

Número 17, Época II, junio 2007

Dykinson, S.L.
EDITORIAL



INSTITUTO DE
DERECHOS HUMANOS
BARTOLOMÉ
DE LAS CASAS



Fundación
EL MONTE



#17 DERECHOS Y LIBERTADES

REVISTA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO Y DERECHOS HUMANOS



DERECHOS Y LIBERTADES

Número 17, Época II, junio 2007



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



Fundación
EL MONTE

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

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
Subdirectores: ÁNGEL LLAMAS Y FCO. JAVIER ANSUÁTEGUI
Secretarios: JAVIER DORADO PORRAS Y OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE

Consejo Científico

FCO. JAVIER ANSUÁTEGUI (Universidad Carlos III de Madrid)	MARIO LOSANO (Università del Piemonte Orientale “Amedeo Avogadro”)
RAFAEL DE ASÍS (Universidad Carlos III de Madrid)	JAVIER DE LUCAS (Universidad de Valencia)
RICARDO CARACCILO (Universidad de Córdoba, Argentina)	JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA (Universidad de Cantabria)
PAOLO COMANDUCCI (Università di Genova)	GREGORIO PECES-BARBA (Universidad Carlos III de Madrid)
J. C. DAVIS (University of East Anglia)	ANTONIO E. PÉREZ LUÑO (Universidad de Sevilla)
ELÍAS DÍAZ (Universidad Autónoma de Madrid)	PABLO PÉREZ TREMPES (Universidad Carlos III de Madrid)
RONALD DWORKIN (New York University)	MICHEL ROSENFELD (Yeshiva University)
EUSEBIO FERNÁNDEZ (Universidad Carlos III de Madrid)	MICHEL TROPER (Université de Paris X-Nanterre)
CARLOS FERNÁNDEZ LIESA (Universidad Carlos III de Madrid)	AGUSTÍN SQUELLA (Universidad de Valparaíso)
VINCENZO FERRARI (Università di Milano)	LUIS VILLAR BORDA (Universidad Externado de Colombia)
JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO (Universidad de León)	YVES-CHARLES ZARKA (Université René Descartes Paris 5-Sorbonne)
PETER HÄBERLE (Universität Bayreuth)	GUSTAVO ZAGREBELSKY (Università di Torino)
MASSIMO LA TORRE (Università Magna Graecia, di Catanzaro)	VIRGILIO ZAPATERO (Universidad de Alcalá)

Consejo de Redacción

MARÍA JOSÉ ANÓN (Universitat de València)	JOSÉ ANTONIO LÓPEZ (Universidad de Jaén)
FEDERICO ARCOS (Universidad de Almería)	ÁNGEL PELAYO (Universidad de Cantabria)
MARÍA DEL CARMEN BARRANCO (Universidad Carlos III de Madrid)	MIGUEL ÁNGEL RAMIRO (Universidad Carlos III de Madrid)
MARÍA DE LOS ANGELES BENGOCHEA (Universidad Carlos III de Madrid)	ALBERTO DEL REAL (Universidad de Jaén)
DIEGO BLÁZQUEZ (Universidad Carlos III de Madrid)	JOSÉ LUIS REY (Universidad Pontificia de Comillas)
IGNACIO CAMPOY (Universidad Carlos III de Madrid)	JESÚS PRIMITIVO RODRÍGUEZ (Universidad Rey Juan Carlos)
JAVIER DORADO (Universidad Carlos III de Madrid)	MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PALOP (Universidad Carlos III de Madrid)
MARÍA JOSÉ FARINAS (Universidad Carlos III de Madrid)	JOSÉ MANUEL RODRÍGUEZ URIBES (Universidad Carlos III de Madrid)
JOSÉ GARCÍA ANÓN (Universitat de València)	MARIO RUIZ (Universitat Rovira i Virgili)
RICARDO GARCÍA MANRIQUE (Universitat de Barcelona)	RAMÓN RUIZ (Universidad de Jaén)
CRISTINA GARCÍA PASCUAL (Universitat de València)	OLGA SÁNCHEZ (Universidad de Cantabria)
ANA GARRIGA (Universidad de Vigo)	JAVIER SANTAMARÍA (Universidad de Burgos)
JESÚS GONZÁLEZ AMÚCHASTEGUI (Universidad Complutense)	ÁNGELES SOLANES (Universitat de València)
CARLOS LEMA (Universidad Carlos III de Madrid)	JOSÉ IGNACIO DEL SOLAR (Universidad de Cantabria)
FERNANDO LLANO (Universidad de Sevilla)	

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

ARTÍCULOS

- Norberto Bobbio y el positivismo jurídico** 17
Norberto Bobbio and the legal positivism
MARIO G. LOSANO
- Bobbio y la tematica de los Derechos Humanos** 45
Bobbio and the topic of Human Rights
GIOVANNI CONSO
- Hobbes y la autoridad de la ley** 57
Hobbes and the authority of the law
LUC FOISNEAU
- La teoría del Derecho de la tortura**..... 71
The theory of law of torture
MASSIMO LA TORRE
- Tirar la primera piedra: ¿Quién puede y quién no puede condenar a los terroristas?** 89
Casting the first stone: Who can, and who can't, condemn the terrorists?
GERALD A. COHEN
- De los derechos y de su relación con los deberes y los fines comunes**..... 115
About rights and their relation with duties and common aims
GIANLUIGI PALOMBELLA

Derecho a la protección de la infancia versus libertad de expresión en internet: Unión Europea y Brasil	181
<i>The right to protection of childhood vs. freedom of expression in internet: the European Union and Brazil</i>	
CRISTINA AMICH ELÍAS	

RECENSIONES

Robert Walter, Clemens Jabloner, Klaus Zeleny (eds.), <i>Griechische Philosophie im Spiegel Hans Kelsens</i> (LUIS VILLAR BORDA).....	201
VV. AA., <i>El Derecho en red. Estudios en Homenaje al profesor Mario G. Losano</i> (LUIS LLOREDO ALIX).....	209
Benoit Frydman, <i>Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique</i> (ALBERTO IGLESIAS GARZÓN).....	221
Agustina Palacios y Javier Romañach, <i>El modelo de la diversidad. La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional</i> (VANESA MORENTE PARRA).....	231
Andrés Ollero, <i>Bioderecho. Entre la vida y la muerte</i> (RAFAEL JUNQUERA DE ESTÉFANI).....	241
Oliver Wendell Holmes, <i>Los votos discrepantes del juez O. W. Holmes</i> (LUIS LLOREDO ALIX).....	253
Participantes en este número	263

NOTA DEL DIRECTOR

El número 17 de *Derechos y Libertades* comienza incluyendo dos de las intervenciones que tuvieron lugar en la Jornada en Homenaje a Norberto Bobbio que tuvo lugar en la Academia Nazionale dei Lincei el 18 de octubre de 2005. En su trabajo *Norberto Bobbio y el Positivismo jurídico*, Mario Losano nos ofrece una visión de conjunto de la trayectoria investigadora de Bobbio en relación con el positivismo jurídico como objeto de análisis. El positivismo jurídico, en sus diferentes dimensiones y manifestaciones, concentró el interés del maestro turinés durante treinta años. Y a lo largo de todo este tiempo, se puede observar una evolución que, partiendo de un positivismo normativista kelseniano, culmina en un positivismo concentrado en el estudio de la dimensión funcional del Derecho. El interés de Bobbio por el positivismo jurídico se vio acompañado también por el interés en relación con los derechos humanos. Así, en *Bobbio y la temática de los derechos humanos*, Giovanni Conso también analiza la trayectoria intelectual de Bobbio, esta vez tomando como referencia el análisis de los diversos problemas que plantean los derechos humanos. Como es sabido una de las posiciones más recordadas de Bobbio en esta materia es aquella que subraya la necesidad de profundizar en los diferentes mecanismos de protección y garantía. Conso parte de ahí para ir transitando hacia el papel que el derecho a la paz desarrolla en la teoría bobbiana. El discurso sobre el derecho a la paz conduce necesariamente a un análisis crítico de las condiciones jurídico-políticas de la sociedad internacional, cuestión ésta a la que Bobbio se siguió dedicando hasta sus últimos escritos. La inclusión de los trabajos de Losano y Conso en este número es una manera de seguir homenajeando a Bobbio y de constatar una vez más su capacidad de anticiparse a la discusión y de identificar las cuestiones, en este caso en relación con los derechos, que siguen centrando nuestro interés.

Hobbes fue un autor al que Bobbio dedicó parte importante de su actividad investigadora. Precisamente al estudio de la vinculación entre la ley de la naturaleza y la ley civil en Hobbes, y a las consecuencias e interpretaciones de esta vinculación consagra Luc Foisneau su trabajo sobre *Hobbes y la*

autoridad de la ley. Foisneau muestra el papel que el discurso sobre el carácter absoluto del Poder desarrolla en la teoría hobbesiana del Estado. Sentando las bases de lo que posteriormente subrayará el positivismo jurídico, Hobbes mostrará la vinculación entre el Derecho y la autoridad, en detrimento de la hipotética conexión entre Derecho y verdad. Foisneau argumenta a favor de la compatibilidad de esta interpretación con la tesis, también defendida por Hobbes, de acuerdo con la cual la eficiencia de un sistema jurídico implica también un determinado reconocimiento del fundamento moral del Poder político.

Es precisamente la negación del fundamento moral y jurídico de la tortura la que constituye uno de los aspectos básicos y esenciales de la aportación de Massimo La Torre, *La teoría del Derecho de la tortura*. El objetivo de La Torre, además de mostrar las debilidades morales de los discursos contemporáneos encaminados a justificar la práctica de la tortura, es el de revelar la incompatibilidad entre la tortura y la idea misma de Derecho. La cuestión en la que se centra la argumentación de La Torre ya no es la de la mayor o menor inmoralidad de determinadas prácticas en el marco de un sistema jurídico, que también, sino más bien la de la intrínseca contradicción entre principio de legalidad, *rule of law*, y tortura, por definición desproporcionada y excesiva.

De inmoralidad, o más bien de condena moral, y terrorismo trata el trabajo de Gerald A. Cohen, *Tirar la primera piedra: ¿Quién puede y quién no puede condenar a los terroristas?*, en el que propone una reflexión sobre la cuestión de la legitimidad moral de la condena al terrorismo en ciertos casos. La cuestión en la que profundiza Cohen es que, si bien el terrorismo carece de justificación, no todas las condenas al mismo tienen la misma validez. Y ello, desde el momento en que existiría una diferencia entre la expresión de una opinión moral y la expresión de una condena. La hipótesis sobre la que trabaja Cohen es que puede ser cierto al mismo tiempo, de un lado, que se debe condenar al terrorismo y, de otro, que determinadas personas no están en la posición adecuada para efectuar esa condena, de otro.

En *De los derechos y de su relación con los deberes y los fines comunes*, Gianluigi Palombella profundiza en la tesis de acuerdo con la cual los derechos presentan una evidente capacidad a la hora de ser expresión de una determinada idea de la vida buena y de constituir el núcleo en torno al cual se puede aglutinar el discurso sobre los elementos mínimos en torno a los cuales se puede construir un proyecto de convivencia. De acuerdo con ello, los de-

rechos serían algo más que meras manifestaciones de la libertad y de la autonomía. Por el contrario, constituyen un componente esencial del tejido ético de las sociedades democráticas, lo cual permite identificar una dimensión social o colectiva, en lo que a su significado se refiere, que trasciende la mera consideración individualista de los mismos.

Y el número se cierra con el trabajo en el que Cristina Amich Elías aborda determinadas consecuencias del conflicto contemporáneo entre la protección de la infancia y el especial potencial agresor que se deriva de la utilización de las nuevas tecnologías, y en especial del desarrollo de internet. En su estudio sobre *Derecho a la protección de la infancia versus libertad de expresión en internet: Unión Europea y Brasil*, examina, en el marco de un estudio comparado entre las regulaciones comunitaria y brasileña, las consecuencias restrictivas que en su caso se pudieran derivar en relación con la libertad de expresión.

Gregorio Peces-Barba Martínez

ARTÍCULOS

NORBERTO BOBBIO Y EL POSITIVISMO JURÍDICO*

NORBERTO BOBBIO AND THE LEGAL POSITIVISM

MARIO G. LOSANO

Università del Piemonte Orientale "Amedeo Avogadro"

Fecha de recepción:1-11-06

Fecha de aceptación:10-11-06

Resumen: *Este trabajo da cuenta del interés de Bobbio por el positivismo jurídico y su trayectoria desde que se inicia en el año 1949 hasta los años Ochenta. Dicho recorrido comienza con la defensa de un positivismo normativo de raigambre kelseniana y desemboca en un positivismo crítico, finalizando con un periodo que podríamos llamar postpositivista, centrado en el estudio de la función del Derecho.*

Abstract: *This work studies the development of the interest that Bobbio has shown in legal positivism from 1949 to the 1980s. Its development starts as a defence of normative positivism closely linked to kelsenian theory, leads to critical positivism and culminates in what could be denominated a post-positivism, period that is centred on the study of the function of Law.*

PALABRAS CLAVE: Positivismo normativo. Positivismo crítico. Postpositivismo.

KEY WORDS: Normative positivism. Critical positivism. Post-positivism.

1. BOBBIO Y EL POSITIVISMO JURÍDICO DE HANS KELSEN

El interés de Bobbio por el positivismo jurídico empieza en 1949¹, sigue en los años Sesenta y Setenta y termina en los Ochenta; sin embargo, se con-

* Giornata lineca in ricordo di Norberto Bobbio, 18 ottobre 2005, *Accademia Nazionale di Lincei*, Bardi Editori, Roma, 2006. Traducción de M.^a Isabel Garrido Gómez (Universidad de Alcalá). El resumen y las palabras clave han sido elaborados por la traductora.

¹ Escribe Bobbio: "Si tuviera que establecer una fecha de la que arrancan mis obras de madurez, escogería 1949, año en el que publiqué en Italia un análisis y un comentario a la *Teoria generale del diritto* de Francesco Carnelutti" (en dicho artículo Bobbio defendía el positivismo kel-

centra en una época concreta de su vida entre los años Cincuenta y Sesenta (cf. *infra*, § 3). Interés que fue precedido y seguido por otras muchas predilecciones teórico-jurídicas, filosóficas, metodológicas e históricas, las cuales no se podrán ni siquiera mencionar en las próximas páginas. Baste aquí recordar que los comienzos del interés por el positivismo jurídico se entrelazan con un fuerte apego a la metodología de cuña neopositivista y con el acercamiento a la filosofía analítica, de la que nacería una pujante escuela². Estos importantes aspectos del pensamiento de Bobbio deberán permanecer en la sombra en las páginas siguientes que, en cambio, se centrarán exclusivamente en sus relaciones con el positivismo jurídico.

Hablar del positivismo jurídico en el siglo XX significa inevitablemente hablar de Hans Kelsen. Su teoría pura del Derecho “es el meridiano de Greenwich de la ciencia jurídica del siglo pasado: todas las teorías jurídicas acaban por ser medidas en función de su distancia o de su cercanía a la teoría pura del Derecho, enunciada por él en las primeras décadas del siglo y afinada después ince-

seniano, como se verá más adelante): N. BOBBIO, “Prólogo a la edición española”, en N. BOBBIO, *Contribución a la Teoría del Derecho*, ed. a cargo de A. Ruiz Miguel, Fernando Torres, Valencia, 1980, p. 10. En la presentación a ese volumen, se contiene una concisa reconstrucción del pensamiento teórico-jurídico de Bobbio: A. RUIZ MIGUEL, “Bobbio y el positivismo jurídico italiano”, pp. 15-58 y, sobre todo, en el libro que hace de A. RUIZ MIGUEL el “bobbiólogo” en título no sólo en España: *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, 509 pp.

² N. BOBBIO, “Scienza del diritto e analisi del linguaggio”, en VV.AA., *Saggi di critica delle scienze*, Silva, Torino, 1950, pp. 23-66 [edic. en castellano: “Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje”, en *Contribución a una Teoría del Derecho*, edic. a cargo de A. Ruiz Miguel, cit., pp. 171-196]. Aquí encuentran su origen los estudios de Giacomo Gavazzi y, máxime, de Umberto Scarpelli (1924-1993), que se había acercado ya en un corto escrito de 1948 (“Scienza del diritto e analisi del linguaggio”, *Rivista di diritto commerciale*, 1948, pp. 212-216). De aquí nació una escuela de filosofía analítica del Derecho, reconstruida a fondo por María Ángeles Barrère Unzueta, en *La Escuela de Bobbio. Reglas y normas en la filosofía jurídica italiana de inspiración analítica*, Tecnos, Madrid, 1990, 274 pp. Justamente, la autora habla de la “Escuela de filosofía analítico-jurídica” como de una “escuela jurídicamente heterogénea”, en el sentido de que no toda la “Escuela de Bobbio” siguió el camino analítico, ni se pueden inscribir en ella todos los seguidores de la filosofía analítica del Derecho”. Además, el propio Bobbio precisa: “Nunca me he considerado un neopositivista, ni siquiera un filósofo analítico en el sentido estricto del término” (“Prólogo a la edición española”, cit., p. 11). Sobre las posteriores evoluciones, cf. C. FARALLI, *La filosofia del diritto contemporanea*, Laterza, Roma-Bari, 2005, pp. 3-15; V. VILLA, *Storia della filosofia del diritto analitica*, Il Mulino, Bologna, 2003, 182 pp.; L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell’Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 83-113.

santemente hasta los últimos años de su vida”³. En particular, Bobbio llega al positivismo jurídico a través de Kelsen y, como veremos, fue más allá; pero también siguió siendo un punto de referencia en la fase postpositivista.

El pensamiento kelseniano era conocido en Italia desde los años Veinte, entre otras cosas porque una revista vinculada al movimiento fascista había publicado algunos de sus ensayos, si bien acompañándolos de una nota que subrayaba su trascendencia científica aunque, al mismo tiempo, se distanciaba de su posición ideológica, favorable a la despreciada democracia⁴. Para distanciarse de esta colocación engañosa, en 1993, Kelsen insistió a Giorgio del Vecchio para que el ensayo que sintetizaba la teoría pura del Derecho fuera publicado en Italia en la *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. De hecho, en 1933, Kelsen se preparaba para el segundo exilio mandando a los colegas extranjeros más conocidos una síntesis magistral de su teoría jurídica, con la esperanza de que contribuyera a abrirle las puertas de una Universidad en la que encontrar acogida. El manuscrito llegó así a manos de Del Vecchio, que confió su traducción a Renato Treves, porque éste, turinés y discípulo como Bobbio de Gioele Solari, había visto personalmente a Kelsen en Alemania para preparar su libro sobre la filosofía neokantiana⁵. Ese manuscrito constituyó la primera edición de la obra fundamental de Kelsen y esa traducción se convirtió, en 1934, en la primera edición italiana de la *Dottrina pura del diritto* [edic. en castellano: *La teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho*, trad. de J. G. Tejerina, Losada, Buenos Aires, 1946]. De esta manera, la Biblia del positivismo jurídico más riguroso entraba en Italia en estrecho contacto con la Escuela de Turín⁶.

³ M.G. LOSANO, “Hans Kelsen: una biografía cultural mínima”, *Derechos y Libertades*, núm. 14, 2006, pp.113-127.

⁴ Sobre este primer contacto de Kelsen con Italia, cf. M.G. LOSANO, “Reine Rechtslehre in Italien”, en *Der Einfluß der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern*, Manz, Wien, 1978, pp. 151-179; retomado en “La fortuna di Hans Kelsen in Italia”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 9, 1979, pp. 465-500, y en M.G. LOSANO, *Forma e realtà in Kelsen*, Comunità, Milano, 1981, pp. 179-212.

⁵ Este contacto entre Kelsen y Treves, con la intermediación de Del Vecchio, se expone detalladamente en M.G. LOSANO, *Renato Treves, sociologo tra il Vecchio e il Nuovo Mondo*. Con el registro de un archivo desconocido y la bibliografía de Renato Treves, Unicopli, Milano, 1998, VIII-210 pp.

⁶ Como se ha visto en la nota 2, el grupo de estudiosos que en distinta medida lideró Bobbio se denomina de diferentes maneras: con el nombre de “Escuela de Turín” se designa a aquel grupo en su acepción más amplia. Sobre los orígenes de la Escuela de Turín, he publicado

“De Treves se puede hacer partir la suerte de Kelsen en Italia” escribe Bobbio en el prefacio a la recopilación de los ensayos kelsenianos⁷. También Bobbio contribuyó en gran medida a esta suerte, pero sólo a partir de 1954: sus estudios iusfilosóficos anteriores afrontaban temas ajenos al positivismo kelseniano (como la analogía) o asumían posiciones antipositivistas (como en el análisis de la costumbre)⁸.

El propio Bobbio, como se ha citado, indica 1949 como la fecha de su “conversión” a Kelsen, cuando asume la defensa del positivismo kelseniano contra las críticas (verdaderamente, un poco fatuas) de Carnelutti⁹. El encuentro intelectual con él coincide con la necesidad de renovación que estaba en boga en Italia tras el final de la guerra y con la insatisfacción de Bobbio respecto a la filosofía puramente especulativa, a la que contraponía la filosofía positiva de Carlo Cattaneo¹⁰. Empezaba así el periodo –destinado a durar cerca de treinta años– en el que se acercó de forma crítica al positivismo jurídico de Kelsen y contribuyó de modo decisivo a difundir la doctrina pura del Derecho en Italia.

En 1992, cuando ya su época kelseniana hacía tiempo que había concluido, Bobbio recogió en un volumen los ensayos sobre Kelsen que había publicado

“Un secolo di filosofia del diritto a Torino: 1872-1972”, *Teoria politica*, núm. XXV vol. 2-3, 1999, pp. 471-517; además: “Un siglo de filosofía del Derecho en Turín: 1872-1972”, trad. de M. Laclau, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, núm. 19, 1999, Buenos Aires, pp. 197-255 y, con el mismo título, en *Derechos y Libertades*, núm. 9, 2000, pp. 411-458.

⁷ N. BOBBIO, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992, p. 5.

⁸ C. VIOLI ha realizado una detallada y monumental bibliografía de los escritos de Bobbio: *Bibliografia degli scritti di Norberto Bobbio, 1934-1993*, Laterza, Roma-Bari, 1995, XLII-489 pp.; además en la página web www.erasmo.it/bobbio, a cargo del “Centro Studi Piero Gobetti” de Turín, se puede acceder a la *Biblioteca professionale di Bobbio*, a su bibliografía y a muchos estudios sobre sus escritos digitalizados.

⁹ En 1946, se publicaba la segunda edición de F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Società Editrice del “Foro Italiano”, Roma, 1946, VII-388 pp. [edic. en castellano: *Teoría general del Derecho*, ed. dirigida por J.L. Monereo Pérez, Comares, Granada, 2003]; Bobbio apoyó a Kelsen en el ámbito de un análisis general de esta obra: “Francesco Carnelutti, teorico generale del diritto”, *Giurisprudenza Italiana*, 1949, col. 113-127. Este último ensayo fue reeditado no en la colección de los ensayos sobre Kelsen, sino, de forma más adecuada, en N. BOBBIO, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1955, pp. 1-26.

¹⁰ “Hablo de “conversión” porque únicamente así explico, por un lado, el olvido en el que he dejado que se hundan mis escritos jurídicos anteriores y, por otro, la confesión que he hecho más de una vez, según la cual la ruptura violenta con el pasado producida en la historia de nuestro país entre 1934 y 1946 correspondió a una fractura entre mi vida privada y pública, intelectual y moral. *Incepit vita nova*” N. BOBBIO, *Diritto e potere*, cit., p. 7.

entre 1954 y 1986. Efectivamente, los trabajos de Bobbio que analizan la teoría pura del Derecho presentan una peculiar trayectoria cronológica. Ese volumen se abre con el ensayo de 1954 en el que analiza a los críticos (excluyendo, por lo tanto, la ya recordada crítica a Carnelutti de 1949), al que siguen, no obstante, más de diez años de silencio sobre los temas kelsenianos. En 1967, un estudio sobre el ser y el deber ser asienta el principio de la revisión crítica de la teoría pura del Derecho, al cual siguió, en 1971, otro sobre las fuentes del Derecho. Por contra, en 1981-82, se suceden convenientemente tres ensayos sobre el problema del "poder" en la concepción señalada. El poder es el tema con el que el Bobbio filósofo de la política vuelve al Bobbio filósofo del Derecho¹¹ y, en la teoría kelseniana, es un punto crucial en la separación entre el mundo de la realidad y el mundo de la normatividad, entre el ser y el deber ser. En consecuencia, no por casualidad, la relación entre Derecho y poder da título no sólo a la parte central, sino también a todo el volumen dedicado, más tarde, a Kelsen. Pero, precisamente, este tema demuestra cómo los intereses jurídicos y los políticos han estado siempre presentes en el pensamiento de Bobbio: ya en 1966 había impartido un curso sobre el poder desde el punto de vista politológico, dentro del Curso de Licenciatura en Ciencias Políticas (que originariamente no era autónomo, sino que formaba parte de la Facultad de Derecho)¹². Finalmente, los últimos ensayos incluidos en el volumen de 1992 comparan el pensamiento de Kelsen con el del sociólogo Max Weber y con la teoría de la argumentación de Chaïm Perelman. El ejemplar de 1992 no es, por consiguiente, unitario -ni podría serlo una colección de ensayos que se distribuyen en un periodo de más de treinta años, de 1954 a 1986-, pero exactamente por esto permite seguir la evolución del pensamiento de Bobbio sobre el positivismo kelseniano.

¹¹ "La teoría jurídica y la teoría política se integran y se completan recíprocamente, la primera centrándose en el concepto de "norma" y la segunda en el de "poder" (N. BOBBIO, "Prólogo", en A. GREPPI, *Teoría e ideología en el pensamiento político de Bobbio*, Marcial Pons, Madrid, 1988, p. 10). "El amplio y documentadísimo estudio" de Greppi (así lo define el mismo Bobbio) analiza en distintas ocasiones "el nexo entre teoría política y teoría jurídica", tema que no es posible desarrollar en este trabajo. En particular, señalo las páginas sobre "Elementos del neo-positivismo y de la filosofía analítica durante los años Cincuenta", pp. 93-101.

¹² N. BOBBIO, *Il problema del potere. Introduzione al corso di scienza della politica. Lezioni del Prof. Norberto Bobbio raccolte da Iliana Secchieri*, Cooperativa Libreria Universitaria Torinese, Torino, 1966, 91 pp. Bobbio distingue la ciencia de la política y, entre los numerosos autores citados, se menciona no a Kelsen, sino a Karl Schmitt (p. 75), en años en los que éste estaba proscrito por los estudios sociales y jurídicos. Ese cuaderno de "apuntes" está menos elaborado que los otros apuntes de Bobbio, quizás, por eso no se publicó a continuación.

Sin embargo, ese positivismo inspiró a Bobbio la creación de una obra unitaria, que, no obstante, conoció una curiosa trayectoria editorial. En los años Cincuenta Bobbio impartió dos cursos (“que repetí varias veces”) sobre la teoría de la norma¹³ y sobre la teoría del ordenamiento¹⁴, “que justamente se han definido como de clara inspiración kelseniana”¹⁵. En Bobbio, el fruto más sobresaliente de tal periodo fue la visión del Derecho no como norma, sino como ordenamiento de normas, que expuso a lo largo de los años académicos 1957-58 y 1959-60. En ellos, la teoría de la norma se resuelve en la teoría del ordenamiento, siguiendo la concepción de Kelsen: es más, dice Bobbio, “quizás, yendo más allá”¹⁶.

Los apuntes reproducidos mediante ciclostil de estos dos cursos -uno sobre la teoría de la norma, y el otro sobre la teoría del ordenamiento- fueron editados varias veces y muchos profesores los adoptaron como texto, uno de los cuales fue el profesor Eduardo Rozo Acuña, a quien había conocido en mis estancias en Colombia. Éste había traducido los dos apuntes para sus alumnos; y así fue cómo un día, no sin recíproca sorpresa, Bobbio me dijo que le habían pedido que publicara su *Teoría general del Derecho* en Bogotá: un libro que no existía en italiano, pero que, con un prefacio de Bobbio, se publicó en 1987 en Colombia¹⁷ y en 1991 en Madrid¹⁸. La unidad del diseño global e, incluso, el título de la futura obra unitaria habían sido ya enunciados por Bobbio en la apertura del curso sobre el ordenamiento jurídico¹⁹,

¹³ N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, Torino, 1958, 245 pp.; apuntes reproducidos por medio de ciclostil, sin fecha en la portada: el *colofón* indica “se acabó de imprimir el 25 de junio de 1958”.

¹⁴ N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960, 218 pp.; apuntes reproducidos por medio de ciclostil, sin fecha en la portada; el *colofón* apunta “se acabó de imprimir el 16 de septiembre de 1960”.

¹⁵ N. BOBBIO, *Diritto e potere*, cit., p. 8.

¹⁶ *Ibid.*, p. 9.

¹⁷ N. BOBBIO, *Teoría general del Derecho*, Temis, Bogotá, 1987, XIV-269 pp.; la indicación de Eduardo Rozo Acuña como traductor se encuentra en la parte de atrás de la portada.

¹⁸ N. BOBBIO, *Teoría general del Derecho*, trad. de E. Rozo Acuña, Debate, Madrid, 1991, 278 pp.

¹⁹ “Este curso enlaza directamente con el de 1958, titulado *Teoria della norma giuridica* y constituye su continuación. Ambos juntos forman una completa *Teoría del Derecho* bajo un aspecto fundamentalmente formal. En el primer curso estudiamos la *norma jurídica*, considerada de forma aislada; en este nuevo, examinaremos ese conjunto o complejo o sistema de normas que constituye un *ordenamiento jurídico*” (N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 3).

pero de esta explicación no sacó ninguna consecuencia editorial. Por contra, el éxito de las ediciones en español hizo que Bobbio superase finalmente sus dudas –los dos apuntes “por primera vez en un solo volumen [me incitan] a considerarlos un nuevo libro”²⁰– y publicase también en 1993 la edición italiana de los cursos que había impartido hacía más de treinta años²¹. Pero, obviamente, en esos treinta años su pensamiento había ido evolucionando respecto a la teoría pura del Derecho.

Esta referencia a América del Sur induce a una digresión. Los escritos de Bobbio han tenido una enorme fortuna en aquel Continente, donde la vida universitaria en general, y la de los filósofos del Derecho en particular, no es fácil. El chileno Agustín Squella Narducci, refiriéndose al libro citado con anterioridad por María Ángeles Barrère Unzueta sobre la Escuela de Bobbio, afirma que “en el ámbito sudamericano no puede encontrarse nada parecido a la Escuela de Bobbio existente en Italia, al menos, en esa zona es posible encontrar un buen número de discípulos y seguidores del Maestro. Entiendo por discípulos a quienes han aprendido de él, del planteamiento y de la orientación general de su pensamiento, tratando de profundizarlo y desarrollarlo, mientras que por seguidores entiendo quien –sobre todo, en la tarea de docentes– hace referencia sólo a las ideas y a los textos del autor, incluso, sin llegar a tener con él un grado de identificación y compenetración intelectual y emotiva tan elevado e intenso como el que se ve en sus discípulos. [...] Discípulos y seguidores, consecuentemente: he aquí quienes, a mi juicio, siguen a Bobbio en Iberoamérica. Se trata de un número significativo, porque la cantidad de ambos debe ser apreciada no en términos absolutos, sino en relación al número mucho más escaso de personas que, en nuestros países, se dedican de verdad y seriamente a los problemas de la Filosofía del Derecho y de la Filosofía política”²². En España, la influencia de Bobbio fue

²⁰ N. BOBBIO, “Prólogo a la edición castellana”, en N. BOBBIO, *Teoría general del Derecho*, cit., p. VII. En este “Prólogo”, se indican algunas erratas de imprenta: el artículo de Bobbio “The Promotion of Action in the Modern State” se publicó en 1969 (y no en 1960: p. IX); en la nota del director Eduardo Rozo Acuña el escrito incluido en el volumen por Ambrosio L. Gioja (y no “Giogia”) se cita como: “Hacia una teoría *fundamental* del Derecho” (p. IX, en nota), mientras que es “Hacia una teoría *funcional* del Derecho”: sobre este último artículo, cf. *infra*, nota 47.

²¹ N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, 297 pp.

²² A. SQUELLA NARDUCCI, *Presencia de Bobbio en Iberoamérica*, Edeval, Valparaíso, 1993, p. 20. Agustín Squella ha dirigido también el volumen *Norberto Bobbio. Estudios en su homenaje*, Edeval, Valparaíso, 1987, 437 pp., amplia colección de contribuciones sudamericanas y europeas.

vivísima en dos figuras centrales de la resistencia al franquismo y del renacimiento democrático, Elías Díaz y Gregorio Peces-Barba, que escribe esto: “Tanto en la Filosofía del Derecho, como en la Filosofía política, como en los innumerables temas que ha tratado y que yo quería conocer más a fondo, ha ejercido sobre mí una considerable influencia, y he colaborado directa o indirectamente en la publicación de sus obras en español”²³. También indirectamente: de hecho, Elías Díaz y Gregorio Peces-Barba son los jefes de escuela de una numerosa legión de jóvenes filósofos del Derecho, ahora esparcidos por toda España, los cuales fueron orientados por ellos al estudio de Bobbio. Casi todas las investigaciones sobre el autor nombradas en estas páginas presentan este origen común. Y uno de los doctorados *honoris causa* fue en 1994, en la Universidad Carlos III de Madrid, de la que era (y es) Rector Gregorio Peces-Barba²⁴.

En Sudamérica, tuvieron éxito las obras de Bobbio, tanto las de Filosofía del Derecho como las de Filosofía política. En la reconstrucción de su fortuna brasileña, el filósofo del Derecho Celso Lafer, de São Paulo, subraya que Bobbio fue presentado en Brasil por Miguel Reale (nacido en 1910 y, por lo tanto, coetáneo), patriarca de los filósofos del Derecho de esa tierra y jurista positivo de primera línea, como lo demuestra la decisiva contribución que dio al nuevo Código civil brasileño de 2002. Según Lafer, “el interés de los juristas de nuestro país por sus trabajos deriva de su visión de la Filosofía del Derecho concebida *sub specie iuris*. Su filosofía del Derecho es la de un jurista que se ha detenido en los problemas concretos que plantea la experiencia jurídica. Sus respuestas minuciosas y rigurosas son tan relevantes que se han convertido en un punto de referencia para el mundo jurídico brasileño”. Como prueba de esta influencia de Bobbio sobre la praxis del Derecho, Celso Lafer cita un *leading case* que, en septiembre de 2003, causó escándalo en Brasil (y a cuya solución colaboró el mismo Lafer con un parecer decisivo): “El Tribunal Supremo Federal [la Casación brasileña] condenó por el delito

²³ G. PECES-BARBA, *La democracia en España. Experiencias y reflexiones*, Temas de Hoy, Madrid, 1996, p. 93.

²⁴ Para comprender la influencia de Bobbio sobre estas dos figuras centrales de la filosofía jurídica y política española es suficiente ver sus obras, donde Bobbio está muy presente. Sobre sus figuras remito a dos notas mías: “Elías Díaz: i vecchi maestri e la nuova Spagna”, *Sociologia del diritto*, núm. XXII vol. 3, 1995, pp. 197-206; y sobre Gregorio Peces-Barba, que, en España, ha creado una extensa y asentada escuela dedicada al estudio de los derechos fundamentales, “Una doppia militanza nella Spagna della transizione alla democrazia”, *Teoria politica*, núm. XII vol. 2, 1997, pp. 81-95.

de práctica del racismo a Sigfried Ellwanger, un editor de Porto Alegre de explícita orientación nazi que se dedicaba de forma sistemática y repetida a promover el odio racial, tanto por medio de publicaciones antisemitas, como a través de un libro escrito por él, en el que negaba el Holocausto. El juicio duró desde diciembre de 2002 hasta septiembre de 2003 y Bobbio fue abundantemente aludido por los jueces de la Casación, que en sus motivaciones se valieron de su enseñanza en la *Età dei diritti*, cuya primera edición brasileña es de 1992 [edic. en castellano: *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991], y de sus reflexiones sobre la naturaleza del prejuicio racista y del racismo actual, expuestas en el *Elogio della mitezza*, cuya edición brasileña es de 2002 [edic. en castellano: *Elogio de la templanza*, trad. de F.J. Ansuátegui Roig y J.M. Rodríguez Uribes, Temas de Hoy, Madrid, 1997]²⁵. Creo que éste es el ejemplo más convincente de cómo “la Filosofía del Derecho de los juristas” practicada por Bobbio puede servir de ayuda a los juristas positivos en la resolución de casos especialmente controvertidos.

De Bobbio se ha dicho que procede por problemas y no por sistemas, por análisis y no por síntesis. Él mismo recuerda cómo el cansancio causado por los grandes sistemas filosóficos, típico de la postguerra, le animó a concentrarse en problemas individuales, desmenuzándolos con el rigor conceptual tomado del neopositivismo y con el cuidado de las palabras derivado de la filosofía analítica. Por esto, el encargo editorial de escribir un manual de Filosofía del Derecho, que le hizo Adolfo Ravà, su predecesor en Padua, lo sintió como una “pesadilla”, y no lo realizó nunca. El instrumento con el que cultivaba la Filosofía del Derecho no era un “potente tractor”: eran “las tijeras de jardinero”²⁶. En consecuencia, la dimensión ideal de Bobbio como escritor no es el libro, sino el ensayo, de tal manera que la mayor parte de aquéllos son recopilaciones de ensayos. Así, para hacerse una idea de las

²⁵ A. FILIPPI y C. LAFER, *A presença de Bobbio. América Espanhola, Brasil, Península Ibérica*, Editora Unesp, São Paulo, 2004, pp. 128 y ss. El ensayo de Filippi analiza el área lingüística española, (sobre todo, Argentina, México, Venezuela y España, pp. 15-122), mientras que Celso Lafer se fija en Brasil (pp. 125-168). Todo el volumen está publicado también en español. El ensayo de A. FILIPPI, “Bobbio nella cultura di lingua spagnola”, y de C. LAFER, “Bobbio in Brasile”, pp. 95-121, se encuentran también en italiano en el volumen de V. PAZÉ (dir.), *L'opera di Norberto Bobbio. Itinerari di lettura*, Franco Angeli, Milano, 2005, 176 pp.

²⁶ N. BOBBIO, “Prólogo a la edición española”, en N. BOBBIO, *Contribución a la Teoría del Derecho*, ed. a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, cit., p. 11.

distintas fases de su pensamiento, hay que mirar no la fecha de publicación del libro, sino la de los ensayos que lo componen.

En particular, la teoría general del Derecho de Bobbio, aunque se publica en italiano en 1993, se refiere a su visión teórico-jurídica de los años Cincuenta y Sesenta. Análogamente, la *summa* de su pensamiento sobre el positivismo jurídico ve la luz en 1965²⁷ y cubre el lapso de tiempo que va del 1959 al 1964. A la aparición de esta última recopilación contribuyó mucho Renato Treves (y, realmente, este libro se dedica a Treves y a Alessandro Passerin d'Entrèves), en un contexto de renovación cultural sobre el que volveré en breve. También en dicho caso, la única publicación unitaria está constituida por los apuntes del curso sobre el positivismo jurídico de 1961²⁸, que se presentaba como la continuación de los cursos sobre la teoría de la norma y del ordenamiento y que, como ellos, reservaba una estimable atención al positivismo kelseniano.

El volumen de Bobbio de 1965 encara los temas eternos de la Filosofía del Derecho: qué es la Filosofía del Derecho; qué es el positivismo jurídico; y qué es el iusnaturalismo. Así que es imposible dar cuenta de ello en pocas páginas. Del mismo modo que la recopilación de ensayos de 1992 recoge la primera fase del Bobbio kelseniano, la recopilación de 1965 es, en cierta medida, una retirada de la Filosofía del Derecho tradicional, anunciada ya en la presentación: "Hoy las cosas, si no me equivoco, han cambiado". Cuando en los años Treinta Bobbio se acercó a la Filosofía del Derecho, ésta tenía que fundarse en uno de los grandes sistemas filosóficos: era una filosofía del Derecho de los filósofos. A mediados de los años Sesenta, por el contrario, lo que contaba era el "resultado de la investigación, y no el posicionamiento": era una filosofía del Derecho de los juristas. A la alternancia de escuelas en cuestión se añadía, sin embargo, "un desgarró íntimo entre nuestra educa-

²⁷ N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1965, 241 pp. El volumen recopila ensayos publicados entre 1956 y 1964.

²⁸ N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico, Lezioni di filosofia del diritto raccolte da Nello Morra*, año académico 1960-61, Cooperativa Libreria Universitaria Torinese, Torino [1961], 324 pp. [edic. en castellano: *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el Doctor Nello Morra*, trad. de R. de Asís Roig y A. Greppi, Debate, Madrid, 1993]; apuntes reproducidos mediante ciclostil sin indicación de fecha, ya que falta el *colofón*, reeditado en 1996 (Giappichelli, Torino, 1996, X-258 pp.) con una "Premessa alla nuova edizione" de Francesco D'Agostino y una "Premessa" de Norberto Bobbio, fechada en "enero de 1979", que describe la génesis del volumen y concluye: "La presente reedición reproduce exactamente la primera edición, salvo alguna leve corrección formal" (p. X).

ción científica y nuestras exigencias morales". Por lo tanto, por un lado, estaba la educación positivista recibida: "Nos habíamos resignado a considerar que fuera de algunos cánones transmitidos por las escuelas positivistas no había espacio para el jurista que quisiera ejercer seriamente su oficio". Después, con el fin de la guerra y de la dictadura, "las posiciones se invirtieron"²⁹: el positivismo fue abandonado por muchos, que encontraron en el Derecho natural –antes rechazado– el bálsamo para las angustias que aquellos duros años dejaban atrás. Como ejemplo de este estado de ánimo, Bobbio recordaba a menudo (no en este prefacio, sino ya en las clases que escuchaba de estudiante) el radical replanteamiento de Gustav Radbruch, positivista que se pasó al iusnaturalismo después de la guerra.

En este contexto, el autor introduce una distinción que no es posible desarrollar, pero que resulta fundamental para comprender los muchos malentendidos sobre los que se fundaron las ásperas polémicas de la postguerra. El positivismo podía asumir un valor liberal cuando inducía a respetar las normas democráticas en el momento en el que el poder dictatorial las ponía en peligro; mas, tras la consolidación de este poder, el positivismo asumía un valor autoritario porque imponía aplicar las normas dictatoriales sin plantearse interrogantes éticos. De forma similar, al iusnaturalismo conservador se podía contraponer un iusnaturalismo progresista, recordado frecuentemente por Kelsen. El positivismo jurídico nos seduce como científicos neutrales; en cambio, el iusnaturalismo nos permite sustentar nuestros valores morales "Existe, pues, –concluye Bobbio– un límite entre positivismo y iusnaturalismo que parte por la mitad nuestra persona y por el cual somos o positivistas o iusnaturalistas no según los tiempos y las ocasiones, sino según el sector que representamos en la sociedad"³⁰. Un ejemplo de relativismo de los valores que, sin duda, habría gustado a Kelsen.

Ya que me separan de Bobbio treinta años exactos, no podía haber experimentado la laceración del jurista de la que hablaba. De ella tenía una idea libresca y vaga. Creo haberla entendido mejor cuando me ocupé del Derecho alternativo en América del Sur y, en concreto, del "Movimiento de los Sin Tierra" en Brasil. En efecto, los jueces brasileños deben aplicar el Estatuto de la Tierra promulgado en 1964 por la dictadura militar y, con simultaneidad, la Constitución democrática de 1988, que aprueba la "función social

²⁹ N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 10 y ss.

³⁰ *Ibid.*, p. 13.

de la propiedad”³¹. Habitualmente, la única solución es salvar la ley, y cerrar los ojos ante la dureza de la condición humana, o bien apelar a la función creativa del juez y entrar en el campo del uso alternativo del Derecho.

Como conclusión, en 1965, Bobbio advertía este cambio progresivo de paradigmas, afirmaba “haber hecho siempre lo posible para favorecerlo” y presentaba la recopilación de sus ensayos sobre el positivismo jurídico y sobre el iusnaturalismo como un “estímulo” para moverse hacia nuevas visiones de la Filosofía del Derecho³².

2. POSITIVISMO Y IUSNATURALISMO EN NORBERTO BOBBIO

Tras este somero examen de la evolución del pensamiento de Bobbio sobre el positivismo jurídico, es pertinente hacer una pausa analítica para responder (o, mejor, para esbozar una respuesta) a la pregunta: ¿qué es el positivismo jurídico para Bobbio? La respuesta se encuentra en los textos descritos en el párrafo precedente, es decir, en los tres cursos universitarios y en los dos volúmenes que recogen los escritos en los que se ocupó del positivismo jurídico. Sintetizando, los cursos se celebraron en 1958, en 1959 y en 1960 y a ellos corresponden los apuntes titulados *Teoria della norma giuridica*, *Teoria dell'ordinamento giuridico* y, finalmente, *Il positivismo giuridico*: son las etapas de un itinerario que explora las distintas teorías sobre esos temas y se concluye con la aceptación crítica del positivismo jurídico de Hans Kelsen. Los dos volúmenes son las recopilaciones de los ensayos *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* de 1965 y *Dalla struttura alla funzione* de 1977: ambos constituyen una reflexión sobre el positivismo jurídico, que enriquecen al tomar en consideración la función del Derecho. Sobre cada uno de estos

³¹ M.G. LOSANO, “Gesetz und Hacke: Ursprünge und Entwicklungen des alternativen Rechts in Europa und Südamerika”, en R. HELMHOLZ y otros (Hrsg.), *Grundlagen des Rechts. Festschrift für Peter Landau*, Schöningh, Paderborn, 2000, pp. 1023-1063; Id., “La legge e la zappa: origini e sviluppi del diritto alternativo in Europa e in Sudamerica”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXX, 2000, pp. 109-151; Id., “La ley y la azada: orígenes y desarrollo del Derecho alternativo en Europa y Sudamérica”, *Derechos y Libertades*, núm. 8, 2000, pp. 275-324. Además, he expuesto los problemas jurídicos de la reforma agraria (hasta ahora inexistente) y de las ocupaciones de tierras en Brasil en el volumen *Latifundios ocupados y función social de la propiedad. Los Sin Tierra de Brasil*, Cuadernos del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2006.

³² N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit, p. 10.

volúmenes volveremos más tarde; por ahora, sólo querría tratar de explicar lo que aquél fue para Bobbio.

2.1. Los tres cursos, o la definición del positivismo jurídico

En los tres cursos, Bobbio exploró “la experiencia jurídica [como] experiencia normativa”³³, el “sistema de normas que constituye el ordenamiento normativo”³⁴ y, por último, el positivismo jurídico tanto en su evolución histórica, como en su problematicidad teórica, llegando así “al corazón de esta corriente jurídica”, porque “la teoría del ordenamiento jurídico [es] la contribución original del positivismo jurídico a la Teoría general del Derecho”³⁵. En este punto, dispone de material histórico y analítico para establecer siete modos que sirvan para definirlo (que por motivos de espacio nos limitamos a enunciar):

- desde el punto de vista de la *aproximación* al Derecho, el positivismo jurídico lo observa como hecho, y no como valor; por lo tanto, el Derecho es válido no porque se considere bueno, sino porque se produce de modo formalmente correcto (teoría formalista del Derecho);
- desde el punto de vista de la *definición* del Derecho, el positivismo lo representa a través del elemento de la coerción, porque una norma sin sanción resultaría ineficaz (teoría de la coactividad del Derecho);
- desde el punto de vista de *las fuentes* del Derecho, el positivismo considera la legislación como fuente preponderante del mismo, reduciendo al mínimo la relevancia de la costumbre (teoría del normativismo legislativo);
- desde el punto de vista de la *teoría de la norma jurídica*, el positivismo concibe el Derecho como mandato, que puede ser destinado a las partes y a los jueces (teoría imperativista del Derecho);
- desde el punto de vista de la *teoría del ordenamiento jurídico*, el positivismo comprende el Derecho como un sistema completo y coherente, esto es, carente de contradicciones y lagunas (teoría sistemática del Derecho);

³³ N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, cit., p. 3.

³⁴ N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 3.

³⁵ N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, cit. p. 253.

- desde el punto de vista del *método científico-jurídico*, el positivismo limita la actividad del jurista a la pura interpretación declarativa o mecánica de la norma, excluyendo la función creativa del juez, o sea, el *judge made law* o *Richterrecht* (teoría de la interpretación no creativa);
- desde el punto de vista de la sujeción o vínculo con la ley, el positivismo prescribe la obediencia estricta o, incluso, absoluta a la ley (teoría de la obediencia incondicional). Específicamente, esta concepción es la que expone al positivismo a la acusación de haber favorecido la total aceptación de las normas impuestas por las dictaduras³⁶.

2.2. La revisión crítica del positivismo jurídico

En el periodo de la postguerra, al positivismo jurídico acusado de conivencia con las dictaduras se le contrapuso el iusnaturalismo. En la literatura jurídica de esos años, los asuntos más frecuentes eran, indiscutiblemente, la crisis del positivismo jurídico y el renacimiento del iusnaturalismo. Además, en Bobbio el tema del positivismo jurídico está siempre unido al del iusnaturalismo, pero en una tensión que no se resuelve a favor de ninguno de los dos, sino que permanece en su conciencia –como en la de muchos otros juristas de esos años– como una laceración: por un lado, el positivismo jurídico como expresión de la exigencia de austeridad científica y, por otro, el iusnaturalismo como exigencia de libertad moral. De su comparación surgen más claramente las características de uno y de otro: “*contraria juxta se posita magis elucescunt*”.

En las recopilaciones de ensayos *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* de 1965 y *Dalla struttura alla funzione* de 1977, encuentra expresión esta crisis del positivismo jurídico (que en Bobbio se acompaña, sin embargo, de una crítica del iusnaturalismo *de esos años*) y un creciente interés por la función del Derecho en la sociedad. Mientras del funcionalismo se ocuparán los próximos parágrafos, querría ilustrar la lesión entre positivismo ju-

³⁶ En la postguerra, Gustav Radbruch había señalado que el positivismo era la causa del servilismo de los juristas a las dictaduras; más tarde, se entendió que sus comportamientos respondían a condicionamientos sociales anteriores a la propia dictadura: cf. M.G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, vol. 2: *Il Novecento*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 194-201.

rídico y iusnaturalismo con dos fragmentos extraídos de un escrito poco conocido de Bobbio, la “Introduzione a un’opera che non ho mai scritta”³⁷, que comienza con estas palabras: “El contraste entre iusnaturalismo y positivismo jurídico se presenta, bien como una sucesión natural e histórica de escuelas, bien como antítesis entre dos concepciones opuestas e inconciliables del Derecho, bien como laceración íntima entre nuestra educación científica y nuestras exigencias morales. Cualquier estudioso de mi generación, en un país como Italia, ha vivido a fondo la contraposición en todos estos aspectos”³⁸. Los escritos de Arturo Carlo Jemolo y de Piero Calamandrei, de Guido Fassò y de Giuseppe Capograssi expresan la consternación por la arbitrariedad de las leyes dictatoriales y el intento de superar “la injusticia legal” recurriendo a un “Derecho suprallegal”³⁹, o sea, al iusnaturalismo.

