagonismo en la agenda electoral de los líderes políticos estadounidenses de forma recurrente, ya que desde los años 80 no cabe hablar de un pacto político que permita reparar las numerosas grietas que desde entonces presenta el modelo migratorio estadounidense. En el momento actual existen numerosos indicios que apuntan a que el legislador federal tendrá que tomar en breve una decisión rotunda en este terreno, debido a la radicalización con la que algunos Estados están abordando este debate, como ha ocurrido en el caso de Arizona, y a que la inmigración es un problema de carácter netamente nacional, tanto por las cifras de inmigrantes (documentados o indocumentados) que residen en Estados Unidos, como por su relevancia para el sector económico y empresarial estadounidense.

El modelo migratorio que viene utilizando el legislador federal en las últimas décadas es tremendamente ventajosa para su modelo económico e inversamente dañina para los intereses de los inmigrantes indocumentados, ya que permite que millones de personas no disfruten de los beneficios sociales o de derechos capitales pero que al mismo tiempo puedan contribuir con su esfuerzo y trabajo a generar riqueza y bienestar. En este sentido, es necesario tener en cuenta que el modelo tributario estadounidense se soporta en gran medida sobre la fiscalidad indirecta, por lo que los inmigrantes indocumentados, al igual que los demás consumidores, están obligados a pagar impuestos y, por lo tanto, a contribuir a un sistema que les niega la percepción de cualquier prestación social precisamente debido a su carácter de inmigrantes indocumentados. En concreto, según los datos estimativos

de la agencia tributaria, en el periodo 1996-2003 los inmigrantes ilegales pagaron 50 billones de dólares solamente en impuestos federales⁷⁴.

En otras palabras, la situación de los inmigrantes indocumentados podría calificarse de auténtica esclavitud moderna, ya que, si bien su presencia es fructífera para la economía estadounidense, el debate sobre su situación jurídica se ha convertido en endémico y olvida que la esencia de la prosperidad de una nación no puede cimentarse sobre la negativa al derecho a la dignidad de millones de personas.

La solución al problema *a priori* pasa por dos opciones: bien la apertura de un proceso de regularización para los millones de inmigrantes indocumentados que residen en Estados Unidos, o bien el comienzo de una auténtica *caza de brujas* con el objeto de deportar a todos aquellos que carecen de permiso para residir en territorio estadounidense. En este sentido, es imprescindible que el legislador estadounidense tenga en cuenta que, gracias a la permisibilidad que ha caracterizado hasta ahora la labor de control de las autoridades de inmigración, una gran parte de los inmigrantes ilegales llevan residiendo muchos años en Estados Unidos, han fundado sus familias y sus hijos son ciudadanos estadounidenses, y llevan años contribuyendo al normal desarrollo de su comunidad. De ahí que la solución que se dé al problema difícilmente puede pasar por la deportación de este colectivo, tanto por la elevada cantidad de recursos económicos que requeriría dicha labor, como por el caos que supondría para la economía estadounidense que casi 11 millones de personas tuvieran que abandonar el país.

Ahora bien, con independencia de la opción por la que se decante el legislador estadounidense para solucionar el problema jurídico y social que representa la inmigración indocumentada, parece evidente que este debate se cerrará en falso, salvo que se adopten medidas claras y precisas en tres terrenos.

En primer lugar, los discursos de los líderes políticos han venido asociando la inmigración ilegal con la seguridad de las fronteras, ignorando que, tal y como indican las propias estadísticas de las autoridades de inmigración, la mayoría de los inmigrantes indocumentados entran a Estados Unidos legalmente a través de un puesto fronterizo, limitándose a no regre-

⁷⁴ Vid. M. EVERSON, Commissioner of the Internal Revenue Service, before the U.S. House Committee on Ways and Means (Testimony), July 26, 2006, disponible en <http://waysandmeans.house.gov/hearings.asp?formmode=printfriendly&id=5171>.

sar a su país cuando su visado expira. Así las cosas, ¿Cómo diferenciar entre el extranjero que entra a Estados Unidos para hacer turismo, consumir servicios o ver a un familiar de aquel que no piensa regresar a su país de origen? La respuesta a este interrogante no es sencilla, especialmente porque las autoridades de inmigración registran las entradas en el país pero no las salidas, con lo cual el modelo migratorio permite un elevado nivel de fraude.

En segundo lugar, el modelo migratorio debe ser coherente con las necesidades de la economía, y en consecuencia el flujo de inmigrantes debe regularse atendiendo a las futuras demandas del mercado laboral, y evitando la generación de situaciones de espera en la concesión de visados de residencia o de trabajo ilógicas y que en cierta manera empujan a los inmigrantes a incumplir la ley y a convertirse en indocumentados.

Y en tercer lugar, otro elemento que influye en este contexto es el peso político que lentamente está ganando el lobby latino en Estados Unidos, el cual se vincula directamente a su incremento demográfico gracias, entre otros factores, a la inmigración. La clase política tradicional ve con especial recelo, cuando no temor, las tasas de crecimiento de un sector de la población que presenta el idioma y la cultura latinoamericana como un fuerte vínculo social, y que en un futuro próximo está llamada a convertirse en la minoría mayoritaria. La legalización de los inmigrantes indocumentados provocaría que el lobby latino incrementase su poder e influencia, y pusiera en serio peligro las clásicas políticas asimilacionistas estadounidenses, pero esta situación podría revertirse si el legislador estadounidense diseñase políticas e invirtiese recursos económicos para que los inmigrantes no sean percibidos exclusivamente como mano de obra y puedan integrarse plenamente en la sociedad y en la cultura estadounidense.

ÓSCAR CELADOR ANGÓN

Area de Derecho Eclesiástico del Estado

Universidad Carlos III de Madrid

c/Madrid, 126

Getafe 28903 Madrid

e-mail: oscar.celador@uc3m.es

¿QUÉ ES UN INDICADOR DE DERECHOS HUMANOS Y CÓMO SE UTILIZA?¹

WHAT IS AN INDICATOR OF HUMAN RIGHTS
AND HOW DO WE USE IT?

JESÚS GARCÍA CÍVICO
Universitat Jaume I

Fecha de recepción: 17-02-10
Fecha de aceptación: 31-05-10

Resumen: *El objetivo de este trabajo es dar una visión general de la investigación de derechos humanos con indicadores. Se analizan los conceptos fundamentales, qué es un indicador, qué lugar ocupa en el ámbito jurídico y sobre todo qué son los indicadores de derechos humanos. Se sitúa históricamente la investigación de derechos humanos con indicadores y se resumen los intentos más significativos de trazar un “mapa del mundo” en relación con su implementación, grado de cumplimiento o violaciones. Se recogen las dificultades generales en relación con el concepto y la metodología y así el juicio generalizado de la necesidad de mejorar numerosos aspectos metodológicos en el desafío de promover mejores métodos para evaluar la efectividad los derechos humanos. Por último, da cuenta de las recientes recomendaciones sobre indicadores en sede de Naciones Unidas y se propone una conclusión amplia sobre el estatus de investigación de la investigación de los derechos humanos insistiendo en la necesidad de un fuerte marco teórico previo.*

¹ Este trabajo se inscribe en el Proyecto CONSOLIDER 2010. HURI AGE “El tiempo de los derechos” CSD 2008-00007. Coord. Gregorio Peces-Barba, Universidad Carlos III de Madrid. (A-Laboratories- rsch) sobre implementación y efectividad de los derechos. Responsable: Ignacio Aymerich Universitat Jaume I de Castellón. También en el proyecto “Inmigración, integración y políticas públicas: garantías de los derechos y su evaluación”, DER 2009-10869. Investigador principal “M^a José Añón Roig. Se beneficia de la estancia de investigación en 2009 en el *Swiss Institute of Comparative Law* de Lausanne a cuyo personal agradezco aquí su amabilidad.

Abstract: *The objective of this work is to provide a wide view of the human rights research with indicators situation. The fundamental concepts are analyzed here, what is an indicator, its place in law or juridical area and especially what are the indicators of human rights. The research through statistics and indicators is placed historically at the same time the most significant attempts of getting a "map" of the situation of human rights are collected here. General difficulties related to the concept of human rights and its methodology are gathered including the general agreement of the need of improving methodological tools and promoting better methods for assessing human rights. Finally, it is summarized here the recent recommendations on indicators following the United Nations literature. This work proposes a wide conclusion on the status questionis of the research of the human rights insisting on the need of using a strong theoretical previous frame.*

Palabras clave: derechos humanos, indicadores, efectividad, medición, sociología jurídica.

Keywords: human rights, indicators, efficacy, measure, sociology of Law.

1. INTRODUCCIÓN: EL GIRO EMPÍRICO

Parece posible convenir en que desde las últimas décadas del pasado siglo pasado y en lo que respecta a los derechos humanos, la discusión teórica y el tratamiento filosófico jurídico ha dado paso a un creciente interés por la cuestión sociológica y empírica. Desde ese enfoque práctico, la implementación, la efectividad y los estudios comparativos en relación con la situación real de los derechos humanos en el mundo aparecen como asuntos de primer orden.

El viraje no ha estado exento de problemas (aunque quizás esto sólo pudiera observarse después, o como suele decirse, *sobre la marcha*) siendo el principal de ellos, en nuestra opinión, y por adelantar una toma de posición, el descuido hacia una sólida elaboración teórica previa de las premisas, marco e hipótesis en las que sustenta dicha investigación empírica.

En todo caso, fue un hecho la prioridad que hubo de concederse en un momento determinado al interesante campo de investigación que resultaba de la cuestión de la efectividad de los derechos humanos, *aplicar la destreza a la medición de la inhumanidad del hombre hacia el hombre* en expresión de Richard Claude². Dos décadas después de la Declaración de los Derechos Hu-

² R. P. CLAUDE, Th. B. JABINE, "Exploring Human Rights Issues with Statistics", en Th. B. JABINE, R.P. CLAUDE, *Human Rights and Statistics*, University of Pennsylvania Press, 1992, p. 23.

manos de 1948, la búsqueda de teorías avaladas y contrastadas por datos no había hecho sino empezar y así emergieron multitud de estudios académicos, investigaciones científicas e iniciativas tanto de organismos no gubernamentales y activistas, como de organismos internacionales en la cuestión de la medición de los derechos humanos en el mundo. Sin embargo la proliferación desde los años 70 del siglo pasado de esfuerzos tanto de fuentes privadas y organizaciones no gubernamentales, como de instituciones internacionales de derecho público, así organismos de desarrollo y de derechos humanos del sistema de las Naciones Unidas destinados a esos efectos, contrasta con el juicio de insatisfacción más o menos generalizado y la falta de una respuesta definitiva, aún hoy, acerca de la metodología adecuada, las herramientas de medición más útiles y en concreto qué tipo de indicadores son más relevantes y cómo deberían diseñarse éstos a los efectos de realizar la tarea arriba señalada. Esto es, gran parte de los desafíos actuales en materia de derechos humanos tiene que ver aún con la cuestión de *cómo* describir adecuadamente la situación real en relación con su grado de implementación, desarrollo, efectividad o avances y *cómo* es posible investigar su relación con diferentes estructuras y variables políticas, económicas, sociales y jurídicas.

A comienzos del siglo XXI, en un camino trazado a propósito de la presentación en 1990 del Índice de Desarrollo Humano (IDH) en el *Informe de Desarrollo Humano: Derechos Humanos y Desarrollo* del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) se ha insistido aún más si cabe en la necesidad de indicadores para los derechos humanos, aunque, quede dicho, sea esta una perspectiva, la del desarrollo, aunque necesaria, bastante limitada³. La utilización de indicadores en el sistema internacional de derechos humanos es, como insistimos, de *larga data*, si bien en la actualidad se ha enfatizado su utilización. Las últimas directrices piden la incorporación de indicadores desagregados por distintos criterios así como un mayor consenso sobre ellos. Además, los organismos del sistema internacional de derechos humanos han sugerido recientemente integrar los indicadores en los Objetivos del Milenio. Todo esto marca un cambio (un nuevo cambio) en un trabajo habitualmente centrado más en analizar casos individuales que en análisis de variables agregadas. En dicha sede, la demanda de un sistema adecuado de indicadores proviene tanto de la necesidad, más general, de in-

³ H. O. SANO, "Human Rights and Development. The Partial but necessary in Integration of Human Rights and Development", *Human Rights Quarterly*, núm. 22, vol. 3.

tegrar plenamente los derechos humanos en proyectos de desarrollo, como el interés, más concreto, de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y de los Relatores Especiales, de indicadores que vigilen el acatamiento por parte de los Estados de las obligaciones emanadas de los tratados de derechos humanos⁴. La búsqueda de indicadores apropiados sigue siendo, pues, una cuestión prioritaria.

En lo que sigue, no pretendemos, una solución metodológica definitiva que ponga fin a ese juicio de insatisfacción del que más o menos recientemente se hacían eco, como decíamos, las distintas conmemoraciones del 60 aniversario de la Declaración del 48, o el preámbulo de intenciones en los Desafíos del Tercer Milenio, ni creemos que esta sea la solución ideal. Suscribimos, a este respecto, la afirmación que unos de los estudiosos de estas cuestiones, manifestara a este respecto: suponer que todos los problemas a los que se enfrentan los intentos de analizar cuantitativamente los derechos humanos pueden ser resueltos a base de asuntos metodológicos es una falacia⁵.

El propósito aquí es más modesto, es una aproximación al estado general de la cuestión y se cifra en primer lugar, en introducir los conceptos que nos ocupan, aproximarnos así, al objeto, tanto para definir qué es un indicador como para situarlo en el ámbito jurídico y subsiguientemente en el más específico de los derechos humanos, o de la sociología de los derechos humanos. Tras la cuestión terminológica, en segundo lugar, tratamos de recoger los rasgos principales que resumen la situación actual de la investigación de los derechos humanos con indicadores prestando particular atención a la metodología e incluyendo las últimas directrices. El propósito, cabe confesar tampoco es completamente novedoso, pero no era esa nuestra inquietud. Al contrario, si la intención es ofrecer una panorámica general del *status questionis* de la investigación de derechos humanos con indicadores esperamos poder cifrar la utilidad de este trabajo en suministrar información amplia sobre los aportes más significativos, aludir a las primeras y últimas monografías, a los autores y centros que trabajan específicamente estas cuestiones. Cuestiones, como insistimos, todavía abiertas.

⁴ Sobre este énfasis en la relación de los derechos humanos con el desarrollo, recientemente, M. FERRER, "Derechos humanos en población: Indicadores para un sistema de monitoreo" *Serie Población y Desarrollo*, núm. 73, Chile, CEPAL/CELADE, 2007.

⁵ R. L. BARSH, "Measuring Human Rights, Problems of Methodology and Purpose", *Human Rights Quarterly*, vol. 15, núm. 1, 1993.

En la década de los setenta y a la vista de los escasos avances sobre la adecuada medición de los derechos humanos, comenzó, como hemos dicho, una literatura crítica y específica, así, autores como Gupta, Jongman y Schmid, el informe *Human Rights in Developing Countries*, Charles Humana, James R. Scarritt, John F. McCamant, Russell Lawrence Barsh, Zehra F. Arat, James C. Strouse y Richard P. Claude, John Boli-Bennett, expertos del Instituto Danés de Derechos Humanos y los noruegos del Chr. Mechelen Institute, y muchos otros, propusieron mejoras y alternativas metodológicas en la investigación cuantitativa sobre derechos humanos o avanzaron hipótesis de trabajo empírico, se esforzaron, en definitiva, en mostrar los principales problemas conceptuales y sobre todo metodológicos que afectaban a la investigación en derechos humanos con indicadores⁶. A algunas de sus propuestas nos referiremos, más adelante. En 2000 Maria Green refería estas cuestiones con el significativo título de “De que hablamos cuando hablamos de indicadores”⁷ lo cual que viene al caso a la vez y si se nos permite el juego, como un *indicador* de que la cuestión planteada años atrás seguía definitivamente vigente⁸.

En lo que sigue abordaremos la cuestión de los indicadores avanzando desde lo más general hacia lo más particular y complejo, emplazando a la generosidad de los lectores y de la publicación que lo acoge, la propuesta de indicadores a un trabajo futuro.

⁶ La cuestión empírica es inescindible, en todo caso, de la investigación teórica. Del desarrollo en España de a teoría de los derechos humanos, el Instituto Bartolomé de las Casas (Universidad Carlos III) es una inestimable fuente para abordar luego cuestiones de índole empírica como las que nos ocupan, también lo es, un referente, el más reciente Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Valencia. De todo ello, se beneficia este trabajo, en el marco de la extraordinaria ocasión que representa el proyecto de HURI-AGE, con el que comenzamos la investigación sobre derechos humanos con indicadores.

⁷ M. GREEN, “What We Talk about when We Talk about Indicators: Current Approaches to Human Rights Measurement”, *Human Rights Quarterly*, vol. 23, 2001, pp. 1062-1097.

⁸ Desde entonces, diferentes instituciones han aportado mucho en estas cuestiones, por supuesto organismos en sede de Naciones Unidas, pero también, centros académicos que trabajan la sociología jurídica, entre ellos, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Entre nosotros, un buen ejemplo del interés empírico, en el seno de la sociología jurídica es el trabajo de Manuel Calvo y particularmente en sociología de derechos humanos, cuestiones que aquí tratamos, por otra parte minoritarias en nuestro país, especialmente el trabajo de Ignacio Aymerich. I. AYMERICH, *Sociología de los derechos humanos, un modelo weberiano contrastado con investigaciones empíricas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. Especialmente el capítulo 5 “Investigaciones cuantitativas: alternativas hipótesis y resultados”.

2. ¿QUÉ ES UN INDICADOR?

Con carácter general y en el lenguaje común, podemos convenir en que un indicador es una “señal” que facilita información. Una señal *que indica o sirve para indicar*. Si no queremos utilizar lo definido en la definición, basta buscar un sinónimo: un indicador es un instrumento *que muestra o sirve para mostrar* algo que no se ve directamente, mediante indicios señales. Pero, si somos precisos, señal, indicio, índice o indicador no son exactamente lo mismo. Unas miran al pasado, otras al futuro, unos representan una expresión numérica fija, otros dependen de una hipótesis teórica, unos presentan una única dimensión cuantitativa, otros, cualitativa y otros ambas a la vez. Por indicio, se entiende aquello que permite conocer o *inferir* la existencia de algo que no se percibe. Es un tipo de señal, una evidencia, la manifestación de algo que ya ha pasado. Sobre la diferencia entre indicio y señal, ésta se usa como sinónimo de indicio, circunstancia que puede contribuir al descubrimiento de un hecho oculto; pero suele decirse que la *señal* es más patente, y depende más directamente del hecho que el *indicio*. Si somos precisos, una puerta descerrajada es *señal*, y no *indicio*, de violencia. Que una persona se oculte tras atribuírsele un acto delictivo no es señal, sino *indicio* de su culpa. Dado el uso amplísimo del término indicador en el lenguaje común, éste puede resultar equívoco, puede tomarse como indicio, señal, como herramienta estadística más, o como un tipo de magnitud con la que es posible medir en la práctica el comportamiento de determinadas variables. A menudo la referencia al término indicador resulta ambigua y es en función de su ámbito de aplicación como se resuelven cuestiones de vaguedad o ambigüedad. Así en el lenguaje común un *indicador* puede resultar sinónimo de señal, de evocación o de síntoma. (Si un termómetro marca 40 grados nos indica que hay fiebre. Y al igual que en el ejemplo anterior, los 40 grados no son la fiebre.)

Los indicadores tienen múltiples usos. En el ámbito de la gestión de un servicio un indicador es una medida cuantitativa que refleja la calidad de una actividad permitiendo hacer evaluaciones, seguimientos y comparativas en diferentes ámbitos, por ejemplo: “número de retrasos en la llegada de trenes de cercanías”, “número de pacientes que reingresa en urgencias a las 48 horas siguientes a una alta médica”, y es así que resulta posible hacerse una idea de la situación de los servicios ferroviarios en una línea determinada, o del funcionamiento de un hospital concreto, respectivamente. No to-

dos los indicadores se refieren a expresiones numéricas, así en el ámbito anterior, un indicador puede resultar de sí dicha compañía de ferrocarril cuenta con instancias de resolución de las mismas, cuestión que se puede responder afirmativa o negativamente.

En relación con las ciencias sociales, el indicador aparece como una herramienta estadística en relación con un conjunto de variables. Un indicador social es una medida que resume información referida a cantidad o magnitud de un conjunto de atributos de una sociedad. Los indicadores sociales basados en un marco lógico resultan medidas específicas, explícitas, objetivamente verificables que dan cuenta de evoluciones. En otras palabras, proporcionan información y permiten especificar la forma en que se verifica el grado de cumplimiento de unas expectativas u objetivos sociales. Así, si nos interesa conocer la existencia de prejuicios raciales en una sociedad algunos indicadores serían número de matrimonios interraciales, representación política o empresarial, distribución de empleos, composición de aula-escuela, etc. Para un estudio de esa cuestión se escogerían los indicadores que el investigador considere más relevantes. Recientemente se definía indicador como “dispositivo que proporciona información específica sobre el estado o la condición de algo (...) una variable utilizada para sustituir a aquella que es difícil de medir directamente”⁹. En todo caso, y para resumir lo que aquí interesa, el indicador siempre forma parte de un sistema de información. En cierto sentido podemos decir que constituyen la *médula* de un sistema de información puesto que permiten definir qué datos y qué criterios se deben utilizar para su procesamiento.

Los indicadores forman parte de un sistema de información, pero también forman parte de un *marco teórico*. Se incorporan, o deben incorporarse a una perspectiva amplia, un marco donde se ha trazado una hipótesis que deberá ser verificada, el indicador estará en relación con un conjunto de variables por las que será posible el análisis de los fenómenos a investigar. Los indicadores serán necesarios en el diseño más específico de cómo poner en contacto conceptos y teorías con hechos empíricos tratando de encontrar *correlatos* que permitan evaluar el comportamiento en la práctica de variables que han de ver con el objeto de estudio, con la hipótesis, con la teoría, etc.

⁹ UNDP, *Indicators for Human Rights Based Approaches to Development in UNDP Programming*, New York, 2006, p. 21. Traducción de T. LANDMAN en <http://www.undp.org/oslocentre/cross.htm>

Baste por ahora esta introducción al uso general del término “indicador”: Un indicador proporciona información a unos efectos u objetivos previamente diseñados, en relación con determinadas variables, en un marco teórico específico y con el propósito de averiguar correlatos empíricos para extraer o inferir, por así decirlo, de la realidad, la situación de nuestro objeto en un marco de investigación previamente diseñado. Es decir, sí, un indicador proporciona o puede proporcionar *respuestas*, pero para que resulte útil tiene que haberse planteado antes la *pregunta* adecuada.

3. ¿QUÉ ES UN INDICADOR EN EL ÁMBITO JURÍDICO?

Si seguimos avanzando de lo general hacia lo particular, un indicador en el ámbito del derecho será aquel que proporciona información relevante para el jurista, pero no sólo para él, también para instancias judiciales, políticas y legislativas y por supuesto para el conjunto de la sociedad. Hay sin embargo, algunas particularidades en las normas jurídicas, que merecen ahora una especial consideración.

Las leyes, tratados, principios, reglas, lo que llamamos *normas jurídicas* son de un tipo particular. La diferencia esencial, en lo que nos interesa aquí, es que frente a las leyes físicas, las leyes del ámbito jurídico pueden cumplirse o no. Una manzana no puede dejar de ser atraída por la fuerza de la gravedad. *No decide caerse del árbol*. Pero el cumplimiento de las normas jurídicas depende mucho de la voluntad de los destinatarios. Decimos mucho, y no *siempre* porque nuestro ámbito, el jurídico, conoce bien supuestos de imposibilidad de cumplimiento de las normas, casos de fuerza mayor, conflictos entre normas, o de forma diferente, la concurrencia de variables culturales, la incidencia de recursos para pasar de lo formal a lo material, etc. En esta cuestión, no exenta de controversia, nos detendremos más adelante.

Para proponer una definición de indicador en el ámbito jurídico parece mejor dar un pequeño rodeo. En concreto debemos detenernos en lo que entendemos por “derecho”. Es un lugar común convenir en que éste presenta una triple dimensión: Una dimensión normativa y formal que se acerca al derecho en tanto que conjunto de normas válidas, por vigentes, en un determinado ordenamiento jurídico. Una dimensión óntico-valorativa, o axiológica desde la que se observa el fenómeno jurídico a partir de la relación de la norma con los valores, dicho de forma más amplia, con la justicia. Una dimensión sociológica o sociológico realista que teniendo en el punto de mira la sociedad a la que la norma va dirigida,

observa el fenómeno jurídico desde la realidad social, funciones, aceptación o rechazo, fuentes sociales desde las que emana la norma, u operadores que la ejecutan, una dimensión que acoge como prioritaria, entre otras cosas, la cuestión de la eficacia, efectividad, grado de implementación, cumplimiento de la norma, etc. Pues bien, si aceptamos esa triple dimensión del fenómeno jurídico, podríamos estar tentados a convenir en que un indicador en el ámbito jurídico es una herramienta propia de la tercera dimensión de ese fenómeno extenso que es el derecho, esto es, la sociológico-realista. Y entonces podríamos decir algo más: un indicador en el ámbito del derecho sería una herramienta jurídica (sociológico-jurídica) que apuntando a la realidad social sobre la que incide el fenómeno jurídico, va dirigida, entre otras cosas, a la cuestión del cumplimiento, evolución de la norma, grado de aceptación o rechazo, y eficacia de las normas. Pero como la cuestión de la efectividad de las normas no es la única preocupación de la sociología jurídica, y como tampoco la preocupación por la efectividad es patrimonio exclusivo de la visión sociológica del derecho, parece mejor buscar una definición más amplia que aunque circunscrita a lo jurídico y concretamente cercana a la dimensión sociológico-realista del derecho, aúne las notas que caracterizan a cada una de las dimensiones de la triple división anterior.

Podemos proponer la siguiente definición de indicador en el ámbito del derecho: Un indicador en el ámbito jurídico resulta una magnitud, estadística o no, cuantitativa o cualitativa de un concepto, basado en un análisis teórico previo (al que subyace un propósito que ha de ver con los *valores*), que sirve para describir el estado de una realidad *normativa* determinada, en relación con las acciones políticas, sociales y legislativas llevadas a cabo con miras a su *efectividad*.

4. ¿QUÉ ES UN INDICADOR DE DERECHOS HUMANOS?

En relación con los derechos humanos los indicadores siguen siendo señales que forman parte de un sistema de información. El ámbito ha cambiado ligeramente. Forma parte de la sociología de los derechos humanos. Se ha vuelto específico. ¿Deja el ámbito anterior? No. Por la realidad de los derechos humanos siguen interesados politólogos, estadistas, activistas, ONGs, juristas dedicados al derecho constitucional comparado, expertos en derecho internacional de los derechos humanos, economistas que elaboran indicadores de desarrollo y un largo etcétera. La cuestión patrimonial parece, en todo caso, menor. ¿Qué resulta específico de los indicadores aplicados a la investigación de los derechos humanos? En primer lugar, la especificidad viene dada por el objeto.

a) El indicador tiene por objeto los derechos humanos: Si el objeto son los derechos humanos, los indicadores son datos que a través de la información que facilitan permiten inferir o tener conocimiento de la situación, implementación, avance o retroceso, aceptación o rechazo, grado de cumplimiento, etc. pero siempre en términos de derechos humanos. En palabras de Richard P. Claude, un análisis global asistido por técnicas estadísticas que puede ser útil no sólo para propósitos científicos o académicos sino también para fortalecer la definición de las políticas públicas y la educación¹⁰.

Comúnmente se dice que los indicadores de derechos humanos deben permitir medir la distancia que existe entre la formulación jurídica de los derechos y su realidad concreta en los Estados que han suscrito tratados que afectan a los derechos humanos. Una vez definido e integrados en un sistema de información, permiten un monitoreo permanente del cumplimiento de las obligaciones que los Estados suscriben al hacerse parte de un tratado, institución, organismo, o convención. A través de ese conocimiento tenemos señales o resultan síntomas a través de los cuales se puede evaluar su progreso. Se entiende también que es así como se puede obtener una suerte de "mapa" de derechos humanos que permita *apresar* su situación en el mundo, aunque al mismo tiempo surjan dudas acerca del marco adecuado, idoneidad, conceptualización, etc.¹¹.

Si como vimos, la función de un indicador es suministrar información específica, cuantitativa o cualitativa, sobre el estado de un objeto específico en un marco teórico previo, los indicadores de derechos humanos pueden ser entendidos, como aquella información susceptible de utilizarse para medir el grado en que un derecho humano se ejerce o satisface en un contexto determinado a partir de ciertas hipótesis teóricas previa. De ahí la aún reciente definición que daba María Green como "Una información usada en la medición del grado en el que derecho legal (sic) está siendo realizado o disfrutado en una situación dada"¹². Desde una visión amplia, los indicadores

¹⁰ R. P. CLAUDE, Th. B. JABINE, "Exploring Human Rights Issues with Statistics", cit., p. 5

¹¹ J. BOLI- BENNETT, "Human Rights or State Expansion? Cross-national Definitions of Constitutional Rights, 1870-1970", *Global Human Rights: Public Policies, Comparative Measures, and NGO Strategies*, NANDA, J. R. SCARRITT, G. SHEPHERD, Jr., (eds.), Westview Press, Boulder, 1981, pp. 173-194.

¹² "A piece of information used in measuring the extent to which a legal right is being fulfilled or enjoyed in a given situation", M. GREEN, "What We Talk about when We Talk about Indicators" cit., pp. 1062.

de derechos humanos pueden ser entendidos como aquella información que relacionada con *todas* las normas y estándares tanto de derechos humanos, como de desarrollo, opera como herramienta general (parte de un sistema de información) aunque específicamente se dirija ya y refleje principios de los derechos humanos¹³. Tomando esta última definición, es posible encontrar indicadores que se utilizan exclusivamente para concretos derechos humanos (casos de tortura, existencia y/o número de presos políticos, porcentaje de niños de determinada etnia sin escolarizar o que no acceden a la escuela, tasas de abandono, etc.), o indicadores socioeconómicos o demográficos que den luz sobre los derechos, y que por tanto pueden ser considerados como indicadores de derechos humanos aunque sea mejor calificar algunos de ellos como índices (así, mortalidad infantil por área de residencia, analfabetismo por grupos socioeconómicos, etc.). La mayor parte de los trabajos sobre indicadores de derechos humanos incluye, pues, como una de sus finalidades el control del cumplimiento de compromisos nacionales de normas internacionales. Se considera que los sistemas de información son condición necesaria para la participación de la sociedad en el seguimiento del cumplimiento de los derechos humanos. Los indicadores entonces deben actuar como instrumentos de evaluación de gestión, monitoreo e impacto, en estrecha relación con estándares internacional y nacionalmente contruidos. Aún así, la ausencia de consenso se refleja en las distintas nociones de los indicadores, tanto en la necesidad de aclarar esa “tierra de nadie” que media entre indicador y concepto¹⁴, como en función de diferentes aspectos del mismo objeto¹⁵. Como recoge Ferrer, la literatura parece mostrar dos grandes categorías así lo ven Green o Hammarberg¹⁶. La primera refiere indicadores estadísticos, numéricos o cuantitativos. Se trata de información cuantitativa que ilustra el respeto de un derecho. La segunda refiere una no-

¹³ R. MALHOTRA, N. FASEL, “Quantitative Human Rights Indicators. A survey of major initiatives. Expert meeting on human rights indicators”, Turku/Åbo, marzo 2005.

¹⁴ N. THEDE, “Human rights and statistics: Some reflections on the no-man’s-land between concept and indicator”, *Statistical Journal of the United Nations*, ECE 18, IOS Press, 2001, pp. 259-273.

¹⁵ J. TOBIN, y J. GREEN, *Guide to Human Rights Research*, Cambridge, Mass., Harvard Law School-Human Rights Program, 1994.

¹⁶ Th. HAMMARBERG, “Searching the truth: The need to monitor human rights with relevant and reliable means”, *Statistical Journal of the United Nations*, p. 131-140, En M. FERRER, “Derechos humanos en población: Indicadores para un sistema de monitoreo” *Serie Población y Desarrollo*, núm. 73, Chile, CEPAL/CELADE, mayo 2007.

ción temática y cualitativa que incluye información relevante que de cuenta de un derecho específico. En esta última es posible incluir indicadores cualitativos referidos, por ejemplo, a normas promulgadas por un Estado en relación con un derecho determinado. También es posible incluir indicadores cuantitativos. En el ámbito del desarrollo se ha definido indicador como el factor cuantitativo o cualitativo o la variable que proporciona un medio simple y confiable de medir el logro, reflejar cambios conectados a una intervención, o ayudar a evaluar el funcionamiento de un actor de desarrollo¹⁷.

Respecto a la diferencia entre indicadores de derechos humanos e indicadores o índices socioeconómicos o de desarrollo, es un error frecuente asumir que la pobreza en un país evidencia la violación de los derechos económicos y sociales. Teóricamente es posible que un gobierno esté tomando todas las medidas para asegurar el derecho a la vivienda, trabajo, educación, salud, etc. de acuerdo a los instrumentos internacionales de derechos humanos, pero que los recursos sean insuficientes. En tal caso, no habría violación de los derechos humanos, al menos por parte de las intenciones del Estado, lo que refuerza la idea de distinguir entre indicadores de “proceso” y “resultados”¹⁸. Como señala Green es necesario retener que los derechos sociales no son relativos a la pobreza. Un país que cumpla con el derecho a la educación, pero segregue grupos étnicos puede estar violando el derecho a la educación, aún cuando nadie viva en condiciones de pobreza¹⁹. Por su parte, Christian Courtis y Víctor Abramovich, entre otros, han insistido en señalar la exigibilidad y las diferentes formas de vulnerar los derechos económicos y sociales en democracias bien consolidadas²⁰.

Volviendo a la distinción entre índices e indicadores, se han establecido también diferencias en torno a los orígenes. Los indicadores de desarrollo se basan en políticas nacionales mientras que los de derechos humanos en ins-

¹⁷ “Indicator: Quantitative or qualitative factor or variable that provides a simple and reliable means to measure achievement, to reflect the changes connected to an intervention, or to help assess the performance of a development actor.” OECD/DAC, *Glossary of Key Terms in Evaluation and Results Based Management, Evaluation and Aid Effectiveness*, Development Assistance Committee, OECD/DAC 2002, p. 25. DANIDA (Danish International Development Agency) *Monitoring at Programme and Project Level – General Issues*, Danida, 2006, pp. 3-5.

¹⁸ M. FERRER, “Derechos humanos en población: Indicadores para un sistema de monitoreo”, cit. p. 7.

¹⁹ M. GREEN, “What We Talk about when We Talk about Indicator”, cit. p. 1062 y ss.

²⁰ V. ABRAMOVICH, Ch. COURTIS, *Derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

trumentos internacionales. En relación con los fines, los de desarrollo persiguen metas, los de derechos humanos se orientan a derechos. Es evidente que estos criterios contribuyen, pero no son suficientes para determinar diferencias entre un tipo de indicador y otro. Los indicadores de derechos humanos tienen múltiples posibilidades de utilización, pueden utilizarse como instrumentos eficaces para formular políticas y vigilar progresos, determinar efectos no deseados de leyes y prácticas, identificar qué actores influyen en la realización de los derechos y si cumplen sus obligaciones, anticipar posibles violaciones y adoptar medidas preventivas, fortalecer el consenso respecto de decisiones que deban adoptarse a partir de recursos limitados o mostrar cuestiones desatendidas o silenciadas.

Todas las cuestiones anteriores suponen la utilización de indicadores de derechos humanos como instrumentos de seguimiento en un espacio-tiempo determinado, una información útil para gobiernos, organismos, comunidad internacional, etc. Sin embargo, en tanto que el Estado parece el principal responsable y garante de los derechos humanos consignados en un tratado, una función esencial de los indicadores es mostrar la dirección gubernamental que debe seguirse para cumplir compromisos. Esta cuestión, la del agente responsable es clave, apunta a los Estados, al contenido de sus políticas, incluye por supuesto a las democracias consolidadas porque todas tienen el potencial de transgredir los derechos humanos. En todo caso y desde tales perspectivas, la finalidad de los indicadores es pues, y muy resumidamente, suministrar información relevante en relación con la eficacia de las normas que han de ver con los derechos humanos.

b) ¿Cómo se lleva a cabo la investigación con indicadores sobre el objeto anterior?: En segundo lugar lo que resulta específico de los indicadores en el ámbito de los derechos humanos es su particular metodología. Efectivamente, en tanto que señal que forma parte de un sistema de información, el indicador aparece como una herramienta que facilita la aproximación empírica a las obligaciones gubernamentales, generalmente estatales, en materia de derechos humanos, indicando en qué medida las instituciones avanzan, retroceden o se estancan en relación con normas que recogen sus garantías y objetivos. El adecuado diseño metodológico es un asunto crucial no exento de problemas y aún hoy no existe un sistema metodológico formal de indicadores idóneo²¹.

²¹ T. SKALNES, "The Measurement of Human Rights. Some Problems with its Methodology", *Programme of Human Rights Studies. Working Papers*. Chr. Michelsen Institute. Salzburg, Austria, 1984.

Sobre la forma de enfocar el uso de los indicadores, también se ha dicho que un sistema de indicadores de derechos humanos puede entenderse como una iniciativa similar a los observatorios para el monitoreo de campos sociales. En general, éstos establecen un conjunto de indicadores que dan cuenta de distintas dimensiones de un área de preocupación particular apuntando al comportamiento de variables a lo largo del tiempo. Cuando es posible, se establecen metas, y se estima la distancia entre éstas y el valor del momento. Esto permite medir avances relativos, ordenar países según su comportamiento por indicadores y llamar la atención sobre áreas no cubiertas o insuficientemente atendidas. Una de las expresiones internacionales recientes más significativas son los Objetivos del Milenio, que contemplan metas específicas de desarrollo a alcanzar en todos los países en 2015 proponiendo indicadores para su evaluación²². Si bien esta definición de indicadores en relación con el monitoreo de los derechos humanos ha cobrado importancia desde fines de los noventa, Sano y Lindholt recuerdan que un primer punto de inflexión ocurrió en la década de los 70 en los intentos por medir la libertad humana y establecer un ranking entre los países²³.

En concreto, como señala Aymerich²⁴ es el contexto del *social indicators movement* al que nos referiremos con detalle más adelante. Entre ellos, cabe adelantar, destacan los trabajos de Charles Humana y Freedom House²⁵.

c) Sobre los tipos de indicadores: Resumiendo e consenso alcanzado por diferentes autores y organismos, una propuesta reciente de naciones unidas²⁶ distingue entre indicadores de estructura, proceso y resultado. Los indicadores estructurales apuntan a la ratificación de instrumentos y a la existencia de mecanismos institucionales para realizar un derecho humano en cuestión. Miden la intención del Estado, aceptación de normas internacionales y concreción de mecanismos institucionales que promuevan y protejan

²² Puede visitarse el documento referido a los distintos Objetivos de Desarrollo del Milenio de la ONU en <http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/index.html>

²³ H. O. SANO, L. HINDOLT, "Human Rights Indicators. Country data and methodology, Methodological and Technical Outline", *Danish Centre for Human Rights*, 2000. <http://www.humanrights.dk/upload/application/dd150b16/indicator2.pdf>

²⁴ I. AYMERICH, *Sociología de los derechos humanos*, cit., p. 383 y ss.

²⁵ Ch. HUMANA, *World Human Rights Guide*, Oxford University Press, New York, 1992. FREEDOM HOUSE, *Freedom in the World. The annual survey of political rights and civil liberties*, Freedom House, Greenwood Press, New York, 1995.

²⁶ NACIONES UNIDAS, *Informe sobre indicadores para vigilar el cumplimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos*. Ginebra, 22 y 23 de junio de 2006.

las normas. Examinan el marco normativo del Estado. Los indicadores de proceso relacionan los instrumentos de política con hitos que se convierten en indicadores de resultados que pueden relacionarse de manera más directa con la realización de ese derecho humano. Corresponden a todas las medidas adoptadas por el Estado para hacer efectivas las normas y alcanzar progresivamente resultados en un determinado derecho humano. Ayudan a evaluar la realización progresiva o el proceso de protección de un derecho. Los indicadores de resultado reflejan logros en la realización de un derecho en un determinado contexto. Permiten evaluar su realización y disfrute. Dado que consolida en el tiempo los efectos de procesos subyacentes, suele ser un indicador de cambios lento, menos sensible a la situación presente que un indicador de proceso. Antes de abordar la cuestión de los problemas conceptuales, cabe añadir a los objetivos señalados hasta ahora cómo recientemente el PNUD consideraba que los indicadores de derechos humanos deben cumplir cuatro objetivos interrelacionados: (1) Verificar si los Estados respetan, protegen y realizan los derechos. Esto corresponde a la evaluación de la responsabilidad jurídica del Estado considerando limitaciones de recursos, antecedentes históricos y condiciones naturales. (2) Velar por el cumplimiento de los principios fundamentales de los derechos, determinar si se están realizando sin discriminación, en progreso, con suficiente participación y recursos. (3) Velar por su acceso a través de normas, instituciones y un entorno económico propicio que convierta los resultados la satisfacción de necesidades en derechos efectivos. (4) Determinar los actores no estatales decisivos, destacando qué otros influyen en la realización de los derechos, y poniendo de relieve en qué consiste esa influencia²⁷.

5. DIFICULTADES DEBIDAS AL OBJETO: LOS DERECHOS HUMANOS

Hemos hecho referencia atrás a que las dificultades de establecer un sistema adecuado de información de derechos humanos en general y un sistema de indicadores en particular, se deben en primer lugar a la propia complejidad del objeto: los derechos humanos. Cuando situamos los indicadores en el ámbito jurídico observamos su uso y procedencia en un contexto de larga tradición, la propia tradición jurídica. Sin embargo, la historia y la evolución de los derechos humanos es más bien reciente.

²⁷ PNUD, *Indicators for Human Rights Based Approach ...*, cit., 2006.

Los derechos humanos como privilegiado conjunto normativo tiene una fecha de nacimiento bien conocida: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Ésta comprendía treinta artículos que delineaban los derechos humanos que deberían ser protegidos. Para dotar a ese instrumento de mayor poder vinculante se establecieron, como es sabido, una serie de tratados internacionales jurídicamente vinculantes para los Estados partes que vinieron a ampliar tanto el ámbito, como la profundidad de aquellos primeros derechos, así el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966, el Primer y Segundo Protocolo Facultativo del PIDCP y la propia Declaración Universal, formaron lo que se conoce como Carta Internacional de Derechos Humanos²⁸. Desde entonces han proliferado, en ese tiempo de los derechos que refería Bobbio, numerosas convenciones que amplían o ayudan a definir derechos específicos, pero también y paralelamente han surgido cuestiones que no dejan de afectar a la investigación empírica. En relación con la creciente extensión y complejidad del objeto – los derechos humanos- se fue observando que el carácter multidimensional que éstos presentan o bien exigía un enfoque múltiple, o bien estaba dando lugar de hecho a un tratamiento multidisciplinar a menudo diseminado y poco conectado. Cada disciplina que abordaba el tema (jurídica, social, política, filosófica y económica) presentaba herramientas conceptuales propias y prácticas diferentes. Empezaba a hacerse necesario, en un escenario del que se estipulaba su crisis²⁹, un gran esfuerzo de convergencia para construir una base común, manteniendo, sin embargo, algunos indicadores propios de cada disciplina para análisis complementarios.

Si nos limitamos al enfoque de los derechos humanos desde la perspectiva propia de la investigación empírica, un examen de la literatura generada permite encontrar, a decir de George A. López y Michael Sthol, cuatro grandes aproximaciones³⁰. Desde la formulación iusfilosófica se defiende que los derechos humanos son un legítimo, si no crítico, concepto de las ciencias sociales apto para inquirir en cuestiones internacionales en relación

²⁸ G. PECES BARBA, *Curso de derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1991. VVAA, *Derecho positivo de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1987.

²⁹ J. CRAWFORD, "The UN Human Rights Treaty System: A System in Crisis?" en J. CRAWFORD (ed.), *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, Alson, 2000.

³⁰ G. A. LÓPEZ, M. STOHL, "Problems of Concept and Measurement in the Study of Human Rights" en Th. B. JABINE, R. P. CLAUDE, *Human Rights and Statistics*, cit, p. 216-234.

con la situación de los derechos en el mundo. Como concepto teórico, desde el tratamiento filosófico (filosófico jurídico o político, si se quiere), aparece como una instancia crítica apta para razonar su fundamento, plantear su carácter cultural, etc. Un segundo acercamiento, que tiene sus raíces en la tradición académica y judicial del derecho internacional, examina la dimensión legal e institucional de los derechos humanos. Un foco particular de esta aproximación apunta al desarrollo efectivo de las estrategias de derechos humanos y la maquinaria organizacional a nivel internacional para observar la responsabilidad de distintos gobiernos en relación con violaciones de derechos humanos. Una tercera aproximación emerge a principios de la década de 1970 tras la propugnación de los derechos humanos en el congreso norteamericano y la subsiguiente adopción de medidas por la administración Carter. El interés de los científicos sociales por evaluar el impacto de iniciativas legislativas en la política exterior del gobierno norteamericano sería responsable del auge de un tipo de estudios evaluativos. La cuarta y más reciente área de interés académico sería una extensión de la tercera y estaría centrada en los métodos para recoger información sobre violaciones de derechos humanos con ánimo de mejorar las técnicas de monitorización y optimizar una metodología sofisticada capaz de analizar datos de dichas violaciones.

A su vez, en el amplio campo del primer punto de análisis (las reflexiones la filosofía política y jurídica) aparecían numerosas cuestiones problemáticas³¹. No hay lugar aquí para un desarrollo pormenorizado de los múltiples frentes teóricos que el desarrollo de los derechos humanos dejó abiertos, aún así, no podemos dejar de mencionar los más relevantes a la hora de su medición, así la forma en que incidía la cuestión de la fundamentación³² y el amplio debate universalismo / relativismo cultural en la cuestión de la universalización de los derechos humanos³³. El elemento cultural, se

³¹ F. LAPORTA, "Sobre el concepto de derechos humanos", *Doxa*, núm. 4, 1987. J. DONNELLY, *The concept of human rights*, Preston King, University of New South Wales, 1985; E. P. HABA, "Droits de l' homme, concepts mouvants, ideologies" en *Archives de philosophie du droit*, t. 29, 1984.

³² R. DE ASÍS ROIG, "Algunas notas para una fundamentación de los derechos humanos" en J. MUGUERZA y otros (eds.), *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989.

³³ J. DE LUCAS (ed.), *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, Madrid, CGPJ, 1999. por otro lado, J. DONNELLY, "Human Rights and Human Dignity: an Analytical Critique of Non-western Conceptions of Human Rights", en *American Political Science Review*, núm. 76, vol. 2, 1982. J. DONNELLY, "Cultural relativism and universal human rights", *Human Rights Quarterly*, núm. 6, vol. 4, 1984.

ha dicho, determinaba las diversas maneras de percibir los derechos fundamentales³⁴. Efectivamente, de percibir, pero también *condicionaban* la propia medición. Así, sobre la aplicación universal de los indicadores, se ha sugerido que es importante considerar indicadores que midan cuestiones universales y otros sensibles a contextos culturales. Baste un ejemplo: como apuntaba Aymerich al hilo de los intentos más conocidos de evaluación, la forma de computar matrimonios interconfesionales o interraciales podría ser un sesgo contra los países de tradición islámica³⁵. No nos parece satisfactoria la solución consistente en ningunear las objeciones (algunas de ellas bastante sólidas) del relativismo cultural. La estrechez del mínimo común denominador normativo, por ejemplo, en los conocidos estudios antropológicos de Levy Strauss, permite calificar de apresuradas o a decir de Sájs, “inmodestas”³⁶, las conclusiones acerca del consenso universal sobre el contenido de los derechos. No tener en cuenta, como decíamos, las críticas (algunas muy poderosas) hechas desde la antropología y el relativismo cultural, significaba soslayar la complejidad del objeto que vamos a investigar³⁷.

Otra cuestión problemática en la investigación práctica sobre el estado de los derechos humanos debida al peculiar objeto, es que se trabaja con normas que probablemente no se corresponden, ni quizás se corresponderán nunca –al menos no perfectamente– con ninguna situación empírica de la vida real. Otra fuente de complejidad es pues dificultad de la realización universal que pretende construirse desde 1948 y más teniendo en cuenta las especificidades nacionales que permitieron fortalecer ese compromiso universal. La validez universal se confronta continuamente con la validación nacional, a la vez que se confronta la literalidad formal de la norma con la realidad. Así, quizás porque el acuerdo sobre las normas de derechos humanos se produjo a partir de una formulación general, o por el carácter amplio del compromiso, cuando se intenta operar con ellas especificando el concep-

³⁴ O. OLUSOLA, “Understanding Human Rights in Africa” citado por I. AYMERICH, *Sociología de los derechos humanos*, op. cit., Y. SHENG, “L’approche chinoise des droits de l’homme” VVAA, *Les dimensions universelles des droits de l’homme*, Bruylant, Bruselas, 1990.

³⁵ I. AYMERICH, *Sociología de los derechos humanos*, cit., p. 461.

³⁶ A. SAJS, *Human rights with modesty: the problem of universalism*, A. SAJS, M. NIJHOFF (eds.), 2004.

³⁷ Recientemente P. WEITSMAN, “The Politics of Identity and Sexual Violence: a review of Bosnia and Rwanda”, *Human Rights Quarterly*, núm. 30, 2008, pp. 561-578, J. MARSHALL, “Conditions for freedom? European Human Rights and the Islamic Headscarf Debate”, *Human Rights Quarterly*, núm. 30, 2008, pp. 631-654.

to y qué fenómenos cubren, surgen profundos desacuerdos. El problema sobre el carácter evaluativo o analítico de los datos sobre derechos humanos conduce a la cuestión problemática (más general) de si lo que se mide puede ser tomado sólo como ideales normativos. Nuestra posición al respecto suscribe el carácter normativo en sentido fuerte, y pensamos que caben pocas dudas a este respecto. Su normatividad es la misma (por no decir mayor) que la de todo derecho positivo y se traduce en distintas formas, así a partir de su naturaleza dialéctica, o como límites al poder, o en estrecha relación con el Estado de derecho³⁸, etc. Pero aún así resulta ingenuo no considerar problemático el peculiar alcance de estos derechos. En todo caso, podríamos convenir, en que es precisamente su carácter problemático lo que hace más necesaria la cuestión de la efectividad de su realización, teniendo en cuenta la forma progresiva y no involutiva en que deben desarrollarse.

La amplitud del objeto “derechos humanos” y las dificultades que plantea en la investigación empírica ha conducido a propuestas terminológicas que aprehendan mejor su situación en el mundo. Cabe citar algunos ejemplos, entre otros, Barsh proponía el abandono del referente normativo y redefinir la conceptualización de los derechos a partir de un modelo teórico que centraba en la intrínseca identidad entre derechos humanos y desarrollo económico integral³⁹. En la tradición de la democracia política de Anthony Downs, o Robert Dahl, Zehra Arat trasladaba el énfasis desde los derechos a la institución de la democracia. Otras propuestas terminológicas llevaban aparejadas la disgregación del objeto señalando las diferentes dimensiones que presenta.

En un trabajo emblemático del estado de esta cuestión a finales del siglo pasado, McCamant⁴⁰ sugería cambios terminológicos hacia términos más operativos. Antes de que podamos desarrollar un buen esquema de medición es necesario, decía, establecer diferentes dimensiones de los derechos, e

³⁸ R. DE ASIS ROIG, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Debate, Madrid, 1992. A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984. N. LÓPEZ CALERA, “Teoría crítica y derechos humanos” en J. MUGUERZA, y otros (eds.), *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989, del mismo autor, “Naturaleza dialéctica de los derechos humanos” en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 6, 1990.

³⁹ R. L. BARSH, “Measuring Human Rights, Problems of Methodology and Purpose”, cit.

⁴⁰ J. McCAMANT, “A Critique of Present Measures of “Human Rights Development and an Alternative”, *Global Human Rights: Public Policies, Comparative Measures, and NGO Strategies*, V. P. NANDA, J. R. SCARRITT, and G. SHEPHERD, Jr. (eds.), Westview Press, Boulder, 1981, p.124.

ilustraba esto incidiendo en un concepto más operativo a su juicio, el concepto de “represión política” (*political repression*) y cómo se hallaban claramente en él tres importantes dimensiones. Así, de acuerdo con McCamant: “alcance” (o extensión, *scope*, de la represión) “arbitrariedad” (predicibilidad de la acción de gobierno en el poder) y “severidad” (del daño infligido). La mera contabilidad, por ejemplo, de un caso de arresto arbitrario con la censura de un artículo de periódico no resulta en sí misma significativa. El establecimiento de comparaciones significativas sólo puede hacerse, insistía, con referencia a dimensiones. Por ejemplo un arresto, procesamiento de acuerdo con la ley y ahorcamiento de un oponente político sería un acto con alto índice de severidad pero con bajo índice de arbitrariedad (por predecible). La desaparición de oponentes políticos que no han quebrantado alguna ley, es un acontecimiento que aúna ambas dimensiones severidad y arbitrariedad, etc. Esto es, resulta posible diferenciar entre regímenes que hacen uso de la ley en la represión, y a aquellos que la utilizan parcialmente con el fin de transmitir una imagen de legalidad a la opinión internacional. Medir la forma de la “represión política” resulta, a decir de McCamant, más operativo que aproximarse a los derechos civiles y políticos en sentido amplio. Esta propuesta no ha estado exenta de críticas, como tampoco la relevancia de la propia dimensión de la “arbitrariedad”. Insistiremos en ellas después, debemos ahora seguir con algunas de las cuestiones a que da lugar el amplio y problemático objeto de la investigación empírica: los derechos humanos.

La amplitud del objeto también ha hecho pertinente la aproximación a los derechos humanos a partir de la distinción entre diferentes clases, así, la clasificación tradicional: derechos civiles y políticos / derechos económicos, sociales y culturales (en un sentido étnico o antropológico⁴¹). Se ha distinguido también entre derechos políticos y libertades; derechos de la integridad de la persona; y derechos económicos y sociales. Algunos autores han defendido la prioridad del primer grupo (derechos políticos y libertades) por su influencia en otros grupos de derechos. La tortura, arresto arbitrario, exilio forzado, desapariciones, etc. son ejemplos de violaciones de la integridad personal, que, a decir por ejemplo de Kenneth Bollen, resulta más fácil

⁴¹ Me he ocupado de distinguir el alcance de la efectividad del derecho a la cultura en J. GARCÍA CÍVICO, “¿Emanciparse de qué? Truffaut de madrugada. Fundamento, obstáculos y eficacia del derecho de acceso a la cultura.”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 12, 2009, pp. 29-69. <http://www.filosofiyderecho.com/rtdf/>

que se produzcan cuando los derechos y libertades políticas son débiles. La influencia, dicen, de estos derechos sobre los económicos y sociales es más ambigua, pero si los primeros son fuertes hay potencial para conseguir más derechos socioeconómicos⁴². Otras veces el énfasis en uno u otro tipo de derechos es una opción conceptual a la que subyace una opción ideológica más general que afecta a la investigación empírica. Esto sucede paradigmáticamente en el tradicional descuido de los derechos económicos y sociales. Son conocidas las reticencias por un sector de la doctrina política a esta categoría de derechos. Asimismo, se sabe la forma en que suele objetarse su exigibilidad menor, “de segundo grado”, condicionada a recursos, etc. restándoles valor, considerándolos meras promesas de corte político, a lo sumo derechos incompletos o categorías difícilmente judiciables, se ha señalado que la dejación de los derechos económicos y sociales en términos de derechos humanos se debe tanto a la ambigua redacción de sus términos como a la relativa debilidad (*weakness*) de los mecanismos de monitoreo⁴³. En lo que aquí interesa estas reticencias alcanzan a la investigación con indicadores⁴⁴.

El abandono deliberado de la categoría de derechos sociales y económicos en la medición es una característica de aproximaciones que bien tienen un sesgo ideológico afín a las directrices del capitalismo y del liberalismo económico, bien parten de Estados que defienden modelos económicos donde los derechos sociales se desarrollan menos que en la tradición continental. Unas veces la exclusión en la medición es total, otras se traduce en menor ponderación en la tabulación global. La incidencia directa en la evaluación sobre el cumplimiento de los derechos en un Estado afecta al mapa global de los derechos humanos. Por ejemplo, no incluir en la computación si se cuenta con seguridad social (art. 22 de la declaración y 9 del PIDESC) prioriza modelos de desarrollo económico sin protección social de los trabajadores. En estos casos, una opción conceptual respecto al objeto

⁴² K. BOLLEN, “Political Rights and Political Liberties in Nations: An Evaluation of Human Rights Measures, 1950 to 1984”, en Th. B. JABINE, R. P. CLAUDE, *Human Rights and Statistics*, cit. pp. 188-215.

⁴³ Recientemente, J. V. WELLING, “International Indicators and Economic, Social, and Cultural Rights”, *Human Rights Quarterly*, núm. 30, 2008, pp. 933-958.

⁴⁴ H., M. SCOBLE, y L. S. WISEBERG, “Problems of Comparative Research on Human Rights”, en V. P. NANDA, J. R. SCARRIT y G., W. SHEPERD, (Jr.) (eds.), *Global Human Right Public Policies, Comparative Measures and NGOs Strategies*, Westview Press, Boulder, Colorado, 1981, p. 148.

conduce a una composición del cuestionario desproporcionada y a una imagen parcial o sesgada⁴⁵.

No suscribimos ninguna de las razones por las que la categoría de derechos sociales y económicos deba ser de segundo orden. Coincidimos con Abramovich y Courtis cuando argumentan, lúcidamente, sobre la exigibilidad de los derechos sociales, las distintas obligaciones jurídicas que conllevan y el amplio panorama de estrategias de exigibilidad⁴⁶. En todo caso, en la concreta cuestión de indicadores estos derechos podrían mostrar una peculiar metodología⁴⁷, así se coincide en que ésta debe reflejar los pasos encaminados a su realización progresiva en relación con recursos disponibles, etc.

Por último, existe un consenso general sobre el hecho de que los derechos humanos están conectados, son interdependientes e indivisibles, de manera que los resultados y los esfuerzos en un derecho, pueden depender de la promoción y protección de otros derechos⁴⁸. Quizás un buen camino en el trabajo con indicadores sea mostrar esas relaciones como marco teórico. Insistiremos en ello más cerca de nuestras conclusiones.

En definitiva, la amplitud del objeto y la usual distinción entre diferentes tipos de derechos humanos, resulta una complejidad añadida a la investigación que afecta al propio diseño de los indicadores. Malhotra y Fasel distinguen, tomando el tipo de derecho como criterio-fuente del indicador: a) indicadores basados en hechos de violaciones de derechos humanos; b) indicadores socioeconómicos y otras estadísticas de tipo económico; c) encuestas de opinión y percepción; y d) juicio de expertos⁴⁹. Distintos tipos de indicadores se relacionan con distintos tipos de derechos. Los indicadores basados en violaciones de derechos humanos son susceptibles de aplicarse a derechos civiles y políticos y no a económicos, culturales y sociales, dada la

⁴⁵ I. AYMERICH, *Sociología de los derechos humanos*, cit., 461.

⁴⁶ V. ABRAMOVICH, Ch. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit. p. 17 y ss.

⁴⁷ También es susceptible de abordarse su estado en relación con el índice de desarrollo humano (*Human Development Index HDI*) o en el marco teórico de sus Informes (*Human Development Reports HDRs*) etc. A. R. CHAPMAN, "A Violations Approach for Monitoring the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", *Human Rights Quarterly*, núm. 18, vol. 1, 1996, pp. 23-66.

⁴⁸ PNUD, *Human Development Report 2000*, cit., p. 89-105.

⁴⁹ R. MALHOTRA; y N. FASEL, "Quantitative Human Rights Indicators - A survey of major initiatives. Expert meeting on human rights indicators" cit., p. 2 y ss.

dificultad de consensuar particulares estándares de violación⁵⁰. Los indicadores socioeconómicos serían pertinentes para los derechos económicos, culturales y sociales. Las encuestas de opinión y percepción pueden abordar ambos tipos, al igual que las opiniones de expertos. Según Green los indicadores de este tipo más conocidos son *Freedom House Democracy Index*, *Human Freedoms Index of the HDR*, *Humana Index*, y *Physical Quality of Life Index (PQLI)*⁵¹. Además pueden disgregarse distintas dimensiones del indicador en derechos específicos, así para la salud hay indicadores de ejecución, estadísticos, variables, proceso, desempeño, resultados, estructurales...lo que confunde aún más la opción idónea y específica de indicadores según tipo de derechos.

6. EL PROBLEMA DE LA METODOLOGÍA.

Hemos visto atrás cómo la investigación empírica de los derechos humanos tropieza con un doble problema: el que deriva de la complejidad del propio objeto de estudio y el que se refiere a su particular metodología. Esto es, a la cuestión conceptual se añadía la dificultad de la medición. Ambos inciden en el sistema de información donde ubicamos los indicadores de derechos humanos.

En efecto, una herramienta básica era el indicador, o mejor, los indicadores. Como vimos, éstos debían permitir observar los esfuerzos que los Estados realizan para cumplir compromisos suscritos en un tratado así como la expresión concreta de los derechos humanos en una sociedad. Su demanda obedecía también a la necesidad de contar con instrumentos útiles para formular políticas públicas tendentes a la realización de los derechos humanos. La complejidad de la metodología comenzaba con la propia selección de fuentes, su diversidad, veracidad o relevancia resultaban de su idoneidad para suministrar información sobre la realidad de derechos específicos. Estadísticas socioeconómicas y administrativas, datos de acontecimientos, denuncias de violaciones, encuestas de opinión, y evaluación de expertos, etc. significaban una variada relación de fuentes. Tal amplitud permitía la proliferación de objeciones a los sistemas de obtención de datos en relación tanto con la fiabilidad como con la relevancia.

⁵⁰ S. FUKUDA-PARR, "Human Development Indicators and Analytical Tools as Benchmarks in Economic, Social and Cultural Rights", cit. 1998.

⁵¹ M. GREEN, "What We Talk about when We Talk about Indicators", cit. p. 1070 y ss.

Sobre la cuestión metodológica, el juicio en la última década del siglo XX coincidía en que resultaba imposible tanto a fines de investigación como de políticas concretas, ponerse de acuerdo en la calidad de la actuación de distintos gobiernos en relación con sus obligaciones en materia de derechos humanos. No era posible establecer variables que midieran adecuadamente sus progresos o retrocesos, como tampoco era posible predecir, con las herramientas metodológicas y conceptuales con las que se contaba, su evolución. Para resolver esa insuficiencia, debía mejorarse la sensibilidad de los sistemas de monitoreo y la sofisticación del sistema de medición. Se coincidía en requerir una información de más matices y un acercamiento multidimensional según juicios políticos previos bien argumentados de acuerdo con un punto de partida teórico mejor consensuado. Pues bien, respecto a la cuestión concreta de la metodología, continua hoy el juicio general de insatisfacción, de forma que aún no hace mucho la discusión general sobre la construcción de indicadores de derechos humanos fue calificada por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos como un “campo en construcción”⁵² sin consenso. En dicha sede, en líneas generales y en relación con los indicadores se han logrado hoy acuerdos amplios, así, por ejemplo en que antes que el mero tratamiento estadístico, el principal interés radica en sistematizar y categorizar datos de forma que resulten susceptibles de utilizarse en subsiguientes análisis capaces de satisfacer ciertos criterios. Se ha convenido que éstos deben ser la relevancia, exactitud, validez y equivalencia. Se ha asumido que los indicadores de derechos humanos deben usarse en varios niveles: en nivel de proyecto para medir el progreso en términos de realización de los derechos humanos; y en nivel estatal para ayudar a la evaluación del cumplimiento del Estado en relación con sus obligaciones para los derechos humanos. El avance no es lineal, así junto tal consenso amplio sobre la necesidad, importancia, utilidad y objetivos de los indicadores y algunas directrices metodológicas generales y aunque existan áreas respecto de las cuales no existe consenso teórico, la discusión afecta también a aquellas que parecían consensuadas. Autores como Green critican la atribución *a priori* de criterios cuantitativos por su vulnerabilidad⁵³, proponiendo el empleo de

⁵² OACDH (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos), *Los derechos humanos y la reducción de la pobreza. Un marco conceptual* (HR/PUB/04/01), Nueva York, Ginebra, 2004.

⁵³ M. GREEN, “What We Talk about when We Talk about Indicators”, cit. p. 1071 y M. FERRER, “Derechos humanos en población: Indicadores para un sistema de monitoreo”, cit.

análisis discriminativos. Una técnica que permite una ponderación objetiva⁵⁴. En definitiva, a pesar del aparente consenso hay preguntas que afectan a la metodología general aún sin respuesta satisfactoria. Veamos algunas de ellas.

a) El problema de la observación de lo qué se investiga: Con la gráfica pregunta ¿Cómo observamos una violación de los derechos humanos? George A. López y Michael Stohl⁵⁵ describían este problema a partir de los siguientes rasgos.

En primer lugar, la ausencia de datos en los indicadores no revela ausencia de violaciones de derechos humanos: Si un Estado es lo suficientemente eficiente, la represión a menudo irradia “una vida después de la muerte” persistente que afecta el comportamiento social mucho después de que el empleo observable de coacción por agentes estatales haya terminado. Como un proceso acabado de sumisión general, la intimidación permanece por la amenaza implícita o real de repetición de actos de represión. En esencia, el proceso de terror se convierte en parte de la propia estructura política, si no de las expectativas de aquellos que viven dentro de aquella estructura. El hecho básico, en realidad una amarga ironía, de las violaciones más graves de los derechos humanos es un tipo de silencio (semejante a la kantiana paz de los cementerios) que complica la recogida de información y la cuantificación de las violaciones. El silencio no es un indicador⁵⁶.

Otra arista en la evaluación de un régimen y la contabilización de sus violaciones es la cuestión de la intención. Si los abusos en los derechos humanos se extienden durante largos periodos de tiempo, los agentes de la represión pueden continuar con sus actividades al margen de las intenciones declaradas por el Estado. Las actitudes de agentes individuales, policías, escuadrones, etc. aún cuando contaran en un principio con el beneplácito del poder, pueden chocar más tarde con las intenciones de sus superiores. Podría analizarse entonces el tipo de control que se ejerce sobre policías, militares o paramilitares pero resulta difícil determinar qué acciones constituyen violaciones de responsabilidad estatal y cuáles son “excesos” incontrolados de

⁵⁴ D. GUPTA, A.J. JONGMAN, y A. SCHMID, “Creating a composite index for assessing country performance”, *Human Rights Quarterly*, núm 15, 1994, p. 158 y ss.

⁵⁵ G.A.LÓPEZ; M. STOHL, “Problems of Concept and Measurement...”, cit., p. 217 y ss.

⁵⁶ T. R. GURR, B. HARFF, “The Rights of Collectivities: Principles and Procedures in Measuring the Human Rights Status of Communal and Political Groups”, en *Human Rights and Statistics: Getting the Record Straight*, B. Th. JABINE, R. P. CLAUDE (eds.), cit. pp. 159-187.

personas determinadas. La continuidad en el tiempo de tales acciones y el tiempo de reacción judicial para ponerles fin, parece sin duda relevante a la hora de determinar la responsabilidad del régimen. No obstante resulta difícil determinar en general la responsabilidad gubernamental cuando la posición oficial es manifiestamente opuesta a actitudes de determinados agentes individuales.

Un tercer problema, es siguiendo con George A. López y Michael Stohl, el que se da en sociedades con conflictos y guerras internas. En estos casos, la cuestión radica en medir si la falta de protección de los derechos humanos es un fracaso atribuible al gobierno o simplemente un indicador de la inestabilidad del país⁵⁷. En la lucha frente a grupos insurgentes, se evidencia la dificultad de distinguir abusos atribuibles al gobierno de lo que resulta inherente a la lucha frente a la insurgencia. Aquí entra a colación la distinción entre combatientes y no combatientes, la necesidad de conocer la actitud del régimen sobre disidentes, desapariciones de líderes de oposición, si son atribuibles directamente o se camuflan en órdenes dirigidas a grupos clandestinos y por tanto la responsabilidad se difumina en la confusión de la propia contienda, etc.

Por último, un cuarto factor de complejidad que complica la recopilación de datos y la medición de la información viene dado por el carácter arbitrario, legalidad / ilegalidad de las violaciones de derechos humanos. Vimos como McCamant, consideraba esencial para la relevancia de dichos actos en términos de derechos humanos su carácter arbitrario, si se producen siguiendo el proceso debido o si son ilegales por enfrentarse a lo que expresamente dispone el propio sistema⁵⁸. En muchos casos, el Estado interesado en dichos abusos delega en agentes anónimos. La introducción del criterio de legalidad puede significar más problemas de los que resuelve. Piénsese en el carácter “legal” de las leyes para los judíos del régimen nazi en las leyes de Nuremberg y su irrelevancia, por ser unánime la convicción de que los actos contra los judíos se cuentan entre los más terribles de la historia de la humanidad. En definitiva la legalidad/ilegalidad o arbitrariedad/no arbitrariedad como criterio para distinguir violaciones de derechos humanos del uso legítimo de sanciones coercitivas presenta complicaciones considerables y sus ventajas son cuanto menos inciertas⁵⁹.

⁵⁷ G.A. LÓPEZ, M. STOHL, “Problems of Concept and Measurement...”, cit., p. 219.

⁵⁸ J. McCAMANT, “A Critique of Present Measures...”, cit., p. 27 y ss.

⁵⁹ G.A. LÓPEZ; M. STOHL, “Problems of Concept and Measurement...”, cit., pp. 220-221.

b) La cuestión de la disgregación: La posibilidad de disgregar datos puede verse también como una cuestión problemática. Green señalaba que existen dos características particulares de los indicadores de derechos humanos: la primera su capacidad de medir a través del tiempo la realización progresiva (en especial para derechos económicos, sociales y culturales) el mejoramiento de estándares (en el de los derechos civiles y políticos) o la no regresión. La segunda característica refiere la capacidad de desagregación: distinguir cuestiones como sexo, grupo étnico, origen social, estado civil, y otros criterios de discriminación internacionalmente prohibidos. Algunos autores sugieren que, en tanto sea posible, todos los datos pertinentes se desglosen para medir la situación de grupos vulnerables y formular políticas que aborden concretamente su desventaja colectiva, pero gran parte de las acciones tradicionales de los organismos de supervisión de los tratados se han basado en el análisis y defensa de casos individuales.

Antes de ver algunos ejemplos concretos de estas dificultades, cabe dejar apuntadas otras dificultades generales. Una se refiere a la medición en el tiempo. Muchas fuentes se restringen a información muy limitada temporal y espacialmente (informes sobre violaciones de derechos humanos en un determinado país y en un periodo de tiempo breve) lo que impide extraer conclusiones generales; otro problema reside en el hecho las fuentes de información no son sistemáticas. Elaboradas con un estilo narrativo, informes de hechos a modo de relato, impiden establecer análisis comparativos en tiempo y espacio; un último problema refiere el cruce de fuentes, cuando las conclusiones que puedan extraerse por comparación entre ellas resultan engañosas.

7. LA DIFICULTAD DE TRAZAR UN MAPA DEL MUNDO. ALGUNOS INTENTOS

Trazar un mapa del mundo respecto a la situación de los derechos humanos, su implementación, grado de cumplimiento, etc. se convirtió pronto en asunto fundamental tras la Declaración de 1948. Un primer estadio de esta cuestión se da en sede de la ONU en 1956, cuando el Consejo Económico y Social a instancia de la Comisión de Derechos Humanos insiste por primera vez en la obligación, contenida expresamente en los Pactos de presentar informes por parte de los Estados que los hayan ratificado⁶⁰. Al cabo del

⁶⁰ I. BOEREFIJN, "Toward a Strong System on Supervision", *Human Rights Quarterly*, núm. 17, vol. 4 1995, p. 784.

tiempo, Naciones Unidas se plantea la posibilidad de usar también informes no oficiales. A pesar de las reticencias iniciales ya se ha generalizado su uso.

Los estudios monográficos en el contexto del *social indicators movement*, constituyen las primeras tentativas que con una metodología relativamente sencilla midieron el estado de los derechos humanos entre 1940 y 1960, basándose en niveles e índices de desarrollo democrático, clasificando los países en distintos niveles, así entre otros, los trabajos de Philip Coulter, Robert Dahl, James Coleman o Deane Neubauer⁶¹. El carácter común a estos estudios es que trataron de describir la situación general de los derechos humanos a nivel internacional más que fijarse en violaciones particulares en tiempo y espacio. No todos tuvieron un nivel suficiente de amplitud, y en general se trataba, como recuerda Aymerich, de tentativas no demasiado ambiciosas de hacer una tabulación de Estados en función de su nivel de respeto por los derechos humanos. Casi ninguno operaba con su propio sistema de obtención de información por lo que la fiabilidad dependía de terceras fuentes de datos y definiciones operativas ambiguas. Destaca *Human Rights in Developing Countries*, una publicación anual editada por centros de derechos humanos de Noruega, Dinamarca, Holanda, Finlandia y Canadá, cuya finalidad inicial era orientar la adjudicación de fondos de ayuda al desarrollo en función del respeto a los derechos humanos en los países receptores; el ámbito de análisis quedaba limitado y información expuesta narrativamente, pero incluía secciones con información cuantitativa relativa a la posición de gobiernos sobre derecho humanos, sistema político, participación, derechos civiles y administración de justicia. Presentaba pues una interesante orientación a fines prácticos derivados de indicadores cuantitativos. Otro ejemplo fue el *World Handbook of Political and Social Indicators*, con cobertura mundial, intentaba abordar un estudio comparado de países según índices políticamente relevantes. Entre los indicadores relacionados con derechos humanos incluía libertad de prensa, regularidad electoral, manifestaciones de protesta, muertes por causas políticas o sanciones contra la oposición. Los datos provenían de fuentes periodísticas, su interés en relación con los derechos humanos era a menudo indirecto.

Quizás la mejor forma para observar los problemas que suscita la cuestión metodológica y la necesidad de comprender el desafío que los derechos humanos representan en términos de una investigación basada en indicado-

⁶¹ I. AYMERICH, *Sociología de los derechos humanos*, cit., p.383 y ss.

res sea realizar una breve revisión de los mayores esfuerzos hechos hasta la fecha consistentes en recopilar sistemáticamente datos sobre derechos humanos en los distintos países del mundo.

Trazar un mapa de la situación de los derechos humanos parece una constante en las organizaciones dedicadas a la investigación empírica. Los primeros, los informes de Amnistía Internacional (AI) y el *Country Reports on Human Rights Practices* del U. S. Department no eran, ni se proponían serlo, investigaciones académicas comparativas en sentido metodológico estricto. No obstante, aunque esa comparativa entre países en términos de cumplimiento de derechos humanos no fuera su principal propósito, como viera Skalnes, la forma en que los datos se presentaban no impedía la posibilidad de ser tomados en forma de *ranking*⁶². Esta razón es suficiente para poder analizar críticamente sus conceptualizaciones, metodología, validez, relevancia y equivalencia.

El Informe de Amnistía Internacional (AI): Amnistía Internacional fundada en 1961 por el abogado británico Peter Beneson, nace a raíz de la encarcelación de unos estudiantes portugueses. Un artículo "Los presos olvidados" en *The Observer*, instaba a personas de todo el mundo a actuar para la excarcelación de quienes denominó "presos de conciencia": encarcelados por convicciones políticas, religiosas o motivos de conciencia que no recurrieron a la violencia ni propugnado su uso. Un acto puntual se transformó en movimiento internacional de carácter permanente. A medida que Amnistía creció, su foco de se amplió a otros abusos de derechos humanos, (tortura, "desapariciones" y pena de muerte). En 1977 obtuvo el premio Nóbel de la Paz, y en 1978 fue galardonada con el Premio de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y en la actualidad es miembro consultivo. A pesar, de que siguen ampliando el foco de atención hacia la investigación de abusos graves contra derechos civiles, políticos, sociales y culturales se puede afirmar a efectos de la visión panorámica que estamos trazando que su enfoque es estrecho. Sigue concerniendo a Amnistía la denuncia específica de casos de presos de conciencia, tortura y pena de muerte. En relación con sus objetivos se trata de una restricción, posiblemente necesaria, dado su principal interés en la ayuda específica a individuos en situaciones concretas de angustia, más que a la realización de una investigación de naturaleza científica. Como

⁶² T. SKALNES, "The Measurement of Human Rights. Some Problems with its Methodology", cit., p. 5.

fuentes de información acerca de los derechos humanos, y si nos centramos en la utilidad comparativa, hay que tener en cuenta que: a) El concepto de derechos humanos, incluso el más estrecho concepto de derechos civiles debe incluir más fenómenos que los que conciernen a AI a pesar de sus esfuerzos de expansión. b) La información está limitada a aquellos países a los que AI tiene acceso. c) Los recursos de la organización, aun siendo crecientes, no permiten monitorizar a completamente todas las naciones del mundo durante períodos largos de tiempo⁶³. A pesar de su creciente sofisticación, sus datos por sí solos aún resultan metodológicamente poco sólidos para construir indicadores en el propósito de una investigación global comparativa: no son equivalentes o válidos⁶⁴ aunque su relevancia no pueda ponerse en cuestión.

Human Rights Watch comenzó en 1978 con la creación de *Helsinki Watch*, y el objetivo de ayudar a grupos ciudadanos del bloque soviético a verificar el cumplimiento gubernamental de los Acuerdos de Helsinki. Adoptó la metodología de “nombrar y avergonzar” públicamente a gobiernos abusivos mediante cobertura mediática. Al concentrar la atención internacional sobre violaciones de los derechos humanos en la Unión Soviética y Europa del Este, *Helsinki Watch* contribuyó a las transformaciones democráticas de los ochenta. *Americas Watch* se fundó en 1981 cuando Centroamérica estaba inmersa en guerras civiles. Gracias a averiguaciones sobre el terreno, abordó abusos de fuerzas gubernamentales, aplicando el derecho internacional humanitario a la investigación y denuncia de crímenes de guerra por grupos rebeldes. Examinó de manera crítica a los gobiernos extranjeros, especialmente Estados Unidos por su asistencia militar y política. En 1988, la organización adoptó formalmente el nombre de *Human Rights Watch* abordando derechos económicos, sociales y culturales, especialmente en áreas como educación y vivienda. También ha empezado a utilizar estudios estadísticos, imágenes satelitales y análisis de datos sobre bombas. La combinación de su labor tradicional de averiguación sobre el terreno con nuevas tecnologías sitúa a *Human Rights Watch* a la vanguardia activista de la promoción del respeto por los derechos humanos en 80 países con entrevistas e informes de maltratos, testigos de abusos, activistas locales, periodistas, expertos y funcionarios de gobierno.

⁶³ H. M. SCOBLE, L. WISEBERG, “Problems of Comparative Research on Human Rights”, cit., p. 148.

⁶⁴ J. McCAMANT, “A Critique of Present Measures...”, cit. p. 127 y ss.

Country Reports on Human Rights Practices: Otra fuente clásica son los informes elaborados por el Departamento de Estado de los Estados Unidos de América. Hemos adelantado la incidencia del sesgo político, y por tanto ideológico como desventaja de la fuente de información. Estos informes están concebidos para el diseño de la política exterior de su congreso considerando la legislación en el área de la asistencia exterior y dos categorías de derechos humanos: 1. El derecho a verse libre de violaciones gubernamentales en relación con la integridad personal; 2. El derecho a disfrutar de las libertades civiles y políticas. El ámbito de investigación es estrecho. Quedan excluidos los derechos sociales y económicos. La razón esgrimida por el Departamento de Estado norteamericano es “la facilidad con la que se abusa de la idea de derechos económicos y sociales por parte de gobiernos represivos los cuáles alegan la promoción de estos derechos humanos cuando niegan derechos básicos de la integridad de la persona así como derechos civiles y políticos”. Otro rasgo distintivo de estos informes es que no consideran el uso de la pena capital como violación de los derechos humanos *per se*, sólo se considera violación si no se han satisfecho las garantías del debido proceso.

Teniendo presentes estas restricciones, es posible discutir la idoneidad de sus datos sobre la situación de los derechos humanos en el mundo, adolecen de relevancia y exactitud (*accuracy*)⁶⁵. Entre otras deficiencias metodológicas, sus indicadores se ven afectados por su dificultad de obtener información de determinados países, el grado de contacto del Estado investigado con el mundo occidental, la extensión en la cobertura de la prensa extranjera, el nivel de expectativas beneficia a países con larga tradición democrática antes que aquellos con menor tradición o ninguna en absoluto. Las violaciones menores y las de menor repercusión son simplemente ignoradas⁶⁶, etc. Además de la restricción del campo de investigación, tanto por la exclusión de derechos sociales y económicos, como por lo que afecta a la pena capital, y las que se derivan de las limitaciones señaladas, se puede seguir criticando de esta fuente una cierta distorsión del panorama mundial de derechos humanos debida al hecho de que el Departamento de Estado norteamericano lo que escribe es un documento diplomático cuidadosamente elaborado sobre una delgada línea: la que se levanta entre la necesidad de hacer un infor-

⁶⁵ T. SKALNES, “Measurement of Human Rights. Some Problems with its Methodology”, cit., p. 6.

⁶⁶ J. McCAMANT, “A Critique of Present Measures...”, cit., p. 128.

me que no resulte ofensivo al país descrito y al mismo tiempo la urgencia por elaborar conocimiento crítico para los congresistas y senadores de su país. Los informes han mejorado los últimos años. La mayoría de países ya son objeto de informe, cuando antes sólo lo eran aquellos que recibían ayudas o eran candidatas a ello.

World Human Rights Guide es un informe periódico elaborado por Charles Humana, un investigador académico cuyo trabajo no es encargo de alguna institución o asociación de activistas. Este libro guía sobre la situación de los derechos humanos tampoco considera los derechos sociales y económicos, pero no se limita estrictamente al listado usual de derechos civiles y políticos. De esta forma, incluye la libertad en la interrupción del embarazo, si el servicio militar es obligatorio, facilidad para obtener pasaporte, etc. El propósito específico es resumir la situación por países y trazar comparativas. Trabaja con 40 elementos abreviados a los que se asigna un valor entre 1 y 4, algunos de ellos tienen un valor de ponderación especial⁶⁷. Hay 40 preguntas sobre derechos humanos formuladas a cada respectivo país. La gama de posibles respuestas a estas cuestiones es cuatro, un "SÍ" en mayúscula; un "sí" en minúsculas; un "NO" en mayúscula, o un "no" en minúscula. "SÍ" significa que el país es "mayormente libre" (*most liberal*) en esta cuestión, "NO" significa que es "mayormente restrictivo" (*most restrictive*). Las minúsculas indican cumplimiento parcial o existencia de violaciones. La crítica coincide en que no queda claro el criterio en base al cual quedan posicionados en el ranking los diferentes países y que parece que la tabulación final es expresión de la impresión de un autor en particular. Tampoco queda claro cómo se traduce la diferencia entre un "no" y un "NO" en casos concretos, así en cuestiones como la tortura o la coacción estatal *freedom from torture or coercion by state*. ¿Pocos casos de tortura? Y en este supuesto ¿cuántos casos constituyen el límite o el paso de una respuesta a otra? Metodológicamente, si el esquema de medición merece tomarse en serio, un requisito mínimo, se ha dicho, es poder dar una respuesta satisfactoria a estas cuestiones, aunque no resulte fácil obtener un acuerdo sobre la respuesta acerca de los límites. Humana ha ido variando a lo largo de años su sistema para corregir los defectos señalados por sus críticos. Su criterio final fue ceñirse lo máximo posible a los textos legales, sin embargo del total de apartados de su cuestionario casi el 20% correspondía a libertad de prensa, información,

⁶⁷ Ch. HUMANA, *World Human Rights Guide*, cit., p. 27 y ss.

sin razonar por qué se consideran tan relevantes (a expensas de otros derechos). Dos son pues, las principales críticas que se han hecho a este sistema de indicadores: el esquema conceptual previo y su relevancia, y la cuestión de la arbitrariedad⁶⁸. Aunque sean difíciles de superar las limitaciones inherentes a todo propósito de medición global objetivo, parece absurdo que pueda pesar igual puntos obtenidos en el ítem: “libertad para el uso de anti-conceptivos” que en el que se responde sobre “libertad frente a la servidumbre, esclavitud o trabajos forzados infantiles”, o que la “libertad para comprar o consumir alcohol” tenga el mismo peso global que el derecho a la presunción de inocencia. Se critica también la falta de replicabilidad⁶⁹.

Freedom House es una organización independiente no gubernamental cuyo propósito declarado es apoyar la extensión de la libertad en el mundo. Edita la guía “Freedom in the World”. Robert Gastil, apuesta explícitamente por el liderazgo norteamericano en asuntos internacionales como esencial para la causa de los derechos humanos y la democracia. En su consejo hay líderes de negocio, antiguos representantes gubernamentales, pensadores y periodistas. Se presenta como organismo no lucrativo que busca traducir “los valores intangibles de libertad en datos de impacto tangibles” combinando el análisis, la propugnación y la acción.

El *Annual Survey of Political Rights and Civil Liberties*, publica desde 1973, un informe anual, desde la *Freedom House* de Nueva York/ Washington, elaborado en estilo narrativo que incluye datos de cada país, demografía, PIB, grupos étnicos y otra información relevante. Los derechos humanos aparecen como sinónimo de derechos civiles y políticos, esto es, más en correspondencia con el *Bill of Rights* que con la Declaración Universal o los Pactos. Su utilización significa la prevalencia de la sociedad civil frente al Estado⁷⁰. Establece una doble tabla de variables respecto de derechos civiles y políticos y cuestionarios⁷¹. Presenta cuatro revisiones anuales sobre la *Libertad en el Mundo*, la *Libertad de la Prensa*, *Naciones en el Tránsito*, y *Países en el cruce de caminos*, su información aparece disponible en la red con informes especiales. Sobre la propugnación (*advocacy*) se concentra en cuestiones de libertad y democracia con especial insistencia en la libertad de prensa. En la actuali-

⁶⁸ K. BOLLEN, “Political Rights and Political Liberties in Nations...”, cit., p. 193 y ss.

⁶⁹ T. SKALNES, “The Measurement of Human Rights. Some Problems with its Methodology”, p. 7.

⁷⁰ I. AYMERICH, *Sociología de los derechos humanos*, cit., p. 405.

⁷¹ FREEDOM HOUSE, *Freedom in the World. The annual survey...*, cit., p. 75 y ss.

dad (2009) cuentan con más de una docena de oficinas en cuatro continentes. La libertad, declaran, es posible sólo en sistemas democráticos políticos en los cuales los gobiernos son responsables frente al pueblo que representan, la autoridad de la ley prevalece y las libertades de expresión, asociación, creencias y el respeto de los derechos de minorías y mujeres son garantizadas. El *Freedom Map* refleja su visión del estado de la libertad en el mundo con un alcance progresivo de forma que en 2008 se tasa el nivel de derechos políticos y libertades civiles en 193 países y 15 territorios disputados durante 2007. Basado en estas posiciones, los países son divididos en tres categorías: Libre (*free*), parcialmente o en parte libre (*partly free*) y No Libre (*no free*). Un país “libre”, proponen, es aquel donde hay amplio alcance para la abierta competencia política, un clima de respeto para las libertades civiles y la independencia cívica, y existen medios de comunicación independientes. Países en parte libres “parcialmente libres” se caracterizan por la presencia de restricciones en los derechos políticos y las libertades civiles, a menudo en un contexto de corrupción, lucha étnica, confrontaciones o luchas civiles y una cierta debilidad de la ley. Un país “no libre” resulta aquel donde los derechos políticos básicos así como las libertades civiles están ausentes, y son sistemáticamente negados. Sobre su metodología, la puntuación se alcanza dos escalas de siete puntos (un párrafo de libertades civiles, otro de derechos políticos) empleando un índice sumativo de respuestas afirmativas o negativas para cada sección, recoge una dimensión de la libertad en gama de siete puntos de cero. Después de asignar un puesto en la escala en las dos categorías de derechos, estas posiciones se combinan en un único índice sobre estatus de libertad que da lugar la triple clasificación anterior Países puntuados con (1) o (2) son “libres”, puntuados con (6) o (7) “no libres” y resto “parcialmente libres”.

Como en el caso anterior se trata de posiciones que parecen solo reflejo de una impresión general de autores. Los datos no admiten réplica, se critica su relevancia y su invalidez. Se ha destacado que el mayor problema de la fuente *Freedom House* es la inadecuada conceptualización de los derechos políticos y las libertades civiles⁷². La recopilación de datos, categorías y esquemas de medición debe ser revisada críticamente desde el ángulo de si pueden ayudar a *entender* y *explicar* acontecimientos y situaciones, es así como si pueden auxiliar a la realización de los ideales de los derechos huma-

⁷² T. SKALNES, “The Measurement of Human Rights. Some Problems with its Methodology”, cit., p. 9.

nos. Estas carencias, se ha dicho, provenían de que su propósito explícito era hacer un juicio moral sobre países y regímenes, sin una investigación previa sobre los fenómenos observados. Si tal juicio moral en sí mismo supone una mejora de la situación de los derechos humanos en los países a los que afectaba queda poco claro.

8. ALGUNAS PROPUESTAS DE MEJORA

Las deficiencias que mostraban los primeros intentos de medición de los derechos humanos a través de indicadores provocaron que se sucedieran, como hemos señalado, distintas propuestas de mejora. El estrecho contacto que mantenían las instituciones públicas afectadas por la cuestión del desarrollo de los derechos humanos con centros de investigación académicos dedicados a su atención fue dando lugar a un conjunto amplio de iniciativas insistentes en la cuestión práctica así como en la operatividad técnica de los indicadores. La literatura generada es tan extensa que nos conformarnos ahora con señalar las más significativas.

La mayor parte insistían en buscar una técnica que permitiera un criterio previo de ponderación objetivo ajustado a indicadores. Solicitaban de los datos su disponibilidad, periodicidad, validez y confiabilidad, su desagregación y el poder ser comparados internacionalmente. Se pedía transparencia en la metodología, reducción de la ambigüedad en la medición, contraste de fuentes y sensibilidad del indicador hacia los cambios deseados⁷³. Desde el muy dinámico *Danish Institute for Human Rights*⁷⁴, Otto Sano ha subrayado en distintos lugares que los indicadores deben resultar sobre todo prácticos (susceptibles de desarrollarse, precisos y disponibles), legítimos y claros⁷⁵.

⁷³ R. MALHOTRA; N. FASEL, "Quantitative Human Rights Indicators - A survey of major initiatives. Expert meeting on human rights indicators".

⁷⁴ Danish Institute for Human Rights (DANIDA) *Human Rights Indicators. Assessing Opportunities in a World Bank Context*. Draft Report, DIHR, Copenhagen, 2006.

⁷⁵ H. O. SANO, "Implementing human rights. What kind of record?", *Implementing human rights: Essays in honour of Morten Kjærum*, Rikke Frank Jørgensen & Klaus Slavensky (eds.), Danish Institute for Human Rights, 2007, pp. 107-125. H.A. SANO, H. E. ANDERSEN, *Human Rights Indicators at Programme and Project Level - Guidelines for defining indicators, monitoring and evaluation*, Danish Institute for Human Rights," cit. p. 2 y ss.

Kenneth Bollen reclamaba la necesidad de mayor participación, información local y análisis de paneles de jueces de distintas nacionalidades, análisis de validez y relevancia para mejorar la documentación y el análisis de las fuentes existentes. El cálculo podría mejorarse con técnicas de estimación de magnitudes a escala que dieran cuenta de variaciones en la libertad de un país, la distancia entre la real y la hipotética⁷⁶.

Barsh refería la necesidad de considerar niveles de organización social menores que el Estado⁷⁷. Skalnnes, Preworski y Teune subrayaban la incidencia de otros factores de organización como variables de nivel de sistema (*system-level variables*)⁷⁸.

Sobre todo y desde diferentes lugares se venía a coincidir, en la necesidad de un acercamiento multidimensional para la medición de los derechos humanos. López y Sthol, situaban la cuestión de la multidimensionalidad tras resumir los pasos habituales seguidos en las investigaciones realizadas hasta la fecha: (1) Se define y delinea un concepto social importante, (2) se especifican y disgregan las dimensiones relevantes de tal concepto, (3) se calibran y definen operativamente cada una tales dimensiones; (4) se mide cada dimensión con los datos disponibles y (5) las dimensiones son agregadas de nuevo en una medida compuesta. Las investigaciones académicas sobre derechos humanos se habrían esforzado con enorme energía en el primer punto, la definición del concepto, y no tanto en el segundo, la especificación de las dimensiones más relevantes. En general, los derechos humanos comenzaron investigándose como una realidad unidimensional, o, en algunos ejemplos vistos atrás, así el caso de la Freedom House, a través de escalas en una amalgama no especificada de diversas dimensiones. Virtualmente la medición se concentraba en la cantidad, en el número de violaciones de los derechos humanos, pero éstos son un concepto complejo y presentan distintas dimensiones. Estos autores insistían en tres: severidad, frecuencia y alcance (*scope*).

La “severidad” indica el grado de violaciones gubernamentales de los derechos humanos en función el daño causado a las víctimas. Pide un juicio sobre calidad y no cantidad de abusos. Muchos esfuerzos de medición dife-

⁷⁶ K. BOLLEN, “Political Rights and Political Liberties in Nations...” , cit., p. 200 y ss.

⁷⁷ R. L. BARSH, “Measuring Human Rights, Problems of Methodology and Purpose”, cit.

⁷⁸ T. SKALNEN, “The Measurement of Human Rights. Some Problems with its Methodology”, cit., p. 7.

renciaban tipos de violaciones pero trataban la severidad como variable cualitativa o de nivel nominal. No se trazaba una escala en la propia dimensión. Las diferentes tipos de violación eran tratados simplemente como categorías diferentes. Resultaba ilustrativo el caso de Humana quien examinaba diferentes tipos de abuso, unos menores, otros de dureza extrema que “puntúan” de forma igual. Según López y Stohl la severidad debe tratarse como variable cuantitativa. Un régimen con “ciudadanos desaparecidos” debería ser considerado peor que un Estado cuyas violaciones de los derechos humanos en ese ámbito consistieran “sólo” en la encarcelación de sus oponentes⁷⁹. La “frecuencia” de las violaciones de los derechos humanos refiere el número de violaciones gubernamentales en un periodo dado. Si es un hecho aislado, si afecta a un reducido número de personas/ año, o si es una característica regular de la actividad del Estado. La mayoría de las mediciones toman la frecuencia sin combinarla con la severidad lo que conduce a análisis engañosos. Una aproximación que examine sólo la frecuencia arroja la conclusión errónea de que la situación mejora. Lo importante es poder reconocer que dado un nivel de frecuencia, el aumento de la severidad constituye un deterioro de la situación de los derechos humanos. Un esquema ajustado requiere el uso conjunto de ambas dimensiones y el examen de como interactúan⁸⁰. La tercera dimensión refería el alcance, profundidad social, extensión de violaciones de derechos humanos, tamaño y carácter de la población a las que afectan. En cada sociedad interesa, claro, el número bruto de afectados por violaciones pero también interesa saber a qué segmentos de la población van dirigidas –clase, etnia, comunidad religiosa o lingüística, etc.–.

Estas tres dimensiones pueden ser variantes que acompañen el tipo de análisis que nos interesa. La aproximación multidimensional clarifica el procedimiento de medición a la vez que consigue captar la complejidad de los

⁷⁹ El nivel más bajo de abuso sería la humillación simbólica de la víctima; el más alto lesiones físicas o pérdida de la vida. Arrestos arbitrarios o tortura dependerían del grado. A los autores no se les escapaba por alto que la gradación de este tipo de actos, todos ellos atroces o despreciables, quizás fuera cuestión menor en aproximaciones filosóficas, pero los científicos sociales podrían encontrar esta aproximación atractiva. G. A. LÓPEZ; M. STOHL, “Problems of Concept and Measurement...”, cit. p. 217 y ss.

⁸⁰ Algunos regímenes alteran sus estrategias variando niveles de frecuencia y severidad de sus violaciones, se limita la severidad, por ejemplo del maltrato físico, pero luego éste afecta a un número mayor de víctimas; o al revés, afectan a menos pero aumentando la severidad, por ejemplo con asesinatos selectivos. G. A. LÓPEZ, M. STOHL, “Problems of Concept and Measurement...”, cit., p. 226.

conceptos. Su medición explícita facilita caracterizaciones subsiguientes de distintos abusos en los derechos humanos, así como el análisis de las diferentes técnicas que sus regímenes emplean. Disgregar el concepto de abuso permite introducir juicios sobre políticas particulares.

Sobre qué pasos prácticos deben darse para mejorar los sistemas de medición ya existentes y reconociendo que no existe una única forma “correcta” de abordar los derechos humanos, se dan una serie de recomendaciones generales. Sobre las fuentes de información sigue siendo válido afirmar que la existente es escasa, pobre y diseminada. Fruto tanto de la falta de interés académico en este punto como de las dificultades propias de la investigación subrayadas atrás. Se recomienda fuentes múltiples, explicando el origen de los datos, su fortaleza o debilidad, si son propias o de “segunda mano”. Este tipo de omisiones determinan la relevancia y replicabilidad de los esfuerzos de medición. Sobre el potencial de la información periodística, ésta apoyada en la tecnología puede ser fácil y rápidamente transmisible desde distintos puntos del planeta y se le puede solicitar mayor disponibilidad. Se pide ajustar los esquemas de medición al nivel que realmente evidencia la información empleada. Esto afecta a la legibilidad de esquemas, tabulaciones o ranking numéricos, no permitiendo una visión panorámica ¿qué significaba la diferencia entre un Estado puntuado –en una escala de 4 puntos– con 2.05 y otro con 2, 35? ¿Cómo interpretarla? Si la información permite ordenar niveles de compromiso, parece necesario clarificar las distancias sin forzar los intervalos.

Otra sugerencia que nos parece particularmente acertada es que la medición venga presidida por un análisis y un juicio en términos políticos. El estado de los derechos humanos y los datos obtenidos deben ponerse en relación con aspectos teóricos para poder emitir juicios sobre la incidencia de cuestiones políticas en la situación de los derechos. La inferencia a partir de esos presupuestos teóricos quizás suponga una merma del ideal de objetividad de la investigación, no lo creemos así, y en todo caso, es inevitable en todo trabajo estadístico o investigación sobre derechos humanos. No se trata de demandar mediciones demasiado complejas, la simplificación es necesaria y resulta inherente en toda medición en especial en los primeros pasos de una investigación pero esa simplicidad no puede conseguirse a costa del contenido teórico o sin distinguir la incidencia de distintos procesos sociales, económicos políticos o jurídicos. Se requieren indicadores simples pero que contemplen tanto diferentes aspectos o dimensiones de las violaciones

de derechos humanos como incidencias de estructuras a partir de un marco teórico⁸¹. Dada la forma en que se ha recopilado hasta la fecha la información, el resultado conseguido con bases de datos de acontecimientos (*events-based data*) no concuerda con la inversión de recursos en las primeras etapas de la medición. En esta etapa, sólo podemos esperar que tales clasificaciones sean parte de una estructura comprensible que permita reflexionar, aunque sea aproximadamente, sobre el nivel alcanzado por un gobierno en un período de tiempo dado.

9. CONCLUSIONES

Hemos visto cómo los indicadores pueden proporcionar información útil sobre el grado en que se han realizado los derechos humanos en un Estado determinado, su nivel de violación, el éxito o fracaso de su la realización progresiva. Los indicadores pueden proporcionar también información acerca del flujo de los procesos socioeconómicos y políticos relacionados con su protección. Una función esencial de los indicadores de derechos humanos era mostrar la dirección a seguir para cumplir compromisos estatales modificando el valor del indicador y de las variables de incidencia como guía política. En general, y si hubiera que concluir con un juicio sobre el estado de la cuestión, sería de insatisfacción, falta aún un consenso metodológico, no hay criterios básicos consensuados y las investigaciones más conocidas aún no permiten extrapolar resultados para conclusiones fiables. Las coincidencias sobre patrones metodológicos afectan a directrices generales y acuerdos excesivamente amplios⁸². Existe consenso sobre la importancia, utilidad y objetivos generales de los indicadores de derechos humanos pero la discusión no ha logrado suficiente coherencia y todavía existen áreas respecto de las cuales no existe acuerdo. Esto se debe, en mucho, a las múltiples perspectivas e intereses teóricos y prácticos a que da lugar la amplitud del objeto según nos hemos ocupado de señalar. En este sentido se insistido en la necesidad de que el proceso de universalización y exigencia de los derechos humanos sea más inclusivo y participativo para

⁸¹ G. A. LÓPEZ, M. STOHL, "Problems of Concept and Measurement...", cit. p. 227-230.

⁸² E. FILMER Summary Report of Material Collated Regarding Practical Guidance to Implementing Rights-Based Approaches, 2005. www.undp.org/oslocentre/cross.htm.

ganar en legitimidad⁸³. La carencia de un enfoque común constituye un problema para quienes desean construir un sistema de indicadores de derechos humanos simple, coherente y racional. Para unificar esa amalgama de perspectivas parece necesario un marco general explicativo de los derechos humanos que contenga una descripción de los cambios sociales, refiriera condiciones específicas que los hacen posibles y tenga en cuenta la incidencia de variables según estructuras más generales.