La posición de Bobbio no está ligada a una elección de campo, sino a la convicción de que toda elección de este tipo está condicionada por el trance histórico que el individuo está viviendo: “Precisamente, por haber vivido a fondo los motivos de la contraposición entre positivismo jurídico e iusnaturalismo, no he creído nunca que pudiera inclinarme categóricamente hacia una parte o la otra. Si he demostrado simpatías iusnaturalistas, lo he hecho en los tiempos del positivismo triunfador; así como he mostrado simpatías positivistas (de la defensa de Kelsen hasta la búsqueda de argumentos contrarios al Derecho natural) en estos últimos años de renovado iusnaturalismo. Más que inclinarme hacia una parte o hacia otra, he preferido aclarar la complejidad de los términos de la contraposición en las páginas siguientes, la imposibilidad de reducir el problema de sus relaciones a una sola alternati-

³⁷ N. BOBBIO, “Introduzione a un’opera che non ho mai scritta”, en la *Miscellanea per le nozze di Enrico Castelnuovo e Delia Frigessi*, Einaudi, Torino, 1962, pp. 7-9: no se encuentra libro que no esté en venta escrito por los “einaudianos” para dos “einaudianos”. Estas páginas de Bobbio vuelven en la “Introduzione” de marzo de 1965 a *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (pp. 11-13); respecto a la “Introduzione”, la *Miscellanea* contiene un añadido inicial y uno final, que reproduzco en este parágrafo. Por lo tanto, uniendo estas dos citas al contenido de la “Introduzione” de 1965 el lector puede reconstruir el texto íntegro publicado en la imposible de encontrar *Miscellanea* de 1962.

³⁸ N. BOBBIO, “Introduzione a un’opera che non ho mai scritta”, cit., p. 7.

³⁹ G. RADBRUCH había publicado el artículo “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, en la *Süddeutsche Juristenzeitung* de 1946; el ensayo se retoma en su *Rechtsphilosophie*, dirigida por E. WOLF KOEHLER, Stuttgart, 1956, pp. 347-357 [edic. en castellano: *Filosofía del Derecho*, edic. de J.L. Monereo Pérez, Comares, Granada, 1999].

va y, en definitiva, mostrar las razones por las que el inclinarse por una parte o por otra a menudo es más el fruto de una elección irracional que de una meditada reflexión⁴⁰.

“En las páginas siguientes”: Bobbio pensaba entonces en el “libro que nunca he escrito” y que, por consiguiente, no habría seguido a ese prefacio. En realidad, aunque en forma de recopilación de ensayos, ese libro vio la luz pocos años después, en 1965, en un contexto que permitió a Bobbio retomar esas materias y usar como preámbulo del volumen la parte central del prefacio extemporáneo y aislado.

3. LA REVISIÓN DEL POSITIVISMO JURÍDICO

Los cursos sobre la norma y sobre el ordenamiento marcan, escribe Bobbio, “la conclusión del periodo de estudios que dediqué preferentemente a la Teoría del Derecho”, durante el cual asumió “orgullosamente la defensa de Kelsen”⁴¹. Esta etapa intensamente kelseniana abarca, pues, aproximadamente, desde la postguerra hasta el “famoso 68”, a partir del cual los intereses culturales de Bobbio se desplazan de la Filosofía jurídica a la Filosofía política y se definen con su paso en 1972 a la Facultad de Ciencias Políticas.

Hasta 1967 Bobbio había aceptado la concepción kelseniana que distinguía el Derecho, por un lado, y la ciencia del Derecho, por otro. De esta distinción deriva el carácter prescriptivo con respecto a las normas jurídicas y el carácter descriptivo en relación a las proposiciones con las que la ciencia jurídica enuncia las normas. Innovando su terminología original, Kelsen hablaba de “norma jurídica” (*Rechtsnorm*) en el primer caso y de “proposición jurídica” (*Rechtssatz*) en el segundo, manteniéndose siempre fiel a esta distinción conceptual y terminológica. Bobbio, por el contrario, en 1967, se distanció de este modelo, sosteniendo que la ciencia jurídica de Kelsen tenía además un carácter prescriptivo, ya que decía al jurista *cómo* hacer ciencia jurídica: es decir, le prescribía describir⁴². Facticamente, el prototipo descriptivo kelseniano contiene también las reglas para construir el propio modelo, y esto explica la presencia de un lenguaje bien descriptivo bien prescriptivo en la doctrina pura

⁴⁰ N. BOBBIO, “Introduzione a un’opera che non ho mai scritta”, cit., p. 9, la cursiva es mía.

⁴¹ N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, cit., p. VII.

⁴² N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., 241 pp.

del Derecho⁴³. Se trataba, en suma, de indicar dónde estaba la frontera entre la realidad y la normatividad, entre el mundo del ser y el mundo del deber ser, entre los que –aseveraba Kelsen– no debía existir ninguna relación.

En esos años, el tema neokantiano de las relaciones entre ser y deber ser tenía que estar en el núcleo del debate filosófico-jurídico, tanto que se le dedicó el Congreso de la *Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie* (IVR) de septiembre de 1967, en Gardone Riviera, donde Bobbio presentó una ponencia sobre el ser y el deber ser en Kelsen. En tal Congreso, “nosotros los turineses” nos habíamos preparado con un Simposio sobre el mismo tema, en marzo de 1967⁴⁴. Ese Congreso en Gardone fue también ocasión de memorables encuentros personales, destinados a durar décadas y a hacer circular el pensamiento de Bobbio: yo conocí a Miguel Reale; Elías Díaz conoció a Bobbio⁴⁵. Sin embargo, independientemente de estas oportunidades de encuentro y de discusión, el positivismo kelseniano estaba ya desde hacía tiempo en el centro de los estudios individuales de muchos de nosotros y había marcado tanto el comienzo de nuestras carreras académicas como nuestros primeros planteamientos teóricos.

De hecho, los años Sesenta fueron, para Bobbio, los años de la profundización de la teoría pura del Derecho y, en particular, de su naturaleza sistemática. En este análisis estuvieron implicados los discípulos más cercanos, cuyos traba-

⁴³ En esa misma época, acababa de publicar la traducción italiana de la segunda edición de la *Dottrina pura del diritto* [edic. en castellano: *Teoría pura del Derecho*, trad. de R.J. Vernengo, Porrúa, México, D.F., 2003] y en 1968, en París, bajo la influencia de Bobbio, hablé varias veces de este problema con el lógico Georges Kalinowski, que había analizado críticamente la ponencia de Bobbio en el Congreso de Gardone (como este último recuerda en *Diritto e potere*, cit., p. 41, nota). Hasta diez años después no publiqué los resultados finales de esos encuentros, que el Mayo parisino había interrumpido bruscamente: 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*, 1978, pp. 211-219, retomado posteriormente en *Forma e realtà in Kelsen*, Comunità, Milano, 1981, pp. 117-151).

⁴⁴ En la reunión turinesa, en la que participaban los entonces jóvenes filósofos del Derecho, yo presenté la ponencia “Per un’analisi del “Sollen” in Hans Kelsen”, publicada después con las demás contribuciones en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, núm. XLIV, vol. 3, 1967, pp. 546-568.

⁴⁵ “Me lo presentó con mucha efusión y afecto Renato Treves, el gran amigo y maestro, siempre tan cercano y preocupado por las personas que venían de España, de esa España que había aprendido a conocer y a amar estableciendo amistad con los exiliados republicanos en América Latina, cuando él mismo estaba allí exiliado del fascismo italiano” (E. DÍAZ, “Norberto Bobbio: una filosofía política para la izquierda”, en E. Díaz, *Los viejos maestros. La reconstrucción de la razón*, Alianza, Madrid, 1994).

jos pueden ser vistos como profundizaciones de aspectos singulares de las siete acepciones del positivismo jurídico vistas previamente: es suficiente citar el volumen de Amedeo G. Conte sobre la completud de los ordenamientos jurídicos (1962), el estudio de Giorgio Lazzaro sobre la interpretación sistemática (1965) y mi libro sobre la noción de sistema y de estructura en el Derecho desde los orígenes hasta la Escuela histórica del Derecho (1968). En resumidas cuentas, por usar las palabras del propio Bobbio, los años Sesenta son los dedicados a “la profundización del análisis estructural, de cuyo seno fecundo nació nada menos que una disciplina nueva y fascinante, la Lógica deóntica”⁴⁶. A ella añadiría la Informática jurídica, a la que llegué pasando de la lógica formal (cuya abstracción me parecía inconciliable con la función práctica del Derecho) a la lógica de la programación, que daba los primeros pasos. Pero en esos años la “Cibernética” era aún una disciplina oscilante entre las aplicaciones prácticas de la Informática y las construcciones teóricas de la Cibernética social. Ésta se adaptaba bien a la teoría funcional del Derecho: Bobbio consideraba “correcto definir el Derecho, desde el punto de vista funcional, como forma de control y de *dirección social*”⁴⁷, remitiendo

⁴⁶ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria generale del diritto*, Comunità, Milán, 1977, “Prefazione”, p. 8. El nuevo rumbo está indicado en el título, mientras que el subtítulo distingue este libro del anterior volumen *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1970, 202 pp.

⁴⁷ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, cit., p. 88, en el ensayo *Verso una teoria funzionalistica del diritto*. Éste ofrece una articulada comparación entre la doctrina de Kelsen y la concepción funcionalista a la que Bobbio se estaba acercando. “El artículo –especifica Bobbio en la nota 1–, escrito originariamente para un volumen en memoria del filósofo del Derecho argentino Ambrosio Gioja, se publicó por primera vez en él”. En tal sentido, resulta útil hacer una precisión, que me es posible gracias a la cortesía de Oscar L. Sarlo, el filósofo del Derecho de la Universidad de la República de Montevideo. El volumen argentino se proyecta, en realidad, en honor –y no “en memoria”– de Ambrosio L[ucas] Gioja (1912-1971), porque habría debido publicarse en 1972 por los sesenta años del filósofo. Las contribuciones se pidieron en torno a 1970, pero –como advierte el autor del volumen, Genaro Carrió– Ambrosio L. Gioja, de cincuenta y nueve años, murió de repente “a principios de 1971”. El título no pudo modificarse y permaneció así: *Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja* (Astrea, Buenos Aires, 1976, XVI-236 pp.). Entre la muerte de Gioja y la publicación de ese libro transcurrieron, pues, cinco años: el *colofón* advierte que la impresión se realizó “en la segunda quincena del mes de julio de 1976”. Bobbio tuvo noticia de la muerte de Gioja, pero probablemente no recibió el ejemplar (o, al menos, no lo recibió antes de la publicación de la recopilación de sus ensayos en el libro de 1977): de aquí su convicción de que su artículo estuviera aún inédito en 1977 y que el volumen argentino fuera “en memoria” de Gioja. Ciertamente, este ensayo de Bobbio se incluye en el ejemplar argentino: “Hacia una teoría funcional del Derecho”, en VV.AA., *Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Astrea, Buenos

do a “la ciencia de la dirección social” (que hoy llamaríamos *management*) cuanto había escrito en 1969 sobre Cibernética y Derecho⁴⁸.

Ya que la teoría de Kelsen es una teoría estructural del Derecho, Bobbio aludía por añadidura a la importancia de examinar la construcción kelseniana a la luz del estructuralismo, en pleno auge entre los lingüistas⁴⁹. Por esto, propuso a la editorial Einaudi traducir el libro de Raymond Boudon que lo aplicaba a las ciencias humanas⁵⁰. Pero, en la cultura francesa, las ciencias humanas no incluyen el Derecho. En consecuencia, no me limité a traducir la obra, sino que la completé indagando qué se había escrito sobre el “estructuralismo jurídico”. Los resultados –publicados en el apéndice del volumen en 1970– demostraban que los juristas no iban más allá de la *intención* de aplicar el estructuralismo al Derecho. Dado que no existía un estructuralismo jurídico comparable con el lingüístico, preferí hablar de “estructuralismo y Derecho” (esto es, indicando que, en ese momento, los dos ámbitos de investigación tenían aspectos en común, pero no se fusionaban) tanto en el subtítulo del libro traducido, como en la publicación de ese escueto escrito mío en la *Rivista di diritto processuale*⁵¹, publicación auspiciada por Giovanni Conso, que fue mi profesor en la Universidad de Turín.

Sistema, estructura, estructuralismo: con 1970 la vista de conjunto del mecanismo interno del ordenamiento jurídico podía considerarse completa. Pero

Aires, 1976, pp. 9-30. La ya mencionada *Bibliografia degli scritti di Norberto Bobbio*, dirigida por Carlo Violi, reproduce exactamente bajo el año 1976 el artículo argentino (n. 7620), remitiendo además a la publicación en italiano de 1977 (n. 7710). Cf. la nota 20 sobre el error material referente a este título, citado en el “Prólogo a la edición castellana”, en N. BOBBIO, *Teoría general del Derecho*, cit.

⁴⁸ “Me parece muy significativo que en las nuevas tendencias de la teoría jurídica soviética el Derecho se incluya en el ámbito más amplio de la “ciencia de la dirección social”, escribe Bobbio, y remite a mi *Giuscibernetica*, Einaudi, Turín, 1969, pp. 199 y ss. (N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, cit., p. 88, n. 28).

⁴⁹ En 1973, Bobbio escribía: “La tendencia que nace con Kelsen hacia una teoría del Derecho como sistema de normas relacionadas internamente entre sí no puede obtener iluminadoras sugerencias de la comparación con el viraje saussuriano en la lingüística” (en N. BOBBIO, *Diritto e potere*, cit., p.78), y un poco más adelante: “Es innegable que la tendencia de Kelsen a estimar el Derecho como un universo estructurado responde a la misma exigencia de la que han partido las investigaciones estructurales en lingüística y antropología” (p.79).

⁵⁰ R. BOUDON, *Strutturalismo e scienze umane*. Con un apéndice sobre estructuralismo y Derecho de M.G. LOSANO, Einaudi, Torino, 1970, 212 pp.

⁵¹ M.G. LOSANO, “Strutturalismo e scienza giuridica contemporanea”, *Rivista di diritto processuale*, núm. XXV vol. 3, 1970, pp. 465-76. Sobre este tema, cf. el capítulo “Strutturalismo e diritto”, en M.G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, vol. 3: *Dal Novecento alla postmodernità*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 117-192.

por este reconocimiento no se satisfacían las exigencias teóricas de Bobbio. En realidad, la visión jurídica de Kelsen (como afirmaba el último) era la continuación del positivismo jurídico dieciochesco, y esta visión jurídica (como constataba Bobbio) fue llevada por él a un nivel insuperable de refinamiento y de perfección. Mientras tanto, no obstante, la sociedad que rodeaba a Bobbio y su escuela ya no era la del siglo XIX: razón por la que a mediados de los años Sesenta su mirada fue alejándose cada vez más de la visión puramente estructural del Derecho, es decir, del positivismo de cuña kelseniana.

La insatisfacción intelectual de Bobbio surgió de la constatación de que el moderno Estado social había impregnado a esas alturas tan a fondo la sociedad que el Derecho, en cuanto regulador de la sociedad, resulta transformado. Peculiarmente, a su función represiva de los comportamientos indeseados había ido uniéndose cada vez más una función promocional, que se manifestaba en los incentivos con que el Estado inducía los comportamientos deseables. En las teorías jurídicas estructurales, la función del Derecho se limitaba a la amenaza o a la aplicación de la sanción: era el “Estado castigador” de Thomas Paine. Simultáneamente, el Estado se había transformado además en pagador y promotor: la teoría sistemática del Derecho ya no bastaba.

Cada vez con más frecuencia en los escritos de Bobbio la concepción sistemática de Kelsen se contraponía a la sociológica del segundo Jhering, donde la función promocional del Derecho tiene una posición especialmente relevante.

El creciente interés por una concepción funcional del Derecho había empujado a Bobbio a proponer la traducción del *Scopo nel diritto* a la editorial Einaudi, que, a su vez, me la había confiado a mí. En distintas ocasiones, habíamos discutido sobre el término con el que traducir *Lohnrecht* –acuñado por Jhering en oposición a *Strafrecht*, Derecho penal– y, al final, nos pareció adecuado el neologismo “Derecho premial”, que usé en el texto de Jhering y Bobbio lo empleó en sus ensayos sobre la función del Derecho⁵². Este interés

⁵² R. JHERING, *Der Zweck im Recht*, Erster Band, Breitkopf & Härtel, Wiesbaden, 1904, reedición anastática: Georg Olms, Hildesheim-New York, 1970, p. 141; Id., *Lo scopo del diritto*, Einaudi, Torino, 1972, p. 140 [edic. en castellano: *El fin en el Derecho*, trad. de D. Abad de Santillán, estudio preliminar de J.L. Monereo Pérez, Comares, Granada, 2000]; el término *Lohnrecht* es un neologismo también para Jhering, el cual subrayó que “el Derecho premial” es un “concepto desconocido para nosotros”. En el volumen de 1977, Bobbio, sobre la base de la traducción entonces reciente de Jhering, actualizó su artículo de 1969 citando, precisamente, la frase “En Roma, el Derecho penal se correspondía con un Derecho premial” (N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, cit., p. 20, nota 11, donde remite a la p. 139 de *Lo scopo del diritto*).

turinés por las normas premiales tuvo también su “función promocional”, en cuanto que se reflejó en una tesis milanesa, que siguió por Renato Treves⁵³, y en un libro de Alessandra Facchi⁵⁴.

El aceptar la función como elemento esencial del Derecho no implica, sin embargo, el rechazo a su visión estructural. Se trata no de un repudio, sino de una manera de completar: la explicación estructural del Derecho conserva intacta su fuerza heurística, pero ha de ser completada con una explicación funcional, que falta en Kelsen porque había seguido con rigor la elección metodológica de fijarse en su aspecto estructural, y no en el funcional. Las dos visiones del Derecho son para Bobbio complementarias pero muy distintas: “No creo que sea necesario insistir en este lugar en el nexo estrechísimo entre teoría estructural del Derecho y punto de vista jurídico, por un lado, y teoría funcional del Derecho y punto de vista sociológico, por otro: baste pensar en la expulsión de la perspectiva sociológica en la teoría pura del Derecho de Kelsen”⁵⁵ La formulación es aún más clara en el prefacio a la edición colombiana de su *Teoria generale del diritto*: “Los elementos de este universo [del Derecho] que ha sacado a la luz el análisis estructural son distintos de aquellos que pueden ser expresados por el análisis funcional. Los dos puntos de vista no son sólo perfectamente compatibles, sino que se integran de forma recíproca y de forma siempre útil”⁵⁶. La trayectoria teórica de Bobbio convergía así con la del amigo Treves, que en esos años estaba introduciendo la Sociología del Derecho en Italia.

4. LA FASE POSTPOSITIVISTA: LA FUNCIÓN DEL DERECHO

En 1973, la muerte de Hans Kelsen indujo a Bobbio a hacer un balance de la doctrina kelseniana⁵⁷. Este balance aprecia los resultados alcanzados

⁵³ La tesis de P. MORA, *Sanzioni positive*, fue presentada por Renato Treves en el año académico 1972-73, en la Facultad de Derecho de la Universidad Pública de Milán, y fue recordada por Bobbio, cuando volvió a publicar el ensayo “Le sanzioni positive” en la recopilación de 1977 [edic. en castellano: “Las sanciones positivas”, en *Contribución a la Teoría del Derecho*, edic. de A. Ruiz Miguel, cit., pp. 387-394]. La referencia falta obviamente en el original de ese ensayo, publicado en 1971 en los *Studi dedicati ad Antonio Raselli*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1971, pp. 229-249.

⁵⁴ A. FACCHI, *Diritto e ricompense. Ricostruzione storica di un'idea*, Giappichelli, Torino, 1995, XIV-198 pp.

⁵⁵ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, cit., p. 90.

⁵⁶ N. BOBBIO, *Teoría general del Derecho*, cit., pp. IX y ss.

⁵⁷ El ensayo de Bobbio se publicó como necrológico en la *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, con el título de “Hans Kelsen” y con una breve nota editorial omitida en las reediciones

por el positivismo jurídico y, sincrónicamente, expone los objetivos que, después de él, debe perseguir una teoría del Derecho que quiera ir al compás de los tiempos. Ciertamente, Bobbio había anunciado su apertura al funcionalismo jurídico con el ensayo de 1969 sobre la función promocional del Derecho [edic. en castellano: “La función promocional del Derecho”, en *Contribución a la Teoría del Derecho*, edic. a cargo de A. Ruiz Miguel, cit., pp. 371-394], inspirado en un escrito del argentino Genaro R. Carrió⁵⁸. El Estado industrial no se restringe ya a ejercer un “control social”, sino que interviene progresivamente en la gestión de la sociedad y, en concreto, de la economía, con un poder de orientación que se refuerza por los incentivos. El Estado industrial ya no se limita a castigar los comportamientos indeseables recurriendo a una sanción aflictiva, sino que tiende a conseguir los comportamientos deseados recurriendo a una sanción positiva, a un incentivo, a un premio: junto al Derecho “penal” está el Derecho “premio”. Es un tema que Bobbio considera “fundamental” para una Teoría general del Derecho renovada, pero al mismo tiempo es un tema al que el positivismo jurídico sólo había contribuido y podía contribuir limitadamente.

Por otra parte, el positivista Kelsen se había distanciado explícitamente del problema de la función del Derecho. Los puntos de partida de Hans Kelsen –relativismo ético, irracionalidad de los valores, neutralidad de la ciencia– incitaban a evitar ocuparse de los fines que el Derecho puede perseguir: según él, el Derecho es una técnica para el control social que persigue el fin que le asigna, a su vez, quien detenta el poder coercitivo, es decir, el Estado. Por con-

sucesivas (*Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1973, pp. 425-449); en el volumen de 1977, *Dalla struttura alla funzione*, ese ensayo se volvió a publicar con el título “Struttura e funzione nella teoria del diritto di Kelsen” (pp. 187-215; y, entre las fuentes, en la p. 12, se le indica como extraído de la *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1973, pp. 426-449 [donde, sin embargo, ese 426 debe leerse como 425]) [edic. en castellano: “Estructura y función en la teoría del Derecho de Kelsen”, en *Contribución a la Teoría del Derecho*, edic. de A. Ruiz Miguel, cit., pp. 235-254]; en el volumen de 1992, *Diritto e potere*, el mismo escrito se recoge con igual título (pp. 65-87; y entre las fuentes, en la 215, se le señala como sacado de “la Rivista internazionale di filosofia del diritto” (1973), pero erróneamente ubicado en las pp. 187-215). Como conclusión, *Dalla struttura alla funzione*, 1977, refleja la fuente de forma correcta (salvo ese 426, en lugar de 425); el volumen *Diritto e potere*, 1992, reproduce la fuente aunque confundiendo el número de las páginas de la revista con el del volumen de 1977 (es decir, indica las pp. 187-215, en lugar de las pp. 425-449). Infalible Carlo Violi que, en su bibliografía de Bobbio, señala el número correcto de la *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, pp. 425-449.

⁵⁸ G.R. CARRIÓ, “Sul concetto di obbligo giuridico”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1966, pp. 141-155.

siguiente, en la progresiva construcción de su teoría pura del Derecho, Kelsen se había ensimismado cada vez más en la estructura del ordenamiento, mientras que había reducido al mínimo toda referencia a su finalidad.

Si en la *General Theory of Law and State* (1945) [edic. en castellano: *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1995] Kelsen había sostenido que el fin del Derecho es la paz, en la última edición de la *Dottrina pura del diritto* (1960) sustituía el concepto de paz por el de “seguridad colectiva”, que es un vago ideal-límite, no un fin preciso que perseguir. Esta actitud explica por qué el positivismo kelseniano se concentra en la estructura del Derecho y descuida, hasta evita, un análisis de su función. Se trata de una autolimitación explícita que no invalida la teoría pura del Derecho, pero circunscribe su ámbito. Para Bobbio, los resultados alcanzados por el positivismo kelseniano en la descripción de la estructura jurídica son indiscutidos: “Lo que Kelsen ha dicho en torno a la estructura del ordenamiento se mantiene perfectamente en pie, incluso, tras los desarrollos más recientes del análisis funcional”⁵⁹. Salvando así el análisis estructural del Derecho, Bobbio quiere ir más allá.

En 1969, como se ha indicado precedentemente, Bobbio había publicado el ensayo “Sulla funzione promozionale del diritto”, que marcó el paso de un análisis puramente estructural del Derecho a una visión también funcional. En aquel 1969, su fraternal amigo Renato Treves consiguió, tras muchos esfuerzos, que se instituyera la cátedra de Sociología del Derecho en la Universidad Pública de Milán⁶⁰. Esta coincidencia es un signo del cambio de la coyuntura: al recopilar sus artículos sobre la concepción funcional del Derecho, Bobbio advierte que en casi todos “se siente que la Sociología del Derecho llama a la puerta”⁶¹. El análisis del Derecho como sistema en sí queda, por lo tanto, concluido y se termina con un rico elenco intelectual; ahora bien, éste va acompañado del más vasto análisis del Derecho como sistema

⁵⁹ N. BOBBIO, “Struttura e funzione in Kelsen”, cit., p. 215.

⁶⁰ Ésta fue la primera cátedra de Sociología del Derecho en Italia, como recuerda el escrito con el que se abre el primer número de la revista fundada por Renato Treves: “Enseñanza que, si no nos equivocamos, comenzó en al año académico 1969-70, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Milán, y que se imparte hoy en diez Facultades” (“Presentazione”, *Sociologia del diritto*, núm. 1, 1974, p. VIII). Para todo lo relacionado con Renato Treves y la Sociología jurídica, remito a mi volumen *Renato Treves, sociologo tra il Vecchio e il Nuovo Mondo*, citado en la nota 5.

⁶¹ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, cit., “Prefazione”, p. 9.

entre los sistemas, es decir, como uno de los subsistemas que forman el sistema social.

Aquí sería natural hacer una referencia a Parsons, en cuya teoría del sistema social se insertaría perfectamente el subsistema jurídico kelseniano. Por el contrario, “en una obra como la de Parsons, –observa Bobbio–, que, sin embargo, concede tanto espacio al problema del control social, falta cualquier referencia al Derecho y no se ve huella alguna, a pesar de las muchas ocasiones que hay, de cierto préstamo de la ciencia jurídica”. En particular, la *General Theory of Law and State* de Kelsen fue publicada en los Estados Unidos en 1945, es decir, pocos años antes que *The Social System* de Parsons (que es de 1951) [edic. en castellano: *El sistema social*, trad. de J. Jiménez Blanco y J. Cazorla, Alianza, Madrid, 1999]: “y eso que Parsons no demuestra tener la mínima conexión con Kelsen, un autor con el que debería haber congeniado”⁶². Es más, hoy podemos constatar que sucedió lo contrario: la teoría de Parsons entró en la ciencia jurídica a través “del pensamiento (inútilmente) complicado del teórico y sociólogo del Derecho”⁶³ Niklas Luhmann y mediante un proceso de recepción en el que el Derecho (y, concretamente, el positivismo jurídico) está muy poco presente⁶⁴. Esta dificultad de contactos entre juristas y sociólogos fue uno de los rasgos característicos de aquellos años: según Bobbio, más por culpa de los sociólogos que de los juristas.

Con el fin de secundar estos contactos, indispensables para la afirmación de la Sociología del Derecho, Treves fundó en 1965 una colección de libros y, en 1974, la revista *Sociologia del diritto*.

4.1. La colección “Diritto e cultura moderna”

La continua interacción entre Bobbio y Treves había hecho que la colección “Diritto e cultura moderna” –con la que Renato Treves aspiraba a promover las nuevas corrientes del pensamiento teórico-jurídico y, singular-

⁶² N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, cit., p. 60; el ensayo lleva por título *Diritto e scienze sociali* en esta recopilación [edic. en castellano: “Derecho y ciencias sociales”, en *Contribución a la Teoría del Derecho*, edic. a cargo de A. Ruiz Miguel, cit., pp. 219-234], pero se publica en 1971 con el título *Diritto* en el volumen *Le scienze umane in Italia*, oggi, Il Mulino, Bologna, 1971, pp. 259-277.

⁶³ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, cit., p. 120, n. 38.

⁶⁴ Para esta recepción remito al capítulo “Il sistema autopoietico del diritto”, en M.G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, vol. 3: *Dal Novecento alla postmodernità*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 237-348.

mente, la Sociología del Derecho- fuera inaugurada en 1965 por el volumen de los ensayos de Bobbio sobre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico⁶⁵. Bobbio no fue, desde luego, ajeno a la redacción del programa de dicha colección, en el que se refleja la situación espiritual de aquellos años, dividida entre teorías jurídicas refinadas pero lejanas de la realidad e intentos de ir más allá con referencias a doctrinas “cerradas y dogmáticas”.

Para poner en relación “los estudios jurídicos con una cultura más comprometida y abierta –se lee en el programa de la colección–, tres vías parecen ser más seguras que las demás. La vía de la sociología: estimar y explicar las estructuras del Derecho y los roles del jurista en los contextos sociales a los que pertenecen. La vía de la metodología y del análisis del lenguaje: hacer participar al universo jurídico en el esfuerzo de clarificación y reconstrucción racional de los métodos y del lenguaje, que es una de las formas más avanzadas y combativas de la filosofía de hoy. Y la vía de la crítica de los valores: poner de relieve las elecciones y los fines correspondientes a las distintas técnicas jurídicas y alumbrar sus implicaciones”⁶⁶.

Esta colección se inauguró en 1965 con el recordado libro de Bobbio sobre el positivismo jurídico y acogió en 1977, como décimoctavo volumen, el libro que agrupaba sus ensayos sobre la visión funcional del Derecho: los dos volúmenes de esta colección recogen, pues, la evolución del pensamiento de Bobbio desde la estructura hasta la función del Derecho, es decir, toda la evolución del Bobbio filósofo del Derecho. Efectivamente, sobre la base adquirida de una visión detallada del ordenamiento jurídico como sistema, pasaba a analizar el mecanismo con el que el Estado orienta a los ciudadanos a través de las normas premiales, los incentivos.

4.2. La revista “*Sociologia del diritto*”

Bobbio bautizó no sólo la colección de *Comunità*, sino también la revista *Sociologia del diritto*, fundada por Treves en 1974. En las primeras páginas del

⁶⁵ N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., 241 pp.

⁶⁶ Todo el programa de la colección se imprime en la parte de atrás de cada volumen. Sería interesante reconstruir el nacimiento y la evolución incluso editorial de esta colección; pero, desafortunadamente, cuando las Edizioni de *Comunità* fueron compradas por la editorial Mondadori, todo el archivo de *Comunità* se fue a la basura con una rapidez bárbara. No fue posible salvar ni siquiera un fragmento: así se perdió un archivo que habría permitido seguir el germen de las ciencias sociales en la Italia de la postguerra.

primer número, ponía de relieve la distinción entre Teoría general del Derecho y Sociología jurídica, y precisaba así las relaciones entre ambas disciplinas: “Me parece, en definitiva, que en lugar de decir que hay una manera de hacer de la Sociología del Derecho que se resuelve, o que invade, la Teoría general, es preferible decir que [... los sociólogos del Derecho] tienen la tendencia a formular teorías generales del Derecho que por algunas de sus características (...) pueden ser consideradas con buenas razones teorías *sociológicas* del Derecho. Toda la historia de la Teoría general en estos últimos cien años, por lo menos de Jhering en adelante, es la historia de una continua contraposición entre teorías sociológicas y teorías no sociológicas del Derecho”⁶⁷. Por tanto, la Sociología del Derecho tiene la tarea de ayudar a “la teoría tradicional del Derecho respecto al problema de sus funciones”, porque “el progreso de los estudios de Teoría general depende hoy más que nunca del uso que el teórico sabe hacer de los instrumentos que le ofrecen las ciencias sociales”⁶⁸.

Consecuentemente, en los años en los que se produjo su paso de la teoría sistemática a la teoría funcional y, en términos aún más generales, de la Filosofía jurídica a la política, la posición del Bobbio teórico del Derecho es clara: la Teoría general del Derecho, precisamente por ser *general*, debe ofrecer *también* una explicación de su “función promocional”, que constituye el aspecto más reciente de la evolución del Estado. Puede hacerlo sólo englobando en sus construcciones teóricas los conocimientos empíricos provenientes de la Sociología del Derecho, pero sin identificarse con ella, o sea, permaneciendo como teoría sociológica del Derecho.

Al año siguiente, en aquella misma revista, Bobbio vuelve sobre la función del Derecho⁶⁹. En primer lugar, analiza los autores del pasado para hacer público su escaso interés por la finalidad del Derecho; después, investiga cómo cambia progresivamente su función en la sociedad industrial; y, finalmente, estudia tres dificultades que obstaculizan el análisis

⁶⁷ N. BOBBIO, “Teoria sociologica e teoria generale del diritto”, *Sociologia del diritto*, núm. 1, 1974, pp. 9 y ss.

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 14 y ss.

⁶⁹ N. BOBBIO, “Intorno all’analisi funzionale del diritto”, *Sociologia del diritto*, 1975, pp. 1-25, recogido con el título “L’analisi funzionale del diritto: tendenze e problemi”, en N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, cit., pp. 89-121 [edic. en castellano: “El análisis funcional de Derecho: tendencias y problemas”, en *Contribución a la Teoría del Derecho*, edic. a cargo de A. RUIZ MIGUEL, cit., pp. 255-278].

funcional. La primera dificultad puede sintetizarse en la pregunta: “¿Se plantea el problema [sobre] cuál es la función del Derecho respecto a la sociedad como totalidad o respecto a los individuos que forman parte de ella?”⁷⁰. El segundo problema es resumible en el interrogante: el jurista funcionalista es consciente de que las funciones que ha definido “¿no se encuentran siempre al mismo nivel, sino que representan grados o momentos distintos de la influencia del Derecho en la sociedad?”⁷¹. Y el tercer obstáculo es sintetizable en la cuestión: si las respuestas a las dos preguntas anteriores pueden haber aclarado el significado del término “función”, “en la expresión “función del Derecho” ¿qué se entiende específicamente por “Derecho”?”⁷². A esta tercera pregunta Bobbio responde con una serie de distinciones útiles y complejas, que ahora no es posible indagar, pero que resulta indispensable tener presentes, porque “el concepto de Derecho es tan amplio que hace de escasa utilidad un análisis funcional que no proceda a las debidas distinciones”⁷³.

Diez años después de este artículo, el propio Bobbio hace un recuento de su salida del positivismo jurídico y de su acercamiento a una visión funcionalista o sociológica del Derecho en una conferencia de 1983, que recorre todo el itinerario cultural, enumera los autores que habría sido necesario considerar y que, sin embargo, no figuran en los primeros ensayos sobre la teoría funcional del Derecho y, por último, discute las críticas dirigidas a su visión postpositivista⁷⁴. Es de este ensayo del que, en el futuro, tendrá que partir quien quiera reconstruir la fase funcionalista de la teoría jurídica de Bobbio, mientras que, por el contrario, no puede detenerse en ella quien tiene la tarea, además en pocas líneas, de examinar la fase positivista. Bobbio hacía el balance dirigiendo su mirada a una época intelectual que en ese momento juzgaba concluida. Ese retorno a la función premial del Derecho era “en parte una visita de despedida” porque, –precisaba–, sin la invitación a esa conferencia “no habría encontrado otra oportunidad para volver sobre el tema”; era también “en parte una visita de retirada, porque, al haber cambiado en estos últimos años la orientación de mis estudios, me preocupan

⁷⁰ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, cit., p. 111.

⁷¹ *Ibid.*, p. 113.

⁷² *Ibid.*, p. 115.

⁷³ *Ibid.*, p. 117.

⁷⁴ N. BOBBIO, “La funzione promozionale del diritto rivisitata”, *Sociologia del diritto*, núm. 3, 1984, pp. 7-27.

otras cuestiones". A los apremiantes, nuevos temas de la Filosofía política el Bobbio de setenta y cinco años añadía ahora otra preocupación: "Las épocas de la recolección son todavía, presumiblemente, pocas"⁷⁵.

Ha llegado la hora de concluir. Hemos tratado de trazar sintéticamente la trayectoria que el pensamiento jurídico-teórico de Bobbio recorrió desde el positivismo normativo de cuña kelseniana a un positivismo que podríamos llamar crítico⁷⁶, hasta una visión tanto estructural como funcionalista del Derecho; y no uso el adjetivo "estructural-funcionalista" porque podría inducir a un acercamiento indebido entre Bobbio y Parsons. Las aclaraciones que Bobbio ha aportado a la concepción funcional del Derecho alientan aún actualmente un amplio campo de investigación tanto para los teóricos como para los sociólogos del Derecho.

MARIO G. LOSANO

Università del Piemonte Orientale "Amedeo Avogadro"
Via Cavour 81
15100 Alessandria
Italia
e-mail:mario.losano@unipmn.it

⁷⁵ *Ibid.*, p. 7.

⁷⁶ El propio Bobbio define como "interpretación crítica del positivismo jurídico" la segunda parte -precisamente la dedicada al positivismo- de su *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 17, "Premessa".

BOBBIO Y LA TEMATICA DE LOS DERECHOS HUMANOS*

BOBBIO AND THE TOPIC OF HUMAN RIGHTS

GIOVANNI CONSO

Accademia Nazionale dei Lincei

Fecha de recepción:1-11-06

Fecha de aceptación:10-11-06

Abstract: *La atención prestada por Norberto Bobbio a los derechos humanos se prolongó a lo largo de cincuenta años. A partir de la constatación de la necesidad de la articulación de mecanismos efectivos de garantía Bobbio reflexionó sobre el carácter básico de la paz como condición de los derechos. Ello le condujo a una argumentación sobre las condiciones que la sociedad internacional y el Derecho internacional habrían de satisfacer para hacer efectiva la realización de los derechos, entre las que sobresale la necesaria quiebra del principio de soberanía.*

Abstract: *The attention paid by Norberto Bobbio to human rights went on for fifty years. Bobbio thought about the basic nature of peace as a condition for the rights, through the ascertainment of the need to articulate effective guarantee mechanisms for the protection of these rights. This lead him to focus on the conditions that should be satisfied by the international society and the international law to make possible the effective achievement of rights, standing out the necessary breakdown of the principle of sovereignty*

PALABRAS CLAVE: paz, soberanía, protección de los derechos

KEY WORDS: peace, sovereignty, protection of rights

El tema de esta ponencia me hace recordar el inicio del año académico 1948-1949: cuando en París se preparaba el acto solemne organizado por la

* Giornata lincea in ricordo di Norberto Bobbio, 18 ottobre 2005, *Accademia Nazionale di Lincei*, Bardi Editori, Roma, 2006. Traducción de Silvia Acierno.

ONU para la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Norberto Bobbio, que acababa de ocupar la cátedra de su maestro Giole Solari, comenzaba su primer curso de filosofía del derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Turín, la misma en la que, en 1931, había obtenido brillantemente su licenciatura. Como es natural, aquel acontecimiento internacional, que tuvo lugar en el *Palais de Chaillot*, no podía dejar de llamar inmediatamente la atención de Bobbio que desde el principio de la Resistencia se había revelado como un intelectual militante, proclive, también por su forma de ser, a captar el sentido de todo acontecimiento social y político hacia una temática tan rica en aspectos tanto jurídicos como filosóficos. Era una gran novedad, merecedora de una reflexión urgente; por lo demás, Bobbio ya la había empezado, desde el punto de vista filosófico, con su traducción de la *Declaración de los derechos civiles* de Georges Gurvitch. No debe sorprendernos, de este modo, que Bobbio eligiera precisamente como tema la "Declaración Universal de los Derechos Humanos" cuando la *Scuola di applicazione dell'Arma di Artiglieria*, que en aquel entonces tenía un papel muy activo en la vida cultural de Turín, le invitó a dar la conferencia de clausura del año académico 1950-1951. Nació así lo que estaba destinado a convertirse en el primer estudio de una muy larga serie de aportaciones, alrededor de ciento cuarenta títulos, sobre la cuestión de los derechos humanos, documentada en el increíblemente exhaustivo *Archivo Bobbio*, que a pesar de haberse inaugurado en el Centro Gobetti hace sólo tres días ya constituye un punto de referencia imprescindible para cualquier investigación bibliográfica acerca de la obra de este autor tan prestigioso y prolífico.

Este primer escrito se concluía con unas palabras llenas de esperanza, que reflejaban la atmósfera que se había propagado en todo el mundo el 10 de diciembre de 1948, día en que la Declaración se adoptó en París, y también con una sabia invitación a no hacerse ilusiones en cuanto a los tiempos: "Podemos afirmar sin dudar que el camino que lleva a una tutela cada vez mayor de los derechos fundamentales del hombre es el camino por el que se ha adentrado recientemente el ordenamiento internacional, y la dirección progresiva de la historia". Se prevé claramente, de este modo, un camino que seguramente no iba a ser corto, hecho tal vez de pasos pequeños, pero guiados por una brújula luminosa que hemos de seguir con una atención constante y un esfuerzo paciente.

En la sucesión de acontecimientos favorables y episodios contrarios, la incansable serie de intervenciones de Bobbio constituye una ayuda admirable para seguir los cambios. Teniendo que elegir, entre los muchísimos discursos,

los que me parecen más significativos, empecaré por el que pronunció en 1964 en L'Aquila para inaugurar la conferencia organizada por el *Institut International de Philosophie* sobre el siguiente tema: "Fundamento de los derechos humanos". Como queriendo desmentir el objetivo principal de la conferencia de Abruzzo (es decir, "si es posible encontrar un fundamento absoluto de los derechos humanos", como podía leerse en el programa) y como yo ya tuve ocasión de señalar en su presencia el día de la reunión organizada en el aula magna de la Universidad de Turín para celebrar su nonagésimo cumpleaños, Bobbio decía abiertamente que "hoy en día el problema central relativo a los derechos humanos no es tanto justificarlos sino protegerlos" y, de este modo, que "no se trata de un problema filosófico sino político".

Tres años más tarde, esta vez con motivo de la apertura de las sesiones de la conferencia nacional sobre derechos humanos organizada en Turín por la SIOI en diciembre de 1967, sesiones que se retomaron y se concluyeron en Roma en el mes de enero, Bobbio empezó recordando expresamente la idea fundamental de su discurso de Abruzzo ("por lo que se refiere a los derechos humanos, el problema grave de nuestra época no es fundamentarlos, sino protegerlos") y añadió que "desde entonces no ha habido razones que me hayan hecho cambiar de idea. Es más, si esta frase podía tener una intención polémica dirigida a un público de filósofos, en una conferencia principalmente jurídica, la misma es, por así decirlo, una introducción casi obligada". Así pues, si lo importante es proteger los derechos humanos, el verdadero problema es la protección efectiva de los mismos, problema que hay que afrontar preguntándose cuál es "el nivel de eficacia de las medidas que hoy en día se aplican o son aplicables a nivel internacional". Distinguiendo entre medidas de promoción y de control (como las establecidas por los Pactos de Nueva York que acababan de concluirse, para ser más exactos, el 16 de diciembre de 1966), y medidas de tutela (entre las cuales la más importante es el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950), Bobbio subrayaba con gran lucidez la clara diferencia entre estas dos formas de protección, dado que la primera se dirige a promover el reforzamiento de los sistemas jurídicos nacionales, y la segunda "tiene por objetivo la creación de una jurisdicción nueva y más elevada, de una verdadera tutela judicial de alcance internacional, que sustituya a la tutela nacional cuando ésta es insuficiente o ni siquiera existe".

En consonancia con esta visión más amplia cabe recordar la aportación de un trabajo de 1974 consagrado a *El preámbulo del Convenio europeo de Dere-*

chos Humanos y que también trata de la Carta social europea de 1961, en el que subrayaba especialmente que de este modo el Consejo de Europa había contribuido a la realización de dos etapas importantes hacia una mayor efectividad de los valores implícitos en la protección de los derechos humanos.

Sus horizontes se ampliaron aun más con ocasión de la conferencia organizada en Ravenna en 1983 por el *Centro di Cultura Carlo Cattaneo*. El título mismo *Los derechos del hombre y la paz* daba ya una idea de este enfoque más amplio. El comienzo era absolutamente claro: “Si alguien me pregunta cuáles son en mi opinión los problemas fundamentales de nuestra época, no tendría ninguna duda en contestar: los problemas de los derechos humanos y de la paz, que son fundamentales (en la medida que) nuestra supervivencia misma depende de la resolución del problema de la paz, del mismo modo que la solución del problema de los derechos humanos es el único indicio inequívoco del progreso de la civilización. Ambos problemas tienen que tratarse conjuntamente porque están estrechamente relacionados. El uno no puede existir sin el otro”. Para confirmar tan estrecha relación, Bobbio daba varios argumentos, recordando ante todo el derecho básico a la vida y seguidamente los derechos de libertad, todos ellos claramente “ignorados en estado de guerra”, observando a continuación que “la protección internacional de los derechos humanos resulta difícil si no completamente imposible por las mismas condiciones que hacen posible la guerra”, y acababa subrayando que el número creciente de derechos humanos catalogados, hasta el punto que es común hablar de derechos de primera, segunda, tercera y ahora incluso de cuarta generación, contribuye a hacer más difícil la solución de estos dos problemas.

Aunque era bien consciente de todo esto, en septiembre de 1987, en un discurso pronunciado en Madrid con el título *La edad de los derechos* (el mismo de la famosa recopilación publicada en 1990, que no ha dejado de ser reeditada por el gran éxito que tuvo no sólo en el ámbito académico, sino también en los institutos, hasta el punto de que el ministerio competente llegó a elegirlo como tema para un examen de selectividad), Bobbio se refirió a una entrevista suya al final de la cual, cuando le preguntaron si veía algo positivo entre las muchas desgracias que afectaban a aquella época, respondió que sí, que veía al menos una cosa positiva: “la importancia cada vez mayor que se da, en los debates internacionales, entre los intelectuales y los políticos, en coloquios académicos o en conferencias intergubernamentales,

al problema del reconocimiento de los derechos humanos, problema que ciertamente no acaba de surgir, que sólo después del final de la segunda guerra mundial ha pasado del ámbito nacional al internacional, reforzándose sucesivamente las tres dimensiones que mejor caracterizan su evolución: la positivización, la generalización, la internacionalización". Lo que le permitía afirmar que "desde el punto de vista de la filosofía de la historia, el debate cada vez más amplio y más intenso sobre los derechos humanos [...] puede interpretarse como un 'presagio' del progreso moral de la humanidad". En consecuencia, aunque afirmara "que el lado oscuro de la historia del hombre (y, a mayor razón, de la naturaleza) es mayor que el lado claro", Bobbio no dejaba de reconocer que "de vez en cuando ha aparecido el lado claro": "incluso hoy en día -continuaba el artículo- hay zonas de luz que hasta el pesimista más radical no puede ignorar: la abolición de la esclavitud, la supresión en muchos países de las torturas que en otros tiempos acompañaban a la pena capital, y de la misma pena capital. Y es en esta zona de luz en la que debemos situar el interés creciente por la afirmación, el reconocimiento, y la protección de los derechos humanos", que él mismo definía como "la verdadera religión de nuestra época", sin dejar de subrayar que "una cosa es hablar de derechos humanos, y justificarlos mediante argumentos convincentes, y otra es garantizar su protección efectiva", bien en cada uno de los Estados, o bien, con dificultades e importancia aún mayores, a nivel internacional.

Cuando preparaba lo que había de ser la introducción general a la conferencia de sociología del derecho (Bologna, 1988) sobre el tema "Derechos humanos y sociedad" en la que no pudo participar por motivos de salud, Bobbio subrayaba cómo, tras "pasar de un sistema de derechos en sentido débil, recopilados en códigos de disposiciones naturales o morales, a un sistema de derechos en sentido fuerte, como los sistemas jurídicos de los Estados nacionales", ha tenido lugar, "mediante las distintas cartas de derechos, en el ámbito internacional, la evolución opuesta, es decir, de un sistema más sólido y no despótico como el nacional a un sistema más débil como el internacional, en el que los derechos proclamados se apoyan casi exclusivamente en la presión social, tal y como suele ocurrir con los códigos morales, y se violan continuamente sin que tales violaciones sean sancionadas salvo con una condena moral". Y ello porque "en el sistema internacional actual faltan algunas de las condiciones necesarias para que los derechos en sentido débil puedan transformarse en derechos en sentido fuerte": es decir, la subordina-

ción de la entrada de cada Estado en la comunidad internacional “al reconocimiento y a la protección de las exigencias contenidas en las declaraciones adoptadas por los organismos del sistema internacional” y la presencia de “un poder común lo necesariamente fuerte para prevenir y reprimir las violaciones de los derechos reconocidos”. Para alcanzar este objetivo es indispensable que “el sistema internacional establezca los organismos y poderes necesarios para invocar los derechos humanos en caso de violación” y “que los Estados reconozcan un poder decisorio, con fuerza ejecutiva, que esté por encima de los poderes decisorios y ejecutivos de cada uno de ellos”. Durante mucho tiempo, la salvaguardia intransigente y celosa de la “soberanía, prácticamente ilimitada, de los Estados soberanos”, ha constituido un obstáculo a este reconocimiento; sin embargo, “los derechos humanos sólo pueden garantizarse de verdad si se crean los instrumentos capaces de tutelarlos no sólo dentro del Estado sino también contra el Estado al que el individuo pertenece, es decir, sólo cuando se reconozca a cada individuo el derecho de recurrir a instancias superiores a las nacionales, es decir, a organismos internacionales de última instancia, y cuando estos organismos internacionales se vean dotados de los poderes indispensables para hacer respetar sus decisiones”.

El desafío al tabú de la soberanía ilimitada, que acababa de comenzar, empieza, mientras tanto, a dar sus primeros frutos, con la introducción de excepciones reducidas pero significativas, que hacían menos vago el camino prefigurado con tanta agudeza por Bobbio. De todos modos, habiendo constatado la amplitud y profundidad de su pensamiento, no podemos dejar de preguntarnos, al tratarse de una intuición tan sugestiva y fascinante, qué otras razones le habían llevado a tener en cuenta el problema de la soberanía. No puede negarse la importancia del papel de la crítica antiestatalista en el desarrollo, interpretación, y promoción de lo que se ha dado en llamar la crisis del Estado moderno, que en su ataque contra el Estado-Leviatán agrupó a muchas corrientes de pensamiento, entre las cuales se hallaba el “pluralismo jurídico”, cuyo “teórico más aguerrido y portavoz más prestigioso” fue Gurvitch, el cual, según Bobbio, merecía una especial atención, hasta el punto que él mismo tradujo, como ya hemos señalado, su obra principal para darla a conocer en Italia. Ahora bien, para Gurvitch, como “el hombre no sólo es miembro de una nación determinada sino también de la humanidad [...], el monopolio del derecho por parte de un Estado no es más que un episodio histórico de predominio de la comunidad política territorial

nacional” sobre las demás especies de sociedad, empezando por la “suprafuncional” representada por la sociedad internacional. En otras palabras, “al lado y por encima del derecho del Estado hay un derecho social puro y autónomo”, del que el derecho internacional es una de las formas más típicas.