El fenómeno de los derechos humanos requiere el conocimiento de la estructura que permite su realización o que da lugar a su violación. La cuestión básica afecta pues, al marco teórico y al concepto. Toda investigación parte de hipótesis así como de una conceptualización de los derechos humanos pues no puede haber estudio alguno que se planteé en términos exclusivamente cuantitativos. *Aplicar la destreza a la medición* estudio de la “inhumanidad del hombre hacia el hombre” por acabar con la expresión de Richard Claude⁸⁴ requiere del estudio de variables en procesos de cambio social pero también de una fuerte base teórica en sede de la sociología de los derechos humanos que reflexione sobre qué modelo sociológico debe subyacer a la investigación con indicadores. Este punto, que creemos vital, la reflexión de la incidencia de estructuras políticas, sociales, jurídicas o económicas, unido a la elaboración previa de un modelo teórico permite concluir que no basta la mera recopilación de hechos y datos. Es necesario enfocarlos desde el punto de vista factores teóricos que inciden en la situación real de los derechos humanos.

Evidentemente el desarrollo pormenorizado de esta sugerencia requeriría otro trabajo específico, en todo caso, suscribimos con Aymerich que “la definición conceptual idónea es la que examina los derechos humanos como pretensiones típicas de legitimidad de un sistema político racionalizado”⁸⁵. De esta manera las proposiciones normativas en que se formulan los derechos fundamentales pueden ser evaluadas fácticamente en la medida en que los ciudadanos acepten de hecho la legitimidad del sistema, obedezcan estas normas, etc. y esto puede comprobarse empíricamente.

⁸³ Recientemente M. MUTUA, “Standar Setting in Human Rights: Critique and Prognosis”, *Human Rights Quarterly*, núm. 29, 2007, pp. 547-630.

⁸⁴ R. P. CLAUDE, Th. B. JABINE, “Exploring Human Rights Issues with Statistics”, cit. p. 7 y ss.

⁸⁵ I. AYMERICH, *Sociología de los derechos humanos*, cit., p. 475.

Hemos señalado algunos patrones de mejora y esperamos haber recogido las principales consideraciones críticas sobre el uso, hasta fechas cercanas, de los indicadores en la investigación de derechos humanos. Algunas de las propuestas metodológicas suscritas, permiten, por lo menos, un acercamiento a posibles mejoras de los sistemas de medición en la investigación de derechos humanos con indicadores.

JESÚS GARCÍA CÍVICO

Filosofía del Derecho

Departamento de Derecho Público

Facultat de Ciències Jurídiques i Econòmiques

Universitat Jaume I

Av. Sos Baynat, s/n

12071 Castelló de la Plana (Spain)

e-mail: civico@dpu.uji.es

LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: EL ART. 12 DE LA CONVENCIÓN DE LA ONU Y SU IMPACTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL¹

THE LEGAL CAPACITY OF PERSONS WITH DISABILITIES: THE ARTICLE 12 OF THE UN CONVENTION AND ITS IMPACT ON THE SPANISH LEGAL SYSTEM

PATRICIA CUENCA GÓMEZ
Universidad Carlos III de Madrid²

Fecha de recepción: 09-09-10
Fecha de aceptación: 24-09-10

Resumen: *Este trabajo se ocupa del estudio del artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y del análisis de su impacto en el Ordenamiento jurídico español. Este precepto supone un cambio fundamental en el tratamiento de la capacidad jurídica que permitirá a las personas con discapacidad acceder al ejercicio de los derechos humanos en condiciones de igualdad con los demás ciudadanos. La adaptación de la legislación española a este novedoso tratamiento exige una reforma profunda del sistema de incapacitación vigente y de sus instituciones básicas.*

Abstract: *This work deals with the study of article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the analysis of their impact on the Spanish legal system. Article 12 implies a fundamental change in the treatment of legal capacity that will allow people with disabilities access to exercise of humans*

¹ Este trabajo se ha elaborado gracias al Programa de Ayudas de la Fundación Gregorio Peces-Barba para el estudio y cooperación en derechos humanos, en el marco del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 "El tiempo de los derechos" CSD2008-00007 y del Proyecto "Historia de los Derechos Fundamentales en el siglo XX", DER2008-0394. Agradezco a Rafael de Asís y a María del Carmen Barranco Avilés sus comentarios y sugerencias.

² Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" y Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho.

rights on an equal basis with others. The adaptation of Spanish legislation to this new treatment requires a thorough reform of the current incapacitation system and its basic institutions.

Palabras clave: discapacidad, capacidad jurídica, incapacitación, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Keywords: disability, legal capacity, incapacitation, Convention on the rights of persons with disabilities.

1. INTRODUCCIÓN

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad –en adelante CIDPD– aprobada por la Asamblea General de la ONU en diciembre de 2006, fue ratificada por España el 21 de abril de 2008 y entró en vigor el 3 de mayo de ese mismo año. Esta Convención amplía, temática e integral cuyo propósito consiste en “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente” tendrá un importante impacto en las diferentes ramas de los ordenamientos jurídicos nacionales³. Pues bien, sin lugar a dudas, la cuestión de la capacidad jurídica es uno de los ámbitos en los que la incidencia de la CIDPD en los Derechos internos será especialmente relevante.

En el presente trabajo pretendo analizar, desde una perspectiva general, el significado y las implicaciones de la CIDPD –y, en particular, de su art. 12– en el tratamiento de la capacidad jurídica y realizar algunas reflexiones acerca de su impacto en el Ordenamiento jurídico español. Como trataré de justificar en lo que sigue –a través del estudio del enfoque que asume, de la filosofía en la que se inspira y de su interpretación sistemática– el art. 12 de la

³ Vid. en general el Informe “El impacto que la ratificación e incorporación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad tiene en el Ordenamiento jurídico español”, coordinado por el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” (<http://www.cermi.es/CERMI/ESP/Biblioteca/Publicaciones/Páginas/Inicio.aspx?TS-MEIdPub=55>). Algunos de los trabajos que integran este informe se han publicado en P. CUENCA GÓMEZ, (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2010.

CIDPD exige a los Estados parte garantizar la igualdad de las personas con discapacidad en el ámbito de la capacidad jurídica, obligando a modificar aquellas legislaciones nacionales, como la española, que se enfrentan con esta exigencia. Esta modificación –en contra de lo señalado por la STS de 29 de abril de 2009 y de la dirección a la que parecen apuntar los informes presentados por el Gobierno español sobre las medidas adoptadas hasta el momento en cumplimiento de la Convención⁴ y las principales medidas a desarrollar en el futuro⁵– debe suponer una renovación sustancial de un campo tradicionalmente resistente a los cambios, que permita a las personas con discapacidad convertirse, de una vez por todas, en auténticos sujetos de derechos en igualdad de condiciones con el resto de los ciudadanos.

2. EL ENFOQUE DEL ART. 12: LA CAPACIDAD JURÍDICA COMO UNA CUESTIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Suele afirmarse que la CIDPD implica un cambio de paradigma en el tratamiento del fenómeno de la discapacidad, que puede sintetizarse en su consideración como una cuestión de derechos humanos⁶. Para valorar la importancia y el alcance de esta afirmación conviene tener presente, de un lado, que, aunque en la actualidad es común abordar la discapacidad desde el enfoque de los derechos humanos, ello no siempre ha sido así⁷ y, de otro, que la asunción de esta perspectiva ha sido en muchas ocasiones meramente nominal y, sobre todo, que casi nunca ha ido acompañada de la adopción de

⁴ Primer Informe sobre medidas adoptadas en cumplimiento de Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad presentado al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad el 5 de mayo de 2010 (<http://www.cermi.es/es-ES/Novedades%20e%20informaci%C3%B3n%20de%20inter%C3%A9s/Paginas/Inicio.aspx?TSMEIdPub=976>)

⁵ Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la Legislación a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad elaborado por la Comisión Interministerial y aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de marzo de 2010 (http://www.infodisclm.com/documentos/informes/informe_convencion_onu.html)

⁶ Vid. por ejemplo, A. PALACIOS y F. BARRIOL, *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Cinca, Colección Telefónica Accesible, Madrid, 2007.

⁷ R. de ASÍS ROIG, “Derechos humanos y discapacidad: algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos” en I. CAMPOY CERVERA, y A. PALACIOS, (coords.), *Igualdad, No Discriminación y Discapacidad. Una visión integradora de las realidades española y argentina*, Dykinson, Madrid, 2007.

las medidas necesarias para su coherente, adecuada y completa plasmación en la realidad⁸. Manejar un enfoque de derechos humanos implica tomarse en serio la idea de que las personas con discapacidad son sujetos que poseen los mismos derechos que el resto de los ciudadanos garantizando la igualdad y la no discriminación de este colectivo en su titularidad, disfrute, protección y ejercicio.

Bajo la rúbrica “Igual reconocimiento como persona ante la ley” el art. 12 de la CIDPD contiene una serie de previsiones cruciales para materializar este enfoque. Este precepto reafirma que “todas las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica” (inciso 1) y obliga a los Estados parte a reconocer “que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida” (inciso 2); a adoptar “todas las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad el acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica” (inciso 3); a asegurar “que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos” especificando algunas de ellas (inciso 4); y finalmente alude (en su inciso 5) a la obligación de garantizar el acceso de las personas con discapacidad a una serie de ámbitos patrimoniales en los que tradicionalmente han visto vulnerada su igualdad de oportunidades. El tenor de este precepto pone de relieve que la CIDPD supone, también, un punto de inflexión en el tratamiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Tradicionalmente, la capacidad jurídica se ha venido considerando en las legislaciones nacionales como una cuestión técnica⁹, cuya regulación ha sido abordada, básicamente, desde una perspectiva iusprivatista¹⁰. Probablemente, la adopción de tal enfoque explica que esta temática haya sido ob-

⁸ Vid. el *Discurso de Bengt Lindqvist*, Relator Especial sobre Discapacidades de la Comisión de Desarrollo Social de las Naciones Unidas, en el 19º Congreso de Rehabilitación Internacional, Río de Janeiro, 25 a 30 de agosto de 2000.

⁹ G. QUINN, “An ideas paper on Legal Capacity”, *Disability, European Foundation Center*, Bruselas, 2009, disponible en <http://www.efc.be/Networking/InterestGroupsAndFora/.../EFCCQfinal.doc>.

¹⁰ F. BARIFFI, “Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU” en L.C. PÉREZ BUENO, (dir.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 353-390, p. 356.

viada por la normativa y las políticas de derechos humanos adoptadas por los Derechos internos, también por el orden jurídico español, en el ámbito de la discapacidad.

Sin embargo, es evidente que las condiciones de acceso a la capacidad jurídica inciden en un sentido esencial en las posibilidades de ejercicio de los derechos humanos¹¹. Esta idea, que en los últimos tiempos parece haber arraigado en la comunidad internacional, se plasma claramente en la CIDPD que contempla la capacidad jurídica, del mismo modo que la discapacidad en general, como una cuestión de derechos humanos. Así, a partir de su entrada en vigor, la capacidad jurídica debe ocupar un lugar de primer orden en una reforma integral orientada a lograr la igualdad de derechos de las personas con discapacidad en cumplimiento del propósito de este instrumento internacional¹².

Ciertamente, la capacidad jurídica constituye la “puerta de acceso al ejercicio de todos los derechos”¹³. En esta línea, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha subrayado el “carácter central” que el art. 12 posee “en la estructura de la Convención” y “su valor instrumental para el disfrute de otros muchos derechos”¹⁴. La capacidad jurídica se erige, así, en “condición *sine qua non* a los efectos del goce y ejercicio de todos los derechos, en igualdad de oportunidades”¹⁵ por parte de las personas con discapacidad.

Como sucede con el resto del articulado de la CIDPD¹⁶, el art. 12 es el resultado de la interacción del principio de igualdad y no discriminación

¹¹ Idem, p.357.

¹² G. QUINN, “An ideas paper on Legal Capacity”, ya citado.

¹³ F. BARRIFFI, “Capacidad jurídica y capacidad de obrar”, cit., p. 357.

¹⁴ “Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, A/HRC/10/48 de 26 de enero de 2009 (http://www2.ohchr.org/english/issues/disability/docs/A.HRC.10-48_sp.doc.) También en el *Manual para Parlamentarios sobre la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo* elaborado por la ONU (<http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?navid=42&pid=1410>) se señala que “El derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley es fundamental, no sólo como derecho en sí mismo, sino también como requisito previo para el pleno goce de otros derechos”.

¹⁵ A. PALACIOS, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Colección CERMI, Ediciones Cinca, Madrid, 2008, p. 419.

¹⁶ Idem, p. 87.

con el derecho al reconocimiento de la capacidad jurídica. Y de igual forma que el conjunto del texto internacional, este precepto supone una aplicación coherente de los valores en los que se sustenta el discurso de los derechos – dignidad, autonomía, solidaridad– al ámbito de la discapacidad y, especialmente, al ámbito de la discapacidad mental o intelectual –pero también al campo de determinadas discapacidades sensoriales– en el que tradicionalmente habían sido pasados por alto o se habían proyectado de manera menos rigurosa¹⁷.

Aunque no puedo detenerme en exceso en el análisis de esta cuestión, es importante señalar que, en todo caso, la superación de esta contradicción exige no sólo una modificación de la normativa y las políticas de derechos humanos, sino también, como se ha ocupado de poner de relieve Rafael de Asís en diversos trabajos, un replanteamiento de la teoría “estándar” de los derechos cimentada sobre un modelo de individuo caracterizado por sus capacidades¹⁸. En efecto, la dignidad humana –referente central del discurso de los derechos– tiene como presupuesto la consideración de los seres humanos como agentes morales, esto es, como sujetos dotados de ciertas “ca-

¹⁷ Vid. en relación con la discapacidad en general G. QUINN y T. DEGENER, *Derechos Humanos y Discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*, Documento Naciones Unidas HR/PUB/02/1, Nueva York y Ginebra, 2002 (http://www.unhchr.ch/html/menu6/2/disability_sp.pdf) y en relación con la discapacidad mental e intelectual G. QUINN, “An ideas paper on Legal Capacity”, cit. Vid. también sobre la proyección de los valores mencionados en el ámbito de la discapacidad I. CAMPOY CERVERA, “Una aproximación a las nuevas líneas de fundamentación de los derechos de las personas con discapacidad”, *Revista telemática de filosofía del derecho*, núm. 8, 2004-2005, pp. 125-155.

¹⁸ Vid. R. de ASÍS ROIG, “La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, elección, Derecho y Poder”, en I. CAMPOY CERVERA, (ed.), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 59-73; “Derechos humanos y discapacidad: algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos” ya citado y “Sobre la capacidad” en F. BARRIFFI, y A. PALACIOS, (coords.), *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos: una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediar, Buenos Aires, en prensa. Un examen crítico del tratamiento que las teorías de la justicia basadas en derechos dan a las personas con discapacidad puede verse en el trabajo de M.C. NUSSBAUM, *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, trad. Ramón Vila Vernis y Albino Santos Mosquera, Paidós, Barcelona, 2007 en el que la autora modifica sus planteamientos anteriores que excluían a algunas personas con discapacidades mentales. Vid. también la crítica de M. A. STEIN, “Disability Human Rights”, *California Law Review*, vol. 95, núm.1, 2007, al trabajo de Nussbaum.

pacidades” y “capaces” de orientarlas hacia la elección, elaboración y puesta de marcha de planes y proyectos de vida¹⁹. Desde estas premisas, se pone en cuestión la “capacidad” moral de aquellos individuos, como las personas con determinadas discapacidades, que no cumplen –o que parece que no cumplen– en una medida satisfactoria los rasgos que definen la idea de dignidad humana. Y la traslación de esta visión al ámbito del Derecho conduce también, como después se verá con algún detalle, a cuestionar su “capacidad” jurídica y, con ello, su aptitud para ejercer por sí mismos los derechos fundamentales que el sistema jurídico les reconoce. Una teoría de los derechos coherente debería reconocer la igual capacidad moral de todos seres humanos sin exclusiones; contribuir a erradicar los prejuicios existentes en relación con las personas con discapacidad que, en muchas ocasiones, poseen una “capacidad” plena para poner en marcha sus proyectos de vida y justificar, en aquellas situaciones en las que los individuos pueden encontrar dificultades para su desarrollo moral, la adopción de medidas tendentes a eliminarlas o paliarlas. A mi modo de ver, estas ideas subyacen tras la CIDPD y forman parte del enfoque desde el que el art. 12 aborda la cuestión de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

3. LA FILOSOFÍA DEL ART. 12: LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DESDE EL MODELO SOCIAL

Todo el texto de la CIDPD, y también su artículo 12, plasma la filosofía propia del modelo social de la discapacidad²⁰. Y, como ocurre en el tratamiento de la discapacidad en general, también el modelo social es el único plenamente compatible con la consideración de la capacidad jurídica como una cuestión de derechos humanos y con la exigencia de igualdad de las personas con discapacidad en este ámbito. En todo caso, para valorar lo acertado de esta afirmación y comparar las implicaciones que se derivan del tratamiento de la capacidad jurídica conforme a los postulados del modelo social con las que se desprenden de su visión de acuerdo con los presupuestos del modelo médico, resulta impres-

¹⁹ Vid. G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Sobre el fundamento de los derechos humanos. Un problema de moral y de Derecho” en J. MUGUERZA y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989, pp. 265-277 y *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Cuadernos del Instituto “Bartolomé de las Casas”, núm. 26, Dykinson, 2002.

²⁰ La plasmación del modelo social en la Convención ha sido analizada con detalle por A. PALACIOS en el trabajo antes citado *El modelo social de discapacidad*.

cindible realizar con carácter previo algunas precisiones conceptuales y terminológicas en torno a la noción de “capacidad jurídica”.

3.1. Personalidad jurídica y capacidad jurídica

Como antes se señaló, el art. 12 de la CIDPD emplea los términos personalidad jurídica, en su inciso primero, y capacidad jurídica, en su inciso segundo. Dejaré para un análisis posterior la determinación del sentido de estos conceptos en el texto de la Convención. En este momento me limitaré a analizar su significado con carácter general.

La personalidad jurídica se identifica con la capacidad de ser reconocido como persona ante la ley y, por tanto, constituye un requisito previo o una precondition imprescindible para la adquisición de derechos y deberes²¹. Por lo que respecta a la noción de capacidad jurídica, cabe diferenciar, a su vez, dos dimensiones o elementos. De un lado, un elemento estático o pasivo que hace referencia a la capacidad o idoneidad para ser sujeto o titular de derechos (*capacity of rights*). Y, de otro, una dimensión dinámica o activa que alude a la aptitud de los sujetos para ejercer por sí mismos dichos derechos (*capacity of act*)²².

En los ordenamientos jurídicos de base latina –como el ordenamiento jurídico español– se establece una distinción entre personalidad jurídica, capacidad jurídica y capacidad de obrar²³. La personalidad jurídica se define

²¹ Vid “Informe presentado por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre Capacidad Jurídica” para la Sexta reunión del Comité Especial de la Convención sobre discapacidad (<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/documents/ahc6ohchrlegalcap.doc>).

²² Este es el modelo seguido en el Derecho francés que distingue en la capacidad jurídica entre capacidad de goce y de ejercicio y que inspira gran parte de los ordenamientos latinoamericanos.

²³ Vid. entre otros, F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, T.II, Civitas, Madrid 1984, p. 3 y pp. 49 y 50 y L. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derecho civil. Volumen I*, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2003. Sobre la temática de la capacidad jurídica y la discapacidad, Vid. J.J. SOTO RUIZ, “El estatus jurídico de las personas con discapacidad en las leyes de cabecera del ordenamiento jurídico privado” en R. DE LORENZO, y L.C. PÉREZ BUENO (dirs.), *Tratado sobre Discapacidad*, Thomson, Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 577-622 y C. PÉREZ DE ONTIVEROS, “La capacidad jurídica y la capacidad de obrar: el artículo 12 de la Convención, sus implicaciones en el Derecho Privado español”, *Capacidad Jurídica y Discapacidad. Un Estudio de Derecho Privado Comparado a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cuaderno de trabajo núm. 7, España: Derecho Común, Congreso Permanente sobre Discapacidad y Derechos Humanos, Madrid, 2009.

en los términos previamente descritos²⁴. Por su parte, la capacidad jurídica se identifica con el elemento estático antes señalado, esto es, con la posibilidad de ser titular de derechos²⁵. Y, finalmente, la capacidad de obrar alude a la dimensión dinámica, es decir, a la aptitud para el ejercicio de los derechos²⁶.

Como se comprobará, ya se diferencie exclusivamente entre personalidad jurídica y capacidad jurídica o ya se añada a este binomio el concepto de capacidad de obrar, lo relevante para el tema que nos ocupa es que mientras que la personalidad jurídica y la capacidad para ser titular de derechos, también de derechos fundamentales, (capacidad jurídica en el sistema español) se adquieren por el hecho de ser persona²⁷; la capacidad de ejercer los derechos, también los derechos fundamentales, (capacidad de obrar en el sistema español) se entiende que puede ser limitada o restringida por razón

²⁴ Según F. DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, cit., p. 31 la personalidad jurídica es la “cualidad jurídica de ser titular y perteneciente a la comunidad jurídica que corresponde al hombre (como tal)”.

²⁵ Idem, p. 46. Se trata “de una cualidad pasiva para ser receptor de efectos jurídicos”, M.E. ROVIRA SUEIRO, *La relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia discapacidad*, Ed. Ramón Areces, p. 14 siguiendo a E. RAMOS CHAPARRO, *Ciudadanía y Familia: Los Estados Civiles de la Persona*, Ed. Cedes, Barcelona, 1999. En concreto, F.J. BASTIDA FREIJEDO, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 84, se refiere a la capacidad jurídica “iusfundamental” que “refleja la abstracta capacidad del individuo para ser sujeto de imputación de derechos y obligaciones fundamentales”.

²⁶ Es aquella “cualidad jurídica de la persona que determina –conforme a su estado– la eficacia jurídica de sus actos”, F. DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, cit., pp. 49 y 50. Y, en este sentido, posee, a diferencia de la capacidad jurídica, un carácter activo. También alude F.J. BASTIDA FREIJEDO, *Teoría General...*, cit., p. 86, a la capacidad de obrar “iusfundamental” definida como “como la capacidad para que el titular del derecho lo ejerza por sí mismo, cuando reúne las condiciones exigidas para poner en práctica las concretas facultades que forman parte del contenido subjetivo del derecho”.

²⁷ En nuestro sistema la capacidad jurídica se considera reflejo de la personalidad y, por ende, es la misma para todas las personas, no conoce de grados ni modificaciones y no se ve afectada por las circunstancias personales de los individuos, A. GORDILLO CAÑAS, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 26 y ss. y A. GULLÓN BALLESTEROS, “Capacidad jurídica y capacidad de obrar” en *Los discapacitados y su protección jurídica*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp.13-22, pp. 13 y 14. Como señala F.J. BASTIDA FREIJEDO, *Teoría General...*, cit., p. 84 “la mera adquisición de la personalidad es, conforme al art. 10, el único requisito para la posesión de la dignidad y para el disfrute de la capacidad jurídica iusfundamental a ella anudada, que, en ese sentido, vendría a identificarse con la capacidad para ser titular de los derechos inviolables que le son inherentes”.

de determinados rasgos “personales” o “naturales”²⁸, que se considera impiden a los sujetos autodeterminarse libremente de manera consciente y responsable. Entre ellos –como consecuencia de la adopción del modelo médico en el tratamiento de este fenómeno– se incluye en la práctica totalidad de los sistemas jurídicos, y también en el sistema español, la discapacidad.

3.2. Modelos de tratamiento de la discapacidad y capacidad jurídica

Los modelos de tratamiento de la discapacidad ofrecen respuestas distintas a la cuestión de los derechos de las personas con discapacidad y, consecuentemente, a la cuestión del reconocimiento de su capacidad jurídica²⁹. Dejando al margen el modelo de la prescindencia³⁰ –claramente enfrentando con un enfoque de derechos humanos y en relación con el cual cabría afirmar que las personas con discapacidad no tendrían si siquiera reconocida la condición de persona (no tendrían, por tanto, personalidad jurídica)³¹– me centraré en el análisis del modelo médico y del modelo social³².

²⁸ Así, en el ordenamiento jurídico español la capacidad de obrar no es la misma para todos, sino que se presenta como contingente y variable en función de las condiciones personales de los sujetos, A. GULLÓN BALLESTEROS, “Capacidad jurídica y capacidad de obrar”, cit., p. 14.

²⁹ Una exhaustiva descripción de estos modelos puede encontrarse en A. PALACIOS, *El modelo social de discapacidad*, obra ya citada.

³⁰ Como ha señalado A. PALACIOS en *Idem*, pp. 36 y ss. el modelo de la prescindencia entiende que las causas que dan origen a la discapacidad son religiosas. Las personas con discapacidad se consideran innecesarias por diferentes razones –porque son una carga para su familia y para la sociedad; porque son un castigo divino; porque, por lo desgraciadas, sus vidas no merecen la pena ser vividas– y se decide prescindir de ellas, ya sea a través de la aplicación de políticas eugenésicas, ya sea marginándolas o tratándolas como objeto de caridad.

³¹ M. NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, 2nd revised edition, N.P. Engel Publisher, 2005, p. 369 “el reconocimiento de la personalidad jurídica supone una condición previa e ineludible para el goce y ejercicio de todos los derechos individuales...sin este derecho, el individuo podría ser reducido a un mero objeto” no sería “considerado una persona en el sentido jurídico, y, por tanto, podría ser privado de todos los demás derechos, incluido el derecho a la vida...”. Cabe precisar que en el momento histórico en el que surge el modelo de la prescindencia no existe el concepto de persona, ni de personalidad jurídica.

³² Además de A. PALACIOS, *El modelo social de discapacidad*, cit., pp. 66 y ss., Vid. sobre estos modelos M. OLIVER, *Understanding Disability. From theory to practice*, Palgrave, Malasia, 1996; C. BARNES, y G. MERCER, *Disability*, Polity Press, Cambridge, 2003 o L. BARTON, (comp.) *Discapacidad y sociedad*, Morata, Madrid, 1998.

El modelo médico o rehabilitador considera la discapacidad como un problema centralmente *individual*, que tiene su origen en las “limitaciones” de la persona originadas por el “padecimiento” de una deficiencia. Desde este enfoque, las personas con discapacidad deben “normalizarse” o “rehabilitarse” para poder ser integradas en la sociedad. De este modo, la normalización se convierte en requisito previo para la integración y, por tanto, se presenta como una condición imprescindible para que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones y, consecuentemente, para su acceso en idénticos términos a la capacidad jurídica.

Asumiendo esta visión, el modelo médico reconoce a todas las personas con discapacidad personalidad jurídica y la dimensión estática de la capacidad jurídica (esto es, capacidad jurídica en el Derecho español) considerándolos titulares de los mismos derechos fundamentales que poseen los demás ciudadanos. Ahora bien, al mismo tiempo, permite y justifica la introducción de importantes restricciones y limitaciones en la capacidad de ejercicio de los derechos (esto es, en la dimensión dinámica de la capacidad jurídica o, en los términos del sistema español, en la capacidad de obrar) en relación con algunas personas con discapacidad.

En este sentido, el modelo médico parte de la consideración de que las personas “normales” poseen ciertas capacidades cognitivas –sentir, razonar, comunicarse de determinados modos o maneras consideradas apropiadas– que les convierten en agentes “capaces” para tomar decisiones sobre su vida y sus derechos de un forma “correcta”, es decir, de manera libre, autónoma, independiente y responsable³³. Partiendo de tal premisa, aquellas personas que no encajan en este patrón “estándar” abstracto e ideal –singularmente sujetos con discapacidades psíquicas o mentales, pero en ocasiones también sensoriales– son directa o indirectamente etiquetadas como “incapaces”. La respuesta que este modelo ofrece a las personas que tienen dificultades para adoptar sus propias decisiones según los anteriores parámetros de “normalidad” consiste, de un lado, en negarles dicho derecho restringiendo, limitando e incluso anulando su capacidad jurídica. Y, de otro, en conferir dicho derecho a un tercero que completa su limitada capacidad, sustituyendo a la persona con discapacidad en la adopción de las elecciones que no puede realizar por sí mismo y en el ejercicio de los derechos con ellas vinculados. Así, el llamado modelo de sustitución en la toma de decisiones se presenta

³³ Vid. también R. de ASÍS ROIG, “Sobre la capacidad jurídica”, antes citado.

como pieza imprescindible del tratamiento de la capacidad jurídica desde la óptica del enfoque médico.

Para finalizar la exposición de las implicaciones que se derivan de la adopción de la perspectiva médica y del modelo de sustitución en el ámbito de la capacidad jurídica, me parece relevante realizar tres órdenes de consideraciones.

La primera es que el modelo médico no considera problemática desde el punto de vista de los derechos la limitación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, sino que la acepta como algo natural, inevitable y, por ende, perfectamente tolerable. Y, más aún, contempla tal limitación como una restricción necesaria para la protección de estos sujetos³⁴.

La segunda es que el enfoque rehabilitador, aunque *de iure* sólo limita la capacidad jurídica de determinadas personas con discapacidad, *de facto* dificulta el ejercicio de los derechos de todas las personas con discapacidad, también de aquéllas a las que en teoría reconoce plena capacidad jurídica. Y ello porque desde este modelo son las personas con discapacidad las que tienen que adaptarse individualmente a unos derechos universales diseñados por y para el ciudadano estándar, de manera que cuando no consiguen superar sus “desviaciones” ineludiblemente verán restringidas sus posibilidades de ejercicio de los derechos.

En tercer lugar, conviene tener presente que la limitación de la capacidad jurídica afecta no sólo a la esfera económica, sino también a esferas políticas, civiles, ciudadanas y personales³⁵. Sin embargo, los sistemas de sustitución se centran en exceso –como consecuencia del tratamiento de la capacidad jurídica desde los principios propios del Derecho civil– en la protección de los aspectos patrimoniales y descuidan las demás esferas³⁶. En efecto, por lo que respecta a los aspectos no patrimoniales, y a pesar de que también sobre ellos se proyectan en muchas ocasiones los mecanismos de sustitución, no suelen establecerse previsiones específicas, lo que conlleva el

³⁴ L.C. PÉREZ BUENO, “La capacidad jurídica y su revisión a la luz de la Convención: una visión desde el movimiento asociativo español”, p. 9, artículo elaborado a partir de los materiales preparados para la intervención del autor en el II Encuentro Interamericano sobre Discapacidad, Familia y Comunidad, organizado por la Asociación AMAR, en Buenos Aires, República Argentina, los días 7 y 8 de noviembre de 2009 http://www.convenciondiscapacidad.es/.../CapacidadJuridica_29112009.doc

³⁵ *Ibíd.*, p. 9.

³⁶ F. BARIFFI, “La capacidad jurídica ...”, *cit.*, p. 383.

desamparo de las personas “incapacitadas” en estos ámbitos. La excepción la constituyen algunos derechos personalísimos –muchos de ellos relacionados con el tratamiento médico– en los que la sustitución se permite expresamente, se regula específicamente y se reviste de algunas garantías especiales³⁷.

En relación con esta temática, interesa señalar que algunos planteamientos defienden la conveniencia de circunscribir la operatividad de los mecanismos de sustitución al ámbito patrimonial, dejando al margen aquellas cuestiones que inciden en el ejercicio de derechos fundamentales. En este sentido, se afirma que para el válido ejercicio de tales derechos bastaría con que su titular posea lo que se denominada “capacidad natural” entendida como la capacidad de entendimiento y juicio suficientes para comprender, dada una determinada situación, el alcance y consecuencias de la decisión a adoptar³⁸. Sin embargo, a mi modo de ver, esta posición, a pesar de que trata de ser más respetuosa con la autonomía de las personas con discapacidad, plantea problemas evidentes. Y es que la prohibición de la sustitución en los ámbitos vinculados a los derechos fundamentales, sin que se prevean otras medidas orientadas a superar los obstáculos que las personas pueden encontrar para el ejercicio de su llamada “capacidad natural”, puede redundar en su exclusión total de unas esferas de actuación consideradas esenciales³⁹.

En síntesis, el tratamiento de la capacidad jurídica desde el modelo médico y los mecanismos de sustitución expresa una actitud excesivamente paternalista, genera sobreprotección, refuerza los estereotipos y actitudes ne-

³⁷ Por ejemplo, en relación con la esterilización, los ensayos clínicos, los internamientos y tratamientos forzosos que afectan al derecho a la capacidad reproductiva, a la salud, a la integridad física y moral, a la libertad etc. Las garantías señaladas suelen consistir en la necesidad de autorización judicial para que opere la sustitución de la voluntad de la persona afectada.

³⁸ Vid. por ejemplo M. J. SANTOS MORÓN, *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos: honor, intimidad e imagen*, Escuela Libre, Madrid, 2000.

³⁹ A este problema alude C. PÉREZ DE ONTIVEROS en su trabajo “La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar”, *Derecho privado y Constitución*, núm. 23, 2009, pp. 335-368, p. 364. La autora considera que las medidas sustitutivas –que, a su juicio, no están totalmente excluidas por la CIDPD– no deben incidir en las cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales cuando las personas a ellas sometidas tengan suficiente capacidad natural, pero no deja de apuntar que la Convención obliga a “reflexionar acerca del establecimiento de mecanismos más flexibles de actuación que potenciaran la posible capacidad residual de la persona incapacitada”.

gativas hacia las personas con discapacidad, infravalora sus aptitudes y perpetúa su dependencia⁴⁰. Las personas con discapacidad se convierten en sujetos pasivos en relación con sus derechos, lo que supone una vulneración de su igual dignidad y autonomía.

Distanciándose del modelo médico, el denominado modelo social se caracteriza por trasladar el centro del “problema” de la discapacidad desde el individuo a la sociedad⁴¹. De acuerdo con esta nueva óptica, las causas que dan origen a la discapacidad no se consideran personales –o, al menos, no principalmente personales– sino preponderantemente sociales⁴². Dicho de otro modo, no son las limitaciones individuales ocasionadas por las deficiencias las que *discapacitan*, sino las limitaciones de una sociedad que no toma en consideración ni tiene presentes a las personas con discapacidad, estableciendo barreras que las excluyen y discriminan⁴³. Para el modelo social la discapacidad es, por ende, una cuestión de discriminación y exclusión y, por tanto, una cuestión de derechos humanos.

El modelo social asume una mirada “desde” los derechos⁴⁴ porque considera que las limitaciones que las personas con discapacidad padecen para participar plenamente en la vida social no son ni naturales, ni inevitables, ni tolerables, sino el producto de una construcción social y de relaciones de poder que constituyen una violación de su dignidad intrínseca. Y mira “hacia”

⁴⁰ Como ha señalado G. QUINN, “An ideas paper on Legal Capacity”, cit., el modelo de sustitución introduce a las personas con discapacidad intelectual en un círculo vicioso, dado que la negación del derecho a tomar sus propias decisiones por sí mismos provoca que las habilidades para hacerlo no estén suficientemente desarrolladas y ésta es precisamente la justificación a la que se apela para considerarlos incapaces. Vid. también en esta línea “Key elements of a system for supported decision making”, Inclusion Europe, <http://www.inclusion-europe.org/documents/Position%20Supported%20Decision%20Making%20EN.pdf>.

⁴¹ G. QUINN y T. DEGENER, *Derechos Humanos y Discapacidad*, cit., p. 12.

⁴² A. PALACIOS, *El modelo social de discapacidad*, cit., p. 103.

⁴³ Vid. en este sentido los Principios Fundamentales elaborados por UPIAS en 1976 (siglas en inglés de la Unión de Personas con Discapacidad Física contra la Segregación) en relación con la discapacidad física, que luego se extendieron para incluir otro tipo de discapacidades. Vid. también M. OLIVER, “¿Una sociología de la discapacidad o una sociología discapacitada?”, cit., p. 47; J. MORRIS, *Pride against prejudice. A Personal Politics of Disability*, Women’s Press Ltd., London, 1991, p. 17 y G. QUINN y T. DEGENER, *Derechos Humanos y Discapacidad*, cit., p. 12.

⁴⁴ R. de ASÍS ROIG, F. BARIFFI y A. PALACIOS, “Principios éticos y fundamentos jurídicos” en DE LORENZO, R. y CAYO PÉREZ BUENO, L., (dirs.), *Tratado sobre Discapacidad*, cit., pp. 83-113, p. 84.

los derechos⁴⁵ porque entiende que el Estado y la sociedad tienen la responsabilidad de acabar con esta exclusión, garantizando el pleno respeto de la igual dignidad de las personas con discapacidad. Así, las respuestas sociales frente al fenómeno de la discapacidad consisten, precisamente, en políticas de derechos humanos.

El modelo social rechaza la ideología de la normalización al considerar que la idea normalidad no es neutra, sino que es algo impuesto por quienes responden “a los parámetros físicos y psíquicos del estereotipo culturalmente dominante”, generando barreras y limitaciones a la participación de aquéllos que no encajan en el modelo estándar⁴⁶. Pues bien, el art. 12 de la CIDPD es directa consecuencia de la extensión de los presupuestos del modelo social al ámbito de la capacidad jurídica y, con ello, al campo de determinadas diversidades en relación con las cuales subsisten importantes prejuicios para su aceptación. En este contexto, el modelo social exige la construcción de una nueva visión de la capacidad jurídica que tenga en cuenta, al menos, las siguientes dimensiones:

- 1) La capacidad jurídica no es algo “natural”, sino una construcción social que históricamente ha servido para excluir del mundo del Derecho y de los derechos a determinados colectivos, entre ellos, a las personas con discapacidad⁴⁷.

⁴⁵ Ibídem.

⁴⁶ Ch. COURTIS, “Discapacidad e inclusión social: retos teóricos y desafíos”, *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 51, p. 7.

⁴⁷ Vid. A. DHANDA, “Advocacy Note on Legal Capacity”, *World Network of Users and Survivors of Psychiatry*, p. 1: “Lo primero que hay que valorar en relación con la capacidad jurídica es que es una construcción social y de este modo refleja elecciones que las sociedades han hecho en diferentes épocas. Históricamente, la capacidad ha sido un atributo o una presunción que el Derecho ha concedido o denegado a diferentes poblaciones... De este modo, cuando nos estamos preguntando por la incapacitación legal que se aplica contra nosotros (personas con discapacidades psicosociales), estamos, por decirlo de algún modo, pisando caminos que ya han sido recorridos por otros grupos excluidos. Estamos afirmando que la incapacidad que la sociedad sitúa en relación a algunos de nosotros es falsa y que tenemos derecho a vivir, como los demás, en nuestros propios términos” (http://www2.ohchr.org/SPdocs/CRPD/.../WNUSP_Legal_Capacity.doc). También T. MINKOWITZ, insiste en que la capacidad jurídica es una construcción social y legal y no un atributo de la persona “The paradigm of supported decision making”, presentación basada en los trabajos desarrollados en Grupo de Trabajo sobre la capacidad jurídica (http://www.publicadvocate.vic.gov.au/.../0909_Supported_Decision_Making.pdf).

- 2) Dicha construcción social ha privilegiado cierto tipo de capacidades⁴⁸ y determinadas maneras de desarrollarlas consideradas “estándar”, discriminando a aquéllos que no poseen plenamente tales capacidades o que las realizan de otro modo. Frente a esta visión, el modelo social afirma que no puede justificarse que unas capacidades valgan más que otras, ni que existan formas correctas de desarrollarlas⁴⁹.
- 3) La idea de “normalidad” que maneja el modelo médico no es más que un mito. En efecto, la mayoría de las personas consideradas “normales” –y etiquetadas, por tanto, como “capaces”– adoptan sus elecciones de forma interdependiente; condicionadas por el contexto social, económico etc.; buscando el apoyo y consejo de los demás (expertos, amigos); no siempre toman sus decisiones de manera “racional”; ni escogen aquéllas opciones más adecuadas para su “mejor interés”⁵⁰.
- 4) La idea capacidad es un concepto “gradual” y “relativo”⁵¹ y no un concepto “binario”⁵². La sociedad no se divide en sujetos capaces e incapaces, sino que está conformada por sujetos con capacidades diversas, que pueden encontrarse en diferentes situaciones, enfrentarse a más o menos dificultades para desarrollar su autonomía moral y necesitar niveles de ayuda o asistencia distintos y más o menos intensos para adoptar sus decisiones.
- 5) La diferencia en las capacidades y las dificultades para su desarrollo pueden tener su origen no tanto en los rasgos de la persona, como en “la manera en la que hemos construido nuestro entorno, no sólo físico, sino también intelectual”⁵³.

⁴⁸ A. DHANDA, “Advocacy Note on Legal Capacity”, cit., pp. 2 y 3 : “La construcción de la capacidad jurídica está basada sobre estándares normativos respecto de habilidades cognitivas. Esa prioridad que se otorga a las habilidades cognitivas es cuestionable dado que no todos nosotros utilizamos las habilidades cognitivas para tomar nuestras decisiones. ¿Aquellos que nos basamos en emociones o en intuiciones para tomar nuestras decisiones deberíamos ser considerados incapaces? El Derecho, al otorgar primacía a cierta manera de ser o estar en el mundo parece estar fabricando etiquetas de incapacidades.” Igualmente, T. MINKOWITZ, “The paradigm of supported decision making”, cit., sostiene que la capacidad jurídica, al construirse como dependiente de determinadas capacidades cognitivas, perceptivas, físicas, de comunicación y relacionales discrimina por motivos de discapacidad.

⁴⁹ R. de ASÍS ROIG, “Sobre la capacidad jurídica”, antes citado.

⁵⁰ “Key elements of a system for supported decision making”, *Inclusion Europe*, cit.

⁵¹ R. de ASÍS ROIG, “Sobre la capacidad jurídica”, cit.

⁵² G. QUINN, “An ideas paper on Legal Capacity”, cit.

⁵³ R. de ASÍS ROIG, “Sobre la capacidad”, cit.

En definitiva, el modelo social “desgarra el velo de la normalidad”⁵⁴ que justifica la exclusión de las personas con discapacidad del ámbito de la capacidad jurídica. Desde sus premisas, las personas con discapacidad son titulares de los mismos derechos que los demás ciudadanos, pero, además, han de poder ejercerlos en condiciones de igualdad. Ello implica que las personas con discapacidad deben tener reconocida plena capacidad jurídica (en sus dos dimensiones, o, en los términos de la legislación española, capacidad jurídica y de obrar) en igualdad de condiciones.

En consonancia con los presupuestos definitorios de este modelo, no son las personas las que tienen cambiar para poder merecer el “atributo” de la capacidad jurídica, de manera que puedan ser privadas de ella y sustituidas por un tercero en la toma de sus decisiones cuando no consiguen superar sus “deficiencias”, sino que es esta construcción social la que debe adaptarse a la situación de las personas con discapacidad⁵⁵. Y lo mismo cabe decir en general en relación con el ejercicio de todos derechos: son los derechos los que tienen que adaptarse a la situación de la persona y no la persona la que ha de amoldarse a los derechos. Esta es una de las ideas fuerza que guía la CIDPD y que se deja sentir también en el art. 12⁵⁶. Dicha adaptación debe materializarse a través de las herramientas propias del modelo social: la accesibilidad universal⁵⁷ y los ajustes –apoyos individualizados– razona-

⁵⁴ L. FERRAJOLI, “La democracia constitucional” en Ch. COURTIS, *Desde otra mirada. Textos de la teoría crítica del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 2001, p. 267.

⁵⁵ T. MINKOWITZ, “The paradigm of supported decision making”, cit., insiste en que el modelo social se aplica también al ámbito de la capacidad jurídica y que ello implica entender que no se trata de un problema que esté en el interior de la persona, sino de un problema de la sociedad que debe relacionarse de otra manera con las personas que “funcionan” de un modo diferente.

⁵⁶ A. PALACIOS y F. BARIFFI, *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*, cit., p. 56.

⁵⁷ La CIDPD en su artículo 9 establece que, con el fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes deberán adoptar medidas apropiadas para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertas al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso en toda una serie de ámbitos.

bles⁵⁸; herramientas que son aplicables también al campo de la capacidad jurídica⁵⁹.

El reconocimiento de la igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad requiere, en efecto, que se erradiquen las barreras que dificultan la toma de las propias decisiones y donde las dificultades persisten no se trata de transferir el derecho a decidir a un tercero, sino de poner a disposición de las personas los ajustes necesarios⁶⁰ – que pueden consistir en el apoyo de un tercero – para poder ejercer ese derecho con las debidas garantías.

La accesibilidad de los ámbitos en los que debe desplegarse la capacidad jurídica resulta crucial para lograr la igualdad de las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos⁶¹. Cuando las medidas de accesibilidad no son suficientes, debe establecerse un sistema de apoyo personalizado adaptado a la situación de la persona que permita el ejercicio de su capacidad jurídica. Ello implica que un tercero interviene en la esfera de toma de decisiones de la persona. Ahora bien, esta intervención tiene un sentido muy diferente que la intervención propia del modelo médico, en tanto no supone una vulneración ni una sustitución de la autonomía, sino una promoción y un apoyo de la autonomía⁶². La intervención del tercero no se realiza, ni directa ni indirectamente, en función de los rasgos de la persona, atendiendo, no tanto a la evaluación de sus capacidades⁶³, como a la situación en la que se encuentra⁶⁴. Y su actuación

⁵⁸ Los ajustes razonables son, según la definición del art. 2 de la CIDPD, “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.

⁵⁹ R. de ASÍS ROIG, “Sobre la capacidad jurídica”, cit.

⁶⁰ “Principios para la implementación del artículo 12 de la CDPD” adoptados por la International Disability Alliance (IDA), <http://www.internationaldisabilityalliance.org>

⁶¹ T. MINKOWITZ, “The paradigm of supported decision making”, cit. y “Advocacy note on Legal capacity” (by World Network of Users and Survivors of Psychiatry), Discusión general sobre el art. 12, 21 de octubre de 2009 (<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/DGD21102009.aspx>).

⁶² A. PALACIOS, *El modelo social*, cit., p. 286. T. MINKOWITZ, “The paradigm of supported decision making”, cit., destaca como la autonomía es compatible con la toma de decisiones interdependientes y que, de hecho, este es el modo “normal” de toma de decisiones.

⁶³ Idem.

⁶⁴ R. de ASÍS ROIG, “Sobre la capacidad jurídica”, cit. En este sentido, no sólo las personas con ciertas discapacidades pueden requerir apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica, sino todas las personas con discapacidad y no sólo las personas con discapacidad, “Key elements of a system for supported decision making”, Inclusion Europe, ya citado.

no consiste en decidir por la persona sustituyendo, sino en ayudar a decidir, en acompañar en la decisión, en decidir con la persona y para la persona.

De este modo, los mecanismos de apoyo pueden y deben proyectarse, cuando así lo requiera la situación de la persona y, obviamente, con las debidas garantías, en todas las esferas en las que ésta actúa. El modelo de apoyo vendría, así, a solucionar el dilema ante el que nos situaba el modelo de sustitución, que se presenta como especialmente dramático cuando incide en cuestiones ligadas al ejercicio de derechos fundamentales. En efecto, mientras que permitir la sustitución en este ámbito supone una injerencia indebida en la autonomía de la persona, prohibir toda actuación de un tercero impide el desarrollo de dicha autonomía, pudiendo implicar, en algunas situaciones, la privación injustificada del ejercicio de los derechos, en otras palabras, una discriminación. Frente a esta disyuntiva, la articulación de medidas de apoyo potencia las oportunidades de ejercicio de los derechos sin que ello suponga una invasión arbitraria de la autonomía. Se trata, en este sentido, de poner a disposición los sujetos que se encuentran en determinadas situaciones los medios o instrumentos necesarios –en este caso la asistencia de un tercero– para poder desarrollar libremente su poder de elección autónoma⁶⁵.

4. EL SIGNIFICADO DEL ART. 12 EN CONTEXTO: ALGUNOS ELEMENTOS CLAVE

En este apartado pretendo analizar el sentido y las principales implicaciones del art. 12 de la CIDPD que, como se indicó, recoge las disposiciones más importantes de este Tratado Internacional relativas a la capacidad jurídica.

A la hora de interpretar estas disposiciones adquieren una importancia central el modelo social de discapacidad que inspira la CIDPD, el contenido de su Preámbulo⁶⁶ y el de otras disposiciones de su articulado, especialmen-

⁶⁵ Como han señalado R. de ASÍS ROIG y M.C. BARRANCO AVILÉS, “El derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”, en M.C. BARRANCO AVILÉS, (coord.), *Situaciones de dependencia, discapacidad y derechos*, Dykinson, Madrid, en prensa, la autonomía estaría integrada por dos grandes bloques de exigencias o contenidos: un contenido de no intervención o invasión y un contenido de promoción.

⁶⁶ Que, por ejemplo, reconoce en su inciso m) “la importancia que para las personas con discapacidad reviste su independencia y autonomía individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones”.

te, el art. 1, que establece el propósito de este instrumento⁶⁷; el art. 2, que contiene la definición abierta e inclusiva de personas con discapacidad⁶⁸; el art. 3, que recoge los principios generales que deberán informar el resto del articulado y que pueden sintetizarse en los principios de dignidad e igualdad⁶⁹; o el art. 5.2 que se refiere a la noción de discriminación por motivos de discapacidad⁷⁰, entre otros⁷¹.

Como ya se indicó, el primer inciso del art. 12 “reafirma” que las personas con discapacidad tienen “derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Se trata, en efecto, de una re-affirmación, dado que se reconoce una situación jurídica preexistente con el objeto de reforzarla⁷².

⁶⁷ Que consiste, como ya se señaló, en “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”.

⁶⁸ Este artículo señala “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

⁶⁹ El art. 3 de la Convención establece: “Los principios de la presente Convención serán: a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) La no discriminación; c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) La igualdad de oportunidades; f) La accesibilidad; g) La igualdad entre el hombre y la mujer; h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad”.

⁷⁰ Por discriminación por motivos de discapacidad entiende este precepto “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo”.

⁷¹ A. PALACIOS, “Consultative meeting with stakeholders on legal measures key for the ratification and effective implementation of the CRPD” (ponencia presentada en el marco del Estudio del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre medidas jurídicas esenciales para la ratificación y la aplicación efectiva de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Geneva, 24 October 2008) se refiere también a los artículos 14 (libertad y seguridad), 15 (protección contra tortura), 16 (protección contra la explotación, la violencia y el abuso), 17 (integridad personal) y 19 (vida independiente e inclusión en la comunidad).

⁷² El art. 12.1 sería, por tanto, una de las disposiciones de la Convención que se limitan a re-reconocer un derecho ya existente. Ahora bien, como apunta F. MEGRET, “The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?”, *Human Rights Quarterly*, núm. 30, 2008, pp. 494-516, p. 503, estos recordatorios “de lo obvio”, que realiza la CIDPD indican que no siempre ha sido tan obvio y que en muchas ocasiones estos derechos no han sido escrupulosamente respetados.