Tampoco hay que olvidar la posición de Bobbio frente al pensamiento kelseniano, la cual, tras un primer momento crítico, se modificó hasta el punto de convertirle en un seguidor convencido de aquel pensamiento. El capítulo final de *Reine Rechtslehre*, que trazaba las líneas fundamentales del sistema de Kelsen denominado precisamente “teoría pura del derecho”, le fascinó de forma muy especial. En este capítulo, dedicado a las relaciones entre el derecho estatal y el derecho internacional, se exponía una tesis “que revolucionaba tanto la teoría monista tradicional de la primacía del derecho estatal sobre el derecho internacional, como la más común entre los internacionalistas de la época –como es sabido, Kelsen era también un estudioso destacado del derecho internacional– del dualismo entre derecho estatal y derecho internacional, para llegar a la tesis monista opuesta de la primacía del derecho internacional sobre el derecho estatal”. Este enfoque de las relaciones entre derecho estatal y derecho internacional tenía dos consecuencias: “la primera se traduce en la negación de la atribución a cada Estado del carácter soberano [...], de cuya demolición Kelsen decía con orgullo que se trataba de ‘uno de los resultados más importantes de la teoría pura del derecho’; la segunda presupone la evolución del derecho internacional, dado que la superación del dogma de la soberanía se convierte en la condición esencial para la organización unitaria de un ordenamiento jurídico mundial centralizado; en otras palabras, para la formación, aunque a muy largo plazo, de un Estado universal” con su correspondiente gobierno mundial, así como Bobbio subrayó con insistencia en una entrevista concedida a *La Repubblica* en febrero de 1999.

¿Qué camino seguir entonces, una vez quebrado el escudo de la soberanía de los Estados? Habiendo hecho de la paz universal el problema central de su investigación, era imposible que la misma no sintiera el eco del proyecto filosófico trazado por Emmanuel Kant poco después de la Revolución francesa en el famosísimo *Zum Ewigen Frieden*, de 1795. Escrita tras la noticia de la paz de Basilea entre Prusia y Francia de 5 de abril del mismo año, como Bobbio recuerda en el prefacio a la edición italiana (es decir, “Por la paz perpetua”, que el mismo preparó para los *Editori Riuniti*), subrayando, asimismo, que “la razón de ser y el desarrollo lógico” de este proyecto depen-

dían de “una concepción general de la historia, de la sociedad y del derecho”, esta obra quería lanzar, aun partiendo de una concepción optimista de la historia, un mensaje en favor de la supresión de la guerra. Empezando por “la idea de una federación que se extienda gradualmente a todos los Estados, y que lleve así a la paz perpetua”, el ideal más elevado sería “que los pueblos puedan decir: ‘no debe haber guerras entre nosotros, de hecho queremos formar un Estado, establecer un poder supremo legislativo, ejecutivo y judicial, que esté por encima de nosotros, y que resuelva nuestros conflictos de forma pacífica’”, sometiéndolos “a leyes publicas constructivas”, y formando “un Estado de pueblos que tendrá que seguir creciendo hasta que por fin llegue a englobar todos los pueblos de la tierra”. Un ideal extremo, pues, tal vez inalcanzable, como un sueño demasiado hermoso, pero un punto de referencia hacía el que dirigirse, dentro de los límites de lo posible, como un cometa que nos guía sin cesar.

El 14 de diciembre de 1988, en el acto celebrado con motivo de la apertura al público la Biblioteca de la Cámara de los Diputados, aprovechando que en aquel entonces estaba preparando el prefacio de la mencionada edición italiana del ensayo de Kant, Norberto Bobbio, senador vitalicio, tuvo la ocasión de hablar de otro ideal, difícil de realizar, pero que también hay que perseguir sin concesiones. Su conferencia sobre *La revolución francesa y los derechos humanos* acababa con mucha fuerza: “Hoy en día estos derechos se han reconocido y han sido proclamados solemnemente en el ámbito de la comunidad internacional, con consecuencias que literalmente han puesto patas arriba a la doctrina y a la praxis del derecho internacional: cada individuo ha sido ascendido a sujeto potencial de la comunidad internacional, de la que siempre se ha considerado que los sujetos eran principalmente los Estados soberanos. De este modo, [...] se está desarrollando un derecho nuevo, que, tomando prestadas las palabras de Kant, podemos llamar cosmopolita”.

Pasados diez años, Bobbio volvía a este tema, no por casualidad, ciertamente, sino porque se trataba de una cita obligada. El 10 de diciembre de 1988 era el cincuenta aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que Bobbio celebró a su manera, sin retórica, aprovechando que el *Istituto Orientale* de Nápoles había creado en esta ocasión una escuela superior de derechos humanos. Bobbio dirigió al director del instituto un mensaje titulado *Derechos humanos y deberes de los Estados*, que, tras haber aparecido por primera vez en *La Stampa*, el periódico que desde hacía años contaba con su colaboración, se publicó en el primer número de 2000 de la Revista *Dialectica*, con una

breve nota al pie de su director Cosimo Ceccuti, que lo presentaba como “una reflexión”, resumida de la siguiente forma: “cada día se confirma en el mundo de manera inquietante la denuncia del filósofo, preocupado por la falta de efectividad de los derechos proclamados por los Estados”. En realidad, el mensaje, cuyo contenido era más amplio, se abría con la afirmación perentoria de que “el reconocimiento de los derechos humanos” se ha definido autoritariamente como “la religión civil de nuestra época”, afirmación que reforzaba acto seguido, mencionando (y no era la primera vez que lo hacía, pues es posible encontrar un precedente solemne en el discurso *Los derechos humanos, hoy*, que pronunció en esta misma sala el 14 de junio de 1991, y al que voy a referirme a continuación, en la conclusión) el documento en el que la Comisión pontifical *Justitia et pax* se refería, con total beneplácito de Bobbio, a “un interés creciente de todo el mundo por los derechos humanos”, subrayando que esta importancia creciente “se debe al hecho de que el tema está estrechamente relacionado con otros dos problemas fundamentales de nuestra época: la democracia y la paz”, añadiendo también que “la mayoría de los Estados incluso podría decirse todos, unos más y otros menos no respeta esos deberes sino que los viola sistemáticamente”, de modo que “a menudo se oye la acusación de que la Declaración Universal de los Derechos Humanos ha sido pura y simplemente una ilusoria formulación de píos deseos”. Recordando, por último, las conclusiones de la conferencia internacional *Programa para el Tercer Milenio*, que acababa de tener lugar en Valencia, y que, entre otras cosas, también contenían un proyecto de Declaración de los deberes y responsabilidades, dirigido sobre todo, si no exclusivamente, a los Estados, Bobbio afirmaba que “también con respecto a estos deberes cabe hacerse la misma pregunta relativa a los derechos: ¿quién puede hacer que se respeten?”. Y he aquí su conclusión: “No se puede negar que hoy en día hay una tendencia de los organismos internacionales a transformar los derechos y deberes potenciales en derechos y deberes reales. Soy bien consciente, y ya lo he dicho varias veces, que la historia humana es ambigua. No se puede prever cuál es su dirección, si mejora o empeora”. Retomando una expresión kantiana, “el hecho de que mejore no es sólo un deseo o una esperanza. Es también un propósito. Un propósito ‘de hombres de buena voluntad’. Vosotros, que habéis creado una escuela superior de derechos humanos, así como los estudiantes que la han elegido para contribuir a solucionar lo que he llamado el mayor de los problemas del tercer milenio, sois hombres de buena voluntad que hay que tomar como ejemplo. Aún queda mucho por hacer”, porque “a pesar de las

predicciones iluminadas de los filósofos, de las osadas formulaciones de los juristas, de los esfuerzos nobles y valientes de los hombres de buena voluntad, aún queda mucho camino por recorrer”.

Permítaseme, a estas alturas, que formule yo también una pregunta: ¿acaso era Bobbio pesimista? Según el autor de la nota a la *Nueva Antología*, la relación de Bobbio con el destino de la Declaración Universal de Derechos Humanos al cabo de cincuenta años parece revelar una fuerte tendencia al pesimismo. En realidad, han sido más bien los cambios de la época y la sucesión de acontecimientos los que han influido en sus valoraciones y también en su talante. Al nacer la Carta, su satisfacción era en todo punto justificada, incluso necesaria, a pesar de que se asociara, en el espíritu de un verdadero *mâitre à penser*, a una clara propuesta de concretización, aunque el filósofo fuera consciente de las dificultades que esta operación, por lo demás esencial, llevaba aparejadas. Las preocupaciones de Bobbio, que se debían a su capacidad de contemplar el futuro con mucha cautela, estaban relacionadas con la necesidad de que la Declaración no se quedara en una serie de afirmaciones, sino que creara disposiciones obligatorias, el tejido vivo de un ordenamiento efectivo que pudiera ser aplicado por los órganos responsables de concretarlas, no sólo dentro de cada Estado, sino también, y ésta era la mayor novedad, a nivel internacional, e incluso universal. Desafortunadamente, en el primer cincuentenario de la Declaración, la falta de efectividad de muchos de los derechos proclamados solemnemente, sólo podía ser objeto de una valiente denuncia por parte de uno de sus estudiosos más atentos, más allá de la retórica inútil, y que no consistía en una muestra de pesimismo sino más bien en una clara toma de conciencia de los obstáculos encontrados en un camino especialmente difícil. La conclusión del mensaje, según la cual “aún queda mucho camino por recorrer”, no es una muestra de pesimismo, sino una valoración profunda de la realidad. Ello queda confirmado expresamente en la conclusión de un trabajo escrito poco después, el último en el que Bobbio se ocupó de los derechos humanos, es decir, su ensayo *Del privilegio al derecho*, publicado en el número 3 de la revista *Apulia*. El ensayo de septiembre de 2000 se concluía con dos preguntas retóricas: “¿acaso el tema de los derechos humanos no sigue siendo hoy más actual que nunca? ¿No se trata, al igual que la paz y la justicia internacional, de uno de los grandes temas que arrastran de manera irresistible a pueblos y gobiernos, lo quieran o no?”. Ahora bien, tratándose de dos preguntas retóricas, ambas presuponen una respuesta afirmativa convencida. Incluso el deseo, expresado a continuación, de que “el profeta que prevé tiem-

pos felices tenga razón de una vez por todas”, quiere ser, a pesar de todo, una muestra de confianza.

Por lo demás, menos de diez años antes, en el ya mencionado discurso sobre *Los derechos humanos hoy*, que pronunció en esta misma sala con ocasión de la reunión de clausura del año académico 1990-1991, el académico Bobbio a quien vamos a poder escuchar en breve gracias a un vídeo de aquella inolvidable conferencia suya, tras la premisa de que la importancia del tema de los derechos humanos en el debate actual es “el signo de los tiempos”, resumía de este modo su carácter decisivo: “La enorme importancia del tema de los derechos humanos depende del hecho de que este tema está estrechamente relacionado con dos problemas fundamentales de nuestra época: la democracia y la paz. El reconocimiento y la protección de los derechos humanos son los cimientos de las constituciones democráticas, del mismo modo que la paz es el presupuesto necesario para que la protección de los derechos humanos sea efectiva en cada Estado y en el sistema internacional. [...] En la actualidad estamos cada vez más seguros de que el ideal de la paz perpetua sólo puede perseguirse mediante la democratización progresiva del sistema internacional, y de que esta democratización no puede separarse de una protección gradual y cada vez más eficaz de los derechos humanos por encima de cada Estado. Derechos humanos, democracia, y paz son tres etapas necesarias del mismo proceso histórico: sin el reconocimiento y la protección eficaz de los derechos humanos no hay democracia; sin democracia no se dan las condiciones mínimas para la resolución pacífica de los conflictos que surgen entre particulares, entre grupos y entre los Estados, colectividades habitualmente rebeldes y tendencialmente autocráticas, aunque sean democráticas con sus propios ciudadanos”. ¿Un espejismo? Tal vez, o casi seguro. En todo caso, un camino sin alternativas: aparte de las ventajas concretas que tendría para toda la humanidad, dar unos pasos significativos en esta dirección podría ser un merecido homenaje al trabajo apasionado, constante, abundante, lúcido y coherente, que Norberto Bobbio nos ha dejado.

GIOVANNI CONSO

Accademia Nazionale dei Lincei

Palazzo Corsini. Via della Lungara, 10

Roma 00165 Italia

e-mail: segreteria@lincei.it

HOBBS Y LA AUTORIDAD DE LA LEY*
HOBBS AND THE AUTHORITY OF THE LAW

LUC FOISNEAU
Centre Raymond Aron
École des Hautes Études en Sciences Sociales

Fecha de recepción: 8-9-06
Fecha de aceptación: 25-9-06

Resumen: *Este trabajo pretende clarificar lo que Hobbes realmente quiere decir al afirmar, en Leviatán, que la ley de la naturaleza y la ley civil “están contenidas la una en la otra”. Aunque esta afirmación puede tomarse como el inicio del positivismo jurídico, ya que se dice que no es posible referirse a la ley natural sin tener en cuenta la soberanía, también dice, aunque la mayoría de los autores no se han ocupado de ello, que no puede haber un sistema legal eficiente sin un fundamento moral del Estado. Este artículo señala, en primer lugar, que el absolutismo es central en la teoría del derecho de Hobbes; después explica por qué es la autoridad, y no la verdad, la que hace el derecho, y, finalmente, muestra la importancia de la fidelidad de los magistrados al poder soberano poniendo de relieve que dicha fidelidad no se debe a la persona natural del soberano sino al alcance institucional del Estado.*

Abstract: *This paper aims at clarifying what Hobbes really means when he asserts, in Leviathan, that the law of nature and the civil law “contain each other”. Although this affirmation can be taken as opening the way to juridical positivism, since it says that it is not possible to refer to natural law without taking sovereignty into account, it also says, which most commentators have neglected, that there can be no efficient system of civil law without a moral foundation of the State. This article firstly points out that absolutism is central to Hobbes’s theory of the law; it then explains why it is authority, and not truth, that makes the law, and, eventually, it shows the importance of the*

* Artículo traducido por los Profesores Antonio Pelé y Gregorio Saravia, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid. Revisado por Diego Venazza, estudiante de Doctorado en el EHESS, París.

magistrates's fidelity to the sovereign power while stressing that this fidelity is not due to the natural person of the sovereign but to the institutional scope of the state.

PALABRAS CLAVE: ley de la naturaleza, ley civil, absolutismo, verdad, soberanía

KEY WORDS: law of nature, civil law, absolutism, truth, sovereignty

¿En qué medida la teoría hobbesiana de la ley sigue perpetuando la tradición clásica, ilustrada por las *Leyes* de Platón, la *Política* de Aristóteles y el *Tratado de las leyes* de Cicerón? ¿En qué medida esta teoría se aleja de esta tradición? Ambas perspectivas comparten la misma voluntad de cuestionar las leyes, no tanto desde el punto de vista de su contenido –que cambia según el tiempo y el lugar– como desde el punto de vista de su esencia. Hobbes no pretende contestar a la pregunta “¿qué es la ley?” como jurista, sino como filósofo. No pretende describir las leyes particulares, como lo hacen “los que profesan el estudio y las leyes de sus países respectivos”¹, sino interrogarse sobre la relación que las leyes tienen con la verdad y la razón. Sin embargo, lo añadido al título clásico, *De las leyes*, del adjetivo, *civiles*, en el *De Cive* y el *Leviatán*, introduce en la discusión una inflexión que no aparece en el pensamiento clásico: se define la esencia de la ley, no en función de los términos de la verdad sino en relación con la existencia de una autoridad instituida. Si Hobbes insiste en que se interesa estrictamente en las leyes civiles, no es por tanto para estudiar la obra jurídica heredada por los juristas romanos a los antiguos países del Imperio, sino porque pretende zanjar con la aproximación clásica que subordinaba el análisis del estudio de las leyes civiles al estudio previo de la ley natural, contemplada como la verdad de la ley. Si no cabe duda de que el *De Legibus* de Cicerón se interesa también en las leyes civiles, no se trata, como dice Atticus en el capítulo 10 del Libro I de la obra, del tema que esperan los interlocutores del diálogo con más impa-

¹ T. HOBBS, *Leviathan (Lev)*, XXVI, 1, p. 184 (ed. Tuck) Para el texto en inglés, vid., *Leviathan (Lev)*, ed. R. Tuck, Cambridge University Press, Cambridge, 1996; para el texto en latín, vid. *Opera latina (OL)*, vol. 3, ed. Molesworth, Londres, 1841. Indico el número de capítulo en números romanos y el número de párrafo en números árabes; la paginación es la de la edición o de la traducción citada. (Para el texto en castellano, vid., la traducción del *Leviatán* de Mellizo, C., en Alianza Editorial, Madrid, 2004, Vid., texto citado p. 231. A continuación el número de páginas entre corchetes se refiere a esta edición en castellano, aunque los números de párrafos de esta edición no coinciden con la edición francesa manejada por el autor, N.d.T.).

ciencia. Lo que les importa primero es mostrar que “el derecho se funda no sobre la opinión de los hombres, sino sobre la naturaleza misma”², es decir, en la recta razón de los hombres. Cuando Hobbes intitula el capítulo XXVI del *Leviatán*, *Of civil Law* o *De legibus civilibus*, objeta de hecho a Cicerón, que para responder a la pregunta “¿Qué es la ley?”, hay que partir no de la naturaleza, sino de la convención, no de la ley natural, sino de la ley instituida. Desde el momento en que la república ya no se concibe, como era en Platón, Aristóteles y Cicerón, a partir de la verdad, de la naturaleza y de la razón, sino a partir de una convención realizada entre los hombres, ya no es en efecto posible considerar las leyes civiles como simples prolongaciones de la ley natural. La perspectiva se invierte puesto que desde entonces son las leyes naturales las que deben pensarse a partir de las leyes civiles. Una de las dificultades mayores de la reflexión sobre la ley civil reside, de hecho, en la comprensión de esta inversión, formulada abruptamente por Hobbes cuando dice que no es la verdad sino la autoridad la que hace la ley³. El problema que nos esforzaremos en tratar, será, desde esta perspectiva, la determinación de la función de la razón individual en el seno de una teoría de la ley civil que hace de la sumisión a la autoridad soberana la virtud cardinal del ciudadano.

Pretenderemos mostrar primero que la concepción hobbesiana de la ley civil se desarrolla en el *Leviatán*, dentro de un marco teórico, donde la cuestión de la verdad juega un papel todavía más notable que la tesis fundamental de Hobbes sobre que la ley civil no se funda en la verdad, sino en la autoridad del soberano; luego, que la determinación de la ley a partir del contrato de sumisión a la autoridad pública no es contraria al uso de la razón, sino que permite el uso regulado de la razón individual en el marco de una concepción renovada de la ley natural; y por fin que, para ejercer su au-

² M.T. CICERÓN, *Sobre las Leyes*, I, 10, en *Sobre la República. Sobre las Leyes*, trad., Guillen, J., Tecnos, “Clásicos del Pensamiento”, Madrid, 2000, p. 156.

³ «*In civitate constituta, legum naturae interpretatio non a doctoribus et scriptoribus moralis philosophiae dependet, sed ab auctoritate civitatis. Doctrinae quidem verae esse possunt; sed auctoritas, non veritas, facit legem*» (*Leviathan*, XXVI, 21, p. 202). [“En un Estado, la interpretación de las leyes de la naturaleza no depende de los libros de filosofía moral. La autoridad de los escritores cuando no va acompañada de la autoridad del Estado, no convierte sus opiniones en ley, por verdaderas que sean”, *Leviatán*, op.cit., p. 240. Vid., también, T. HOBBS, *Diálogo entre un filósofo y un estudioso del Derecho común de Inglaterra*, traducción de M.A. Rodilla, Tecnos, Colección “Clásicos del Pensamiento”, Madrid, 2002, p. 6: “No es la sabiduría sino la autoridad la que hace una ley”].

toridad, la ley depende de la fidelidad de los funcionarios a la intención que preside la instauración de una autoridad pública.

Ley civil y autoridad del Estado

Para comprender la definición de la ley civil que se encuentra en el *Leviatán*, es importante recordar el carácter convencional del Estado-Leviatán, que no se define, como la república de Platón, en función del verdadero conocimiento o como la república de Cicerón, según la naturaleza de las cosas, sino, como el producto de una convención que algunos hombres celebraron entre sí para obtener paz y seguridad. La ley civil aparece así como el medio privilegiado a través del cual el representante de la república realiza el fin para el cual ha sido instituido. En los términos de la definición del *Leviatán* en latín: “la ley civil es para cada súbdito, aquella serie de reglas (*regula*) que el Estado le ha mandado (*imperat*) de palabra, o por escrito, o con otros signos suficientes de la voluntad, para que las utilice a la hora de distinguir lo que está bien de lo que no está bien (*ad distinctionem boni et mali*)”⁴. Si comparamos esta definición con la definición incluida en los *Elements of Law* que hace de la ley una “declaración de la mente”, (*declaration of the mind*), la definición del *Leviatán* en latín contempla la ley desde el punto de vista del súbdito que se somete a ella, y no desde el punto de vista del soberano que la impone. Si la comparamos con la definición del *De Cive*, esta definición hace de la ley civil una regla que permite distinguir el bien del mal, y no un mandato que contiene en sí mismo la razón por la cual se obedece, “*cuius praeceptum continet obedientiae rationem*”⁵. En ambos casos, el desplazamiento del acento es significativo, y difícilmente se comprende lo que ha llevado a Hobbes declarar como evidente esta última definición, a la cual ha llegado después de esas sucesivas versiones⁶. De hecho, la definición del *Leviatán* en

⁴ HOBBS, T., *Lev*, XXVI, 3, p. 197 (ed. Molesworth), [pp. 231-232].

⁵ HOBBS, T., *De Cive* (DCi), ed. Warrender, Clarendon Press, Oxford, 1983, (XIV, 1), p. 205. [En su edición castellana: “(...) en cuya voluntad misma de dictar preceptos se contiene la razón de la obediencia (...)”, *De Cive*, XIV, 1, trad. Mellizo, C., Alianza, Madrid, 2000, p. 227. Las páginas de esta obra en su edición castellana aparecerán a continuación entre corchetes, N.d.T.].

⁶ En el *Diálogo entre un filósofo y un estudioso del Derecho común de Inglaterra*, sect. II, op.cit., p. 24, el filósofo da la siguiente definición de la ley: “De este modo: una ley es un mandato de aquel o aquellos que tienen el poder soberano, dado a sus súbditos, declarando pública y claramente qué puede hacer cada uno de ellos y qué tiene que abstenerse de hacer”.

inglés, aunque más cercana del *Leviatán* latín que de las dos definiciones anteriores, no concuerda totalmente con ella. Añade a la idea según la cual la ley permite al ciudadano distinguir el bien del mal, la idea según la cual distinguir de esa forma consiste en diferenciar “lo que es contrario y lo que no es contrario a la regla”⁷. En una nota de su traducción, François Tricaud subraya el carácter tautológico de esta precisión, “puesto que en definitiva la regla”, dice, “se define como el criterio de lo que está conforme con la regla”⁸. Hobbes parece caer en el defecto denunciado por Cicerón en su *De Legibus*, y creer que “es justo todo lo que se encuentra regulado por las instituciones y por las leyes de los pueblos”⁹. Si la regla mandada por el soberano debe servir de medida del bien y del mal, del justo y del injusto, ¿en qué medida la razón del ciudadano puede todavía tener un papel en política, para condenar por ejemplo a los “Treinta Tiranos” a los cuales se refiere Cicerón? Hobbes parece defender el positivismo más radical y hacer de la regla jurídica una regla auto-referencial, cuya única regla superior consiste en aquella que al soberano le gustaría dictar para sustituir la primera. Como dice el en *De Cive*, la razón de la ley no es la razón, sino la voluntad de quien la enuncia, “*stet pro ratione voluntas*”¹⁰. Aunque no quepa duda de que la definición de la ley civil aquí propuesta integre la tradición del voluntarismo jurídico, hay que señalar también que esta definición deja un espacio real a la actividad de la razón individual. Con otras palabras, una ley civil no es sólo una regla en general, sino una regla que indica las modalidades particulares de su aplicación en cada caso. Para determinar lo que es contrario y lo que no es contrario a la regla, hay que hacer un uso regulado del juicio.

La impronta del racionalismo se expresa igualmente, pero de una forma distinta, en la teoría filosófica de la ley civil. En los capítulos correspondientes a los *Elements of Law* (sin título) y al *De Cive* (*De legibus et peccatis*), el análisis de la ley se realiza a partir de una triple distinción, entre la ley y el contrato, la ley y el consejo, y la ley y el derecho, esas distinciones tienen ya un papel secundario en el capítulo correspondiente del *Leviatán*, que insiste por su parte en la evidencia de la definición la ley civil y sobre las consecuencias que se deducen lógicamente. Si no cabe duda que se trata aquí de un modo

⁷ T. HOBBS, *Lev*, XXVI, 3, p. 282 [p. 232].

⁸ T. HOBBS, *Léviathan*, XXVI, 3, trad. F. Tricaud, Paris, Sirey, 1971, note 7, p. 282.

⁹ M.T. CICERÓN, *Sobre las Leyes*, I, 14, op.cit., p. 162.

¹⁰ T. HOBBS, *DCi*, XIV, 1, p. 205. Es decir, “por razón de la voluntad de quien la recomienda”, *De Cive*, op.cit., p. 227.

cómodo de presentación, del cual se puede encontrar algunos rasgos en otros tratados jurídicos¹¹, uno se sorprende por el recurrente uso del vocabulario matemático de la prueba. Se juzga la definición inicial como muy clara (*at first sight evident*), y sin ambigüedad (*ambigui nihil est*), en latín. Este recurso a la evidencia –definida en los *Elements of Law* como siendo “la concordancia de la concepción de un hombre con las palabras que significan tal concepción en el acto del raciocinio”¹²– permite deducir las propiedades de la ley civil en función del principio siguiente: “todo lo que puede ser deducido (*deduced/inferri*) de esta definición por una consecución necesaria debe (...) ser reconocido como verdadero”¹³. Hay que medir bien el alcance teórico de esta afirmación relativa a la verdad de las proposiciones deducidas de la definición de la ley civil, es decir, si existe una verdad del discurso metajurídico, que hace posible la determinación de ley en términos de autoridad, y no en términos de verdad. ¿Cuáles son entonces las consecuencias que se pueden deducir de la definición de la ley civil?

La primera consecuencia que se deduce necesariamente de la definición *evidente* de la ley civil se aplica a la interpretación del concepto de república¹⁴. Si la república es la autora de la ley, en la medida que las leyes están hechas en aras del conjunto de los hombres y mujeres que participaron en el contrato, la república no podría dictar leyes sin la intermediación de su representante. El verdadero autor de la ley, no es así el conjunto de los miembros de la república, sino la persona que la representa, sea un individuo o sea una asamblea. Es este autor de la ley el que recibe propiamente el nombre de legislador. El soberano solo puede ser legislador, y todo legislador es *ipso facto* soberano. La primera consecuencia deducida por Hobbes toma exactamente lo que Bodino declara en el Libro I de los *Seis libros de la Repú-*

¹¹ En el *Diálogo entre un filósofo y un estudioso del Derecho común de Inglaterra*, Hobbes hace decir al filósofo que ha leído el libro de Littleton sobre las *Tenures*, que está de acuerdo con la observación del celebre jurista Sir Edward Coke a propósito de la sección 138, es decir, «que *nihil quod est rationi contrarium est licitum*, “nada que sea contrario a la razón es Derecho”, (*Diálogo entre un filósofo y un estudioso del Derecho común de Inglaterra*, op.cit., p. 5).

¹² T. HOBBS, *The Elements of Law (EL)*, ed. Tönnies, Frank Cass, Londres, 1969, I, VI, 3, p. 154. En su versión castellana, *Elementos de Derecho Natural & Político*, trad., Negro Pavón, D., Alianza, Colección Ciencia Política, Madrid, 2005, Primera Parte, VI, 3, p. 120. [A continuación aparecerán entre corchetes las páginas de la edición castellana de esta obra, *N.d.T.*].

¹³ T. HOBBS, *Lev*, XXVI, 4, p. 184, (ed. Tuck), [p. 233].

¹⁴ T. HOBBS, *Lev*, XXVI, 5, p. 184, [p. 234].

blica: “El primer atributo del príncipe soberano es el poder de dar leyes a todos en general y a cada uno en particular”¹⁵.

La segunda consecuencia es que el soberano, que tiene la *summa potestas*, no está sujeto a las leyes que instituye, sino que es libre respecto de ellas. El absolutismo debe entenderse, por tanto, en un sentido estrictamente jurídico: es absoluto el poder que es *legibus solutus*¹⁶, libre respecto a las leyes. El carácter absoluto del poder soberano se deduce así lógicamente de la definición de la ley civil, de la cual es condición. La paradoja de la ley civil, según Hobbes, es depender de una autoridad que no está sometida a la autoridad de la ley. Es, a la inversa, el carácter absoluto de la soberanía que hace de ella una soberanía legisladora.

El carácter subordinado de la costumbre –tercera consecuencia deducida de la definición– deriva del hecho de que no se vuelve una ley en virtud del tiempo transcurrido, sino en virtud del consentimiento del soberano. Hobbes sigue otra vez a Bodino en este punto, ya que éste sostiene que “la costumbre sólo tiene fuerza por tolerancia y en tanto que place al príncipe soberano, quien puede convertirla en ley mediante su homologación”¹⁷. Hobbes podría hacer suya la fórmula de Bodino que declara que “toda la fuerza de las leyes civiles y costumbres reside en el poder del príncipe soberano”¹⁸. Esta consecuencia tiene mucha relevancia para la teoría moderna de la autoridad soberana, porque constituye la negación del principio romano según el cual la tradición es detenedora de una autoridad, que no se reduce al ejercicio presente de la *potestas*. Cuando Hobbes afirma que la autoridad de una ley (*the authority of a law/vim legis*)¹⁹ no depende de la amplitud del tiempo transcurrido desde su adopción, sino de la voluntad del soberano, consagra en política la superioridad moderna del tiempo presente sobre el pasado de la tradición. Del mismo modo que la legitimidad de un soberano no puede depender de la duración de su reino o de su dinastía, la autoridad de la ley no depende de la antigüedad del consentimiento obtenido por la costumbre.

¹⁵ J. BODIN, *Les six livres de la République*, libro I, cap. 10, Lyon, 1593, reprint Fayard, 1986, p. 306. Para su edición en castellano: *Los Seis Libros de la República*, I, 10, traducción de P. Bravo Gala, Madrid, 2006, p. 74. [Las páginas de la edición castellana aparecerán entre corchetes, *N.d.T.*].

¹⁶ “legibus ergo ante solutus erat” (T. HOBBS, *Lev*, XXVI, 5, p. 197 [p. 234]).

¹⁷ J. BODIN, *Les six livres de la République*, I, 10, p. 308, [p. 75].

¹⁸ J. BODIN, *Les six livres de la République*, I, 10, p. 308, [p. 75].

¹⁹ T. HOBBS, *Lev*, XXVI, 7, p. 184/p.197, [p. 232].

Las leyes consuetudinarias no obtienen su legitimidad del consentimiento de los súbditos, o como dice Bodino, del “consentimiento común, durante largos años, de todos o de la mayor parte”²⁰, sino del exclusivo consentimiento del soberano, manifestado por su silencio. Cuando Hobbes confiere una eminente dignidad política al adagio, “Quien no dice palabra, consiente” –del se acordará Rousseau en el *Contrato Social*²¹– erige el silencio del soberano en instancia de legitimación, en virtud del razonamiento enunciado en los *Elements of Law*, según el cual, “pues como requiere tan poco esfuerzo decir «no», debe presumirse que en el caso que no se diga se consiente”²². Con otras palabras, mientras que una costumbre no haya sido explícitamente condenada por el soberano, hay que presumir que éste la autoriza. La autoridad de la costumbre no deriva de su antigüedad, sino del silencio presente del soberano, que la autoriza cuando no la contradice. De hecho, si Hobbes estima que la costumbre está defendida por los juristas del *Common Law* porque es razonable, precisa sin embargo que “el juicio de lo que es razonable y de lo que debe ser abolido pertenece a quien hace la ley, es decir al soberano”²³.

Si la ley se define primero y ante todo como ley civil, y si la ley depende exclusivamente de la voluntad presente de un soberano instituido en virtud de un contrato, importa preguntarse en qué puede seguir sirviendo la referencia, mantenida por Hobbes, a la teoría de la ley natural.

La ley natural y la racionalidad de la ley civil

Una primera constatación evidente y capital se impone, la observación según la cual “la ley de la naturaleza y la ley civil están contenidas la una en la otra y tienen igual extensión”²⁴ es una consecuencia deducida de la definición de la ley civil. La inversión tan temida por Cicerón acaba de ocurrir: la ley civil no ha sido deducida a partir de la definición de la ley natural, como

²⁰ J. BODIN, *Les six livres de la République*, I, 10, p. 307, [p. 74].

²¹ J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, II, 1, Gallimard, col. “Bibliothèque de la Pléiade”, París, 1964, p. 369. Para su edición en castellano, *El contrato social*, II, 1, Tecnos, Colección Clásicos del Pensamiento, Madrid, 1988, p. 26, *N.d.T.*

²² T. HOBBS, *EL*, I, XIII, 11, p. 199. [p. 169].

²³ T. HOBBS, *Lev*, XXVI, 7, p. 284. [p. 233].

²⁴ “Quarto, *leges naturae et leges civiles in eadem civitate se mutuo continent*”. / “*The Law of Nature, and the Civil Law, contain each other, and are of equal extent*”, T. HOBBS, *Lev*, XXVI, 8, p. 198/ p. 185), [p. 233].

en el *De Legibus* ciceroniano, sino que la ley natural ha sido deducida de la definición de la ley civil. Es cierto que Hobbes no hace desaparecer la ley natural en nombre del positivismo jurídico, del cual no tenía evidentemente conciencia, pero la redefine en profundidad a partir de su concepción de la ley civil. Así, cuando afirma que ambas leyes están contenidas la una en la otra, no defiende ni su estricta igualdad de función, ni la desaparición de su especificidad respectiva. Pretende mostrar sólo, lo que ya es mucho, que ya no se puede referirse a la ley natural, *haciendo abstracción de la autoridad legislativa del soberano*. Si las leyes naturales tienen un sentido –y, con toda evidencia, tienen uno para Hobbes–, lo tienen esencialmente en relación con el funcionamiento jurídico de la soberanía. Fuera de la república, en el estado de naturaleza pura, las leyes de la naturaleza son solamente cualidades morales, virtudes, que predisponen a la paz pública, pero no son en nada leyes. Para volverse leyes naturales, esas cualidades morales necesitan de la *autorización* de la república; es en este sentido que son una parte de la ley civil. ¿Se debe por tanto considerar que sólo la declaración del soberano puede erigirlas en leyes? Si tal fuese el caso, y que debieran ser el objeto de una declaración oral o escrita, como en las Declaraciones ulteriores de los derechos del Hombre y del Ciudadano, Hobbes se contradeciría, porque afirma en otro lugar, que las leyes naturales “no necesitan ser hechas públicas ni ser proclamadas”²⁵. Lo que quiere decir es que las leyes naturales pueden prescindir de su declaración, pero necesitan del consentimiento, incluso tácito, del soberano. Para volverse leyes, las virtudes políticas del ciudadano –justicia, gratitud, modestia, equidad, piedad, etc.– no necesitan otra cosa que el acuerdo silencioso del soberano: es aquí una condición necesaria, pero en nada suficiente, que hubiera parecido incongruente para los teóricos clásicos de la ley natural.

Si es cierto decir, como acabamos de ver, que la ley natural tiene un sentido sólo en relación con la existencia de una soberanía²⁶, es también cierto afirmar que la teoría de la soberanía tiene sentido sólo si existen unas leyes naturales, es decir, si los ciudadanos están obligados actuar en conformidad con la razón que les prescribe favorecer, con sus acciones y palabras, la paz y la seguridad.

²⁵ T. HOBBS, *Lev*, XXVI, 13, p. 188, [p.236].

²⁶ Sobre la relación entre la ley natural y la soberanía de Dios por naturaleza, vid., L. FOISNEAU, *Hobbes et la toute-puissance de Dieu*, PUF, col. “Fondements de la politique”, París, 2000, p. 135-147.

La ley natural de justicia, en función de la cual cada uno tiene que respetar sus compromisos, es por cierto una condición moral del pacto social, pero el significado temporal de esta condición no debe ser entendido de forma demasiado restrictiva. Es en la historia del presente, el tiempo de la soberanía, cuando el pacto social se consolida o se desmantela ya que los ciudadanos pueden tomar, o no, como modelo de sus acciones, la regla dictada por la ley natural. La temporalidad del pacto social no es la del origen, del pasado inmemorial de la fundación de Roma, sino el tiempo presente de la república. En consecuencia, la regla que ordena obedecer las leyes civiles, explícitamente declaradas por el soberano, no podría ser una ley civil como las demás, porque si los ciudadanos no conocen las razones por las cuales deben obedecer las leyes, la fuerza de obligación de las leyes civiles se verá debilitada. Por esta razón, es exacto afirmar que la ley natural no obliga más allá de lo que la razón persuade, aunque la razón sola no baste para fundar la obligación de obedecer a la ley natural. Es también por esta razón que la soberanía no puede regir más que sobre los individuos capaces de un uso activo de su razón, y no sobre los insensatos, los niños y los locos²⁷.

Para comprender mejor su tesis, Hobbes afirma que “la ley civil y la ley natural no son específicamente diferentes, sino partes diferentes de la ley”²⁸. No hay por un lado, como quería Cicerón, una especie de ley fundada en la razón o la naturaleza y por otro, una especie de ley, fundada en la convención y el artificio. La oposición en términos de ley escrita y de ley no escrita cobra ella misma sentido sólo cuando se concibe la ley natural y la ley civil como las dos partes, una escrita y otra no escrita, de una misma ley. Con otras palabras, Hobbes contempla la ley natural como la racionalidad propia en la institución civil de la ley. En nada, por consiguiente, pretende justificar el uso excesivo de la soberanía, a costa de un descrédito de las leyes naturales, prohibiendo, por ejemplo el recurso a la equidad. Pretende, en sentido contrario, mostrar que las leyes naturales tienen significado –en política al menos– solamente si obligan a los hombres al uso de su razón cuando obedezcan a las leyes civiles. Nada es más contrario a la doctrina de la obediencia de Hobbes que la teoría de la obediencia pasiva. Otra forma de mostrarlo es considerar cuidadosamente la teoría del funcionario expuesta en el *Leviatán*, relacionándola con la teoría de la ley natural.

²⁷ HOBBS, T., *Lev*, XXVI, 12, p. 187-188, [p. 235].

²⁸ HOBBS, T., *Lev*, XXVI, 8, p. 185, [p. 233].

El funcionario y la racionalidad del Estado

Con el fin de precisar la relación que concibe entre el principio de soberanía y la actividad de la razón, Hobbes recoge el axioma del derecho inglés según el cual “la ley nunca puede ir contra la razón”²⁹. Su interpretación parece primero restringir notablemente su alcance, ya que rechaza la idea de que la razón en juego sea de carácter privado, la de los jueces subordinados, y por otro lado, rechaza el principio defendido por Edward Coke, que identifica a ésta con la razón jurídica en su estado técnico más elaborado³⁰.

La razón artificial de la república, que Hobbes opone a la *juris prudentia*, no excluye por tanto el ejercicio de la razón individual de los jueces: cuando un juez subordinado dicta su sentencia en equidad, es el soberano quien juzga. Con otras palabras, el ejercicio individual de la razón del juez encuentra perfectamente su sitio en el dispositivo jurídico de la soberanía, con la condición de que la oriente en concordancia con “las razones que han llevado al soberano a hacer esa ley”³¹. El problema no es, por tanto, garantizar la sumisión de los jueces al poder ejecutivo, sino proporcionarles un principio de juicio conforme con el principio de soberanía. Juzgar justamente es juzgar en función del espíritu de la ley civil, cuyo propósito (*scope*) –hacer efectiva la paz civil– es el mismo perseguido por la ley de la naturaleza. Al proporcionar con esas leyes un principio de juicio a la razón judicial, el soberano legislador hace posible el ejercicio cotidiano de la justicia, es decir, la puesta en práctica efectiva de la autoridad de la ley.

En efecto, Hobbes afirma: “Conocido el legislador, y estando las leyes suficientemente anunciadas, ya sea mediante documentos escritos, o por la mera luz natural, falta todavía otra importante circunstancia para que las leyes tengan fuerza obligatoria”³². Esta condición es muy importante ya que es la interpretación auténtica de la ley. Obviamente Hobbes no pretende reconocer al ciudadano el derecho de interpretar la ley civil a su gusto e interés. Sin embargo, reconoce que la ley no puede aplicarse si no ha sido interpretada, es decir si no se relaciona –según el caso juzgado– con la intención del legislador, con el propósito perseguido por el legislador que la ha insti-

²⁹ HOBBS, T., *Lev*, XXVI, 11, p. 186, [p. 235].

³⁰ Hobbes cita a Edward Coke que habla de “*perfección artificial de la razón, adquirida mediante largo estudio, observación y experiencia*”, HOBBS, T., *Lev*, XXVI, 11, p. 187, [p. 235].

³¹ T. HOBBS, *Lev*, XXVI, 11, p. 187, [p. 235].

³² T. HOBBS, *Lev*, XXVI, 20, p. 190, [p. 239].

tuido. Los intérpretes son necesarios ya que la ley no habla por sí sola, pero éstos deben ser designados por el soberano, ya que podrían, mediante interpretaciones sesgadas, sustituir al legislador y hacer decir a la ley lo que ésta no pretende expresar.

“Todas las leyes, escritas y no escritas, necesitan interpretación”³³, afirma Hobbes, incluso la ley natural porque a pesar de su simplicidad y evidencia, ha devenido en la más oscura de todas las leyes. Es la ley que más necesita de intérpretes cualificados ¿Cuáles son esos intérpretes autorizados de la ley natural? ¿Los filósofos? Lo que Hobbes hace, en el *Leviatán*, entra de hecho en esta función hermenéutica. El *Leviatán*, sin embargo, no pretende cumplir con esta función, mientras que el soberano no lo haya así reconocido. La evidencia de los principios defendidos, el rigor del método, no hacen que Hobbes se vuelva el intérprete autorizado de la ley de la naturaleza: “pues aunque sea naturalmente razonable, sólo se convierte en ley en virtud del poder soberano”³⁴. Hay que concluir que los filósofos, aunque escriben tratados *De Legibus*, no son los intérpretes autorizados de la ley de la naturaleza³⁵.

De hecho, el intérprete autorizado de la ley de la naturaleza no es el filósofo sino el juez, cuyo papel es impartir justicia a partir de una interpretación de la ley civil y de la ley natural, o más exactamente, de la ley civil en función de su racionalidad propia, contenida en la ley natural. Esto significa que el juez no puede limitar su juicio según la jurisprudencia³⁶, porque ésta puede oponerse a la equidad, reproduciendo sentencias que han podido, por ejemplo, ser opuestas a reglas que exigen la equidad o la presunción de inocencia. Si la sentencia dictada por el juez debe surgir del análisis del caso, guiado por el respeto de la equidad, es también en virtud de su estatuto de funcionario y de la relación que le vincula con el Estado.

La relación entre los funcionarios y el Estado está caracterizada, por Hobbes, a partir del análisis de unas leyes naturales específicas denominadas “leyes de lealtad” (*fidelity*)³⁷. Este término debe bien ser entendido, la *fidelity*

³³ T. HOBBS, *Lev*, XXVI, 21, p. 190, [p. 239].

³⁴ T. HOBBS, *Lev*, XXVI, 22, p. 191, [p. 240].

³⁵ T. HOBBS, *Lev*, XXVI, 22, p. 191, [p. 240].

³⁶ “La interpretación de la ley de la naturaleza es la sentencia del juez que ha sido constituido por la autoridad soberana, y al que se le ha dado la misión de escuchar y decidir acerca de toda controversia que dependa de dicha ley”, T. HOBBS, *Lev*, XXVI, 23, p. 191, [p. 240].

³⁷ T. HOBBS, *Lev*, XXVI, 14, p. 188, [p. 236].

dad del embajador, del juez o de cualquier otro funcionario del Estado no representa la fidelidad a la persona natural del soberano, sino a la persona pública de éste, es decir, a la intención que debe presidir todo acto de la voluntad soberana. Este punto es decisivo porque destaca de otra forma, que la teoría hobbesiana de la ley civil no podría existir sin una teoría de la ley natural, que es, en realidad, una teoría del buen uso de la razón individual en el Estado, o, si se prefiere, una teoría del buen vínculo con la autoridad pública. Esto significa también que un funcionario del Estado no puede pretender actuar en nombre de su soberano, si considera, con la ausencia de indicación precisa, una intención contraria a la equidad. A propósito del juez, Hobbes indica que éste “debe cuidarse de que su sentencia esté de acuerdo con la razón de su soberano”³⁸. ¿De qué razón se trata en este caso? No se trata de la razón del soberano, posiblemente pervertida por el interés particular, sino del principio de equidad que debe guiar la razón del soberano en su voluntad legislatora. Por consiguiente, si Hobbes insiste mucho en que las leyes dictadas por la persona que ocupa la sede del poder deben ser siempre respetadas por sus súbditos, muestra también que la obediencia, y en particular la obediencia de los jueces, no debe ser nunca una obediencia ciega a la voluntad de un hombre o de una asamblea, sino siempre una obediencia a la intención que rige en derecho los actos de la soberanía. Además, el caso del juez puede ser generalizado y especificado según las diferentes categorías de funcionarios. Los intereses (*interests*) del soberano, que debe tomar en cuenta un embajador, se confunden con los del país y no son los intereses particulares del príncipe. Y Hobbes añade, “lo mismo podría decirse de todos los demás funcionarios de la soberanía, tanto públicos como privados”³⁹.

Hobbes muestra, con rigurosidad, que si la autoridad y no la verdad hace la ley, la preocupación por la verdad no pierde su lugar central en el sistema de las leyes civiles. La verdad tiene un papel en el nivel metajurídico de la constitución de una teoría de la ley civil, pero también, y ante todo, en el funcionamiento mismo de los sistemas jurídicos particulares, puesto que la autoridad del Estado debe imponerse a los ciudadanos mediante una justa interpretación de las leyes y, a los funcionarios, mediante una obediencia razonable al principio de soberanía. Frente al reproche de Cicerón, fustigando a los insensatos que han hecho de la institución el principio de la justicia,

³⁸ T. HOBBS, *Lev*, XXVI, 14, p. 188, [p. 236].

³⁹ T. HOBBS, *Lev*, XXVI, 14, p. 188, [p. 237].

Hobbes hubiera podido responder que la justicia es también una institución, del buen funcionamiento, de la cual depende la autoridad de la ley y que una racionalidad cabe en esta institución.

LUC FOISNEAU
Centre Raymond Aron
École des Hautes Études en Sciences Sociales
105 Boulevard Raspail
75006 Paris, Francia
E-mail: Luc.foisneau@ehess.fr

LA TEORÍA DEL DERECHO DE LA TORTURA*

THE THEORY OF LAW OF TORTURE

MASSIMO LA TORRE

Universidad "Magna Graecia" de Catanzaro, Italia,
Hull Law School, Inglaterra.

Fecha de recepción: 20-10-06

Fecha de aceptación: 15-11-06

Resumen: *Este artículo propone una reflexión en relación con la revitalización del discurso justificatorio de la tortura en determinados ámbitos del pensamiento político y de la práctica jurídica en nuestros días. El autor muestra los aspectos básicos de la doctrina que a partir de la sublimación de la posición política y jurídica del jefe del ejecutivo en el nuevo Imperio, desarrolla una estrategia a favor de la legitimidad de la tortura como instrumento de acción política y jurídica. Tras analizar los distintos argumentos que reivindican la licitud de la tortura, se desarrolla la tesis de acuerdo con la cual existe una conexión conceptual entre tortura e ilegalidad, una contradicción fenomenológica entre derecho y tortura.*

Abstract: *This article proposes to reflect about the revitalization, nowadays, of the discourse justifying torture in certain fields of the political thought and the legal practise. The author shows the basic aspects of the doctrine that, since the sublimation of the legal and political position of the chief of executive power in the new Empire, develops an strategy in favour of the legitimacy of torture as an instrument of political and legal action. After analyzing the different arguments wich claim for the lawfulness of torture, the author asserts the existence of a conceptual connection between torture and illegality, a phenomenological contradiction between law and torture*

PALABRAS CLAVE: tortura, Imperio, principio de legalidad.

KEY WORDS: torture, Empire, rule of law.

* Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derechos Humanos, Instituto Universitario de Historia Simancas de la Universidad de Valladolid, Valladolid (España), 18-20 de octubre 2006. Estoy muy agradecido a la *Alexander von Humboldt-Stiftung* por una estancia en la Universidad de Kiel en el verano 2006, durante la cual he podido trabajar y reflexionar sobre este tema.

I.

Después del 11 de septiembre 2001 asistimos a un giro importante y dramático en el debate de filosofía política y del derecho. En cierta medida se puede incluso hablar de un cambio de paradigma¹. Si en los años noventa los iusfilósofos se entretenían sobre escenarios cosmopolitas y sobre una posible extensión del constitucionalismo en el ámbito de las relaciones internacionales, si a muchos les parecía posible o no imposible una institucionalización del proyecto kantiano de la paz perpetua, ahora de repente se nos habla de los méritos de la guerra preventiva, del fin del derecho internacional de corte westfaliano, de “hegemonía benevolente” e incluso, sin muchos pelos en la lengua, de imperio e imperialismo. Entre otros, son pensadores como Michael Ignatieff y Michael Walzer –otrora etiquetados como “liberales”– los que tejen los elogios del Imperio *light*², y Thomas Nagel nos recuerda que para que haya una justicia global antes que nada hace falta hobbesianamente la injusticia (igualmente global) de la ley del más fuerte, de un monopolio fáctico de la violencia a nivel internacional³.

Sin embargo, el cambio de paradigma es aun más profundo. Antes del 11 de septiembre estábamos todavía dentro de una concepción del derecho que minimizaba su lado coactivo y que en cierta medida expulsaba la violencia, la fuerza, del contexto arquetípico de la experiencia jurídica. Puestos en el cruce entre “hechos” y “normas”, entre “facticidad” y “validez”, los juristas parecían elegir las normas y la validez, y éstas se reconceptualizaban con referencia a principios, razones, argumentos. El derecho se perfilaba así básicamente como argumentación y discurso, persuasión, no coacción.

Ahora, por el contrario, asistimos a un retorno de la centralidad de la fuerza y de la violencia como elementos fundamentales, esenciales, del derecho. Este cambio se da en primer lugar en el ámbito del derecho internacional –que, por ejemplo, para John Bolton, hoy embajador de Estados Uni-

¹ Cf. el panorama bastante triste y desolado que nos presenta E. DENNINGER, “*Recht, Gewalt und Moral – ihr Verhältnis in nachwestfälischer Zeit. Ein Bericht*”, en *Kritische Justiz*, vol. 38, 2005, pp. 359 ss.

² Cf. cuanto, al respeto, comenta Tony Judt: “Los neoconservadores de Estados Unidos generan políticas brutales a las que los liberales aportan la hoja de parra ética”, T. JUDT, “El silencio de los corderos”, *El País*, 9 de septiembre 2006, suplemento “Babelia”, p. 12.

³ Véase Th. NAGEL, “The Problem of Global Justice”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 33, 2005, pp. 113 ss.

dos en Naciones Unidas, no existe “realmente”, o sea en el ámbito de las relaciones internacionales –donde se afirma que domina el Marte hobbesiano (y americano), frente a la impotencia de la Venus kantiana (y europea). El giro se da pero también en el derecho estatal. Aquí –especialmente gracias a los empujes de la presidencia Bush y de sus *Kronjuristen*– se afirma la idea de un poder ejecutivo ya no vinculado por la legislación ordinaria y ni siquiera por la constitución –sin hablar por supuesto de los tratados internacionales, a los cuales se les da el valor de papel mojado. “*I’m the decider* –dice George W. Bush–, *and I decide what is best*”.

Traducido en términos jurídicos esto se lee como “el Presidente protege el derecho”. Y es ésta la fórmula schmittiana en la que se puede compendiar la nueva doctrina del máximo teórico de los poderes excepcionales de la Casa Blanca: John Yoo. Es una triste manifestación del *Zeitgeist* que éste sea hoy profesor de derecho allí donde antes enseñaba el gran Hans Kelsen: en la Universidad de Berkeley en California.

Mientras Kelsen afirmaba con contundencia y rigor la superioridad del derecho internacional sobre el derecho nacional y hablaba de “paz a través del derecho”, Yoo se permite decir que no está claro que la reducción del nivel de violencia y la limitación de la guerra tenga que ser un objetivo de Estados Unidos y que de todas maneras está seguro que su sistema constitucional ya no necesita estar encaminado al control del uso de la fuerza: “*It is no longer clear that United States must seek to reduce the amount of warfare, and it certainly is no longer clear that the constitutional system ought to be fixed so as to make it difficult to use force*”⁴. Yoo concluye que el derecho internacional no vincula al Presidente y que el poder ejecutivo no está limitado por el derecho estatal y los derechos constitucionales.

Se nos dice que si quieres la paz tienes que preparar la guerra. La noción de guerra lícita, de sanción de derecho internacional, es decir de reacción a una violación de este derecho, de reacción básicamente a una agresión, se extiende al uso preventivo de la fuerza, incluso allí donde no haya algún peligro inminente para la seguridad del territorio nacional (como se lee en el Documento de Estrategia Nacional de la Casa Blanca del 2002). El concepto de “seguridad colectiva” en términos internacionalistas desaparece y se le reemplaza por la primacía del interés nacional (por supuesto americano), además en la interpretación exclusiva que se le atribuye al Presidente en su calidad de *commander-in-chief*.

⁴ J. YOO, *The Powers of War and Peace*, University of Chicago Press, Chicago, 2005, p. ix. Véase también del mismo autor *War by Other Means*, Atlantic Press, New York 2006.

El derecho en esta doctrina se presenta –como en la concepción de Carl Schmitt– básicamente como fuerza y violencia, y la soberanía una vez más como decisión existencial sobre el *Ausnahmezustand*, el terrible estado de emergencia en el que todos los ligeros ligamentos de los materiales jurídicos se queman en las llamas de la discriminación última entre amigo y enemigo. Lo que este “viejo-nuevo” cuadro comporta es que antiguos tabúes empiezan a tambalearse y a caerse. El *habeas corpus* es el primero en ceder; es el Presidente el que se arroga la prerrogativa de definir e indicar quien pueda gozar de aquel fundamental derecho. Es suyo el poder de calificar a alguien como *illegal enemy combatant*, una categoría hasta ahora desconocida, quitándole al sujeto en cuestión cualquiera garantía sea de derecho internacional o humanitario sea de derecho estatal. El “combatiente enemigo” se ve despojado de todo derecho, *Freiwild*, y así puede desaparecer en una cárcel secreta o se le puede encerrar en un campo de concentración sin ningún control judicial y sin prever algún término para su detención.

La ley recién firmada por el Presidente Bush el 17 de Octubre 2006 (*Military Commissions Act of 2006*) fundamentalmente formaliza este cuadro doctrinal, e intenta contrarrestar la eficacia y los argumentos de la sentencia de la Corte Suprema *Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S. Ct. 2749 (2006), donde el tribunal estadounidense afirma que el estado de guerra no puede significar un “cheque en blanco” para el ejecutivo y que se necesita para tener poderes especiales la autorización explícita del Congreso. De hecho esta nueva ley le reserva al jefe del ejecutivo (al Presidente) la competencia de interpretar el artículo 3 de la Convención de Ginebra y por consiguiente el poder de determinar su ámbito de aplicación (Section 6 (a) (3)). Es al Presidente además a quien le compete junto con el Secretario de Defensa (§ 948d (c)) la autoridad para la adscripción (mediante especiales “comisiones militares”) a cierto individuo (no ciudadano) del estatus de *enemy combatant* –adscripción que le pone en un espacio no cubierto por las normales garantías del *habeas corpus*. El “estado de excepción” de la “guerra contra el terror” (donde la fuerza prevalece sobre el derecho) produce sujetos también “excepcionales” –los así llamados “combatientes ilegales”– para los cuales igualmente vale más la fuerza que el derecho⁵.

⁵ Cf. la Section 6.2, Findings del *Military Commission Act of 2006*: “The terrorists with whom the United States is engaged in armed conflict have demonstrated a commitment to the destruction of the United States and its people, to the violation of the law of war, and to the abuse of American legal processes. In a time of ongoing armed conflict, it generally is neither practicable nor appropriate for combatants like al Qaeda terrorists to be tried before tribunals that include all the procedures associated with courts-martial”.

II.

En el documento sobre la Estrategia de Defensa Nacional redactado en marzo 2005 por el Departamento de Defensa de Estados Unidos, por el Pentágono, hay un párrafo que es revelador. Allí donde se hace una lista de las “vulnerabilidades” del país leemos lo siguiente: “Nuestra fuerza como Estado nacional continuará siendo desafiada por aquellos que emplean una estrategia de los débiles [*a strategy of the weak*] usando foros internacionales [*international fora*], procedimientos judiciales, y el terrorismo” (p. 5). De manera que las instituciones internacionales y los procedimientos jurídicos están puestos al mismo nivel del terrorismo. Además, hay un fuerte acento nietzschiano en tal espeluznante párrafo: el derecho, las reglas, son armas de los débiles (y fracasados) (“*a strategy of the weak*”) para contrarrestar el éxito, el triunfo, y la vitalidad del más fuerte.

Las palabras son hechos, y las consecuencias no se dejan esperar. Así que parece otra vez deslumbrarse lo que ha sido desde la Ilustración la pesadilla de todo orden jurídico: la legalización de la tortura. Esta, como uso anticipado y por lo tanto inevitablemente desproporcionado de la fuerza, reproduce en cierta medida la estructura fenomenológica de la guerra preventiva de la nueva doctrina de seguridad nacional de George W. Bush.

De hecho es el mismo John Yoo –el *Kronjurist* que teoriza la legalidad de la guerra preventiva– el que el 2 de Agosto 2002 en su calidad de *Deputy Assistant Attorney General* redacta un *memorandum* para el Departamento de Justicia de Estados Unidos⁶ donde se afirma primero que Estados Unidos están sujetos a la Convención internacional sobre la tortura de 1987 dentro de los límites hechos explícitos por una reserva expresada por la Presidencia de Bush padre –que parece restringir el ámbito semántico de la noción de tortura–. En segundo lugar John Yoo, y su colega Jay Bybee, *Assistant Attorney General*, proponen una redefinición de la tortura según la cual sólo hay tortura en presencia de una “amenaza inminente de muerte” y de un “daño psíquico prolongado”⁷. Además Yoo introduce la doctrina del doble efecto, de manera que sólo habría tortura allí donde la inflicción de un grave sufri-

⁶ Este memorandum se puede leer en M. DANNER, *Torture and Truth-America, Abu Ghraib, and the War on Terror*, New York Review of Books, New York, 2004, pp. 108 ss.

⁷ Véase el memorandum de Bybee para Alberto Gonzales, en aquel momento consejero del Presidente (y hoy *Attorney General*, Ministro de Justicia, de Estados Unidos), en M. DANNER, *Torture and Truth-America, Abu Ghraib, and the War on Terror*, cit., pp. 115 ss.

miento es el fin inmediato y directo de la conducta. Si el sufrimiento se presenta como daño colateral no estaríamos en presencia del supuesto de hecho de tortura. Por consiguiente, aplicando rigurosamente la doctrina del doble efecto, todas las torturas dirigidas a obtener informaciones del torturado no podrían calificarse como tales, es decir como torturas.

Yoo acepta sólo la validez del artículo 2340 A de la ley federal contra la tortura. Sin embargo, en el *memorandum* de Bybee, el compañero de Yoo, se afirma –aplicando la teoría del mismo Yoo sobre los poderes del Presidente– que aquel artículo sería inconstitucional si se tuviese que interpretar como límite a los poderes del Presidente como Jefe Supremo de las operaciones militares. “*Even if an interrogation method arguably were to violate Section 2340A, the statute would be unconstitutional if it impermissibly encroached on the President’s constitutional power to conduct a military campaign. As Command-in-Chief, the President has the constitutional authority to order interrogations of enemy combatants to gain intelligence information concerning the military plans of the enemy*”. Los terroristas –se añade– no son combatiente regulares. Por lo tanto las convenciones de Ginebra quedan obsoletas y derogadas.

A la pregunta de si al Presidente, por ejemplo, le podría ser vetado torturar a un niño, John Yoo contesta *expressis verbis* que *no*: no hay ningún tratado al respecto que sea vinculante. Pregunta de Doug Cassel: “*If the President deems that he’s got to torture somebody, including by crushing the testicles of the person’s child, there is no law that can stop him?*”. Respuesta de Yoo: “*No treaty*”. Además, ni siquiera una ley del Congreso podría limitar los poderes excepcionales del Presidente en tiempos de guerra. Y la lucha contra el terrorismo es una verdadera guerra, aunque inédita: “*war on terror*”. En esta constelación la balanza de los poderes públicos –según Yoo– está toda en favor del poder ejecutivo. “El congreso –añade– no podría limitar el poder del comandante supremo”. “*Congress cannot tell the President how to exercise his judgment as commander in chief*”. “*If the president really made this decision, that there are these extraordinary circumstances where the president needs to order interrogation that’s in conflict with the congressional regulation, ... that regulation will be unconstitutional*”⁸.

⁸ <http://www.pbs.org/wbgh/pages/frontline/torture/interviews/yoo.html>, p. 16. Véanse también las declaraciones de Yoo recogidas por J. Mayer, en su artículo “Outsourcing Torture-The Secret History of America’s ‘Extraordinary Rendition’ Program”, *The New Yorker*, 14 febrero 2005.

III.

Ahora bien, mi ponencia quiere partir de esta situación contingente para abordar el tema más general de la compatibilidad de la tortura con el principio de legalidad. Detrás de esta cuestión se vislumbra además el tema de la posible moralidad de la tortura misma. Antes de continuar quiero sin embargo precisar mi actitud y mi perspectiva.

Hay cosas que me habría gustado no decir y discutir nunca. Aquí no puedo más que repetir la palabras de Seth Kreimer: "*There are some articles I never thought I would have to write; this is one*"⁹. Esta ponencia es una de esas cosas que no merecerían atravesar el umbral del silencio. Alan Dershowitz –desde por lo menos 1989 fautor del uso de la tortura (el método que él prefiere son agujas clavadas en las uñas del sospechoso¹⁰)– nos dice que los profesores –él lo es– están ahí para discutir sobre todo y poner en duda convicciones sólidas, arraigadas y consolidadas en el tiempo. Me permito expresar aquí mi profundo desacuerdo con el ilustre colega americano. No se puede tratar la tortura como un mero puzzle filosófico de la misma manera, por ejemplo, que no se puede tratar desde un puro punto de vista teórico la violación de mujeres y niños¹¹. Estoy de acuerdo con Jeremy Waldron cuando subraya que discutir de los méritos de la tortura es una verdadera vergüenza: "*it is dispiriting as well as shameful to have to turn our attention to this issue*"¹². Sí, es una vergüenza.

La filosofía moral y jurídica como reflexión sobre lo que es justo o injusto, es decir, sobre lo que hay que hacer o no hacer, sobre lo que se debe o no se debe hacer, tiene límites muy distintos de los de la filosofía teórica, por ejemplo de la ontología, de la epistemología o de la teoría del significado. Esta, la filosofía teórica, es la reflexión fundamentalmente sobre lo que es el mundo y lo que se puede conocer. Mientras que en este último contexto

⁹ S. F. KREIMER, "Too Close to the Rack and the Screw: Constitutional Constraints on Torture in the War on Terror", *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 6, 2003, p. 278.

¹⁰ "A sterilized needle inserted under the fingernails to produce unbearable pain without any threat to health or life" en A. DERSHOWITZ, *Why Terrorism Works. Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, Yale University Press, 2002, p. 144.

¹¹ Cf. J. GARDNER & H. SHUTE, "The Wrongness of Rape", en *Oxford Essays in Jurisprudence*, 4th series, J. HORDER (ed.), Oxford University Press, Oxford 2000, p. 194.

¹² J. WALDRON, "Torture and Positive Law. Jurisprudence for the White House", *Columbia Law Review*, vol. 105, 2005, p. 1683.

cualquier pregunta es admisible, no toda cuestión puede ser seriamente y responsablemente puesta en el ámbito de la reflexión moral. Aunque incluso en la esfera de la filosofía teórica pueda haber preguntas frívolas: como por ejemplo que pasaría si los árboles fuesen azules y no verdes.

En la esfera de la reflexión práctica la misma pregunta sobre la licitud de un tipo de conducta en cierta medida puede poner en duda intuiciones morales profundas y resultar en algún sentido ambigua y ofensiva. Podríamos por ejemplo proponer una discusión filosófica sobre la licitud de violar a la propia hija (por lo menos en situaciones excepcionales, como podría ser la de encontrarse en una isla deserta y ser los últimos humanos supervivientes a una guerra nuclear). O podríamos preguntarnos si es permitido vender los órganos de la propia madre (en el caso por ejemplo que el resto de la familia no tenga otros ingresos), o si en casos extremos se le puede quitar la vida a su propio padre. Nos podríamos interrogar si sería lícito enviar los habitantes de unos barrios de Palermo o de Nápoles (que se suponen en gran mayoría mafiosos o delincuentes) a campos de concentración y eventualmente aplicarles los métodos tan eficaces de la “solución final” otrora diseñados para otro grupo étnico. Sin embargo, cualquiera que se pusiera a discutir con instrumentos filosóficos muy sutiles sobre temas parecidos nos parecería un loco o un pervertido moral. Sus argumentos, aunque acompañados por consideraciones muy finas y articuladas, no merecerían la atención de ningún auditorio público.

Ahora bien, yo creo que la discusión sobre la tortura es algo muy cercano a la situación que vengo de indicar. Es decir, es un tema cuya discusión nos parece moralmente discutible. Aquí nos enfrentamos probablemente a lo que Bernard Williams define como “*moral unthinkable*”, y Robert Alexy llamaría “discursivamente imposible”. Tenemos –me parece– la obligación moral de controlar lo que decimos, e incluso –en cierta medida– lo que pensamos. Hablar de la admisibilidad legal o de la moralidad de la tortura me produce –permítanme la expresión– asco y un sentimiento de vergüenza que necesito hacer público. De la misma manera de un ponente en las Cortes de Cádiz en abril de 1811, el señor de Villanueva, que pedía “que no se discuta este punto” y que se votase sin más la abolición de la práctica legal del tormento¹³. Una actitud distinta respecto a este tema me resulta –lo confieso– sospechosa y expuesta a la acusación de insensibilidad e inhumanidad.

¹³ Cf. F. TOMAS Y VALIENTE, *La tortura en España*, Ariel, Barcelona 1994, p. 7.

Así que, si yo abordo este tema es porque otros, más atrevidos y menos escrupulosos, sean legisladores, sean jueces, sean juristas o filósofos, se han propuesto reabrir la caja de Pandora. Hablo de tortura no por mi propia iniciativa, sino porque estoy en cierta medida obligado a hacerlo. Me siento obligado por el hecho de que el tema y no sólo el tema, sino desgraciadamente la práctica también, han sido puestos en el orden del día entre otras cosas por la situación histórica y los cambios políticos “imperiales” que he intentado esbozar rápidamente antes.

IV.

En el debate de estos últimos años y en los intentos de readmitir la tortura como práctica lícita de nuestros Estados nos encontramos fundamentalmente frente a cuatro estrategias argumentativas.

(i) La primera es la que ha sido adoptada por John Yoo y Jay Bybee, consejeros los dos del Departamento americano de Justicia a las órdenes del *Attorney General* Alberto Gonzales. Esta primera estrategia –que ha tenido como efecto entre otros los horrores de Abu Ghraib– es, como ya hemos visto, la de afirmar que el poder ejecutivo, el Presidente, como jefe supremo de las operaciones militares, no está sometido a ningún vínculo normativo sea de derecho internacional sea de derecho estatal. Esta postura sin embargo entra en conflicto con la doctrina constitucional dominante de Estados Unidos, con la doctrina del *jus cogens* en derecho internacional¹⁴, y sobre todo con los principios mismos de un orden constitucional democrático por el cual los vínculos constitucionales tienen como destinatario privilegiado el poder ejecutivo. Un poder ejecutivo que no sea sujeto a ningún control no cabe dentro de un Estado de Derecho y aun menos dentro de un Estado Constitucional donde los derechos fundamentales delimitan el terreno de juego de toda autoridad pública y la dignidad de la persona es coto vetado para el poder político. Además la intención de los Padres Fundadores de la Constitución americana de 1787 está muy clara al prescribir que sea el Congreso que delibere la entrada en guerra del país. La guerra, lejos de ser un

¹⁴ Cf. M. JAHN, “Gute Folter, schlechte Folter? –Straf-, verfassungs- und völkerrechtliche Anmerkungen zum Begriff ‘Folter’ im Spannungsfeld von Prävention und Repression”, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, vol. 87, 2004, pp. 33-34, donde se argumenta el carácter de “*jus cogens*” de las disposiciones de derecho internacional que prohíben la práctica de la tortura.

privilegio del Ejecutivo (como quiere que sea John Yoo), es materia tan grave e importante para el conjunto de la nación y su futuro que hay que reservarla a la prudencia y decisión de los representantes de la nación entera. Así lo dice expresamente el texto constitucional y así se lee también en los *Federalist Papers*. “*The President is to be the commander-in-chief of the army and navy of the United States. In this respect his authority would be nominally the same with that of the king of Great Britain, but in substance much inferior to it. It would amount to nothing more than the supreme command and direction of the military and naval forces, as first general and admiral of the Confederacy; while that of the British king extends to the declaring of war and to the raising and regulating of fleets and armies –all which, by the Constitution under consideration, would appertain to the legislature*” (*The Federalist*, Number LXIX)¹⁵.

Para Madison y sus compañeros uno de los grandes méritos de la República sobre la Monarquía y de la Federación sobre los Estados es el de no permitir que la decisión de hacer una guerra sea asunto de uno solo o de pocos, sino de muchos, que tendrán que convencerse mutuamente y así se verán obligados a un ejercicio frío de racionalidad. Uno solo o pocos serían mucho más fácilmente arrastrados por sus pasiones que los muchos que las controlarán y limitarán los unos a los otros en órganos colectivos de deliberación. La monarquía es mala para los Federalistas justamente por tener aquellos poderes que ahora John Yoo afirma ser propios del Presidente de la Unión.

El Presidente que preconiza John Yoo, al no estar sujeto más que a su propio juicio en asuntos tan fundamentales como la paz y la guerra, y la libertad y la vida de ciudadanos y extranjeros, realizaría una forma de gobierno de los hombres (de *un* hombre), y ya no de un gobierno de las leyes.

(ii) La segunda estrategia de moralización de la tortura es la de asumir aparentemente una actitud descriptiva. La tortura –se dice– es un hecho, o sería un hecho de cualquier manera frente a ataques terroristas o a graves emergencias contra la seguridad del Estado. Así que sólo existe la alternativa entre la hipocresía de rechazarla formalmente, permitiéndola sin embargo en las sedes obscuras y secretas del poder ejecutivo, o bien reconocer su presencia en la sociedad como mal menor legalizándola y haciendo de ella una práctica sometida a controles, por lo tanto transparente y responsable.

¹⁵ J. MADISON, A. HAMILTON, & J. JAY, *The Federalist Papers*, I. KRAMMICK (ed.), Penguin, Harmondsworth, 1987, p. 398. En cursiva en el texto.

Aquí la réplica me parece bastante obvia. Esta estrategia justificativa asume primero que la tortura se practique ya de hecho y de manera muy amplia: es decir que sea una práctica habitual de las administraciones estatales. Ahora bien, se puede dudar que sea así en varios países y en contextos relevantes. Por ejemplo, después de los atentados de Madrid del 11 de marzo 2004 no parece que la tortura haya sido una opción para los funcionarios de la policía española. Podríamos también recordar la lucha contra el terrorismo en los “años de plomo” en Italia, durante los cuales –aunque haya habido excesos y violaciones de derechos fundamentales y casos de tratos inhumanos y degradantes– no se puso en marcha ninguna política de aplicación sistemática de torturas contra los sospechosos y los detenidos.

A pesar de lo que cree Alan Dershowitz –que apunta a la tortura como un hecho social inevitable– en el mundo todavía hay Estados de Derecho y sociedades decentes. De todas maneras, esta segunda estrategia justificativa funciona sólo si se le añade una importante premisa. Además de suponer prácticas frecuentes y extendidas de tortura de los sospechosos por parte de agencias estatales, hay que añadir la valoración de que este fenómeno –llamémosle así “social”– no es tan moralmente repugnante como para que no se pueda concebir y admitir su legalización.

Legalizar unas conductas implica cierta valoración de las conductas mismas. Básicamente implica que las conductas en cuestión, aunque puedan ser consideradas no plenamente morales, o incluso en cierta medida inmorales, no resulten intolerablemente injustas o chocantes para la conciencia de quienes sean eventualmente llamados a juzgarles. Si lo fuesen, si resultasen intolerablemente injustas o chocantes para las conciencias, ellas no admitirían que se les otorgase alguna patente de licitud. Pero, éste es el caso propio de la tortura. Aquí nos encontramos con un tipo de conducta tan injusta e intolerable, y chocante, para el sentimiento moral que su posible e incluso probable difusión dentro de la sociedad no nos ofrecerá todavía un buen argumento para que se acepte su legalización, es decir una valoración no plenamente negativa, una valoración en cierta medida positiva del tipo de conducta considerado. Si (*moralmente*) estoy convencido que no se debe torturar, y que éste es un precepto de fuerza normativa suprema, no puedo aceptar que se pueda (*legalmente*) torturar.

(iii) La estrategia más poderosa y común en favor de la reinserción de la tortura dentro del ámbito jurídico es, de todas maneras, la vía utilitarista

que se sirve del caso muy hipotético de la *ticking bomb*, de la bomba a tiempo que puede explotar dentro de poco. La hipótesis es que hemos detenido a un terrorista, que sabemos que él ha puesto en algún lugar un artefacto explosivo que puede causar la muerte de muchísimos inocentes, y que la bomba va a explotar dentro de poco. En un caso parecido la única manera para prevenir la explosión de la bomba y así salvar la vida de los muchos amenazados parece ser obligar a la fuerza, es decir empleando torturas, al terrorista a revelar el escondite de la bomba.

Este es el caso del que se sirve por ejemplo, Winfried Brugger, un profesor alemán, que lleva varios años defendiendo la legalización de la así llamada *Rettungsfolter*, la “tortura de salvamento”¹⁶. Muy parecida es también la hipótesis que le sirve a Alan Dershowitz para su propuesta de hacer depender la tortura de una autorización judicial –propuesta que encontramos en el cuarto capítulo de su libro *Why Terrorism Works*–. Dershowitz insiste mucho, en su oblicua defensa de la tortura, que la moralidad absoluta no existe; lo moral es solo cuestión de grados.

Ahora bien, aquí la réplica puede ser la siguiente. No hay criterio moral que resista al contraste con un caso tan excepcional que parezca que el *fiat justitia* implique y provoque el *pereat mundus*. Agamenón sacrifica a su hija para que los barcos aqueos puedan navegar hacia Troya. Lo hace para satisfacer las preferencias de la gran mayoría de su gente; Agamenón se comporta como un buen utilitarista. Sin embargo –nos cuentan– Clitemnestra, la madre de la hija sacrificada, no se lo perdona. De la misma manera probablemente podríamos justificar todo o casi todo. De esta manera por ejemplo se justificaban las “listas” de la gente a enviar para el campo de exterminio hechas por los mismos consejos judíos de los distintos *ghettos* a los cuales los Alemanes, en un sumo ejercicio de cínica vejación, dejaron por algún tiempo la decisión sobre los nombres para la deportación. De la misma manera, el recurso al mal menor, Carl Schmitt y Karl Larenz, dos inteligentes teóricos del derecho, justificaron *ex post* su adhesión al nacionalsocialismo. Ya que en suma el abismo del mal –como sabemos por lo menos desde Auschwitz– no tiene fondo, la línea del mal menor se puede acercar al abismo prácticamente al infinito.

¹⁶ W.BRUGGER, “Darf der Staat ausnahmsweise foltern?”, *Der Staat*, vol. 35, 1996, pp. 67-97, y W. BRUGGER, “Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?”, *Juristen-Zeitung*, vol. 55, 2000, pp. 165-173.

Dicho de otra manera, una vez que acabamos con la prohibición absoluta de lo que es considerado y vivido como un mal evidente, e intolerable, y nos ponemos a ponderar entre distintos males como posibles alternativas de conducta, la caída de la inhibición inicial hacia el mal evidente hace que ya no haya barreras infranqueables contra éste y su repetición y variación. Lo dice de manera tajante Steven Lukes: “*Removing the general prohibition would soon dissolve inhibitions*”¹⁷. Una vez que se acepte de torturar en un caso, no habrá ya límites inviolables para la tortura en otros casos.

Pero, si es verdad que estamos dispuestos a aceptar el mal menor, aquí la tortura del otro, frente al mal mayor –la muerte de muchos inocentes–, ¿por qué no tendríamos que estar dispuestos a cargar con la culpa que el mal (aunque menor) conlleva siempre consigo mismo?

Si estamos dispuestos a sacrificar la integridad y la dignidad del otro, y a convertirlo en un amasijo de tejidos de carne, es decir sujeto solo de miedo y sufrimiento, ¿por qué no tendríamos que estar dispuestos a sacrificar también nuestra integridad y dignidad y aceptar y proclamar que lo que estamos haciendo, si es que lo hacemos, es algo horrendo y sin perdón? Si lo que estamos haciendo es un mal (aunque menor), ¿por qué necesitamos que la comunidad, el Estado, el derecho nos den su aval, y nos descarguen de la violencia y del dolor de los que nos hemos hechos responsables? Si la situación es tan excepcional y tremenda, y tremendas son también nuestras actuaciones (y esto Brugger y Dershowitz, los dos a regañadientes, lo admiten), que tremendas sean también las consecuencias para nosotros los actores. Y que la ley nos juzgue y nos sancione con todo su rigor.

(iv) Paso ahora a mencionar la cuarta estrategia justificativa. Es aquella en la cual, sirviéndose una vez más del caso excepcional y de la hipótesis de la “*ticking bom*”, se apela weberianamente a la ética de la responsabilidad. Aquí es el “político” que en cierta medida demónicamente toma su decisión y asume sobre sí toda la responsabilidad de la misma.

Muy bien –puede replicarse– que sea así y que aquí también la ley muestre al político que, a pesar de sus contactos y pactos con los demonios del poder, él tampoco se puede sustraer a las consecuencias de unas reglas de civilización que valen para todos sin excepciones. La responsabilidad “weberiana” del político no puede quedar exenta de una operacionalización

¹⁷ St. LUKES, “*Liberal Democratic Torture*”, *British Journal of Political Science*, vol. 36, 2005, p. 15.

normativa e institucional. Y esta no es otra que su responsabilidad frente a la ley ordinaria: su sumisión a la moralidad y a la legalidad que vinculan a los demás mortales. No se ve por qué el “político” tendría que tener una responsabilidad y moral distinta de la del ciudadano.

V.

En conclusión, quisiera defender la tesis de que hay una conexión conceptual necesaria entre tortura e ilegalidad. Esto lo dice ya Christian Thomasius en su ensayo sobre la tortura (*Dissertatio de tortura ex foris Christianorum proscribenda*)¹⁸: la víctima de torturas se percibe y es percibida inmediatamente como víctima de un *abuso*. Esto parece intuitivo. Sin embargo, hay una razón discursiva para tal inmediata reacción y el sentimiento correspondiente de equivalencia y de repulsa. La tortura rehuye cualquier ejercicio de universalizabilidad material: nadie puede aceptar ser torturado a su vez. La tortura es vivida en cualquier caso por el sujeto al que se la aplique como un acto de violencia extrema, intolerable, como abuso y exceso. La tortura nunca podría pasar el test de la universal aceptabilidad que nos da un criterio más o menos último de moralidad. Desde el punto de vista de quien usa y aplica la tortura a su vez esta también se define como exceso y abuso. Y no podría ser de otra manera, ya que el acto está dirigido a resultar intolerable y excesivo, tiene que ser –como nos enseña el Profesor Dershowitz–, “*unbearable pain*”, y por lo tanto depende de los límites (muy variables) de tolerabilidad de la víctima. “*In principle, torture –nos señala Michael Davis– is limited only by the tortured’s endurance*”¹⁹.

¹⁸ Para una edición moderna de este escrito véase Ch. THOMASIIUS, *Über die Folter*, R. LIEBERWIRTH (ed.), Hermann Böhlau Nachfolger, Weimar, 1960.

¹⁹ M. DAVIS, “The Moral Justifiability of Torture and other Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment”, *International Journal of Applied Philosophy*, vol. 19, 2005, p. 165. Esto hace que la tortura ya en la doctrina de derecho romano se juzgue –en palabras de Ulpiano– *res fragilis et periculosa et quae veritatem fallat*, “cosa frágil y peligrosa y que falla a la verdad”. En efecto depende demasiado del dolor infligido y de su (variable) tolerabilidad: “*Nam plerique patientia sive duritia tormentorum ita tormenta contemnunt; alii fit, ut etiam vario modo fateantur, ut non tantum se, verum etiam alios crimentur*”, *De officio proconsulis*, 48, 18, 1, 23. Que es el mismo argumento que emplea Beccaria en su famoso *Dei delitti e delle pene* (cap. XII): “*Ma io aggiungo di più, ch’egli è un voler confondere tutti i rapporti, l’esigere [...] che il dolore divenga il crociuolo della verità, quasi che il criterio di essa risieda nei muscoli e nelle fibre di un miserabile*”, BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, G. D. PISAPIA (ed.), Giuffrè, Milano 1973, p. 40.

Por su fenomenología por lo tanto la tortura es abuso, exceso. Y por consiguiente no podemos ser sometidos al principio de legalidad y al mismo tiempo ser torturadores. Sería paradójico hablar y prever un “abuso de tortura”.

Este punto ya fue subrayado por Thomasius, que discute la posibilidad para el juez de “controlar” y evaluar la conducta del torturador. Esta rehuye cualquier prescripción objetiva, ya que se trata de una acción totalmente regida por la racionalidad instrumental. Su eficacia en efecto depende de su presentarse y darse como “exceso”. Como argumenta Pietro Verri en sus *Osservazioni sulla tortura*, “in materia di tortura e di indizi, non potendosi prescrivere una norma certa, tutto si rimette all'arbitrio del giudice”²⁰. No hay determinaciones deontológicas posibles que predeterminen el empleo de la tortura en el alcance de su violencia. “Until the tortured dies, the point at which the torture should stop is a matter of the torturer's judgement (or that of a superior)”²¹. Se podrían quizás prever supuestos de hecho, “tipos” de casos en los cuales la tortura fuese permitida a las agencias públicas: sin embargo el nivel de violencia de esta no podría y no debería ser previsto; y por lo tanto no resultaría nunca de verdad controlable. Como subraya Thomasius, el verdugo, el torturador, al usar sus terribles instrumentos puede siempre engañar al juez: “*carnifex hic iudici in applicandis instrumentis fucum facere potest*” (*Op. cit.*, II, § V).

Si esto es cierto, y todo indica que así sea, el derecho como criterio y principio de legalidad que predetermina las conductas y excluye el abuso y el exceso en la acción reglamentada se presenta fenomenológicamente incompatible con la estructura de la acción torturadora.

Así nuestra conclusión no puede más que ser la siguiente. En el Estado de Derecho la tortura no cabe en ningún caso. En primer lugar porque rompe el proceso de civilización de la experiencia jurídica puesto en marcha por la Ilustración y la modernidad que aspira a rebajar el nivel de fuerza y la tasa de violencia en las relaciones sociales y especialmente en el ámbito jurídico. La tortura no cabe en el Estado de Derecho sin embargo por otra, quizás más importante, razón. Se trata de una razón estructural. El principio de legalidad, la *rule of law*, es el criterio según el cual la determinación de una

²⁰ P. VERRI, *Osservazioni sulla tortura*, Feltrinelli, Milano 1979, p. 83.

²¹ M. DAVIS, “The Moral Justifiability of Torture and other Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment”, *cit.*, p. 165.

conducta y más aun de una conducta violenta por parte de un órgano público tiene que hacer la conducta en cuestión previsible y proporcional. Un tal criterio sin embargo impide que la tortura –que es por sí misma ejercicio imprevisible, desproporcionado y excesivo– tenga algún posible papel en un Estado de Derecho.

VI.

A lo que he dicho quiero, y debo –creo–, añadir una apostilla. “*Juristen, böse Christen*”, “juristas malos cristianos”, decía Martín Lutero. Y lo decía porque le parecía que el derecho positivo, la justicia del hombre, tiene inevitablemente que ver con la violencia, la sangre, la coacción, la tortura incluso. Para un cristiano el derecho se presenta de manera paradigmática bajo la forma de la cruz, y esta era instrumento de suplicio y tortura, símbolo además de degradación y de extrema supresión de dignidad: sufrimiento y muerte para esclavos, no para libres. El jurista, en segundo lugar, al juzgar a sus parecidos se arroga una tarea que sólo puede ser de Dios. “No juzgarás, y no serás juzgado” –dice Jesús. El jurista sin embargo no le escucha, y toma en sus manos el momento supremo del juicio.

Según Lutero los juristas son malos cristianos, en tercer lugar, por una razón en cierta medida conceptual o lógica. Es el derecho que ellos manejan el que es injusto, inevitablemente injusto, ya que no puede ir mas allá de la *forma* de la justicia, es decir de la *ley*. O, dicho de otra manera, una justicia que no pueda ser violada desde la generosidad y la caridad se convierte en patente injusticia. Aquí el jurista es un mal cristiano, es inmoral, justo porque se limita a evaluar las conductas mediante el criterio taxonómico y sistémico de la regla formal.

Ahora bien, los juristas de hoy que proponen el retorno de la tortura, aunque sea esta solamente la *Rettungsfolter*, resultan ser “malos cristianos” cierto, primero porque se han olvidado del sufrimiento de la cruz y sobre todo de la compasión. A Yoo no le tiembla la mano incluso ante la vista del niño inocente torturado. Pero, Yoo, y Bybee, y Dershowitz, y Brugger, y los demasiados otros que les siguen, sin embargo, resultan ser además “malos juristas”. Y lo son porque le quitan al derecho su calidad de forma, aquel principio de legalidad que es enemigo el exceso y del abuso. Como el gran sacerdote, repiten la frase terrible de que mejor es que muera un hombre solo, antes que perezca el pueblo entero (cf. Juan, 18, 14). La legalidad, que im-

plica la prohibición del abuso, se puede infringir –dicen– en el caso concreto. Y de aquella, de la legalidad, se nos recomienda salir, no para ejercer la piedad, sino la crueldad y el exceso.

Aunque –como notaba Blackstone– a menudo se invoca la piedad como justificación más próxima de la tortura. “Parece mentira –escribe en sus *Comentarios* a las leyes inglesas– que se haya dicho que esta práctica de infligir la tortura surja de la piedad hacia las vidas de los hombres; y sin embargo ésta es la razón dada para su introducción en el derecho civil, y su subsecuente adopción por los Franceses y otras naciones extranjeras” (*Commentaries*, vol. 4, pp. 320-321). A la piedad, que es la máxima justicia del caso concreto, ya que supera y rompe los vínculos formales de esta, se le opone la tortura, que es la máxima injusticia del caso concreto, ya que se da necesariamente *contra legem*, es decir como abuso y prevaricación. Sin embargo, en los dos casos es el principio de legalidad el que está vencido, y la crueldad se ampara frente a éste en su obscena equiparación a la piedad.

MASSIMO LA TORRE

Università degli Studi di Catanzaro
Departamento di Scienza e Storia del Diritto
Viale Pio X, 250
88100 Catanzaro
Italia
e-mail: mlatorre@unicz.it

**TIRAR LA PRIMERA PIEDRA:
¿QUIÉN PUEDE Y QUIÉN NO PUEDE CONDENAR A LOS TERRORISTAS?***

*CASTING THE FIRST STONE:
WHO CAN, AND WHO CAN'T, CONDEMN THE TERRORISTS?**

GERALD A. COHEN
*All Souls College
Oxford University*

Fecha de recepción: 19-7-06
Fecha de aceptación: 23-7-06

Resumen: *El artículo plantea una reflexión ética sobre el terrorismo, especialmente sobre la cuestión de quién puede condenar el terrorismo en términos morales. Expone la discusión reflexionando sobre el conflicto israelí-palestino, aunque algunas de sus conclusiones son aplicables a otros conflictos en los que el terrorismo y las condenas del mismo son temas centrales. El autor sostiene que no hay incoherencia en pensar que el terrorismo es injustificable pero a la vez considerar repugnantes ciertas condenas del terrorismo. La razón es que existe una diferencia entre la expresión de una opinión moral y la expresión de una condena. De este modo, podría ser a la vez verdadero que el terrorismo ha de ser*

* Este artículo fue publicado previamente en COHEN, Gerald A., "Casting the First Stone: Who Can, and Who Can't, Condemn the Terrorists?", *Royal Institute of Philosophy Supplements*, núm. 81, Cambridge University Press, 2006, pp. 113-136.

Traducido por Carlos Lema Añón y Silvina Ribotta de la Universidad Carlos III de Madrid. El resumen y las palabras clave han sido elaborados por los traductores.

** Agradezco a Marshall Berman, Akeel Bilgrami, Paula Casal, Clare Chambers, Miriam Christofidis, Avner de-Shalit, Marcos Dracos, Jon Elster, Nir Eyal, Cécile Fabre, Diego Gambetta, Samia Hurst, Keith Hyams, Natalie Jacottet, Catriona McKinnon, John McMurtry, Avis-hai Margalit, David Miller, Michael Neumann, Michael Otsuka, Mark Philp, Joseph Raz, Michael Rosen, John Roemer, William Simon, Saul Smilansky, Sarah Song, Hillel Steiner, Andrew Williams, y Arnold Zuboff por sus esclarecedores comentarios; a Gideon y Sarah Cohen por la información; y a los miembros del "non-Bullshit Marxism group" por su estimulante discusión.

condenado y que algunas personas en particular no están en posición de hacerlo. Habría para Cohen dos formas de impugnar el derecho de alguien a condenar, que aquí se agrupan con las denominaciones de “¡Mira quién habla!” (o Tu quoque) y “Tú también estás implicado”.

Abstract: *This article presents an ethical discussion on terrorism, dealing with the question of who can morally condemn terrorism. The discussion is inspired by reflection on the Israeli-Palestinian conflict, although some of it has application to other conflicts in which terrorism and condemnations of terror are central issues. The author claims that it is not incoherent to think it impossible to justify terrorism and also find certain condemnations of terrorism repugnant. The reason is that there is a difference between an expression of moral opinion and a condemnation. So, it might be true both that terrorism is to be condemned and that some particular person is not in a position to condemn it. Cohen distinguish two ways of impugning someone’s right to condemn, which are named here “Look who’s talking!” (or Tu quoque) and “You’re involved in it yourself”.*

PALABRAS CLAVE: terrorismo, condena moral, conflicto israelí-palestino.

KEY WORDS: terrorism, moral condemnation, Israeli-Palestinian conflict.

“Da igual el motivo de queja, y estoy seguro de que los palestinos tienen algunos motivos legítimos, nada puede justificar tomar deliberadamente como blanco a civiles inocentes. Si estuvieran atacando a nuestros soldados la cuestión sería diferente” (Dr. Zvi Shtaubert, Embajador Israelí en el Reino Unido, BBC Radio 4, 1 de mayo de 2003).

1. PRELIMINARES

En abril de 1997 mi hijo Gideon estaba cenando con la que iba a ser su esposa en el restaurante *Blue Tops* en el centro de Addis Abeba. De repente una granada de mano entró en la sala. La explosión mató a una mujer e hirió gravemente a otras personas, pero Gideon y Carol se pudieron proteger tumbando su mesa y agachándose detrás. Y, aunque Carol no resultó herida, la metralla alcanzó y penetró a Gideon en la sien derecha. Tres años y medio después, tras haber sufrido fuertes dolores de cabeza, se la pudieron extraer. Hasta ahora no se conoce ni la identidad ni la finalidad de los terroristas del *Blue Tops*.

Al año siguiente y en un país vecino, 1998 en Sudán, mi hija Sarah se vio amenazada por autores menos anónimos. La razón es que estaba a una milla

de la fábrica de Jartum que según el Presidente Clinton producía armas químicas y que fue bombardeada por Clinton en lo que se presentó como una respuesta apropiada frente al reciente terrorismo anti-norteamericano en África. Cualquiera que fuese el motivo o la combinación de motivos que estaban detrás de la acción de Clinton, el bombardeo de las instalaciones farmacéuticas (que sólo quizá fueran también una fábrica de armas) con Sarah en las proximidades permitió que me identificara con las víctimas de una fuerza militar superpoderosa, más de lo que puede hacerlo normalmente una persona occidental. A cientos de kilómetros, podía temer por el destino de Sarah en caso de que se produjeran posteriores bombardeos en Jartum.

Estas experiencias me hicieron cavilar más de lo que de otra forma habría hecho sobre las similitudes y diferencias entre las pequeñas bombas de los desamparados (*underdog*) y las grandes bombas de los “amparados” (*overdog*)¹. Este es el resultado de mis reflexiones.

* * * *

El 1 de mayo de 2003, el Dr. Zvi Shtauber, que por aquel entonces era el embajador Israelí en Gran Bretaña, declaró en la radio británica²:

“Da igual el motivo de queja, y estoy seguro de que los palestinos tienen algunos motivos legítimos, nada puede justificar tomar deliberadamente como blanco a civiles inocentes. Si estuvieran atacando a nuestros soldados la cuestión sería diferente”.

La afirmación de Shtauber me enfadó, y me gustaría explicar por qué. No estaba enfadado porque estuviera en desacuerdo con lo que dijo. De hecho, en

¹ Quizá debería definir la palabra “*overdog*”. El 4 de septiembre de 2003, justo antes de las 13:30 (hora inglesa), en el programa de noticias inglés *World at One*, se entrevistó a un portavoz de la industria armamentística británica (cuyo nombre no retuve) sobre la Feria Internacional de Armas que entonces se estaba celebrando en Londres. Le preguntaron si no estaba de acuerdo en que, aunque la exportación de armas suponía dinero para Gran Bretaña y los británicos podrían agradecerlo, no estarían sin embargo igualmente felices si la misma cantidad de dinero fuera obtenida a través de alguna forma que no implicara la exportación de armas. Contestó más o menos lo siguiente: “En absoluto. Los británicos se sienten orgullosos cuando ven que los Harrier y Tornado se usan en lugares remotos. Por supuesto, si vendiéramos armas pequeñas, como Kalashnikovs, la cuestión sería diferente”. Este era un portavoz de los *overdogs*.

² A su entrevistador del programa *Today*, John Humphrys, a las 8.15 a.m., hora del Reino Unido.

este artículo no desafiaré la verdad de lo que dijo: ni lo niego ni lo afirmo, y todo lo que diré tratará de ser coherente con la premisa de que la utilización deliberada de civiles inocentes como objetivo nunca está justificada. Pero, así como no rechazaré lo que dijo el embajador, plantearé algunas dudas sobre su derecho a decirlo, con la vehemencia e indignación que manifestó y en la posición de enjuiciamiento que adoptó³. Muchas personas que piensan que es imposible justificar el terrorismo, encuentran sin embargo repugnantes las condenas del terrorismo que hacen algunos occidentales y algunos israelíes. Pero, si el terrorismo es imposible de justificar, ¿por qué no cualquier persona puede condenar cualquier terrorismo? Trataré de responder aquí a esta pregunta.

Ha habido una cierta discusión en la literatura sobre cómo definir la palabra "terrorismo". Pero mi preocupación no es la definición de la palabra. Para mis propósitos, podemos dejar que el terrorismo sea lo que Shtauber rechazó, es decir, utilizar como blancos a civiles inocentes con propósitos militares y/o políticos. Y, si esto no es lo que *es* el "terrorismo", esto ciertamente es lo que la mayoría de la gente rechaza al rechazar lo que llama "terrorismo". Y la mayoría de la gente piensa, como claramente lo hace Shtauber, y como lo hago yo también, que utilizar deliberadamente como blanco a civiles inocentes es moralmente peor, en igualdad de condiciones, que utilizar deliberadamente como blanco a soldados⁴.

Una última cuestión preliminar. Asumiré que el terrorismo, o en todo caso el terrorismo que nos importa aquí, sirve efectivamente a los propósitos de los terroristas. Si el terrorismo, o un caso concreto de terrorismo, es *de todas maneras* contraproducente con respecto a los objetivos de los propios terroristas, entonces, por razones *prácticas*, no se plantearía ninguna discusión de principios, desde el momento en que ninguna persona cuerda, o en todo caso nadie con quien yo quiera discutir, diría que hay algún principio que justifica el terrorismo *contraproducente*. Pero nótese que quien condena el terrorismo *sólo* sobre la base de

³ Voltaire muy atinadamente dijo: "Estoy en desacuerdo con lo que dices, pero defenderé a muerte tu derecho a decirlo". Yo estoy diciendo algo parecido a "Estoy de acuerdo con lo que dices, pero atacaré tu derecho a decirlo". De acuerdo, quizá no a *muerte*.

⁴ Quizá se hubiera esperado de mí que dijera lo que en realidad es el terrorismo. Pero, en cierto modo, no hay nada que yo crea que es el terrorismo, si "es" es el "es" de identidad: yo no diría que hay ninguna oración del tipo "El terrorismo es..." respecto a la que pudiera decir que si alguien niega que *eso* es lo que el "terrorismo" *es* ("es" de identidad) entonces esté diciendo algo falso. El funcionamiento de la palabra "terrorismo" es demasiado caótico como para que seamos capaces de identificar una gama de usos que pudieran servir como prueba canónica de las definiciones que se propongan para ese término.

que es contraproducente ha concedido mucho a los terroristas. La crítica de que el terror es contraproducente no lo critica *como* terror⁵. Otras formas de violencia aceptadas son también algunas veces contraproducentes y la queja de Shtauber no era que un curso de acción que incluya al terrorismo⁶ no vaya a tener éxito, o que el terrorismo haga más difícil a Israel acordar los términos para la paz (aunque sin duda hubiera *añadido* tales argumentos, si se hubiera planteado la diferente cuestión sobre la *eficacia* del terrorismo palestino). La afirmación de Shtauber era de principio, y son estas cuestiones de principio, y no las complejas cuestiones de hecho, las que analizaré aquí.

El resto de mi discusión está inspirado en la reflexión sobre el conflicto israelí-palestino, aunque algo de ello pueda ser aplicable al enfrentamiento entre los Estados Unidos y Al-Qaeda. Como judío de izquierdas al que le importa su condición de judío, estoy familiarizado, y sin duda angustiado, en la forma especial en que lo están muchos judíos de izquierda cuya condición de judíos les importa, con el conflicto israelí-palestino. Pero, aunque lo que voy a decir es una respuesta al conflicto israelí-palestino, no propondré conclusiones sobre el conflicto: la gente que esté de acuerdo con mis observaciones podrá aplicarlas de formas diferentes, de acuerdo con sus diferentes convicciones ulteriores. A efectos de la discusión filosófica, abordaré algunos aspectos del conflicto, en concreto algunos aspectos del discurso que lo rodea. Pero el significado ulterior de lo que voy a decir dependerá de respuestas a cuestiones complicadas de hecho y de principio sobre las que no voy a decir nada. Tengo en mente cuestiones de hecho controvertidas sobre lo que sucedió en 1948 y en 1967, y con anterioridad y con posterioridad, así como otras cuestiones de hecho sobre cuáles son las intenciones actuales de las distintas partes en conflicto. Tengo también en mente cuestiones

⁵ Además es falso que el terrorismo no sea nunca productivo, tal y como Michael Ignatieff muestra en pocas palabras: "Con respecto a la inutilidad del propio terrorismo, ¿quién podría afirmar con fiabilidad que el terrorismo judío –el asesinato de Lord Moyne y después del Conde Bernadotte, la bomba en el Hotel Rey David, seguida de masacres selectivas en algunas aldeas palestinas para asegurarse la huida de todos los palestinos– no dio resultado al propósito de desplazar a los británicos y consolidar el control judío del nuevo estado? Aunque no fue sólo el terror lo que creó el estado de Israel –la legitimidad moral de la reclamación de los supervivientes del Holocausto contó incluso más– el terrorismo fue instrumental y el terrorismo funcionó". "The Lessons of Terror: All War Against Civilians Is Equal", *The New York Times Book Review*, 17 de febrero de 2002.

⁶ Nótese que el auténtico objeto de la afirmación no es el terrorismo sino un curso de acción que incluye el terrorismo pero también la negociación. La negociación pura no es la única alternativa al terrorismo: la eficacia de la estrategia del *poli bueno* y el *poli malo* es bien conocida.

de principio complicadas, tales como si un pueblo, o en todo caso un pueblo enormemente oprimido, tiene derecho a un estado y, si lo tiene, a costa de quienes y a qué precio. Todo esto lo voy a dejar aquí de lado. Lo que no voy a dejar de lado – es crucial para el argumento que plantearé– es que las razones y sin razones del conflicto israelí-palestino son profundamente controvertidas: esto es seguramente *incontrovertido*. Si se está en desacuerdo con esta afirmación, en particular si se cree que la posición israelí es, en los asuntos principales, *incontrovertiblemente* correcta, entonces difícilmente se comprenderá la línea argumental de este artículo.

2. QUIÉN PUEDE CRITICAR A QUIÉN: “¡MIRA QUIÉN HABLA!”

Antes de pensar detenidamente sobre las implicaciones de lo que estamos diciendo, podemos estar dispuestos a afirmar que no deben ser toleradas ciertas condiciones de extrema injusticia, que la gente puede hacer todo lo que esté en su mano para eliminarlas o, al menos, que las víctimas de estas injusticias extremas pueden hacer todo lo que esté en *sus* manos para eliminarlas⁷. Pero seguramente también estemos predispuestos a afirmar que ciertos medios de luchar contra la injusticia no deberían ser usados en ninguna circunstancia. Entonces, ¿qué podemos decir cuando nuestras dos inclinaciones colisionan en la medida en que hemos de considerar circunstancias que presentan las condiciones citadas de injusticia extrema y en las cuales los medios prohibidos son precisamente los *únicos* medios disponibles? Cuando nos damos cuenta de que tales situaciones son posibles, nos vemos forzados a *revisar* algunas de nuestras convicciones sobre lo que la moral dice.