Por su parte, el segundo inciso “reconoce” que las personas con discapacidad “tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”. Se trata, probablemente, de una de las disposiciones más relevantes de la Convención que obligará a introducir importantes modificaciones en los ordenamientos jurídicos internos. La interpretación de esta exigencia de igualdad en el ámbito de la capacidad jurídica suscitó durante la negociación de la CIDPD⁷³, y todavía hoy genera, importantes disputas⁷⁴. Desarrollaré en lo que sigue lo que, a mi juicio, constituye la interpretación más adecuada de sus aspectos esenciales.

Pues bien, en primer lugar, cabe precisar que el término capacidad jurídica incluye tanto la capacidad de ser titular de derechos, como la capacidad de ejercer tales derechos (esto es, en la terminología empleada en el sistema español, tanto la capacidad jurídica como la capacidad de obrar)⁷⁵. Esta interpretación puede apoyarse en el Informe que el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos presentó al Comité Especial en

⁷³ El art. 12.2 fue una de las disposiciones que generó mayor polémica durante las negociaciones de la CIDPD. Vid. sobre las discusiones acerca del art. 12 A. PALACIOS *El modelo social de discapacidad*, cit, pp. 454-467 y A. DHANDA “Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past of Lodestar for the Future?”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 34, 2006-2007, pp. 438-456. También pueden consultarse los archivos de las negociaciones en <http://www.un.org/disabilities/index.asp>.

⁷⁴ De ellas son muestra las reservas y declaraciones interpretativas que, tras aprobación de la CIDPD, diversos países han formulado en relación con el art. 12 que, según algunos expertos, serían nulas al enfrentarse al espíritu de este Tratado Internacional (Vid. “Opinión Legal sobre el Artículo 12 de la CDPD” de 21 de junio de 2008, www.internationaldisabilityalliance.org). Igualmente, resulta revelador del carácter polémico y al mismo tiempo central de este precepto el hecho de que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, órgano internacional de seguimiento de la CIDPD, dedicara en octubre de 2009 un día de debate general a discutir acerca del sentido y la aplicación del art. 12 (los materiales generados pueden consultarse en <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/DGD21102009.aspx>) y que vaya a volver sobre esta temática en la sesión prevista para octubre 2010. Como resultado de estos debates es de esperar que el Comité apruebe una recomendación o una observación general sobre este precepto.

⁷⁵ Una de las discusiones más relevantes en la negociación del art. 12 CIDPD versó, precisamente, sobre el significado y alcance del término capacidad jurídica y estuvo a punto de tener como resultado su aprobación con una nota al pie aclaratoria del significado limitado del término capacidad jurídica en algunos países que finalmente se eliminó. La nota establecía que “En árabe, chino y ruso, la expresión “capacidad jurídica” se refiere a la “capacidad jurídica de ostentar derechos” no a la “capacidad de obrar”.

su Sexta Reunión denominado “Capacidad jurídica”⁷⁶, pero también en los restantes incisos del art. 12⁷⁷ y en todos los elementos hermenéuticos señalados al comienzo de este apartado.

En segundo lugar, de su tenor literal, que no establece distinciones, de la previsión de articular apoyos, que se contempla en el art. 12.3 y de la definición no cerrada de discapacidad, que se contiene en el art. 2 se desprende que el art. 12.2 establece el paradigma de “capacidad jurídica universal”, para todas las personas con discapacidad sin exclusiones por razón del tipo o del grado de discapacidad⁷⁸.

En tercer lugar, resulta crucial señalar que, a luz del art. 12, la capacidad jurídica no puede ser cuestionada por razón de discapacidad⁷⁹, lo que supondría, además, una discriminación por motivo de discapacidad prohibida por el art. 5. Dicho de otro modo, la discapacidad nunca puede constituir por sí misma una justificación para anular o restringir la capacidad jurídica.

En este sentido, el reconocimiento de la capacidad jurídica “en igualdad de condiciones” excluye el método de atribución de incapacidad por estatus⁸⁰, prohibiendo que la discapacidad pueda ser causa directa (como sucede en aquellos sistemas que automáticamente consideran “incapaces” a personas que poseen ciertas discapacidades) o indirecta (como sucede en sistemas que hacen referencia a enfermedades o deficiencias que impiden el autogobierno) de una denegación o limitación del ejercicio de la capacidad jurídica⁸¹. A mi

⁷⁶ El informe analizó el concepto de capacidad jurídica desde la perspectiva del Derecho Internacional y del Derecho Comparado concluyendo que engloba, tanto en el plano internacional como en gran parte de los sistemas nacionales, la capacidad de ser titular de derechos y de ejercer tales derechos. Como antes se indicó, este informe puede consultarse en <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/documents/ahc6ohchrlegalcap.doc>.

⁷⁷ “Opinión Legal sobre el Artículo 12 de la CDPD”, ya citado.

⁷⁸ Idem.

⁷⁹ Entre otros, A. PALACIOS, “Consultative meeting with stakeholders on legal measures key for the ratification and effective implementation of the CRPD”, ya citado, “Principios para la implementación del artículo 12 de la CDPD adoptados por la International Disability Alliance (IDA)”, cit. y F. BARIFFI, “La capacidad jurídica...”, cit., p. 380.

⁸⁰ Vid. A. DHANDA, “Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past of Lodestar from the Future?”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 34, 2006-2007, p.431 y F. BARIFFI, “La capacidad jurídica...”, cit., pp. 362 y 363.

⁸¹ Vid. entre otros, “Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, cit. y A. PALACIOS, “Consultative meeting with stakeholders on legal measures key for the ratification and effective implementation of the CRPD”, ya citados.

modo de ver, esta exigencia, interpretada de acuerdo con los postulados del modelo social, descartaría también una aplicación estricta del llamado método funcional y del denominado método consecuencialista. El primero, que atiende a las funciones específicas que no puede desempeñar una persona con discapacidad y que estaría detrás de la incapacitación parcial, quedaría excluido en la medida en que supone, de nuevo, una evaluación de las capacidades y la consideración de la discapacidad como una condición limitante. El segundo, que tendría en cuenta las consecuencias de las decisiones adoptadas por las personas afectadas por determinadas deficiencias y entraría en juego cuando las mismas se consideran perjudiciales para sus propios intereses o socialmente inaceptables, debe también rechazarse en tanto no permite a las personas con discapacidad cometer sus propios errores en igualdad de condiciones con las demás⁸². Frente a los problemas que en mayor o medida plantean estos métodos –que siguen partiendo, en todo caso, del modelo de sustitución– la CIDPD exigiría analizar la situación en la que halla la persona y las dificultades no sólo individuales, sino también sociales, ambientales, etc. con las que se encuentra a la hora de tomar sus diferentes decisiones. Y todo ello con el objeto no de sustituirla, sino de diseñar los apoyos que precisa en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Vinculado con todo lo señalado anteriormente, la igual capacidad jurídica de las personas con discapacidad reconocida por el art. 12.2 obliga a acabar con instituciones como la interdicción o la incapacitación, en tanto se trata de procedimientos que implican una pérdida total o parcial de la capacidad jurídica⁸³. Y conlleva como lógico corolario la obligación de los Estados de establecer “todas las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad el acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica” a la que se refiere el art. 12.3.

De la lectura conjunta de ambos apartados se desprende que la CIDPD supone el paso del modelo de sustitución en la toma de decisiones, propio del modelo médico, al modelo de apoyo en la toma de decisiones, característico del modelo social.

A mi juicio, se trata de un reemplazo total. El modelo de sustitución en la toma de decisiones no tiene cabida dentro de la exigencia de igual capaci-

⁸² G. QUINN en “An ideas on Legal Capacity”, cit., realiza una certera crítica de este método.

⁸³ Vid. A. PALACIOS, “Consultative meeting with stakeholders on legal measures key for the ratification and effective implementation of the CRPD”, cit.

dad jurídica, ni siquiera como excepción a la regla general del apoyo que entraría en juego, como algunos reclaman, en relación con las discapacidades más severas⁸⁴. Ello no supone negar la evidencia de que en algunas situaciones –por ejemplo, en aquellas circunstancias en las que no es posible por ningún medio conocer la voluntad de la persona– la necesidad de apoyo será tan intensa que consistirá en la práctica en una “acción de sustitución”. En todo caso, la acción de sustitución entraría en juego en función de la concurrencia de una situación determinada y no en razón de discapacidad y, en consecuencia, podría tener cabida en situaciones que no son de discapacidad. Además, esta acción de sustitución deberá realizarse desde el paradigma del modelo de apoyo y, por tanto, tendrá que ser coherente con la narrativa de vida de la persona con discapacidad, con sus preferencias, valores, deseos etc. ser tomada, como antes se señaló, para ella y no por ella⁸⁵.

Finalmente, el art. 12.2 obliga a reformar todas las leyes que “descalifican” a las personas con discapacidad para disfrutar de derechos o desempeñar actividades y responsabilidades⁸⁶ –por ejemplo, votar, ocupar cargos públicos, ejercer como jurado, contraer matrimonio, criar a sus hijos– que implican también el ejercicio de la capacidad jurídica.

El modelo de apoyo o asistencia en la toma de decisiones, en cuyo concreto diseño deben participar de manera relevante las organizaciones representativas de las personas con discapacidad en cumplimiento de la obligación establecida por el art. 4.3 de la CIDPD⁸⁷, debería tener, entre otras, las siguientes características⁸⁸:

⁸⁴ Como señaló durante el proceso de elaboración de la Convención A. DHANDA, “Advocacy Note on Legal Capacity”, cit., pp. 2 y 3 la incorporación del modelo de sustitución en la Convención con el argumento de que resulta necesaria para un reducido número de personas, conduciría a cuestionar la capacidad de todas las personas con discapacidad.

⁸⁵ A estas ideas aludió A. PALACIOS, en el Seminario “Capacidad jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos” celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid del 15 al 18 de febrero de 2010 y cuyos materiales pueden consultarse en: <http://turán.uc3m.es/uc3m/inst/BC/06htm.htm> y <http://www.tiempodelosderechos.es/>.

⁸⁶ “Principios para la implementación del artículo 12 de la CDPD adoptados por la International Disability Alliance”, (IDA), cit.

⁸⁷ Señala este precepto que “En la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan”.

- 1) Gradual: su implantación deberá ser paulatina, por lo que durante un periodo de tiempo deberá convivir en paralelo con el sistema de sustitución⁸⁹.
- 2) Complejo: la articulación de este sistema no consiste simplemente en “reemplazar el nombre de tutela o curatela” por el de persona de apoyo en las legislaciones nacionales”⁹⁰, sino que exige crear y/o promover la creación de figuras de apoyo y dotarlas de un estatus legal⁹¹; adaptar o reemplazar otras instituciones legales (poderes preventivos, instrucciones previas etc.); establecer protocolos que favorezcan la prevención de ciertas situaciones; desarrollar una acción política que garantice la capacitación de las personas con discapacidad y de las personas de apoyo⁹², dotar de recursos materiales, humanos y financieros etc.
- 3) Diverso: el sistema de asistencia en la toma de decisiones debe adaptarse a las diferentes situaciones personales y sociales teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tipo de figura de apoyo y el tipo de acto jurídico implicado⁹³.
- 4) Respetuoso con los deseos, preferencias y voluntad de las personas: que deben ser siempre tenidos en cuenta, también en la propia elección de la figura de apoyo.
- 5) Abierto: el sistema de apoyo debe diseñarse pensando en todas las personas que puedan tener dificultades para ejercer su capacidad jurídica y no sólo para las que tienen un determinado tipo de discapacidad⁹⁴.
- 6) Amplio: los mecanismos de asistencia deben proyectarse en todas aquellas esferas en las que las personas requieran apoyo en la toma de sus decisiones y mantenerse –con las debidas revisiones– mientras sean necesarios.

⁸⁸ Algunos de estos principios son enunciados en A. PALACIOS, “Consultative meeting with stakeholders on legal measures key for the ratification and effective implementation of the CRPD”, cit. y F. BARIFFI, “La capacidad jurídica”, cit., pp. 383 y ss.

⁸⁹ “Key elements of a system for supported decision making”, cit.

⁹⁰ A. PALACIOS, “Consultative meeting with stakeholders on legal measures key for the ratification and effective implementation of the CRPD”, cit.

⁹¹ “Key elements of a system for supported decision making”, cit.

⁹² Idem.

⁹³ A. PALACIOS, “Consultative meeting with stakeholders on legal measures key for the ratification and effective implementation of the CRPD”, cit. Vid. también “Principios para la implementación del artículo 12 de la CDPD”, (IDA), cit.

⁹⁴ Idem.

- 7) Presidido por los derechos: el sistema de apoyo debe orientarse a favorecer y potenciar al máximo el ejercicio de los derechos por parte de las personas apoyadas y ser plenamente respetuoso con los mismos⁹⁵. En efecto, los mecanismos de apoyo –en contra de lo defendido desde algunos planteamientos– deben proyectarse sobre cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales. La exigencia de no afectación a ámbitos iusfundamentales podría tener sentido, con los problemas ya señalados, respecto del modelo de sustitución –que, como antes se indicó, supone una restricción de la autonomía– pero carece de toda lógica desde los presupuestos del modelo de apoyo que trata, precisamente, de promover dicha autonomía.

Por lo que respecta a las “salvaguardas” contempladas en el art. 12.4, algunos planteamientos las conciben como medidas para el ejercicio de la capacidad jurídica diferentes y más fuertes que los apoyos, lo que podría abrir la puerta al modelo de sustitución⁹⁶. Sin embargo, a mi modo de ver, estas salvaguardas se proyectan sobre los mecanismos de apoyo, orientándose a evitar los abusos. Aunque las salvaguardas deberán concretarse en la implementación del sistema de apoyo, la Convención identifica “una serie de ámbitos donde apuntar”⁹⁷: que respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas; que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida; que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona; que se apliquen en el plazo más corto posible⁹⁸; que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial com-

⁹⁵ Frente a esta posición, algunos autores defienden que los mecanismos de apoyo no deben proyectarse en cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales. Sin embargo, esta observación que podría resultar válida – con los problemas ya señalados – respecto del modelo de sustitución que, como antes se indicó, supone una restricción de la autonomía no tiene sentido en relación con el modelo de apoyo que trata, precisamente, de promover dicha autonomía.

⁹⁶ Tal y como se manejó en algunas versiones de esta disposición.

⁹⁷ A. PALACIOS, “Consultative meeting with stakeholders on legal measures key for the ratification and effective implementation of the CRPD”, cit.

⁹⁸ Como señala PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad*, cit., p. 467 esta previsión resulta contradictoria ya que “la restricción en el tiempo resultaría apropiada para el modelo de sustitución de la voluntad”, pero si “de lo que se trata es de salvaguardas dentro de un sistema de asistencia en la toma de decisiones, dichas medidas deberían estar previstas para extenderse en el tiempo de la misma forma que se extienden otras medidas de asistencia, esto es, mientras hagan falta”. En efecto, como antes se apuntó, los mecanismos de apoyo deben de configurarse del modo más amplio posible y mantenerse, por tanto, mientras sean necesarios.

petente, independiente e imparcial; que sean proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

Por último, como antes se señaló, el art. 12.5 alude a la obligación de asegurar que las personas con discapacidad puedan acceder a una serie de ámbitos patrimoniales –propiedad, herencia, control de asuntos económicos, hipotecas, préstamos bancarios, y otras modalidades de crédito financiero– de los que tradicionalmente han sido excluidas y de garantizar que no sean privadas de sus bienes arbitrariamente.

5. ¿DÓNDE ESTAMOS, HACIA DONDE VAMOS Y HACIA DÓNDE DEBERÍAMOS IR?: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL IMPACTO DEL ART. 12 EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Como es sabido, en el sistema jurídico español se han acometido en los últimos años algunas reformas de importante calado que suponen la asunción del enfoque de los derechos humanos y del modelo social en el tratamiento de la discapacidad⁹⁹. Sin embargo, al igual que en otras legislaciones nacionales, estas reformas han dejado al margen la cuestión de la capacidad jurídica que aparece regulada desde un enfoque principalmente iusprivatista y que es tratada, básicamente, como una cuestión de intervención en el tráfico jurídico, de acuerdo con el fin de proteger la seguridad del mismo.

La regulación nacional vigente en materia de capacidad jurídica responde a los principios del modelo médico y acoge el modelo de sustitución en la toma de decisiones. Resumiré en lo que sigue sus aspectos principales.

El sistema español, a través de la institución de la incapacitación, permite la limitación e incluso la anulación de la capacidad jurídica –de obrar, según la terminología empleada en nuestra legislación– de las personas con discapacidad. El art. 200 del Código civil establece “Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”. Del tenor de este precepto se desprende que el “incapaz” lo es por los “rasgos que lo identifi-

⁹⁹ Vid. A. PALACIOS, “La progresiva recepción del modelo social de la discapacidad en la legislación española” en L. CAYO PÉREZ BUENO (dir.), *Hacia un Derecho de la discapacidad*, cit., pp. 143-180. En esta reforma destaca la Ley 51/2003 de Igualdad de Oportunidades No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad.

can” y no por la situación en la que se encuentra¹⁰⁰. Y esos “rasgos” consagran un método de atribución indirecta de incapacidad por razón de discapacidad contrario al art. 12.2 y al art. 5 de la CIDPD. Ciertamente, aunque suele señalarse que este precepto no considera la discapacidad, por sí misma, como causa de incapacitación¹⁰¹, tiene la intención o el efecto de incluir únicamente a las personas con discapacidad¹⁰².

La discapacidad puede, por tanto, traer como consecuencia la incapacitación que se dilucida en un proceso judicial de carácter contencioso y supone la entrada en juego de los mecanismos de guarda y protección. En teoría el sistema de incapacitación establecido en la normativa española es un sistema flexible que deja en manos del juez la graduación de la capacidad atendiendo al grado de discernimiento de cada sujeto y la determinación de los actos en los que la persona precisa asistencia¹⁰³. Sin embargo, su aplicación práctica se ha mostrado mucho más rígida y ha llevado a establecer dos grados de incapacitación: 1) total, que conlleva el sometimiento a tutela del incapacitado, limitándose en estos casos la sentencia a señalar, con carácter general, que el incapaz queda privado de “capacidad de obrar” tanto en su esfera patrimonial como en su esfera personal 2) parcial, que supone el sometimiento a curatela del incapacitado, entendiéndose habitualmente que el curador debe asistir al incapacitado en la realización de la generalidad de actos de disposición de carácter patrimonial.

De acuerdo con lo señalado con anterioridad, la legislación española en materia de capacidad jurídica se preocupa sobre todo de la protección de la esfera económica o patrimonial de las personas “incapacitadas”, generando una cierta desprotección en otros ámbitos. Además, nuestro sistema permite

¹⁰⁰ R. de ASÍS ROIG, “Sobre la capacidad”, cit. Incluso algunos autores que, en términos generales, entienden que la legislación española es conforme a la CIDPD y que no atribuye incapacidad por razón de discapacidad, admiten que los términos “incapacitados” e “incapacitación” “más parecen hacer referencia a una cuestión intrínseca al afectado... que a una cuestión social” C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, “La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el sistema español...”, cit., p. 365.

¹⁰¹ En este sentido, suele insistirse en que el presupuesto fundamental para que opere una “incapacitación” lo constituye la imposibilidad de autogobierno, esto es, la consecuencia de la “enfermedad o deficiencia”.

¹⁰² A. PALACIOS, “Consultative meeting with stakeholders on legal measures key for the ratification and effective implementation of the CRPD”, cit.

¹⁰³ El art. 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que la sentencia que declare la incapacitación establecerá la extensión y límites de ésta.

la sustitución en relación con algunos derechos considerados personalísimos¹⁰⁴. Y, aunque el Derecho español contempla la posibilidad de que los “incapaces”, sea cual sea el sistema de “guarda” establecido, puedan realizar determinados actos siempre que tengan “capacidad natural” suficiente – que, en consonancia con el enfoque médico que inspira nuestra legislación en este ámbito, corresponde determinar a un facultativo –no establece mecanismos orientados a potenciar dicha posibilidad¹⁰⁵.

Especialmente criticable resulta el nulo protagonismo que nuestra normativa otorga a la persona “incapacitada”. En efecto, el “presunto incapaz” es un mero objeto del proceso de incapacitación al que el juez no tiene la obligación de escuchar¹⁰⁶. Y tampoco existe ninguna disposición que establezca la obligación de oír al “incapaz”, ni de actuar conforme a su voluntad, deseos y preferencias o, al menos, de tenerlos en cuenta, en el funcionamiento de su régimen de guarda, ni siquiera en aquellos supuestos en los que se han de adoptar medidas de especial trascendencia en el ejercicio de sus derechos fundamentales¹⁰⁷.

¹⁰⁴ En efecto, en el Derecho español las personas con discapacidad pueden ser esterilizadas, internadas, tratadas y sometidas a intervenciones médicas, sin su consentimiento. Vid. sobre algunas de estas cuestiones M.A. RAMIRO AVILÉS, “Discapacidad, salud, sanidad e investigación” en P. CUENCA GÓMEZ, (coord.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Ordenamiento jurídico español*, ya citado.

¹⁰⁵ Así sucede, por ejemplo, en relación con el derecho a contraer matrimonio.

¹⁰⁶ El artículo 759 de la Ley de Enjuiciamiento Civil afirma: “En los procesos de incapacitación, además de las pruebas que se practiquen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 752, el tribunal oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinará a éste por sí mismo y acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes. Nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal”.

¹⁰⁷ Se trata de uno de los aspectos que, también aquellos autores que, con carácter general, consideran la normativa española sobre capacidad jurídica conforme a la Convención afirman esencial modificar, Vid. C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, “La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el sistema español...”, cit., pp. 365 y ss. La única excepción la constituye la regulación de la autotutela. En efecto, conforme a lo dispuesto en el art. 223 del Código civil de acuerdo con la reforma introducida por la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, “Cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitado judicialmente en el futuro podrá en documento notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona y bienes, incluida la designación de tutor”.

Finalmente, la legislación española – si bien contempla la posibilidad de que “sobrevinidas nuevas circunstancias pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida”¹⁰⁸ – no prevé la revisión periódica, ni de oficio de las medidas adoptadas inicialmente.

De todo lo dicho se desprende la necesidad de reformar sustancialmente la legislación civil española sobre capacidad jurídica en aras de su adaptación al mandato de igualdad en la capacidad jurídica sentado por el art. 12 de la CIDPD. Reforma que, además, tendría un efecto irradiación en otras muchas leyes de nuestro Ordenamiento¹⁰⁹. Sin embargo, no parece ser este el escenario hacia el que vamos.

En la Disposición Final Primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo¹¹⁰ se señala que “El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006”.

Lo primero que cabe subrayar es que la denominación escogida, “procedimiento de modificación de la capacidad obrar”, no resulta plenamente coherente con el espíritu de la CIDPD, pues significará que determinadas personas (con discapacidad, como enseguida se verá) tendrán no limitada, pero sí modificada su capacidad de obrar. En este sentido, debería haberse elegido otra denominación como, por ejemplo, “procedimiento de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica”. En todo caso, y aunque este proyecto de Ley no se ha remitido, los informes citados al comienzo de este trabajo de-

¹⁰⁸ Vid. art. 761 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

¹⁰⁹ Y, en concreto, en leyes que, en los términos antes señalados, “descalifican” a las personas con discapacidad para gozar de derechos, ejercer cargos, desempeñar actividades o responsabilidades.

¹¹⁰ Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad.

notan que el Gobierno español no tiene la intención de introducir un auténtico sistema de apoyo en la toma de decisiones.

Así, en el “Primer Informe sobre medidas adoptadas en cumplimiento de Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” presentado al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se afirma: 1) que, puesto que en sistema jurídico español las personas con discapacidad tienen reconocida personalidad jurídica e igual capacidad jurídica que las demás personas, debe concluirse “la plena compatibilidad del ordenamiento jurídico con las previsiones de los apartados 1 y 2 del artículo 12 de la Convención”, sin tener en cuenta que el art. 12.2 incluye también la capacidad de obrar 2) que “la incapacitación es un instrumento mediante el cual se priva, total o parcialmente, a una persona física de su capacidad de obrar”, pero que esta restricción no contraviene la CIDPD, en la medida en que lo determinante para que concurra la causal de incapacitación no es la patología, sino que la misma “impida a la persona gobernarse por sí misma” 3) que la exigencia de proporcionar apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, establecida por el art. 12.3, “quedaría cubierta por las instituciones de guarda y protección de la persona y bienes, o solamente de la persona o de los bienes del incapacitado”, esto es, básicamente, a través de los mecanismos de la tutela y de la curatela 4) que debe reformarse la legislación civil para ajustarse mejor a las salvaguardas previstas en el art. 12.5, si bien se considera que tales previsiones ya “subyacen en nuestra legislación”.

Por su parte, el “Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la Legislación a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, algo menos optimista, apunta la necesidad de realizar algunas modificaciones que son, a mi juicio, claramente insuficientes.

Este informe, a diferencia del anterior, afirma claramente que el artículo 12 de la CIDPD “engloba en la capacidad jurídica la capacidad de obrar”, exigiendo “a los Estados Partes reconocer que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”. Y considera que la “efectividad” de este reconocimiento requiere proporcionar “a la persona con discapacidad los apoyos necesarios en el ejercicio de su capacidad jurídica”, lo que “hace necesario reemplazar el tradicional modelo de sustitución en la toma de decisiones por un modelo de apoyo en la toma de decisiones”. Sin embargo, las medi-

das que se proponen a continuación no resultan del todo coherentes con estas declaraciones y revelan que el Gobierno español no termina de asumir todas las implicaciones que se derivan del tratamiento de la capacidad jurídica desde un enfoque de derechos de derechos humanos y conforme a la filosofía del modelo social, como impone la CIDPD.

En primer lugar –en tanto contribuye a aclarar algunas de las observaciones que se realizarán a continuación– importa destacar que el contenido de este informe pone de manifiesto que el llamado proceso de “modificación de la capacidad de obrar” –que se pretende reemplace al procedimiento de incapacitación– continuará concibiéndose como dirigido a limitar la capacidad de obrar de las personas y no tanto a potenciarla o a apoyar su ejercicio¹¹¹. Así, parece que se está apuntando a un cambio más terminológico que de fondo en su regulación, sin perjuicio de que se mejoren algunos aspectos puntuales.

Relacionado con lo anterior, el informe no alude a la necesidad de reformar las causas que justifican la “modificación de la capacidad de obrar”. De su tenor parece derivarse que las mismas seguirán girando en torno a los rasgos de la persona. En este sentido, se señala que la discapacidad “por sí misma” sólo puede ser causa de modificación de la capacidad de obrar si impide a la persona autogobernarse, lo que hace pensar que el sistema español continuará consagrando un método de atribución indirecta de “modificación” –y, por tanto, según la concepción restrictiva antes apuntada de “limitación”– de la capacidad de obrar por razón de discapacidad. Y, aunque se señala que la “inaptitud para el autogobierno es circunstancial” –apreciación que parecería dar cabida a la toma en consideración de la situación de la persona– las circunstancias que se tienen en cuenta son, de nuevo, básicamente de carácter personal¹¹².

En este orden de cosas, se considera que la modificación –limitación– de la capacidad de obrar de la “persona con discapacidad” puede llegar a con-

¹¹¹ Así, se afirma en el informe que “En la regulación del procedimiento de modificación de la capacidad de obrar deberán subrayarse las siguientes premisas consolidadas por la doctrina y la jurisprudencia. En primer lugar, conforme al principio recogido en el artículo 10 de la Constitución y en los principios generales de la Convención relativo al respeto de la dignidad inherente de la persona, toda restricción de la capacidad de obrar ha de ser interpretada de forma restrictiva”.

¹¹² En este sentido, se considera que habrá que ponderar “lo que hace ordinariamente la persona con discapacidad, lo que necesita hacer y lo que no puede hacer por sí misma”.

sistir “en algunas circunstancias excepcionales” en “anular” el ejercicio de su capacidad de obrar y otorgarla a un tercero que actúa como representante. De este modo, se admite de manera no problemática la legitimidad de la sustitución absoluta en la toma de decisiones¹¹³.

De nuevo en consonancia con la concepción de las medidas de modificación de la capacidad de obrar como mecanismos de limitación y no tanto de promoción de la libre determinación, se afirma que las mismas no deben afectar “al ejercicio de los derechos de la personalidad, en tanto la persona con discapacidad cuente con una capacidad natural para su normal ejercicio”. Como se ha venido señalando, el tratamiento de esta cuestión desde una adecuada comprensión de los presupuestos en los que se inspira el modelo de asistencia en la toma de decisiones implicaría sostener que las medidas de apoyo deben afectar a los derechos personalísimos, en el sentido de que deben orientarse a paliar las dificultades que, en determinadas situaciones, las personas pueden encontrar para el ejercicio de su “capacidad natural”.

En la misma línea, considera el informe que las medidas adoptadas deben suponer “la menor intervención posible en los derechos y la autonomía de aquellas personas que en determinadas circunstancias no pueden valerse por sí mismas”. De nuevo, este principio de intervención mínima sólo tiene sentido en el contexto de un sistema que limita la capacidad jurídica¹¹⁴. Como ya se dijo, en un sistema que trata de promover la capacidad, las medidas de apoyo deben intervenir en el ámbito de los derechos todo lo que sea necesario para maximizar sus posibilidades de ejercicio, fomentar la autonomía y propiciar que las personas puedan, con dicha asistencia, valerse por sí mismas.

De lo señalado en el informe objeto de análisis, se deduce también la pretensión de mantener las figuras actuales del tutor y del curador. En este

¹¹³ Conviene insistir en la idea de que el reemplazo total del modelo de sustitución por el modelo de apoyo no supone desconocer la existencia de “situaciones” en las que un tercero tendrá que sustituir a la persona con discapacidad. Pero se trata de situaciones que deberían contemplarse como casos de asistencia “intensa” y tratarse de acuerdo con los principios propios del modelo de apoyo.

¹¹⁴ Observación de Agustina Palacios durante las discusiones que algunos miembros del equipo de investigación del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” hemos venido manteniendo en torno a la adecuada articulación de un sistema de apoyo en la toma de decisiones.

punto, se afirma que su regulación debe efectuarse “en el marco global de apoyo” previsto en la Convención y se considera conveniente introducir referencias explícitas a la “persona de apoyo, o de apoyo en la toma de decisiones” para resaltar “en todas las figuras de protección y guarda” su dimensión potenciadora de las capacidades (dimensión que, como se ha venido subrayando, no ha sido tenida en cuenta en el tratamiento de otras cuestiones). A mi modo de ver, adaptar estas instituciones a los principios del modelo de apoyo –lo que resulta especialmente problemático en el caso de la tutela– no basta. La implantación de un sistema de apoyo exige la creación de un amplio catálogo de figuras y de mecanismos diversos y flexibles que realmente puedan ajustarse a la situación y necesidades de las personas.

El informe contiene, además, otras reflexiones que no están en sintonía con la filosofía del modelo de apoyo. Así, por ejemplo, se afirma que debe “graduarse” la capacidad (cuando la capacidad debería ser siempre plena y graduarse los apoyos para su ejercicio); que han de detallarse las áreas en las que la persona que tiene modificada su capacidad de obrar “no puede adoptar decisiones” (en vez de señalarse las áreas en las que la persona necesita apoyo para tomar sus decisiones); o que ésta sólo verá restringido el ejercicio de los derechos que expresamente conste en la sentencia (cuando el objeto de la sentencia no es restringir, sino promover).

Entre los aspectos que cabe valorar positivamente destacan la alusión a la necesidad de adaptar las medidas a las circunstancias de la persona¹¹⁵, de explicitar la obligación de respetar sus derechos, deseos y opiniones, de exigir mayor precisión en las sentencias y de introducir vías para su control peritístico y de oficio.

En definitiva, el contenido del informe revela que la reforma de la capacidad jurídica pretende limitarse a la realización de meros ajustes terminológicos y retoques de detalle del sistema vigente para hacerlo más soportable. Sin embargo, la exigencia de igualdad en la capacidad jurídica contenida en el art. 12 de la CIDPD va mucho más allá¹¹⁶, reclamando, entre otras cosas, la eliminación del procedimiento de incapacitación (y no solamente su maquillaje), el desmantelamiento del modelo de sustitución (de sus principios y de sus instituciones) y el establecimiento de un sistema de apoyo, conforme a

¹¹⁵ Aunque, de nuevo, se habla de circunstancias “individuales”.

¹¹⁶ Insiste en ello M. BACH, “Supported Decision Making. Lessons from Canada”, <http://www.inclusion-europe.org/documents/EiA07-Bach.pdf>.

los principios señalados en el anterior apartado del presente trabajo, que permita a las personas con discapacidad *tomar sus propias decisiones*.

No sólo el Gobierno, sino que también el poder judicial español parece empeñado en no avanzar de manera decidida por esta senda. Y, en este punto, conviene tener muy presente la importancia que revisten jueces y tribunales a la hora de potenciar y acelerar la adaptación de nuestro sistema a la CIDPD. En efecto, la CIDPD es, en virtud de lo establecido en el art. 96 de la Constitución Española, parte del orden jurídico interno¹¹⁷ y sus disposiciones deben aplicarse con carácter preferente a las normas nacionales que se enfrenten con su contenido¹¹⁸. Pero, además, según lo establecido en su art. 10.2, las normas constitucionales sobre derechos fundamentales y el conjunto del Ordenamiento jurídico español, deben ser interpretadas conforme a la CIDPD¹¹⁹.

Pues bien, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009 se pronunció acerca de la conformidad del sistema de incapacitación con la Constitución y con la CIDPD¹²⁰. A mi juicio, la argumentación desarrollada en esta resolución aborda la cuestión desde un enfoque médico y no desde el modelo social que inspira la Convención.

En esta resolución se establecen “las reglas interpretativas que permitirán compaginar el *sistema constitucional de protección de las personas con falta de capacidad con la Convención de Nueva York, de 2006* y lo establecido en el Có-

¹¹⁷ “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional”.

¹¹⁸ Ciertamente, suele señalarse que, en caso de conflicto el art. 96 obliga a desaplicar la norma interna y aplicar la norma internacional, Vid. I. GÓMEZ FERNÁNDEZ, *Conflicto y cooperación entre la Constitución Española y el Derecho Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

¹¹⁹ Establece el art. 10.2 que “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Vid. sobre esta cuestión P. CUENCA GÓMEZ “El impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en los derechos constitucionales” en P. CUENCA GÓMEZ (ed.), *Estudios sobre el impacto...*, ya citado.

¹²⁰ Sobre esta sentencia C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, “Comentario a la sentencia de 29 de abril de 2009”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 82, enero-abril 2010, pp. 341 y 342.

digo civil, a partir de la reforma de 1983". La primera de ellas exige considerar "que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos y que la incapacitación es sólo una forma de protección". En esta línea, insiste el Tribunal en que la incapacitación no afecta a la capacidad jurídica y en que "no cambia nada la titularidad de los derechos". No obstante, admite de forma no problemática que dicha institución permite "privar a una persona de capacidad de obrar en la medida en que sea necesario para su protección", determinando "la forma de ejercicio de los derechos". La segunda de dichas reglas supone entender que "la incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse". En este sentido, el Tribunal considera que la incapacitación no implica una discriminación prohibida por el art. 14 de la Constitución Española y por la Convención, en tanto al "enfermo psíquico" al que se refiere el caso se le proporciona un "sistema de protección y no de exclusión", justificado en "su falta de entendimiento y voluntad". Ahora bien, tal sistema de protección, además de basarse exclusivamente en las "características personales" de los individuos, puede suponer, como de nuevo se asume en la sentencia, una exclusión del ámbito de ejercicio de los derechos¹²¹. Y ello, otra vez, porque se trata de un sistema que, como se pone de relieve en la sentencia, pretende proteger restringiendo o limitando y no promoviendo y apoyando. Pues bien, según el Tribunal Supremo su interpretación de conformidad con las reglas expuestas "hace adecuada la regulación actual con la Convención", por lo que el sistema de incapacitación "establecido en el Código civil" sigue vigente.

Una oportunidad perdida. Esta sentencia debería haber declarado contrario a la CIDPD el procedimiento de incapacitación por aplicación directa del art. 12.2, en tanto, a mi juicio, se trata de una disposición *self executing*. Por el contrario, la obligación de establecer un sistema de apoyo en la toma de decisiones, recogida en el art. 12.3, no es, en términos generales, directa-

¹²¹ Cabe destacar que la sentencia se decanta por la aplicación analógica del art. 162 del Código civil en el que se exceptúa la representación de los padres en los actos de sus hijos menores relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo, a los "incapacitados". De nuevo este planteamiento se encuentra, en todo caso, con el problema de la falta de previsión de mecanismos de apoyo.

mente ejecutiva, al requerir la actuación normativa de los poderes públicos estatales. En este punto, el Tribunal Supremo podría haber tomado dos caminos en cumplimiento del deber constitucional, impuesto por el art. 10.2, de interpretar el sistema vigente en el sentido más favorable a la CIDPD¹²². El primero –en la línea de lo señalado por el Fiscal– configurar provisionalmente la curatela, que supone la asistencia y no la sustitución en la toma de decisiones, entendida a la luz de los principios del modelo de apoyo, como el mecanismo al que el juez debe acudir a la hora de articular medidas para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad de obrar. El segundo establecer individualmente para el caso concreto el sistema de apoyo requerido por la persona afectada¹²³. Esperemos contar en el futuro con operadores jurídicos plenamente conscientes y comprometidos con el cambio de enfoque que implica la CIDPD, más imaginativos y más valientes. Esta es una de las claves, aunque no la única, para hacer realidad la igual capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

PATRICIA CUENCA GÓMEZ

Instituto Derechos Humanos Bartolomé de las Casas

Universidad Carlos III de Madrid

c/Madrid, 126

Getafe 28903 Madrid

e-mail: patricia.cuenca@uc3m.es

¹²² Como apunta A. SÁIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El art. 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 268 uno de los efectos amplificadores que despliega el art. 10.2 en relación con la incidencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Ordenamiento jurídico español consiste en su capacidad para desdibujar la distinción entre Tratados o disposiciones *self executing* y *non self executing*.

¹²³ Vid. en este sentido la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de noviembre de 2009 en la que se señala que “los órganos jurisdiccionales nacionales deben interpretar la normativa interna llevando a cabo los ajustes razonables que sean necesarios, o convenientes, en cada caso, para garantizar los derechos de las personas con discapacidad reconocidos en la Convención, completando las lagunas de nuestro ordenamiento jurídico, sin que sea imprescindible, para la efectiva aplicación de la Convención, que el legislador regule específicamente en cada área los ajustes necesarios para evitar la discriminación por razones de discapacidad”. Este es el camino que han seguido algunos jueces en Argentina.

NECESIDADES, IGUALDAD Y JUSTICIA. CONSTRUYENDO UNA PROPUESTA IGUALITARIA DE NECESIDADES BÁSICAS¹

NEEDS, EQUALITY AND JUSTICE. BUILDING AN EGALITARIAN PROPOSAL ON BASIC NEEDS

SILVINA RIBOTTA

Universidad Carlos III de Madrid

Fecha de recepción: 13-09-10

Fecha de aceptación: 16-09-10

Resumen: *Las necesidades han sido y continúan siendo un tema recurrente tanto en la filosofía del derecho como en la filosofía política, y en las ciencias sociales en general, aunque se han tratado la mayoría de las veces de manera inadecuada, de forma poco atractiva y poco sistemática, lo que ha provocado, entre otras cosas, que la filosofía jurídica la distancie de su escenario de intereses. Así, salvando algunas muy buenas excepciones, hay pocos estudios sobre las necesidades básicas desde la preocupación por lo jurídico, lo que conlleva, también, a que sea un tema poco discutido y sobre el que la mayor parte de los juristas demuestra cierta aprehensión, bastante desconocimiento y muchos prejuicios.*

En el presente artículo voy a ofrecer una propuesta de necesidades y una clasificación de las mismas, partiendo de la importancia de la teoría de las necesidades para la filosofía del derecho y la relevancia de retomar los estudios y las investigaciones al respecto desde un conocimiento claro sobre las mismas que permita tomar una postura coherente sobre cuál es la teoría de las necesidades que puede resultar más funcional a un determinado modelo de derecho. Y, sobre todo, enfatizando que discutir sobre las necesidades debería ser una prioridad de las teorías de la justicia, vinculando estrechamente la idea de igualdad con la de necesidades y viendo en éstas unas muy buenas razones para fundamentar derechos.

¹ Este trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos”, CSD2008-00007 y del Proyecto “Historia de los Derechos Fundamentales en el siglo XX”, DER2008-0394.

Abstract: *The question of basic needs has been, and still is, a recurrent topic not only in philosophy of law and political philosophy, but also in the social sciences in general. However, most of the times, it has been treated not only inappropriately, but also in an unattractive and unsystematic manner. As a result, inter alia, discussions on legal philosophy have very seldom addressed the topic. Besides some strong exceptions, there is a small number of studies on basic needs that reflect legal concerns. Because the topic has not been sufficiently discussed, basic needs remains a subject about which most jurists still manifest apprehension, a good deal of ignorance and much prejudice. In this article I want to advance a proposal of needs and their classification, departing from the importance that the theory of needs has in the philosophy of law. I will also stress the relevance of resuming their study, based on a clear understanding of what they are, so to be able to adopt a consistent stance on which theory of needs can be more functional to a certain model of law. Finally, I will also defend that the discussion on basic needs should have a prioritary position within the broader discussion of the theories of justice, closely linking the idea of equality with that of needs, and by taking them as very good reasons to base rights.*

Palabras clave: necesidades, igualdad, justicia, necesidades básicas, necesidades estrictamente humanas, necesidades sociales, gustos caros, preferencias extravagantes, jerarquía de necesidades

Keywords: needs, equality, justice, basic needs, genuine human needs, social needs, expensive tastes, extravagant preferences, hierarchy of needs

1. PRESUPUESTOS CONCEPTUALES

Las necesidades han sido y continúan siendo un tema recurrente tanto en la filosofía del derecho como en la filosofía política, y en las ciencias sociales en general, pero, a mi parecer, se han tratado la mayoría de las veces de manera inadecuada. O, dicho de otra manera, de forma poco atractiva y poco sistemática, lo que ha provocado, entre otras cosas, que la filosofía jurídica las distancie de su escenario de intereses. Así, salvando algunas muy buenas excepciones, hay pocos estudios sobre las necesidades básicas desde la preocupación por lo jurídico, lo que conlleva, también, a que sea un tema poco discutido y sobre el que la mayor parte de los juristas demuestra cierta apprehensión, bastante desconocimiento y muchos prejuicios.

En el presente artículo voy a ofrecer mi propuesta sobre necesidades desde un concepto de necesidades y una clasificación de las mismas que facilite un juego teórico respecto a los principales debates que se plantean en

temas de justicia y necesidades. Partiré, para ello, de la importancia de la teoría de las necesidades para la filosofía del derecho y la relevancia de retomar los estudios y las investigaciones al respecto desde un conocimiento claro sobre las mismas que permita articular una postura coherente sobre cuál es la teoría de las necesidades que puede resultar más funcional a un determinado modelo de derecho. Y, sobre todo, enfatizando que discutir sobre las necesidades debería ser una prioridad de las teorías de la justicia, vinculando estrechamente la idea de igualdad con la de necesidades y viéndolo en éstas unas muy buenas razones para fundamentar derechos.

Asumo, para ello, determinados presupuestos conceptuales que es preciso explicar para enmarcar mi propuesta de necesidades. Primero, la relevancia de la teoría de las necesidades para la filosofía del derecho especialmente desde el tratamiento que de ellas se hace en las teorías de la justicia, observando que en las teorías de la justicia igualitarias contemporáneas más relevantes se las aborda desde el temor y la ingenuidad, como John Rawls, desde la confusión y el desconocimiento, como Ronald Dworkin, o desde la desconfianza de Sen. Lo que provoca, a su vez, que Rawls ofrezca una teoría de la justicia desde una posición antropológicamente vacía que obstaculiza su propio ideal de libertades iguales para todos al no ser sensible a la diversidad humana, que Dworkin construya una teoría de la justicia con resultados potencialmente muy injustos y que el aporte de Sen termine resultando insuficiente porque su teoría de las capacidades no contempla toda la complejidad de las necesidades humanas. Segundo, que las necesidades aportan razones para fundamentar los derechos y que representan la parte más urgente del principio de igualdad, por lo que deben ser valoradas como un requisito central de la justicia y, por ende, de las teorías de la justicia.

1.1. La relevancia de las necesidades para la filosofía del derecho y las teorías de la justicia

Podemos acordar en tres grandes nombres a la hora de mencionar las teorías de la justicia igualitarias contemporáneas más relevantes. Rawls, Dworkin y Sen, entre otros, son los autores más destacados que han aceptado el desafío de construir teorías de la justicia. Los tres han tenido éxito con diferentes matices y alcances, y los tres pueden ser acusados de referirse a las necesidades (o no referirse) desde el desconocimiento, el temor y la confusión sobre el concepto y el alcance de las necesidades básicas y de su impacto y relevancia en la justicia y, especialmente, en la igualdad. Ninguno

de los tres puede obviar completamente a las necesidades, pero cuando las tratan, no las discuten ni las conceptualizan seriamente sino que las abordan de manera ligera y confusa, cayendo en diferentes contradicciones y sinsentidos. Se puede afirmar que tanto Rawls como Dworkin nos ofrecen, desde sus teorías de la justicia, propuestas igualitarias *sensibles a la ambición e insensibles a las cualidades y talentos* de las personas, pero también ambas *insensibles a las necesidades* y particularmente a las necesidades especiales de las personas. Sen, en cambio, aunque se manifiesta más preocupado por mostrar las diferencias de escenarios sociales y la diversidad entre las personas y más permeable, por ello, a una propuesta cercana a las necesidades básicas, no termina de incluirlas de manera satisfactoria en su propuesta.

En concreto, Rawls no se refiere a las necesidades más que de manera tangencial, no las aborda seriamente ni en su teoría del bien, ni en la definición de los bienes sociales primarios ni en la construcción de sus principios de justicia. Sin embargo, deja claro que asume, de manera ligera y sin fundamentar, una posición respecto a las necesidades en la cual todas las personas presentan las mismas necesidades físicas y capacidades psicológicas dentro de parámetros normales. Es posible afirmar, de la mano de Barry, que Rawls se refiere a las necesidades a *cierta distancia* y, de la mano de Sen, que Rawls utiliza a las necesidades con cierto *fetichismo*.

Rawls no se refiere a las necesidades cuando explica cómo funciona la posición social original, cuáles son los bienes sociales básicos ni cómo se arriba a los principios de justicia y cuáles son éstos². Barry afirma que en la teoría rawlsiana el sentido del tratamiento de los bienes sociales primarios independiente de las necesidades se justifica porque a Rawls no le agradan las implicaciones de la postura referida a la necesidad aunque se propone derivar los principios de la justicia a partir de una posición original que, al negar a los agentes información específica sobre sí mismos, pareciera conducir inevitablemente a la formulación de principios en apego a la consideración de necesidades³. Barry considera que la teoría de Rawls es una forma

² Véase J. RAWLS, *A Theory of Justice. Revised Edition*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, 1999, y "The Priority of Right and Ideas of the Good" (1988) y "Kantian Constructivism in Moral Theory", ambos en S. FREEMAN (editor), *John Rawls. Collected Papers*, Harvard University Press, Cambridge, 2001, pp. 449 a 472 y pp. 315 a 317 respectivamente, y *El liberalismo político*, trad. A. Domènech, Crítica, Barcelona, 1996 (1993), pp. 79 a 85.

³ B. BARRY, *La Teoría Liberal de la Justicia. Examen crítico de las principales doctrinas de 'Teoría de la Justicia' de John Rawls*, trad. de H. Rubio, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, pp. 31.

de perfeccionismo porque sostiene que sus principios de justicia son principios *ideales* que no se derivan de exigencias de deseos e implica una concepción de la justicia referida a la necesidad *a cierta distancia* basada en una *psicología a priori* fundada en un error de concepción acerca de las implicaciones que tiene la teoría de las necesidades.

Lo mismo sucede cuando define los principios de justicia que los hombres racionales y libres eligen en una hipotética situación contractual para conformar la estructura básica de la sociedad (el principio del mayor sistema de libertades básicas iguales para todos, el principio de la igualdad de oportunidades y el principio de diferencia⁴, ordenados lexicográficamente con esa jerarquía interna⁵) y que no tienen para Rawls una vinculación directa con las necesidades de las personas. Estos principios le sirven a Rawls para distribuir los bienes sociales de acuerdo a las posiciones sociales relevantes que las personas ocupen en la estructura de la sociedad, la posición de igual ciudadanía, que es la definida por cómo se distribuyen los derechos y las libertades y que es igual para todos, y la definida por su lugar en la distribución del ingreso y la riqueza. Y es por esta última, cuando define a los representantes menos aventajados, que se ve obligado a referirse a las necesidades. Rawls considera como menos aventajados a los que están menos favorecidos por las tres principales clases de contingencias, las “personas cuyo origen familiar y de clase está más desaventajado que el de otros, cuyas capacidades naturales (realizadas) les permiten vivir menos bien, y cuya fortuna y suerte en el curso de sus vidas les han hecho menos felices, todo dentro del ámbito normal... y con las pertinentes dimensiones basadas en los bienes sociales primarios”⁶. Y al explicar este concepto, sostiene que todas las personas presentan las mismas nece-

⁴ J. RAWLS, “Las libertades fundamentales y su prioridad” en S. McMURRIN (editor), *Libertad, igualdad y derecho. Las Conferencias Tanner sobre filosofía moral*, trad. de G. Valverde Gefaell, Ariel, Barcelona, 1988, pp. 9-90, especialmente p. 13 y ss. y *A Theory of Justice. Revised Edition*, cit., pp. 53.

⁵ Este orden implica que “las violaciones a las libertades básicas iguales protegidas por el primer principio no pueden ser justificadas, o compensadas por mayores ventajas sociales y económicas”. J. RAWLS, *A Theory of Justice. Revised Edition*, cit., p. 54, y “Social Unity and Primary Goods” en A. SEN y B. WILLIAMS (editores), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge University Press, 1996 (1982), pp. 159 a 185.

⁶ J. RAWLS, John, *A Theory of Justice. Revised Edition*, cit., p. 119. Esta definición sólo aparece en la edición revisada de *A Theory of Justice* y en la traducción al castellano de 1978. En la edición original de 1971 no existe este párrafo (p. 98). J. RAWLS, “A Kantian Conception of Equality” (1975) en S. FREEMAN, *John Rawls: Collected Papers*, cit., pp. 254 a 266.

sidades físicas y capacidades psicológicas dentro de parámetros normales, dejando explícitamente fuera a situaciones que valora especiales como las debilidades mentales y los problemas de salud.