Así, según las convicciones sobre la moral en las que nos hayamos situado, la moral podría acabar diciéndole a algunas víctimas: “Lo siento. Vuestra causa es justa, pero habéis sido privados por vuestro opresor tan eficazmente de cualquier medio decente de resistencia, que los únicos medios de resistencia que os quedan son medios moralmente prohibidos”. La moral podría decirlo, porque ésta podría resultar la triste verdad moral en este asunto. Pero, ¿puede cualquier persona decir esto en nombre de la moralidad, *en una actitud de admonición moral*? ¿Puede el opresor mismo defender esta postura? ¿Debería el opresor (quienquiera que sea y no establezco qué

⁷ Las implicaciones de esta proposición harían que la mayoría de la gente la rechazase. Andrew Williams lo expresa así: “Creo que la visión que aquí se considera implica que hay una injusticia tan gravosa que si la única manera en la que puedo evitarla es imponiéndola a otros, entonces es permisible que lo haga *sin que importe a cuántos individuos tendría que sacrificar ni cuán pequeña fuera la amenaza que me supusieran*” (Comunicación personal).

es lo que significa ser opresor aquí) poder escaparse diciendo: “Lo siento. Vuestra causa es justa, pero habéis sido privados tan eficazmente (os he privado) de cualquier medio decente de resistencia que los únicos medios de resistencia que os quedan están moralmente prohibidos”?

Tal y como sugiere el ejemplo del opresor, la fuerza, el efecto de una admonición moral varía según quién esté hablando y quién esté escuchando⁸. La admonición puede ser sensata y estar en su lugar, pero puede que algunos estén en mala situación para emitirla. Cuando alguien contesta una crítica diciendo “¿A dónde vas tú criticándome a mí por eso?”, no esta negando (ni, por supuesto, afirmando) la sensatez inherente de la crítica del crítico. Lo que niega es el derecho de su crítico a hacer la crítica desde una posición de juzgador. Su réplica consigue su efecto sin atender al *contenido* del juicio de su crítico. Desafía, sin duda, el derecho de su crítico a *juzgar* y *dictar* sentencia. En cambio no podría cuestionar

⁸ La pregunta “¿Quién puede decir qué a quién?” está en gran parte sin explorar por la filosofía moral contemporánea. Sin duda, si esta filosofía moral estuviera interesada en qué actos son correctos o incorrectos, entonces el fenómeno *podría* merecer poca atención. (Y digo “podría” porque por mi parte no creo que el fenómeno no aporte lecciones sobre lo que es moralmente correcto; ya que sostengo que lo que he denominado el “test interpersonal” (“Incentives, Inequality, and Community” en G. PETERSON (ed.), *The Tanner Lectures on Human Values*, Volumen XIII, Utah University Press, Salt Lake City, 1992, pp. 280 y ss.) –y que no es empleado en este artículo– tiene implicaciones morales no interpersonales). Pero en la medida en que la filosofía moral pretende reconstruir el discurso moral real, resulta injustificado el amplio abandono por parte de ésta del fenómeno descrito en la oración a la que se refiere esta nota al pie, pese a que surge de forma muy relevante en el discurso moral.

Yo mismo he empezado a examinar la dimensión interpersonal de las expresiones morales en “Incentives” y el tema fue sometido a un estudio posterior por Jerry Dworkin en un artículo llamado “Morally Speaking” (en E. ULLMANN-MARGALIT (ed.), *Reasoning Practically*, Oxford University Press, Oxford, 2000). Como he dicho: “Un argumento [moral] suele presentar un aspecto concreto dependiendo de quién lo ofrece y/o a quién es dirigido. Cuando las razones son dadas para realizar una acción, aprobar una política o adoptar una actitud, la respuesta apropiada por parte de la(s) persona(s) interpeladas para actuar, dar su aprobación o adoptar la actitud, y la reacción de los distintos observadores, podría depender de quién esté hablando y quién esté escuchando. La forma y la explicación de esta dependencia varía considerablemente entre los diferentes tipos de casos. Pero la idea general es que hay muchas formas, algunas más interesantes que otras, en las que el valor persuasivo de un argumento puede ser relativo al hablante y/o al auditorio, al tiempo que hay muchas razones, una vez más con diferentes grados de interés, por las cuales eso debería ser así. (*Ibid.*, p. 273: después de este fragmento ofrezco varias ilustraciones de la mencionada “idea general”).

Espero decir más sobre estos asuntos en un artículo futuro sobre “Formas de acallar a los críticos”.

una crítica que casualmente oyera realizar ante una tercera persona: “Por supuesto estoy de acuerdo en que lo que hizo era moralmente incorrecto, pero no estoy en posición de criticarla. (No soy quién para tirar la primera piedra)”.

Permítaseme retroceder un poco. Podemos distinguir tres formas en las que una persona puede intentar acallar o atemperar la condena de un crítico. En primer lugar, puede intentar mostrar que de hecho ella no realizó la acción criticada. En segundo lugar, sin negar que la realizara, puede afirmar que la acción no merece condena moral, ya que existe una justificación adecuada para ello o, al menos, una excusa legítima para realizarla. En tercer lugar, sin negar que la acción se realizara o que deba ser condenada (lo cual no significa decir, *aceptando* que deba ser condenada), puede intentar desacreditar la aserción del crítico cuestionando su posición como condenador de buena fe de la acción relevante.

Quiero dejar claro lo que no estoy defendiendo cuando digo que un crítico puede ser incapacitado para condenar y, por consiguiente, puede volverse *incapaz* en un sentido relevante para condenar al agente juzgado. No quiero decir que el crítico no pueda estar diciendo la verdad cuando condena al agente: es esencial para el interés del fenómeno que estamos explorando aquí que bien puede ser que esté diciendo la verdad. Tampoco quiero decir que se le debe prohibir manifestarse, bajo cualquier tipo de sanción. Si debe haber una prohibición jurídica o incluso si existe una prohibición moral de hacerlo es una cuestión parcialmente diferente⁹. Lo que

⁹ Mi tema no consiste en determinar cuándo resulta moralmente permisible u obligatorio condenar, y no es una parte de mi punto de vista el que sea siempre bueno o malo que alguien que no está en posición de condenar efectivamente condene. Podría estar de acuerdo con una persona que dijera: “Realmente no estaba en posición de condenarlo, pero emitir una condena tan brutal era la única forma de conseguir que parase y/o que otros lo pararan, y eso era más importante que asegurarme que mis actos de habla fueran conformes a mi ‘posición’”.

Creo que mentir es malo en sí mismo y que eso pesa contra un acto que sea una mentira, lo que es como decir que hay algo malo en mentir debido a su naturaleza, cualquiera que sean sus consecuencias típicas o particulares. Pero, algunas veces esas consecuencias pueden hacer que mentir sea correcto o incluso obligatorio. Algo parecido ocurre en este caso: puedo creer que hay algo incorrecto en condenar a no ser que se cumplan ciertas condiciones, pero si esa condena dudosa va a permitir salvar a niños, entonces diría “¡Condénese!”. Podría ser mejor que los superpoderes malvados condenen las maldades de otros a que permanecieran en completo silencio con respecto a ellas, porque con la condena nos enteraríamos de las maldades de ambas partes (y, por lo tanto, *inter alia*, de cuán mal situados están los superpoderes para condenarse unos a otros). Creo que se puede decir “No tiene derecho a condenar, pero esperemos que lo haga” y quizá incluso: “pero debería hacerlo...” (véase nota 24 más abajo para otras observaciones pertinentes).

quiero decir es que hay hechos relativos al crítico que comprometen su afirmación como pretendida *condena*: lo fundamental está en el pretendido rol –o en la fuerza ilocucionaria¹⁰– de la afirmación. Si Shtauber hubiera dicho, “Por cierto, creo que lo que los palestinos están haciendo es espantoso moralmente”, no sería de aplicación lo que diré sobre su verdadera afirmación, que tiene un estilo diferente. El asunto de la discusión que presentaré es que Shtauber no pretendía simplemente expresar una verdad moral, sino especialmente condenar, y la pregunta es: ¿estaba bien situado, como portavoz de Israel, para realizar este particular acto de habla condenatorio? ¿Tenía derecho a, es decir la posición requerida para, condenar a los terroristas palestinos en los términos en que lo hizo?

Esta tercera forma de desviar las críticas, es decir, impugnar el derecho del crítico a condenar, es de gran importancia en el mundo de la política, en el que importa enormemente quién puede decir qué y a quién de forma creíble y sincera; ya que esta consideración ayuda a determinar la suerte de las intervenciones políticas críticas. El mundo de la política no está poblado por santos con trayectorias sin mácula, sino por no santos que tienen mayores posibilidades de evitar las críticas no tanto tratando de justificar lo que hicieron sino implicando a sus colegas nada santos que los han criticado en las mismas o similares acusaciones.

Con frecuencia reconocemos implícitamente la fuerza de esta tercera forma de respuesta a las críticas. Cuando alguien dice “No estoy en posición de criticarlo” y menciona algunos hechos inhabilitantes sobre sí mismo que son relevantes, nadie le responde diciendo: “Pero cualquiera puede criticar a otro, sin importar su *propio* historial”. Si tú, lectora, estás dispuesta a mantener una afirmación como la anterior, entonces estamos en desacuerdo a un nivel muy fundamental. Pero, si no reconoces que existe una diferencia entre expresar una valoración moral negativa y realizar una condena, entonces no sé como podrías explicar la particular

¹⁰ La expresión “fuerza ilocucionaria” [*“illocutionary force”*] es de J. L. AUSTIN. Véase su *How to do Things with Words*, Oxford University Press, Oxford, 1962, Conferencias VII-XII. [N. de los T.: existe una edición en castellano traducida por G. CARRIÓ y E. RABOSI, *Cómo hacer cosas con palabras*, Paidós, Barcelona, 1998 (5^o reimpresión). A la hora de traducir ésta y otras expresiones hemos seguido el glosario que los traductores incluyen en las páginas 216 y 217, salvo para el caso de “*speech act*” que hemos preferido el más asentado “acto de habla” a la opción de “acto lingüístico”].

fuerza de la desautorización que se logra expresar con las palabras “No estoy en posición de criticarla”¹¹.

Hay una ambigüedad en la palabra “criticar” que puede ser la causa de que te opongas a la distinción que he intentado establecer. Ciertamente hay *un* sentido de “criticar” según el cual si yo expreso una opinión moral negativa con respecto a una persona, entonces se considera que estoy criticando a esa persona: la palabra “crítica” puede usarse para designar una forma de opinión. Pero, puede también usarse para denotar actos de habla que son –o son semejantes– a actos de condena; de lo contrario, no tendría sentido decir “Creo” o incluso “Sé”, “que lo que hizo era incorrecto, pero no estoy en posición de criticarlo”. La clave es que cuando se socava la capacidad moral de criticar o condenar, con ello no se está socavando la capacidad de percibir, registrar y decir la verdad, de lo que se sigue –y esto es más o menos ese mismo punto clave en negativo– que estar en posición para expresar una verdad bien fundada no es suficiente para estar en una buena posición para condenar. “No estoy en posición de criticar” significa *exactamente* que (aún) no sé si lo estoy: hasta ahora no he aportado una explicación que especifique, con una precisión satisfactoria y en términos generales, la naturaleza del defecto en los actos de habla condenatorios sobre los que estoy tratando, pero confío en que las anteriores palabras señaladas supongan un *explicandum* que sea realmente digno de explicación¹².

Hay dos formas de desacreditar la posición del crítico que emite la condena que son aquí relevantes. Ambas aparecen generalmente en el discurso moral y especialmente en intercambios de condenas sobre terrorismo y, en particular, en intercambios entre los israelíes y sus partidarios, por un lado, y los palestinos y sus partidarios por otro.

¹¹ Puede ser interesante distinguir algunas formas diferentes de oponerse a las tesis de este artículo. La forma de desacuerdo más profunda con mi tesis es si, como he dicho, se niega la existencia de la clase de trasgresión de la que acuso a Shtauber, es decir, si se niega que la capacidad de emitir de buena fe una condena tiene algo que ver con el historial y/o la postura del que pretende condenar. Pero contra lo que he dicho también se podría sostener la tesis de la relatividad, que excluya absolutamente la posibilidad de que los actos *puedan* ser condenados por alguien: entonces Shtauber podría ser inmune a mi crítica. Y también podría considerarse inmune por algunas otras razones, incluso si se acepta que la posición de alguien *se relaciona* con su propia capacidad para condenar actos absolutamente excluidos.

¹² Para algunas otras tentativas de explicación, ver mi “Formas de acallar a los críticos”: nota 9 más arriba.

La primera de estas técnicas implica una expresión crítica que era usada en mi infancia mediante la réplica “¡Mira quién habla!”. Shapiro podía decir, “Eh, Goldstein, ¿por qué no viniste al club anoche? Todos te esperaban”. Y Goldstein podía replicar: “¡Mira quién habla! Tú faltaste *dos* veces la semana pasada”. A menos que Shapiro pudiera mostrar alguna diferencia relevante, su poder de condena quedaba comprometido, fuera o no pertinente la crítica que inicialmente le había hecho a Goldstein¹³. En lugares más finos que las calles de inmigrantes del Montreal de posguerra en el que crecí, la gente no dice “¡Mira quién habla!”, sino “Apártate que me tiznas, dijo la sartén al cazo” [*That's the pot calling the kettle black*]. Si yo, el supuesto cazo tiznado, doy esta respuesta a la crítica de la supuesta sartén tiznada, no estoy negando (ni necesariamente aceptando) que estoy deslustrado. Estoy diciendo que, como la sartén lo está más que yo, *cualquier* cosa que sea lo que le lleve a condenarme, la sartén, atendiendo a su punto de vista explícito sobre el tema, debe plantearse su suciedad más que la mía¹⁴.

Y hay todavía un dicho más relevante que se me ocurre para analizar ciertas respuestas inhabilitantes, que parece más elevado porque está en latín. Tengo en mente la frase “*Tu quoque*”, que significa “También tú”.

¹³ Naturalmente tanto Goldstein como Shapiro podrían ser condenados por Hockenstein, concienzudo asistente a las reuniones.

¹⁴ Esto no niega que lo que dice la sartén sea verdad y que en algunos contextos esa verdad es todo lo que importa. Si el cazo hubiera dicho que estaba limpio, lo que la sartén dice al cazo podría pasar. Pero en el contexto político, en contextos de enemistad política, lo que dice la sartén frecuentemente se ve desacreditado *incluso* si viene precedido por una halagüeña o falsa auto-evaluación por parte del cazo.

Compárese la ocurrencia de Christopher Rick sobre T. S. Eliot “...Ricks dijo que la limpieza de la reputación de Wyndan Lewis que hizo Eliot respecto a las presuntas simpatías fascistas de aquél fue como si la sartén dijera que el cazo está limpio. ‘Estuvo bien y mal hacer el chiste, que era un chiste bastante bueno’ dice Ricks. ‘Si lo tomas en serio despiadadamente sugiere que Eliot era fascista y no creo que lo fuera. Pero tampoco estaba en posición de limpiar a otra gente de la acusación. Hay muchas cosas a las que Eliot está vinculado que no están a su vez libres de vinculación con el fascismo’”. (Profile of Christopher Ricks by Nicholas Wroe, *Guardian Newspaper Review Section*, 29-1-05, p. 23.)

Merece la pena contar aquí el siguiente chiste: un rabino se ha ido de la sinagoga para hacer algunas compras y el *shammás*, o si se prefiere el sacristán, queda temporalmente a cargo. El rabino regresa inesperadamente temprano y, al entrar a la sinagoga encuentra al *shammás* en el suelo rezando: “Oh, Señor, ¡tú eres todo y yo no soy nada!”. El rabino dice: “¡Vaya! ¡Mira quién dice que no es nada!”.

Nietzsche lo dijo más brevemente: “El que se desprecia a sí mismo todavía estima al despreciador que lleva dentro de sí”.

Cuando Jesús dijo: “no juzguéis para que no seáis juzgados” y cuando permitió tirar la primera piedra sólo a quien estuviera libre de pecado¹⁵ estaba invocando el *tu quoque* en una forma extrema. Pero no estaba diciendo que el juicio en cuestión podía estar equivocado. Por el contrario, estaba insinuando que el juicio que estaba prohibiendo podría de hecho ser correcto, aunque *tú* no estuvieras bien situado para hacerlo, porque también se te aplicaba a ti y contra ti. “No juzguéis para que no seáis juzgados” es un extremo porque me desacredita como crítico en la medida en que no estoy *completamente* libre de pecado. Contrástese con la otra sentencia de Jesús sobre no señalar la brizna en el ojo de mi hermano cuando hay una viga en el mío propio. Las vigas son más grandes que las briznas, así que si, de forma un tanto irrealista, tomamos *au pied de la lettre* la sentencia sobre la brizna y la viga, podríamos decir que ésta relaja un poco el punto de vista de Jesús, porque sólo condena los juicios de los jueces cuyos pecados son *peores* que los de los pecadores a los que tratan de juzgar¹⁶.

Así, para este primer tipo de respuestas propongo tres buenas etiquetas: “mira quién habla”, “apártate que me tiznas, dijo la sartén al cazo” y “*tu quoque*”. Para el segundo tipo no tengo ningún buen título en latín ni en vernáculo. Pero vamos en buena dirección recordando réplicas a las críticas tales como “tú me obligaste a hacerlo” y “empezaste tú”; aunque ninguna de

¹⁵ Supongo que aquí, a pesar del contexto del comentario, Jesús pretendía dar un consejo no sólo sobre arrojar piedras en un sentido literal, sino también metafórico.

¹⁶ ¿Habría permitido Jesús tirar la piedra a quien primero se comprometiera a ser la siguiente víctima de la lapidación? Piénsese en los monjes que se flagelan unos a otros. ¿Por qué el hecho de que todos seamos pecadores no tendría que significar que todos tenemos que criticar a los demás, en lugar de que, como dice Jesús, nadie debe criticar a nadie? (Agradezco a Marshall Berman esta elocuente contrasugerencia).

Hago una investigación algo más detallada del *tu quoque* en mi “Formas de acallar a los críticos” (véase nota 9). También se debería considerar lo que podríamos llamar *tu quoque* *contrafáctico*: “Harías lo mismo, o algo peor, si estuvieras en mi lugar”. ¿Pueden los neocons norteamericanos poner la mano en el corazón y declarar que si sus propias armas de destrucción masiva se vieran inutilizadas de alguna manera, por ejemplo por hackers informáticos, se abstendrían no obstante de usar métodos terroristas contra sus oponentes, aun si los consideraran efectivos? (Dejo de lado la alegación de que de forma nada contrafáctica ya han usado y alimentado el uso de tales medios en Latinoamérica). ¿Pueden negar que los que ahora son terroristas podrían preferir usar armas de destrucción masiva aprobadas, en formas aceptables, como se supone que han hecho los Estados Unidos (en discusiones con norteamericanos que condenan el terrorismo sin condenar a los Estados Unidos) en Hiroshima y Nagasaki?

estas frases cubre todas las variantes del segundo tipo. Llamaré a este segundo tipo “Tú también estás implicado”, pero si a alguien se le ocurre un nombre mejor, agradezco las sugerencias.

Este segundo tipo de respuesta silenciadora te incapacita para condenarme no porque seas responsable de algo *similar* o peor, sino porque cargas al menos con alguna responsabilidad por la *misma cosa* que intentas criticar. Mi superior nazi no me podría condenar por hacer lo que me ordena hacer bajo amenaza de muerte, incluso si yo *debo* desobedecer y aceptar la muerte. Volveré a este segundo tipo en el apartado 3.

El primer tipo, *tu quoque*, claramente juega un papel importante en las respuestas palestinas a las críticas israelíes al terrorismo palestino, y también cierto papel en las respuestas israelíes a las críticas palestinas hacia los israelíes. ¿Me enfadó la declaración del Embajador Shtauber porque es vulnerable a la respuesta “mira quién habla”? En parte sí, y no porque esté seguro de que lo que hace Israel sea *tan* malo como el terrorismo, sino porque Israel tiene claramente un problema para responder al *tu quoque*, de forma que resulta inaceptable dejar de lado posibles comparaciones con el comportamiento israelí, como intentó hacer Shtauber. Él nos dice “Únete a mi¹⁷ en condenarlos, *sin importar* si somos tan malos o peores que ellos”. Esta es una invitación que nadie debería aceptar.

Los israelíes tienen un caso de *tu quoque* que responder porque matan y mutilan a mucha más gente y privan todavía a mucha más de sus casas y sustentos de lo que hacen los terroristas palestinos. Sin duda hay israelíes oprimidos por ello y que son muy críticos con su propio gobierno, pero que sin embargo creen que su gobierno puede condenar de forma creíble al terrorismo palestino porque el terrorismo es mucho peor que la violencia que comete el *propio* gobierno israelí. Como respuesta a la afirmación de que la condena israelí del terrorismo palestino se ve acallada por el hecho de que los israelíes matan muchos más palestinos, y muchos más niños, estos israelíes argumentan que los asesinatos israelíes no son tan malos como los asesinatos palestinos.

¹⁷ Pongo estas palabras en cursiva porque señalan un asunto que se me ocurrió tardíamente en el curso de mi trabajo en este artículo y que necesita un desarrollo posterior. De alguna manera los que condenan están invitando a terceras partes a *unirse* a ellos en la condena de lo condenable, pero cuando se aplica el *tu quoque* a los que condenan, hay razones para que los terceros rechacen unirse a ellos.

Algunos de estos israelíes invocan el principio del doble efecto, que distingue entre matar gente inocente como un *efecto secundario* no intencionado aunque previsible de una acción *sin embargo* dirigida a un blanco, y matar gente inocente que *son* tu objetivo, gente, por tanto, que intentas y pretendes matar. “Nuestro gobierno puede condenarlos”, podrían decir estos israelíes, “porque aunque nuestro gobierno mata mucha más gente inocente que ellos, nuestro gobierno no *intenta* matar gente inocente”.

Yo mismo creo en el principio del doble efecto, o en todo caso en los juicios sobre los casos que intentan ilustrar este principio¹⁸. Pero también creo que la única forma sensata del principio del doble efecto es la comparativa, no la absoluta. Creo, por ejemplo que, en igualdad de las demás circunstancias, como, por ejemplo, lo justa que sea la causa por la que se lucha, matar doscientos inocentes por efectos secundarios previsible es en realidad *peor* que matar un inocente que es tu objetivo. Me parece absurdo que se diga *ustedes* han cometido una atrocidad al tomar como objetivo y matar a *un* civil con un cóctel molotov, pero que nosotros no hemos cometido una atrocidad porque simplemente *pudimos prever* el efecto, pero sin pretenderlo específicamente, cuando nuestra bomba destruyó no sólo al líder de Hamás que queríamos, sino también a quince personas que eran sus vecinos. Y también debemos tener en cuenta el nivel de cuidado que pongan los combatientes para evitar matar a civiles. Es posible no pretender matarlos pero actuar con completa irresponsabilidad respecto a su seguridad, y parece claro que los soldados israelíes se han vuelto más despreocupados, y en algunos casos deliberadamente despreocupados, a medida que el conflicto se ha hecho más profundo¹⁹. Y todavía peor que una muerte como efecto secundario (meramente) irresponsable, es una muerte como efecto secundario que sigue siendo “meramente” un efecto secundario, pero que además es esperada y bienvenida, porque disuade a terroristas potenciales que se preocupan por sus familias y vecinos. (Después de cada atrocidad terrorista palestina, es normal que un portavoz del gobierno israelí diga: “Ahora caeremos sobre ellos incluso más duramente”. Es difícil de creer que “ellos”, aquí, se refiera únicamente a los propios terroristas: ¿o acaso los israelíes no están haciendo

¹⁸ El diagnóstico de esos juicios y si realmente respaldan el doble efecto es controvertido.

¹⁹ Si una cantidad n de muertes como efectos secundarios es exactamente tan mala como una cantidad m menor de muertes de objetivos, entonces hay una cantidad p menor de muertes como efectos secundarios en la que se manifiesta temeridad ($m < p < n$) que seguramente es tan mala como *esa* cantidad (m) de muertes de objetivos.

ya todo lo posible para inutilizarlos o para detenerlos? Los que dicen estas cosas contemplan las consecuencias también para los que no son terroristas).

De esta forma, no está tan claro que la crítica israelí al terrorismo palestino pueda escapar del reproche *tu quoque* escudándose en la doctrina del doble efecto. Pero los terroristas palestinos y sus defensores se enfrentan también al mismo desafío.

Los palestinos se quejan de que no tienen un estado propio. Se quejan de que sus derechos son negados. Pero ¿cómo podrían justificar un terrorismo que niega el derecho a la vida a personas inocentes? ¿No es el derecho a la vida incluso más valioso que el derecho a tener un estado?

Los palestinos podrían replicar que no tienen como *objetivo* a inocentes sino sólo a israelíes que son cómplices de sus agravios. Pero ninguna teoría defendible sobre la complicidad, no importa cuán amplios sean los criterios de complicidad que proponga, puede cubrir a todos los clientes de los cafés de Tel Aviv, incluyendo a niños y a no ciudadanos de Israel. Ante este hecho, ¿pueden decir los palestinos que su *objetivo* son sólo los ciudadanos cómplices de los bares de Tel Aviv y que las otras muertes son efectos secundarios? No encuentro que esta postura sea defendible. Pero ¿en qué se diferencia de la postura de los escuadrones de asesinato israelíes que vuelan casas porque viven en ellas partidarios de Hamás incluso si saben que personas inocentes que también viven allí perderán sus casas, sus medios de vida e incluso sus vidas?

En definitiva, no estoy seguro de quién puede señalar con el dedo a quién, pero estoy seguro de que es absurdo, dados ciertos hechos indiscutibles, que cualquiera señale al otro sin tener que auto-considerarse. Esta fue sin duda una provocación a la ira que sentí cuando oí las palabras de Shtauber. (Me hubiera enfadado también si un líder de Hamás hubiera acusado a los soldados israelíes que asesinan de desprecio insensible respecto a la vida humana, pero este no es el ejemplo que se discute).

3. QUIÉN PUEDE CRITICAR A QUIÉN: “¿TÚ TAMBIÉN ESTÁS IMPLICADO”

Al igual que en el caso en el que se responde a Shtauber con el *tu quoque*, aquí también se cuestiona su derecho a condenar, pero desde dos posibilida-

des para responder al reto de "Tú también estás implicado". Permítaseme primero decir algo en general sobre "Tú también estás implicado". Después regresaré a Shtauber y a los dos subtipos de réplica que quiero distinguir.

Ya he dicho anteriormente que entre las variantes de esta segunda forma de desviar las críticas (la primera era *tu quoque*) estaban "empezaste tú" y "tú me obligaste a hacerlo". La réplica tiene muchas variantes, con "es culpa tuya que lo hiciera" en un extremo y "me ayudaste a hacerlo" en el otro. Nótese que si es por tu culpa, en todo o en parte, que lo hiciera, puede ser por tu culpa debido a razones estructuralmente diferentes. Entre las distintas posibilidades están: tú me ordenaste que lo hiciera, me pediste que lo hiciera, me forzaste a hacerlo, no me dejaste otra alternativa razonable, me proporcionaste los medios para hacerlo (quizá vendiéndome las armas que necesitaba). Cuando un agente criticado recurre a tales respuestas, éstas comprometen la crítica que proviene del crítico ahora impugnado, pero dejan a terceros la posibilidad de criticar al agente. El funcionario que obedece las órdenes nazis no puede ser condenado por obedecerlas por parte del superior que emite las órdenes²⁰; sin embargo sí que puede ser condenado por nosotros. (Cuando siendo niño intenté excusar una acción sobre la base de que otro me había *dicho* que lo hiciera, mi madre, una tercera, pudo contestarme -y así lo hizo- "Así que si te hubiera dicho que saltaras del *Empire State Building*, ¿también lo habrías hecho?").

Hay que reparar, pues, que este segundo tipo de reto, "Tú también estás implicado", es diferente del "Mira quién habla". "Mira quién habla" dice: "¿Cómo vas a condenarme a *mí*, si *tú* eres responsable de algo similar o peor²¹?". En "Tú también estás implicado" la persona criticada que responde no necesita juzgar si *la persona que critica* ha hecho algo similar o peor. En lugar de ello, "Tú también estás implicado" dice: "¿Cómo vas a condenarme si tú también eres responsable o al menos corresponsable de la misma cosa que condenas?". Esa responsabilidad puede derivarse desde forzar físicamente hasta meramente instigar al otro. "Me criticas por haber robado el banco, pero entonces ¿por qué me diste de buena gana la combinación de la caja fuerte?"²².

²⁰ Repárese en el presente de indicativo: no digo que un superior nazi reformado no pueda condenar a un funcionario inferior no reformado por haberlo obedecido.

²¹ Sobre "similar o peor", ver "Formas de acallar a los críticos".

²² Lo que también habría que explicar es cómo y en qué circunstancias tu implicación te impone un *deber* de condenar. Y podría haber casos en los que a la vez se tiene un deber de condenar y se carece del derecho a hacerlo.

La forma general de “Tú también estás implicado” es ésta: tú estás implicado en la comisión de *este* propio acto como corresponsable que ha estimulado, dirigido, coaccionado, vigilado, ayudado o lo que fuera (con independencia de si lo que hiciste estuvo mal, fue similar o fue peor que lo que yo hice)”.

Consideremos ahora la afirmación del embajador Shtauber dentro del marco del “Tú también estás implicado”. Me centraré primero en la concesión que Shtauber hace al principio, la concesión que dice “tu motivo de queja puede que sea justo”. Esta concesión se oye con frecuencia a israelíes que hablan del terrorismo palestino. Pero creo que puede haber un problema en condenar los métodos terroristas después de haber expresado esta disposición, en principio, de conceder la justicia de los motivos de queja, cuando tú, el crítico, serías la *fuerza* de esos motivos, *si* hubiera alguna. Creo que independientemente de si los palestinos *tienen* o no un motivo legítimo de queja, o de si esos palestinos pueden tener justificación o no para usar el terrorismo frente a los agravios sufridos, la afirmación de Shtauber no es defendible en *su* boca, porque es la boca de un portavoz de Israel: un portavoz israelí no está moralmente cualificado para hacer la concesión “no importan los motivos de queja” cuando está seguido de una condena del tipo “nada puede justificar”. Porque se está implicado en mayor o menor medida en el acto que se condena si se ha causado un motivo de queja *legítimo* respecto al cual el acto es una respuesta. Y entonces ¿cómo puedes esperar razonablemente que tu condena de ese acto sea recibida como si fuera hecha de buena fe, a menos que te ocupes del agravio sufrido por aquellos que condenas? ¿Cómo puedes suponerte libre de dejar de lado el tamaño y el carácter del agravio y tu supuesto papel de causante, y proceder a condenar el acto de respuesta terrorista tal y como podría hacer libremente un tercero? Si el motivo de queja de los palestinos es grande, y los palestinos no tienen formas efectivas de responder, salvo estrategias que incluyan el terror, entonces, incluso si no es Israel quien limita así sus opciones prácticas, la responsabilidad israelí por el propio agravio compromete lo que Shtauber dice después de haber hecho la concesión.

Se podría objetar una cosa a lo que acabo de decir. Alguien que realiza un agravio y por ello induce a una respuesta violenta podría no estar habilitado para quejarse de que hubiera algún tipo de respuesta agresiva, pero en cambio podría condenar una respuesta concreta como *desproporcionada*. Si en respuesta a mi cruel desaire me disparas en un pie, el hecho de que tu dispa-

ro sea una respuesta a mi cruel rechazo no me inhabilita para condenarlo. Y se podría decir que el terrorismo, al ser siempre incorrecto, es *a fortiori* siempre desproporcionado y por consiguiente condenable por cualquiera.

Tengo dos respuestas a esta objeción. La primera es que la objeción generaliza en exceso. Porque si el agravio que impongo es espectacular, si es algo tan absolutamente condenable como la respuesta terrorista, entonces el hecho de que la respuesta terrorista esté moralmente excluida no me parece que implique, en concreto, que ésta sea una respuesta *desproporcionada*. (Supóngase, por ejemplo, que el agravio sea en *sí mismo* una respuesta desproporcionada a un insulto previo: el poder del *tu quoque* se une aquí al “Tu también estás implicado” para condenar la condena).

Otra respuesta a la objeción es que aquí se aplica una suerte de tasa de descuento. Supongamos que las respuestas pudieran ser medidas en una escala de severidad que va desde 1 a 10 y, en un caso concreto estuviésemos examinando una respuesta de 6 o 7, teniendo en cuenta que en este caso cualquier respuesta superior a 5 fuera ya desproporcionada. Un tercero puede, *ex hypothesi*, condenar la respuesta, pero se podría pensar no obstante que sería necesario que fuera de 8, por ejemplo, para que el provocador pudiera *por su parte* condenarlo. Por esta razón adicional no acepto el supuesto derecho de Shtauber a decir lo que dijo y que señalé dos párrafos atrás.

Pero hay una segunda forma bien diferente según la cual podría considerarse que los israelíes están implicados en el terrorismo que quieren condenar. Porque quienquiera que sea el causante de un agravio, y cualquiera que sea la gravedad del mismo, un agente que limita injustificadamente las opciones prácticas que tiene disponibles el supuestamente agraviado, no está en buena disposición para condenar la elección de una opción (en nuestro caso, el terrorismo) que él, el limitador, hace elegible en la práctica, desde el punto de vista de los objetivos de la parte que se ve limitada. (Recuérdese que hemos supuesto legítimamente que la opción terrorista es particularmente buena para los palestinos).

Considérese un paralelismo en el Salvaje Oeste. Cierta pistolero no tiene su revólver, en un contexto en el que todo el mundo tiene uno, ya que los revólveres son el equipamiento normal para los habitantes del Salvaje Oeste. Supongamos que fue Cal el que le quitó su revólver. Si Cal ahora intenta condenar el recurso del pistolero a utilizar algo que es peor que un revólver –por ejemplo una granada de mano– y que el pistolero usa en su lugar, entonces Cal debe o justificar por qué le ha quitado el revólver o mostrar que

quitárselo, incluso si fue injustificado, no *llevó* efectivamente al pistolero a esta opción alternativa. Si tienes a alguien apretado contra la pared, no te quejes si te da una patada en las pelotas, a menos que puedas decir algo sobre tu propio acto de ponerlo contra la pared. (*Puedes* protestar si un asesino al que has desarmado intenta estrangularte, pero eso es porque desarmarlo estuvo justificado. Después de todo, te obligó a hacerlo).

Continuemos con el supuesto paralelismo –supuesto es suficiente– entre Cal y el pistolero, por un lado, e Israel y los palestinos, por otro. Si gobiernas sobre unas gentes que no tienen ciudadanía en tu país, y a los que por ello niegas los medios civiles democráticos de reparación, y si además eres tú quien los ha desarmado y quien los ha privado del armamento que es efectivo contra tus soldados, o al menos te aseguras de que no puedan obtener ese armamento, entonces *tú* en particular no puedes quejarte si usan armamento no convencional contra no soldados, *a menos* que puedas justificar tu acción de limitación, o mostrar que ésta no fue tan sustancial como para hacer comprensible su acción. Los israelíes se aseguran de que los palestinos no puedan adquirir medios convencionales para combatir a las fuerzas israelíes, y por tanto no pueden quejarse de que los palestinos usen otros medios, *si* los palestinos tienen un motivo legítimo de queja y suficientemente sustancial. Si B sostiene que tiene un legítimo motivo de queja y A, que puede no haberlo causado, no deja a B ningún recurso efectivo salvo la extrema violencia, o incluso si A hace de esa violencia un recurso atractivo desde el punto de vista estratégico, entonces ¿cómo puede A en este caso quejarse de esa violencia, sin hacer referencia a la justificabilidad de la limitación que ha ejercido sobre las opciones de B, y por lo tanto sobre el estatus del supuesto agravio de B (insisto, haya sido o no A quien *causó* ese agravio)? Porque cuando rutinariamente todo el mundo lleva armas, Cal tiene que explicar por qué se la ha quitado al pistolero si quiere condenar el uso de la granada de mano por parte de éste. Y cuando otros pueblos, israelíes, norteamericanos, británicos y así sucesivamente tienen “superarmas”, verdaderas armas de destrucción masiva, entonces los que privan al pueblo palestino de la capacidad de adquirir un armamento similar deben explicar por qué lo hacen, si es que quieren condenar el recurso palestino a un armamento distinto.

Por tanto, y por dos razones, *incluso si* es una verdad moral que no se debe atacar civiles de forma terrorista, los israelíes en particular no pueden condenar a los palestinos por atacar civiles, con *independencia* de la justicia de su reivindi-

cación. Incluso si el terrorismo es siempre malo, la postura de Shtauber condenando al terrorismo palestino es insostenible, en ausencia de un argumento contra la queja palestina. Y no porque ésta pudiera justificar el terrorismo (lo que está excluido por la *prótesis* de esta oración), sino porque si los palestinos tienen un motivo de queja legítimo, éste entonces juega contra Israel *tanto* por haber creado el agravio *como* por restringir sus opciones de respuesta práctica²³. Por consiguiente, la cuestión sobre la justicia de la queja palestina no puede ser dejada de lado por quienes les privan de los medios convencionales de respuesta en una discusión sobre los medios no convencionales que usan para reparar su agravio, *especialmente* (aunque no sólo) si quienes los privan de esos medios convencionales son *también* los supuestos causantes injustos de ese agravio.

Los dos cargos contra Shtauber que entran en el título "Tú también estás implicado" ("Tú has causado nuestro agravio" y "Tu nos forzaste a usar medios terroristas") no están simplemente uno al lado del otro. Aunque en términos generales son independientes lógica y prácticamente²⁴, aquí en cierto modo se funden. Veamos. Si los palestinos tuvieran una soberanía democrática normal y una libertad civil normal podrían tener un ejército normal que no estuviera equipado simplemente para ejercer labores policiales respecto a su propio pueblo²⁵. Es un tema central de su agravio el no tener un *estado*²⁶ y, por consiguiente, entre

²³ Supongamos que unos adversarios oprimidos de un estado empiezan una campaña de liberación atacando soldados. Entonces el estado equipa a sus soldados con protección antibalas y, huelga decirlo, no proporciona esa protección a sus adversarios oprimidos. Supongamos que, como resultado, los oprimidos *ahora* sólo pueden ser efectivos atacando a civiles. ¿No podrían decir, certeramente, que sus opresores al haber adoptado esa política no les han dejado otro recurso? *Nosotros*, los observadores, quizá podemos condenar a *ambas* partes corresponsables: al estado por su política y a los oprimidos por atacar civiles. Pero ¿cómo puede el estado condenar a los oprimidos *a menos* que pueda impugnar su agravio?

²⁴ Con esto me refiero a que el causante del agravio no tiene por qué ser el que está restringiendo las opciones o viceversa: no quiero decir que la expresión "Tú has causado nuestro agravio" sea convincente incluso si tenemos numerosas buenas opciones no terroristas o que la expresión "Tú has hecho del terrorismo una buena opción" sea convincente incluso si no tenemos un motivo de queja justificado. La fuerza de cada consideración es en efecto dependiente normativamente de la fuerza de la otra.

²⁵ ¡Un ejército que por supuesto no necesitarían usar para intentar alcanzar la independencia de la que carecen!

²⁶ Muchos israelíes podrían decir que los acuerdos de Oslo y Camp David ofrecieron a los palestinos un estado, pero que la corrupción e incompetencia de Arafat hizo que lo perdieran. Los palestinos replican que lo que se les ofreció era constitucional y geográficamente inadecuado: un conjunto de poderes equivalentes a menos que una soberanía plena y legítima, en

otras cosas, los mecanismos aceptados de violencia que posee un estado. Pero la carencia de lo que podrían tener si tuvieran un estado propio –como por ejemplo el ejército– contribuye decisivamente a la explicación de su forma de reparar el agravio. Porque sólo por medios *no* convencionales puedes reparar un agravio que incluye el agravio de no tener medios convencionales de reparar agravios²⁷.

Permítaseme exponer y defender dos pretensiones conceptuales que informan mi pensamiento sobre la parte del argumento que Shtauber tendría que responder: “Hiciste que fuera una buena opción”. Cada una de estas pretensiones conceptuales son un poco sorprendentes, pero ambas son –así me lo parece– indiscutiblemente verdaderas.

La primera verdad es que si me has dejado sin alternativas razonables esto no implica en sí mismo que yo me viera forzado a hacer aquello que me dejaste como única alternativa razonable, aunque sólo sea porque yo podría en cambio *no haberlo hecho*. Si esto suena extraño, considérese el siguiente ejemplo. Supongamos que un salteador de caminos diga creíblemente: “La bolsa o la vida”, y de ese modo deje a su víctima sin alternativas razonables a la de perder su dinero. De esto no se sigue que la víctima entregará su dinero: podría, en lugar de eso, por ejemplo, elegir la muerte. Si entrega el dinero, lo hace porque se le ha forzado, porque no le queda otra alternativa razonable. Pero no puede decirse que ha sido forzado a hacerlo si en efecto no lo hizo. Por consiguiente, no tener una alternativa razonable a hacer algo no significa verse forzado a hacerlo.

La segunda verdad es que no tener una alternativa razonable a hacer algo no supone que esté *justificado* hacerlo²⁸ en el caso de que se hi-

el interior de un conjunto de “Bantustanes” que no satisfacían las reivindicaciones territoriales palestinas plenas y legítimas. Aquí no adopto una postura sobre este asunto. Pero la argumentación israelí, incluso si fuera sólida, no puede presentarse contra mi crítica a Shtauber, desde el momento en que discutir este asunto significa embarcarse en la empresa de evaluar los motivos de queja palestinos –y eso es lo que Shtauber pretendió evitar.

²⁷ Sin duda, existen medios no convencionales pacíficos y a veces más efectivos que el terrorismo, pero recuérdese nuestra decisión de afrontar el desafío de un terrorismo que sea característicamente productivo. En cualquier caso, Shtauber no estaba prohibiendo la violencia, sino sólo la violencia contra no soldados, y la violencia con similares efectos contra los soldados es más difícil de lograr para los palestinos.

²⁸ Creo que una de las razones por las que el terrorismo colosal como respuesta a la injusticia colosal nos desconcierta, es porque normalmente consideramos que es una justificación de una acción A el hecho de que una persona no tenga ninguna alternativa razonable a A. Normalmente es así. Pero no siempre. Y darse cuenta de ello nos ayuda a pensar más claramente sobre el terrorismo.

ciera. No tener una alternativa razonable al uso del terrorismo puede ser una condición necesaria para que esté justificado usar el terrorismo, pero de ello no se sigue que sea una condición suficiente para que esté justificado. Porque si así fuese, me vería en la calamitosa posición de que, mientras que *no* tengo alternativas razonables al terrorismo, el terrorismo es sin embargo *más* inaceptable que *otra u otras* de mis opciones inaceptables. Tendría que elegir entre lo que sería un desastre para mí y una opción tan horrible desde el punto de vista moral que la única cosa decente que podría hacer sería elegir el desastre para mí. ¿Pero cómo *tú en particular* podrías condenarme si rechazo escoger el desastre para mí, si has sido tú quién me ha privado de toda alternativa aceptable, a no ser que puedas justificarte por haberlo hecho? Si alguien no tiene alternativas razonables, entonces hay una acusación contra el que haya hecho que esto sea así. Si la triste verdad moral es que, aunque todas mis alternativas al terrorismo sean inaceptables, no obstante mi terrorismo no está justificado, entonces cómo aún así la persona que me ha privado de alternativas aceptables, y que me condujo a un terrorismo injustificado, podría condenar este recurso sin justificar la acción que me limitó. Esa persona debe responder a mi queja de que me dejó sin alternativas aceptables a una acción moralmente atroz y prohibida. Que mi única salida esté prohibida no me prohíbe rechazar *su* condena si tomo esa salida.

Shtauber se cree autorizado a condenar los medios terroristas *incluso si* los israelíes han hecho que el camino que incluye el terrorismo sea la mejor opción para unas gentes duramente agraviadas, cuyo agravio, además, han causado los propios israelíes. Pero si eso es así, entonces él no podría condenarlos. Así que tampoco puede apartar como un asunto irrelevante en su intento de condenarlos, la cuestión de si eso es así o no.

Los terroristas dicen: "Vuestra brutal ocupación nos hace usar estos métodos". Los israelíes dicen: "Vuestros métodos terroristas hacen necesario continuar nuestra ocupación". Y cada uno acusa al otro de actos peores de los que él mismo comete. Estas afirmaciones incluyen acusaciones de "Tú también estás implicado" y "*Tu quoque*" que no pueden ser resueltas sin una toma de posición sobre quién tiene qué clase de motivo de agravio justificado. Pero Shtauber pretendió tener un derecho a condenar que prescinde de toda esta controversia. Éste es, según he intentado mostrar, un derecho del que carece.

4. CODA

Dos comentarios más.

(1) He asumido, para exponer algunos asuntos de carácter moral, que el terrorismo palestino es una estrategia efectiva. Pero ciertas estrategias no terroristas podrían ser de hecho más efectivas. Las protestas suicidas que matasen sólo a los que protestan podrían ser mucho más efectivas, debido a la reacción de la opinión mundial²⁹. Pero Shtauber no podría recomendar decentemente el suicidio puro como una alternativa, incluso si terceras partes lo pudieran hacer. O supongamos que los palestinos abandonan su lucha armada anti-israelí y se manifiestan de forma completamente pacífica a escala generalizada contra el estatus de semi-*apartheid*-semi-colonial que están llegando a padecer bajo el dominio israelí. ¿No produciría esto con el tiempo una potente protesta internacional e israelí contra el dominio israelí? ¿Podría el embajador Shtauber recomendar este rumbo gandhiano?

(2) Ha sido un asunto central de este artículo el que una consecuencia de la diferencia entre la expresión de una opinión moral y una condena es que podría ser cierto a la vez que el terrorismo deba ser condenado (opinión moral) y que alguna persona en concreto no esté en posición de condenarlo. Pero de la misma manera, el hecho de que una persona no esté en condiciones de condenar algo no significa que eso no deba ser condenado. Así que si algún izquierdista piensa que el actual gobierno de Israel no puede condenar el terrorismo palestino, estaré de acuerdo; pero si, como algunos izquierdistas parecen pensar, también piensa que de ello *se sigue* que la respuesta terrorista palestina no puede *ser* condenada, entonces me separo de él en este punto.

Tanto Shtauber como el izquierdista imaginario creen, equivocadamente, que si el terrorismo puede ser culpado, entonces Shtauber puede culparlo. Shtauber concluye que él puede culpar al terrorista. El izquierdista imaginario concluye que el terrorista no es culpable. Ambos hacen una inferencia inválida³⁰.

²⁹ Pero el simple suicidio está prohibido en el Islam, mientras que el suicidio que también mata infieles u otros legítimos oponentes es un martirio honorable: en ese caso sería la creencia religiosa, no la acción israelí, la que impide esta forma más efectiva y, juzgada no islámicamente, más aceptable de acción. (Debo la sugerencia del suicidio sin homicidio y el comentario de esta nota a Diego Gambetta).

³⁰ Después de haber escrito este artículo, me beneficié de la lectura de "Blame" de Tim Scanlon, un trabajo en curso que distingue tres puntos: susceptibilidad de ser culpado, (la actitud

Apéndice - Israel y yo

Puedo explicar algo, bastante, de mi actitud hacia Israel haciendo que me acompañes en un recorrido por mi historia personal.

Israel fue fundado en 1948, cuando yo tenía siete años, lo suficientemente mayor como para comprender qué significaba que se fundara Israel, pero lo suficientemente joven³¹ como para que me fascinara de un modo infantil. Mis padres eran comunistas estalinistas, pero la Unión Soviética bendijo a Israel en su comienzo, y fue sin ningún tipo de ambivalencia que en el verano de 1948 caminé junto a mi padre, cogidos de la mano, hasta el Montreal Forum, en el que unos 15.000 de los por aquel entonces probablemente cien mil judíos de Montreal, se reunieron para celebrar el glorioso acontecimiento. *Hatikvah*, el himno nacional israelí, se cantó en el Forum. Eso me conmovió profundamente.

Nos trasladamos a 1983, mi primera visita a Israel ahora con mi hijo Gideon, que entonces tenía dieciséis años. Llegamos sólo unos pocos días después del asesinato de Emil Gruntzveig, que fue el primer judío asesinado (el segundo fue Isaac Rabin) a manos de otro judío debido a que la víctima y el asesino tenían diferentes opiniones sobre el conflicto palestino-israelí, estando Gruntzveig a la izquierda de su agresor. Yo había sido invitado por el *Van Leer Institute* para dar una conferencia e ignoraba cuando llegamos que Gruntzveig había sido un miembro activo de ese Instituto.

Un taxi nos condujo a Gideon y a mí a nuestro alojamiento, un apartamento cerca de la sinagoga Rambán. En el apartamento nos dio la bienvenida un joven llamado "Adeeb". Nos entregó una nota del Director del Van Leer, que decía con auténtica cordialidad, que éramos calurosamente bienvenidos y que lamentaba enormemente que llegáramos en un momento tan terrible.

Empezamos a hablar con Adeeb. Yo, en mi ignorancia, se podría decir incluso en mi estupidez, no me di cuenta de que Adeeb era árabe: su nombre debió habérmelo advertido. Adeeb tenía barba de varios días. Me explicó que no se afeitaba en señal de duelo y que Emil Gruntzveig había sido su mejor amigo. Eso nos hizo caer de algún modo en la cuenta, o quizá la con-

de) culpa y el acto de culpar. Se podría decir que yo exploro ciertos contrastes entre la primera y la tercera. Debo notar por tanto que, según me parece, mucho de lo que descalifica al acto también descalifica a la actitud y que, según también me parece, una razón importante de por qué el acto queda descalificado, en los casos pertinentes es que expresa una actitud que también lo está.

³¹ El final de lo que los Jesuitas consideran que es la edad más impresionable de una persona.

versación siguiente lo implicaba, de que Adeeb era palestino. Esto hizo que todo el contexto de nuestra visita fuera mucho más serio y conmovedor.

Al siguiente día por la tarde había un encuentro conmemorativo al aire libre por Emil Gruntzveig, que tenía lugar cerca de la Knesset. Gideon y yo fuimos con Adeeb. Al final del acto era el momento de cantar *Hatkvah*, el himno nacional israelí, que yo había oído cantar tan gozosamente en 1948. Me provocó un conflicto. Si Adeeb no hubiera estado a mi lado, hubiera cantado la canción con mis compañeros judíos, y quería cantarlo, pero también pensaba que no debía, porque ¿cómo podría evitar Adeeb experimentar la canción como una celebración del acontecimiento que había desposeído a su pueblo? Con todo, decidí que sería deshonesto no cantar y lo canté.

Llegamos a 1998, en el mes de junio, cuando viajaba en coche con mis amigos Dani Attas y Avner de-Shalit desde Jerusalén a Haifa. Hablamos sobre el conflicto durante todo el camino a Haifa, y me mostraron innumerables logros israelíes y muchos lugares que ahora eran *Arab-rein*³² y que habían sido sumariamente confiscados; también aprendí mucho de cosas que no sabía sobre el tratamiento recibido por los árabes dentro de las fronteras anteriores a 1967. Según viajábamos a Haifa sentía que estallaba de orgullo y de vergüenza, a veces al mismo tiempo.

Si estuviera en Israel hoy, y hubiera una manifestación de judíos progresistas, y Adeeb y yo estuviéramos juntos en la manifestación y se fuera a cantar *Hatikvah*, no cantaría, no podría, ni se me ocurriría cantarlo.

No he intentado justificar aquí nada, ninguna actitud mía pasada o presente. Pero creo que mi actitud actual está completamente justificada.

GERALD A. COHEN
All Souls College
Oxford University
OX1 4AL - Oxford
Reino Unido

Email: gerald.cohen@all-souls.ox.ac.uk

³² “Limpio de árabes”. Alusión a la expresión *Juden-rein* (o *Judenfrei*) que utilizaban los nazis durante el Holocausto para designar un área libre de la presencia de judíos, especialmente para designar a las ciudades o regiones luego de la limpieza étnica de judíos. Es una expresión alemana que literalmente significa “libre de judíos” y que ya había sido utilizada en Alemania en el siglo XIX [N. de los T.]

**DE LOS DERECHOS Y DE SU RELACIÓN
CON LOS DEBERES Y LOS FINES COMUNES***

*ABOUT RIGHTS AND THEIR RELATION
WITH DUTIES AND COMMON AIMS*

GIANLUIGI PALOMBELLA
Universidad de Parma

Fecha de recepción: 20-7-06

Fecha de aceptación: 2-9-06

Resumen: *Los derechos humanos no expresan únicamente el respeto a la libertad y al principio de autonomía sino que también reflejan un ideal de la vida buena y pueden presentarse como condiciones mínimas de convivencia. Con los derechos se pretende evitar, sobre todo, la destrucción del tejido ético de la comunidad por lo que resulta esencial destacar su dimensión axiológica y colectiva.*

Abstract: *Human rights do not only express respect for freedom and the principle of autonomy, but also include an ideal of good life and can be presented as the minimum conditions to living together. Through human rights we specially try to avoid the destruction of the ethical net of the community and for that reason it is essential to emphasize its axiological and collective dimension.*

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos, esfera pública, esfera privada, deberes, bien público

KEY WORDS: Human Rights, public domain, privacy, duties, public goal

* El presente artículo aparecerá en el volumen colectivo U. POMARICI (dir.), *Filosofía del Diritto*, Torino, 2006. Todos los derechos de impresión pertenecen al autor. Traducción de M^a Eugenia Rodríguez Palop, Universidad Carlos III de Madrid.

INTRODUCCIÓN

En la mayor parte de la cultura europea entre el '800 y el '900 el derecho subjetivo era concebido como una realidad "jurídica". No representaba ninguna esencia "natural", ni aparecía siquiera como algo imaginable en reino "natural" alguno. Los derechos subjetivos eran, en efecto, *normas*, y no una entidad independiente de las normas. En los últimos decenios del '900, sin embargo, también en la Europa continental, se abrió camino la expresión "derechos morales", con la que se mostró la difundida convicción de que el discurso sobre los derechos podía pertenecer tanto al Derecho como a la moral. Esta tesis se corresponde a menudo con un modo particular de vincular el Derecho y la moral y, eventualmente, de superar la alternativa iusnaturalismo –positivismo, subrayando la importancia del razonamiento moral¹, incluso para solucionar cuestiones propiamente jurídicas.

En los últimos años, muchas y diferentes doctrinas unidas, no obstante, por algunos rasgos comunes, han vuelto a plantear el protagonismo de los derechos atribuyendo un papel destacado a los "valores" en la comprensión constitucional, al razonamiento moral, como un instrumento esencial en el conocimiento del Derecho y, en fin, a los principios, en la clarificación, la determinación y la interpretación de los derechos.

Para el iuspositivismo tradicional, en cambio, el discurso de los *derechos* pertenece al *Derecho* (Law) y no hay ninguna necesidad de recurrir a la *moral*, entre otras cosas, porque ambos reinos están dotados de límites separables².

¹ Los principales representantes de esta línea podrían ser R. DWORKIN, *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*, Oxford, 1996; Id., *L'impero del Diritto*, trad. Lorenza Caracciolo di San Vito, Milano, 1989. R. ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1994 (en inglés: *A Theory of Constitutional Rights*, trad. Julian Rivers, Oxford, 2002); Id., *Teoria dell'argomentazione giuridica: la teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, bajo la dirección y con un escrito de Massimo La Torre, Milano, 1998. [Existe traducción en castellano. R. ALEXI, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, trad. Ernesto Garzón Valdés y R. ALEXI, Madrid, 2002, *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989. Para el resto de artículo, aparecerá la referencia a la traducción castellano entre corchetes la primera vez que sea citada la obra. Las sucesivas citas se referirán a la edición italiana que es la que maneja el autor. *N. de T.*]

² En la Filosofía del Derecho contemporánea, entre otras, se recuerda la tesis de H.L.A. HART, *Il concetto di Diritto*, M.A. Cattaneo (ed.), nueva edición con el Postcript del autor, Torino, 2002 [H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, traducción de Genaro R. Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires]; o de J. RAZ, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, 1979. [J. RAZ, *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral*, Universidad Nacional Autónoma, México, 1985, trad. Rolando Tamayo y Salmorán].

No puedo profundizar ahora en este asunto³ pero en lo que sigue ofreceré una reconstrucción de cual ha sido la consideración teórica reservada a los derechos en relación con dos temas de referencia, o si se prefiere, con dos temas en contraste, que figuran entre los conceptos clave del Derecho y de la moral, el de los “deberes” y el de las “normas”. Finalmente, me aproximaré al concepto específico de los derechos “fundamentales” para proponer una definición que pueda relacionarse con otros conceptos considerados homólogos, entre los que es posible citar el de derechos “humanos”.

En la primera parte del cuadro que voy a presentar (1-5), afrontaré la posibilidad de un equilibrio entre derechos y deberes también en el plano de las razones morales, mientras que en la segunda parte (6-10) atribuiré un papel jurídico a los derechos que llamamos fundamentales, definidos por su relación con las normas de un Ordenamiento Jurídico.

1. DERECHOS O DEBERES

Según importantes corrientes del pensamiento, la diferencia entre el reino de lo jurídico y el de lo moral, se corresponde con una forma distinta de situar los deberes y los derechos. En la historia del pensamiento jurídico y filosófico, a un buen número de derechos se les ha adjudicado únicamente una dimensión jurídica⁴; en cambio, si algo ha caracterizado al punto de vista moral de una manera estable, ha sido la centralidad que en el mismo han adquirido los “deberes” y no precisamente los derechos. Esta visión de las cosas, otorga a los deberes un papel central en el mundo moral; un papel que se tenía muy presente en el mismo pensamiento moderno que dio lugar a los “derechos”. Por ejemplo, en este contexto, Locke decía: “*The State of Nature has a Law of Nature to govern it, which obliges every one: And Reason, which is that Law, teaches all Mankind, who will but consult it, that being all equal and independent, no one ought to harm another in his Life, Health, Liberty, or Posses-*

³ Para lo cual se puede recurrir a S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, 2001; G. PALOMBELLA, *L'autorità dei diritti: i diritti fondamentali tra istituzioni e norme*, Roma-Bari, 2002; V. OMAGGIO, *Teorie dell'interpretazione: giuspositivismo, ermeneutica giuridica, neocostituzionalismo*, Napoli, 2003; V. GIORDANO, *Il positivismo e la sfida dei principi*, Napoli, 2004; G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto: sistemi normativi contemporanei e modelli della razionalità giuridica*, Roma-Bari, 2005.

⁴ Cfr. por ejemplo, J. WALDRON (ed.), *'Nonsense upon Stilts'. Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, London, 1987.

sions”⁵. Y entre los padres del constitucionalismo americano, Thomas Jefferson, en una carta de 1814, afirmaba:

“Considero nuestras relaciones con los otros como constitutivas de los límites de la moral...Hacia nosotros mismos, en rigor, no podemos tener deberes, desde el momento en que una obligación requiere dos partes. El amor hacia nosotros mismos, en consecuencia, no es un elemento de la moral. Es más, es exactamente lo contrario. Es el único antagonista de la virtud, el que nos lleva continuamente a satisfacernos a nosotros mismos violando, de este modo, nuestros deberes morales hacia los demás”⁶.

En una reciente intervención en el *Oxford Journal of Legal Studies* (2003), Sir John Laws dice que “hay deberes y no derechos morales”⁷ y sostiene que si un derecho está “justificado moralmente, es porque la otra parte tiene un deber –un deber moral– de respetarlo”. Por esto, concluye lapidariamente, “*a throne of moral rights may make a kingdom of intolerance*”⁸. En definitiva, sólo si la moral interpersonal está marcada por la idea del deber (más que por la mentalidad posesiva e individualista de los derechos) es posible impedir que el Estado se transforme en un árbitro del *divide y vencerás* o en un tiránico dispensador de *pan y circo*.

Ciertamente, frente a estas consideraciones, es difícil negar que los derechos son *self-centered*, o sea, que están orientados a priorizar al individuo y a su valor intrínseco. Y las democracias liberales parecen apoyarse en los derechos, precisamente por la conexión que, en general, se establece entre estos y la libertad individual, ya sea como concepto general unitario o como conjunto de libertades concretas. De hecho, los derechos individuales más relevantes son indirectamente la premisa o el contenido de las elecciones personales que otorgan un

⁵ J. LOCKE, *The Second Treatise of Civil Government*, en Id., *Two Treatises of Government* (1690), P. Laslett ed., Cambridge, 1960, § 6, p. 289. Ed. it. *Secondo trattato del governo civile*, en J. LOCKE., *Due trattati sul governo civile e altri scritti politici*, a cura di L. Pareyson, Torino 1982, p. 231.[J. LOCKE, *Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, trad. Carlos Mellizo, Alianza, Madrid, 1990].

⁶ “I consider our relations with others as constituting the boundaries of morality ...To ourselves, in strict language, we can owe no duties, obligation requiring also two parties. Self-love, therefore, is no part of morality. Indeed it is exactly its counterpart. It is the sole antagonist of virtue, leading us constantly by our propensities to self-gratification in violation of our moral duties to others” (Th. JEFFERSON, *Letter to Thomas Law*, Poplar Forest, June 13, 1814. Puede encontrarse en: <http://home.att.net/~history101/TJletters.htm>).

⁷ J. LAWS, “Beyond Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 23, 2003, p. 267. Pero vid. también ibidem, pp. 265 y ss. Probablemente sin advertir de la medida en la que esto contradice la filosofía de Ronald Dworkin, que se valora mucho. En efecto, no podemos ignorar que la moral nos enseña, desde Platón, cómo debemos comportarnos con los demás (ibidem, p. 268).

⁸ Ibidem, p. 269.

sentido a la idea misma de autonomía personal. Por el contrario, las tesis *duty-based* (que explican nuestro sentido moral, es decir, nuestro sentido acerca de lo justo, refiriéndose a los deberes que tenemos más que a los derechos que podemos reclamar), no podrían más que apoyarse en otro fundamento, indicando a los individuos las directivas a las que deben adecuarse más que subrayando las posibilidades que tienen de dar satisfacción a sus planes de vida⁹.

La relación entre deberes y derechos es, cuando menos, controvertida. Admitiendo la dificultad de trazar un recorrido lineal, los derechos, considerados como una construcción jurídica, se presentan, en maestros como Jeremy Bentham o Wesley Newcomb Hohfeld (los derechos en sentido estricto, en tanto pretensiones), unidos por una relación de correlatividad a los deberes. Si bien también la correlatividad ha sido cuestionada¹⁰, ha constituido y sigue constituyendo un paradigma recurrente. La concepción benthamiana del derecho subjetivo lo configura como un “beneficio” reservado a su titular; más precisamente, asume que el titular de un derecho es aquel que se beneficia de la correlativa obligación en otros, instituida jurídicamente. En el área continental, los que, como Ihering¹¹ veían en el derecho subjetivo un “interés protegido” por el Ordenamiento jurídico, no sólo confirmaban la visión de los derechos como construcción

⁹ No es posible recorrer aquí la intensa discusión que sobre estos puntos ha mantenido la Teoría del Derecho, especialmente anglosajona. En todo caso, en relación a estos problemas específicos, entre otros trabajos importantes por los que se puede comenzar y a los que me referiré enseguida, se puede mencionar R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, a cura di G. Rebuffa, Bologna 1982, pp. 265-92 [R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Ariel Barcelona, 1984]; T.M. SCANLON, *Rights, Goals and Fairness*, en S. Hampshire (ed.), *Public and Private Morality*, Cambridge, 1978, pp. 93-111; H.L. HART, “Between Utility and Rights”, *Columbia Law Review*, núm. 79, 1979, pp. 828-46; F. LAPORTA, “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, núm. 4, 1987, pp. 22-46.

¹⁰ Puede verse, por ejemplo, D. LYONS, “The Correlativity of Rights and Duties”, *Nous*, núm. 4, 1970, pp. 45-55 (también es posible encontrarlo en C. NINO (ed.), *Rights*, Aldershot, 1992, pp. 49-59). Sostiene la correlatividad, N. BOBBIO en *L'età dei diritti*, Torino 1992, p. 83. [N. BOBBIO, *El tiempo de los derechos*, trad. R. de Asís, Sistema, Madrid, 1991].

¹¹ Cfr. A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, I parte, *Il concetto di diritto*, Milano, 1975, pp. 172-4. Indicaciones bibliográficas y otras observaciones pueden encontrarse en M. LA TORRE, *La “lotta contro il diritto soggettivo”. Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista*, Milano, 1988, pp. 234 ss.; M. VILLEY, *Le droit subjectif chez Jhering*, in *Jherings Erbe*, Goettinger Symposium, Hg von F. Wieacker e Ch. Wollschlaeger, Goettingen, 1970, pp. 217 ss. Cfr. en italiano la importante obra de R.V. JHERING, *Lo spirito del diritto romano nei diversi gradi del suo sviluppo*, trad. di Luigi Bellavite, Milano 1855 [R. JHERING, *El espíritu del derecho romano en las diversas partes de su desarrollo*, trad. Enrique Príncipe Satorres, Madrid, 1891], e Id, *La lotta per il diritto e altri saggi*, a cura di Roberto Racinaro, Milano, 1989. [R. JHERING, *La lucha por el derecho*, trad. Adolfo Posada, Victoriano Suarez, Madrid, 1921].

“jurídica”, sino que de hecho también abrían el camino a la idea kelseniana, según la cual un derecho subjetivo se resuelve en las *normas* que disponen obligaciones (como recordaré mejor más adelante: *infra* & 6).

En síntesis, los considerados “*legal rights*” (expresión anglosajona que suena a pleonasma en la recordada tradición continental) parecen depender en cada caso de deberes y obligaciones en los otros, previstos por el Derecho vigente.

Fue Herbert Hart quien buscó una vía diferente, pero sólo obtuvo un éxito relativo. Su c.d. “*choice theory*” intentaba evitar la reducción de los derechos a simples reflejos de deberes; se orientaba a superar una construcción que a Hart le parecía incapaz de ofrecer una razón de ser propia y peculiar para la categoría de los “derechos” en relación con la de los deberes¹². La *choice theory* identificaba esta especificidad, la *ratio* de titularidad de un derecho, con ese “estar en posición de tener el control” en las situaciones jurídicas en las que los derechos se encuentran implicados. Según Hart si Y está en la condición de “determinar gracias a su elección como actuará X y así limitar la libertad de elección de X” es este hecho y no el de recibir un beneficio, el que resulta “determinante para afirmar que se tiene un derecho”¹³. De este modo, obtener beneficio del deber impuesto a algún otro no es siempre una condición para ser titular de un derecho correlativo; y tener un derecho no significa necesariamente ser aquél que se beneficia de un deber ajeno, sino más bien estar en la posición que le permite gozar de una cierta “soberanía” en cuanto al modo de comportarse, en cuanto al ejercicio del propio derecho, la posibilidad de eliminar deberes ajenos o de renunciar o actuar para que se le obedezca¹⁴.

¹² Una reconstrucción general puede obtenerse del trabajo de B. CELANO, “I diritti nella Jurisprudence anglosassone contemporanea, da Hart a Raz”, *Analisi e diritto*, núm. 1, 2001, pp. 1-58. Otras reconstrucciones útiles y cuidadosas de estos y otros pasajes se encuentran en varios trabajos entre los que es necesario mencionar al menos los siguientes: C. NINO, “Introduction”, C. NINO (ed.), *Rights*, Aldershot 1992, pp. xi-xxxiv; J. WALDRON, “Introduction”, J. WALDRON (ed.), *Theories of Rights*, Oxford (1984), 1995, pp. 1-20; R. WEST, “Introduction: Revitalizing Rights”, en R. WEST (ed.), *Rights*, Aldershot, 2001, pp. xi-xxxi. En los volúmenes citados hay además una colección de ensayos sobre derechos, ensayos que han sido y son todavía fundamentales para el debate científico.

¹³ H.L.A. HART, “Are there any Natural Rights?”, en J. WALDRON (ed.) *Theories of Rights*, cit., p. 82.

¹⁴ Esto es cierto incluso si, como Hart admite, no puede extenderse a los derechos fundamentales o a los que satisfacen necesidades básicas de los individuos (J. WALDRON, “Introduction”, en Id., *Theories of Rights*, cit., p. 9). H.L.A. HART, “Bentham on Legal Rights”, en A. W. B. Simpson (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Second Series, Oxford, 1973 (pp. 171 ss), pp. 196-8. Cfr. también B. CELANO, op. cit., pp. 28 ss.

Los críticos de Hart sostienen la teoría del *interés* más que la de la elección. La razón por la que se atribuye un derecho a alguien está en su interés particular y tal interés tiene que ver con los “bienes” que esperan obtener los individuos y que afectan al ejercicio de su autonomía, a su libertad de elección, como subrayaba Hart, *pero también* se relaciona con cualquier otro bien sustancial, económico o social¹⁵.

De cualquier modo, ya se trate de intereses o de elecciones, es a los derechos a los que se da la prioridad, como fundamento de los deberes correspondientes, y no a la inversa. Es decir, son los derechos la razón por la que podemos imponer deberes¹⁶.

En este punto, el problema de la relación entre derechos y deberes aparece con una luz más clara: ¿cuáles son las razones por las que atribuimos prioridad a los deberes o, alternativamente, a los derechos? La respuesta depende de la concepción que se tenga de la moral política o de la moral en general: si las normas morales pueden tener una justificación que encuentre apoyo en los derechos¹⁷ o en los deberes, o quizá finalmente, en una tríada habitual, en el bien público (*right-based*, *duty-based* o incluso *goal-based*).

2. DERECHOS, VALORES Y AUTONOMÍA DE LOS DEBERES

Si una forma de caracterizar a la sociedad occidental es referirse al modo en que suelen justificarse en su seno las propias reglas, como he explicado más arriba, parece que la idea que ha triunfado entre nosotros es la de que las justificaciones de los deberes se encuentran en los derechos de los otros¹⁸. Tras

¹⁵ N. MacCORMICK, “Taking the “Rights Thesis” Seriously”, en Id., *Legal Right and Social Democracy*, Oxford, 1982, p. 145 y pp. 148 ss. También N. MacCORMICK, “Children’s Rights: A Test Case for Theories of Rights”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, núm. 62, 1976, pp. 309 y ss., pp. 313 y ss.

¹⁶ Los derechos son razones para imponer deberes u otras cargas eventuales, límites, obligaciones, vínculos, sujeciones, etc.

¹⁷ Por ejemplo, MacCORMICK en “Children’s Rights: A Test Case for Theories of Rights”, cit., donde sostiene que si bien “Austin and Hohfeld might be scandalised (...) the law sometimes confers rights which are logically prior to duties” (p. 312). Por otra parte, según MacCormick, “it is because children have a right to care and nurture that parents have the duty to care for them” (p. 313). Pero cfr., desde otro punto de vista, J. RAZ, “Legal Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 4, 1984, pp. 1-21.

¹⁸ Los modelos *duties-based* se consideran patrimonios exclusivos de visiones culturales y religiosas como la islámica, ebraica, cristiana, confuciana, y otras, mientras que los derechos son patrimonio de la revolución moderna y se ubican en la lógica de la separación de la justicia, del Derecho y del Estado de los sistemas religiosos. De hecho, parece claro que las sociedades *duties-based* son distintas a las sociedades *right-based*.

nuestras pretensiones morales y nuestras obligaciones morales hay razones: los derechos deberían ser tales razones, las únicas sostenibles para imponer deberes a los demás. Según J.L. Mackie, no sólo la moralidad política sino la moralidad en general está basada en derechos. De hecho, las teorías *right based* gozan de una evidente ventaja respecto a las de *duty based*: “Los derechos son algo que podemos desear tener, en cambio, los deberes son molestos. Podemos sentirnos bien cuando los deberes son impuestos a los otros (...) en nombre de la libertad, de la protección o de otras ventajas que tales deberes nos aseguran a nosotros y a nuestros vecinos. Pero la razón por la que los deberes existen debe estar en otro lugar. Un deber sólo por amor del deber es absurdo, sin embargo, que los derechos existan sólo por los derechos, no lo es”¹⁹.

Para poder discutir estas conclusiones, necesito todavía algunos argumentos que recorren la teoría *rights based*. Podremos tener muchas razones²⁰ que nos obliguen moralmente a llevar a cabo una acción de la que se beneficie alguien. Pero cuando atribuimos a alguien un derecho lo que creemos sostener es que a esa persona le es debido un beneficio, le son debidas algunas prestaciones o simplemente una abstención, dado que se trata de un bien, de un interés tan importante para ella, que sería una “equivocación” por nuestra parte no reconocérselo (tal como escribe Neil MacCormick²¹).

Como ya he observado, un derecho puede proteger bienes de calidad y peso muy diferentes que vayan desde la libertad y la autonomía de un individuo hasta la satisfacción de sus necesidades básicas, la garantía de sus intereses fundamentales o incluso la obtención de beneficios sociales, como la tutela de la salud, la educación y la seguridad en general. Por lo tanto, además de la autonomía de los individuos los derechos protegen otras cosas.

Ronald Dworkin planteó el problema de los derechos partiendo del presupuesto de que una teoría moral puede ser *right based* (el constitucionalis-

¹⁹ J.L. MACKIE, “Can there be a Right based Morality?” en J. WALDRON (ed.), *Theories of Rights*, cit., p. 171. (“Rights are something that we may well want to have; duties are irksome. We may be glad that duties are imposed on others (...) for the sake of the freedom, protection or other advantages that other people’s duties secure for us and friends. The point of there being duties must lie elsewhere. Duty for duty’s sake is absurd, but rights for their own sake are not”).

²⁰ Se podría tratar de razones puramente utilitaristas, de razones de principio que tienen que ver con nuestra coherencia, y de muchas otras.

²¹ N. MACCORMICK, “Children’s rights”, cit., p. 311. Carlos Nino sostiene que esta caracterización es la misma que propone Dworkin, sobre lo cual puede verse aquí *infra*. (C. NINO, “Introduction” en C. NINO (ed.), *Rights.*, cit., p. XXIV).

mo liberal moderno), o (no sólo) *goal based* o *duty based*. Tal teoría “*will take some overriding goal, or some set of fundamental rights, or some set of transcendent duties, as fundamental, and show other goals, rights and duties as subordinate and derivative*”²². Una vez asumida como fundamental una justificación última, ésta reduce las otras a razones derivadas, de modo que lo que no tiene un valor último acaba teniendo necesariamente un valor instrumental. En consecuencia, existe entre *derechos* y *fines colectivos (goals)*, entre intereses individuales y objetivos públicos, una oposición necesaria, por principio y por razones conceptuales. En la hipótesis de Dworkin, esta contraposición depende de la calidad misma de los derechos. Los derechos tienen un fundamento moral que sería un “error” negarles en función de los intereses de la colectividad, intereses decididos con base en las preferencias políticas expresadas por las mayorías. La exhortación de Dworkin a “tomar los derechos en serio”, nace de estas premisas y de la consciencia de que los principios presentes en la historia constitucional americana muestran la prioridad de los derechos “morales” de los individuos. La filosofía de los derechos de Dworkin representa pues un paradigma consolidado e influyente (sobre sus tesis volveré en breve).

Frente a lo anterior, si pudiéramos partir de la posibilidad de que los derechos fundamentales se nos presenten *también* como objetivos de valor compartidos socialmente (y, por tanto, potencialmente, como fines colectivos), abriríamos el camino para reconocer más de *una* tipología de razones para justificar nuestros comportamientos, o sea nos abriríamos al discurso de la moral pública. De este modo, una hipótesis excluyente podría ser sustituida por una que “permitiera” la concurrencia de justificaciones plurales en nuestras elecciones morales; razones que afectarían a nuestros derechos, pero también a nuestros deberes, y finalmente, a nuestros objetivos comunes, colectivos.

La importancia de esta perspectiva consiste en que, en un cierto sentido, “libera” el horizonte y las estrategias racionales de justificación, incluso suponiendo alguna compatibilidad entre ellas, y en todo caso aspira a lograr un equilibrio (entre las distintas inspiraciones morales). Desde este punto de vista, el mundo “moral” resulta irreducible a un único fundamento, el de los

²² R. DWORKIN, *Taking Rights seriously*, London, 1978, p. 171 (la observación se encuentra en *Justice and Rights*, ibidem, pp. 150-183, que no fue traducido en la edición italiana, *I diritti presi sul serio*, cit.).

derechos, y al mismo tiempo los derechos pueden perder su posición central y la función “absolutista” que parecen haber asumido.

Antes de profundizar en esta cuestión, es útil subrayar que algunos bienes –cuya protección sea reconocida como un deseable fin público o privado– pueden ser considerados, consecuentemente, como valores en sí mismos: se trata de bienes que en nuestra visión están dotados de un valor “intrínseco”, sean individuales o *colectivos*. Como ha sostenido Joseph Raz, además de los derechos, en la base de nuestra moralidad puede haber valores diversos, *más de una razón*, por lo que resulta más realista un “*pluralistic understanding of the foundation of morality*”²³. En efecto, tras las razones que respetamos en el plano moral, no se encuentran sólo los *derechos* de los demás, sino que también podemos encontrar *valores* (que no coincidan con los derechos individuales), e incluso *deberes* (que no se correspondan con los derechos de nadie en particular).

Creo que este “pluralismo” de las fuentes de nuestra moralidad puede no sólo explicar la variedad de opciones incluidas en un Ordenamiento jurídico, sino también ayudarnos a resolver cuestiones ético-políticas que se presentan en la producción y en la aplicación del Derecho. Y es que a menudo se plantean ciertos dilemas en la interpretación del Derecho, a pesar de las tesis que definen los derechos como triunfos o que sostienen su objetiva *reconocibilidad* en términos de *self evident truths*. Este pluralismo nos ayuda a comprender la realidad de los Ordenamientos constitucionales, que como los continentales europeos, no pueden interpretarse como si los principios fundamentales fueran reducibles sólo a la protección de los derechos individuales²⁴. Los Ordenamientos europeos, de hecho, protegen también valores que no son reconducibles únicamente a la categoría de los derechos individuales, de modo que los principios jurídicos que vemos tutelados expresan una pluralidad de posibilidades, que difícilmente podemos reconstruir en términos de una rígida y predeterminada jerarquía.

De otro lado, los mismos derechos –también *cuando llegan a ser un instrumento jurídico* (cuando se consideran coercibles y tutelables institucional-

²³ J. RAZ, “Right-based Morality” en J. WALDRON (ed.), op. cit., p 182.

²⁴ Cfr. R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, a cura di G. Rebuffa, Bologna, 1982, pp. 328 y *passim*. He expuesto mi crítica a este reduccionismo en “Giudici, diritti e democrazia”, en *Democrazia e diritto*, núm. 1, 1997, pp. 241-64. Una crítica explícita a la ecuación principios-derechos individuales puede encontrarse en R. ALEXY, *A Theory of Fundamental Rights*, cit., pp. 65-6; y ahora también en G. ZAGREBELSKY, *Ronald Dworkin's Principle based Constitutionalism: an Italian Point of View*, cit., pp. 642-3.

mente)- son caracterizados en todo caso por su nexa con la ética más corriente. Los derechos están conectados con los que podríamos llamar “valores en curso” y no son inmunes al riesgo de proteger ideales y convicciones que consideramos inaceptables hoy, en nuestras democracias occidentales. En efecto, los derechos se “mueven” según el contexto y pueden presentarse también como un arma de doble filo. Como recordaba Morton Horwitz, al inicio del ‘900, “sólo pocos teóricos sofisticados del Derecho (...) consideraban los derechos naturales como algo más que una ilusión intelectual que obtuvo un cierto éxito en la época del capitalismo del *laissez-faire*. En ellos, la idea central de un conjunto radicalmente individualista de lockeanas prerrogativas prepolíticas –según los pensadores progresistas– se presentó como la antítesis de la noción de valores comunitarios y se desarrolló en el tiempo en el que la Revolución Americana quiso proteger la propiedad privada contra una equitativa distribución de la riqueza”²⁵. A mitad de los ‘800, las sentencias de la Corte Suprema estadounidense, como la *Dred Scott*²⁶, hasta podían basarse en los derechos (de los blancos) para sostener: “*the negro might justly and lawfully be reduced to slavery for the [white man’s benefit]*”²⁷. Así pues, atribuir a los “derechos” una fuerza indiscutible puede revelarse como una cautela sensata.

El protagonismo de los derechos, por lo demás, es esencial pero no exclusivo en el universo moral. Ciertamente, como el pensamiento liberal moderno nos ha enseñado, los derechos individuales son ineludibles, sobre todo porque plantean el problema de la justicia en cada caso particular, pero la justicia se articula con la ética y se enlaza con una variedad de valores. No

²⁵ M.J. HORWITZ, “Rights”, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, núm. 23, 1988, p. 395: “Few sophisticated legal thinkers (...) regarded natural rights as anything more than an intellectual illusion developed in an era of *laissez-faire* capitalism. In its central idea of a radically individualistic set of Lockean pre-political entitlements, progressive legal thinkers believed, was antithetical to any notion of communitarian values and was developed from the time of the American Revolution to protect private property against a more equitable distribution of wealth”.

²⁶ *Dred Scott vs. Sanford*, 60 U.S. 393 (1857). Entre las últimas observaciones que ha suscitado esta sentencia, puede destacarse la de Dworkin que la considera justamente como un ejemplo de fidelidad a la Constitución americana por parte de los jueces, y no de negación de sus ideales originarios. Dworkin dice que la *Dred Scott* ha sido recordada por G.W. Bush como ejemplo del tipo de decisión que los jueces seleccionados por él habrían evitado, pero tal ejemplo no es correcto, según Dworkin, precisamente porque los jueces en la *Dred Scott* habrían sido “fieles” a la Constitución (R. DWORKIN, *Justice in Robes*, Cambridge (Mass), 2006, p. 117).

²⁷ *Dredd Scott vs. Sanford*, cit. p. 407.

podemos ignorar que nuestro universo moral se refiere también a deberes perceptibles de un modo autónomo e independiente de los derechos de los demás. Raz ha insistido en el hecho de que solamente una moralidad “estrecha” (*narrow morality*) podría ser *right based*: tal moralidad se contentaría con obligarnos a considerar “sólo aquellos principios que limitan la persecución de los objetivos individuales y la promoción de un interés personal”²⁸, a fin de proteger la libertad y, en general, la autonomía de los demás. Sin embargo, como recuerda Raz, nuestra misma “autonomía” puede ser vista en un modo doble, bajo el perfil de la limitación externa de las elecciones y las acciones, sobre la base de los derechos de otros, y bajo el de la interna disposición hacia objetivos, valores a perseguir y realizar o deberes a respetar. Incluso un buen individualismo moral no puede obviar la insuficiencia de esta moralidad tan “estrecha” (o sea *right based*). Los “otros” valores, los otros “bienes”, y los deberes *no* tienen siempre y únicamente un papel instrumental respecto de los intereses y los derechos individuales. De hecho, algunos bienes colectivos pueden tener un valor intrínseco y no puramente derivado de los derechos individuales. Por ejemplo, una sociedad libre y tolerante, una sociedad sensible, respetuosa con valores como el arte, la honestidad, la amistad, tiene valor en sí misma y constituye un bien común: una sociedad tolerante es estructuralmente un bien colectivo, que no puede ser exclusivo y divisible. Nadie puede hacer de esto un derecho individual²⁹. Lo que no significa que se trate sólo de un bien “instrumental”.

Estos “bienes colectivos” son, en efecto, tales, según Raz, porque son un factor *constitutivo* de la calidad de vida, de una vida llena y autónoma: les reconocemos un valor que consideramos inmoral despreciar o denegar, incluso si no podemos individualmente hacer valer ningún derecho sobre ellos. El respeto que tributamos a estos bienes se encuentra entre los deberes que *no derivan* de los derechos correlativos o de los correspondientes beneficios o intereses de algún otro, o que no tienen beneficiarios en absoluto³⁰. Tales deberes no hallan pues su justificación en derechos ajenos (ni en tanto

²⁸ J. RAZ, op. cit., p. 198: “Only all those principles which restrict the individual’s pursuit of his personal goal and his advancement of his self interest”.

²⁹ J. RAZ, op. cit., p. 190 (“Generally, since the maintenance of a collective good affects the life and imposes constraints on the activities of the bulk of the population it is difficult to imagine a successful argument imposing a duty to provide a collective good which is based in the interest of one individual”).

³⁰ Ibidem, p. 195.

instrumentos de): imponen el respeto a valores en sí mismos, si bien no necesariamente a valores “últimos”³¹.

Los argumentos de Raz convergen además en la tesis según la cual los *deberes* pueden ser justificados no sólo instrumentalmente sino también intrínsecamente: atribuimos valores en sí a bienes, también por razones independientes de los derechos ajenos, como sucede *a fortiori* en el caso de bienes colectivos (una sociedad tolerante, libre, sensible a la belleza, al arte, etc.). El respeto a sus valores puede ser un deber, a su vez, no instrumental, sino intrínseco. Quien lo niegue se mueve en la “presuposición errada de que si alguien tiene un deber debe observarlo porque tiene un deber. Sin embargo, alguien bien podría tener un deber de hacer algo simplemente porque se preocupa por un amigo o porque siente respeto por el arte”³². Este deber no representa una limitación a nuestras posibilidades de elegir, *no* se trata del freno que debemos imponernos por respeto a los otros (que, por ejemplo, pueden amar el arte) sino que se trata de la expresión *positiva* de nuestra visión del mundo, el efecto de una concepción de la humanidad y de la vida, de su sentido. Otro tanto puede decirse en relación a los bienes “colectivos”, como el que representa una sociedad “tolerante” o la forma de vida que hemos construido, etc.³³. Estos valores en sí aparecen como tales también en el seno de un “humanismo liberal” tendente a proteger el ideal de la autonomía (vid. *infra*, & 3).

3. CIUDADANOS Y ESTADO: ¿DERECHOS O DEBERES?

No se puede negar que al Estado –más que proteger derechos individuales– le corresponde el deber de promover (producir y garantizar) los citados “bienes” colectivos incluso si nadie individualmente puede hacer va-

³¹ J. RAZ explica que incluso si un valor no es un valor último es todavía un valor en sí: no se convierte por esto en un valor instrumental. En el peor de los casos, puede ser “constitutivo” de aquello que tiene valor último (ibidem, pp.187 y ss., pp.191 y ss.).

³² Ibidem, p. 197 (“*The wrong presupposition that if one has a duty one should comply with it because it is a duty. One may well have a duty to do something because of one’s concern for a friend or one’s respect for art*”).

³³ Por tanto, la autonomía no se identifica en Derecho alguno con el sufrimiento de la coerción, sino con una serie de derechos que no pueden siquiera ser aclarados en su totalidad a priori y en abstracto. Pero el valor de la autonomía se defiende a través del respeto a muchos otros bienes que pueden ser “constitutivos” en relación con ella (como ocurre con algunos bienes colectivos).

ler un derecho sobre ellos. Considero que esto puede valer también para la paz, la protección del medio ambiente, el “desarrollo”, la salud colectiva, y probablemente también para beneficiar a las futuras generaciones. Podemos resumir los argumentos expuestos hasta aquí, reagrupándolos en una noción sobre la que tendremos que volver, la de derechos fundamentales. Incluso algunos derechos, considerados social y jurídicamente como fundamentales, podrían elevarse a fines a los que la colectividad orientase su acción y afectar de este modo a los bienes que tales derechos protegen en relación a los particulares. En general, se podría sostener que cuando algunos bienes son considerados fundamentales, jurídicamente, y son valorados por sí mismos, sean individuales o colectivos, forman parte de los fines más relevantes de un Ordenamiento y de un sistema social. Su tutela y su satisfacción evidencian también entonces deberes autónomos para el Estado.

Querría detenerme un poco para profundizar en este punto. Los deberes del Estado³⁴ nacen, según la visión política del constitucionalismo liberal, de la fuente del *trust*, y por tanto de aquella particular relación contractual fiduciaria que une a los ciudadanos y al poder a la vista de la existencia de objetivos generales y de la necesidad de proteger derechos individuales: el poder está supeditado a una *condición* que debe respetar. Sin embargo, desde otras premisas, Lord Laws ha escrito que el poder *del Estado* está basado en un presupuesto “moral”, de modo que lo detenta “*as trustee of the people*”. Según Laws, esto significa que es posible hablar de una moralidad del Estado hacia los ciudadanos, si bien tal moralidad puede ser expresada y valorada sobre la base de actos normativos objetivos, y en consecuencia en términos teleológicos (a diferencia de la moral interpersonal que puede ser juzgada también con base en las intenciones de los actores). Ya que el Estado tiene deberes hacia los ciudadanos, el ambiente “lockeano” que se delinea parece ligar verticalmente a los individuos al poder público en una forma que no debe reducirse a la de la pura coerción³⁵.

Obviamente, la interpretación liberal moderna del *trust* nos lleva a pensar que contiene sólo este tipo de vínculos externos que impiden al poder in-

³⁴ Que no deben confundirse con deberes de los Estados, que se refieren a la cuestión bien distinta de las relaciones internacionales: L. BONANATE, *I doveri degli Stati*, Roma-Bari, 1994.

³⁵ Hay varios alegatos a favor de los deberes en relación al ambiente y al orden colectivo. Pueden verse, por ejemplo, D. SELBOURNE, *The Principle of Duty: an Essay on the Foundations of the Civic Order*, Notre Dame, 2001; D. HODGSON, *Individual Duty Within a Human Rights Discourse*, Aldershot, Hants, 2003.

terferir en las elecciones de los individuos. Son ejemplos paradigmáticos en este sentido “el derecho de perseguir la felicidad”, o la formulación “negativa” de las enmiendas estadounidenses³⁶. Por tanto, el primer estadio de estos “deberes” (admitida su incierta autonomía respecto a los “derechos” sobre cuya base se justifican), se agotaría en el *no actuar* lesionando derechos. Pero la sociedad contemporánea parece llevar los gravámenes impuestos por el *trust* a un estadio distinto; no sólo los derechos sociales, que se ocupan de las prestaciones públicas “positivas”, sino también los derechos de libertad, los derechos civiles, los derechos políticos, *ningún derecho*, sin distinción entre *negativos* y *positivos*, puede garantizarse *sin* una sistemática y coherente intervención colectiva³⁷. Los derechos se introducen en la organización institucional como fines que han de perseguirse *socialmente*.

Sería reduccionista pensar que el problema de los derechos se agota en una concepción naturalista, como si se tratasen sólo de las libertades (negativas obviamente), que pertenecen por “naturaleza” a los individuos e imponen únicamente la no interferencia pública en la esfera privada. Las objeciones a esta visión son diversas. Al menos para Rousseau, Kant y Constant, en los conceptos como el de autonomía, libertad y demás, están destinadas siempre a confrontarse dos alternativas, la de la libertad “negativa” y la de la libertad “positiva”. A la idea de que el poder público debe ser limitado en nombre de la libertad “natural” de los individuos, se añade la consciencia de que la vida colectiva de cada uno tiene lugar en un escenario común determinado profundamente por las preferencias políticas del “soberano”. Tales preferencias no pueden ser consideradas irrelevantes para las prerrogativas individuales e inciden globalmente en el sentido de todas las “libertades”. También las libertades “positivas” (que incluyen los derechos conexos, incluso indirectamente, a la participación y la elección política), destinadas a componer la gramática de la “democracia”, están dotadas de una no desdeñable importancia, precisamente porque son el presupuesto

³⁶ “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances”.

³⁷ S. HOLMES y C.R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, a cura di C. Fusaro, trad. di E. Caglieri, Bologna 2000, consideran insatisfactoria la división propuesta por Hohfeld (claims, powers, privileges and immunities) porque los poderes, inmunidades y permisos, todos ellos, implícitamente, exigen recursos públicos así como prestaciones procedentes del poder estatal.

necesario para lograr el desarrollo de los diferentes planes de vida. Por otro lado, en las sociedades complejas (y en el conjunto de sus conexiones hoy planetarias) es imposible negar que la protección de los derechos depende de la intervención pública, y por tanto de las intervenciones efectivamente realizadas (y no de las simples no interferencias) por la colectividad, por el poder soberano.

El *trust* “adornado” y concebido más allá del velo de una cierta concepción clásico-moderna de la autonomía, significa pues la asunción de fines “obligados”, de “*goals*” que tienen una relación con: (i) bienes de relevancia y naturaleza individual, que reciben la tutela jurídica de los derechos; (ii) bienes que gozan de una naturaleza indivisible, son colectivos: aún no correspondiéndonos sobre ellos ningún derecho individual los asumimos como dotados de un valor intrínseco. Las instituciones públicas y por tanto el Estado tienen deberes en ambos casos, pero obviamente, en el segundo (ii) los deberes despuntan de modo autónomo: están justificados por sí mismos, no pueden ser justificados (ni solamente ni simultáneamente) como reflejos de un derecho subjetivo.

En el primer caso (i), los deberes del Estado en relación a los derechos fundamentales son ciertamente un “reflejo” de los derechos. Esto es aún más evidente cuando se trata de derechos concebidos como *side constraints*, como límites a la acción pública: aquí los derechos son sólo un límite al poder en nombre de una explicación libre de las libertades individuales. Sin embargo nos podríamos plantear si la justificación de los deberes puede construirse también en términos autónomos e independientes de razones basadas en derechos, sobre todo en el caso de bienes que se corresponden con derechos “positivos” (en el sentido que implica la intervención ajena, en general del Estado) –como la tutela de la salud, la educación, el trabajo, el salario mínimo, la vivienda o la participación política. Se trata de derechos sociales y políticos que reclaman una intervención sensible al contexto y no abstractamente predeterminada³⁸ pero que, sobre todo, exigen una fuerte implicación de la colectividad, la predisposición de un complejo de instituciones y de recursos permanentes que hacen de la sociedad misma una entidad nueva y distinta; imponen limitaciones al individualismo, generan una “infraestructura” ciudadana, redes de seguridad social, que dependen del nivel de renta

³⁸ Deberes y sujeciones, poderes e inmunidades, pueden por lo tanto surgir según una lógica expansiva, “dinámica”, ligada a la afirmación de un “derecho”.

de los individuos y terminan por generar nuevos bienes colectivos (como instituciones públicas abiertas al control y a la participación de los ciudadanos, servicios de asistencia, colegios públicos, infraestructuras de transporte, servicios sanitarios, ambientales, de protección civil, etc.). La “sociedad del *Welfare*” es un bien colectivo, no menos que una sociedad tolerante. Si nos encontramos frente a bienes y valores y aceptamos el argumento de Raz, por el cual la segunda tiene un valor intrínseco y puede ser objeto de deberes autónomos, lo mismo puede decirse de la primera. Si existen deberes autónomos del Estado hacia todo aquello a lo que atribuimos un valor en sí (por ejemplo, una sociedad tolerante), otros tantos deberes deberían existir hacia una sociedad construida para satisfacer las necesidades básicas de los hombres. En este punto, puede obtener una respuesta la pregunta sobre si la justificación para una sociedad *Welfare* de este tipo es la simple fuerza moral de la dignidad de los individuos, la idea racional según la cual a cada uno pertenece, en tanto que “derecho”, la casa, el trabajo, el salario mínimo garantizado, la protección social, la educación, etc., o no. ¿Debemos a cada uno todo esto porque se trata de un derecho (en el sentido moral, o si se quiere natural-racional del término) que sería un error negarle o porque tenemos (la colectividad, el Estado tienen) un *deber* independiente?

El mérito de la sociedad del “bienestar” no se deriva, en una óptica liberal, de una justificación apoyada en razones utilitarias comunes (el bien común), sino esencialmente en el *trust* de las democracias liberales. Sería sin embargo reduccionista interpretar esto último sobre la base de la protección de un valor único, la libertad individual. Algunos bienes colectivos no son meramente instrumentales, derivados o secundarios respecto de los derechos de los individuos, sino que tienen valor en sí: y pueden entrar a componer el conjunto de aquello que tiene un valor “último” –son por tanto *constitutivos*, según la sugerencia de Raz. En consecuencia, pueden ser a un tiempo valores en sí y elementos integrantes, esenciales, de la calidad de vida o la libertad individual, que son valores *últimos* en el pensamiento liberal (vid. *supra* & 2).

En el plano político, justificar las democracias liberales a partir del *trust* impide sobre todo, una sociedad sin derechos, y encauza el discurso de los deberes, que puede surgir en sociedades no liberales en las que los individuos podrían ser sojuzgados y sometidos.

En relación a este riesgo, conviene ahora considerar también el otro problema, el de los deberes contrarios, o sea el de los deberes de los individuos

hacia la colectividad y en particular el de la actitud de los *ciudadanos hacia el Estado*. Esta relación, de abajo a arriba, no se puede construir sustituyendo la lógica de los derechos por la de los deberes. Una sociedad enteramente *duty-based produciría efectos no deseables*, y reservaría probablemente un destino funesto para los derechos. Hay un punto que adquiere un valor distintivo y que marca la principal diferencia entre una moral pública capaz de proteger a los individuos y otra orientada a *someter* a los individuos a los *dictados* del Estado, paternalista, teocrática y dictatorial. Los regímenes no liberales son ampliamente edificados sobre la base de los *deberes* que tenemos hacia el Estado. Pero en relación al Estado, si hay un principio *moral* válido en el pensamiento moderno, es el del deber de sustraerse a las leyes injustas, más que al contrario. Esto es coherente con el *trust* de la tradición de Locke, con su aclamación al cielo, cuando no había juez en la tierra³⁹. Ya que el poder tiene naturaleza fiduciaria está sujeto a los deberes y en caso de que no se someta, al pueblo le queda siempre la potestad suprema de derrocar al gobierno⁴⁰.

La cuestión controvertida es si es lícito imaginar una "obligatoria" relación moral entre los ciudadanos y el Estado. A estos fines, estoy identificando aquí Estado con la noción de *Government* y esta última con la del poder jurídicamente constituido y organizado. Y precisamente, según los principios constitucionales occidentales, el poder debería regirse por el consenso de los gobernados. Esta dialéctica tiene naturaleza jurídica, moral y política. Si insistimos en los deberes verticales del ciudadano en la línea de la tradición republicana de la abnegación, si exaltamos la virtud pública, debemos fijar un límite. De hecho, es claramente controvertido que *exista un deber "moral" de obediencia* al Estado, ulterior, por lo tanto, a la obligación política y jurídica.

Hart⁴¹ localizó la raíz de la respuesta afirmativa en el argumento de la "reciprocidad" debida, diría horizontalmente, a los otros miembros de la sociedad que a su vez se han sometido al interés colectivo, al vínculo del Derecho. Tal argumento parece plausible en el seno de un Estado liberaldemocrático y Rawls⁴² lo ha asumido como fuente de una obligación *prima facie* de obediencia al Dere-

³⁹ *Second Treatise of Government*, cit., § 168, pp. 397-8. Vid. también §§ 155, pp. 388-9; § 222, pp. 430-2; § 240, pp. 444-5 (ed. it. *Secondo trattato*, cit., pp. 355-6; pp. 345-6; pp. 392-4; pp. 410-1).

⁴⁰ *Ibidem*, § 240 (ed. it. pp. 361-2).

⁴¹ H.L.A. HART, "Are there any natural Rights?" en J. WALDRON (ed.), *Theories of Rights*, cit., pp. 85-6.

⁴² J. RAWLS, "Legal Obligations and the Duty of Fair Play" en S. Hook (ed.), *Law and Philosophy*, New York, 1964, p. 3.

cho, con la excepción de las obligaciones especiales. Pero la cuestión es controvertida y probablemente por las mismas razones que fundan la liberaldemocracia sobre la libertad de elección moral y política. Se ha dicho que desde el punto de vista de una democracia, el dato característico se encuentra “en el margen de no adhesión moral y política que resulta tolerado y legitimado”⁴³. Por lo tanto, si es esencial que la aceptación moral sea asumida por todos los que ejercen funciones públicas (como los jueces), y que sea posible que los demás ciudadanos la favorezcan, no puede ser exigida obligatoriamente, no puede ser *moralmente* obligatoria. En consecuencia, es cierto que la relación entre *Government* y ciudadanos es asimétrica. El principio moral de adhesión al Estado puede ser universalizado sólo en un Estado autoritario y la obligación moral de adhesión al Estado -ha escrito Luigi Ferrajoli- entra en contradicción con la democracia misma⁴⁴. Con distinta motivación, también Raz sostiene que “no hay una obligación general de obedecer al Derecho, ni siquiera a las leyes de un sistema jurídico bueno y justo”⁴⁵ pero al mismo tiempo, tiene que defenderse que existe una obligación moral de *desobedecer* a las leyes injustas de los regímenes malvados⁴⁶. Si bien un deber general no puede ser impuesto por razones morales universales, es obvio que quien esté convencido del valor del propio sistema jurídico-político, sienta hacia él un vínculo de lealtad: quien tenga “respeto” por el Derecho “tiene la obligación de obedecer”. En efecto: “Su respeto es la fuente de

⁴³ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, p. 972. [L. FERRAJOLI, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, trad. P. Andrés, Trotta, Madrid, 2004] Como Ferrajoli añade, los Ordenamientos democráticos se rigen “no bajo la obligación de la unanimidad moral sino bajo la libre formación de las mayorías y de las minorías y sobre todo en atención a unas y a otras, sin somníferos morales y mucho más en los límites de ilegitimidad del Ordenamiento que en los de la legitimidad” (ibidem).

⁴⁴ “El principio moral de la obediencia no puede ser universalizado. Y ya que son morales, según la conocida tesis meta-moral formulada por Richard M. Hare y ensalzada por Kant, sólo los criterios de conducta susceptibles de ser universalizados, el de la obediencia no puede ser en efecto un principio moral” (L. FERRAJOLI, op. cit., p. 973. Para la cuestión de la universalidad: cfr. R. HARE, *Il linguaggio della morale*, trad. di M. Borioni, Milano 1971, pp. 59 ss; I. KANT, *La metafísica dei costumi*, a cura di G. Vidari, riv. da N. Merker, Roma-Bari 1983, pp. 239 y 247 (“actúa de modo que la máxima de tu acción pueda ser una ley universal”). [I. KANT, *La metafísica de las costumbres*, trad. Adela Cortina Orts, Tecnos, Madrid, 1989].