Rawls también se refiere a las necesidades, de alguna manera, cuando define unos bienes sociales como básicos y que llama el *mínimo social*, un mínimo de bienes imprescindible fuera del cual no es posible alcanzar ningún plan de vida. Así, sostiene que la teoría de los bienes sociales primarios es una extensión de la noción de necesidades, que diferencia de los deseos y de las preferencias; ya que las personas como individuos son responsables de sus preferencias y deseos, pero como miembros de una sociedad bien ordenada colectivamente son responsables de necesidades públicas y objetivas. Rawls sugiere, pero no desarrolla ni profundiza, que para que sus principios de justicia puedan implementarse, sería preciso la existencia de un principio previo que “exigiera que las necesidades básicas de los ciudadanos fueran satisfechas, al menos hasta el punto en que su satisfacción fuera necesaria para que los ciudadanos comprendieran lo que significa y fueran capaces de ejercer fructíferamente esos derechos y libertades”⁷. Sin embargo, el *mínimo social* resulta completamente insuficiente como alternativa a algún modelo de necesidades básicas, tanto para dar una respuesta coherentemente igualitaria como coherentemente liberal a las críticas que se le realizan sobre este aspecto. Rawls no relaciona directamente su mínimo social con sus principios, ni los ubica en la prioridad lexical que establece para ellos⁸. A contrario, cuando explica el funcionamiento del principio de la diferencia, advierte que lo que garantiza este principio es que se permite una diferencia en la posesión de renta y riqueza entre las personas, haciendo que unas sean más y otras menos aventajadas, siempre que esta diferencia beneficie en algo a los menos aventajados y aunque *no* satisfagan sus necesidades básicas⁹.

⁷ J. RAWLS, *El liberalismo político*, cit., pp. 37 y 198 a 199 y “A Kantian Conception of Equality”, cit., p. 260.

⁸ Véase J. RAWLS, “The Idea of Public Reason Revisited” (1997) en FREEMAN, Samuel (editor), *John Rawls. Collected Papers*, cit., pp. 573 a 615 y *El liberalismo político*, cit., pp. 264 a 265. Waldron es quien ha realizado un análisis específico sobre el mínimo social, J. WALDRON, “John Rawls and the social minimum” en *Liberal rights. Collected papers 1981-1991*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993, pp. 250 a 270.

⁹ J. RAWLS, *A Theory of Justice. Revised Edition*, cit., pp. 63 a 68. Van Parijs interpreta que el principio de diferencia constituye un compromiso elegante y atrayente entre un igualitarismo absurdo y un utilitarismo inicuo. P. VAN PARIJS, *¿Qué es una Sociedad Justa? Introducción a la práctica de la filosofía política*, trad. de J. A. Bignozzi, Ariel, Barcelona, 1993, p. 20 y “Difference Principles” en S. FREEMAN (editor), *The Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 200 a 240.

Otro flanco de crítica importante a la teoría de Rawls se vincula al tema de las necesidades particulares o especiales. Barry señala que el punto de vista de Rawls es general, debido al velo de ignorancia de las particulares condiciones de vida de las personas, por lo cual descarta toda previsión adicional para individuos con necesidades especiales¹⁰. En sentido similar, Sen critica que el principio de diferencia olvida la diversidad de la condición humana¹¹. Existe un elemento de fetichismo en la estructura rawlsiana, afirma, que toma a los bienes sociales primarios como la materialización de la favorabilidad de una condición, en vez de valorar estas ventajas como una relación entre las personas y los bienes. Debido a la diversidad humana y situacional, advierte Sen, las capacidades para convertir recursos o bienes primarios en libertades para elegir una vida y tratar de alcanzarla difiere de persona a persona, con lo que igualarlos estrictamente en sus posesiones de bienes o recursos primarios puede desencadenar graves desigualdades en sus *libertades reales*, con lo que Rawls se muestra muy sensible a la diferencia entre los fines de las personas pero muy insensible para reconocer la relevancia de la diferencia en la relación de las personas con los recursos y en la relación entre recursos y libertades¹².

De todos modos, aunque es buena la crítica de Sen, no es satisfactoria la respuesta que ofrece, porque evita referirse a las necesidades con lo cual construye una teoría de las capacidades que también resulta insuficiente, aunque por otros motivos. La relación entre los funcionamientos-capacidades y las necesidades no está clara en la postura de Sen, aunque reconoce que lo que se está discutiendo realmente cuando se pregunta por igualdad de qué en el escenario de la diversidad humana, es la interpretación de las necesidades como capacidades básicas¹³.

¹⁰ B. BARRY, *La Teoría Liberal de la Justicia. Examen crítico de las principales doctrinas de 'Teoría de la Justicia' de John Rawls*, cit., p. 63.

¹¹ A. SEN, "¿Igualdad de qué?" en S. McMURRIN, (editor), *Libertad, Igualdad y Derecho. Las Conferencias Tanner sobre Filosofía Moral*, cit., p. 149 y *Nuevo examen de la desigualdad*, trad. de A.M. Bravo, Alianza, Madrid, 1999 (1992), p. 20.

¹² A. SEN, "El bienestar, la condición de ser agente y la libertad. Conferencias 'Dewey' de 1984" en *Bienestar, justicia y mercado*, trad. D. Salcedo, Paidós, Barcelona, 1997, pp. 39 a 108 y *Nuevo examen de la desigualdad*, cit., pp. 99 a 100, nota 25.

¹³ A. SEN, "¿Igualdad de qué?", cit., p. 152. Pressman y Summerfield analizan que en los comienzos de su crítica al utilitarismo Sen adopta la perspectiva de las necesidades básicas para abandonarla posteriormente por la propuesta de las capacidades y los funcionamientos ligada a la medición de la pobreza, el hambre, las hambrunas, la desigualdad y las investigaciones de género y desarrollo. S. PRESSMAN y G. SUMMERFIELD, "The Economic Contributions of Amartya Sen", *Review of Political Economy*, vol. 12, núm. 1, 2000, pp. 89-113, particularmente 96 y ss.

Por ello, se refiere a capacidades básicas como aquellas cuya ausencia impide a una persona satisfacer necesidades básicas, pero que es diferente de obtener un determinado bienestar¹⁴. Advierte que las necesidades básicas han sido caracterizadas en términos de cantidades mínimas de bienes y de facilidades específicas, de productos primarios, como alimentos, vestido, cuidado de la salud, y que estos no son más que *medios* para obtener fines reales, insumos valiosos para los funcionamientos y las capacidades. En cambio, su propuesta de capacidades es preferible a la de necesidades porque puede incluir los problemas reales que subyacen en la preocupación por las necesidades básicas y, a la vez, evitar el error del *fetichismo* de los productos primarios. Con lo cual, *confundiendo* necesidades con satisfactores, entiende que sería más fácil acordar, aún interculturalmente, sobre la relevancia de la capacidad de evitar la desnutrición, que en la importancia de alimentarse con determinados productos. Por ello, otro de los fundamentos de la opción de Sen por las capacidades y no por las necesidades radica en su concepto de libertad y de desarrollo; ya que admite que hablar de necesidades es demasiado *naturalista* para una persona racional que hace uso de su libertad y persigue una idea de bienestar y de desarrollo que tiene razones para valorar. La opción por las capacidades, de esta forma, es preferible a la de necesidades, argumenta Sen, porque suma el concepto de libertad.

No queda clara, de todos modos, la diferencia conceptual que establece entre las necesidades básicas y las capacidades básicas, aunque reconozco que Sen no esquiva hablar de necesidades como otros autores, es más, critica a Rawls por no tenerlas en cuenta en su concepción de bienes sociales primarios y de posiciones sociales relevantes. Pero no queda claro por qué no se refiere a ellas explícitamente o por qué no las incluye dentro de su propuesta de capacidades básicas. A la vez, cuando define los funcionamientos nos lleva intuitivamente a pensar en necesidades básicas, y no diferencia a unas de otros. Obviamente hay una íntima relación entre el concepto de necesidades básicas y el de funcionamientos de la que Sen no puede escapar pero tampoco dilucidar. No son conceptos antagónicos y pueden comple-

¹⁴ Sobre la relación entre necesidades básicas y capacidades, ver los escasos comentarios que realiza Sen en A. SEN, "Capacidad y bienestar" en M. NUSSBAUM y A. SEN (compiladores), *La calidad de vida*, trad. de R. Reyes Mazzoni, Fondo de Cultura Económica, 1998 (1993), p. 67, nota 30 y en *La desigualdad económica. Edición ampliada con un anexo fundamental de James E. Foster y Amartya Sen*, trad. de E. L. Suárez Galindo, Fondo de Cultura Económica, México, 2001 (1973-1997), p. 240, nota 151.

mentarse, por lo que Sen se confunde al no rescatar la idea de necesidades para darle más contenido a su concepto de funcionamientos y de capacidades, ya que ambos presentan importantes vaguedades y ambigüedades que el concepto de necesidades habría podido esclarecer, al menos en parte. Una clave para entender la relación entre los tres conceptos se encuentra en el índice de funcionamientos y capacidades que Sen no elabora pero que es posible *reconstruir* desde sus escritos, en el cual se observa que no existen grandes ni importantes diferencias entre éste y los índices de necesidades y de necesidades básicas que se puede encontrar en la bibliografía general sobre el tema.

Dworkin, por su parte, también intentando evitar referirse a las necesidades pero viéndose obligado a hacerlo, confundiendo necesidades con satisfactores e ignorando la diferencia entre necesidades, necesidades especiales, gustos caros y el principio de precedencia de las necesidades sobre las preferencias, introduce en su teoría sobre la igualdad de recursos la posibilidad de muy desiguales consecuencias. No considera las necesidades ni a las necesidades especiales en su configuración de la distribución de recursos, ni en la elaboración de paquetes de recursos que estima iguales para todos en un principio, ni en las correcciones de la prueba de la envidia, del mercado, de la subasta ni de los seguros. Y, argumentando sobre la no compensación de los gustos caros, suma el caso de las personas con discapacidad y las asimila en consecuencias y compensación a los gustos caros, estimando que ambas situaciones deben cubrirse mediante las primas de seguros¹⁵.

Con todo, desde este rápido repaso, no queda duda, entiendo, de que directa o indirecta, introduciéndolas claramente o con importantes errores u obviándolas de manera inadecuada, las necesidades no pueden pasarse por alto cuando discutimos sobre justicia. Sino que, más aún, es preciso que se las aborde definitivamente y, de manera coherente, se desarrolle una teoría

¹⁵ Dworkin introduce los casos de discapacidad en su propuesta de igualdad de recursos mediante un complemento a la subasta a través de un mercado hipotético de seguros con un seguro obligatorio de prima fija para todo el mundo, con un monto calculado de lo que cada persona habría pagado por un seguro si el riesgo previo de tener diversas discapacidades fuera equitativo. Entiende, de manera desafortunada, que las discapacidades pueden ser analizadas como gustos caros y tratadas como tales en temas de compensaciones. R. DWOR-KIN, "Igualdad de recursos" en *Virtud soberana*, trad. de M. J. Bertomeu y F. Aguiar, Paidós, Barcelona, 2003, pp. 75 a 131.

de la justicia que las integre y les de un lugar relevante y adecuado con la misma noción de justicia que se pretende defender.

1.2. Las necesidades son muy buenas razones para fundamentar derechos y representan la parte más urgente del principio de igualdad

Como adelanté, el segundo presupuesto que asumo es que las necesidades son razones para fundamentar los derechos, y muy buenas razones, por cierto, y que deben ser consideradas como un elemento central en cualquier teoría de la justicia, al menos en las que tengan pretensiones de ser igualitarias. Por ello, también, asumo la vinculación conceptual entre igualdad y necesidades como un justificativo más de su necesaria inclusión en las teorías de la justicia.

De todos modos, la cuestión no es pacífica, aunque en el lenguaje cotidiano la gente considera que de algún modo el tener una necesidad le fundamenta un derecho relacionado a ella, o que cuando el derecho se argumenta o justifica en una necesidad es como si quedara absolutamente justificado o su reclamo se dotara de mayor legitimidad. Añón Roig y De Lucas insisten en que no hay que confundir necesidades y derechos, y que las necesidades juegan un papel prioritario como *razones justificativas*. Sostienen que la función de la argumentación a través de las necesidades consistiría en aportar buenas razones para fundamentar los derechos¹⁶. En este sentido, Braybrooke afirma que la normatividad no es algo que se le confiere a la necesidad desde fuera, sino que ya está en toda necesidad, sin que importe que sea básica o derivada, porque en el mero hecho de ser afirmada y reconocida adquiere fuerza normativa¹⁷. Garzón Valdés incluye esta discusión en su *coto vedado*, refiriendo que los derechos incluidos en éste son aquellos vinculados con la satisfacción de los bienes básicos que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida, también llamadas necesidades básicas, tanto en su versión de naturales co-

¹⁶ J. DE LUCAS y M. J. AÑÓN ROIG, "Necesidades, Razones, Derechos", *Doxa*, núm. 7, 1990, p. 58 y M. J. AÑÓN ROIG, *Necesidades y Derechos. Un Ensayo de Fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 283 y ss.

¹⁷ D. BRAYBROOKE, *Meeting Needs*, Princeton University Press, Princeton-New Jersey, 1987, p. 111.

mo derivadas¹⁸. Y, sostiene, quien introduce este catálogo de derechos en el coto vedado suele ser la asamblea constituyente, que tendrá que hacer correcciones periódicas según las expansiones que se vayan produciendo en las necesidades básicas derivadas.

Más aún, posicionarnos sobre las necesidades como razones o no para fundamentar los derechos en el actual contexto socioeconómico en el que vivimos, parte de una premisa anterior (teórica e ideológica) sobre cómo entendemos la vinculación entre justicia (e injusticia), necesidades, derechos e igualdad (desigualdad), para lo que resulta relevante encontrar un criterio sustantivo de igualdad y establecer claramente la vinculación entre igualdad y necesidad, como pretendo hacer en el próximo ítem; ya que cuáles son estos criterios es también un tema de discusión. Y volvemos a la cuestión de la igualdad basal de las teorías de la justicia, como por ejemplo los bienes sociales primarios de Rawls, los recursos de Dworkin o las capacidades de Sen. Pero, lo relevante, advierte Salcedo, es que el criterio que escojamos sea sensible en el aspecto diferencial que suponen las necesidades; ya que los bienes y los recursos dan bienestar a las personas pero en la medida en que éstas tienen la capacidad para aprovecharse de ellos¹⁹. La noción de necesidad, entonces, haría referencia a la *carencia* de esa capacidad y a la posibilidad o imposibilidad para obtener bienestar de los recursos y bienes que se posee.

Pese a ello, existe una influyente minoría en la filosofía política que sostiene que conceptualmente hablando las necesidades no tienen nada que ver con la justicia y que usar las necesidades para una justa distribución no es tanto un problema de que sea rechazable moralmente como de que es confuso desde el punto de vista conceptual. La estrategia para negar la validez conceptual de las necesidades parte de afirmar que cuando la gente habla de necesidades en realidad está apelando a otros criterios de justicia diferentes.

¹⁸ E. GARZÓN VALDÉS, "Algo más acerca del coto vedado", *Doxa*, núm. 6, 1989, pp. 209-213; "Representación y democracia", "Consenso, racionalidad y legitimidad" "Necesidades básicas, deseos legítimos y legitimidad política en la concepción ética de Mario Bunge" en *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993 (1990), pp. 631 a 650, pp. 455 a 471 y pp. 417 a 435, respectivamente y "Algunas consideraciones sobre la posibilidad de asegurar la vigencia del 'coto vedado' a nivel internacional", *Revista Derechos y Libertades*, núm. 12, 2003, pp. 57 a 69.

¹⁹ D. SALCEDO MEGALES, *Elección social y desigualdad económica*, Anthropos, Barcelona, 1994, p. 236.

En otras palabras, que los reclamos basados en necesidades se pueden re-conducir a la idea de derechos o de merecimientos. De esos dos puntos de vista negadores, el primero es el de Lucas, quien entiende que las necesidades pueden ser la base de la justicia si y sólo si estas son también derechos, que se derivan o de un acuerdo previo o de un sistema de reglas, como funcionaría por ejemplo el *welfare state*²⁰.

Igualmente, aunque sobre el fundamento de los derechos desde las necesidades o sobre las necesidades como fundamento de los derechos el debate no está acabado, parto y asumo como presupuesto que las necesidades pueden entenderse como razones no concluyentes para la acción y que pueden orientarla cuando no haya otros factores que demuestren lo contrario. Y, sin dudas, que establecida la existencia de una necesidad constituye por sí misma una buena razón para satisfacerla aunque no para establecer directamente la existencia de un derecho. A la vez, que no pueden obviarse las consideraciones sobre las necesidades a la hora de discutir sobre la justicia, y menos cuando se pretende arribar a una teoría igualitaria de la justicia. Las necesidades están íntimamente vinculadas con el principio de igualdad como ideal de justicia y, no ser conciente de ello o no contemplarlas de manera rigurosa, ha traído graves consecuencias desigualitarias en teorías de la justicia supuestamente igualitarias.

Para Miller, las necesidades, los derechos y los merecimientos forman parte de la noción de justicia social y cada uno de estos criterios es irreductible a los otros, remitiendo a muy diferentes tipos de reclamos morales. El principio de los derechos garantiza la seguridad de las expectativas y la libertad de elección, el principio del merecimiento reconoce el valor distintivo de las acciones y cualidades de cada persona y el principio de la necesidad proporciona los prerequisites para los planes de vida individuales²¹. Cada uno es un principio distinto que presupone un tipo diferente de reclamo moral y, los tres, en distinto grado, resultan complejos de definir teóricamente y difíciles de implementar como una noción práctica de justicia social. Pero considerar a los tres y no a sólo uno de ellos, es relevante para no

²⁰ J.R. LUCAS, "Justice", *Philosophy*, vol. XLVII, 1972, p. 229-248 y *On Justice*, Clarendon Press, Oxford, 1980 y D. MILLER, *Social justice*, Clarendon Press, Oxford, 2002 (1976), pp. 124 y ss. Igualmente, N.M.L. NATHAN, *The Concept of Justice*, MacMillan, London, 1971.

²¹ D. MILLER, *Social justice*, cit., p. 152 y "Social Justice and the Principle of Need" en *The Frontiers of Political Theory*, M. FREEMAN y D. ROBERTSON (editores), Harvester Press, Brighton, 1980.

adoptar un punto de vista parcial sobre la sociedad que favorezca a uno de los principios a expensas de los otros. Más aún, Miller interpreta a la justicia como la igual satisfacción de las necesidades, con lo que afirma que la concepción de necesidades y el principio de igualdad mantienen una relación íntima que consiste en el hecho de que la satisfacción de las necesidades es el elemento más importante para lograr la plena igualdad y que el principio de las necesidades representa la parte más urgente del principio de igualdad. Y que esta urgencia encuentra su expresión en la voluntad indudable de satisfacer las necesidades como un asunto de justicia²². En este sentido, Nino destaca que el reconocimiento de necesidades básicas como dato moral relevante para la distribución igualitaria sirve de escudo de protección del individuo frente a las decisiones y preferencias de otros, con lo que el concepto de necesidades básicas no sólo es central para una concepción liberal de la sociedad sino que también permite la satisfacción simultánea de las dos ideas bases del liberalismo: que los fines de los individuos deben ser respetados y que todo individuo es un fin en sí mismo²³. Presenta, entonces, una justificación de la precedencia a favor de las necesidades desde la concepción liberal haciendo jugar los principios de autonomía personal y de inviolabilidad de la persona.

Resulta obvio para Miller, por ende, que el principio de igualdad debe implicar el principio de necesidad, pero no tanto al revés; porque si uno quiere llegar a un estado de igualdad de niveles de bienestar, la primera prioridad deberá ser satisfacer las necesidades intrínsecas de cada uno²⁴. Así, la satisfacción de las necesidades puede ser vista en dos sentidos: como un asunto de humanitarismo o como un asunto de justicia. En el primero, la premisa subyacente es simplemente que se debe evitar el sufrimiento humano. Pero si la satisfacción de las necesidades se ve como un asunto de justicia, se requiere otra premisa que puede ser expresada diciendo que toda persona es digna de tanto respeto como cualquier otra. Es decir, al mejor estilo kantiano, aunque los hombres claramente difieren en virtudes morales, méritos, éxito, utilidad a la sociedad, hay una *igualdad subyacente* que consiste en el hecho de que cada persona es un individuo único con sus propias aspiraciones, ideales o visión del mundo, y que consecuentemente debe ser

²² D. MILLER, *Social justice*, cit., p. 149.

²³ C. NINO, "Autonomía y Necesidades Básicas", *Doxa*, núm. 7, 1990, pp. 21 a 34 y 33 a 34.

²⁴ D. MILLER, *Social Justice*, cit., p. 144.

tratado como tal. Y, aunque esto no basta para demostrar que sea injusto satisfacer las necesidades de uno y no las de otro, y no meramente inhumano, nos lleva a aceptar que también sería injusto distribuir desigualmente deseos no esenciales, en la medida en que cada persona tiene igual pretensión de beneficiarse de lo que no es necesario en un sentido auténtico.

Por consiguiente, Miller sostiene que la concepción de necesidades y el principio de igualdad mantienen una relación íntima pero no de identidad; ya que la satisfacción de las necesidades es el elemento más importante para lograr plena igualdad, con lo que el principio de las necesidades representa la parte más urgente del principio de igualdad. Así, entiende que no tiene sentido intentar separar la idea del principio de las necesidades de la igualdad, sobre la presunta base de que el principio de las necesidades es un principio de desigualdad, que demanda tratar a la gente de forma diferente porque sus necesidades varían. Esto es un error, afirma, ya que aunque satisfacer las necesidades de cada uno exige atribuir diferentes recursos, esto no es desigualitario, porque el principio de igualdad no exige que todos reciban el mismo tratamiento físico, sino que cada persona sea tratada de forma que adquiera el mismo nivel de bienestar que cualquier otra²⁵. El principio de igualdad, relacionado con las necesidades, implica que todo individuo debe disfrutar un *igual nivel de desigualdad*.

Con todo, consciente de que el debate sobre las necesidades como fundamento de los derechos es complejo y está abierto, defiende que las necesidades pueden entenderse como razones no concluyentes para la acción y que pueden orientarla cuando no haya otros factores que demuestren lo contrario. Y que, establecida la existencia de una necesidad, constituye por sí misma una buena razón para satisfacerla aunque no para establecer directamente la existencia de un derecho. A la vez, que las necesidades deben ser abordadas de manera central por las teorías de la justicia, al menos por las que pretendan ser igualitarias. Por ello, el convencimiento de la estrecha vinculación entre igualdad y necesidades en el sentido de que la satisfacción de las necesidades es el elemento más importante para lograr la plena igualdad, con lo que las necesidades representan la parte más urgente del principio de igualdad que exige la satisfacción de las necesidades como un asunto de justicia.

²⁵ Ídem, p. 149.

2. EL DEBATE SOBRE EL CONCEPTO DE LAS NECESIDADES

Discutir sobre qué son las necesidades y cuáles son plantea diferentes y no resueltos cuestionamientos a casi todas las áreas del conocimiento social, desde la psicología, la sociología, la antropología, la filosofía, la economía, el derecho, la ciencia política y, en general, a todas las ciencias sociales. Y es posible rastrear acercamientos a las necesidades desde los comienzos del pensamiento clásico, ya de alguna manera siempre han estado incluidas, explícita o implícitamente, en las discusiones sobre la justicia, los derechos y sobre la sociedad en la que éstos se contextualizan, dando lugar a múltiples teorías e interpretaciones.

Existe, de hecho, una enorme variedad de aproximaciones al tema de las necesidades, que ofrecen a su vez, multiplicidad de conceptos, enfoques y clasificaciones de las necesidades. Explicando los diferentes acercamientos a la teoría de las necesidades, Añón Roig señala tres perspectivas de definición de la noción de necesidades²⁶. La primera es la perspectiva ontológica e histórica de las necesidades que remite directamente a Marx, a su concepción de la naturaleza humana como totalidad de capacidades que se realizan bajo la presión de la existencia material, a la crítica a la sociedad burguesa en términos de necesidades alienadas, a la conceptualización de las necesidades como criterio en el que se fundamenta el valor de uso o a la pretensión de eliminar las falsas necesidades a través de la destrucción de sus raíces económicas en un modelo de sociedad socialista²⁷. La segunda es la perspectiva de las teorías de la motivación, que son aquellas que buscan explicar desde las necesidades los mecanismos de motivación de las conductas que caracterizan al hombre, como las perspectivas de Fromm y Marcuse, por un lado, y Maslow por otro. Fromm y Marcuse tienden a describir los mecanismos psicológicos y económicos que explican la dinámica y funcionamiento del sistema capitalista, los efectos sociales de éste y de la alienación, con influencias tanto de Marx como de Freud. Maslow, por su parte, presenta una teoría evolutiva de la motivación, por la cual los motivos supe-

²⁶ M. J. AÑÓN ROIG, *Necesidades y Derechos...*, cit., pp. 33 a 93, 93 a 147 y 151 a 193.

²⁷ Véase K. MARX, *Manuscritos de economía y filosofía*, trad. F. Rubio Llorente, Alianza, Madrid, 1969 (1844) y K. MARX y F. ENGELS, *La ideología alemana*, L'Eina, Barcelona, 1988 (1846). Igualmente, G.W.F. HEGEL, *Principios de la Filosofía del Derecho*, trad. de Vermal, J.L., Sudamericana, Buenos Aires, 1975 (1819) y Á. HELLER, *Teoría de las necesidades en Marx*, trad. de J.F. Yvars, Península, Barcelona, 1986 (1974), pp. 43 a 76.

riores emergen una vez que se han satisfechos los inferiores, que proponen necesidades básicas ordenadas jerárquicamente según su valor y que van emergiendo según se vayan satisfaciendo las de niveles inferiores²⁸. Por último, la vía de definir las necesidades desde el daño o la privación, que es una vía negativa de definición, y que parte de entenderlas como construcciones teóricas que no pueden ser probadas directamente sino a través de formas indirectas, como los modos de satisfacción o por medio de la frustración o el daño que provoca la insatisfacción. Dentro de estas propuestas se puede mencionar las que provienen desde la noción de desarrollo, como la propuesta de Galtung y las que provienen del concepto de bienestar, como la aportación de Thomsom²⁹.

En los estudios más contemporáneos, como los que realizan Añón Roig, Braybrooke, Doyal y Gough, Galtung, Marmor, Miller, Nussbaum, Riechmann, Wiggins, Zimmerling y en las críticas o análisis que proponen otros autores sobre ellas, es posible ubicar claramente a alguna de estas tres categorías o percibir combinaciones de algunos elementos, aunque dentro del panorama conceptual contemporáneo la discusión tampoco es pacífica³⁰. Como recuerda Añón Roig, ninguna de las perspectivas mencionadas ofrece una explicación completamente satisfactoria de las necesidades; ya que éstas no pueden ser definidas ni desde concepciones mecanicistas ni desde

²⁸ Sobre E. FROMM, *La condición humana actual*, trad. de G. Steenks, Paidós, Barcelona, 1991 (1943); *Ética y psicoanálisis*, trad. de H. Morck, Fondo de Cultura Económica, México, 1980 (1947). Respecto a H. MARCUSE, *El hombre unidimensional: ensayo sobre la ideología de la sociedad industrial avanzada*, trad. de A. Elorza, Ariel, Barcelona, 2005 (1964) y sobre A. MASLOW, *Motivación y personalidad*, trad. por Prolingua, Ediciones Díaz de Santos, Madrid, 1991 (1970).

²⁹ Véase J. GALTUNG, "The Basic Needs Approach" en K. LEDERER (editor) y J. GALTUNG y D. ANTAL (colaboradores), *Human Needs. A Contribution to the Current Debate*, Oelgeschlager, Gunn & Hain Publishers, Cambridge-Massachusetts, 1980, pp. 55 a 125 y J. GALTUNG, Johan, *Human Rights in another key*, Polity Press y Blackwell Publishers, Cambridge, 1994. Igualmente, F. STEWART, *Planning to Meet Basic Needs*, MacMillan Press, London, 1985, pp. 1 a 13 y "The Basic Needs Strategies. Human Rights and the Rights to Development", *Development Studies Working Papers*, núm. 2, 1988, pp. 1 a 40. Para las teorías que relacionan necesidades con bienestar y daño, consúltese G. THOMSON, *Needs*, Routledge, London, 1987, especialmente Capítulos 3, 4 y 6.

³⁰ K. LEDERER (editor) y J. GALTUNG y D. ANTAL (colaboradores), *Human Needs. A Contribution to the Current Debate*, cit., y J. RIECHMANN, (coordinador), *Necesitar, desear, vivir. Sobre necesidades humanas, desarrollo humano, crecimiento económico y sustentabilidad*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 1999.

concepciones de total condicionamiento del contexto, debido a que el núcleo originario de las necesidades es psicológico y social al dar cuenta tanto del orden fisiológico como de la sociabilidad humana. A su vez, las necesidades no se mantienen estáticas en el tiempo, sino que crecen, se modifican y se complejizan a través de las interacciones humanas, ya que son la expresión de la capacidad del ser humano para trascender los límites de su existencia e influir en el mundo según sus intereses y objetivos, con lo que manifiestan la relación de dependencia de las personas y el contexto que les rodea y al que pertenecen, en una vinculación de dinámico intercambio.

De todas maneras, más allá de las particularidades de cada propuesta, es posible afirmar que nadie se opone a diferenciar conceptual y prácticamente entre necesidades y satisfactores, aunque muchos los confundan o los utilicen de manera errónea, ni tampoco se pone en entredicho la precedencia de las necesidades a las preferencias³¹, aunque no todos los autores estén de acuerdo en las consecuencias de esta afirmación ni todos le reconozcan este nivel a las necesidades en todos los momentos. En lo que la discusión es más fecunda es respecto al concepto y fundamento de las necesidades, a las características de las mismas y a la clasificación de cuáles serían las necesidades humanas. Por ello, para ir perfilando mi propuesta sobre necesidades voy a rescatar de los principales autores contemporáneos mencionados, los conceptos y las características que le atribuyen a las necesidades y que servirán de base a mis argumentos.

Añón Roig define a la necesidad “como una situación o estado de dependencia, predicado siempre de una persona que tiene un carácter insoslayable, puesto que experimenta un sufrimiento o un daño grave, y dicha situación va a mantenerse exactamente en las mismas condiciones, porque no existe una alternativa racional y práctica que no sea su satisfacción, realización o cumplimiento”³². De esta forma, la idea de sufrimiento o daño concu-

³¹ El principio de precedencia prescribe que las necesidades de una determinada población humana –el grupo humano de referencia– tengan prioridad sobre las preferencias propias o de cualquier otra persona. Por consiguiente, sólo cuando hayan sido aseguradas las provisiones para todo asunto de necesidad y no se hayan agotado los recursos, es posible ocuparse de las preferencias. H. FRANKFURT, “Necessity and desire” en *The importance of what we care about. Philosophical essays*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995 (1988), pp. 104 a 116 (publicado previamente en *Philosophy and Phenomenological Research*, XLV, núm. 1, 1984) y D. BRAYBROOKE, *Meeting Needs*, cit., pp. 60 a 75.

³² M. J. AÑÓN ROIG, *Necesidades y Derechos. ...*, cit., p. 193 y J. DE LUCAS y M. J. AÑÓN ROIG, “Necesidades, Razones, Derechos”, cit. pp. 55 a 81, especialmente p. 79.

re con la insoslayabilidad y la ausencia de una situación alternativa o imposibilidad de una situación futura sustitutoria acorde con una previsión lo más realista posible, todo lo que debe ser ponderado conjuntamente remitiendo a un bien no negociable o a unas circunstancias no negociables que no permiten ninguna otra alternativa real. Zimmerling afirma que las necesidades básicas pueden erigirse como uno de los criterios fundamentales objetivos y universales de la moral, junto con la libertad, dada su objetividad y universalidad y su estrecha vinculación con el concepto de agente humano y sujeto de la moral. Pero advierte que el dato de la objetividad en las necesidades no se refiere a una objetividad vacía, sino derivada de la vinculación entre las necesidades y la integridad física y psíquica de los hombres, relacionada a todo aquello que el hombre necesita para seguir viviendo³³.

Galtung, por su parte, define las necesidades desde el desarrollo y explica que éste es un proceso de satisfacción progresiva de necesidades humanas básicas, tanto en mayores dimensiones de necesidades como en el aumento de los niveles de la satisfacción. Las define desde la necesidad, desde lo imprescindible, desde la imagen de lo que es necesario para ser un ser humano o, por lo menos, de lo que un ser humano *no* es en términos universales, pero no en el sentido de una lista predeterminada para todos los seres humanos en cualquier tiempo y espacio; sino relacionado a ciertas clases de necesidades, tales como la necesidad de seguridad, de bienestar, de identidad y de libertad, que todas las personas en todos los lugares y en todos los tiempos tratarán de obtener de diferentes formas³⁴. Pero, afirma, lo que sí existe más claramente es un mínimo de dimensiones de necesidades básicas y un mínimo de nivel de satisfacción, por lo que las necesidades deben ser satisfechas siempre aunque sea en algún grado para que el hombre pueda cumplir su función como tal. Por consiguiente, aunque es posible arribar a una *guía* universal de necesidades básicas, éstas *no* se satisfacen de formas universales o universalizables, sino que las cosas que se necesitan lo son según el contexto social en que las personas se encuentran, del individuo situado en un determinado contexto espacial, temporal y cultural³⁵. Marmor, en este sentido, no niega que podría haber necesidades humanas

³³ R. ZIMMERLING, "Necesidades Básicas y Relativismo Moral", *Doxa*, núm. 7, 1990, pp. 35 a 54, especialmente pp. 47 a 51.

³⁴ J. GALTUNG, "The Basic Needs Approach" en K. LEDERER (editor) y J. GALTUNG y D. ANTAL (colaboradores), *Human Needs. ..., cit.*, p. 59.

³⁵ Ídem, pp. 60 a 72.

universales que trasciendan las influencias culturales, pero considera que las necesidades son relativas a las especificidades culturales. Por ello, sostiene que la cultura afecta más que a la necesidad de las personas a las diferentes formas en que éstas las satisfacen, con lo que la misma necesidad puede sentirse satisfecha necesitando distintos satisfactores según la cultura de que se trate, lo que puede llevar a que existan necesidades constituidas –al menos parcialmente– por requerimientos culturales. Entonces, ya sean necesidades biológicas de subsistencia o no, las necesidades son siempre *para* algo y relativas a una cultura. Igualmente, las necesidades son relativas también a las oportunidades socioeconómicas que presente una determinada sociedad y que se ven influidas por las posibilidades de recursos económicos de otras sociedades próximas, con lo que la escala de necesidades es básicamente una cuestión de construcción social porque están muy relacionadas con la división de las posesiones dentro de una sociedad y con las sociedades próximas³⁶.

Doyal y Gough consideran que las necesidades son objetivas en el sentido de que su especificidad teórica y empírica es independiente de las preferencias individuales, y universales porque su no satisfacción constituye un perjuicio grave igual para todos. Pero el concepto de universalidad que manejan no implica una generalización etnocentrista de las necesidades, sino una propuesta de universalidad comprometida con una redistribución de recursos a nivel mundial, que no suponga la explotación irracional de la naturaleza y que implique nuevas formas de gestión de la producción y el consumo. Desarrollan desde las necesidades básicas un nuevo enfoque ecológico, de equilibrio de las personas y la naturaleza, desde una idea de igualdad social de todas las personas, donde las necesidades son universales y asequibles al conocimiento y los satisfactores son dinámicos y abiertos³⁷. En este sentido, Wiggins entiende que necesitar no es un acto en principio intencional; ya que lo que necesito no depende del funcionamiento del cerebro, o no solamente de él, sino de cómo es el mundo³⁸. Desde allí distingue entre

³⁶ A. MARMOR, "The Intrinsic Value of Economic Equality" en L. MEYER, S. PAULSON, y T. POGGE (editores), *Rights, Culture, and Law. Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 127 a 141, p. 130.

³⁷ L. DOYAL y I. GOUGH, *Teoría de las Necesidades Humanas*, trad. de J. A. Moyano y A. Colás, Icaria y Fuhem, Barcelona, 1994, pp. 193 a 304.

³⁸ D. WIGGINS, *Needs, Values, Truth. Essays in the Philosophy of Value*, vol.6, Basil Blackwell, Oxford, 1987 (1985), pp. 1 a 57, especialmente p. 10.

las necesidades en sentido instrumental, que dependen de los deseos del agente y cuya no satisfacción simplemente no produce beneficio, de las necesidades en sentido absoluto donde la necesidad está condicionada a un fin que es la evitación de un daño en el desarrollo humano.

Braybrooke, a diferencia, insiste en que las necesidades son datos empíricos que se relacionan completamente con el curso de vida de cada persona, aunque reconoce que es posible acordar una lista mínima de necesidades asociada a un *mínimo estándar de provisión* para cada persona y relacionado también con el principio de precedencia de las necesidades sobre las preferencias. Asume que el principio de precedencia puede ser interpretado de una forma menos estricta y más realista, que permita reconciliar las necesidades con los requerimientos de la libertad pero siempre que no se derogue el sentido fuerte de que las necesidades son prioritarias a las preferencias. Riechmann también refiere que las necesidades se refieren al mundo de los hechos, son empíricas porque su referencia lo es; ya se trate de hechos materiales como psicológicos, pero siempre diferentes del plano normativo que es donde se sitúan las normas y los valores. Así, vincula las necesidades básicas con la integridad física y psíquica de los seres humanos y con la evitación de daños graves para ellos, lo que le lleva a decir que las necesidades básicas son los factores objetivos indispensables para la supervivencia y la integridad psicofísica de los seres humanos, teniendo como punto de partida la vulnerabilidad humana o mejor dicho de la vida misma³⁹. Nussbaum mantiene un punto intermedio entre las teorías objetivistas y las subjetivistas y ofrece una propuesta normativa y esencialista no metafísica sobre las funciones humanas que, aunque no tiene parentesco con tradiciones metafísicas o religiosas tiene pretensiones de universalidad que le permita cruzar abismos religiosos, culturales y metafísicos. Parte de que siempre identificamos a otros humanos como humanos a pesar de las diferencias de tiempo y lugar y que existe un consenso general sobre los caracteres cuya ausencia significarían el fin de una forma humana de vida. Así, elabora una concepción vaga, abierta, intuitiva y heterogénea sobre las funciones de una vida humana, desde el cuestionamiento de cuáles son los rasgos más centrales de nuestra humanidad, aquellos sin los cuales ningún individuo puede ser considerado humano, rasgos que son y deben ser abiertos para permitir el

³⁹ J. RIECHMANN, "Necesidades: algunas delimitaciones en las que acaso podríamos convenir" en J. RIECHMANN (coordinador), *Necesitar, desear, vivir..., cit.*, pp. 11 a 42.

aprendizaje entre culturas diferentes o reconocer nuevas en nuestra propia cultura⁴⁰.

El paneo de definiciones nos conduce también a diferentes clasificaciones respecto a las necesidades y consecuencias muy diversas en su relación con la justicia. En lo que sigue, pretendo articular mi propuesta de las necesidades básicas ofreciendo una clasificación y un concepto que se vinculan a la relación conceptual que entiendo existe entre el principio de igualdad y las necesidades; ya que el concepto de necesidades y la clasificación que se desprende de ésta responden a una determinada manera de entender la igualdad (y la libertad) y el igualitarismo que comparto y que encuentra un especial parentesco con la propuesta seniana de las capacidades. La propuesta de necesidades que defiendo responde a una objeción teórica general a las desigualdades económicas y que denomino el *objetivo igualitario*, una idea de igualdad basal que opta por el test de la igualdad de la satisfacción de las necesidades básicas como criterio de justicia sensible a las necesidades básicas y al desarrollo igualitario de las capacidades humanas de *todas* las personas.

3. MI PROPUESTA DE NECESIDADES. LAS NECESIDADES DESDE EL OBJETIVO IGUALITARIO

3.1. Sobre el concepto

Desde el marco esbozado previamente, asumiendo que las necesidades básicas mantienen una intrínseca vinculación con el principio de igualdad por lo que deben ser integradas y analizadas dentro de las teorías de la justicia, al menos de las que pretendan resultar igualitarias, y que las necesidades juegan un papel prioritario como razones justificativas de los derechos, voy a señalar los caracteres más relevantes que entiendo deben integrar el

⁴⁰ Esta lista de rasgos humanos básicos se asemeja absolutamente con la lista de capacidades centrales del funcionamiento humano que elabora desde la propuesta de Sen. M. NUSSBAUM, "Capacidades humanas y justicia social" en J. RIECHMANN (coordinador), *Necesitar, desear, vivir. ..., cit.*, trad. por A. Gómez Ramos, pp. 43 a 104, especialmente 63 y ss.; *Las mujeres y el desarrollo humano. El enfoque de las capacidades*, trad. R. Bernet, Herder, Barcelona, 2002, pp. 120 a 123 y *Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión*, trad. R. Vilà Vernis y A. Santos Mosquera, Paidós, Barcelona, 2006.

concepto de necesidades acompañado de una clasificación que ubique y jerarquice a las diferentes necesidades.

Las necesidades humanas básicas presentan un carácter *objetivable y universalizable*, a la vez que *insoslayable e imprescindible*. El carácter objetivable es definido desde aquello que permite la sobrevivencia humana o en cuya carencia la continuidad de la vida no es posible. Este carácter objetivable y universalizable de las necesidades humanas más básicas permite elaborar una guía matriz de necesidades, aunque éstas no se satisfacen de formas universales o universalizables, sino que los recursos, bienes o cosas se necesitan según el contexto social en que las personas se encuentran. Existe, entonces, un grupo de necesidades que presenta cierto grado de universalidad pero cuya interpretación y satisfacción siempre será contextualizada. Me refiero a una especie de núcleo duro de ciertas necesidades básicas, que aunque universalizables genéricamente son necesidades de cada individuo situado en un determinado contexto espacial, temporal y cultural. Por ello, las necesidades son también entendidas manifestando la dependencia de las personas y el contexto que les rodea y al que pertenecen, en una relación de dinámico intercambio y equilibrio.

Así, es posible identificar un *mínimo de dimensiones de necesidades* y un *mínimo de nivel de satisfacción* para que las personas puedan vivir y desarrollar sus capacidades. Unas funciones o cualidades que definen lo humano, en todo tiempo y lugar y cuya ausencia implican la ausencia de vida humana, la *no-vida*. Una universalidad definida desde lo estrictamente humano, por ello el carácter de *imprescindible* desde el concepto de lo humano, y fuera de lo cual lo humano no pervive. Y, por ende, su carácter de *insoslayabilidad*, en el sentido de que su insatisfacción –al menos en un grado determinado– ocasiona sufrimiento o un daño grave y hasta mortal, a la vez que se presenta sin que exista una alternativa real o posibilidad de alguna alternativa de satisfacción debida a la situación social en que se encuentra la persona. Igualmente, siempre la interpretación de las necesidades tiene que ser contextualizada, a la vez que la conceptualización, identificación e interpretación de los satisfactores. Éstos son siempre y en todo lugar dinámicos, abiertos y relativos al entorno natural y social, cultura, temporal e histórico de las personas.

A parte de las necesidades básicas universalizables, se encuentran las necesidades *relativas, sociales, culturales y situadas*, donde es el escenario social lo que más influye y condiciona a las diferentes formas en que las personas satisfacen o desean o necesitan satisfacer estas necesidades que definen lo humano

no sólo como un ente biológico sino como una construcción social, como un ser social. También existen necesidades que puedan ser constituidas –al menos parcialmente– por requerimientos culturales y por las oportunidades socioeconómicas que presente la determinada sociedad en que viva la persona y los recursos económicos de las sociedades próximas. Llama la atención, por ello, el carácter *expandible* y *modificable* de estas necesidades en general y, fundamentalmente, de la forma en que se satisfacen y la manera o los recursos utilizados para la satisfacción de cualquier necesidad.

Obviamente, desde Wiggins, entre otros autores, retomo la relevante diferencia entre necesidades y deseos, y junto con Frankfurt y Braybrooke coincido en el principio de *precedencia de las necesidades* frente a los deseos; ya que considero a las preferencias como necesidades derivadas del satisfactor y secundarias a las necesidades básicas. Y sostengo, junto con Miller, que la concepción de necesidades y el principio de igualdad mantienen una relación íntima; ya que la satisfacción de las necesidades es el elemento más importante para lograr la plena igualdad, con lo que el principio de las necesidades representa la parte más urgente del principio de igualdad. A la vez, la insatisfacción de las necesidades, y especialmente de las necesidades consideradas básicas, manifiestan el lado más preocupante de la injusticia, especialmente de la injusticia social representado por las situaciones de pobreza y desigualdades económicas, como los máximos exponentes de las necesidades insatisfechas y la representación práctica de la insoslayabilidad e imprescindibleidad de las necesidades.

Por consiguiente, el concepto y la clasificación de necesidades que sostengo se fortalece dentro de mi propuesta de igualdad basal que complementa, en la cual definiendo el *objetivo igualitario* que incorpora el concepto de necesidades básicas a la igualdad de capacidades básicas de Sen junto con la pretensión de corrección distributiva para no permitir desigualdades económicas que impidan la igualdad del desarrollo de las capacidades básicas para todos. Y ello, especialmente, por dos motivos: primero, porque manejar un (algún) concepto de necesidades básicas permite suplir la ambigüedad de la propuesta de Sen sobre la igualdad de las capacidades básicas y, segundo, porque las necesidades básicas son la condición *sine qua non* para el desarrollo de los funcionamientos y las capacidades humanas. Lo que persigue el objetivo igualitario es *procurar el igual desarrollo de las capacidades humanas de personas diversas como seres humanos y situadas en contextos heterogéneos y de una igual libertad real que garantice a todas las personas el logro de los*

*planes de vida que libremente hayan elegido desde su particular y situada concepción del bien, y dentro de un marco ecológicamente sostenible que posibilite que todas las personas puedan arribar a este objetivo*⁴¹. El objetivo igualitario, entonces, debe impedir y valorar como injustas a las desigualdades económicas que lo obstaculicen, que provocan pobreza y condenan a las personas a la insatisfacción de las necesidades impidiendo el igual desarrollo de sus capacidades básicas y el ejercicio de su libertad real. Para ello es preciso compatibilizar libertad e igualdad, como única estrategia válida y sostenible para intentar corregir los efectos negativos de las desigualdades económicas que impiden el desarrollo de las capacidades y las necesidades básicas.

De todos modos, el modelo conceptual de necesidades se pone a prueba a través del esquema de clasificación de necesidades al que se adhiera, y que es el que permite dimensionar y contextualizar el concepto de necesidades que se defienda. Aunque entiendo que no es relevante presentar un catálogo exhaustivo que busque incluir todas las supuestas necesidades humanas, sino que es preciso que se presente como una guía útil con la cual valorar y evaluar las carencias e insatisfacciones que impiden el desarrollo de las capacidades humanas. Y, en todo caso, que resulte funcional a un modelo igualitario de redistribución de recursos a través de políticas públicas, especialmente en contextos de recursos escasos (asumiendo que todos lo son, por las mismas circunstancias de la justicia, pero que me refiero a escases como efecto de una distribución desigualitaria) y, especialmente, en escenarios empobrecidos. Una clasificación, en efecto, que responde a una intencionalidad o que pretende abordar una de las principales cuestiones derivadas de adscribir a determinado concepto de necesidades y de clasificación de las mismas, y que tiene que ver con cómo se las contempla en términos de adscripción de derechos, de ejercicio de políticas públicas y, en fin, de redistribución de recursos. Pienso, por lo tanto, en una categoría de necesidades que pueda tener una función argumentativa para priorizar derechos, recursos y políticas redistributivas.

3.2. Sobre la clasificación

La propuesta de necesidades que defiende parte de diferenciar entre necesidades básicas y necesidades que se derivan del satisfactor. Dentro de las

⁴¹ Véase S. RIBOTTA, *Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia. Pobreza, redistribución e injusticia social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, pp. 388 a 400.

necesidades básicas se encuentran las necesidades absolutas o estrictamente humanas y las necesidades relacionales o sociales. Dentro de las necesidades derivadas del satisfactor, aquellas en la cual hay una confusión entre la necesidad y el recurso que se entiende la satisface y que hace que el mismo recurso o recursos se identifiquen como una necesidad en sí misma diferente, incluso, de la necesidad que tendía a satisfacer. Las necesidades que se relacionan de manera tan íntima con un determinado satisfactor que hace que éste comience a ser en sí mismo una necesidad pueden ser de dos tipos claramente diferentes: de *satisfactor adecuado* o de *satisfactor preferido* según el tipo y naturaleza de la ligazón que convierte al satisfactor mismo en necesidad, cambiando radicalmente la fuerza del reclamo. En las primeras, las necesidades derivadas de satisfactor adecuado, la calidad del satisfactor o la naturaleza del mismo vinculado a la particular situación de la persona que lo necesita impide prescindir de estos satisfactores sin producir daño en la vida o la salud de las personas. Y, de manera imprescindible, el vínculo entre el satisfactor y la necesidad que convierten al satisfactor en necesidad no responde a ningún acto voluntario de la persona, ni consciente ni inconsciente, sino a particulares situaciones que no le son imputables en términos de voluntad y que muestran la misma diversidad humana y las diferentes circunstancias sociales que viven los seres humanos, aunque puede existir algún vínculo de responsabilidad. Y estas necesidades de satisfactor adecuado se elevarán a básicas cuando se refieran a necesidades estrictamente humanas o relacionales o sociales. Las de satisfactor preferido, en cambio, obedecen a actos de decisión de las personas e involucran en mayor o menor medida a la voluntad, aunque en muchos casos se deba a fenómenos de socialización, de aprehendizajes culturales o hasta de actos inconscientes. Pero la no satisfacción no produce daño en el resto del equilibrio de las necesidades básicas, especialmente de las estrictamente humanas, sino sólo insatisfacción o no produce beneficio o bienestar. Dentro de éstas diferencio los reclamos de recursos de manifestaciones ideológicas y de manifestaciones religiosas, los gustos caros y las preferencias extravagantes.

Paso a explicar ahora detalladamente cada concepto. La diferencia fundamental que es preciso remarcar, es que una cosa son las necesidades y otra los satisfactores para satisfacer una necesidad. Las únicas que son objetivables y universalizables son las necesidades estrictamente humanas, mientras que el resto de necesidades básicas, las relacionales o sociales, y las relacionadas con determinado satisfactor preferido y todos y cualquiera de

los satisfactores están situados siempre histórica, cultural, social, política y económicamente, salvo las excepciones que involucran a los satisfactores adecuados, aunque también es posible, dentro de su especificidad, contextualizarlos y situarlos. Siempre, por lo tanto, situados en el particular escenario social en que la persona se desarrolle y desarrolle sus necesidades.