⁴⁵ J. RAZ, “Respect for Law” en Id., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, 1979, p. 250.

⁴⁶ Por otra parte, J. RAZ escribía significativamente en 1979: “While it is never wrong not to respect the law it is morally wrong to respect it in South Africa or other fundamentally iniquitous regions” (ibidem, pp. 258-9).

tal obligación en el momento en que expresa su confianza en que el Derecho sea moralmente sano”⁴⁷.

4. LA ESFERA PÚBLICA Y LOS DERECHOS INDIVIDUALES

La irritación que hoy vemos a causa de los derechos y su expansión, sea por lo que se refiere a su objeto de protección, sea por lo que hace a sus titulares, se debe esencialmente a que se les ha atribuido un papel de centro único del universo moral, de última justificación y de medida de lo “justo” y del “bien”. Este fenómeno que arrastra todo y reduce todo a la raíz última de los derechos, bien podría ser considerado un “reduccionismo” de los derechos (en lugar de una “inflación” de los derechos y otras expresiones similares, que creo que se refieren más a los efectos que a las causas). Todo ello depende ciertamente del impacto de los discursos que reclaman y amplían derechos, pero también del hecho de que la adscripción y protección de derechos individuales exige una actitud moral de la colectividad, de la sociedad en su conjunto, un papel activo y “positivo” de la esfera pública que no puede ser a su vez justificado por una moral *right-based*, exclusiva y capaz de sostenerse autónomamente. La lógica de los derechos ha llegado a ser altamente exigente, porque la afirmación de los derechos no pretende ya únicamente “exclusiones” (de los demás de nuestra esfera privada), sino que presupone el esfuerzo colectivo, un ambiente favorable en el que se generen y desarrollen bienes públicos, que permita concebir y proteger los derechos individuales. El concepto de derechos individuales, no importa a cuál de las generaciones “históricas” de derechos pertenezcan, adquiere contenidos y significados que dependen de la existencia de un espacio público estructurado y garantizado como área de manifestación y ejercicio de la autonomía (tal es el caso de los derechos políticos), o como lugar para una protección pública considerada vital (educación, sanidad, seguridad, asistencia, y no lejos de aquí, los “derechos” a la paz y a la tutela ambiental).

La citada tendencia a *estrechar el diafragma que separa las pretensiones privadas de las elecciones públicas* constituye hoy un elemento de reflexión. Esta situación puede aclararse considerando el ejemplar modelo rawlsiano de *Political Liberalism*⁴⁸ que se basa en la posibilidad de construir una sociedad liberaldemocrática

⁴⁷ Ibidem, pp. 260-1.

⁴⁸ J. RAWLS, *Liberalismo Político*, a cura di Salvatore Veca, trad. di Gianni Rigamonti, Milano, 1994. [J. RAWLS, *El liberalismo político*, trad. Antoni Doménech, Critica, Barcelona 1996].

que garantice la justa consideración y respeto así como la coexistencia de los diferentes puntos de vista éticos y concepciones del mundo, a través de un conjunto de reglas jurídicas constitucionales (igual consideración a cada uno, tutela de derechos individuales: o sea el conjunto de principios áureos de las Constituciones occidentales que gobiernan las instituciones públicas). Se trata de aislar los elementos esenciales de lo “justo”, y los derechos, del campo de las elecciones éticas reservadas a la autonomía de cada uno, del espacio del “bien”, que queda reservado a la esfera privada. Como he indicado, según Rawls, estos elementos esenciales constitucionales individualizan el contenido de la esfera pública apoyada en el respeto liberal por la diversidad y justificada por la tutela de los derechos, de las libertades fundamentales de los individuos, que plantean condiciones morales, procedimentales y sustanciales⁴⁹. Pero ya que ninguna visión “particular” del mundo, ninguna doctrina sustantiva, “comprensiva”, debe resultar privilegiada, el modelo coincide con la cultura de la *separación* (sobre todo entre público y privado), de la tolerancia, de la justicia como requisito institucional. El hecho de que se acabe dando un *overlapping consensus*, una convergencia entre algunos elementos comunes a diversas visiones del mundo, en la esfera pública, es algo completamente contingente, dependiente del carácter razonable de las inspiraciones ético-políticas concurrentes (en una sociedad determinada).

Ciertamente, no es posible sostener el complejo panel de derechos de la ciudadanía occidental, especialmente si han de conectarse con la agenda relativa a la paz, a la seguridad, a la tutela ambiental, etc., sin que todo esto acabe por enriquecer cada vez más el número de elementos “constitucionales” esenciales sobre los que debe recaer el acuerdo por superposición entre los diversos componentes culturales, ideales, religiosos, etc. de la sociedad. De todo esto, se deriva un cada vez mayor y más relevante espesor post-liberal, ético-político, del espacio en el que convergen las concepciones y doctrinas distintas. Esta mayor densidad de aquello sobre lo que haría falta alcanzar un acuerdo en la (sola) esfera pública significa que es más elevado el grado de esfuerzo “ético” que se impone *a todos*, por lo que acaba por disminuir el nivel de heterogeneidad ética que una sociedad como la nuestra es capaz de “tolerar”, contener, regular. Los derechos no sólo son garantías procedimentales para alcanzar la igual consideración de

⁴⁹ Así, no por casualidad, escribe Rawls: “Si bien el liberalismo político busca un terreno común que sea neutral respecto a los fines, es importante subrayar que puede, no obstante, afirmar la superioridad de ciertos tipos de caracteres morales e apostar por ciertas virtudes morales. La justicia como equidad, por ejemplo, es sensible a ciertas virtudes políticas –las de la cooperación social equitativa: el civismo, la tolerancia, la razonabilidad, el sentido de equidad” (ibidem, p. 169).

todos, sino que también garantizan bienes y valores que han de ser constantemente sometidos a una definición y protección colectiva (cfr. *infra* & 9). La división entre el bien (como cuestión privada) y lo justo (como cuestión pública) tiende a mostrar una cierta abstracción, debido a la dificultad de mantener definitivamente separado en el plano histórico-institucional lo que aparece de un modo distinto en el plano conceptual.

¿Cómo es que las elecciones éticas superan el ámbito al que Rawls las había confinado, *la esfera privada*, y se lanzan al espacio público? Se trata de un proceso que se desarrolla por razones distintas a la de los derechos. En el pensamiento liberal, las justificaciones *rights based* pueden prevalecer sobre las de *goal based*, que tienen como punto de mira el bienestar de la colectividad, pero se mantienen *contrapuestas*: los derechos no pueden ser concebidos como elementos determinantes de los objetivos comunes. Por otro lado, el espacio de los derechos puede venir lesionado precisamente por esta creciente presencia de la ética en la vida pública: *donde los "valores" prevalecen, las garantías* (para quienes tendrían derecho a no compartirlos) *disminuyen*.

Las preferencias en la esfera pública se justifican según su propia lógica. Tienen por *objeto* el interés público y deben orientarse en todo caso hacia la consecución del bien común. Si en las decisiones colectivas se proponen fines como la paz o la tutela ambiental, se pueden justificar tales preferencias asumiendo que las instituciones públicas tienen ante sí verdaderos deberes, *deberes propiamente dichos*: defendiendo que debe ser obligatorio –por su mérito intrínseco– cultivar y tutelar los valores “públicos” o los bienes colectivos.

Los esfuerzos morales que una sociedad asume públicamente no se agotan pues en la garantía de los derechos de cada uno frente a la fuerza del poder público. Las instituciones públicas asumen en realidad deberes hacia la consecución de bienes que tienen un valor en sí, según la cultura y la civilización occidental: *deberes* que constituyen razones *independientes* –en relación a las decisiones públicas– de la satisfacción de su correspondiente derecho individual.

La evolución de los derechos (relativa a su calidad y a su titularidad) se ha orientado precisamente a hacer tangible esta autonomía de los deberes respecto de los derechos.

La lógica de los derechos *self-executing* está al límite de sus posibilidades: los derechos no se realizan o se ejercitan gracias a la acción judicial o a las sentencias de los Tribunales de justicia, ni tampoco a la autoevidencia de su fundamento racional. Si alguien tiene el derecho a una vida “digna” esto significa que debe vivir en una sociedad capaz de garantizar de algún modo

sus capacidades de “*human flourishing*”⁵⁰: las estructuras sociales, culturales, comunes, deben ser capaz en su conjunto de proteger y de alcanzar este objetivo. Sería vano, si no humillante, que fuéramos jurídicamente “libres” en una sociedad incapaz de garantizar la supervivencia o la seguridad frente al crimen, o la educación o la tutela ambiental, etc.

El sentido concreto, práctico, de los derechos como “bienes” para los seres humanos no depende –más que secundariamente– de la tutela “judicial”, sino, fundamentalmente, de la naturaleza compleja (de la coherencia, de la finalidad y de las características) de la vida pública.

De hecho, los derechos adquieren sentido en un universo en el que paralelamente la colectividad haya sido gravada con obligaciones autónomas, obligaciones que se revelan necesarias para que pueda tener un significado la reivindicación de los derechos. Y estas obligaciones –en relación a valores comunes– re-determinan de hecho, porque acrecientan considerablemente, el espesor ético (de los contenidos incluidos, de las opciones a satisfacer) en la esfera pública.

Los derechos como tales suministran razones definitivas para respetar la esfera privada, pero una vez que entran en juego objetivos de deliberación pública, no bastan las solas razones privadas (el *self interested*) que contingentemente se encuentran y se refieren las unas a las otras. Se necesitan razones ulteriores, no puramente *right-based*: *dado que el objeto de la deliberación pública es el interés colectivo y el cultivo de los bienes colectivos, que genera*⁵¹ contenidos autónomos respecto de la simple ética privada.

⁵⁰ Cfr. M.C. NUSSBAUM, “Defense of Aristotelian Essentialism”, *Political Theory*, vol. 20 núm 2, 1992, p. 222, M.C. NUSSBAUM, “Capabilities and Human Rights”, *Fordham Law Review*, núm. 66, 1997, pp. 273-300. Es posible consultar también, M.C. NUSSBAUM, *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, trad. di W. Mafezzoni, Bologna, 2001; A.K. SEN, *La diseguaglianza. Un riesame critico*, trad. di A. Balestrino e G.M. Mazzanti, Bologna, 2000; Id., *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia*, trad. di G. Rigamonti, Milano, 2000. [A.K. SEN, *Desarrollo y libertad*, Planeta, Barcelona, 2000, trad. Esther Tabasco y Luis Toharia]

⁵¹ Este es un argumento esencial en la crítica de Habermas a Rawls. El contenido interno de las particulares visiones del mundo, en Rawls, no desempeña una función “pública” al determinar un acuerdo sobre las condiciones esenciales de la justicia política. Al contrario, la convergencia en sede “pública” se da, en Rawls, como un dato de hecho, que proviene de recorridos separadamente privados. La relación con los componentes morales que son necesarios para la formación de la justicia en la sede de las instituciones públicas no es *perceptible desde el punto de vista público*, sino sólo del de las particulares doctrinas éticas: por tanto, la “praxis justificativa” no se desarrolla “en común”. Cfr. J. HABERMAS, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, a cura di L. Ceppa, Milano, 1998, pp. 96 y ss. [J. HABERMAS, *La inclusión del otro: estudios de teoría política*, trad. Juan Carlos Velasco, Gerard Vilar Roca, Paidós, Barcelona, 2004].

Si deberes públicos y valores colectivos ocupan un puesto esencial junto a los derechos en la moralidad pública, la nueva situación parece alterar los términos del equilibrio propio del pensamiento moderno. También la filosofía de los derechos contemporánea, al menos a partir de la Declaración Universal de los derechos humanos del '48 y hasta las generaciones de los derechos humanos de solidaridad, introduce prerrogativas inalienables de los seres humanos que no equivalen a las "libertades" de las que podrían gozar en el "estado de naturaleza". Se trata más bien de nociones complejas, nociones derivadas o "artificiales", fruto de la evolución social de la comunidad democrática. Tales nociones incluyen en la misma idea de dignidad humana derechos que dependen del tejido social fundado en el Derecho, la democracia y el *Welfare*.

Kant defendía que un derecho innato era todo aquello que pertenecía a cada uno por naturaleza, con base en un *a priori* de la razón, y que no tenía necesidad de acto jurídico alguno⁵². Y añadía: "*el derecho innato es sólo uno. La libertad (independencia del arbitrio constrictivo del otro)*"⁵³. Esta idea pareció reflejarse en las convenciones del pensamiento liberal⁵⁴. En las nociones artificiales de derechos, la raíz no está ya en la libertad "natural" de cada uno. Y es por esto por lo que la "justificación" que los "derechos" ofrecen no es omnipotente: no es capaz por sí sola de imponer la enorme carga de sacrificios públicos y de bienes colectivos necesarios, como si se tratase de un mero deber correlativo y reflejo. Esta carga es más bien parte y objeto de una consistente moralidad de *deberes autónomos*. Son pues también nuestros deberes en la medida en la que forman parte de nuestro sentido moral.

5. AUTONOMÍA MORAL Y DEBERES. ¿CUÁL ES LA LECCIÓN KANTIANA?

Que los derechos tengan un puesto esencial en nuestra vida moral, no significa que no deban tenerlo también, y autónomamente, los deberes. Un

⁵² KANT, *La Metafísica dei costumi*, cit., p. 44.

⁵³ "(...) en cuanto puede coexistir con la libertad de otro según una ley universal, y este es el único derecho originario perteneciente a cada hombre por la fuerza de su humanidad" (Ibidem).

⁵⁴ Naturalmente, se refleja también en el significado atribuido a estos derechos. Como escribió Richard Posner (como juez): "[T]he men who wrote the Bill of Rights were not concerned that government might do too little for the people but that it might do too much to them. The Fourteenth Amendment, adopted in 1868 at the height of laissez-faire thinking, sought to protect Americans from oppression by state government, not to secure the basic governmental service" (*Jackson vs. City of Joliet*, 715 F, 2d 1200 (7th Circuit 1983), p. 1203).

obstáculo importante en la historia del pensamiento (si bien puede parecer una paradoja) lo ha representado precisamente la filosofía kantiana que defiende la idea de autonomía como fundamento exclusivo de los “derechos”. El pensamiento liberal justamente desconfía de la opresión de los deberes, excepto cuando se imponen en nombre de los derechos de otros, y rechaza que el bien público puede tener un peso equivalente al de los derechos individuales, que son en el fondo la razón última. Por tanto, la línea de continuidad entre autonomía moral y derechos individuales se presenta como el *fil rouge* de la civilización moderna, a la que no podemos renunciar. La relación normalmente construida entre la autonomía moral y el derecho a la libertad externa (expresada puntualmente a través de la titularidad de los derechos de libertad y propiedad) es una relación de causalidad: no puede haber autonomía moral sin la consecuencia material de la libertad externa; del mismo modo en que la idea de derechos individuales representa un éxito lógicamente implicado en la idea misma de “*moral agency*”⁵⁵. Sin embargo, surge la sospecha de que todo esto se corresponde con una narración que respeta sólo en parte la filosofía kantiana.

Naturalmente, en Kant la autonomía se identifica con la facultad *a priori* de una elección libre, en la que la voluntad buena, o sea la voluntad movida exclusivamente por la observancia de la ley moral, sea *causa suya* y no venga determinada por el exterior. Esta *independencia* se refiere sólo a la posición interior de los seres humanos, o sea a la capacidad que tienen de elevarse sobre las propias pasiones y sobre su “inferior facultad de desear”⁵⁶. El hombre moral no es víctima de sus pasiones, posee una voluntad libre de ellas, y por tanto tiende a obedecer la ley moral⁵⁷. La libertad moral, la autonomía *moral* de los seres humanos, es pues un estado o una cualidad trascendental, y no tiene como condición un particular *status quo* en la vida pública. La voluntad libre de los seres humanos, su facultad de ser “morales”, es una cualidad independiente de las disposiciones externas de la vida social.

⁵⁵ E. WEINRIB sostiene que los derechos son sólo “*the external aspect of practical reason*” (E.J. WEINRIB, “Law as Idea of Reason” en Howard Williams (ed.), *Essays on Kant's political Philosophy*, Chicago, 1992, p. 27. Puede verse también J. RAWLS, “Kantian Constructivism in Moral Theory”, *Journal of Philosophy*, núm. 77, 1980, después en Id., *Collected Papers*, ed. by Samuel Freeman, Cambridge, Mass, 1999, pp. 303–58. En cualquier caso, los ejemplos en la literatura son infinitos.

⁵⁶ Sobre este asunto, puede consultarse mi *Soggetti azioni norme*, Milano, 1988, capítulo primero.

⁵⁷ Ibidem. Vid. también mi *Filosofia del diritto*, Padova, 1996, pp. 70-73.

Por lo demás, en el *exterior* la razón se dota de las reglas del *Derecho*: la legislación o sea el *Derecho* persigue el *objetivo* de intervenir coercitivamente cuando la ley moral no se observa de forma espontánea. El derecho subjetivo es la *facultad de constreñir* a alguien a respetar las obligaciones que tiene contraídas con nosotros. La justicia en las relaciones entre árbitros libres consiste en plantear condiciones externas para la convivencia según una ley universal de libertad, y la libertad es un derecho que Kant defiende como innato⁵⁸. El presupuesto según el cual el sujeto “jurídico”, o sea el sujeto humano desde el punto de vista *jurídico*, ha sido concebido, no es el de su autonomía, o sea no es el de la fuerza de su incorruptible moralidad, sino más bien el de su debilidad respecto de la causalidad “fenoménica” de aquellas razones para la acción que son distintas de su voluntad libre del deber. Pasiones, intereses, motivos y sentimientos son razones para la acción que el Derecho contrarresta –introduciendo la posibilidad jurídica de la coerción externa a fin de provocar un comportamiento conforme a la “ley”. Tal coerción actúa como razón causalmente concurrente en el control social de la coexistencia ordenada.

Finalmente, distinta es la cuestión que afecta sin embargo a la teoría normativa de Kant en relación a la ética: no se trata ya de cuáles puedan ser las reglas generales de la convivencia, sino de cuáles son los valores sustanciales que hacen virtuosa la vida de los seres humanos. Aquí Kant insiste –se trata de la Doctrina de la Virtud– en que el futuro de la humanidad y el desarrollo de sus cualidades dependen de la persecución, a través de la superior facultad de desear –la voluntad autónoma–, de los fines que se identifiquen con los deberes propios. Obviamente, el primer deber es el del respeto a la dignidad, a la humanidad del *otro*, al que corresponde el derecho de exigir tal respeto, a no ser tratado nunca sólo como un medio⁵⁹. Pero por lo que hace a los propósitos que cada uno debe perseguir, la doctrina del deber ser señala sólo la propia perfección y la felicidad ajena⁶⁰. Los fines que los hombres persiguen deberían coincidir con sus deberes, y esto haría de la acción una acción virtuosa, y si el Derecho puede constreñirnos a cumplir aquellos deberes, la virtud consiste en perseguirlos libremente. La autonomía de los seres humanos se refiere sobre todo a la consciencia de los deberes a los que han de tender y someterse.

⁵⁸ KANT, *La metafísica dei costumi*, cit., pp. 34-5.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 333.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 235.

Kant subraya que en este ámbito es “el concepto de los deberes el que en ética nos debe guiar hacia los fines, y el que fundará sobre los principios morales la *máxima* de perseguir relativamente los fines que *debemos* proponernos”⁶¹. La autonomía elige los propios fines sobre la base de una justificación *duty based*, no *right based*.

La realización de la humanidad del hombre⁶² depende de la persecución de los deberes a los que se vincula el concepto de autonomía. Si se quiere especificar mejor el concepto, no es posible siquiera imaginar que la autonomía se realice más que como libertad de la voluntad de perseguir los propios deberes, franqueando las causas externas que atraen a los individuos hacia otros objetivos. El mismo Kant explica finalmente el cuadro completo, cuando aborda porqué a la doctrina moral se la denomina doctrina de los deberes y no doctrina de los derechos, a pesar de que unos se refieren a los otros. Kant escribe: “El motivo es el siguiente: nosotros conocemos nuestra propia libertad (de la que derivan todas las leyes morales y en consecuencia también todos los derechos y deberes) sólo por medio del *imperativo moral*, que es un principio que prescribe deberes y del que se puede deducir la facultad de obligar a los otros, es decir, el concepto de derecho”⁶³.

Con lo que se debería concluir que si hay algo de absoluto en línea de principio son los deberes de la humanidad, que derivan de su libertad moral y de su racionalidad, y no los derechos, que son un instrumento jurídico a través del que es posible reclamar la aplicación de la coerción. La autonomía moral de los individuos es la que consiente, hace posible, queelijamos asumir como fines los deberes fundamentales de la virtud.

Esto es lo que permite el progreso de la humanidad hacia la perfección, o sea hacia la plena realización de sí misma y de su propia racionalidad. De aquí surge el proyecto de la filosofía de la historia universal que avanza hacia la paz y la sociedad cosmopolita⁶⁴.

⁶¹ Ibidem, p. 231.

⁶² Interesantes apuntes crítico-reconstructivos en el volumen de F. SCIACCA, *Il concetto di persona in Kant. Normatività e politica*, Milano, 2000.

⁶³ KANT, *La metafísica dei costumi*, cit., p. 47.

⁶⁴ I. KANT, “Idea per una storia universale dal punto di vista cosmopolitico” in Id., *Scritti di storia, politica e diritto*, a cura di F. Gonnelli, Roma-Bari, 1995, pp. 29-44. [I. KANT, *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre Filosofía de la Historia*, Tecnos, Madrid, 2006]; Id., *Per la pace perpetua*, ibidem, pp. 163-207. [I. KANT, *Sobre la paz perpetua*, Tecnos, Madrid, 1991]

6. DERECHOS Y SUSTANCIAS. LA EVOLUCIÓN TEÓRICO-JURÍDICA

Una vez aclarado cuál es el sentido de los derechos en su relación (y autonomía) respecto de los deberes, podemos considerar más detenidamente, abriendo la segunda parte de este discurso sobre derechos, otro problema que, como he indicado ya en la Introducción, es decisivo para comprender el peso jurídico y político adquirido por los derechos en el horizonte “constitucional” de los países occidentales: ¿cuál es el significado de los derechos que llaman “fundamentales”? Preliminarmente, habrá que concentrarse en la relación que se instaura entre los derechos y las normas jurídicas. ¿Qué son, efectivamente, los derechos fundamentales?⁶⁵ ¿Este ser “fundamentales” depende de su sustancia o de su forma jurídica?

A este respecto, resulta oportuno reconsiderar la evolución del concepto de derechos subjetivos a través de una lente particular que ponga sobre la mesa la relación entre normas, formas y “sustancias”. El siglo pasado fue efectivamente decisivo por la que llamaré la constante “des-sustancialización” de los derechos subjetivos. A través de un conjunto de las más divergentes tentativas teóricas se produjo un cambio de paradigma respecto al pasado.

Los juristas del iuspositivismo, del ‘800 y el ‘900, habían sido precedidos por una suerte de *hipóstasis* de los derechos subjetivos, concebidos como sagradas *propiedades*, gracias a la tradición iusnaturalista. Y el pensamiento iusnaturalista los había enaltecido como una verdad autoevidente, a propiedades innatas de los seres humanos, ligadas a contenidos preconstituidos, valores “ontológicos”. El iusnaturalismo sostenía, a través de juicios de valor implícitos, preceptos específicos de convivencia social, proponía una “visión” de la naturaleza humana, asumiendo esta última como objetiva y universalmente cognoscible⁶⁶.

⁶⁵ Esta cuestión específica se aborda en el volumen de L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Roma-Bari, Laterza, 2001.

⁶⁶ Una referencia obligada es J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, cit. Véase *Il Secondo trattato*, pp. 229 y ss, y *passim*. Incluso, emblemáticamente, la *Declaración de Independencia* del 4 de Julio de 1776: “Tenemos por cierto que estas verdades son evidentes por sí mismas, que todos los hombres son creados iguales y que todos ellos han sido dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables entre los que se encuentra la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad” (en G. FLORIDIA, *La costituzione dei moderni*, I, Torino, 1991, p. 189). Una visión “racional” de los bienes naturalmente esenciales para los seres humanos y por tanto una visión sustancialista de los derechos puede encontrarse hoy en la lectura de J. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali*, a cura di Francesco Viola, Torino, 1996. [J. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, trad. Cristobal Orrego].

El “modelo iusnaturalista” en su totalidad había edificado la sociedad civil sobre los principios derivados de la naturaleza humana cognoscible o, en el caso de Kant, de la simple razón, y había intentado huir de los límites de aquel modelo aristotélico que, antes que en la verdad de razones y argumentos a priori, se apoyaba en una idea de verdad basada en el consenso, o sea, *a posteriori*⁶⁷.

Esta conexión entre universalidad racional, verdad y derechos fue el verdadero signo distintivo del sustancialismo iusnaturalista⁶⁸.

Pero precisamente, después de esta larga fase moderna, el pensamiento jurídico pasó a una nueva etapa. En el '800 y en el '900, se comienza una tarea de redefinición que acaba por diluir la densidad sustancial precedente, produciéndose una suerte de vaciamiento jurídico. En el plano ideológico se da una verdadera desmitificación. En primer lugar, se debilitó el ideal de los derechos como límites al *poder* (los derechos como arma revolucionaria⁶⁹) emergiendo, por el contrario, la necesidad de un reconocimiento del Derecho (objetivo) como instrumento *neutro*. El Derecho sirve para legitimar el poder; el poder sin Derecho no puede ser percibido como legítimo.

La legitimidad del poder, como mostró Max Weber, no depende ya de las razones sustantivas, materiales, o del tipo de opción ética que pueda ser convalidada en términos objetivos y universales, sino de la presencia de típicas características “formales”⁷⁰, o sea, del hecho de que las decisiones asu-

⁶⁷ Cfr. N. BOBBIO, *Il modello giusnaturalistico*, in N. Bobbio, M. BOVERO, *Società e stato nella filosofia politica moderna*, Milano, 1979. Obviamente, debo subrayar que lo que llamo aquí “sustancialismo” es una característica también del iusnaturalismo de inspiración aristotélica.

⁶⁸ No es necesario que discuta aquí algunas de las notas y de las objeciones recurrentes al modelo iusnaturalista, dejo a un lado el problema humeano de la “falacia naturalista” y las restantes críticas al iusnaturalismo procedentes de filosofías como las de Hume o Hegel, de Bentham y todo el iuspositivismo posterior. Por otra parte, el sustancialismo no es una carga fácil de sostener. Por ejemplo, es evidente que el problema de la demostración empírica de la existencia de derechos naturales con un contenido determinado (como, por ejemplo, el derecho de propiedad), influye en la aceptabilidad de las tesis iusnaturalistas, en términos de una (o más) teoría *general* de los “derechos”.

⁶⁹ Pienso todavía en N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino 1992, pp. 135 y ss.

⁷⁰ Max Weber ha definido como “racionalidad formal” la que mantiene una absoluta indiferencia “respecto a cualquier postulado material” (M. WEBER, *Economía e società*, a cura di P. Rossi, vol. I, Milano, 1961, p. 104. [M. WEBER, *Economía y sociedad*, trad. Johannes Winckelmann, Fondo de Cultura Económica, México, 1984]) y ha individualizado el carácter “formal” del Derecho en el Estado moderno. Cfr. más detenidamente, mi “Legittimità, legge e costituzione”, *Sociologia del diritto*, núm. 2, 1993, pp. 123-70.

man la forma general y abstracta, pre-regulada y cognoscible, de la ley. La legitimidad se apoya en el carácter *legal-racional* del Estado moderno. El Derecho es sobre todo una estructura de reglas predeterminadas, reglas “resistentes” (o insensibles) a los fines que en cada caso puedan ser perseguidos. De hecho, el Derecho es fiable y predecible precisamente gracias a esta indiferencia frente los objetivos contingentes que cada uno pudiera plantearse.

Esta necesidad de rarefacción, o el propósito de mantener *ajenos*, respecto a la definición del Derecho, a los mudables valores subjetivos, los ideales sustantivos, de una sociedad (éticamente) “politeísta” como la contemporánea, marcó incluso a la *ciencia* del Derecho, especialmente en el período pre-totalitario del ‘900. La ciencia del Derecho describe y muestra al Derecho como estructura dotada de una organización lógica propia, autónoma en sí misma respecto de los contenidos: la estructura de los Ordenamientos se sustrae por lo tanto a la presión de los contrastes ético-políticos y la ciencia del Derecho consigue darle una “forma” refractaria a las manipulaciones y el arbitrio. Desde este ángulo visual, la razón y el Derecho, pues, no intervienen en los fines, pero constituyen instrumentos capaces de hacer compatibles los objetivos de una colectividad política con el horizonte de reglas generales y abstractas, o sea con la convivencia y la paz. Esta fue la vía preseleccionada pero desgraciadamente, tal camino no se mostró, en los hechos, como un medio eficaz de control y de tutela del Estado de Derecho⁷¹ frente a las presiones que acabaron por transformarlo en un Estado totalitario. El Derecho como técnica sin alma, sin razones morales propias, sin referencia a contenidos de verdad moral (que había representado el iusnaturalismo), llegó a ser un instrumento insensible, incapaz de filtrar y seleccionar, un instrumento útil a cualquier posible objetivo.

Muchos escritos de Carl Schmitt, maestro del pensamiento alemán durante y después del nazismo, pusieron al desnudo esta evidencia en el plano teórico, la fácil sumisión de la forma al contenido decidido por el más fuerte, mientras la historia se ocupó de confirmarla en el plano real.

En cualquier caso, la racionalidad *formal* del Derecho como “conjunto de normas” que no depende de otro, y se impone, siguiendo a Hans Kelsen, co-

⁷¹ La victoria de la fuerza, del abuso y en fin de los regímenes totalitarios del ‘900 llegó a través del uso aberrante del Derecho. Por supuesto, esto no quita que el irracionalismo y el decisionismo nacionalsocialista alemán debían haber mirado al “normativismo” del que Kelsen fue el mayor teórico, como a una concepción adversaria e incompatible.

mo autónomo *objeto* del saber, finalmente se vacía, si no coincide, más allá de cada intención particular, con aquella a la que la Escuela de Frankfurt, y sobre todo Horkheimer⁷², acusaron de mera racionalidad *instrumental*: un espacio en el que toda necesidad de justificación o de fundamentación de las “formas” parece perderse en los objetivos éticos o políticos de que se trate.

Quien lea la *Sociología del Derecho* de Weber, por lo demás, reconocerá la neta individualización weberiana de un aspecto del Derecho: las normas se siguen, no son una finalidad y no tienen finalidad alguna.

En el fondo, este aspecto, decisivo y avanzado, coincide con la presentación del Ordenamiento como una suerte de sistema diferenciado, que empieza a ser analizable de manera autónoma si su objetividad no se pliega al poder. Es más, el Derecho es y debe ser *esta* generalidad que *sobrevive* a las contingentes finalidades de las mayorías y de las orientaciones políticas. Se trata de normas, en suma, no de fines. La ambigüedad de este doble corte que la “forma” del Derecho lleva consigo es, sin exageración, evidente.

En cuanto a los derechos subjetivos, no son ya algo autónomamente definible. Respecto a los grandes ideales ilustrados, la impronta del Estado europeo continental extiende su sombra hasta el punto de favorecer la competencia entre los derechos y la ley. El problema está en el hecho de que ahora los derechos subjetivos, los de las Declaraciones modernas, independientemente del modo en que se hallen fundados o teorizados, pueden tener vitalidad sólo a través del Derecho estatal, y el Derecho estatal, también a los efectos de las codificaciones europeas, es Derecho legislativo. La cuestión que se plantea es la de la incompatibilidad entre una fundamentación extralegislativa (*iusnaturalista*, sobre todo) de los derechos subjetivos, de un lado, y del otro el origen y la supremacía de la voluntad del Estado (persona). Después de Gerber, Laband, Jellinek, no hay modo de “recuperar” la raíz o la autonomía de aquellos derechos subjetivos (como he indicado, defendibles en el horizonte del Derecho positivo neo-estatal, únicamente como una auto obligación del Estado).

En fin, una vez expuesto en la “Teoría pura del Derecho” (Kelsen), el problema científico de los derechos subjetivos se superó y quedó absorbido por el simple horizonte del Derecho “objetivo”: los derechos son conjuntos de normas.

⁷² Cfr., entre multitud de referencias, M. HORKHEIMER, *L'eclisse della ragione. Critica della ragione strumentale*, trad. di E. Vaccari Spagnol, Torino, 1969 [M. HORKHEIMER, *Crítica de la razón instrumental*, trad. Jacobo Muñoz, Trotta, Madrid, 2002].

Ha de considerarse que este éxito tiene lugar dentro del normativismo⁷³ así como en el organicismo jurídico *a lo* Larenz, en Alemania⁷⁴. Pero es el normativismo, que no tiene connivencia alguna con el totalitarismo y se une de hecho a filosofías políticas democráticas, como en el caso de Kelsen, el que representa el indicador más creíble de la revisión científica (es decir, no ideológica y políticamente servil) que se estaba dando, la revisión de los derechos subjetivos. Precisamente porque tal revisión normativista no se corresponde en absoluto con la eliminación de la figura del derecho subjetivo del Ordenamiento, sino simplemente con la consciencia de su carácter artificial, debido a grupos de normas que prevén y distribuyen facultades, autorizaciones, obligaciones. Los derechos son entidades dotadas de una sustancia propia independiente del artificio que los constituye, o sea, del artificio jurídico. Esta des-sustancialización de los derechos subjetivos puede suceder en el seno de o en contraste con una visión liberal del mundo en el plano político, y sin desprecio alguno por el individuo. Y persiste con el tiempo: sus desmitificaciones afectan sea a las tesis de la prioridad de los derechos subjetivos sobre el Derecho objetivo, sea a la definición material del derecho subjetivo como poder de la voluntad o como interés protegido⁷⁵.

En definitiva, entre los factores de fondo, en este escenario del '900 continental, a todo esto se añade el hecho de que en el aura del Derecho penetra una consciencia completamente nueva acerca de su carácter *artificial*: no lejana, en muchos casos, de una percepción según la cual lo que cuenta no es la sustancia sino la *función*. La *reducción* kelseniana del derecho subjetivo al Derecho objetivo así como del Estado al Derecho, se resuelve en una lucha contra la personificación de las entidades, contra la atribución de sustancia concreta a aquello que sólo es el fruto de una serie estratificada de *ficciones* y que en ningún caso depende de una realidad material subyacente, sino a lo más, de la existencia de normas jurídicas. Finalmente, se debían explicar las figuras teóricas sobre la base de lo que ellas mismas eran: conjunto de reglas, no de sustancias.

⁷³ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), a cura di R. Treves, Milano 1952, p. 81: "el derecho subjetivo no es, en realidad, más que el Derecho objetivo". [H. KELSEN, *Teoria General del derecho y del estado*, Imp. Universitaria, México, 1950]

⁷⁴ Me remito en este punto a M. LA TORRE, *La "lotta contro il diritto soggettivo"*. Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista, Milano, 1988.

⁷⁵ Kelsen critica tanto a la Escuela Histórica como a las tesis de Blackstone de los *Commentaries*, por otorgar una prioridad a los derechos "absolutos" que preceden lógicamente al Derecho objetivo y refuta tanto a B. Windscheid, como a R. Jehring. Cfr. Id., *Teoria generale*, cit., pp. 78 y ss.

El normativismo kelseniano afirma la *cognoscibilidad* de las normas como datos “objetivos”, si bien pertenecen a un mundo, el normativo (*Sollen*), fruto de una duplicación respecto de la realidad del ser (*Sein*), y sobrepuesto a otro principio (la imputación normativa) distinto de la causalidad natural. La *cognoscibilidad* del Derecho viene pues salvada a través de la división del universo “real”. La imputación normativa –que precisamente se da también en el Derecho– es obra del hombre, instaura un deber-ser, instituye una obligación. Es exactamente de esto de lo que puede ocuparse una teoría “pura” del Derecho, o sea libre de toda contaminación de postulados éticos, hechos sociales, hipótesis de valor, presuposiciones que (también) Weber habría definido como “materiales”⁷⁶.

Este nuevo panorama comporta, en su conjunto, algunas consecuencias “extremas”:

1. Dado que los derechos son cognoscibles *deben* ser normas (si no fueran como Kelsen los describe, serían incontrolables hipótesis metafísicas).

2. Ya que las normas instituyen obligaciones y regulan el ejercicio de la fuerza, no puede haber derechos, a menos que se presenten como un aspecto de las normas, y en particular un aspecto visible sólo en “negativo”: el Derecho objetivo impone obligaciones, no constituye derechos subjetivos como *intereses* protegidos (*a lo Ihering*), simplemente instituye formas de acción (o sea la *protección* jurídica). Y de todos modos, el derecho subjetivo es el negativo de una obligación correspondiente (ajena) y de la acción conexas en juicio (a fin de requerir su cumplimiento).

3. Más allá del haz de las normas –Derecho objetivo– que acaba por identificarlo, un derecho subjetivo obviamente no existe.

Kelsen negó toda definición, incluso *formal*, cuando era referida a la sustancia. El citado autor no dice que tener un derecho subjetivo signifique ser titular de cualquier bien digno de tutela, ni que los derechos se correspon-

⁷⁶ Personalmente siento una cierta predilección por las tesis ontológicas de O. WEINBERGER y N. MacCORMICK (*Il diritto come istituzione*, a cura di M. La Torre, Milano, 1986) que se refieren a la existencia de las normas, de manera diferente a como lo hace Kelsen, o sea asumiendo que las normas tienen una realidad “ideal” y una realidad institucional, social. Esta duplicidad, de la cual Kelsen evita quizá el segundo aspecto, es lo que según Weinberger constituye la positividad misma del Derecho, que no puede ser presupuesta por una teoría que se ocupe sólo del aspecto “ideal”. En este sentido, la realidad de las normas tiene una naturaleza compleja, tiene un significado institucional. Cfr. *ibidem*, pp. 47 y ss., pp. 52 y ss., pp. 54 y ss.

dan con intereses que deban ser protegidos, ni, como escribe Neil MacCormick, con bienes que se deban garantizar a los individuos. Es más, el carácter subjetivo del derecho (*right*) se justifica “sólo si la aplicación de la norma jurídica, la ejecución de la sanción, depende de la expresión de voluntad de un individuo dirigida a este objetivo”. Así pues, “sólo si la ley está al servicio de un individuo” se justifica la “subjetivización del Derecho”, porque no indica otra cosa que “la presentación de una norma jurídica objetiva como derecho subjetivo de un individuo”⁷⁷.

Otra cuestión es que se defina el derecho subjetivo haciendo referencia únicamente al modo en que se protegen; diferente a aquello que vendría en tal modo protegido, es decir, a lo que es por sí mismo⁷⁸. Ciertamente, para el Kelsen teórico del Derecho, que los derechos sean entendidos como valores tutelados en relación a los individuos, no es una *condición sine qua non*, un elemento esencial, para que un Ordenamiento subsista. No por casualidad, la misma Constitución es para Kelsen esencialmente (“en sentido material”) una organización de poderes y procedimientos, la norma positiva “por la que es regulada la producción de normas jurídicas generales”, en suma, un conjunto regulado de fuentes y de “formas”⁷⁹. De hecho, sin embargo, dado que las Constituciones occidentales incorporan enunciados de valores y principios de justicia, llegan a ser también normas sobre los “fines” que la producción (legislativa) de normas debe o puede legítimamente perseguir, pero esto es un aspecto, un “hecho”, que en la doctrina kelseniana parece en sí contingente, y por lo tanto no afecta a las determinaciones necesarias, a aquello que asegura la existencia del Derecho y garantiza la autonomía de un Ordenamiento jurídico.

7. UN INCISO. DERECHOS “POSITIVOS”, REGLAS Y PRINCIPIOS

El jurista europeo continental que no está acostumbrado a la visión iuspositivista, al menos a la de Kelsen, encuentra un cambio radical de para-

⁷⁷ H. KELSEN, *Teoria generale*, cit., p. 83.

⁷⁸ Pero, como sabemos, Kelsen traslada el acento al hecho de que los derechos constituyen un mero (no-) contenido procesal (la acción en juicio) dependiente de una obligación ajena “lógicamente” connexa.

⁷⁹ H. KELSEN, “La garanzia giurisdizionale della costituzione”, in Id., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Milano, 1981, pp. 152-3. Naturalmente, cfr. también Id., *Teoria generale*, cit., pp. 126 y ss.

digma en la lectura de las obras de Ronald Dworkin. En efecto, si Kelsen llega casi al punto de *vaciar* los derechos por exponerlos como normas, Dworkin ciertamente nos ayuda a restituir su “sustancia”, pero distinguiéndolos de las normas establecidas a través de la “ley”. En parte esta tesis ilumina un perfil esencial en los Estados constitucionales, que llegó a ser tal también –la verdad es que con algún siglo de retraso respecto de la Constitución estadounidense– en la Europa del ‘900: el hecho de que a los derechos se les atribuya un fundamento (constitucional y demás) propio y separado de la legislación y por tanto una fuerza equiparada a la del principio democrático. Por otra parte, Dworkin insiste en los derechos “morales”, en su autonomía y *pertenencia* al Ordenamiento jurídico, y finalmente, como ya sabrán, en su prioridad con respecto a otros valores concurrentes, prioridad que corresponde garantizar al orden judicial.

Dworkin (que escapa a la etiqueta de iusnaturalista y a la de iuspositivista) persigue en realidad un objetivo constante: mostrar que cada vez que se defiende un derecho “moral” de los individuos, tal derecho puede ser explicado, a través de la reconstrucción del sistema, como un ya-siempre-derecho *positivo*. Nuestro autor sostiene que existe en el sistema, en la compleja integridad del Ordenamiento, una *única respuesta correcta* que el intérprete podría alcanzar si fuese capaz de reconstruirlo con la debida competencia, si no se conformara con la simple literalidad del Derecho. La “única respuesta correcta” permite que el jurista recupere la confianza en la posible objetividad de su actividad “cognoscitiva” aunque vinculada a la posibilidad de un razonamiento “moral” que se ejercita –según Dworkin– con los contenidos sustanciales presentes en la tradición constitucional.

Se ha dicho que el iuspositivismo de Hart, y no el de Kelsen, ha representado el blanco polémico de Dworkin, y que su crítica a Hart surge precisamente del intento de responder a los que Dworkin consideraba como insuperables *impasse* del normativismo. Especialmente en relación a aquellos casos “difíciles”, casi de “penumbra”, frente a los cuales la interpretación del juez no puede más que ser “libre” y en los que se echan de menos ciertos criterios que según un iuspositivismo, como el de Hart, son fáciles de hallar en el Ordenamiento. En fin, la rigidez del positivismo, siguiendo a Dworkin, parecía privar al intérprete de criterios para alcanzar soluciones adecuadas y congruentes con el Ordenamiento (*fitting e integrity* se convierten después en dos palabras clave del lenguaje dworkiniano, expresando medios y métodos para la búsqueda por parte del intérprete de soluciones que tengan en

cuenta no sólo reglas sino también principios, colocándose más allá de la línea que divide conocimiento e “invención” del Derecho). Esta génesis crítica del trabajo dworkiniano es un testimonio de la importancia que le atribuye a la fundamentación *jurídica* de una solución correcta. Importancia que se vincula a su lectura “moral” de los Ordenamientos jurídicos constitucionales contemporáneos (especialmente el estadounidense), en cuanto portadores de una inspiración normativa objetivamente *reconstruible* en términos de defensa de las minorías y de los individuos frente a las mayorías políticas, a las elecciones legislativas, y a un “paternalismo” al que los jueces sobre todo deben saber oponerse en nombre de la justicia y de aquello que pertenece a los individuos, o sea en nombre de sus “derechos morales”. Dworkin “concibe” el Ordenamiento en la plenitud de sus inspiraciones de principio, de sus valores históricos, de sus pretensiones de justicia. En un cierto sentido, el Derecho es *justicia*. Y la Constitución (americana) está pensada como el *humus moral* de los derechos individuales⁸⁰.

Es necesario, finalmente, precisar, sobre todo en el plano teórico, cuál es la relación entre derechos, reglas y principios. Creo, como ha sostenido Robert Alexy, que la disciplina de los derechos subjetivos depende normalmente, también en los Ordenamientos continentales, como el italiano o el alemán, de un rol conjunto de reglas y principios⁸¹, hasta el punto que también los derechos basados en las reglas (*definitive rights*), establecidos directamente mediante reglas, y no solamente evocados en abstracto por principios, disponiendo de supuestos de hecho para la subsunción⁸², pueden ser

⁸⁰ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit. y también *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1996.

⁸¹ Para una distinción entre reglas y principios, vid. R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, trad. di F. Fiore, Torino, 1997, p. 73: “Las reglas son normas que en la construcción de su supuesto de hecho predisponen una consecuencia jurídica definitiva” y por tanto son “*definitive Gebote*”, y la forma de aplicación que las caracteriza es la de la “subsunción”; los principios son “mandatos de optimización (*Optimierungsgebote*), y “prescriben que algo debe ser realizado en diferentes grados” gracias no sólo a las posibilidades fácticas sino a los límites jurídicos que surgen “de los principios en contraste”, lo que implica que los principios necesitan de la ponderación, que es la “forma di aplicación característica de los principios” (pp. 73-4). [R. ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*, trad. J. Malem, Gedisa, Barcelona, 2004].

⁸² G. ZAGREBELSKY, que se apoya en la teoría de Alexy, escribe: “De este modo, los principios, a diferencia de las reglas son normas sin supuesto de hecho (“*Tatbestand*”). Los principios no son en sí mismos susceptibles de ser expresados en la forma del imperativo hipotético de Kelsen” (G. ZAGREBELSKY, “Ronald Dworkin’s Principle based Constitutionalism: an Italian Point of View”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. I, núm. 4, 2003, p. 630).

definidos mejor, en su alcance concreto, en casos específicos, si son reenviados a principios subyacentes. Por supuesto, también entre estos últimos principios puede ser necesaria una labor de equilibrio y ponderación⁸³. En efecto, mientras los principios pueden ser satisfechos “en grados diversos”, la reglas, en cambio, gracias a una diferencia *cuantitativa* “son siempre normas que se ejecutan o no” (“*always either fulfilled or not*”)⁸⁴. Esta distinción es similar a la propuesta por Ronald Dworkin⁸⁵, según la cual las “*rules*” se aplican “*all or nothing*”, mientras los principios permiten diversas realizaciones (concretizaciones), y no reclaman siempre una decisión particular. En realidad, según Alexy, esta distinción puede ser mejorada todavía más pues también las *rules* son susceptibles de experimentar una particular *excepción* y no ser aplicadas en un caso específico, y ello, precisamente, sobre la base de un principio. Además, tales derogaciones no son cuantificables con certeza *a priori*.

Por consiguiente resulta difusa la idea de que los principios permiten al intérprete construir los aspectos normativos del Ordenamiento que no parecen explícitamente contenidos en las *reglas* disponibles. Para Dworkin los principios constitucionales estadounidenses, por ejemplo, señalan la prioridad de los derechos individuales sobre el bien común y sobre las opciones contenidas en las reglas establecidas por las mayorías democráticas. Para Alexy y para muchos juristas continentales europeos, los principios, aun contribuyendo a detallar los elementos fundamentales de fondo sobre cuya base es posible sobrepasar los límites mismos de las “reglas”, se refieren, de hecho, a inspiraciones constitucionales más abigarradas (no tanto a la protección de los individuos y de sus derechos) y añaden la tutela del bien común y la persecución de la solidaridad social.

⁸³ Véase para este asunto, R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, cit., pp. 50 y ss. y *passim*.

⁸⁴ *Ibidem*, pp. 47-8. Según Alexy, por tanto, una regla puede ser “válida o inválida” y en caso de conflicto entre reglas, a menos que una de ellas sea vista como una excepción, por lo menos una de ellas debe ser declarada inválida. Por el contrario, en el caso de principios en conflicto, uno debe prevalecer, pero esto no significa ni que uno de ellos contenga una excepción ni que sea inválido (*ibidem*, p. 50). Consecuentemente, “los conflictos entre reglas se dan en el nivel de la validez; en el momento en que sólo principios válidos pueden entrar en colisión, la concurrencia entre principios afecta a la dimensión del peso” (*ibidem*).

⁸⁵ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., pp. 90 y ss.; R. ALEXY, *A Theory*, cit., p. 48, nota 27.

8. LOS DERECHOS "FUNDAMENTALES". DEONTOLÓGICO VS. TELEOLÓGICO

Según una visión liberal y de acuerdo con una interpretación que encuentra una base sólida en el constitucionalismo moderno, los derechos son una cuestión de "principio", tienen por tanto un alcance *deontológico*: debemos reconocerlos porque son expresiones de justicia, incluso si tal reconocimiento contrasta con valores preferentes, con la ética particular de estos o aquellos lugares o con los fines ético-políticos a los que la colectividad atribuye algún valor. En este punto las normas (legislativas) expresarían una teleología social potencialmente en conflicto con los derechos individuales, especialmente si los valores que encarnan pueden reconducirse al bien común, desdeñando el papel de la "justicia" que solamente podría proteger a los particulares. Pero, para ser fiel al modo en que el asunto se plantea en las famosas páginas de Dworkin, el tema es que las políticas públicas se orientan a definir el bien común, mientras la justicia -por la que los jueces están institucionalmente obligados- está deontológicamente caracterizada por cuestiones de principio. Los derechos, por tanto, son una cuestión de justicia, una cuestión deontológica, y no de "valores" (ética), ni "teleológica", ni tampoco una cuestión de opciones políticas.

No obstante, cuando se trata de derechos *fundamentales*, más que una justificación suficiente para nuestras elecciones, el derecho individual evidencia un bien para el individuo que al mismo tiempo tiene un lugar relevante entre los objetivos colectivos; constituye un fin y un bien en sí mismo. De este modo, los derechos fundamentales se convierten en un concepto ambiguo, dividido entre justicia y ética, entre principios y fines colectivos.

En Jürgen Habermas se encuentra de nuevo una defensa del carácter deontológico de los derechos individuales. Siguiendo a Dworkin, los separa de su posible sentido axiológico y teleológico con el fin de sustraerlos de cada ponderación comparativa respecto de las elecciones colectivas, del "análisis coste-beneficio"⁸⁶, de la competencia con "valores", frente a los que los derechos se encuentran en un plano distinto.