Lo primero que es preciso aclarar son las precondiciones estructurales que permiten el desarrollo de cualquier escenario en el que es posible hablar de necesidades, y sin los cuales la discusión sobre lo necesario pierde relevancia. Ese trasfondo o escenario estructural no se identifica con una necesidad específica o un satisfactor concreto, sino como un nivel cero, previo, imprescindible a nivel conceptual y fáctico para la existencia de la discusión sobre las necesidades, especialmente las básicas. Y ello porque el planteamiento de necesidades al que adscribo parte de una matriz individual de concepto de lo humano para luego trascender al ámbito social y de relaciones, pero que presupone obviamente un contexto de desarrollo que siempre es social, compartido vivencialmente con otros seres humanos, ya sea de manera directa o indirecta, en la relación concreta o simbólica. Por lo tanto, las necesidades están concebidas para el individuo, situado socialmente, pero como ser humano individualizado y particularizado y siempre diverso. Y por ello, las precondiciones hacen referencia al escenario fáctico estructural en el que los seres humanos desarrollan su existencia y actúan como condiciones previas a la discusión sobre las necesidades de cada ser humano, en el sentido de que la ausencia de éstas hace irrelevante la cuestión concreta de cada necesidad. Estas precondiciones son dos, la precondición social de la *paz* y la precondición natural del *escenario ecológicamente equilibrado*. La primera implica el escenario social de convivencia pacífica entre los seres humanos y cuya ausencia total o parcial compromete en grado sumo la posible satisfacción de cualquier necesidad, incluida obviamente, la misma pervivencia de lo humano. La segunda, la real disposición y disfrute de un escenario ecológicamente equilibrado que implica la posibilidad de obtener recursos para saciar todas las necesidades en condiciones mínimamente saludables y temporalmente sustentables, tanto en criterio sincrónico, para todas las personas, como diacrónico, incluyendo generaciones futuras⁴². Ambas precondiciones se interrela-

⁴² Como recuerda Riechmann, "la satisfacción de las necesidades básicas de todos los seres humanos, de una forma ecológicamente sustentable, es el 'contenido mínimo' de cualquier programa emancipatorio a finales del siglo XX". Véase J. RIECHMANN, "Necesidades: algunas delimitaciones en las que acaso podríamos convenir" en J. RIECHMANN (coordinador), *Necesitar, desear, vivir.... cit.*, pp. 37 a 38.

cionan y ambas comparten una naturaleza en el que los ámbitos sociales y naturales se mezclan porque se interinfluencian.

A partir de estas precondiciones estructurales de escenario ecológicamente equilibrado y paz, como ámbito natural y social, para el desarrollo de las necesidades, es posible ubicar a las diferentes necesidades concretas.

1. La primera clasificación atañe a diferenciar que existe un grupo de necesidades que son calificadas como *necesidades básicas* por comprometer su satisfacción o insatisfacción una esfera relevante de la vida humana vinculada al mantenimiento de la vida o de lo que se considera vida humana y vida social. Se consideran en sentido estricto, como aquellas necesidades que las personas experimentan por su naturaleza humana y social, pero que no se relacionan con ningún plan de vida en particular. Dentro de éstas encontramos a las necesidades absolutas o estrictamente humanas, a las relacionales o sociales y a las necesidades derivadas del satisfactor adecuado:

1.1. *Necesidades absolutas o estrictamente humanas*: son las ligadas con la estricta subsistencia y supervivencia de los seres humanos. Se refieren a un núcleo muy concreto de necesidades básicas que considero universalizable, objetivable, insoslayable e imprescindible para la supervivencia de los seres humanos. No se refieren a la calidad de vida que luego adquieren y no están ligadas a ningún satisfactor en concreto, sólo a unas determinadas y muy estrictas necesidades consideradas básicas para el mantenimiento de la vida humana. Si estas necesidades no son satisfechas, al menos en un grado adecuado, la vida no es posible, las personas no pueden continuar con vida y mueren. Estas necesidades son:

- la necesidad de *alimentación y nutrición*, que implica saciar el hambre y la sed de manera adecuada a las condiciones personales de cada ser humano. Los recursos son todos situados e históricos y culturales. Excepción: agua y aire como satisfactores únicos.
- la necesidad de *salud adecuada*, entendida desde un concepto integral de salud como el equilibrio bio-psico-social de cada ser humano con los otros seres humanos y con el entorno natural en el que está situado⁴³. Los recursos son todos situados e históricos y culturales.

⁴³ Para la OMS, la salud es el equilibrio y el más alto nivel de desarrollo físico, mental y social en armonía con el medio ambiente. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*, Conferencia Sanitaria Internacional, New York, 1946.

- la necesidad de disponer de un *hábitat* como forma de protección frente a las inclemencias climáticas, que le permita el descanso periódico y el desarrollo de la vida personal y social. No se identifica estrictamente con la vivienda y menos con una determinada forma de vivienda, sino con un escenario adecuado para el desarrollo de su vida, tanto los aspectos de su vida íntima como de su socialización. Los recursos son todos situados e históricos y culturales.

Estas necesidades no están ordenadas jerárquicamente, sino que se relacionan estrechamente de manera interdependiente, desde las precondiciones generales mencionadas, que permiten la existencia de satisfactores a un nivel y calidad adecuados para saciar cualquier necesidad.

Es importante remarcar que dentro de estas necesidades estrictamente humanas, como en general de todas, los satisfactores son y están siempre situados de manera histórica y cultural, salvo dos excepciones. La primera excepción se refiere a dos necesidades que tienen una vinculación tan estrecha con un determinado satisfactor que excede la clasificación de satisfactor adecuado o preferido, porque no se limitan a la relación voluntaria o no del vínculo respondiendo a la misma diversidad humana, sino que dan cuenta precisamente de lo contrario. Son necesidades derivadas de un *satisfactor único*, porque no hay otro recurso en el mundo y dentro del actual desarrollo tecnológico mundial que pueda suplir la ausencia de este recurso que resulta imprescindible para el mantenimiento de toda vida humana en todo tiempo cultural y espacial. Me refiero a las necesidades estrictamente humanas de agua y de aire, incluidas dentro de la necesidad de alimentación y nutrición, y que se vinculan estrechamente con las otras necesidades estrictamente humanas, como la necesidad de salud adecuada y la necesidad de un *hábitat*. Agua y aire que no sacian la necesidad a la que se refieren en cualquier estado, sino cuando están en condiciones de mantener la vida humana y de permitir su desarrollo, y cuando se presentan realmente accesibles para un disfrute adecuado de los mismos a todas las personas. Agua y aire no contaminados y accesibles en términos reales y situados para el ser humano en cuestión. Lo de la accesibilidad es, por el momento, más una discusión ligada al agua, pero por la misma dinámica de mercantilización de los recursos naturales sería posible imaginar un futuro en que los mismos requerimientos sean también para el aire. Agua y aire, por lo pronto, que sean accesibles en términos de disponibilidad real de las personas en calidad y cantidad y bajo un régimen que asegure el cuidado equilibrado de los mismos como re-

cursos naturales finitos y el disfrute igualitario para todos los seres humanos y para las generaciones futuras.

1.2. Necesidades sociales o relacionales: las ligadas a la condición de lo humano y vinculadas a la naturaleza social de las personas, que incluyen la sociabilización, la libertad, la autonomía personal, el afecto, la educación, la sexualidad, la recreación, el desarrollo de relaciones individuales y sociales, la convivencia con las personas de su entorno y con su hábitat, la posibilidad de desarrollo y ejercicio de la propia identidad, de la cultura, la ideología, las opciones políticas y la religión que elija. Son las necesidades de las personas situadas en un determinado escenario social, histórico y temporal, económico, político, cultural, religioso y ecológico y, por lo tanto, todos los satisfactores están también situados, histórica y culturalmente y son relativos al entorno de desarrollo social de cada ser humano. No involucran, por ende, a satisfactores determinados, sino que expresan la necesidad misma de recibir, practicar y desarrollar los aspectos de la socialización que implican las relaciones humanas y el desarrollo del *yo social* en las diferentes esferas de relaciones: la educativa, la cultural, la política, la económica, la religiosa, la lúdica, la ideológica, la sexual y de género, la comunitaria, la relacional, la familiar, la laboral, entre otras.

1.3. Necesidades derivadas del satisfactor adecuado: las necesidades derivadas del satisfactor adecuado son aquellas en las cuales se mezcla o se confunde de tal manera la necesidad con el objeto que la satisface que la misma necesidad se transforma, y ya no implica una necesidad que puede ser saciada con cualquier o diferente satisfactor, sino que la misma identidad y particularidad de la necesidad se relaciona conceptualmente con un concreto satisfactor. Satisfactor que es adecuado porque para una determinada necesidad es imprescindible ese satisfactor específico y la relación entre ambos que transforma al satisfactor en necesidad responde a un imperativo ajeno a la voluntad de la persona, sea consciente o inconsciente y derivado o no de un acto de su responsabilidad, pero que en todo caso el ignorarla o no satisfacerla compromete la vida o la salud de la persona poniendo en riesgo su supervivencia dentro del equilibrio que tienen que guardar entre sí las necesidades básicas. De esta manera, hay una condicionalidad en la necesidad respecto a un determinado satisfactor o a una determinada clase de satisfactores, que hace que se transforme en satisfactor imprescindible para esa necesidad. Y, siempre que esa necesidad se refiera a una de las consideradas *estrictamente humanas* o *sociales* tendrán prioridad je-

rárquica en el reclamo a la par que la necesidad a la que se refieren; ya sea de alimentación, por ejemplo, como estrictamente humana, o de educación, como social.

Los tres requisitos que deben cumplir son:

- respecto al tipo de necesidad: que se refiera a una necesidad de las estrictamente humanas o de las sociales o relacionales,
- respecto a la naturaleza de la ligazón: que sea ajena a la voluntad de la persona, sea consciente o inconsciente y consecuencia de un acto del que es responsable o no,
- respecto a la urgencia de la satisfacción: que la persona no pueda prescindir de ella sin poner en riesgo su supervivencia dentro del equilibrio que debe existir entre las necesidades estrictamente humanas en primer lugar y luego entre las sociales.

Se refieren generalmente a situaciones de enfermedades o estados sociales concretos que condicionan a las personas. Por ejemplo, enfermedades como diabetes, celiaquía, alergias, desnutrición, intolerancias, o situaciones sociales tales como discapacidades, embarazos, vejez, niñez, entre otras. En el caso de la diabetes⁴⁴ y la celiaquía⁴⁵, o de una persona con discapacidad o de un anciano, las personas involucradas necesitan, requieren o reclaman determinados recursos como los únicos con los que pueden saciar una necesidad que es considerada básica. Satisfactor/es que no pueden ser sustituidos por otros por criterio de imprescindibilidad: ese determinado satisfactor –o tipo de satisfactor– es el único que puede satisfacer esa necesidad. Otro sa-

⁴⁴ En las personas diabéticas, en los tipos más comunes de diabetes, el páncreas no segrega la cantidad de insulina suficiente para reducir los niveles de glucosa en sangre o el páncreas segrega insulina pero algunos tejidos no responden a la acción de la misma. El tratamiento más ordinario consiste en una dieta equilibrada en carbohidratos, proteínas y grasas, más ejercicio físico, evitar situaciones de estrés, y en muchos casos la administración de tratamiento sustitutivo de insulina, análogos de la insulina o un tratamiento con antidiabéticos orales que permitan restaurar los niveles glucémicos. Sin esta dieta rigurosa la vida de la persona se encuentra en grave riesgo, pasando desde situaciones de discapacidad –como ceguera, pérdida de miembros, descompensación de otros órganos vitales, como riñones e hígado– hasta la misma muerte.

⁴⁵ Una persona celíaca necesita para alimentarse una dieta que no contenga gluten, que es una proteína vegetal presente en algunos cereales comunes como el trigo, la cebada, el centeno y la avena, entre otros alimentos y preparados. Para permanecer con vida *necesita* una dieta especial con recursos concretos que resultan los únicos adecuados, ya que el tratamiento existente consiste en mantener de por vida una dieta estricta sin gluten.

tisfactor, aún los ordinarios que se utilizan para esa necesidad, no satisfacerían la necesidad o causarían un perjuicio en la salud o en la vida de la persona. Así, la necesidad ya no es “alimentarse” para la cual vale cualquier alimento, sino la necesidad se convierte en “alimentarse con alimentos sin gluten”, en el ejemplo de la persona celíaca. En estos casos, estos satisfactores *adecuados* en el sentido de imprescindibles y únicos deben recibir el mismo trato que aquellos ordinarios pero en relación con las particulares personas que los requieren como *necesidad especial*⁴⁶. Y, por ello mismo, deben tener el mismo trato prioritario que los satisfactores ordinarios cuya jerarquía pasa por si son necesidades básicas o no, y dentro de las primeras por si son estrictamente humanas o sociales. Lo que intento mostrar con estos ejemplos, es que cuando me refiero a necesidad de un satisfactor adecuado, lo hago en el sentido de *imprescindible* y único en su especie y tipo para satisfacer una clase de necesidad de las estrictamente humanas o relacionales o sociales, que son las que entiendo como básicas para los seres humanos. Es por ello que el reclamo de necesidad de las necesidades de satisfactor adecuado, aunque son necesidades derivadas de un satisfactor, tienen la misma categoría de las estrictamente humanas o de las relacionales o sociales según a lo que se refieran.

En efecto, tanto a las necesidades estrictamente humanas como a las relacionales o sociales y a las necesidades de factor adecuado las considero necesidades básicas y prioritarias para toda política distributiva, en el sentido que comprometen la vida como supervivencia y la vida como desarrollo de capacidades humanas personales y sociales. Y toda persona que tenga una o varias de estas necesidades insatisfechas siempre estará en situación de inferior absoluto respecto a las otras personas, y con un reclamo urgente de distribución de los recursos adecuados.

En estas situaciones, la responsabilidad individual en sí misma generalmente no interviene o, si lo hace, no es relevante a los fines de la consideración, o no, de la misma. Pero, aún si lo hiciera, como en casos de algunas discapacidades o enfermedades que pueden responder en alguna medida a una imprudencia o culpa de la persona, ésta no disminuye ni aminora el reclamo de necesidad prioritario, como sostienen los igualitaristas de la suerte

⁴⁶ Prefiero referirme a necesidades de satisfactor adecuado que a necesidades especiales, porque considero que la categoría de necesidades especiales suele encubrir una confusión entre necesidades y satisfactores y produce una exclusión de algunas necesidades en el tratamiento general de las mismas.

como Arneson o Dworkin. Considero que en ningún caso las compensaciones o políticas especiales que se instrumenten para casos de personas con discapacidad pueden actuar como estímulo o incentivo para tener o no tener cuidados y responsabilidad en las acciones. De todas formas, no descarto que la consideración de necesidad derivada de un satisfactor que contemplo como necesidad de satisfactor adecuado pueda ser entendida por alguna persona como un cierto *seguro* –al estilo de Dworkin pero sin mercado hipotético ni pago de prima–, aunque nunca admitiré que implica un incentivo para que las personas contraigan enfermedades, se discapaciten, envejecan, o se coloquen en alguno de los supuestos considerados como necesidad de satisfactor adecuado.

2. *Necesidades derivadas de satisfactor preferido* ocupan un lugar secundario respecto a las necesidades básicas, tanto en grado de exigibilidad como de urgencia en su satisfacción. Al igual que las necesidades de satisfactor adecuado, se configuran cuando para una determinada necesidad resulta imprescindible un satisfactor específico. Pero la diferencia entre ambos tipos de necesidades, es que en éstas la relación que transforma al satisfactor en necesidad responde a un imperativo voluntario, elegido por la misma persona de manera más o menos consciente o a través de procesos de socialización, aunque siempre de alguna manera respondiendo a una opción voluntaria de la persona. Y, a la vez, su insatisfacción no compromete la vida ni la salud de la persona ni pone en riesgo su supervivencia, sino, meramente produce insatisfacción o falta de bienestar. Son, entonces, todas aquellas necesidades relacionadas o derivadas de un satisfactor pero que responden a opciones de la voluntad de la persona, a preferencias, a decisiones, a gustos que las personas tienen vinculados con una determinada situación social, económica, política, cultural o religiosa que disfrutan en el ejercicio de sus libertades. Y, aunque la satisfacción de esa preferencia se perciba como necesidad urgente *nunca* se relaciona de forma imprescindible con las necesidades estrictamente humanas ni las relacionales o sociales, y no tendrá la naturaleza de las necesidades de satisfactor adecuado. En las preferencias intervienen valoraciones ligadas a mejorar condiciones de vida, a aumentar calidad de vida, a gozar de determinados placeres o gustos que se relacionan con opciones de las personas, aunque éstas las perciban como necesidades vitales cuya satisfacción es imprescindible para su vida. Son, de esta manera, sacrificios triviales que las personas pueden permitirse realizar sin poner en riesgo su vida ni el desarrollo de sus capacidades básicas, sino en

el mayor de los casos algún nivel de calidad de vida. En las necesidades de satisfactor adecuado, la consideración de que un satisfactor es adecuado excede la voluntad y la decisión de la persona que la tiene y se remite a criterios objetivos de valoración, mientras que en las preferencias, es la misma persona involucrada la que exige ese satisfactor como adecuado según una percepción subjetiva del mismo y la que lo identifica como tal, por lo que el reclamo no puede ser justificado a nivel global. Este tipo secundario de necesidades derivadas del satisfactor preferido tienen que cumplir tres requisitos:

- respecto al tipo de necesidad: se pueden referir a cualquier tipo de necesidad, pero *no se relacionan* de forma imprescindible ni que se pueda justificar objetivamente,
- respecto a la naturaleza de la ligazón: que responda a un imperativo voluntario, elegido por la misma persona de manera más o menos consciente, o a través de procesos de socialización o de aprehendizaje,
- respecto a la urgencia de la satisfacción: que su satisfacción o insatisfacción no comprometa la vida ni la salud de la persona, ni ponga en riesgo su supervivencia.

Debido a estos requisitos, las preferencias obligan a una cierta objetivación de las situaciones de las personas que las reclaman, para poder valorar realmente cuáles son las necesidades que están en juego, lo que puede ser criticable porque no es sencillo establecer criterios para hacer objetivo lo que se siente como necesidades sin comprometer una determinada teoría del bien. Este tipo de necesidades derivadas de un determinado satisfactor, en efecto, se transforman al mismo en necesidad pero sin comprometerla; ya que no resulta imprescindible utilizar ese determinado satisfactor para satisfacer esa necesidad como tal, al menos que se pueda justificar objetivamente. Dentro de este tipo de necesidades de satisfactor preferido, es posible citar a los reclamos de recursos de manifestaciones ideológicas, a los reclamos de recursos de manifestaciones religiosas, a los gustos caros y a las preferencias extravagantes. Y, aunque admito que la diferencia entre ambos tipos a veces es confusa y pueden ser vistos todos como manifestaciones de preferencias extravagantes o de gustos caros, prefiero hacer una pequeña diferencia clasificatoria, que implica también una jerarquía interna relevante entre ellas a los fines de su fuerza reivindicadora y de la posible prelación a los fines distributivos.

2.1. Reclamo de recursos por manifestaciones ideológicas: se refieren a las exigencias de recursos que resultan onerosos o extravagantes como reclamo de necesidad que realizan las personas desde determinadas opciones ideológicas, religiosas o culturales. No compromete la libertad como tal de opciones ideológicas, culturales o religiosas ni la manifestación ni el ejercicio de la misma como el desarrollo de una necesidad, que son comprendidas como necesidades básicas de las sociales y relaciones. Hacen referencia, en cambio, a las exigencias de recursos concretos para satisfacer la *manifestación* de una determinada opción ideológica. No son elecciones ocasionales, sino consecuencias del ejercicio de la libertad, por lo que también pueden ser analizados de manera genérica como gustos caros o preferencias extravagantes. La clave es que no gozan del mismo reclamo de necesidad que las necesidades básicas, dentro de las que se encuentran las de satisfactor adecuado y, por lo tanto, la fuerza del reclamo no es la misma. A su vez, estos reclamos de recursos pueden estar relacionados a la satisfacción de una necesidad básica o no.

Por ejemplo, el hecho de ser vegetariano o vegano que hace que las personas exijan como reclamo de necesidad determinados satisfactores de la necesidad de alimentación a concretos alimentos que según el escenario en que se encuentren las personas puede exigir mayor cantidad de recursos, recursos más costosos por su extravagancia en esos contextos o que exijan compensaciones especiales. En ejemplos corrientes, situados en escenarios occidentales de redistribución de recursos para la satisfacción de las necesidades, puede resultar mucho más costoso satisfacer la alimentación de un vegano que de una persona que no lo es. Y, en todo caso, la consideración como satisfactor preferido lo que hace es negarle reclamo de urgencia y precedencia frente a una necesidad en la cual la voluntad no interviene, como en la necesidad derivada de satisfactor adecuado (ej. el caso de un alérgico), y siempre que se esté hablando de contextos de escases de recursos, como todos los que vivimos. Sin entrar en la discusión ecológica sobre qué sería menos o más costoso en términos universales ni tampoco en la discusión sobre la posición frente a los derechos de los animales o de las especies, y sólo a los fines de ejemplificar la situación, en una concreta situación social, no pujan al mismo nivel el satisfacer la necesidad de alimentación de un alérgico y de un celíaco que el de un vegano. Y, más allá de cuál resulte más o menos costoso de satisfacer, sólo podrá pensarse en el vegano cuando los alérgicos y los celíacos tengan sus necesidades básicas satisfechas, adscribiendo

a un *criterio leximin* de satisfacción de las necesidades, que permita ir satisfaciendo primero las necesidades básicas a todos, considerando las especificidades no elegidas de las personas hasta lograr un reclamo de necesidades acorde a un nivel que pueda ser garantizado en igualdad a todas las personas, tanto en criterio sincrónico (para todos) como diacrónico (incluyendo generaciones futuras) y que permita, luego, la satisfacción de necesidades con recursos preferidos por las personas en cuestión.

2.1.1. Reclamo de recursos por manifestaciones religiosas, como los reclamos de recursos para el desarrollo de determinadas ceremonias o ritos, imposibilidad de alimentarse con determinados productos o la exigencia de determinados procesos respecto a la preparación de alimentos, o utilizar determinados recursos medicinales, entre otros. Las manifestaciones religiosas son una especie de las manifestaciones ideológicas, pero que requieren especial tratamiento por la relevancia social que despiertan. De todos modos, el argumento teórico es el mismo. No está en juego ni la opción religiosa, ni la religiosidad, ni la libertad religiosa, que entran dentro de las necesidades básicas sociales o relaciones, y por lo tanto con importante jerarquía dentro de las necesidades. En cambio, a lo que se le quita jerarquía es al reclamo de determinados satisfactores o recursos concretos para satisfacer la necesidad, y más cuando se pongan en puja con necesidades básicas de otras personas, especialmente de necesidades estrictamente humanas en contextos de escasos de recursos.

Lo que se considera como una *preferencia* no es a la opción por la religión ni a la religiosidad que están amparadas por la libertad –libertad individual, libertad de expresión, libertad de culto– sino al reclamo de recursos en nombre de manifestaciones religiosas que exigen el uso de determinados recursos, que por definición son escasos. Si se considerara reclamo de necesidad a las exigencias de recursos extras para realizar determinadas manifestaciones religiosas se estarían priorizando los planes de vida de unas personas que profesan esa religión frente a los planes de vida de otras personas que profesan otra religión o ninguna, lo que conduciría a sopesar diferentes planes de vida y a priorizar concepciones del bien. Son preferencias (o también pueden considerarse como gustos caros) en la medida en que existen otros satisfactores incluidos en los recursos medios de que disponen todas las personas que también pueden satisfacer las necesidades mencionadas estrictamente humanas o relacionales o sociales, pero las personas prefieren otros recursos que son más costosos o resultan extravagantes y los reclaman como una ne-

cesidad, exigiendo su satisfacción o su compensación en pie de igualdad con necesidades estrictamente humanas o sociales de otras personas. Como, por ejemplo, quien reclame una determinada alimentación porque lo exige la religión que practica y quiere que esa necesidad sea valorada como igual reclamo que el que hace una persona con intolerancia a los alimentos, embarazada o con alguna discapacidad y que requiere determinado recurso porque es el adecuado independientemente de su voluntad (y hasta de su religión o su ideología).

Aunque, como recuerda Arneson, puede haber una diferencia entre preferencias que están muy arraigadas en las personas y muy extendidas socialmente y que sólo pueden ser modificadas con altos costos personales, de aquellas que la mayoría de las personas puede modificar y erradicar sin tantos costos personales⁴⁷. Igualmente, en ninguna preferencia, por más arraigada que esté, su privación pone en riesgo la vida y las necesidades básicas de las personas, y si lo hiciera, dejaría de ser una preferencia. De todas formas, la cuestión no es pacífica en relación a las manifestaciones religiosas, culturales o ideológicas que exigen recursos en términos de necesidades⁴⁸. Y aunque creo que se podría establecer jerarquías dentro de las preferencias, que responda a la clasificación que ofrezco donde las manifestaciones ideológicas y religiosas tienen prioridad respecto a los gustos caros y a las preferencias extravagantes, es confuso hacer índices y siempre queda la sensación de beneficiar unos planes de vida sobre otros. Y abre, obviamente, otro nuevo debate entre las preocupaciones estrictamente liberales y estrictamente igualitarias. La pregunta central, en mi opinión, consiste en si están todas las personas en igualdad de oportunidades para desarrollar preferencias y gustos caros, sean éstos los que sean. Así, cumpliendo el requisito igualitario y sin violar las garantías de una real preocupación liberal, entiendo que el reclamo debe ser atendido como necesidad con un criterio *leximin*, cuando existe igualdad real de oportunidades para el desarrollo de preferencias y recursos necesarios para la igual satisfacción de las mismas y luego de satisfacer absolutamente las necesidades básicas de todas las personas, lo

⁴⁷ R. ARNESON, "Equality and Equal Opportunity for Welfare", *Philosophical Studies*, vol. 56, núm. 1, mayo 1989, pp. 77 a 93, especialmente p. 82.

⁴⁸ Sobre la cuestión de las opciones religiosas como preferencias y sus implicaciones, véase T. SCANLON, "Preference and Urgency", *The Journal of Philosophy*, vol. 72, núm. 19, 1975, pp. 655 a 669 y "Equality of Resources and Equality of Welfare: A Forced Marriage?" *Ethics*, vol. 97, 1986, pp. 111 a 118.

que permitiría no sólo una igualdad de posibilidades sino que garantizaría una igualdad de resultados, sean éstos los que sean.

2.2. Gustos caros, son reclamos de recursos que debido a los particulares escenarios sociales, políticos y económicos resultan más onerosos que otros satisfactores que también tienen la potencialidad de saciar una necesidad, sea ésta estrictamente humana o relacional. Y que no se justifican porque no son los satisfactores adecuados, sino simplemente preferidos por las personas por sus particulares gustos personales, y cuya insatisfacción no le producirá daño en su vida o su salud sino que no le reportará bienestar. Pueden estar relacionados a una necesidad de las consideradas básicas o no, cuando por ejemplo, una persona para saciar la sed necesita beber champán o coca cola, o para alimentarse necesita comer caviar o una determinada carne extraña y costosa como ciervo o cocodrilo, o alimentos que no están de temporada o no son de cultivo cercano –como necesidad de comer mango o kiwi todo el año viviendo en Europa–, o cuando para recibir educación se necesite asistir a determinada universidad o para la necesidad de hábitat se necesite una mansión con piscina. O, pueden directamente referirse a otras necesidades que no pueden tampoco ser consideradas relacionales o sociales, o sólo de forma muy distanciada, como las necesidades de mantener cierto estatus social, como vestir ropa de lujo, tener una casa en la playa, conducir un auto deportivo, comunicarse a través de sofisticada tecnología, necesidad de ir a la ópera, etcétera.

2.3. Preferencias extravagantes, se refieren a las exigencias de recursos extravagantes como reclamo de necesidad que realizan las personas y que, más que onerosos, resultan extravagantes y se vinculan más a deseos y a caprichos. No compromete la libertad como tal de elegir, sino que se refiere a las exigencias de recursos que éstas pueden generar y sólo cuando pujan contra necesidades estrictamente humanas y en la medida en que no se configuren como relacionales o sociales, sino en un nivel más general. No son elecciones ocasionales, sino consecuencias del ejercicio de la libertad.

Es importante valorar cómo la pertenencia a un determinado escenario social y económico en el que la persona se ha desarrollado puede condicionar las preferencias o los gustos y hacerlos sentir y vivir como necesidades. Y ello es válido para la explicación sociológica de cómo se configuran las mismas pero, de ningún modo, puede justificar un reclamo de necesidad, salvo que todas las personas pudieran disfrutar de esos escenarios sociales y económicos realmente por igual, y unos optaran por unos gustos y otros por

otros y siempre que tuvieran la real posibilidad de que todos desarrollaren gustos caros o preferencias extravagantes, aunque no se pretende que sean homogéneas. De permitirlo se estaría perpetuando una situación de desigualdad social provocada por una desigualdad económica previa, donde personas que no desarrollan gustos caros porque no tienen ni siquiera oportunidad de desarrollarlos tengan que confrontar la satisfacción de alguna de sus necesidades estrictamente humanas o relacionales o sociales con gustos caros o preferencias de cualquier clase vividas por otras personas como necesidades.

Admito, con cierta preocupación que en estos argumentos existe el riesgo de que cierto nivel de cultura y de desarrollo tecnológico sea considerado como un *gusto caro* porque exige más del Estado, como *popularizar* el acceso a la ópera, por ejemplo. Pero pienso que ésta es más una preocupación política que de argumentación de justicia, ya que parte del abordaje de ese posible riesgo será siempre considerar que a medida que la sociedad y la sociedad mundial va aumentando sus recursos totales tiene que ir permitiendo mejorar los niveles y la calidad de la satisfacción de las necesidades de todas las personas, hasta llegar a la satisfacción de los gustos caros y de las preferencias extravagantes de todos, siempre que éstas se garanticen en reales e iguales escenarios sociales para todos. Igualmente, se podría admitir que hay algunos gustos o preferencias que por su extravagancia resultan extraordinarios casi en todos los escenarios sociales –como quien sólo beba champán, o sólo se alimente de caviar o sólo viaje en determinada marca de automóvil –, gustos que resultan gustos caros aún para personas con cantidad de recursos elevados en países ricos o desarrollados. Muchos de los cuales resultan también caros en términos ecológicos o de recursos destinados al uso público, con lo cual se vuelven aún más caros hasta para la persona que no se beneficia con él, como por ejemplo los efectos de la contaminación ambiental del uso de automóviles y de aviones, el gasto excesivo de agua o de electricidad, entre otros. Que no necesariamente hacen costosa la misma actividad, sino que encarecen o agravan (en términos de satisfactores) la vida ordinaria del resto de personas de la comunidad de la que se trate, que no tiene, o no puede tener o desarrollar esos gustos caros. Aunque, también podemos encontrar situaciones que a la inversa, resulten ordinarios en países pobres y sean gustos caros o preferencias extravagantes en países ricos, aunque son casos aislados y se relacionan más con excentricidades, como por ejemplo utilizar camellos o elefantes como transporte en la ciudad.

Pero, no se puede negar la relación que existe entre preferencias caras o gustos caros y escenarios donde éstos son posibles como los países desarrollados o en vías de desarrollo o personas que disponen de muchos recursos aunque vivan en países pobres.

Queda la muy relevante argumentación de Cohen, de que es la sociedad y la estructura económica como tal la que convierte a unos gustos en caros, al conferir valor a los satisfactores, y la consideración, por ende, de que la persona más que gusto caro lo que tiene es mala suerte –mala suerte bruta u opcional– por tener o haber desarrollado determinado gusto en determinado contexto⁴⁹. De todos modos, estos argumentos brindan una muy interesante justificación y explicación de por qué las personas experimentan determinados gustos, de la participación personal en la formación de las preferencias y de la influencia del mercado en la conformación de los gustos y preferencias y necesidades de las personas. Pero niego que sea una argumentación para la compensación o la consideración de estos gustos como necesidades o para aumentar la calidad o exigibilidad de su reclamo. Por ello, comparto el distintivo marxista en el análisis de Cohen sobre los *gustos alienantes*, el nivel de supuesta involuntariedad que implican y el grado de frustración que generan, pero no coincido en que deban ser contemplados como necesidades con amplia exigibilidad, y menos desde el análisis de los gustos caros versus las necesidades.

Obviamente, las personas dentro de su libertad y sin imponer una determinada concepción del bien, pueden desarrollar todas las preferencias que deseen, pero lo que *no* pueden hacer es ejercerla *como demanda o reclamo de necesidad*, con la misma intensidad que los satisfactores ordinarios, y valorando lo ordinario según cada entorno social, cultural, religioso, político, económico. En todo caso, asumo que es difícil establecer reglas, pero creo que la intuición de los juicios razonados puede dar pistas para esclarecer desde el convencimiento igualitario estas situaciones. Una de las claves pasa por el costo económico y de obtención de determinado recurso y por la posibilidad de disponibilidad por todas las personas, tanto por las de su comu-

⁴⁹ G. A. COHEN, "On the Currency of Egalitarian Justice", *Ethics*, vol. 99, núm. 4, Julio 1989, pp. 906 a 944, especialmente p. 926. Resulta muy sugerente, igualmente, la terapia de desintoxicación que propone Cohen, y es una alternativa que refuerza la propuesta igualitaria que sostengo de la no compensación de los gustos caros, porque ofrece una estrategia para no abandonar a las personas a la suerte de sus gustos alienados.

nidad como por las de la comunidad mundial y también por el valor que representa en la comunidad.

El esquema de las necesidades que propongo, entonces, es el siguiente:

0. Precondiciones estructurales:

- * precondición natural: *escenario ecológicamente equilibrado*
- * precondición social: *paz*

1. necesidades básicas:

1.1. necesidades absolutas o estrictamente humanas:

1.1.1. la necesidad de *alimentación y nutrición*, que implica saciar el hambre y la sed de manera adecuada a las condiciones personales de cada ser humano. Los recursos son todos situados e históricos y culturales. Excepción: agua y aire como satisfactores únicos.

1.1.2. la necesidad de *salud adecuada*, entendida como un equilibrio bio-psico-social de cada ser humano con los otros seres humanos y con el entorno natural en el que está situado. Los recursos son todos situados e históricos y culturales.

1.1.3. la necesidad de disponer de un *hábitat* como forma de protección frente a las inclemencias climáticas, que le permita el descanso periódico y el desarrollo de la vida personal y social, tanto los aspectos de su vida íntima como de su socialización. Los recursos son todos situados e históricos y culturales.

1.2. necesidades relacionales o sociales:

1.2.1. desarrollo del yo social en las diferentes esferas de relaciones: la educativa, la cultural, la política, la económica, la religiosa, la lúdica, la ideológica, la comunitaria, la relacional, la familiar, la laboral, entre otras.

1.3. necesidades derivadas del satisfactor adecuado

1.3.1. que pueden ser necesidades estrictamente humanas o sociales

2. necesidades derivadas del satisfactor preferido:

2.1. reclamo de recursos por manifestaciones ideológicas

2.1.1. reclamo de recursos por manifestaciones religiosas

2.2. gustos caros

2.3. preferencias extravagantes

De todas maneras, y asumiendo que quedan muchas discusiones en el camino y críticas todavía sin respuesta, reivindico que las necesidades pueden entenderse como razones no concluyentes para la acción y que pueden orientarla cuando no haya otros factores que demuestren lo contrario. A la vez, no pueden obviarse las consideraciones sobre las necesidades a la hora de discutir sobre justicia, y menos cuando se pretende arribar a una teoría igualitaria de la justicia; ya que las necesidades están íntimamente vinculadas con el principio de igualdad como ideal de justicia y, no ser conciente de ello o no contemplarlas de manera rigurosa, ha traído graves consecuencias desigualitarias en teorías de la justicia supuestamente igualitarias. Por ende, rediscutir y volver a pensar sobre las necesidades es, también, una exigencia de justicia, una conexión con los problemas reales de los seres humanos y de las políticas públicas y, en suma, un desafío que los juristas y la filosofía jurídica no pueden seguir evitando.

SILVINA RIBOTTA

Instituto Derechos Humanos Bartolomé de las Casas

Universidad Carlos III de Madrid

c/Madrid, 126

Getafe 28903 Madrid

e-mail: silvina.ribotta@uc3m.es

RECENSIONES

**Onuma YASUAKI, *A Transcivilizational perspective on International law*,
“Recueil des Cours de l’Académie de Droit International”,
núm. 342, La Haye, 2009, 418 pp.**

CARLOS R. FERNÁNDEZ LIESA
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: derechos humanos, civilizaciones, culturas, diálogo, Derecho internacional, transcivilizaciones
Keywords: human rights, civilizations, cultures, dialogue, International Law, transcivilizations

El extenso análisis del profesor Onuma Yasuaki tiene en mi opinión mucha relevancia, por diversas razones. En primer lugar, porque el autor, nacido en Japón en 1946, ofrece nuevas luces para la reflexión sobre la visión del Derecho y las relaciones internacionales, muy relevantes en un momento como el actual, de emergencia de Asia, fundamentalmente de China e India, en la vida internacional. Su análisis es sin duda original y no responde a los clásicos enfoques de los iusinternacionalistas, lo que también puede deberse al origen cultural del autor. Es uno de los más insignes iusternacionalistas japoneses, donde ha sido profesor de Derecho internacional en la Universidad de Tokio, e invitado en algunas de las principales Universidades de otros países.

Nos encontramos ante una profunda indagación sobre debates de creciente actualidad en la teoría del Derecho, el Derecho internacional, la protección de los derechos humanos, la historia de las relaciones internacionales y del Derecho internacional. Y ese recorrido se realiza desde una metodología seria, rigurosa y alejada de un formalismo vacío

Se parte de la consideración de que el Derecho internacional, así como el mundo y sus Instituciones, se ha abordado desde perspectivas o marcos de conocimiento dominantes de manera consciente o inconsciente. Se pretende con el análisis poner en cuestión ese “marco cognitivo” de reflexión sobre el

orden internacional, poniendo a disposición del lector nuevos horizontes transcivilizatorios. Frente a los más enfoques internacionales o transnacionales, se pretende establecer un nuevo concepto basado en las civilizaciones, pero no en el sentido del choque, sino de nuevas vías que cabría calificar de positivas, optimistas y necesarias. Para ello el autor busca alejarse de dogmatismos y ver la realidad del funcionamiento del orden internacional y de las funciones que cumple. Desde esta base apunta a la necesidad de superar una orientación predominantemente judicial y de las fuentes, en la que múltiples aspectos del ordenamiento no son apercibidos, como la función constructiva.

La obra se divide en cinco grandes capítulos que tienen autonomía en el sentido de que, por sí mismos, bastarían para retener la atención y ser objeto de un análisis propio, pero que tienen como elemento transversal el papel de la cultura/civilización en el futuro del orden internacional.

Se parte de la consideración de que el mundo ha transitado de una sociedad estatocéntrica y centrada en occidente, en el siglo XX, a una sociedad multipolar y multicivilizacional, en el siglo XXI, lo que no puede sino hacer cambiar las perspectivas del Derecho internacional, y del propio ordenamiento, desde esa perspectiva transcivilizacional. El autor analiza los factores de conflicto de la sociedad internacional y los enfoques dominantes (internacionalismo; estatocentrismo; transnacionalismo), para pasar a considerar que la perspectiva transcivilizacional permite no sólo analizar, reconocer, interpretar o abordar las cuestiones sino también proponer soluciones. Se trata de desarrollar un marco cognitivo y de evaluación que parte del reconocimiento de la pluralidad de civilizaciones y de culturas que han existido a lo largo de la historia humana. Más allá del clásico enfoque sobre el choque de civilizaciones el autor se opone a una sustanciación de las culturas/civilizaciones, pero le anima el deseo de que el Derecho internacional se construya y entienda en un sentido más multipolar y multicivilizatorio. Esta línea, indica, sería la que permitiría que el ordenamiento internacional tenga mayor legitimidad porque responda a las aspiraciones, deseos y expectativas de los pueblos no europeos, generalmente ignorados.

En el segundo capítulo se abordan las relaciones entre Derecho y poder en la sociedad internacional. Se analiza el papel del poder con innovación, desarrollando a tal efecto la denominada función constructiva del Derecho internacional, es decir, el poder de construir realidades sociales. También es destacable que se hace un análisis crítico de los problemas que para el Dere-

cho internacional tiene el oeste-centrismo y la necesidad de una perspectiva transcivilizacional en un mundo multipolar. Esto, considera el autor, es un camino para solventar los problemas de déficit de legitimidad del Derecho internacional y de su capacidad, en el siglo XXI, para responder a las aspiraciones, expectativas, frustraciones y desesperaciones de la mayoría de la humanidad. La transformación del poder en la sociedad internacional conduce asimismo a la necesidad de una legitimación transcivilizatoria.

En tercer lugar se aborda la cuestión del papel del Derecho internacional general en la sociedad global. La legitimidad del ordenamiento internacional debería ser creciente, si se pretende que cumpla su función de vincular a todos los miembros de la sociedad internacional, algo que no cumplirían las normas consuetudinarias tal y como han sido concebidas en el siglo XX. Eran, indica el autor, más el producto de los poderosos Estados europeos que de la mayoría de las naciones. Habría, por tanto, que concebir de nuevo el Derecho internacional para que satisfaga los requerimientos de legitimidad global, lo que supondría “liberarse” de la noción de las fuentes tal y como ha sido establecida por el Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. El Derecho internacional cumpliría funciones que no se basan tanto en dicha disposición cuanto en los tratados multilaterales, las resoluciones AGONU, el Consejo de Seguridad, entre otros que –indica el autor– en ocasiones cumplen mejor que las normas consuetudinarias los requerimientos de legitimidad, transparencia, representatividad etc.. Realiza una profunda crítica de la teoría “mística” del Derecho internacional consuetudinario, por su déficit de legitimidad y por su lejanía de la realidad como sucede, a su juicio, cuando se da tanta relevancia a los Tribunales internacionales, de la que carecen en la vida real, en la que predominan los foros no-judiciales y el poder, entre otros elementos

Desde esta perspectiva el autor emprende una nueva lectura de la Historia del Derecho internacional, más allá de la visión del mismo como la universalización del desarrollo del derecho europeo a la sociedad internacional. Se trata de una investigación crítica del pasado del orden internacional, que analiza la historia del DI como un proceso de inter-percepciones entre los agentes de la globalización europea y otros como China o el Islam, y los problemas generados por el eurocentrismo. Y ello porque la validez y efectividad del Derecho depende del reconocimiento general de aquellos a quienes va dirigido.

El último capítulo analiza el problema de los derechos humanos en una perspectiva transcivilizacional. Parte del análisis de los problemas que el

oeste-centrismo genera para la universalidad de los derechos humanos. Considera que es necesario reconceptualizar los derechos humanos en el proceso de universalización, para lo que analiza algunos elementos de interés para liberarlos de su origen, en la búsqueda de unos derechos humanos transcivilizacionales, mediante una mayor participación, reinterpretación y reconceptualización de los sistemas de valores, incluso de los derechos humanos, que sería necesario que respondiesen a diversas percepciones, culturas, religiones y civilizaciones. En definitiva una aportación original, relevante que establece numerosos criterios y cuestiones para la solución de los problemas que enfrenta la Comunidad internacional y su orden jurídico.

CARLOS R. FERNÁNDEZ LIESA
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail: carlos@inst.uc3m.es

Roberto M. JIMÉNEZ CANO, *Una metateoría del positivismo jurídico*, prólogo de Gregorio Peces-Barba, Marcial Pons, Madrid, 2008, 309 pp.

LUIS LLOREDO ALIX

Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: positivismo jurídico incluyente, positivismo jurídico excluyente, metodología positivista, naturalismo, análisis filosófico.

Keywords: inclusive legal positivism, exclusive legal positivism, positivist methodology, naturalism, philosophical analysis.

La discusión sobre el positivismo jurídico es una de las más complejas y enconadas de la filosofía del Derecho contemporánea. Desde las primeras apariciones históricas de la expresión, hacia finales del siglo XIX, la etiqueta de positivismo jurídico se configuró como un apelativo despectivo para referirse a una serie de autores y movimientos. Así es como Otto von Gierke pudo hablar, por ejemplo, del positivismo “obtuso”¹, y así es como Hans Kelsen, en un escrito de 1954, se lamentaba de la “cruzada contra el positivismo”². Más adelante, a finales del siglo XX, Norbert Hoerster ha denunciado que en la filosofía del Derecho alemana se considere “hasta de buen tono” rechazar y condenar al positivismo jurídico³. A través de estos ejemplos puede comprobarse cómo, en realidad, la noción de iuspositivismo ha estado en el punto de mira desde sus inicios hasta la actualidad. O bien desde las filas del vetusto Derecho natural, o bien desde nuevas orientaciones que se han auto-atribuido el título de superadoras en repetidas ocasiones, parece que el positivismo haya estado en crisis desde su mismo nacimiento.

¹ O. von GIERKE, *Naturrecht und Deutsches Recht. Rede zum Antritt des Rektorats der Universität Breslau*, Literarische Anstalt Rütten & Loening, Frankfurt am Main, 1883, p. 11.

² H. KELSEN, *¿Una nueva ciencia de la política? Réplica a Eric Voegelin*, ed. por Eckhart Arnold, trad. de Isolda Rodríguez y Joaquín Etorena, Katz, Buenos Aires, 2006, pp. 15 y ss.

³ N. HOERSTER, *En defensa del positivismo jurídico*, 2ª ed., trad. de Jorge Malem, Gedisa, Barcelona, 2000, p. 9.

Desde este punto de vista, no es extraño que hayan menudeado las monografías y artículos destinados a preguntarse por la “esencia” o los “fundamentos” del positivismo jurídico. Especialmente desde los años sesenta del siglo XX, como consecuencia de un célebre congreso celebrado en la ciudad italiana de Bellagio, se ha abierto paso un filón de estudios sobre el tema. Primero acosado por el hipotético renacimiento del Derecho natural tras la segunda guerra mundial, y después por la aparición de las corrientes neo-constitucionalistas y principialistas –desde los años ochenta en adelante–, el positivismo jurídico ha constituido un tema de gran interés doctrinal, un campo de batalla sobre el que se han cernido apologetas y detractores de muy diverso signo. Desde acercamientos históricos como el de Felipe González Vicén, hasta aproximaciones ideológicas como la de Uberto Scarpelli –pasando por la tradicional remisión a cuestiones epistemológicas– se han sucedido aportaciones desde muy distintos frentes.

La obra del profesor Roberto Jiménez Cano se inserta en el epicentro de esta suerte de cuadrilátero teórico, puesto que afronta la problemática desde una de las perspectivas más difíciles y trascendentales que pueden adoptarse en una discusión como la que se ha descrito: la de la metateoría. La metateoría, como indica el prefijo que acompaña a esta palabra, es la teoría de la teoría. Y una metateoría del positivismo jurídico, por lo tanto, pretende ser una teoría del positivismo jurídico, es decir, una reflexión sistemática de los presupuestos y los métodos que maneja esta corriente de pensamiento a la hora de describir el Derecho. A tenor de lo dicho, el nivel de abstracción que se plasma en este trabajo es doble, algo que resulta tan ambicioso como prometedor. Por si fuera poco, el autor establece desde el principio que la pretensión de esta metateoría no es solamente descriptiva, sino también prescriptiva. En este sentido, la metateoría del iuspositivismo que nos ofrece el profesor Jiménez Cano no se desarrolla sólo como un compendio abarcador de las teorías del Derecho positivistas, ni con la mera intención de levantar acta de sus fundamentos metodológicos, sino con la idea de dictaminar cuáles son los criterios más adecuados para forjar una teoría iuspositivista. O dicho de otra manera: el objetivo final de este trabajo es proponer –prescribir, establecer, fijar– cuáles son las líneas rojas que todo autor debe respetar si lo que quiere es diseñar una teoría positivista rigurosa y, en última instancia, merecedora de tal apelativo.

En todos los sentidos anteriores es en los que afirmábamos que esta obra se coloca en el epicentro de la discusión sobre el positivismo. En primer lugar,

porque se sitúa en una atalaya de muy difícil acceso, la de la metateoría. El riesgo de ascender a semejante puesto de vigía es tan grande, como valiosa y esclarecedora es la vista que desde allí se alcanza si se logra llegar sin magulladuras. Y en segundo lugar, porque no se conforma con rendir cuentas del panorama, ni con el simple trazado de un mapa topográfico, sino que además se aventura a decirnos cuáles son los escollos y las sendas verdaderamente practicables del terreno. En el primer sentido, la obra es interesante porque nos plantea un estado de la cuestión bien trabado y ciertamente provechoso para cualquiera que se anime a conocer en profundidad los recovecos de una teoría tan intrincada como la del positivismo. Y es que, lejos de las frívolas alusiones que a veces se escuchan sobre esta corriente⁴, se trata de una teoría llena de matices y muy compleja en cuanto a sus bases metodológicas. En el segundo sentido, la obra es aún más interesante, porque se atreve a decirnos cuáles deben ser los requisitos de una teoría positivista cabal. Así las cosas, y lanzándose sin miedo al redil de la discusión contemporánea, apuesta sin género de dudas por la versión excluyente del positivismo jurídico: frente al canon iusfilosófico dominante –que parece haber sentenciado la imposibilidad de sostener el positivismo en variantes clásicas como la de Hart– el profesor Jiménez Cano niega la pretendida necesidad de las rectificaciones “incluyentes” o “incorporacionistas”, y mantiene la reivindicación de un positivismo jurídico excluyente, es decir, firme en la tradicional separación del Derecho y la moral. El resultado de este osado proyecto, conviene afirmarlo desde este preciso instante, es de una brillantez envidiable: no sólo podremos ver cómo el autor asciende sin traspies hasta el altozano de la metateoría, sino que lo veremos bajar sin el más mínimo rasguño.

El trayecto que nos ofrece Jiménez Cano se divide en dos bloques bien diferenciados. En el primero, quizá el más atractivo desde el punto de vista de la construcción conceptual que ha diseñado el autor, se abordan varios de los principales problemas metodológicos que subyacen al positivismo jurídico. Desde los objetivos que caracterizan a toda teoría iuspositivista hasta las herramientas propias de esta corriente, se desgranán aquí algunas cuestiones tan centrales como la de la teoría general del Derecho, el estatus del análisis filosófico como herramienta metodológica o, en otro orden de cosas, el significado de la ideología en el positivismo jurídico. En el segundo bloque del trabajo se pasa re-

⁴ Vid. E. RIEZLER, “Der totgesagte Positivismus”, en AA. VV., *Naturrecht oder Positivismus?*, 2. Aufl., hrsg. von Werner Maihofer, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1972, pp. 239-256.

vista a uno de los debates más significativos para la polémica actual respecto a la validez o la obsolescencia del positivismo: la controversia Hart-Dworkin y la subsiguiente retahíla de teorías –incorporacionistas, incluyentes, excluyentes, etcétera– que se han propuesto al hilo de la discusión. En esta parte se analizan los argumentos de cada una de las posturas en liza, se someten a juicio sus debilidades y fortalezas y, en el último capítulo, se toma partido por la versión excluyente. La bipartición del libro en estos bloques, como advierte su autor desde el comienzo, no debe llevar al equívoco de que la primera es descriptiva y la segunda prescriptiva, ni a la conclusión de que la primera se ocupa de aspectos metodológicos y la segunda de cuestiones teóricas. En realidad, metodología y teoría, descripción y prescripción se combinan sin cesar a lo largo de todo el trabajo. Lo que justifica esta distinción en dos partes es la tensión entre abstracción y concreción: mientras que en la primera parte se tratan las cuestiones más abstractas de la metateoría, en la segunda se procura trasladar el aparato conceptual anterior hasta las particularidades del debate contemporáneo.

En función de todo ello, el libro tiene dos posibles lecturas. O mejor dicho, puede aprovecharse de dos diferentes maneras. En primer lugar, empezando por el final –pero esto no quiere decir que ambas partes puedan concebirse separadamente, puesto que están ligadas de forma inescindible–, su lectura puede reportar un atractivo indudable para sumergirse en la discusión contemporánea respecto al positivismo jurídico. En este sentido, podrá aprovecharse como una contribución muy rigurosa a la comprensión de los argumentos en juego y, por otra parte, como un poderoso aparato metodológico para enjuiciar las posturas del debate. En segundo lugar, empezando por el principio, el libro del profesor Jiménez Cano puede constituirse en una referencia privilegiada para entender el positivismo jurídico *lato sensu*. En este sentido, su propuesta metodológica no sólo nos serviría para aprehender la diatriba del incorporacionismo, sino que podríamos utilizarla para entender la teoría positivista en muchas de sus variantes. Así es como el autor, en el capítulo primero, hace referencia al positivismo decimonónico y lo evalúa en función de los criterios metodológicos que entiende propios del paradigma positivista. Desde este enfoque, el modelo metateórico que nos brinda Jiménez Cano es aplicable a cualquier propuesta que se autodenomine positivista.

La tesis central que informa todo el libro se apoya en la consideración de que toda teoría positivista, para ser tenida como tal, ha de estar presidida por el propósito de ofrecer una teoría *general y descriptiva* del Derecho. *Gene-*

ral, en tanto que debe ofrecer un concepto de Derecho con independencia de sus contenidos concretos y del tiempo o el lugar en el que se manifieste la experiencia jurídica. En este sentido es en el que se entienden, por ejemplo, las variantes del positivismo formalista decimonónico, desde la jurisprudencia analítica de impronta anglosajona –con John Austin como representante paradigmático– hasta la teoría general del Derecho de raíz germánica –he ahí el ejemplo de Adolf Merkel–. *Descriptiva*, en tanto que la teoría positivista deberá detenerse en la frontera que separa el ser del deber ser. Si quiere ser fiel a sus presupuestos y no incurrir en una actitud ideológica respecto al Derecho bueno, correcto o preferible, está obligada a ofrecer una teoría meramente explicativa. En este sentido es en el que se entiende, por ejemplo, la corriente del realismo jurídico, especialmente en su versión norteamericana: aunque el autor se refiere también a la escandinava, sería en la anterior donde se manifestó con más fuerza el carácter descriptivo.

Precisamente al realismo se dedica el capítulo séptimo de esta obra, que el profesor Jiménez Cano sitúa como colofón del primer bloque. A juicio del autor, en el realismo se concitaron los requisitos de generalidad y descripción con especial fortuna: 1) el de la generalidad, por cuanto los realistas quisieron llegar a descubrir patrones de validez universal respecto a la forma en que los jueces toman las decisiones y, por consiguiente, respecto al concepto general de Derecho; 2) el de la descripción, por cuanto aplicaron la exigencia de neutralidad axiológica con un rigor terminante, en el sentido de que sólo pretendían establecer enunciados verdaderos respecto al comportamiento de los jueces. Se trata de una tesis sobre el realismo interesante, por cuanto neutraliza un lugar común que se ha instalado en la doctrina de manera completamente acrítica, a saber: la idea de que el realismo constituye un modo de acercarse al Derecho contrario al iuspositivismo. Según Jiménez Cano, en cambio, es mucho más recomendable ver al realismo como una de las manifestaciones que ha adoptado el paradigma positivista. Y además, como ya se ha dicho, sería una de las versiones más coherentes con los imperativos de generalidad y descripción. Aunque esta inclusión del realismo en el positivismo no es nueva –autores como González Vicén ya lo concibieron así⁵– se trata de una tendencia historiográfica olvidada que conviene recuperar.

⁵ F. GONZÁLEZ VICÉN, “Sobre el positivismo jurídico”, en ID., *Estudios de filosofía del Derecho*, Universidad de la Laguna, Santa Cruz de Tenerife, 1979, pp. 190-195.

Ahora bien, antes de llegar a esta conclusión sobre el realismo, Jiménez Cano desgrana una serie de problemas metodológicos en conexión con el positivismo. El primer paso de su argumentación lo constituye el análisis conceptual, que en opinión del autor es el principal cauce de investigación empleado por el positivismo. Los sentidos del análisis conceptual son numerosos y están cargados de significaciones filosóficas, por lo que en esta parte del libro se nos invita a un recorrido de gran aplomo teórico por las diferentes formas de comprender el método analítico: desde el empirismo británico al positivismo lógico, para llegar hasta el modo en que la filosofía del Derecho contemporánea se sirve de esta aproximación. En grandes líneas, concluye, el método analítico contemporáneo se manifiesta en el análisis conceptual, un enfoque que ha servido como instrumento principal para el desarrollo de teorías generales y descriptivas: “bajo el prisma iuspositivista los problemas de la teoría jurídica sólo pueden resolverse a través del análisis conceptual, aunque sea en su versión descomposicional. La teoría iuspositivista tiene, entonces, como misión describir la naturaleza del derecho, acudiendo –de una forma no muy clara– para tal fin al análisis lingüístico de conceptos, definiciones, significados, usos y, en su caso, intuiciones” (p. 62).

El siguiente paso de la argumentación lo constituye la espinosa discusión sobre el positivismo y la ideología, uno de los terrenos donde se dirimen las principales batallas del debate contemporáneo. Desde que Uberto ScarPELLi propusiera, en los años sesenta, que el único modo de aprehender el positivismo jurídico era mediante una consideración ideológica del mismo, se han propuesto muchas teorías que van en esta dirección. Según el italiano, no es posible abrazar todas las teorías iuspositivistas mediante una definición de tipo epistemológico, pues la diversidad de escuelas, corrientes y movimientos hacen imposible atrapar la esencia del positivismo con una clave “científica”. Lo que subyace al positivismo, más bien, son una serie de condicionamientos ideológicos que coinciden básicamente con los del Estado de Derecho. De acuerdo con esto, el positivismo sería la manifestación filosófica de una realidad histórico-política subyacente⁶. A partir de aquí, aunque muchas veces sin conocimiento de la propuesta de ScarPELLi, se han desarrollado varias teorías que inciden en esta caracterización “ideológica” del positivismo: desde el positivismo ético hasta el neo-constitucionalismo, varios autores han propuesto que la esencia del positivismo no sería elabo-

⁶ Vid. U. SCARPELLI, *Che cos'è il positivismo giuridico?* [1965], introd. e cura di Alfonso Catania e Mario Jori, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997, pp. 99-102.

rar teorías descriptivas del Derecho, sino más bien prescribir un determinado tipo de Derecho. Contra esta tesis, obviamente, se revuelve el profesor Jiménez Cano, quien considera que sigue existiendo la posibilidad de ofrecer teorías generales y descriptivas sobre el Derecho: seguramente es inevitable cierto nivel de contaminación axiológica, pero precisamente contra eso se ha alzado el gran núcleo de las teorías iuspositivistas. Al menos como pretensión metodológica, como objetivo a alcanzar, los ideales de la generalidad y la descripción seguirían siendo definitorios del modo positivista de hacer teoría del Derecho.

El último paso de la argumentación, antes de llegar al capítulo sobre el realismo, se centra en las insuficiencias del método analítico. Si antes se había descrito a éste como el principal cauce de investigación de las teorías iuspositivistas, ahora se critica que sea la única vara de medir de una buena teoría positivista. En opinión de Jiménez Cano, en efecto, es necesario completar el análisis conceptual con una cierta naturalización de la teoría. Sólo así, en efecto, se podría ofrecer un grado adecuado de contenido descriptivo y una proscripción de la deriva evaluativa en la que a veces incurre el análisis conceptual. Una distinción interesante que el autor no maneja explícitamente, pero sí de forma implícita, es la que sugirió Falzea entre el momento de la generalidad y el de la universalidad. De acuerdo con esta precisión, habría algunas teorías que buscan encontrar una serie de conceptos jurídicos comunes a todo Derecho, tanto en el tiempo como en el espacio; estas teorías tenderían hacia la universalidad. En cambio, existe otro grupo de corrientes que sólo aspiran a identificar un elenco de conceptos básicos dentro del mismo sistema jurídico del que se parte; estas orientaciones tenderían hacia la generalidad⁷. Teorías como la de Austin entrarían en el primer grupo, mientras que la pandectística alemana –en las versiones de Merkel, Puchta o el primer Jhering– deberían situarse en el segundo. Pues bien, estas últimas, pese a que aplicaban el análisis conceptual como herramienta de trabajo, caían irremisiblemente en teorías prescriptivas del Derecho. Por eso, como sostiene Jiménez Cano –aun sin aludir a estos ejemplos– es necesaria una cierta naturalización del positivismo. La conclusión de este capítulo apunta hacia la sociología descriptiva, propuesta en su día por Hart, como la senda por donde poder enderezar las eventuales tortuosidades del análisis conceptual.

⁷ Vid. A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche (I). Il concetto del diritto*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 62 y ss., especialmente 66-78.

Sobre este armazón metodológico es como se justifica la adecuación del realismo a las premisas de generalidad y descripción que se estudian en los capítulos precedentes. Y también es sobre este armazón como se afronta la segunda parte del libro, donde se analizan las distintas vertientes del debate contemporáneo: las tres tesis del positivismo jurídico según Hart, las críticas de Dworkin al modelo de las reglas elaborado por aquél, la respuesta del propio Hart, las reacciones de sus discípulos y, en fin, la emergencia de los sectores incluyente y excluyente. Después de un recorrido más bien descriptivo por todas estas ramificaciones del debate, el profesor Jiménez nos conduce, en los capítulos undécimo y duodécimo, hasta una evaluación de las propuestas del incorporacionismo. Pertrechado con las premisas establecidas en la primera parte del libro, se enjuicia así la manera en que estas teorías satisfacen los requisitos de generalidad y descripción. Como ya se adelantaba páginas atrás, la conclusión es decididamente negativa: pese a las obvias diferencias entre autores y corrientes, las teorías incorporacionistas no parecen cumplir adecuadamente con las dos características mencionadas. Así las cosas, en fin, el autor nos reenvía a un último capítulo donde se apuesta por un positivismo jurídico excluyente: la defensa de la tesis social – las fuentes del Derecho son de naturaleza social – sigue siendo la mejor garantía para mantenerse en las coordenadas de una teoría suficientemente general y descriptiva del Derecho.

En resumidas cuentas, el profesor Jiménez Cano nos brinda una reflexión iusfilosófica con mayúsculas, en la que se alían a la perfección el rigor descriptivo, la pulcritud en el análisis y el conocimiento sobrado de la bibliografía, con un afán por posicionarse sin medias tintas en el debate, proponiendo y afirmando sin temor a las potenciales críticas. Por todas estas razones, creo que puede afirmarse que estamos ante un acontecimiento editorial de no pequeña magnitud. Seguramente hay varios aspectos que están sujetos a la polémica, pero en ningún caso podrá negarse la competencia y la seriedad de este estudio. Sólo con la primera parte del trabajo estaría justificado el empeño del autor, pues se trata de un mapa verdaderamente fino y exhaustivo del estatus metodológico del iuspositivismo. Además, el hecho de atreverse con cuestiones tan espinosas como la del análisis filosófico, la ideología del iuspositivismo o el realismo jurídico, dan fe de un conocimiento amplio y profundo de materias centrales para la filosofía del Derecho. Si a esto le añadimos la segunda parte, con la indudable aportación que ofrece a un debate que sigue siendo de actualidad,

tendremos un libro ciertamente redondo. Por todas estas razones, como acabamos de afirmar, deberíamos saludar a esta obra como un importante evento para la filosofía del Derecho.

LUIS LLOREDO ALIX

Universidad Carlos III de Madrid

e-mail: lloreto@inst.uc3m.es

Leo Strauss y Gershom Scholem. Correspondencia 1933-1973,
Introducción, traducción y notas de Javier Alcoriza y Antonio Lastra,
Pre-textos, Valencia, 2009, 156 pp.

GREGORIO SARAVIA
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: filosofía, teología, obediencia a la ley, revelación, problema teológico-político, pensamiento judío.

Keywords: philosophy, theology, obedience to the law, revelation, the theological-political problem, Jewish thought

La lectura de la correspondencia que mantuvieron, durante cuatro décadas, Leo Strauss y Gershom Scholem permite llevar a cabo no sólo un recorrido por algunas de las principales cuestiones teóricas de las que se ocuparon sino también asomarse a ciertas facetas cruciales de sus vidas. Se pueden mencionar, al menos, dos aspectos que resultan muy interesantes del diálogo que establecieron. El primero es la tensión filosófica que caracteriza al problema teológico-político y el segundo es la complicada relación que el judaísmo ha establecido con la configuración misma del mundo moderno. En este sentido, las cartas publicadas se presentan como instrumentos útiles para compendiar las aportaciones más relevantes del filósofo y del teólogo al pensamiento contemporáneo.

Así como Scholem dedicó toda su vida a investigar el corazón teológico que late en el interior de la mística judía, Strauss, ya desde sus primeros trabajos sobre exégesis bíblica, demostró tener un enorme interés por la intensidad de las fuerzas que enfrentan a las verdades filosóficas con las verdades reveladas dentro del marco de la comunidad política. La filosofía como forma de estar en el mundo no puede eludir el desafío que le plantea la vida regida por la obediencia a la fe. Strauss señaló que en el antagonismo existente entre la búsqueda de la verdad emprendida por el filósofo y la certeza que procuran las enseñanzas o mandamientos de un Dios todopoderoso, se

encuentra la clave de la vitalidad de Occidente. Según Strauss, la cultura occidental muestra una de sus principales señas de identidad en la tensión que siempre ha estado presente entre la teología y la filosofía. Para Strauss, se trata de dos elementos irreducibles –sin posibilidad de alcanzar una síntesis– que se han subordinado mutuamente de forma alternativa y que encuentran su representación simbólica en las míticas ciudades de Jerusalén y Atenas.

Entremezcladas con el respeto y la admiración personal que se profesaban Scholem y Strauss, pueden vislumbrarse –en algunas de las misivas– ciertas interferencias que afectaban a la comunicación que mantuvieron. No se trata sólo de desacuerdos o disputas intelectuales, sino que resultan patentes los silencios, las preguntas que no hallan respuesta y la ausencia de una verdadera confianza que, en más de una ocasión, se traduce en una sutil falta de veracidad por parte de ambos. Quizá las duras circunstancias personales que Strauss tuvo que afrontar al salir de Alemania, en un principio por razones académicas y luego como judío exiliado en París y Londres desde los inicios de la barbarie nazi, determinaron la preocupación e incertidumbre respecto a su futuro profesional que aparecen manifestadas en esas primeras cartas dirigidas a Scholem durante 1933 y 1934. En ellas, podemos encontrar al filósofo alemán solicitando una ayuda casi desesperada a su colega teólogo para acceder a un nombramiento en la Universidad Hebrea de Jerusalén o a la espera de recibir un salvador apoyo de Carl Schmitt con el fin de obtener una beca de la Fundación Rockefeller que le permita continuar con sus investigaciones y mantener a su esposa y a su pequeña hija. Son tiempos duros para Strauss pero en los que, sin embargo, se las ingenia para sacar adelante dos importantes obras: *Filosofía y Ley* (1935) y *La Filosofía Política de Hobbes: su fundamento y su génesis* (1936). A partir de 1938, se abriría una nueva etapa en la vida del filósofo cuando se instala de forma definitiva en los Estados Unidos de América logrando afianzar su posición en el ámbito universitario.

Luego de una década de silencio, Strauss y Scholem retoman a principios de la década de 1950 su correspondencia. A diferencia de los años '30, el Strauss de mediados de siglo es ya un reconocido investigador de la Universidad de Chicago gracias, sobre todo, a una serie de sugerentes trabajos tales como *Sobre la tiranía* (1948), *Persecución y arte de escribir* (1952), *Derecho natural e historia* (1953) y *Meditación sobre Maquiavelo* (1958). En dichas obras, es posible contemplar a un Strauss en estado puro: al filósofo de la política

dedicado a la exploración y descubrimiento de la sabiduría antigua. Este interés le permitirá tener una nueva mirada del mundo, de la historia de las ideas en Occidente y se constituirá como una seña de identidad de su pensamiento.

Scholem, por su parte, se había convertido en una eminencia a nivel internacional, como conferenciante y profesor universitario, por su erudición en el misticismo judío y la cábala¹. Desde comienzos de la década de 1920, el teólogo nacido en Berlín se había instalado en Palestina y fue uno de los que participó más activamente en la puesta en marcha de la Universidad Hebrea de Jerusalén. Su fervoroso espíritu sionista le había llevado no sólo a vivir en Jerusalén, sino también a adquirir un conocimiento exhaustivo del hebreo. Por otro lado, Scholem destinó ingentes esfuerzos por atraer hacia el sistema educativo superior del joven Estado de Israel a los mejores especialistas en las distintas materias. En este sentido, realizará una serie de peticiones a Strauss para que acepte la sucesión del prestigioso filósofo y teólogo Martin Buber en su cátedra de filosofía social en la Universidad Hebrea de Jerusalén. Los motivos que Strauss expone para rechazar dicha oferta van desde la depresión de su esposa Miriam hasta su sensación de estar agotado por la vejez pasando por sus miedos ante un nuevo cambio de residencia. Scholem se sentirá profundamente defraudado por esta inesperada respuesta y llegará a manifestarle a Strauss que “ha tenido poco valor” y que se trata de “una gran desgracia”².

En los años sucesivos, ambos autores intercambiarán información sobre distintos asuntos académicos tales como la reputación de ciertos profesores, recomendaciones bibliográficas y comentarios, generalmente elogiosos, de sus propias obras. Entre ellos se había establecido la costumbre de enviarse mutuamente sus respectivos trabajos y así es como Scholem le comenta a Strauss que está analizando con sus alumnos las tesis centrales de *Persecución y arte de escribir*. Para el teólogo resultaba interesante aquella idea straussiana de que la *escritura esotérica*, por su naturaleza, no está dirigida a un público popular sino a lectores fidedignos e inteligentes. Este tipo de lector puede encontrar en un texto esotérico un sentido que permanece oculto para la mayoría y el hecho que hace posible a esta literatura es “que los

¹ Algunas de sus conferencias más famosas sobre el misticismo judío fueron reunidas en G. SCHOLEM, *Las grandes tendencias de la mística judía*, [1974], traducción de Beatriz Oberländer, Ediciones Siruela, Madrid, 2000.

² Vid. Carta 18, en Leo Strauss y Gershom Scholem. *Correspondencia 1933-1973*, op. cit., p. 68.

hombres irreflexivos son lectores descuidados y sólo los hombres pensativos son lectores cuidadosos”³.

Según Leo Strauss, hacia mediados del siglo XVII una buena cantidad de filósofos que sufrieron persecución publicaron sus obras no sólo para dar a conocer sus ideas sino también para contribuir en la lucha por la libertad de pensamiento. En este sentido, el profesor de la Universidad de Chicago consideraba que “tales filósofos creían que la supresión de la libre investigación, y de la publicación de los resultados de la libre investigación, era accidental, consecuencia de la defectuosa construcción del cuerpo político, y que el reino de la oscuridad general podía ser reemplazado por la república de la luz universal”⁴. Numerosas obras de esta época llevarían implícitos los puntos de vista de sus autores de manera que pueden evadir la persecución sin que se vea frustrado el propósito de llegar con sus ideas a más personas. En este aspecto, la literatura esotérica presupondría que hay verdades básicas que no deberían ser pronunciadas en público por ningún *hombre decente* puesto que podrían llegar a perjudicar a mucha gente.

Los análisis de Strauss acerca de la escritura esotérica retoman un problema tan antiguo como la filosofía misma: la relación entre la política y la verdad. En un texto esotérico, por lo tanto, estarían contenidas dos tipos de enseñanzas. En primer lugar, una *enseñanza popular o mayoritaria* que tiene un carácter edificante. En segundo lugar, una *enseñanza filosófica* que trata las cuestiones más importantes y que aparece sólo expresada entre líneas. Tanto para Strauss como para Scholem la literatura esotérica permitiría apreciar la belleza escondida en las grandes obras del pasado que se revelan después de una difícil, aunque agradable, tarea de interpretación. Esta pasión compartida por la investigación y la exégesis se ve reflejada en el contenido mismo de las cartas ya que éstas se encuentran salpicadas por continuas menciones al pensamiento de autores medievales tales como Al-Farabi, Avicena, Abu'l-Barakat, Averroes, Maimónides o Abulafia. En las obras de estos pensadores, Scholem y Strauss encuentran un terreno común en el que cultivar sus intereses por los límites de la filosofía y los alcances más profundos de la mística.

³ Vid. L. STRAUSS, “Persecución y arte de escribir”, en *Persecución y arte de escribir y otros ensayos de filosofía política*, [1952], edición y traducción de Antonio Lastra, Edicions Alfons el Magnànim, Valencia, 1996, p. 78.

⁴ Vid. L. STRAUSS, “Persecución y arte de escribir”, op. cit., p. 88.

A mediados de la década de 1950, en el año académico 1954-55, Strauss acepta finalmente la invitación de Scholem y concreta su viaje a la ciudad de la fe: Jerusalén. En la Universidad Hebrea dictará las Conferencias Judah L. Magnes que comenzaban con estas significativas palabras: “Es un gran honor, y al mismo tiempo un desafío aceptar una tarea de especial dificultad, que me hayan pedido que hable de filosofía política en Jerusalén. En esta ciudad, y en esta tierra, el tema de la filosofía política –la ciudad de la rectitud, la ciudad de la fe– se ha tomado más en serio que en ningún otro lugar de la tierra (...) Aun estando obligado, o al obligarme a mí mismo, a alejarme de nuestra herencia sagrada, o a guardar silencio al respecto, no olvidaré por un instante lo que representa Jerusalén”⁵. Un experto conocedor de la obra y vida de Strauss, Steven B. Smith, ha comentado que luego de la estancia del filósofo en Israel le fue ofrecida la posibilidad de un cargo en la Universidad Hebrea pero que, de acuerdo con el testimonio de su hija Jenny, “se sentía demasiado viejo para aprender el hebreo y consideraba que para los israelitas el estudio de la filosofía política no era en aquella época la principal prioridad”⁶.

Otro tema recurrente en la correspondencia que mantuvieron Strauss y Scholem son las preguntas del primero al segundo acerca de ciertos aspectos de la filosofía judía medieval que el teólogo había incluido en trabajos tales como *Diez tesis ahistóricas sobre la Cábala* (1958), *La Cábala y su simbolismo* (1960) o el volumen 30 de los *Cuadernos de Eranos* (1961) dedicado al problema del bien y el mal en la Cábala.

En las cartas correspondientes a la década de 1960, se puede apreciar un tono más cercano y familiar. El teólogo y el filósofo han encontrado su mayor afinidad en la común condición de judíos. Strauss le confiesa a Scholem que la lectura de sus obras le ha permitido recuperar recuerdos de su infancia que creía perdidos para siempre. No se trata de abrazar nuevamente el sionismo de su juventud sino de rescatar para la memoria, entre otras cosas, aquellos *himnos de la víspera del sábado* cantados a principios del siglo XX al calor del hogar paterno en Kirchhain (pueblo rural de Hessen, Alemania). El capítulo cuarto de *La Cábala y su simbolismo*, inspiran en Strauss las siguien-

⁵ El contenido de esta conferencia fue publicado con modificaciones en 1959 bajo el título *¿Qué es Filosofía Política?* como primer capítulo de la obra de Strauss *¿Qué es Filosofía Política? y otros ensayos*, Free Press, Glencoe, 1959.

⁶ Vid. S.B. SMITH, “Leo Strauss. The Outlines of a Life”, en *The Cambridge Companion to Leo Strauss*, Edición de Steven B. Smith, Cambridge University Press, 2009, pp. 13-40, p. 36.

tes palabras elogiosas dirigidas a Scholem: “he comprendido, quizá por primera vez, la infinita atracción que ejerce ese mundo profundo y rico, su hogar, que enigmática e indisolublemente une lo universal y lo particular, lo humano y lo judío (...) Bendito sea por haber logrado una armonía de mente y corazón en un grado tan elevado. Es usted una bendición para todo judío vivo”⁷.

En ese marco de estrecha confianza, Scholem no tendrá reparos en señalarle a Strauss que en la nueva Introducción para la edición en inglés de su obra *La Crítica de la Religión en Spinoza*, originalmente publicada en alemán hacia 1930, ha omitido “algunas fases” de su autobiografía intelectual y que ello puede generar un gran desconcierto entre sus lectores americanos. Comentario que no fue bien recibido por Strauss. En otras cartas de esos años aparecen también intercambios de elogios mutuos por la aparición del primer volumen de la *Judaica* de Scholem (1963) o *La ciudad y el hombre* de Strauss (1964), mezclados con comentarios más personales referidos, por ejemplo, a la preferencia del filósofo por otros europeos antes que por sus compatriotas alemanes o su admiración por la actuación del ejército israelí en la Guerra de los Seis Días en junio de 1967.

La correspondencia termina en 1973 cuando Strauss fallece en Annapolis, en donde había estado dando clases los últimos años en el John’s College, luego de un deterioro severo de su salud a partir de 1970. En las últimas cartas incluidas en esta publicación, Strauss invita a Scholem a dictar una serie de conferencias en Estados Unidos sobre la mística y describe la sucesión de enfermedades y operaciones que tuvo que padecer a lo largo de 1972.

Desde comienzos de 1973 Strauss presiente que está llegando al final de sus días y le desea a Scholem y a Israel todo lo bueno, paz y bendición. El 13 de diciembre de ese mismo año, Scholem envía a la viuda de Strauss el pésame junto con unas bellas palabras que bien sirven de síntesis para las cuatro décadas de correspondencia: “Con Leo Strauss se ha ido un hombre cuya potencia espiritual considero suprema en esta generación. Aunque nuestra vida y nuestra manera de pensar diferían, mantuvimos a lo largo de muchos años el sentimiento firme de una profunda comunidad, que superaba todas

⁷ Vid. Carta 41, en *Leo Strauss y Gershom Scholem. Correspondencia 1933-1973*, op. cit., p. 103.

las diferencias intelectuales, y guardo su imagen como la de un pensador de gran profundidad, exactitud e integridad”⁸.

GREGORIO SARA VIA

Universidad Carlos III de Madrid

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

⁸ Vid. Carta 80, en *Leo Strauss y Gershom Scholem. Correspondencia 1933-1973*, op. cit., p. 150.

Bernardo Bayona Aznar, *El origen del Estado laico desde la Edad Media*, Madrid, Tecnos, 2009. 423 pp.

RAFAEL RAMIS BARCELÓ
Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)

Palabras clave: Estado laico, Iglesia, Edad Media, teoría política.
Keywords: lay State, Church, Middle Ages, political theory.

El pensamiento político y jurídico en la Edad Media ha sido muy poco estudiado. Sigue siendo –incluso– de buen efecto entre escolares y académicos exhibir ante los demás un afectado desconocimiento de las fuentes y textos políticos medievales (acompañado normalmente de un fuerte desdén hacia todo lo medieval), pues eso viene a ser un sinónimo de progresía y de distancia frente a una época pretérita.

Ciertamente, después de tantos años de medievalismo clerical de carácter forzoso, no es de extrañar que la reacción haya sido claramente antimedieval (y anticlerical). Sin embargo, es notorio que el desconocimiento de la filosofía política medieval constituye, a día de hoy, una gran carencia que debe solventarse. No hay autor o problema en Grecia o en la Modernidad que no haya sido estudiado hasta la saciedad, y sobre cada cuestión hay centenares de artículos. En cambio, faltan ediciones en español de textos de Gil de Roma, de Juan de París y de tantos otros, y no hace mucho que se han editado en nuestro idioma las obras políticas de Marsilio de Padua o de Guillermo de Ockham.

El trabajo constante de los pocos historiadores del pensamiento político consagrados a la Edad Media ha permitido articular las bases de ese largo período que –en un sentido convencional– aúna diez siglos, así como ha constatado las carencias y los problemas que aún quedan por explorar. Pese a los avances sustanciales desde los años cincuenta hasta el presente, la filosofía política medieval sigue siendo una gran desconocida para el público culto.

Desde la óptica historiográfica puede decirse que todo lo que se ha ido escribiendo desde 1960 son notas a pie de página a la labor de síntesis que

inició Walter Ullmann¹, cuyo esquema conceptual –más o menos refinado– sigue siendo el que se utiliza actualmente. Pocos autores se han opuesto directamente a la cesura que Ullmann coloca entre la época anterior a la recepción de la *Política* de Aristóteles y a la época posterior², si bien la nómina de discípulos que han matizado su obra es elevada.

Por ejemplo, su discípulo Antony Black hizo una síntesis del período comprendido entre 1250-1450³, donde matizó las ideas de Ullmann aprovechando algunas de las ideas de Brian Tierney. En este trabajo de Black puede verse cómo se armonizan las tesis del pensamiento político de Ullmann con los cambios conceptuales en la historia del derecho canónico, expuestos por Tierney⁴. Estos dos últimos autores representan el paradigma más consolidado del medievalismo político y jurídico, sobre el que actualmente trabajan autores como Nederman, Bertelloni, Canning y tantos otros.

En todos estos trabajos se privilegia una visión cronológica e ideológica sobre la más estrictamente filosófica y prosopográfica, que alientan los estudiosos de la Historia de la Filosofía medieval o los que se dedican directamente al estudio de la filosofía teórica de esa época. Compárese, por ejemplo, la *Historia de la Filosofía medieval* de Gilson⁵ con cualquier trabajo sobre el pensamiento o la filosofía política medieval: en el filósofo francés puede verse una orientación prosopográfica y un claro interés en fundar moral, epistemológica, antropológica y metafísicamente cualquier idea en la Edad Media, mientras que la filosofía política tiene una tendencia a emanciparse de la metafísica y a buscar un maridaje con el derecho.

Mientras en la filosofía teórica abundan los tomistas, en la filosofía política la gran mayoría de los autores huyen de la centralidad tomista hacia los extremos cronológicos: bien hacia el agustinismo político, bien hacia el franciscanismo que llega hasta Ockham. Los estudiosos de la historia del

¹ W. ULLMANN, *Historia del pensamiento político en la Edad Media*, Barcelona, Ariel, 1983.

² Véase C. J. NEDERMAN, *Lineages of European Political Thought. Explorations along the Medieval/Modern Divide from John of Salisbury to Hegel*, The Catholic University of America Press, Washington 2009, cap. 1 y F. BERTELLONI, "El testimonio de Alberto Magno sobre la recepción de la 'Política' de Aristóteles (Sobre la formación de la política como teoría a partir de 1265)" en *Patristica et Mediaevalia*, núm. 21, 2000, pp. 37-58.

³ A. BLACK, *El pensamiento político en Europa. 1250-1450*, Cambridge University Press, Madrid, 1996.

⁴ B. TIERNEY, *Origins of Papal Infallibility, 1150-1350: A Study on the Concepts of Infallibility, Sovereignty, and Tradition in the Middle Ages*, Brill, Leiden, 1972.

⁵ E. GILSON, *La filosofía de la Edad Media*, Gredos, Madrid, 1965.

pensamiento político cultivan la “historia de las ideas” más que la “historia de la filosofía”, de modo que no se preocupan de ofrecer una visión sistemática de la obra de los diferentes autores.

Todo ello hace que las obras, al agrupar las diversas cuestiones en bloques, tengan un carácter más bien ideológico y que los perfiles de los diferentes autores queden difuminados. Compárese por ejemplo, la obra de Jean Jolivet⁶ –que representa un extremo en la pretensión prosopográfica– con los volúmenes sintéticos de Black o Canning⁷, o el coordinado por Burns⁸, en el que se puede percibir una orientación que privilegia el estudio de los problemas, marcadamente analítica.

Por todo ello puede decirse, de forma simplificada, que hasta el momento el pensamiento político medieval ha tendido menos a la filosofía que a la historia de las ideas, que ha privilegiado las corrientes frente a las personas y que ha preferido una alianza con el derecho frente a la metafísica y la teología. La obra que aquí se presenta intenta subsanar en buena parte las deficiencias que arrojan esas tendencias, sin dejar de lado las mejores aportaciones realizadas hasta el momento. Se trata de un volumen sintético escrito por el profesor Bernardo Bayona Aznar, que se centra en un lapso menor que Black (1270-1400), aunque su visión es más profunda y “filosófica”. La idea más importante que quiere explicar Bayona es cómo se fraguó la emancipación del poder laico frente al religioso durante la época que trata.

Para ello, en el primer capítulo hace un denso resumen de las principales ideas sobre la potestad religiosa y el poder secular. Desgraciadamente, el autor no puede detenerse en matizar la obra de Ullmann desde el papa Gelasio hasta el siglo XIII (pues eso ya le ocuparía cientos de páginas), aunque constata algunas diferencias con este autor y apunta una bibliografía actualizada para que el lector pueda contrastar sus opiniones. Seguidamente, Bayona opta por una profundización en la obra de varios autores, de manera que puede exponer de manera crítica y detallada la opinión de algunos pensadores sobre el problema de la separación entre el poder espiritual y el temporal. Se centra en Juan de París, Egidio Romano, Dante, Marsilio de Padua y Guillermo de Ockham. De una forma más puntual trata a una serie de

⁶ J. JOLIVET, *La filosofía medieval en Occidente*, Siglo XXI, México, 1969.

⁷ J. CANNING, *A History of Medieval Political Thought, 300-1450*, Routledge, Nueva York, 1997.

⁸ J. H. BURNS (ed.), *The Cambridge History of Medieval Political Thought, c. 350-c. 1450*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988.

autores como Agustín de Ancona, Bernardo de Claraval, Miguel de Cesena, Enrique de Cremona, Nicolás de Oresme, Tolomeo de Lucca...

Bayona parece aceptar la tripartición de Gilson entre hierócratas, regalistas y los partidarios de una "vía media" (p. 89). Este esquema le permite desarrollar con claridad la evolución del pensamiento jurídico y político en la época. Si la primera vía procedía del gelasianismo, continuaba en Juan de Salisbury y se asentaba definitivamente en la bula *Unam Sanctam* y en la obra *De Ecclesiastica potestate* de Egidio Romano –aparecidas ambas en 1302–, la vía regalista tuvo su máxima expresión en la obra de Marsilio de Padua. En la "tercera vía" se situaron, con muchas diferencias entre sí, autores como Juan de París y Ockham.

Trenzado así el discurso, no resulta difícil que la figura central del libro sea Marsilio de Padua, un autor sobre el que Bernardo Bayona ha devenido uno de los mayores expertos. Después de conocer la obra de los teócratas en el segundo capítulo, el autor explica las particularidades del galicanismo y el delicado papel de Juan de París (Capítulo III) y tras examinar ordenadamente los problemas políticos en la Península Italiana (Capítulos IV y V), Bayona se centra, en el capítulo VI, en el examen filosófico de la obra de Marsilio de Padua.

Frente a las dificultades para aprehender el pensamiento de Juan de París o de Dante, Marsilio es presentado ya como el "filósofo político por antonomasia" (p. 196). Si Bayona intenta estudiar las obras de los autores como un todo organizado, sólo en Marsilio se cumple sobradamente tal condición: para él se trata de un verdadero filósofo político, y no de un canonista ni un teólogo. La obra de Marsilio fue muy avanzada para su época y tuvo importantes detractores (que se estudian en el capítulo VII) entre los que destacan Agustín Triunfo y Álvaro Pelayo. En el capítulo VIII se centra en el franciscanismo y el problema de la pobreza, que tiene en Ockham uno de los máximos teóricos. Bayona –frente a otros autores, y quizás para realzar la opinión de Marsilio– considera que Ockham es ante todo un teólogo, y que, como partidario de la "vía media", considera excesiva la radicalidad del autor del *Defensor Pacis*.

Según Bayona, los modelos estatistas que privilegiaron las Iglesias nacionales fueron una continuación de las ideas de Marsilio: así, las obras de Nicolás de Oresme o de Wyclif son desarrollos de las ideas de este filósofo de Padua (p. 347). Con ello, el camino hacia las Iglesias reformadas estaba casi del todo trazado: el movimiento husita, por ejemplo, fue una lógica con-

tinuación de lo anterior. La separación entre la Iglesia y el Estado y las quejas en contra de la legislación civil por parte de los eclesiásticos que se encuentran en Hobbes o en Locke tienen, en definitiva, su origen en Marsilio. Bayona, siguiendo –entre otros– un reciente trabajo de Francesco Maiolo⁹, enfatiza los vínculos entre Marsilio de Padua y Bartolo de Saxoferrato, un hecho que le obliga a explicar la importancia de los canonistas en la configuración de las ideas políticas. Esto le permite enriquecer notablemente el caudal de las ideas, así como enfatizar el carácter jurídico, filosófico y teológico del pensamiento político en las postrimerías de la Edad Media.

Éstas son, apuntadas de forma muy breve, las tesis centrales de un libro dispuesto con rigor y coherencia: en él pueden verse las relaciones de causalidad y el decurso de un itinerario político e ideológico explicado con gran precisión esquemática. Precisamente, el mayor acierto del libro es su carácter didáctico, que busca ante todo la claridad. Su disposición, evitando las notas a pie de página mediante citas dispuestas siguiendo el método americano, sus resúmenes de los contextos, y las cuidadas ilustraciones y su letra grata y muy legible hacen de él un manual muy aconsejable para los estudiantes de la época medieval.

La obra es tan clara que el lector queda con ganas de continuar, algo que debe entenderse como una virtud suprema. Muchas veces, la vocación esquemática hace perder precisión a las afirmaciones de los autores. Puede decirse que en el libro que nos ocupa no ocurre eso, si bien es cierto que Bayona transmite la impresión de obviar muchos detalles y conexiones en aras a la sencillez. Eso se produce, a mi entender, por dos motivos. En primer lugar, porque el autor aspira a reconstruir el pensamiento de una época sobre la cual no hay abundantes estudios de síntesis, un hecho que le obliga a adoptar una perspectiva más manualística que ensayística. En segundo lugar, porque si hubiese tomado esta última, la obra –que ya tiene unas dimensiones considerables– hubiera duplicado o triplicado fácilmente su número de páginas.

Puede decirse, pues, que el libro no es ni pretende ser exhaustivo. Evita, por un lado, las reiteraciones (por ejemplo, no se refiere a la *Quodlibetal* I de Jean Le Sage, aunque lo esencial que se contiene en tan breve texto puede verse perfectamente reflejado en las ideas de Dante) y, por otro, no trata a

⁹ F. MAIOLO, *Medieval sovereignty: Marsilius of Padua and Bartolus of Saxoferrato*, Eburon, Delft, 2007.

los autores que se apartan del esquema que Bayona toma como punto de referencia. En esta última dirección hay que decir que el autor deja entrever muchas cuestiones fundamentales, pero no entra en ellas. Por ejemplo, cuando resume la autonomía del poder civil en el pensamiento francés (pp. 85 y ss.), soslaya todo el problema de los movimientos religiosos, privilegiando el carácter político del laicismo. Por ello, Bayona explica también con detenimiento las luchas entre güelfos y gibelinos y los problemas de las ciudades italianas con el Emperador. En cambio, el autor conoce y aquilata perfectamente –entre otras cosas, porque deja un tenue rastro en el libro– los problemas internos de la Iglesia –tanto en Francia como en la Península Italiana– que muchas veces condicionaban seriamente su poderío.

No hay duda que el enfrentamiento entre el Papa y el Emperador fue el conflicto político más importante de la época, pero eso no resta relevancia a otros problemas de la Iglesia: el galicanismo, el final de los Templarios, las luchas del papado aviñonés o las llamadas “herejías” de los valdenses, cátaros... en el Mediodía francés y en la Península Italiana, que debilitaron enormemente el poder de la Iglesia. Lo mismo ocurre con el tema del franciscanismo y la pobreza, pues el autor no alude al problema de los movimientos laicos fuera de la Iglesia, ya que prefiere mostrar cómo el laicismo obedece, ante todo, a una reivindicación del poder secular. La impecable aplicación del esquema de Bernardo Bayona obliga a soslayar diferentes movimientos como los de los *fraticelli*, que solidificaron la idea de las dos Iglesias, una espiritual y otra carnal (romana, jurídica y jerarquizada). Evidentemente, al discutir la primacía del Papado o del Imperio, movimientos como éste ayudaron mucho a socavar –desde argumentos estrictamente religiosos– los cimientos del Poder Pontificio.

Apuntando esto quisiera destacar, por un lado, que el origen del Estado laico en la Edad Media no sólo fue una cuestión de orden político, en manos de las incipientes ciudades, ni de corrientes que atravesaron la Cristiandad en un momento de crisis, sino también de autores como por ejemplo Fra Dolcino, opuesto a la jerarquía eclesiástica y al sistema feudal, que contribuyeron con argumentos estrictamente religiosos a reforzar el poder antipontificio y, por ende, secular. La jerarquía había sufrido una fuerte oposición por parte de clérigos, ex-clérigos y seglares, que contribuyeron a minar el poder teocrático, en una suerte de combate no político por el mundo laico.

Por otro lado, la propia Iglesia, en la época que estudia Bayona, ya había sufrido una importante derrota ideológica en la apropiación laica de Dios a

través de las órdenes militares. El caballero-monje, que era el mílite eclesial laico frente a los soldados de toda la Cristiandad, acabó viniéndose abajo, y el Papa tuvo que acabar, entre otras concesiones, con la Orden del Temple, que era una baza importante del poder pontificio frente al poder imperial¹⁰. Al fracasar el Papado en su misión de crear clérigos militares (es decir, un ente jurídico en la propia Iglesia que tenía un componente laico tan importante que era capaz incluso de amenazar con su poder a los incipientes Estados y al propio Papado), el laicismo político acabó avanzando.

Evidentemente, tratar todas ideas implicaría un esfuerzo hercúleo, que impediría una exposición tan ordenada como la que hace el autor del libro. Lagarde¹¹ ya explicó la gran mayoría de ellas, y parece ser que Oakley¹² pretende escribir una trilogía sobre las relaciones entre el poder civil y el eclesiástico desde la Antigüedad. Frente a ellos, el mérito de Bayona radica en clarificar las ideas de los autores, y no en resumir siglos y siglos de pensamiento político medieval, siguiendo acriticamente el modelo de los hermanos Carlyle¹³.

Bayona sabe extraer las ideas principales de los autores, clarificando sus perfiles, pero a su vez trazando algunas líneas de la llamada "historia conceptual", así como también mostrando interés por el contextualismo de Skinner. El autor se opone de forma más tácita que expresa a los historiadores del pensamiento político y jurídico que defienden la ruptura epistemológica entre la Edad Media y la Modernidad. Así, por ejemplo, las tesis de Constantin Fasolt¹⁴ o de John Pocock¹⁵ son rechazadas, si bien su libro ladea la tentación de considerar unilateralmente las fuentes de la Modernidad. Para Bayona no hay un momento clave para leer la filosofía política medieval, como pretenden, por ejemplo, Tierney –con el Decreto de Graciano¹⁶– o el

¹⁰ J. MORSEL, *La aristocracia medieval. El dominio social en Occidente (siglos V-XV)*, Publicacions de la Universitat de València, Valencia, 2008, pp. 168-174.

¹¹ G. de LAGARDE, *La Naissance de l' esprit laïque au declin du Moyen Age*, Nauwelaerts, Louvain-Paris, 1934.

¹² F. OAKLEY, *Empty Bottles of Gentilism. Kingship and the Divine in Late Antiquity and the Early Middle Ages (to 1050)*, Yale University Press, 2010.

¹³ R. W. y A. J. CARLYLE: *History of Medieval Political Theory in the West*, 6 vols. Blackwood, Edinburgh, 1903-1936.

¹⁴ C. FASOLT, *The Limits of History*, University of Chicago Press, Chicago, 2004, pp. 16-45.

¹⁵ J. G. A. POCKOCK, *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton University Press, Princeton, 1975, pp. 50-58.

¹⁶ B. TIERNEY, *The idea of natural rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law 1150-1625*, Grand Rapids, Michigan, Eerdmans, 1997, pp. 43 y ss.

propio Ullmann con la recepción de Aristóteles¹⁷-, sino que aquilata sabiamente la multiplicidad de contextos, continuidades o discontinuidades.

El libro merece releerse con calma para observar la atención que presta Bayona a la formación de los conceptos de soberanía, *imperium*... pero no sólo para poner énfasis en las variaciones de la carga semántica, sino también para explicar “el lenguaje de la política”, como proponen los partidarios de la “Escuela de Cambridge”. Ése es un gran logro de la elegancia ecléctica del autor, que sabe extraer lo mejor de cada método, en una combinación sabia y aparentemente natural.

También la tripartición que toma de Gilson es un gran acierto, porque permite entender con sencillez las principales posturas de los tratadistas político-jurídicos de la época. Si hubiese elaborado un aparato conceptual mucho más sofisticado hubiese perdido la sucesión lineal y ordenada de los autores que se citan, aunque quizás hubiera permitido incluir otros, de una aprehensión más difícil. Quizás para esta época, y barriendo para casa, se me ocurre pensar en Arnau de Vilanova y de Ramon Llull¹⁸.

Estas dos figuras permiten mostrar cómo la cuestión de la creación de un poder laico en el Imperio, en las monarquías y en las ciudades era una cuestión mucho más poliédrica, si bien es cierto que Bayona ha sido muy prudente en no utilizarlas aquí, por varios motivos: entre ellos, porque hubiese sido necesario citar muchos otros autores (que tal vez hubiesen complicado innecesariamente la obra) y porque sus obras completas están todavía en curso de edición crítica.

Sin embargo, estos ejemplos sirven para traer a colación algunos de los problemas de la filosofía política medieval: faltan muchas obras por editar, hay cuestiones inexploradas, pero sobre todo falta de un aparato conceptual que sirva para ubicar todas estas nuevas aportaciones en su debido lugar. Que la filo-

¹⁷ W. ULLMANN, *Historia del pensamiento político en la Edad Media*, cit. pp. 154 y ss.

¹⁸ Ramon Llull anhelaba no sólo la separación de los dos poderes, sino la unión de ambos bajo el poder del Papa, que debía reformar la Iglesia y unificar los esfuerzos de toda la Cristiandad para la conversión de los infieles a partir del Arte demostrativo que había escrito. Su visión no es teocrática, *strictu sensu*, sino que desborda esa categoría. Para él, todos los príncipes cristianos tenían que participar en el proyecto –encabezado por el Papa– de renovación espiritual y de diálogo con los infieles. Arnau de Vilanova, en cambio, buscó la reforma de la Iglesia por parte de los monarcas. A diferencia de Llull, creía que la reforma debían llevarla a cabo los reyes, quienes debían inmiscuirse en la labor espiritual de la Iglesia en aras al bien común de los pueblos.

sofía política medieval se siga editando sobre las categorías de Ullmann y Tierney (por no decir de los Carlyle y Figgis o de Grabmann y Gilson) es una muestra indicativa y palpable de lo bienvenido que resulta el libro de Bayona.

Aunque en las últimas décadas, los trabajos de Pennington, Bertelloni, Nederman, Offler y tantos otros han analizado muchas cuestiones –y su aportación historiográfica y conceptual aún no ha sido suficientemente valorada– es necesario elaborar síntesis que permitan al estudioso conocer el estado estandarizado de la cuestión, de manera que puedan derribarse tópicos injustamente asentados. Y todo ello, no sólo por el puro placer del conocimiento, sino porque –como destaca Bayona– el problema del laicismo es de gran actualidad.

En efecto, el libro no sólo es una recreación académica de gran valor, sino que alberga un mensaje para el lector del siglo XXI, que puede verse tanto en la introducción como en el epílogo de la obra. Que se titule *El origen del Estado laico desde la Edad Media*, cuando abarca desde 1270 a 1400, significa que el autor quiere extender algunas conclusiones hasta la actualidad, pues en caso contrario sería “en” y no “desde” la Edad Media. Toma el ejemplo de Marsilio de Padua para mostrar como ya en la Edad Media se fundamentó una teoría política en la que –sin negar en ningún momento el valor de la religión cristiana– se prohibió la interferencia de los clérigos en el gobierno de las ciudades y de los países.

Quisiera entrever en la obra de Bayona que ésa es su manera de entender las relaciones entre el Estado y la Iglesia, pues dar al César y a Dios su parte no niega ninguna colaboración, pero sí dejar las cosas claras desde el principio. Para ello, la lectura de este libro resulta muy estimulante y esclarecedora. Tal vez ahora que autor está en su *akmé* intelectual pueda animarse a escribir una obra sintética que reconstruya las categorías historiográficas de la filosofía política bajomedieval. Sería, sin duda, un gran acierto, que beneficiaría a la comunidad académica en todos los sentidos y ayudaría a comprender mejor la rica mentalidad medieval y también ciertos polvos, de los que provienen algunos de los actuales lodos.

RAFAEL RAMIS BARCELÓ

Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)

e-mail: rafael.ramis@upf.edu

Carlos LEMA AÑÓN, *Salud, Justicia, Derechos. El derecho a la salud como derecho social*, Colección Derechos Humanos y Filosofía del Derecho, Dykinson, 296 pp.

VANESA MORENTE PARRA
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: salud, derecho a la salud, derechos humanos, liberalismo igualitario, derechos sociales, necesidades básicas, desigualdad, lotería natural, lotería social.

Keywords: health, right to health, human rights, egalitarian liberalism, social rights, basic needs, inequality, natural lottery, social lottery

El autor de *Salud, Justicia, Derechos. El derecho a la salud como derecho social*, Carlos Lema, inicia su estudio sobre el derecho a la salud planteando la siguiente cuestión ¿Por qué volver a escribir o a leer sobre el derecho a la salud? A priori, la respuesta a esta pregunta podría resultar un tanto obvia a la luz de los preocupantes informes que publica regularmente la Organización Mundial de la Salud. En dichos informes se ponen de manifiesto las grandes desigualdades que en materia de salud se dan entre países ricos y países empobrecidos. Estas desigualdades surgen tanto en el plano cualitativo como en el cuantitativo. Las desigualdades cualitativas vienen determinadas, entre otras cosas, por el imparable desarrollo en los países empobrecidos de enfermedades erradicadas ya en los países ricos, o por el desarrollo de enfermedades aún letales que gozan ya de tratamiento médico en los países del primer mundo, donde buena parte de las enfermedades se encuentran relacionadas con el sobrepeso y con la sobrealimentación. Por su parte, las desigualdades cuantitativas en materia de salud vienen determinadas por las altas tasas de mortalidad y morbilidad en edades tempranas que se alcanzan en países en vías de desarrollo. Puede afirmarse, pues, y esto es precisamente lo que se hace en la obra que nos ocupa, que existe cierta relación

de causalidad entre pobreza y enfermedad. Y, si esto es así, entonces parece claro que la salud no sólo tiene que ver con cuestiones estrictamente sanitarias, es decir, la salud no sólo consiste en la ausencia de enfermedad, sino que influyen muchos otros factores socioeconómicos como las condiciones higiénicas y de salubridad, las condiciones laborales, la alimentación y la educación, además de la importante asistencia sanitaria.

Pero, la pretensión del autor al formular la pregunta expresada arriba no es otra que instar a que el discurso sobre el derecho a la salud no permanezca atrapado en los parámetros en los que se encuentra en la actualidad, sino que ha de dar un salto cualitativo desde el por qué y el para qué hasta el cómo. Es decir, una vez que parece clara la pertinencia del planteamiento del tema, debemos tener presente en qué términos nos referimos y, sobre todo, en qué términos deberíamos referirnos al derecho a la salud. Para ello, habría que pasar del mero análisis normativo del derecho a la salud al análisis metajurídico, es decir, pasar del ser al deber ser del derecho a la salud.

El análisis normativo del derecho a la salud se puede llevar a cabo con una simple aproximación al estudio de cómo regulan las diferentes constituciones el derecho a la salud. Las primeras constituciones que recogen en su parte dogmática el derecho a la salud fueron las primeras constituciones que regularon y garantizaron los derechos económicos, sociales y culturales: la Constitución mexicana de 1917 y la Constitución de Weimar de 1919. Desde entonces la práctica totalidad de las constituciones lo regulan como un derecho social, que podría identificarse con el derecho a la asistencia sanitaria siendo más o menos amplio dependiendo del caso.¹ Por su parte, la normativa internacional presenta una concepción bastante más ambiciosa del derecho a la salud. Tanto la Carta fundacional de la Organización Mundial de la Salud de 1948, como la Declaración Universal de Derechos Humanos del mismo año y el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos Sociales y

¹ A lo largo de la breve historia del derecho a la salud, han tenido lugar dos modelos de protección de la salud fundamentalmente: el modelo de Seguridad Social y el modelo propio del Sistema Nacional de Salud. El primero se basa en las cotizaciones obligatorias de los trabajadores, constituyendo así un fondo de seguro que los cubre a ellos y a sus familias. En segundo modelo parte de la universalización del derecho a la asistencia sanitaria, del que se reconoce que son titulares todos los habitantes del país. Este modelo se financia vía presupuestos generales del Estado, la provisión de los servicios es eminentemente pública y gratuita en el momento del uso. En ambos se maneja un concepto reducido de derecho a la salud, pues se identifica con el derecho a la asistencia sanitaria.

Culturales de 1966, entienden el derecho a la salud como un derecho humano justificado, universal y complejo. En dichas normas el derecho a la salud aparece configurado como un derecho éticamente justificado –si lo que efectivamente se pretende es acabar con la pobreza y la marginación–; como un derecho de titularidad universal; y, por último, como un derecho complejo, conectado con otros derechos humanos –como el derecho a la educación, a un trabajo y a una vivienda digna, etc.–, por lo que se encuentra estrechamente relacionado con una amplia gama de factores socioeconómicos.

Precisamente de esta concepción compleja y poliédrica parte Carlos Lema, apartándose así de la concepción reducida y un tanto miope que sostiene la doctrina mayoritaria al identificar el derecho a la salud con el derecho a la asistencia sanitaria. Desde esta concepción reduccionista del derecho a la salud no se tienen en consideración elementos socioeconómicos que en realidad deberían constituir, junto con la asistencia sanitaria, parte integrante del objeto de protección del derecho a la salud. Para Carlos Lema el “deber ser” teórico del derecho a la salud debería tener como referente el “ser” del derecho a la salud en el ámbito internacional. Es decir, el derecho a la salud debería entenderse por la doctrina filosófica *stricto sensu* y por la doctrina filosófica política como un derecho universal y complejo que abarca múltiples dimensiones de la realidad socioeconómica.

Si bien es cierto, como afirma Carlos Lema, que el derecho a la salud es un derecho que se encuentra relacionado con múltiples factores socioeconómicos, no es menos cierto el hecho de que podría llegar a entenderse que esos otros elementos socioeconómicos, con los que se relaciona el derecho a la salud, ya se encuentran garantizados en el catálogo de derechos sociales –derecho a la educación, derecho a una vivienda digna, derecho a unas condiciones laborales óptimas, etc.–. De ahí que se identifique el derecho a la salud con el derecho a la asistencia sanitaria, sin necesidad de atender a otros factores de la realidad social y económica. Pero, parece que la pretensión de Carlos Lema es precisamente superar dos reduccionismos: a) identificación del derecho a la salud con el derecho a la asistencia sanitaria, lo que supone mantener un concepto de salud que sólo tendría sentido, en el mejor de los casos, en los parámetros de un Estado de bienestar; b) concepción del derecho a la salud como derecho prestación y, por consiguiente, como derecho de titularidad limitada o restringida a aquellas personas que efectivamente los necesitan.

Por su parte, otro sector doctrinal opta por un tercer término como es el de “derecho a la protección de la salud”. Carlos Lema también va a rechazar este término atendiendo a dos razones fundamentales. La primera es que a pesar de que muchos autores sostienen que el concepto “derecho a la protección de la salud” presenta la ventaja de no tener que delimitar un contenido material, es decir una definición de salud, en realidad esto no es del todo cierto. Según apunta el autor optar por el concepto de “derecho a la protección de la salud” en lugar de “derecho a la salud” supone ya una toma de posición frente a su contenido material, pues identifica la salud con la ausencia de enfermedad. Es decir, supone optar por un concepto restringido de salud. La segunda razón por la que rechaza el concepto de “derecho a la protección de la salud” es que dicho concepto está descontextualizado y es incompleto, ya que no abarca los condicionantes sociales, económicos y educativos que irremediablemente afectan a la salud.

El concepto de derecho a la salud que se va a defender en la obra que analizamos se basa en cuatro rasgos esenciales: a) Se trata de un derecho conceptual y éticamente justificado; b) Es un derecho complejo que recoge al menos los siguientes elementos: 1) derecho a no ser dañado en nuestra salud por terceros; 2) derecho a que el Estado promueva una serie de medidas de protección y promoción de la salubridad pública, medio ambiente y seguridad; y 3) derecho a la asistencia sanitaria; c) Precisamente porque el derecho a la salud engloba todos los elementos del punto anterior hay que entenderlo como un derecho universal; d) En último lugar, se trata de un derecho con una doble dimensión: negativa y positiva.

Como es sabido, el concepto y la fundamentación ética de un derecho se encuentran estrechamente interrelacionados, de tal manera que defender una determinada concepción de un derecho implica, necesariamente, una determinada fundamentación del mismo. Para establecer los parámetros teóricos en lo que se va a desarrollar su fundamentación, Carlos Lema comienza analizando las tesis más radicales, aquéllas que niegan la propia existencia del derecho a la salud, es decir, las tesis formuladas desde el libertarismo.

Desde la teoría libertaria se sostienen básicamente dos tesis en relación con el derecho a la salud: A) que no está justificado hablar de salud en términos de derechos; B) y que, en todo caso, el derecho a la salud no sería un derecho autónomo sino que formaría parte de varios derechos como los siguientes: i) derecho a que nuestra salud no sea dañada por terceros (por lo

que podríamos decir que formaría parte del derecho a la vida o a la integridad física y psíquica); ii) derecho a adquirir libremente asistencia sanitaria de terceros dentro del marco propio del libre mercado. Puede concluirse, por tanto, que para los libertarios no existe un derecho a la salud sino únicamente los derechos de libertad y propiedad. Cada individuo es soberano de su cuerpo, él mismo determina cómo lo trata y si lo somete o no a cuidados médicos, así como qué dinero destina a su propio cuidado y al cuidado de otros. Además el Estado nada tiene que decir en este sentido, por lo que no estaría justificado ningún tipo de políticas sanitarias.

Carlos Lema extrae del discurso libertario general las dos propuestas teóricas que considera más elaboradas, la de T. Engelhardt y la de A. Buchanan. El primero de los autores mencionados rechaza la posibilidad de un derecho a la salud a través del entendimiento de la salud como ausencia de enfermedad. Es decir, si afirmamos que existe un derecho a la salud es porque entendemos que existe un imperativo de justicia relativo a la salud, que es tanto como decir que la enfermedad es una injusticia. Según Engelhardt esta afirmación está totalmente injustificada, pues, la enfermedad se debe, únicamente, al azar, a la suerte o a la lotería natural, por lo que sólo podrían ser calificadas de “injustas” aquellas acciones de terceros que generen daños pero no a las derivadas de necesidades. Concluye Engelhardt que si admitimos que las necesidades pueden constituir demandas a terceros, es decir, si admitimos que las necesidades crean derechos, entonces estaremos violando la autonomía individual.

Carlos Lema advierte, ante la afirmación de Engelhardt, que no sólo juega un papel importante en el desarrollo vital del individuo la lotería natural, sino también la lotería social. Es decir, para el desarrollo o no de determinadas enfermedades no sólo cuenta la mayor o menor fortuna que hayamos podido tener en términos estrictamente biológicos, sino la suerte que hayamos podido tener de nacer en un determinado seno familiar o social, tanto en términos económicos como educativos. Pero incluso, prosigue Carlos Lema, el argumento de la lotería natural puede ser criticado a través de dos vías: a) cuestionando la afirmación de que la salud, o su ausencia, pueden atribuirse a la lotería natural; y b) cuestionando que incluso circunstancias debidas al azar no pueden tener relevancia en el discurso moral.

Siguiendo la misma línea argumental que Engelhardt, aunque con un resultado diferente, Buchanan sitúa cualquier pretensión relacionada con la salud fuera del discurso de la justicia y de los derechos para situarlo en el es-

pacio propio de un deber de beneficencia, donde podría quedar garantizado un mínimo de asistencia sanitaria. Buchanan no niega la existencia de un mínimo material básico relativo a la salud –aunque también admite la imposibilidad de delimitarlo claramente–, y la posibilidad de entender la protección de este *decent minimum* sanitario como un principio rector de la política social y económica del Estado, pero nunca como un derecho subjetivo.²

Saliendo de las tesis libertarias y centrándose en la teoría utilitarista, Carlos Lema reconoce que aún siendo esta última una teoría de la justicia en el ámbito social, es discutible que pueda proporcionar una base para la fundamentación del derecho a la salud. Aún así, el utilitarismo sí podría proporcionar criterios de equidad en las políticas públicas de protección de la salud. Desde la concepción utilitarista las políticas sanitarias más adecuadas serían las que lograsen maximizar la suma de los estados de salud de los individuos. De este modo, un sistema sanitario justo sería aquel que consiguiese aumentar al máximo la salud agregada de todos los ciudadanos. En este sentido pueden darse dos versiones de utilitarismo, el que utiliza un criterio subjetivo de salud, es decir, se basa en las preferencias individuales; y el que se vale de un criterio objetivo, como es el criterio AVAC. El criterio AVAC consiste en un cálculo de “Años de Vida Ajustados por la Calidad” (en inglés QALY: *Quality-Adjusted Life Year*). El criterio AVAC asume que la expectativa de un año de vida saludable tiene un valor 1, y que la expectativa de un año de salud deficiente tiene un valor de -1. Si el criterio utilitarista en materia de salud consiste en maximizar la suma de los estados de salud de los individuos, y si la salud se puede medir mediante los AVAC, entonces el criterio utilitarista recomienda la maximización de los AVAC. Por lo tanto, una política sanitaria justa sería aquella que maximizase los AVAC para el conjunto de la población. Pero, tal y como advierte Carlos Lema, a pesar de que el criterio AVAC tiene importantes ventajas de medición también genera resultados poco igualitarios y discriminadores respecto de ciertos grupos como los pacientes más graves, los pacientes pobres, los pacientes ancianos, etc.

² La concepción del derecho a la salud como un principio rector de la política social y económica en lugar de como un derecho subjetivo tiene implicaciones jurídica de relevancia. Mientras que en el primer caso estamos ante normas laxas, es decir, normas de obligatoriedad relativa, en el segundo caso nos encontramos ante reglas jurídicas con una clara fuerza vinculante para la partes.

A pesar de que podría entenderse, a priori, que la tesis del “seguro prudente”³ formulada por Dworkin podría constituir un híbrido entre el utilitarismo subjetivo y objetivo, queda inserta en lo que se ha denominado utilitarismo igualitario,⁴ desde el que se pretende dar respuesta tanto a las tesis libertarias como a las utilitaristas en materia sanitaria. La tesis del “seguro prudente” consiste en la realización de un cálculo objetivo que tiene en cuenta las preferencias de los agentes pero sin suponer por ello un desconocimiento grave de los derechos fundamentales, como en el que parecen incurrir las tesis utilitaristas. Según Dworkin la distribución del cuidado de la salud podría hacerse en el marco del libre mercado si pudieran corregirse tres aspectos éticos que se dan de hecho en la realidad: 1) que la distribución de la riqueza y los ingresos fuese lo más justa posible; 2) que toda la información referente a todos los procedimientos médicos fuese de dominio público; y 3) la certeza de que nadie dispone de la información relativa a si una persona concreta tiene predisposición a padecer una enfermedad, o si puede ser víctima de algún tipo de violencia⁵.

Sólo en el marco de este libre mercado hipotético podría desarrollarse un mecanismo de manifestación de preferencias garantizando así que las mismas son guiadas por criterios de imparcialidad. Es precisamente aquí donde despliega sus efectos la tesis del seguro prudente ayudando a responder a las siguientes cuestiones: ¿Cuánto debería gastarse el Estado para el cuidado de la salud? y ¿Cómo deberían distribuirse los servicios entre los ciudadanos? A estas cuestiones, afirma Dworkin, se responderá a través de lo que haya decidido la opinión pública a través de su participación demo-

³ Dworkin formula su tesis del “seguro prudente” frente al “principio de rescate”, que es un ideal de justicia médica integrado por dos afirmaciones relacionadas entre sí: a) la vida y la salud son los principales bienes, siendo los demás de menor importancia y, por ende, susceptibles de ser sacrificados por aquéllos; b) el cuidado de la salud debe ser distribuido sobre la base de la igualdad. Dworkin no comparte este principio, pues, supone que el cuidado igualitario de la salud ha de ser distribuido conforme a las necesidades y éstas son subjetivas, es decir, atienden a concepciones morales particulares que una sociedad liberal no puede asumir como propias.

⁴ Carlos Lema advierte de que aunque se pueda considerar que la concepción liberal-igualitaria de la justicia tuvo su moderna sistematización en la obra *A Theory of Justice* de John Rawls, a efectos expositivos toma como referencia, en primer lugar, la propuesta de Ronald Dworkin. Esto se debe, básicamente, a que Dworkin, al contrario que Rawls, se ocupa específicamente de la cuestión de la protección de la salud, lo que permite un planteamiento más directo de los problemas que plantea la propuesta del liberalismo igualitario respecto al tema que nos atañe.

⁵ Téngase en cuenta que en la actualidad gracias a los análisis genéticos la persona puede conocer en mayor o menor medida, dependiendo del caso concreto, cuál es el futuro de su estado de salud, siendo una información muy sugerente para empleadores y aseguradoras privadas.

crática. De esta decisión mayoritaria se extrae “la opinión del ciudadano medio” sobre cuánto debe gastar el Estado en materia sanitaria y sobre cómo entiende que deberían estar distribuidos los recursos sanitarios, de tal manera que, el seguro prudente supone que el sistema público debería excluir de sus prestaciones todas las que no compraría el ciudadano medio.

Carlos Lema destaca, muy acertadamente, qué dos problemas genera el criterio del seguro prudente: 1) Seguramente no entraría en la cobertura pública el tratamiento de las denominadas “enfermedades raras”, por lo que su tratamiento sería privado y su coste muy elevado; y 2) tampoco entrarían las enfermedades y disfunciones relacionadas con la ancianidad.

Además el autor formula una última objeción a la tesis de Dworkin sobre el cuidado de la salud que ataca al propio objeto de dicha tesis ¿Por qué Dworkin no justifica el tratamiento teórico autónomo y diferenciado que otorga al cuidado de la salud? ¿Qué hace que la salud sea tan importante como para ser merecedora de dicho trato diferenciado? Dworkin parte del entendimiento del cuidado de la salud como una necesidad básica, aunque se cuida de formular una teoría sobre las necesidades básicas, pues entiende que éstas son subjetivas y que un Estado liberal no puede asumir como propias pretensiones subjetivas. En relación con esta última afirmación Carlos Lema se hace eco de las objeciones que ya le han formulado al respecto otros autores a Dworkin, al poner de manifiesto que algunas necesidades sanitarias sí podrían llegar a entenderse como necesidades subjetivas, como es el caso del aborto o la eutanasia, pero otras, como eludir el sufrimiento o el dolor sí parecen ser objetivas.

Es por ello que Carlos Lema se formule la siguiente pregunta ¿La teorización respecto a las necesidades básicas exige comprometerse con una concepción moral particular cuya imposición como criterio de distribución de recursos supusiese una respuesta perfeccionista que ponga en peligro la autonomía moral de los individuos? Dworkin le daría una respuesta positiva a dicha cuestión, pero Lema argumenta que ni siquiera en los parámetros del liberalismo político esta sería la única respuesta posible, como muestra el análisis de la propuesta de Nino sobre la cuestión de la autonomía personal.⁶

⁶ Según Nino la autonomía individual tiene una doble vertiente: su creación y su ejercicio. Lo que defiende Nino es que la creación de tal autonomía, mediante la satisfacción de las necesidades básicas, tendría precedencia sobre las meras preferencias a la hora de la distribución de los recursos o capacidades.

Fuera de las teorías negadoras del derecho a la salud, el cuidado de la salud se ha entendido tradicionalmente como una necesidad básica, es decir, la cuestión de la salud ha sido mayoritariamente abordada desde la perspectiva de la teoría de las necesidades básicas. Carlos Lema advierte de los dos problemas teóricos que, a priori, se plantean desde dicha teoría: a) ¿qué concepto de necesidad básica adoptar y cómo identificarlas?; y b) cómo pasar de la existencia de necesidades básicas a la fundamentación de determinados derechos, es decir, cómo pasar del ser al deber ser. Para contestar a la primera de las cuestiones planteadas Carlos Lema parte de la definición que M^a José Añón da de las necesidades básicas: “las necesidades son expresión de la relación de dependencia de los hombres con respecto al contexto que les rodea y al que pertenecen, en una relación de intercambio dinámico en el que obtienen las condiciones para su existencia, por lo que las necesidades remiten a las acciones humanas, al orden de las objetivaciones sociales y culturales”. Además, entiende que las necesidades básicas suponen un estado de dependencia insoslayable, en el que la persona experimenta un sufrimiento o un daño grave con la certeza de que dicha situación va a mantenerse exactamente en las mismas condiciones, porque no existe una alternativa racional y práctica que no sea su satisfacción, realización o cumplimiento. A la segunda de las cuestiones que se plantea Carlos Lema ¿cómo pasar del ser al deber ser? responde que las necesidades básicas no pueden establecer directamente la exigencia de derechos, es decir, la exigencia de su satisfacción, aunque sí pueden ofrecer argumentos para la fundamentación de los derechos.

La otra posición teórica que destaca el autor dentro de las filas del liberalismo igualitario es la del derecho a la protección de la salud como derecho a la igualdad de oportunidades. Como se ha señalado anteriormente Rawls no atiende a la salud por separado y tampoco lleva a cabo una teoría de las necesidades básicas, es decir, la salud es irrelevante en la teoría rawlsiana. La salud es un bien natural primario, por lo que se trata de un bien que no se encuentra bajo el control de las instituciones básicas de la sociedad. Entonces ¿cómo puede fundamentarse el derecho a la salud desde la teoría de Rawls? Esta es precisamente la propuesta de Daniels, justificar el derecho a la salud desde la teoría rawlsiana, utilizando como estrategia teórica incluir las instituciones relativas al cuidado de la salud entre las instituciones encargadas de procurar una justa igualdad de oportunidades. Esta inclusión estaría a su vez justificada porque tanto la enfermedad como la

discapacidad restringen la gama de oportunidades que de otro modo estarían abiertas al individuo. La protección de la salud en todas sus formas contribuye a mantener las capacidades de los beneficiarios lo más próximas a la normalidad, entendiendo por estas capacidades de “funcionamiento normal” no sólo las de carácter físico sino también las de carácter emocional y cognitivo. El concepto de “funcionamiento normal” es el que permite considerar la protección de la salud como algo especial frente a otros condicionantes que también afectan a la justa igualdad de oportunidades como son la riqueza y la educación. Por su parte Vidiella, aunque también parte de la teoría rawlsiana, no justifica el derecho a la salud en los mismos términos en que lo hace Daniels. Frente a la concepción reduccionista de Daniels –salud es igual a ausencia de enfermedad– Vidiella defiende un concepto multifactorial de salud más del gusto de Carlos Lema. Es por ello que Vidiella prefiere hablar de “capacidades básicas de funcionar” frente al “funcionamiento normal” de la especie. Además la idea de “funcionamiento normal” toma partido por las concepciones de lo bueno que cada sociedad acepta como razonables, de ahí que Vidiella prefiera la tesis de las “capacidades básicas” ya formulada por Amartya Sen.

A pesar de las aparentes diferencias, concluye Carlos Lema que en realidad las propuestas de Daniels y Vidiella pueden ser reconducidas a una misma propuesta de sistema sanitario basado en los siguientes puntos: a) medicina preventiva (saneamiento ambiental, educación sanitaria, etc.); b) servicios curativos y de rehabilitación para las enfermedades curables; c) servicios médicos y paramédicos para personas con discapacidades no severas y enfermedades crónicas no graves; y d) cuidados especiales para los casos graves.

Para concluir con el análisis que de la protección de la salud se efectúa desde las tesis del liberalismo igualitario, Carlos Lema se plantea la siguiente cuestión ¿Pueden los liberales formular el acceso universal a la protección de la salud? Según Carlos Lema parece que los autores liberales igualitarios están más preocupados por garantizar la asequibilidad de la protección de la salud que por su accesibilidad universal. Además, si se adopta una concepción relativa de la salud es el individuo el que decide protegerla o no, y si se adopta una concepción objetiva de la salud puede caerse en el perfeccionismo moral, el cual no tiene cabida en el marco de una sociedad liberal.

El autor parte de una importante advertencia planteada por Amartya Sen y es que se presenta necesario saber si las políticas públicas sanitarias se

encuentran orientadas hacia los recursos o hacia los resultados, es decir, ¿dónde se busca la igualdad, en los logros sanitarios o en la distribución de los recursos sanitarios? Afirma Carlos Lema que si las políticas públicas sanitarias se dirigen hacia la distribución de los recursos, entendiendo que aquéllas fijan un gasto mínimo en sanidad, es porque se tiende a identificar el derecho a la salud con el derecho a la asistencia sanitaria.⁷ Sin embargo, si las políticas en materia sanitaria se dirigen hacia los resultados, es decir, hacia una concepción de salud mínima es porque se parte de una concepción amplia de salud, la cual abarca no sólo el derecho a la asistencia sanitaria sino también otros factores sociales, económicos y culturales.

Otro problema que detecta Carlos Lema que se le plantea al discurso del derecho a la salud como derecho humano es que se encuentra sometido a las mismas objeciones que se les plantean a los derechos sociales, económicos y culturales. Quizá la objeción más importante con la que se encuentran los derechos económicos, sociales y culturales es que se conciben como derechos prestación, es decir, se trata de derechos que aparecen vinculados a la imposibilidad que tienen algunos para obtener determinados bienes o servicios en el mercado, según afirma Robert Alexy. Al ser concebidos como derechos prestación son derechos de titularidad limitada, sólo serán titulares de estos derechos aquellas personas que los necesiten.⁸ Carlos Lema afirma que los derechos sociales, y concretamente el derecho a la salud, son de titularidad universal, es decir son para todos, y si no, no son tales derechos. El rasgo de la universalidad es una condición necesaria desde un punto de vista formal y una condición necesaria, aunque no suficiente, desde un punto de vista moral porque el derecho, en todo caso, ha de ser universalizable.

Las posiciones doctrinales que niegan la universalidad de los derechos sociales se basan en dos tesis: 1) los derechos sociales no son ni pueden ser universales puesto que se estaría tratando igual a los desiguales, lo cual está en contra del principio básico de justicia de la equidad; 2) los derechos socia-

⁷ Desde esta concepción del derecho a la salud como "gasto mínimo" se entiende la equidad en el sentido de que toda persona que necesite servicios sanitarios no recibirá menos fondos que otra persona con necesidades similares.

⁸ Gregorio Peces-Barba afirma que los derechos sociales no pueden ser entendidos como derechos universales por tres razones: 1) se trata de derechos específicos, o de grupo, de personas que no tienen capacidad económica para satisfacer sus necesidades; 2) se trata de derechos prestación; 3) concebirllos como universales sería injusto por atentar contra la igualdad material y además iría contra el principio de escasez y podría acabar con el Estado.

les son derechos específicos y de grupo.⁹ Respecto de la primera tesis Carlos Lema entiende que no ha de atenderse únicamente al argumento del *free rider* o al argumento de que las personas con recursos económicos no pueden ser titulares de derechos sociales, sino que hay que tener en cuenta el sistema general de prestaciones públicas. Afirma el autor que sólo de esta manera pueden hacerse juicios consistentes sobre si el sistema garantiza los derechos sociales, es decir, si hay un sistema impositivo justo (progresivo) no hay, en principio, problema en que todos se beneficien por igual de derechos y prestaciones como por ejemplo el de salud y el de asistencia sanitaria. Respecto de la segunda tesis Carlos Lema reconoce que en su origen los derechos sociales sí son específicos, pero no entenderlos como derechos universales acaba con la propia esencia de los derechos. Además, advierte que es erróneo entender que los derechos sociales son enteramente prestacionales, ya que la mayoría de los derechos sociales son complejos, es decir, tienen dimensiones prestacionales y otras que no lo son. Del mismo modo no todos los derechos prestación son derechos sociales. Por último, señala Carlos Lema que aunque se esgrima con frecuencia el argumento de la escasez contra los derechos sociales, este argumento también podría oponerse al resto de derechos humanos.¹⁰

Finalmente, en el último capítulo del libro, se plantea Carlos Lema qué valor tiene la salud, es decir ¿tiene la salud un valor intrínseco, instrumental o subjetivo? Carlos Lema llega a la conclusión que parece más razonable, la salud tiene un valor complejo que engloba el valor intrínseco, instrumental y subjetivo. También parece claro que la salud no tiene el mismo valor que la asistencia sanitaria, ya que ésta última ha de entenderse como un medio para alcanzar la primera. Como apuntábamos arriba, ha de tenerse en cuenta si las políticas públicas sanitarias se encuentran orientadas hacia los me-

⁹ Existen dos concepciones de los derechos sociales: 1) concepción de los derechos sociales como instrumentos de redistribución a posteriori; y 2) concepción de los derechos sociales como instrumentos de justicia tanto en la producción como en la redistribución, es decir, tanto a priori como a posteriori.

¹⁰ Con el argumento de la escasez se justifica el uso de criterios de distribución de recursos como el AVAC o el etarismo. Este último no mide el valor de la vida de nadie, a diferencia del criterio AVAC, sino que tienen en cuenta los años vividos y los años estimados por vivir (un ejemplo del uso de este criterio en la distribución de los recursos sanitarios lo encontramos en los trasplantes de órganos donde directamente se excluyen a aquellas personas que superan una determinada edad, lo que vendría a coincidir con la propuesta de John Harris de "*fair innings*" o "manos justas" en español.

dios o hacia los fines, es decir, hacia un gasto mínimo en la asistencia sanitaria o hacia la consecución de una salud mínima. Carlos Lema advierte de que una política sanitaria que se encuentre orientada hacia un gasto público mínimo sólo puede estar justificada si se basa en dos presunciones: la presunción de la eficacia y la presunción de la equidad.

Como apuntábamos al inicio, es innegable la estrecha relación que se da entre pobreza, mortalidad y morbilidad hasta el punto de que la ONU ha puesto de manifiesto a través de su normativa al respecto la indisoluble relación entre salud y derechos humanos. Es por ello que Carlos Lema llega a afirmar que la desigualdad es el principal problema de salud pública y que la injusticia social es mala para la salud. Pero, ha de tenerse en cuenta que también existe un vínculo importante entre salud y desigualdad social que no tiene que ver con la pobreza. Se trata de las desigualdades relativas a la salud que se dan dentro de las fronteras de países desarrollados. Esto ha de llevarnos a pensar que no se trata únicamente de un problema de falta de recursos materiales, sino de la influencia de otros factores sociales y económicos que han de tenerse en cuenta a la hora de poner en marcha un sistema sanitario justo y eficaz.

Por consiguiente, parece que la respuesta a la pregunta con la que Carlos Lema abre su análisis del derecho a la salud también parece obvia si nos situamos en el marco de los países desarrollados, es decir, no sólo es oportuno volver a discutir de la salud a nivel mundial, sino también a nivel interno. Pero ¿cuándo una diferencia en salud es injusta? Para responder a esta cuestión Carlos Lema se hace eco de la respuesta que dan a dicha pregunta Whitehead y Dahlgreen: las desigualdades en salud son inequitativas cuando son evitables, innecesarias e injustas.

Tras este exhaustivo y elaborado recorrido por las diferentes teorías de la justicia que se han ocupado, directa e indirectamente, de la salud y tras poner en evidencia sus posibles aciertos y errores con rigor teórico, Carlos Lema opta por una visión global e integral de la salud, aproximándose así a la normativa internacional al respecto. Esta amplia concepción de la salud lleva a nuestro autor a conjugar de forma equilibrada el entendimiento del derecho a la salud como el derecho a unos recursos sanitarios mínimos y como un derecho a una salud mínima atendiendo especialmente, en este último caso, a los condicionantes sociales que intervienen en la salud. Por todo ello, la conclusión final a la que puede llegar el lector de esta interesante obra es que dicha ambiciosa propuesta demuestra lo perfectamente pertinente y

oportuna que sigue siendo la discusión en torno al derecho a la salud tanto a nivel nacional como internacional.

VANESA MORENTE PARRA
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail: vanesa.morente@uc3m.es

Silvina RIBOTTA, *Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia. Pobreza, redistribución e injusticia social*, prólogo de Eusebio Fernández García, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 2010, 432 pp.

ANDRÉS ROSSETTI

Universidad Nacional de Córdoba, Argentina

Palabras clave: desigualdad económica, pobreza, justicia.

Keywords: economic inequality, poverty, justice.

Silvina Ribotta, la autora del libro cuya reseña presento, nació en una ciudad pequeña cercana a Córdoba (Argentina), lugar en el que estudió en su “histórica” universidad nacional. Es claro que ya tenía, antes de empezar sus estudios, una fuerte vocación igualitaria y por la justicia, a más de una enorme capacidad de trabajo, concentración y dedicación, ya que eligió –siendo aún muy joven– realizar dos carreras universitarias de grado simultáneamente, lo que no es para nada usual en nuestro país: Licenciatura en Trabajo Social y Abogacía. Estas carreras se relacionan –o así debería ser– con sus intereses y sus preocupaciones iniciales: la pobreza y la desigualdad en el primer caso y el derecho y la justicia en el segundo. Le tocó, además, crecer en un país que había pasado recientemente por una feroz dictadura militar y le tocó estudiar mientras el “neoliberalismo” salvaje se profundizaba en forma aguda. Ambos momentos generaron, entre otros problemas, una situación cada vez más desigualitaria en el contexto de la sociedad argentina. Ribotta, una vez terminados sus estudios realizó distintas actividades laborales (en un hospital, en la universidad, en un estudio jurídico, en una ONG y en una biblioteca popular) en las que pudo visualizar, en vivencia directa, los efectos devastadores que aquellos momentos habían generado en la situación de la población de nuestro país. Ella intentaba, a través de esas actividades –con

pasión, dedicación, esfuerzo e idealismo– amenguar los efectos nocivos del modelo económico imperante, en una lucha titánica pero perdida de antemano en aquella Argentina de los años 90 del siglo pasado, que tanto profundizó la desigualdad en el país.

En el año 1999 partió rumbo a España, donde comenzó una serie de estudios de post-grado –fundamentalmente en la Universidad Carlos III de Madrid en la que actualmente enseña– vinculados principalmente con los derechos fundamentales y la filosofía del derecho, que la llevaron, finalmente, a escribir este libro que es una adaptación, profundizada, de una parte de lo que fue su tesis doctoral, calificada con sobresaliente (premio extraordinario) por un distinguido tribunal en la mencionada universidad.

Este pequeño relato biográfico lo realizo porque –habiendo ya pasado tantos años de aquellos primeros tiempos universitarios en la lejana Córdoba y habiendo Ribotta estudiado con tanta dedicación y esfuerzo como así también en tantos centros de alto nivel y con muchos de los mejores profesores del mundo expertos en temas de justicia, pobreza, igualdad, derecho y filosofía política (baste mencionar a Gerald Cohen, Philippe Van Parijs o Thomas Pogge, entre otros)– el libro muestra que aquella temprana pasión, convicción y búsqueda de sociedades justas e iguales siguen intactas, pero ahora acrecentadas por la mayor convicción y el mejor conocimiento. En efecto, el libro trata estos temas con aportes teóricos y elaboraciones agudas que realmente no deja puntos vinculados con la cuestión por tratar.

El libro persigue, y lo pone de manifiesto desde el inicio, lo que Ribotta da en llamar el “objetivo igualitario” (p. 44), es decir mostrar y argumentar las razones que justifican que las sociedades actuales deben perseguir, debido a que se trata de un principio de justicia, “*el logro del igual desarrollo de las capacidades humanas y del ejercicio de una igual libertad real para todos que le garantice a las personas el logro de los planes de vida que hayan elegido desde su particular y situada concepción del bien, dentro de un marco que posibilite que todas las personas puedan arribar a este objetivo*” (p. 389). Los argumentos, contundentes, que presenta la autora para defender este “objetivo igualitario” son claros y se desarrollan a lo largo de todo el texto. En efecto, el mismo está estructurado en una introducción y cinco capítulos. Estos últimos son: 1. Desigualdad en qué, 2. Igualdad de qué, 3. Igualdad o prioridad, 4. Opciones y objeciones distributivas y 5. Una respuesta *coherentemente* igualitaria a la desigualdad económica.

En la introducción se presenta el “escenario fáctico”, mostrando las enormes y profundas desigualdades en que vivimos en el mundo actual, con un sinnúmero de cifras y datos, a más de presentar algunas precisiones conceptuales sobre los temas a trabajar en el resto del libro y formular los agradecimientos.

El capítulo 1, *Desigualdad en qué*, se encarga de discutir sobre las desigualdades –en particular económicas– y responder cuáles son ellas y en qué o respecto a qué se dan. En los cinco puntos en que se divide el capítulo se analizan distintas cuestiones, entre lo que se destaca la diferenciación entre la desigualdad económica y otras desigualdades como la de ingresos o de renta, ya que aquella se vincula con la desigualdad “*en el acceso o disposición de los satisfactores adecuados (expresada como carencia de ingresos o recursos sean éstos cuales fueren) que combinados con factores sociales y personales de los sujetos involucrados impiden a las personas el desarrollo de sus capacidades y funcionamiento básicos*” (p. 66), pero también se analizan otros aspectos, como los conceptos de pobreza, y la relación entre la desigualdad y las necesidades básicas insatisfechas (sobre lo que se presentan una serie de posiciones desde los más importantes autores que han trabajado la cuestión: Añón Roig, Galtung, Nussbaum, Marmor, Zimmerling, entre otros).

El capítulo 2, *Igualdad de qué*, se preocupa por clarificar el difícil concepto de igualdad y para ello, luego de una breve introducción conceptual, se trabajan autores “igualitarios” que se han preocupado por la cuestión. Se presentan, en los cinco puntos del capítulo, la posición de J. Rawls sobre los bienes primarios, la postura de R. Dworkin y la igualdad de recursos, la propuesta de A. Sen sobre la igualdad de capacidades básicas y las posiciones de R. Arneson y G. Cohen sobre igualdad de oportunidades para el bienestar e igualdad en el acceso a la ventaja respectivamente, para cerrar el capítulo con un análisis sobre el “igualitarismo de la suerte”. Lo notable, al igual que en el resto de la obra, es que Ribotta no se limita a presentar y describir solamente las posiciones de los autores mencionados, lo que se hace en una perfecta síntesis de ellas, sino que a su vez se las confronta con las críticas recibidas por una importante cantidad de otros autores y con las mismas críticas, siempre fundamentadas, de la autora.

El capítulo 3, *Igualdad o prioridad*, se preocupa por el “cómo distribuir”, en un análisis desde la posición de la ética distributiva. Aquí se presentan, entonces, las posiciones de los “igualitaristas”, tanto los *teleológicos* como los *deontológicos*; los “prioritaristas” y los “suficientistas”. En el análisis que se

realiza, donde se presentan las posiciones de diversos autores como Nagel, Parfit, Temkin, Casal y Frankfurt, entre otros, se analizan las posturas y sus respectivas críticas en forma clara y descriptiva.

En el capítulo 4, *Opciones y objeciones distributivas*, se abordan las principales críticas que se formulan a los criterios distributivos igualitarios. En efecto, se analizan las objeciones de “nivelar a la baja”, el de “la persona afectada y el eslogan”, la que se concentra en los “talentos naturales” y los merecimientos y la de los “gustos caros”, siempre con un impresionante uso de los distintos autores que trabajan las diferentes cuestiones, como así también con una presentación llena de ejemplos que facilitan y clarifican la lectura.

El capítulo 5, que cierra el libro, *Una respuesta coherentemente igualitaria a la desigualdad económica*, es donde la autora –aún cuando ya se ha pronunciado en el desarrollo de todos los temas anteriores– presenta sus posturas personales a más de su elaborada propuesta igualitaria. Aquí discute de nuevo sobre Rawls y la insuficiencia de su igualitarismo. Así también se concentra en la igualdad de oportunidades y el problema de los talentos “naturales” o la influencia y el condicionamiento social en relación con ellos, pronunciándose –en una posición que comparto– sobre la total influencia de lo social y cultural en relación con el desarrollo de aquellos. Cierra esta discusión con una pregunta clave: “¿no resulta inútil hablar de igualdad de oportunidades mientras no se ataquen severamente los criterios redistributivos que permiten mantener las desigualdades económicas y la pobreza? ¿Vale de algo el reconocimiento formal de la igualdad de oportunidades si no se la relaciona directamente con la forma en que se distribuyen los recursos, los bienes, las capacidades, las oportunidades y las ventajas en una sociedad determinada?” (p. 359).

Discute también sobre la pobreza, la discapacidad y los gustos caros y su cuarta “discusión” se concentra en una propuesta sobre las necesidades básicas. Estas dos últimas discusiones –junto con la propuesta final (*Objeción a la desigualdad económica desde la defensa del objetivo igualitario*) muestran la parte más atractiva del excelente libro que reseño, ya que aquí Ribotta analiza las distintas necesidades básicas –que presenta en sus distintas dimensiones– diferenciándolas de los deseos y de los “satisfactores”, formulando una detallada, completa y muy bien argumentada clasificación de las mismas, las que relaciona con el “objetivo igualitario”, para finalmente presentar su propuesta igualitaria, basada en lo que puede llamarse una “nivelación a la intermedia” asentada en la igualdad de capacidades de Sen, pero completada

con la posición de las necesidades básicas y con algunos elementos de la igualdad de oportunidades de Arneson y la igualdad de acceso en las ventajitas de Cohen, disminuyendo el rol que estos le asignan a la responsabilidad personal.

La edición del libro, a cargo del prestigioso Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, está realizada con el nivel de calidad que caracteriza sus publicaciones.

Después de esta breve e incompleta descripción de la obra, cabe concluir que se trata de un libro que abarca temas profundos con un análisis igualmente profundo. De su lectura, el lector no podrá dejar de reflexionar sobre los temas aquí trabajados, y también sobre su propio rol y su responsabilidad en relación con la situación en que vivimos en este mundo que compartimos.

El libro comienza con un cálido y emotivo *Prólogo* de Eusebio Fernández García en el que se mencionan los *sueños* de Silvina Ribotta (que ella misma reconoce, p. 37), los que pasan por lograr un mundo mejor, un mundo con más igualdad real y libertad real para todos los seres que habitan el planeta. La lectura de libros como éste en que se cuentan este tipo de “sueños” pero presentados en forma de argumentos teóricos y conceptuales contundentes que no dejan prácticamente espacio para rebatirlos, es seguramente una contribución esencial para que esos sueños que tantos –pero todavía pocos, al menos entre “los que deciden”– compartimos, empiecen a convertirse en realidad.

Se trata, por tanto, de una obra imprescindible para quienes se dedican al estudio de los temas sobre pobreza, desigualdad económica, redistribución y justicia social, en particular en idioma español, ya que presenta un abanico completo de los diferentes autores que se ocupan de la cuestión, pero a ello se agregan las importantes conclusiones personales de la autora que superan el límite del idioma señalado.

Este libro, en definitiva, es una clara muestra del gran talento y del enorme esfuerzo de su autora, quien no dudo que –coherente como es– considere todo ello un don, fruto de la suerte y de las condiciones sociales que la llevaron a realizarlo. Es de esperar que en el mundo académico sigamos teniendo la “suerte” de contar con obras como ésta, que obligan a pensar profundamente problemas claves de nuestro tiempo –la desigualdad económica, la pobreza, la redistribución– en forma tan profunda, pero a su vez tan clara y precisa. Y ojala que lo que propone el libro, la búsqueda incansable

de la justicia para todos, con igualdad y libertad real para todos, como así también de respeto pleno de todos los derechos humanos, sea leído, escuchado, analizado y finalmente actuado, porque viviríamos, de ser así, en un mundo mucho mejor que el actual y le dejaríamos uno mucho mejor a quienes vienen.

ANDRÉS ROSSETTI

Universidad Nacional de Córdoba, Argentina

e-mail: andresarg@hotmail.com

PARTICIPANTES EN ESTE NÚMERO

ELÍAS DÍAZ

Catedrático emérito de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Participó en el equipo fundador de *Cuadernos para el Diálogo*. Director de la revista *Sistema*. Entre sus obras destacan: *Estado de Derecho y sociedad democrática* (1966), *Revisión de Unamuno. Análisis crítico de su pensamiento político* (1968), *Sociología y Filosofía del Derecho* (1971), *La filosofía social del krausismo español* (1973), *Pensamiento español en la era de Franco (1939-1975)* (1974), *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático* (1978), *Socialismo en España: el partido y el Estado* (1982), *De la maldad estatal y la soberanía popular* (1984), *La transición a la democracia* (1987), *Ética contra política. Los intelectuales y el poder* (1992), *Los viejos maestros. La reconstrucción de la razón* (1994), *Curso de Filosofía del Derecho* (1998), *Un itinerario intelectual. De Filosofía jurídica y política* (2003) y *De la Institución a la Constitución: política y cultura en la España del siglo XX* (2009). Es Doctor *Honoris Causa* por la Universidad Carlos III de Madrid (2002), por la Universidad de Milán (2006), por la Universidad de Granada (2007) y por la Universidad de Alicante (2008).

MASSIMO LA TORRE

Catedrático de la Universidad “Magna Graecia” de Catanzaro, y profesor de la Universidad de Hull. Ha sido Cátedra de Excelencia de la Universidad Carlos III, y es Premio de investigación Alexander von Humboldt. Autor, entre otros, de: *Karl Larenz y la doctrina jurídica nacionalsocialista* (2009), *Constitutionalism and Legal Reasoning* (2007), *Legal Pluralism as Evolutionary Achievement of Community Law* (1999), *Norme, Istituzioni, Valori: Per una Teoria Istituzionalistica del Diritto* (1999), *European Citizenship: An Institutional Challenge* (1998), *Disavventure del Diritto Soggettivo: Una Vicenda Terica* (1996).

JOSÉ MANUEL CABRA APALATEGUI

Es Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid (Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas) y Profesor Contratado-Doctor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Málaga. Ha ampliado estudios en las universidades de Mainz, Munich, Génova y Amberes. Es autor de varias publicaciones sobre Teorías de la argumentación jurídica y Teoría del Derecho.

ROBERTO M. JIMÉNEZ CANO

(Madrid, 1973) es Doctor (Universidad Carlos III) y Licenciado en Derecho (Universidad Complutense). Su tesis doctoral, con mención europea (*Doctor Europeus*), fue merecedora de premio extraordinario y publicada bajo el título *Una metateoría del positivismo jurídico* (2008). En la actualidad es profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III, editor-director de la *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Director Adjunto de *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política* y coordinador del máster oficial en estudios avanzados en dere-

chos humanos del Instituto Bartolomé de las Casas de la citada Universidad. Es autor de diferentes trabajos sobre teoría del Derecho, metodología jurídica y derechos humanos en diversas publicaciones nacionales y extranjeras.

MANUEL SALGUERO SALGUERO

Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada. Entre sus publicaciones destacan: *Libertad de cátedra y derechos de los centros educativos* (1997); *Argumentación jurídica por analogía* (2002); Traducción y estudio preliminar de la obra de Albert Venn DICEY, *Lecciones sobre la relación entre Derecho y opinión pública en Inglaterra durante el siglo XIX* (2007). Ha publicado varios trabajos sobre multiculturalidad, laicidad y ciudadanía.

OSCAR CELADOR ANGÓN

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado en la Universidad Carlos III de Madrid y *Visiting Fellow* en la Universidad de Notre Dame (Indiana, US). Se ha formado en las Universidades de Berkeley (California, US), La Crosse (Wisconsin, US), Santa Barbara (California, US) y Florencia (IT), y ha colaborado como *Research fellow* con las Universidades de Glasgow (UK) y Queens (UK). Ha centrado su labor investigadora en el ámbito del derecho de libertad de conciencia y la laicidad del Estado, tanto en el derecho español como en el derecho comparado. Es autor de numerosos trabajos de investigación en este terreno, destacando sus monografías: *El estatuto jurídico de las confesiones religiosas en el ordenamiento jurídico estadounidense* (1998); *Religión y política en el Reino Unido en el siglo XVIII* (1999); *Proceso secularizador y sistema educativo en el ordenamiento jurídico inglés*, (2001); *Tolerancia y sistema educativo en Irlanda del Norte* (2001); y *El Derecho de Libertad de Cátedra. Estudio Legal y Jurisprudencial* (2007). Asimismo, ha impartido numerosas conferencias en numerosos foros nacionales e internacionales, y en la actualidad es Vicepresidente del Centro Unesco de la Comunidad de Madrid, miembro de diversas sociedades académicas, como la asociación Derecho, Laicidad y Libertades o la Sociedad Española de Ciencias de las Religiones, y pertenece al Consejo Editorial del periódico Público y de la Revista *Laicidad y Libertades: Escritos Jurídicos*.

JESÚS GARCÍA CÍVICO

Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia en el Programa “Derechos Humanos, Ética y Democracia”. Profesor e Investigador Contratado Doctor en el Área de Filosofía del Derecho del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Empresariales de la Universitat Jaume I de Castellón (Spain). Investigador del *Centro de Investigación de la Efectividad de los Derechos Humanos* (CIDEH) y del proyecto Consolider “El tiempo de los derechos”. Diversos artículos publicados en revistas nacionales e internacionales de Filosofía Jurídica, moral y política sobre eficacia de derechos fundamentales, así en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, “El bosque desde la villa. Imaginario social o Imaginación jurídica. Notas sobre seguridad y libertad”; *Anuario de Filosofía del Derecho*, “La difusa discriminación por el mérito: genealogía y desarrollo”; *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*; “¿Emanciparse de qué? Truffaut de madrugada. Fundamento, obstáculos y eficacia del derecho de acceso a la cultura”; *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*; “Haciendo desigualdad de la diferencia. A propósito de la posición socioeconómica del pueblo gitano”; *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*; “La medición de la integración social de los inmigrantes a través un sistema de indicadores coherente con la noción de ciudadanía inclusiva”; entre otros, además de distintas ponencias y comunicaciones en centros nacionales y extranjeros. Ha realizado estancias de investigación en Alemania *Max Plank Institute for Comparative Public Law and Inter-*

national Law de Heidelberg, *Institute Suisse de Droit Comparé* de Lausanne (Suiza), *Institute International for the Sociology of Law* de Oñati (Guipúzcoa) en la universidad italiana de Palermo y en el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III (Madrid). En el CIDEH se ocupa de cuestiones de efectividad de derechos humanos y metodología con indicadores con especial atención a los derechos de educación y cultura desde la perspectiva de la igualdad.

PATRICIA CUENCA GÓMEZ

Es Ayudante Doctora del Área de Filosofía del Derecho e investigadora del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid. Sus dos grandes líneas de investigación son la Teoría del Derecho y los Derechos Humanos y la Discapacidad. En el primero de estos ámbitos ha publicado, además de varios Capítulos en libros colectivos, los siguientes trabajos: “Aspectos, problemas y límites de la argumentación jurídica y judicial”, *Derechos y Libertades*, núm. 13, 2004; “Acerca del carácter dinámico del sistema jurídico en la teoría de Kelsen y su compatibilidad con el constitucionalismo”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 15, 2007; *El sistema jurídico como un sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, (2008); “Sobre el iuspositivismo y los criterios de validez jurídica”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2009. En el ámbito de los Derechos Humanos y la Discapacidad ha participado en la coordinación del Informe “El impacto que la ratificación e incorporación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad tiene en el Ordenamiento jurídico español” y ha coordinado también el libro colectivo que recoge algunos de los trabajos contenidos en este informe *Estudios acerca del impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Ordenamiento jurídico español*, (2010). En la actualidad, participa en el proyecto “El estudio, implementación y seguimiento del Artículo 12 sobre Capacidad Jurídica de la CDPD a nivel local” impulsado por la Red Iberoamericana de Expertos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

SILVINA RIBOTTA

Profesora de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, Subdirectora del Título de Especialista en Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos y Co-Responsable del Seminario de Teoría Crítica, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid. Licenciada en Derecho y en Trabajo Social (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina), Especialista en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid), y Doctora en Derecho-Doctor Europeus (Universidad Carlos III de Madrid). Entre sus publicaciones: *John Rawls. Sobre (des)igualdad y justicia* (2009) y *Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia. Pobreza, redistribución e injusticia social* (2010), diversos artículos en revistas, y ediciones y capítulos de libros.

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 semantica 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: 1987) 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 semantica 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 2011), 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.