Tal como insiste Habermas, "en cuanto los derechos son transformados en bienes y valores, en cada caso singular, deben luchar en el mismo plano

⁸⁶ J. HABERMAS, *Fatti e norme*, trad. di L. Ceppa, Milano, 1996, p. 309. [J. HABERMAS, *Facticidad y validez: sobre el derecho en el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998].

para conquistar la preferencia. De por sí, cada valor es particular como los demás, mientras que, en cambio, las normas deben su validez a un *test* de generalización⁸⁷. Por esto, su tesis principal es la siguiente: “Transformar conceptualmente los derechos fundamentales en valores fundamentales significa enmascarar teleológicamente los derechos, hasta el punto de mitificar el diverso papel que asumen en los contextos de fundamentación de normas y valores y en el plano de la argumentación lógica”⁸⁸. Las normas jurídicas deben ser coherentes entre ellas y no contradecirse, mientras los valores pueden encontrarse tendencialmente en conflicto; valores (para *nosotros*) son expresiones de particularismo, principios y normas (para *todos*) son expresiones de generalidad. Y *obligatorio* (normas) no es lo mismo que *recomendable* (valores). Las normas obligan a las instituciones a proteger los derechos y si no hacemos confluir a los derechos con los valores más variados, limitaremos la discrecionalidad que los Tribunales tienden a asumir.

Creo que es irreprochable la oposición entre teleológico y deontológico, entre particularidad de los valores y universalidad de las normas. Sin embargo, esto indica sólo que las dos vertientes no coinciden y que no podemos cancelar las fronteras lógicas que las separan y que hemos traducido en instituciones capaces de proteger lo “justo” respecto de las cambiantes políticas del “bien”⁸⁹.

Por lo que hace a los derechos fundamentales, parecen situarse de un modo peculiar. Aquel que desde un punto de vista *externo* aparece como deontológico (en cuanto que representa ineludibles principios racionales de justicia, indica una prescripción a la que se debe obediencia, más allá de cada nueva apreciación, escrutinio o equilibrio “político”), desde el punto de vista *interno* es el resultado de una inclinación ética, de modo que la adquisición del bien protegido por el derecho se considera un “valor” irrenunciable, situado en la base del Ordenamiento (derechos “fundamentales”). Se trata de un tema complejo que afecta a la naturaleza misma de los derechos fundamentales y que invierte su quizá doble pertenencia, al plano de la justicia y al de los fines *institucionales* de las democracias liberales.

Las posiciones de Habermas y de Dworkin, aunque una inspirada en la otra, proceden de intereses teóricos diversos y no pueden ser totalmente

⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸ Ibidem, p. 305.

⁸⁹ He sostenido esta tesis en *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Bari, 2006.

identificadas. Para Habermas, el “sistema del Derecho”⁹⁰ también tiene fuerza deontológica porque, aún “cooriginario” respecto a la soberanía democrática, gobierna la puesta en práctica del procedimiento. El sistema de la autonomía privada (los derechos individuales) y la autodeterminación colectiva (el ejercicio de la soberanía popular) se sostienen mutuamente. Se da por tanto un contacto entre la justicia de los derechos “morales” de los individuos por un lado, y por el otro la decisión institucional, la definición colectiva de las prioridades comunes y la praxis “comunicativa” necesaria para individualizar materialmente el contenido de los derechos.

En Dworkin, sin embargo, estos planos paralelos o convergentes son simplemente opuestos: Dworkin define una división de *roles* (moral e institucional). La promoción de las políticas públicas pertenece a las mayorías mientras que la tutela de los derechos pertenece a los jueces. Si se sale de esta lógica, los derechos son “inútiles”. Este antagonismo de los *roles* es paradójicamente lo que permite traducir en términos operativos su distinción entre “principios” (justicia) y “*policies*” (preferencias políticas).

9. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA BÚSQUEDA DE UNA DEFINICIÓN “INSTITUCIONAL”

Que los derechos fundamentales sean tutelados respecto a las variaciones de las mayorías legislativas es un objetivo esencial e irrenunciable pero no puede ser alcanzado mediante una visión anti-política, sólo “moral-racional” de los derechos subjetivos, visto que el contenido y la emergencia de los derechos, su sentido y su interpretación, son el fruto del esfuerzo “comunicativo” en una *democracia* funcional. Habermas mismo ha insistido acerca del desarrollo “democrático” de la universalidad de los derechos⁹¹ y ha reconocido la importante contribución de la discusión pública y el razonamiento político que otorgan contenidos propios, a veces preseleccionados, a los derechos individuales que expresan ideas de justicia, ideas morales en sí mismas universales. De esta manera, no sirve sólo la definición racional de las tesis generales sobre lo que pertenece en abstracto al individuo, sino una

⁹⁰ Cfr. J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., *passim*.

⁹¹ J. HABERMAS, *Lotta di riconoscimento nello stato democratico di diritto*, en J. HABERMAS, Ch. TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, trad. di L. Ceppa, Milano, 1998, p. 83. [Ch. TAYLOR, *El multiculturalismo y la “política del reconocimiento”*, trad. Mónica Utrilla de Neira, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2003].

constante “*autoaclaración*” ético-política del significado de los derechos. Por un lado, los derechos se imponen a la colectividad protegiendo a sus miembros en cuanto particulares, por otro los mismos individuos como partes de la esfera colectiva son los que tienen que identificar el sentido y el contenido de los derechos que, de este modo, resulta también ser el fruto de una elaboración política.

Por otra parte, para que los derechos fundamentales sean derechos *fundamentales*, en un sistema jurídico es necesario que se conviertan en una cuestión “institucional”, o dicho de otro modo, en criterios internos a la praxis con que los órganos institucionales definen la legitimidad o la validez jurídica. Como máxima, derechos *fundamentales* en un Ordenamiento son normas de producción y criterios de valor para todas las actividades normativas institucionales autorizadas y como tales no recaen únicamente sobre los Tribunales (Dworkin) o sobre el “legislador”; su fuerza normativa depende del conjunto de tensiones existentes entre la actividad judicial, ejecutiva y administrativa, y la opinión pública de los países democráticos. Para que los derechos sean fundamentales en un sistema es necesario que sean parte de su regla de reconocimiento, o sea, del conjunto de criterios con base en los cuales se puede considerar válido cada acto normativo en el sistema jurídico mismo⁹².

En cuanto al “criterio de juridicidad”, el carácter “fundante” de este género de “derechos”, no depende de que hayan sido “decididos” por una determinada autoridad política, ni de que se encuentren constitucionalmente protegidos, sino de que logren desempeñar la función de criterios metanormativos de validez. Cuando algunos derechos individuales son tan importantes que se traducen en criterios sustanciales efectivamente seguidos para juzgar la validez de todas las demás normas de un Ordenamiento dado, entonces tales derechos son fundamentales. Esta forma y esta función jurídica no pueden más que reflejar, en términos de fuerza o cualidad jurídica, la importancia que en términos axiológicos, en tanto “valores”, algunos derechos han adquirido.

Para que un derecho sea *fundamental*, en el plano simplemente moral, debemos concebirlo como dotado de valor en sí mismo, pero debe tratarse también de un valor prioritario, de un valor *último*, como somos propensos a creer en relación a aquellos derechos que protegen la vida, la dignidad y la

⁹² Tengo que reenviar, para la justificación y la exposición completa de las tesis teóricas acerca de la relación entre derechos fundamentales y regla de reconocimiento, a mi volumen *L'autorità dei diritti*, cit.

libertad de los individuos. En un *sistema jurídico* ¿en qué se manifiesta el hecho de que los derechos son fundamentales, y como tales, se hallan dotados de un valor en sí, de un valor último? Se traduce en la función consiguiente que un derecho fundamental asume, o sea, la de actuar como criterio de reconocimiento de normas válidas.

Por otro lado, la tutela y el ejercicio de tales derechos se considera uno de los fines propios del sistema de referencia; el bien a cuya protección el derecho subjetivo está preordenado constituye una finalidad más entre las atribuidas a las actividades públicas. De esta manera consiguen al menos una cierta forma de “encarnación” en la agenda de las “instituciones”.

Mi convicción es que en cuanto fundamentales los derechos recogen también fines colectivos: y debería resultar desconcertante que derechos relativos a bienes considerados fundamentales no figurasen entre los fines colectivamente irrenunciables.

Como he dado a entender, con las Constituciones contemporáneas, los Ordenamientos jurídicos euro-continetales han atribuido finalmente a los derechos una autonomía respecto de la ley, que deriva precisamente de su previsión constitucional; deriva del hecho de que algunos derechos, como en las Constituciones occidentales contemporáneas, al menos los principales derechos de libertad, los derechos civiles y políticos, y en muchas Constituciones europeas, los más relevantes derechos sociales, no existen jurídicamente gracias a la voluntad de las mayorías, o sea de la ley, sino gracias a la voluntad de los padres constituyentes. Están reconocidos más allá de la voluntad legislativa, que no puede violarlos, en una fuente superior a la ley misma, precisamente, en la Constitución. El valor intrínseco de los derechos se tutela, en sentido institucional, afirmando la autonomía de origen, un fundamento separado para los derechos que, cuando menos, se halla a la altura de la “ley”. Ciertamente, esta recientísima conquista de civismo no es suficiente porque con ella no se propone el modo en que puede superarse la demarcación liberal entre fines colectivos y derechos individuales, la manera en que los derechos podrían protegerse en tanto fines colectivos.

Por lo demás, esta última cuestión sería del todo inconcebible para Dworkin, según el cual los derechos son, en el fondo, definibles como razones suficientes contra cada egoísmo público (*rights as trumps*⁹³), indepen-

⁹³ R. DWORKIN, “Rights as Trumps” en J. WALDRON(ed.), *Theories of Rights*, Oxford, 1984, pp. 153-67.

dientemente del cálculo de las consecuencias o de las limitaciones de los recursos⁹⁴. Tal interpretación favorece a los derechos bajo el presupuesto de que la misma lógica de las democracias es estructuralmente “paternalista” (basada en preferencias “externas”, relativas a los intereses de “otros” individuos, expresadas mayoritariamente por las asambleas legislativas), y necesita de un contrapoder en los derechos y en los jueces⁹⁵. Que los derechos deban ser garantizados fuera del proceso democrático (o sea, a través de la labor racional de los Tribunales de justicia) se considera, finalmente, como algo natural, por el hecho de que “las decisiones sobre derechos y contra la mayoría, no son cuestiones que por justicia puedan ser dejadas a la mayoría”⁹⁶.

Sin embargo, creo que si los derechos tienen valor intrínseco (de la misma manera que el paralelo principio democrático), entonces *valen* para nosotros y nos *obligan* en positivo, como objetivos *normativos*, y solamente así se convierten en una cuestión “institucional”, en un elemento crítico constante y en un *test* de control del contenido de nuestras instituciones.

Ha sido sobre todo Amartya Sen quien ha sostenido que las teorías *goal based* (y por tanto capaces de poner sobre la mesa los fines públicos) no son necesariamente opuestas a las que atribuyen una prioridad a los derechos, sino que lo son únicamente las teorías utilitaristas: no hay ninguna imposibilidad lógica que impida conciliar la prioridad de los derechos y las teorías de los fines colectivos. El fin de la igualdad, por ejemplo, es un *goal* coincidente con la idea moral de otorgar *derechos* a los desaventajados a fin de que puedan recibir un tratamiento mejor⁹⁷.

La ventaja específica de considerar derechos como *goals* consiste esencialmente en la imposibilidad de asumirlos como simples límites frente a los que debe detenerse la acción social: por el contrario, se les de-

⁹⁴ Un equilibrio distinto tanto entre derechos y cuestiones colectivas como entre principios y políticas públicas, y una crítica a las aproximaciones puramente deontológicas por lo que hace a los derechos, se puede encontrar en A. SEN, del que en particular cfr. “Legal Rights and Moral Rights: Old Questions and New Problems”, *Ratio Juris*, núm. 2, 1996 y “Rights and Agency”, *Philosophy and Public Affairs*, núm. 1, 1982, pp. 3 y ss.

⁹⁵ Cfr. R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, a cura di G. Rebuffa, trad. di F. Oriana, Bologna, 1982, pp. 328 y *passim*.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 254.

⁹⁷ A. SEN, “Rights as Goals” (Austin Lecture), *Archiv für Rechts-und Sozial Philosophie* (ARSP), núm. 21, 1985, p.12.

be concebir como objetivos sociales a los que dispensar la máxima atención⁹⁸. En definitiva, también Sen concluye que “si los derechos son fundamentales, entonces es que tienen un valor, y si tienen un valor intrínsecamente y no sólo instrumentalmente, deberían comparecer entre los fines (*goals*)”⁹⁹.

Gracias a estas consideraciones, es fácil apreciar que el carácter anti-político de los derechos fundamentales no puede sostenerse. En el fondo, como ha escrito Joseph Raz, la idea de que la de los derechos es una cuestión individual marginada de los asuntos públicos “está basada en un profundo desencuentro entre la naturaleza de los derechos en general y la de los derechos civiles y políticos en particular”¹⁰⁰.

10. DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES

10.1. Definidos los derechos fundamentales en razón de la función que adquieren como normas en un Ordenamiento jurídico y del contenido específico del bien que intentan tutelar asegurando su protección a los individuos, acaban siendo un producto “positivo”, parte integrante de las prioridades normativas de un Ordenamiento jurídico.

Entre tales prioridades los derechos fundamentales pueden naturalmente comprender un conjunto de derechos que pertenezcan, o se defiendan que pertenecen a los seres humanos en cuanto tales. La idea moderna de los derechos “naturales” es un ejemplo de esto.

Pero es mejor evitar la identificación conceptual entre derechos humanos y derechos fundamentales. El de los derechos humanos es un concepto sobre todo filosófico, que articulamos de forma diferente en función de nuestras concepciones acerca de lo que pertenece a los seres humanos en cuanto tales y las concepciones filosóficas pueden diferenciarse entre ellas. En cambio, los derechos humanos llegan a ser “fundamentales” en el momento en que entran a formar parte de las estructuras fundamentales de un Ordenamiento jurídico y son definidos jurídicamente.

⁹⁸ A. SEN, “Rights as Goals”, cit., p. 15.

⁹⁹ Ibidem.

¹⁰⁰ J. RAZ, *Ethics in the Public Domain*, Oxford, 1996, p. 56. [J. RAZ, *La ética en el ámbito público*, trad. María Luz Melón, Gedisa, Barcelona, 2001].

La abstracción de los derechos humanos es una condición esencial para su aspiración o pretensión de “universalidad”. A pesar de las Declaraciones internacionales (o europeas), que pretenden traducirse en núcleos de derechos “positivizados”, el acento deontológico, y por tanto kantiano, de principio, categórico, puro, de los derechos humanos es un indicio de su fuerza “moral”. La fuerza de los derechos humanos está en el hecho de que tales derechos son finalmente una filosofía. Es cierto que presuponen una ontología, una epistemología, una antropología, una visión de la justicia, si bien su persistente abstracción puede funcionar como una suerte de principio crítico permanente. Sin embargo, como muchos sostienen, los derechos humanos han tenido y conservan un significado individualista y liberal y su lenguaje neutro ha servido incluso para perpetuar formas de dominio (como se ha insistido desde hace tiempo desde el movimiento feminista refiriéndose a la violencia de género¹⁰¹). Hoy la cuestión de los derechos en general aparece con un doble perfil, movida por inconfesados intereses de Occidente, o de una parte de ellos, y redundante en proclamaciones humanitarias.

Michael Ignatieff en su “apología”¹⁰², puso en primer plano la naturaleza sutil de los derechos humanos¹⁰³ que establecen las condiciones de la libertad *negativa*, asimilada a lo que es justo, y no a lo que es bueno. Es “posible gozar de una plena protección de los derechos humanos y sin embargo defender que uno está privado de los requisitos esenciales de una vida buena”¹⁰⁴. Se trata de las condiciones mínimas de cualquier género de vida. “Los derechos humanos son universales no en cuanto vernáculos de la prescripción cultural sino como lenguaje que confiere poder moral. Su papel no es el de ofrecer un contenido cultural sino el de liberar a todos los actores de manera que puedan plasmar tal

¹⁰¹ A diferencia de aquellas basadas en el sexo, las que lo están en el “género” son un producto social. Por lo tanto, las políticas *gender-neutral* tienden a reproducir jerarquías y discriminaciones (entre otros, cfr. D.L. RODHE, *Justice and Gender*, Cambridge (Mass.), 1989 o C. MacKINNON, “Crimes of War, Crimes of Peace” en S. SHUTE y S. HURLEY (eds.), *On Human Rights*, New York (Basic Books), 1993, pp. 83-109).

¹⁰² *Una razonable apología de los derechos humanos* (trad. di S. D’Alessandro, Milano, 2003) es el título de la edición italiana de M. IGNATIEFF, *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton, 2001.

¹⁰³ Una contribución nada desdeñable a la noción de derechos humanos nos la ofrece –en una dirección en parte análoga– J. RAWLS, *Il diritto dei popoli*, a cura di S. Maffettone, Milano, 2001, por ejemplo, en las pp. 104-7. [J. RAWLS, *El derecho de gentes y “una revisión de la idea de razón pública”*, trad. Hernando García Villa, Paidós, Barcelona, 2001]

¹⁰⁴ M. IGNATIEFF, op. cit., p. 57.

contenido sin encontrar ninguna traba¹⁰⁵. Simultáneamente, según Ignatieff, más que como la cortante rigidez de un arma deontológica, los derechos humanos deberían ser concebidos como contenidos de una *deliberación* sensible a las consecuencias y forjada políticamente. Deberían ser pues “una forma de política”¹⁰⁶ que habría de introducir en la realidad el criterio de los fines morales aunque también tienen un carácter “político” ya que señalan un desencuentro entre los detentadores de los derechos y los del poder¹⁰⁷. Por esto, el de los derechos “es la única jerga universalmente disponible que convalida las reivindicaciones de las mujeres y los niños contra la opresión que viven en las sociedades patriarcales y tribales; es el único lenguaje que permite a las personas vulnerables considerarse agentes morales y actuar contra prácticas –los matrimonios concertados, la reclusión femenina, la exclusión de los derechos de la ciudadanía, la mutilación genital, la esclavitud doméstica y otras– que son ratificadas gracias a la presión y a la autoridad de sus culturas”¹⁰⁸.

Sin embargo, surge la pregunta acerca de la compatibilidad entre los términos de esta definición de los derechos humanos que reconoce por un lado su significado político, la dimensión teleológica respecto a las consecuencias concretas, su contenido cada vez más específico, y por otro lado, su naturaleza neutra, sutil, preliminar, moral y, por tanto, universalmente reconocible. Como no podía ser de otra manera, también esta presentación teórica de los derechos humanos se presta a objeciones recurrentes¹⁰⁹. En ella los derechos humanos se convierten por una parte en expresiones trascen-

¹⁰⁵ Ibidem, p. 75. A esta tesis se adhiere S. VECA en *La priorità del male e i diritti umani* (en el trabajo que acompaña a la edición italiana de Ignatieff, op. cit.) que defiende una justificación *mínima* a la consciencia de la “prioridad del mal” (los derechos humanos después del holocausto esclarecen su sentido) y atribuye a los derechos humanos la capacidad de mostrarnos y de focalizar las “razones por las que no debemos elegir una vida determinada” (ibidem, p. 120 y cfr. p. 123). Coherentemente, Veca concluye que los derechos humanos en este punto deben ser considerados como triunfos (ibidem, p. 133).

¹⁰⁶ Ibidem, p. 26.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 69.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 70.

¹⁰⁹ Así las cosas, se subraya el carácter ideológico y éticamente connotado de los derechos humanos bajo el presupuesto de que la definición de Ignatieff es falsa: los derechos expresan ideales éticos bastante más “connotados” de cuanto aparenta la garantía de la libertad negativa, si bien tampoco tal libertad es más que una representación de ideales culturales individualistas que colisionan con derechos colectivos. Cfr. D. ZOLO, *Fondamentalismo umanitario*, un trabajo que se encuentra en la edición italiana del ensayo de Ignatieff, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, cit., pp. 145 y ss.

dentales de la humanidad y por otra en el fruto de visiones éticas particulares y políticamente negociables: estas cualidades y este *status* pueden adscribirse a los derechos en general, pero acaban provocando un colapso. Tales características son muy relevantes, pero si queremos comprenderlas debemos identificar *dos* tipos “teóricos” de derechos, los derechos fundamentales y, junto a ellos, los derechos humanos, entendidos ambos como dos modalidades conceptuales distintas desde las que es posible hablar de derechos y a las que pueden referirse, separadamente, estas connotaciones.

Expresiones como derechos humanos y derechos fundamentales no pueden considerarse equivalentes y fungibles; conviene valorar el diverso espectro de significado, precisamente con el fin de responder a las críticas y abordar nuestros objetivos con instrumentos conceptuales menos “planos” así como resolver la multitud de aporías que caen sobre los derechos.

Generalmente, los derechos humanos son –o se prefiere que sean– también derechos “fundamentales”. Lo cual, si no es repetitivo, debería aludir al hecho de que una *sociedad* determinada asume la tutela de los derechos humanos como algo esencial para su supervivencia. A mi modo de ver, si no se trata de una tautología, los derechos humanos son *también* fundamentales, (si y) porque los consideramos *fundamentales* en nuestra vida *común*, los consideramos imprescindibles para los individuos no en abstracto, sino al interior de un sistema social organizado.

Como derechos humanos son pues “abstractos”, mientras que como derechos fundamentales no pueden serlo. Para proponer una descripción de los derechos fundamentales hace falta asumir la carga que supone mostrar que un cierto núcleo de derechos (incluidos, eventualmente, los derechos “humanos”) tiene un papel cardinal en una sociedad, en un sistema social, de modo que en tal sistema constituyen una estructura fundante y un objetivo que orienta a las instituciones y a las *policies*.

Cuando son también fundamentales, los derechos humanos, que son de por sí concepciones filosóficas acerca de los seres humanos, forman parte simultáneamente sea de una concepción del hombre, sea de un sistema social, que reclama entre las propias reglas del juego, o entre los propios elementos constitutivos, esenciales, la tutela de aquellos derechos.

Una teoría de los derechos “humanos”, de por sí, concluye con el anuncio de una pretensión deontológica, lo que debemos a los *seres humanos*, vinculada al menos a una teoría moral y probablemente a una antropología. Como he destacado más arriba, una teoría de los derechos fundamentales se esfuerza sin embargo en que nos concentremos en todo lo que es capaz de

contribuir a la existencia de una *sociedad* basada en derechos (o incluso a recomendar el modo en que debería o podría hacerlo): se trata de formular análisis o recetas que no se expresan en términos deontológicos, sino en términos éticos, institucionales, políticos, teleológicos. Por mantenerme en los márgenes netos, los derechos fundamentales tienen necesidad de concreción así como los derechos humanos la tienen de abstracción. Y entre los factores que integran tal concreción está ciertamente el hecho de la definición colectiva que determina su puesto en la escala de prioridades, a pesar de la necesaria evolución de la elaboración política de su contenido material.

Sobre los derechos humanos se pueden hacer elecciones filosóficas algo sutiles y coherentes defendiendo una gran variedad de posibles justificaciones¹¹⁰. La diferencia de perspectivas no afecta sólo a los países no occidentales sino también a los *western countries*, que adoptan ángulos visuales diferentes: por ejemplo, por lo que se refiere a la forma de tutela o *justiciabilidad* internacional, pero no sólo¹¹¹. El consenso universal sobre los derechos “universales” está a menudo ausente. Pero quien aspire a proteger pretensiones elementales de reconocimiento de la dignidad humana, debe considerar los derechos *humanos* por amor a la coherencia, como triunfos (siguiendo a Dworkin y Habermas). Estos derechos deberían ser adjudicados a los individuos gracias a la fuerza de los argumentos de principio y absolutamente independiente de todo obstáculo que pudiera encontrar la *policy*¹¹². ¿Porqué

¹¹⁰ En la redacción de la Declaración de la ONU, a Eleanor Roosevelt se le reconoce el mérito de haber permitido un *agreement* “sutil” aún en la diversidad a menudo radical de las posiciones filosóficas, éticas y políticas (Ignatieff mismo se refiere a la compleja situación en que se redactó la Declaración Universal: *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, cit., pp. 79 y ss.). El carácter sutil de este *agreement* es un sinónimo de la abstracción a falta de mayores connotaciones. Según M. GLENDON, “Foundations of Human Rights: The Unfinished Business”, *American Journal of Jurisprudence*, 1999, p. 3: “The Framers of the Declaration did take account of the diversity of cultures by leaving room for a legitimate pluralism in interpreting and implementing its open-ended principles”.

¹¹¹ M. IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia*, cit., pp. 17y ss. La oposición de los Estados Unidos a los acuerdos globales sobre política ambiental o a los Tribunales internacionales para la defensa de los derechos humanos o su persistente recurso a la pena de muerte son un ejemplo suficientemente elocuente.

¹¹² También J. HABERMAS ha construido a menudo la relación entre los derechos individuales y los bienes colectivos dando por descontado que los primeros sólo pueden ser postergados a favor de fines políticos cuando con los últimos se logran defender ulteriores derechos individuales, o sea retomando la tesis de Ronald Dworkin (J. HABERMAS, *Lotta di riconoscimento nello stato democratico di diritto*, en J. HABERMAS, Ch. TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, trad. di L. Ceppa, Milano, 1998, pp. 81-2).

una teoría de los derechos humanos, referida por definición a los seres humanos, capaz de identificar lo que en términos de justicia (esencial), sea debido a cada ser humano, debería después renunciar a defender su prioridad y su valor último?

Naturalmente, esto hace muy difícil sostener que, aun no siendo negociables, puedan tener algún contenido político consecuente con una específica (y contingente) deliberación pública. Si bien es cierto que, Habermas mismo, como ya he recordado, ha insistido acerca del desarrollo “democrático” de la universalidad de los derechos¹¹³ y al mismo tiempo ha defendido el carácter necesariamente moral e individual de los mismos.

Con este intento de cuadrar el círculo, se fortalece la idea de la doble e indecisa naturaleza de los derechos. Si Habermas no los considera triunfos en el terreno del reconocimiento judicial y asume la elaboración política de su naturaleza, otros (como Ignatieff) destacan su contenido mínimo (y todo sumado, “neutro”) pero renuncian después a su valor como pretensión triunfante a cambio de una pragmática clarificación intersubjetiva, y por lo tanto política. Como puede verse, en este punto, el debate teórico es particularmente complejo y no presenta una solución inmediata.

10.2. Los catálogos de derechos fundamentales no son la expresión de una simple moral de la autonomía, de una deontología mínima de respeto a la dignidad humana (implícita por ejemplo en el principio elemental del “permiso”¹¹⁴), sino que son, más bien, algo más: nos señalan aquellos bienes que resultan centrales para la realización de nuestros planes y concepciones de vida, especialmente en Occidente, así como para la consagración de un ideal de la vida buena (la libertad o la solidaridad, se pueden mencionar en-

¹¹³ Ibidem, p. 83.

¹¹⁴ T. ENGELHARDT Jr. (*Manuale di Bioetica*, trad. di S. Rini, Milano, 1999) lo defiende como el principio fundamental de la convivencia que es lógicamente irreprochable. El principio del consenso, el principio del permiso, son los presupuestos de una vida moral, cualquiera que esta sea; y son el fundamento de la corrección y de la posibilidad de una comunidad pacífica que no se imponga a los individuos por la fuerza. “El principio del permiso traza las fronteras de todas las comunidades morales. Violarlo significa ser enemigo de la comunidad moral en general. Honorarlo, sin embargo, no significa por sí mismo ser miembro de una comunidad moral. Lo que es cierto, en parte porque tal principio es sólo un principio de no interferencia. Es un principio negativo. (...) no está más allá, sino más acá de cada bien o mal concreto. Sólo gracias al principio positivo de beneficencia la vida moral adquiere un contenido. Así, no ser beneficiario no significa ser enemigo de una comunidad moral, pero no significa tampoco ser miembro de una comunidad moral” (p. 135).

tre los más habituales). Por ejemplo, la democracia y la igualdad no son condiciones mínimas de respeto y de convivencia, y el principio de la autonomía moral, traducido a menudo en el principio del consenso o del “permiso”, es una “prioridad conceptual”, pero no se le encuentra nunca solo. Una sociedad no es *solamente* un conjunto de individuos que conviven entre sí, sino un teatro de elecciones individuales y colectivas, de pretensiones normativas consecuentes con el presupuesto de la autonomía moral. Los derechos fundamentales protegen bienes mínimos y bienes más particularmente connotados: *son* o expresiones de respeto por la libertad de cada uno, o indicaciones algunas veces limitadas, otras analíticas, a veces mínimas y a veces máximas, de los bienes que un sistema tutela. Además, los derechos protegen la posibilidad de elegir y –dada una elección–, también sus contenidos; es decir, las preferencias éticas que de vez en cuando se convierten en preferencias propias de una colectividad o de un individuo.

Pero si hablamos de derechos humanos, en cuanto condiciones independientes del consenso de que se trate, no podemos aceptar después que tales derechos se plieguen al juego de las preferencias políticas.

En realidad, ideas como la de las condiciones morales mínimas de convivencia, de justicia, en sentido kantiano, no pueden ser sometidas a una politización, ni ser marginadas de una ética socialmente compartida. Si los derechos humanos son lo que se debe a cada uno en razón de su humanidad, tales derechos incorporan estas condiciones de justicia moral, y no pueden ser objeto de degradación en nombre de ningún valor considerado prioritario.

Lo justo no depende del “consenso”, sino que emerge de un ejercicio racional y argumentativo: *si* existen instituciones públicas e imparciales capaces de hacer prevalecer el método del argumento mejor, o el método comunicativo, la discusión sobre la justicia se desenvuelve en un canal potencialmente separado del que mantiene el poder y la negociación; utiliza recursos distintos, se orienta a la comprensión de los argumentos ajenos y no a obtener el éxito político, basado el “discurso”, como sucede en la teoría habermasiana, en la “corrección” de los procedimientos, en la racionalidad, en el principio de universalización, la comunicación paramétrica (si bien puede no haber nada que asegure que los resultados del “discurso” resulten ser siempre unívocos e incontrovertidos). No hay duda de que la persecución de lo justo entre los individuos, como condición de convivencia, es un acto de civismo. Pero, como es obvio, ni siquiera lo justo se afirma “por sí

mismo", o sea sin necesidad de ser incluido entre las implícitas e intangibles prioridades de las sociedades liberaldemocráticas. Esto no significa que dependa de la negociación política, tampoco en el sentido estricto del simple "consenso", ya que contiene precisamente las condiciones-marco del diálogo. En esta reflexión, el esfuerzo más avanzado es el que representa el concepto de cooriginariedad, que señala la relación que existe entre el sistema de los derechos y la idea de la soberanía democrática en la cultura occidental, concepto que Habermas ha propuesto en su *Facticidad y validez*. El sistema de los derechos, en su carácter fundamental para la historia constitucional europea y occidental, no asume una posición derivada respecto del principio de soberanía popular, en el que reside el poder democrático. La soberanía no es más que la práctica deliberativa gobernada por un procedimiento en el que los derechos individuales, dotados de una legitimación autónoma respecto de la voluntad soberana, se presentan como garantías esenciales de justicia en la puesta en marcha de tal procedimiento.

Pero se trata en todo caso de alejar el riesgo de una circularidad que no consiga salvar la recíproca independencia entre derechos y política, justicia y democracia, y, precisamente, para prevenir el colapso conceptual de los derechos. La cooriginariedad de la relación entre derechos y preferencias ético-políticas, entre autonomía privada y autodeterminación colectiva, pone de manifiesto que se trata de "pilastras" dotadas en cada caso de una fundamentación independiente. Sin embargo, en la práctica no se es inmune al riesgo de subordinar simplemente el contenido de los derechos a la decisión soberana, o al contrario, de sustraer a la decisión política, en nombre de la inviolabilidad de los derechos, amplias áreas de decisión (porque se hallan protegidas, por ejemplo, por la tutela constitucional).

Los derechos humanos deberían funcionar efectivamente como condiciones mínimas de convivencia allí donde los derechos fundamentales deberían señalar las formas de realización y de institucionalización más apropiadas desde el punto de vista del espesor y el significado ético. En otros términos, los derechos humanos constituyen un umbral que debe marcar la tutela mínima de una convivencia libre, mientras que los derechos fundamentales coinciden con los fines y los valores que de un modo variable a lo largo de la historia y la geografía, éticas diversas pueden configurar diversamente.

La consciencia de que existen valores materiales entre los que los derechos humanos deben ser reubicados, incluso a riesgo de entrar en contradic-

ción con algunos de ellos, es el nudo principal al que se debe dedicar una atenta reflexión. Los principios de libertad, dignidad o igualdad aparecen ligados al reconocimiento de los derechos humanos y a una idea sutil, libre de especificaciones controvertibles o unilaterales –y por tanto no discutible– de justicia. Pero precisamente esta naturaleza sutil muestra que el sentido de tales conceptos, de cuando en cuando, ha de reelaborarse y tiene que rendir cuentas en las condiciones de significado propias de cada contexto social. La consciencia del carácter también contextual que los derechos asumen puede tener consecuencias absolutamente positivas incluso para encauzar el éxito de la lógica de los derechos humanos que a menudo pretende garantizar, en cada lugar, una suerte de presencia abstracta y “pura”. El concepto de derechos fundamentales que expongo aquí ocupa un lugar jurídico e institucional que la idea “moral” de los derechos humanos como tal no posee todavía.

El hecho de considerar que el ejercicio de los derechos humanos es también una cuestión política (que ha de afrontarse, por tanto, en relación a las estructuras del poder) aunque señala un grado de consciencia acerca de la insuficiencia de los derechos humanos, no es un paso concluyente. De lo que se trata es de considerarlo como un problema ético. Garantizar los derechos humanos en un contexto específico significa operar en el plano ético, o sea evitar que su ejercicio represente una destrucción radical del tejido ético, de los valores fundamentales, de la sociedad en la que los derechos deberían ser garantizados. Esta garantía ética no significa otra cosa que su institucionalización entre los fines colectivos, y depende de su incardinación concreta entre los criterios de relevancia, de pertenencia, de valor, de una comunidad.

Por otro lado, no se debe infravalorar el hecho de que la definición de los derechos en el seno de una sociedad es un momento extremadamente delicado, dado que siempre supone el riesgo de diluir y debilitar la fuerza crítica y sobre todo la imperatividad con que los derechos humanos defienden la humanidad de cada uno, frente a otros.

John Rawls separó los derechos humanos de los derechos propios de las democracias liberales, distinguiendo, por ejemplo, el artículo 1 de la Declaración Universal de 1948 (“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Todos ellos están dotados de razón y conciencia y deben actuar los unos con los otros con un espíritu de fraternidad”) de artículos, como el 3 (derecho a la vida, libertad y seguridad personal) o el 5

(prohibición de la tortura y las penas crueles y degradantes), que recogen derechos humanos en sentido estricto y que, a su vez, han de diferenciarse de aquellas previsiones (seguridad social, igual salario por trabajo igual) que presuponen instituciones particulares. Según Rawls, el artículo 1 posee una inspiración “liberal”, aunque no sé si Rawls tiene razón en esto: probablemente, el artículo 1 en su conjunto esté fundado en una variedad de inspiraciones diferentes y no sólo liberales. Es más, parece establecer un nivel no mínimo, sino más bien “alto” de convergencia entre inspiraciones diversas. En algún modo, para Rawls no estamos dentro del marco de los derechos humanos que, en cambio, “establecen un *standard* necesario, aunque no suficiente, de decencia para las instituciones políticas y sociales de las distintas sociedades”¹¹⁵.

Parece que Rawls defiende que los derechos humanos son un *presupuesto* que no se halla resquebrajado por elaboraciones políticas. Pero es precisamente este punto el que puede habernos puesto frente al riesgo de un exceso de “comunitarismo” o más simplemente de un permanente reenvío a la elaboración “comunitaria” del sentido de los derechos humanos. La *fundamentación y la justificación* de los derechos humanos deben sustraerse a las formas positivas y culturales en las que asumirían su significado material y concreto. Por ello, la *separación conceptual*, sobre la que he insistido, entre derechos humanos y derechos fundamentales, resulta útil: permite individualizar los límites, o sea definir la frontera insuperable más allá de la cual, por poner un ejemplo, incluso la autonomía interna de un régimen no debe ya considerarse intangible¹¹⁶. Otra cuestión es en qué medida esta limitación resulta “objetiva”, compartida y sobre todo compartible por los pueblos que, por seguir a Rawls, están sometidos o por los regímenes “indecentes” que parecen ignorar la justicia de los derechos humanos. Cuando se hace referencia a los derechos humanos, se permanece en un área mínima que señala lo que es “justo”, un área deontológica absolutamente heterogénea respecto a la teleológica y colectiva de los fines sustanciales. Los derechos humanos no sólo son una “clase especial”, como Rawls sugiere, sino al mismo tiempo un *modo* de mirar a los derechos y una forma de concebirllos. Pensar en los derechos como presupuesto insustituible de la supervivencia del género humano, de los seres humanos como tales, significa concebirllos como derechos humanos. Las discusiones racionales y/o razonables para lograr individua-

¹¹⁵ J. RAWLS, *Il diritto dei popoli*, cit., p. 105.

¹¹⁶ *Ibidem*, pp. 104-5.

lizar los derechos que gozan de esta cualidad y están indisolublemente ligados a lo que es debido a los seres humanos, han avanzado en los últimos cincuenta años hacia *agreements* cada vez más profundos, que sin embargo, aún encuentran fallas y divisiones con las que se destruye el tejido de colaboración que pudiera existir entre los pueblos.

Por otra parte, lo que he subrayado como la pertenencia de los derechos (ética y políticamente) "establecidos" a los fines colectivos, impone una distinta elaboración conceptual de los derechos irreducible a aquella "filosófica" de los derechos humanos, y, como ya he explicado en estas páginas, también una definición separada de la de derechos "fundamentales". El hecho de que algunos derechos sean considerados como presupuestos de instituciones "decentes" significa sólo que son candidatos a presentarse como si fueran de los derechos fundamentales. Pero se trata de una apariencia "peculiar"¹¹⁷. Mientras los derechos "fundamentales", según la definición aquí propuesta, deben someterse a la circularidad del consenso democrático, los derechos humanos, por el contrario, deben quedar inmunes frente a las justificaciones puramente contextuales y a las jerarquías de "mérito" en la escala de los valores "particulares". Estos últimos deben estimularnos de modo que la validez moral y universalista no sea íntimamente contradicha pero debemos ser conscientes de que su traducción en derechos "fundamentales" comporta un fatigoso ingreso "en sociedad". Como tales, los derechos "fundamentales" responden a una función esencial en el Orden jurídico y al tiempo incorporan los significados éticos de los sistemas a los que pertenecen y de los que en varios sentidos no son el resultado. La prestación que el Derecho ofrece y puede ofrecer en relación a los derechos es pues la de acoger institucionalmente y afilar la incorruptible justicia de los derechos humanos, como abstracciones filosóficas, su agudo potencial preformativo, su profundo sentido moral, que incorpora pretensiones mínimas de respeto a los seres humanos como una condición de toda ética, de cualquier elección

¹¹⁷ Es obvio que el respeto a la vida o a la prohibición de la tortura en un Estado liberal-democrático occidental como Italia es en teoría un presupuesto de las instituciones "decentes", pero tal presupuesto pertenece a un ambiente constitucional en el que ha de conciliarse con la persecución de otros valores: por ejemplo, la solidaridad y la igualdad. Nuestra sociedad constitucional no es neutra, y su reivindicación de derechos está inserta en un amplio proyecto axiológico, fines de base que incorporan y reelaboran le condiciones de justicia. Bajo este punto de vista, reconocemos que derechos fundamentales son criterios sustanciales de validez jurídica pero también fines colectivos principales de las instituciones mismas.

de valor, individual y colectiva. La “juridicidad” es aquí una cuestión institucional y no filosófica, y por tanto no afecta a derechos “debidos” en abstracto, sino a la correcta compenetración entre las “ideas” que se mantienen sobre los derechos y las éticas internas de los sistemas que deberían asumirlos como fundamentales, o sea convertirlos en pilastras y estructuras de la “forma de vida” propia. Por su parte, los derechos humanos permanecen como el presupuesto irrenunciable del que debemos partir: muestran una disciplina de *abstinencia del mal*¹¹⁸ siempre que *no* se confundan con *una* más de entre las posibles opciones éticas de una democracia.

GIANLUIGI PALOMBELLA
Dipartimento di Studi giuridici e sociali
Sezione Filosofia del Diritto
Via Università 12
43100 Parma Italia
E-mail: gianluigi.palombella@unipr.it

¹¹⁸ Vid. *supra*, nota 105.

**DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA VERSUS
LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN INTERNET:
UNIÓN EUROPEA y BRASIL**

*THE RIGHT TO PROTECTION OF CHILDHOOD VS.
FREEDOM OF EXPRESSION IN INTERNET:
THE EUROPEAN UNION AND BRAZIL*

CRISTINA AMICH ELÍAS.

Universidad Metodista de Piracicaba (UNIMEP)

Fecha de recepción 13-09-06

Fecha de aceptación: 29-11-06

Resumen: *El niño, como sujeto diverso, diferente a un adulto en el grado de atribución de los Derechos Humanos, se erige en sujeto de un derecho específico, el de protección –reconocido en los textos nacionales e internacionales de derechos del niño– que se le atribuye como un reconocimiento de esa diversidad que la infancia constituye, y como un compromiso de la protección de dicha diversidad. Pero, ¿hasta donde prevalece ese “derecho a la protección” frente a otros Derechos Humanos o Libertades Fundamentales con los que puede entrar en colisión? La respuesta depende del contexto. En este caso, las medidas que la Unión Europea y Brasil han adoptado en relación con la protección de la infancia en Internet, donde dos tipos de contenidos, ilegales y nocivos, amenazan dicho derecho a la protección del niño. Los problemas comienzan cuando las medidas técnicas desarrolladas, sugeridas y/o adoptadas por los Estados ponen en peligro la libertad de expresión, el derecho a la información o el derecho a la privacidad, porque, si el considerar un determinado tipo de contenido nocivo para la infancia va a depender en muchos casos de la interpretación de cada país, cultura o familia, ¿deben los Estados fomentar una tecnología de protección caracterizada por su potencial censor?; es más, ¿lo están haciendo?*

Abstract: *The child, as a diverse individual, different from an adult in the attribution of Human Rights, owns a specific right, the right to protection –established in the national and international documents about children’s rights–. This right is attributed as a recognition of the diversity that the childhood is, and*

as a compromise to the protection of that diversity. But, should this right prevail in front of other Human Rights or Fundamental Liberties? The answer depends on the context. In this case, the arrangements adopted by the European Union and Brazil regarding to the children's protection in Internet, where two kinds of contents, illegal and harmful, threaten the right to protection. The problems begin when the technical arrangements developed, suggested and/or adopted by the countries, put in danger the freedom of expression, the right to information or the right to privacy, more when there is no agreement about how harmful a content could be for a child, due to differences between cultures. So, whether the consideration of some content as harmful for the children depends on the interpretation of each country, culture or family; should the countries promote protection technologies whose principal characteristic is their potential censorship?; Even more, are they doing that?

PALABRAS CLAVE: infancia, internet, contenidos perjudiciales, tecnologías de filtrado, censura.

KEY WORDS: childhood, internet, harmful content, blocking technologies, censorship.

Mientras la *Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del niño* de 1989¹ establece el compromiso de los Estados Partes de asegurar la protección del infante (artículo 3), a la vez que dicho compromiso jurídico subyace en todos aquellos artículos sobre los derechos de los niños no referidos específicamente a las libertades, la *Carta Europea de los Derechos Fundamentales*² realiza en su artículo 24.1 un reconocimiento explícito del “derecho a la protección” de los menores, sin olvidarse de señalar en el apartado 2 de dicho artículo que en toda medida adoptada por las autoridades públicas debe prevalecer el interés superior del niño. El mismo reconocimiento se produce en el artículo 1º del *Estatuto da Criança e do Adolescente* (ECA)³, al establecer que la propia ley “dispone sobre su protección integral”. Así, el infante, como sujeto diverso, diferente a un adulto en el grado de atribución de los Derechos Humanos, se erige de esta forma en sujeto de un derecho específico, el de protección, que se le atribuye como un re-

¹ http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc_sp.htm. Acceso: 17/jul./2006

² http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf. Acceso:17/jul./2006.

³ Ley n.º. 8.069 de 13 de julio de 1990, que dispone sobre el *Estatuto da Criança e do Adolescente* y da otras providencias. <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>. Acceso: 17/jul./2006.

conocimiento de esa diversidad que la infancia constituye, y como un compromiso de la protección de dicha diversidad.

Ahora bien, ¿hasta donde prevalece ese “derecho a la protección” frente a otros Derechos Humanos o Libertades Fundamentales con los que puede, y de hecho lo hace, entrar en colisión? La respuesta va a depender del ámbito en el que centremos nuestra atención, que, en nuestro caso, serán las medidas que dos ámbitos jurídicos diferentes como son la Unión Europea y Brasil han adoptado en relación con la protección de la infancia en los medios de comunicación, y más concretamente, en Internet.

En los últimos años se ha reiniciado el debate sobre la calidad de los contenidos televisivos, principalmente a raíz de la explosión en el medio de programas centrados en los pormenores de las vidas ajenas, recrudeciéndose la colisión entre derecho a la información y derecho a la vida privada. Pero además, se discute incansablemente sobre quién tiene la culpa de esta situación y, como en otros foros, se saca a la palestra el argumento que nos conmueve a todos: ¿qué tipo de valores estamos transmitiendo a nuestros hijos?, de forma que la protección de la infancia también entra en liza. No parece, sin embargo, que esto esté siendo un argumento efectivo para lograr un control de la televisión, sobre todo cuando la otra cara de la moneda es una audiencia masiva e ingentes ganancias por publicidad. Y no es lo único que preocupa de este medio, la creciente carga de violencia y sexo en los contenidos televisivos, independientemente de su carácter u hora de transmisión (publicidad, dibujos animados, concursos, etc.) es un tema hartamente discutido en relación con su influencia en el desarrollo socio-moral de los menores, hasta el punto de que la necesidad de que “a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão den preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas y mantengan respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”, fue introducida en la Constitución Federal brasileña (C.F.) de 1988⁴, así como en su ECA⁵.

Sin embargo, ni en Brasil ni en la Unión Europea se ha ido más allá del establecimiento de unos principios y unas normas básicas: En el caso de Europa, en aplicación de la conocida como *Directiva* “Televisión sin fronte-

⁴ <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/constituicao/>. Acceso: 17/jul./2006.

⁵ Artículo 76: *As emissoras de rádio e televisão somente exibirão, no horário recomendado para o público infanto-juvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas.*

ras”⁶ (advertencia acústica o señal visual en la pantalla), en el de Brasil a través de las normas de clasificación de contenidos televisivos⁷ –en cumplimiento de las atribuciones al respecto de la Unión, establecidas por el artículo 21, inciso XVI, de la C.F.⁸, y en seguimiento de las disposiciones del ECA⁹–, que quedan cada vez más minimizadas con la llegada y extensión de nuevas tecnologías de la información.

Éstas han maximizado el problema de los denominados contenidos “nocivos” para los niños y han agudizado la preocupación por controlar el

⁶ Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. Fue modificada por la Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 1997, siendo ésta última la que incluyó las disposiciones sobre protección de menores en su artículo 22: 1. Los Estados miembros adoptarán las medidas oportunas para garantizar que las emisiones de televisión de los organismos de radiodifusión televisiva bajo su jurisdicción no incluyan ningún programa que pueda perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores y, en particular, programas que incluyan escenas de pornografía o violencia gratuita. 2. Las medidas a que se refiere el apartado 1 se extenderán asimismo a otros programas que puedan perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de los menores, salvo que se garantice, por la elección de la hora de emisión o mediante toda clase de medidas técnicas, que, normalmente, los menores que se encuentren en su zona de difusión no verán ni escucharán dichas emisiones. Diario Oficial (DO) L 202 de 30/07/1997, pp. 0060-0070.

⁷ Portaria 796 de 8 de septiembre de 2000 del Ministerio de Justicia, artículos 2 y 10. Artículo 2: *Os programas para emissão de televisão, inclusive “trailers”, têm a seguinte classificação, sendo-lhes terminantemente vedada a exibição em horário diverso do permitido: I - veiculação em qualquer horário: livre; II - programa não recomendado para menores de doze anos: inadequado para antes das vinte horas; III - programa não recomendado para menores de quatorze anos: inadequado para antes das vinte e uma horas; IV - programa não recomendado para menores de dezesseis anos: inadequado para antes das vinte e duas horas; V - programa não recomendado para menores de dezoito anos: inadequado para antes das vinte e três horas. Parágrafo único. Os programas de indução de sexo, tais como “tele-sexo” e outros afins, somente poderão ser veiculados entre zero hora e cinco horas. Artículo 10: Párrafo único. Nenhum programa de televisão será apresentado sem aviso de sua classificação, exposto de maneira visível, antes e durante a transmissão.*

⁸ Artículo 21 XVI: *Compete a União exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão.*

⁹ Artículo 76. Párrafo único: *Nenhum espetáculo será apresentado ou anunciado sem aviso de sua classificação antes de sua transmissão, apresentação ou exibição. Artículo 254: Transmitir, através de rádio ou televisão, espetáculo em horário diverso do autorizado ou sem aviso de sua classificação: Pena-multa de vinte a cem salários de referência; duplicada em caso de reincidência a autoridade judiciária poderá determinar a suspensão da programação da emissora por até dois dias.*

acceso a los mismos por parte de los infantes; pero cómo lograrlo es la pregunta clave. Así, en el ámbito europeo, la *Directiva* señalada establecía también que se llevara a cabo una investigación de instrumentos destinados a facilitar el control ejercido por los padres o tutores sobre los programas que pueden ver los menores, y que debía abarcar la necesidad de que los aparatos de televisión nuevos estuvieran equipados con un dispositivo técnico que permita a los padres o tutores filtrar determinados programas, el establecimiento de sistemas adecuados de clasificación, y el fomento de políticas de televisión familiar y de otras medidas educativas y de sensibilización. El *quid* de la cuestión estará en los términos “facilitar el control de padres o tutores”, en primer lugar porque, como veremos a lo largo de estas páginas, la tecnología de clasificación y filtrado de contenidos está plagada de problemas tanto técnicos como vinculados a la limitación de la libertad de expresión, y, en segundo lugar, porque el desarrollo de estas medidas aprobadas, en principio, en cumplimiento del “derecho a la protección” de los niños, no pueden sustituir a la responsabilidad paterna en este sentido.

La investigación ordenada por la *Directiva* dio como resultado el *Estudio sobre el control que ejercen los padres sobre los programas de televisión*¹⁰. Sus conclusiones no sorprendieron: los niños ven la televisión solos y el control de padres y organismos públicos sobre la radiodifusión es cada vez menor, algo también confirmado en Brasil a través de sus propios estudios de audiencia infantil¹¹. En cuanto al estudio europeo, señalaba además que la situación hace deseable el desarrollo de *blocking technologies* (tecnologías de bloqueo), a la vez que sacaba a relucir el principal temor al respecto: estas tecnologías pueden convertirse en técnicas de censura que violen el derecho a la libertad de expresión. Pero, en 1999, momento en el que se publica este estudio, el problema había trascendido los límites de la televisión. Internet había comenzado a abrir desde mediados de la década-

¹⁰ http://europa.eu.int/comm/avpolicy/legis/key_doc/parental_control/index_en.htm. Acceso: 23/nov./2005.

¹¹ Las investigaciones de la empresa Multifocus revelaban que el 81% de los niños pasa más de dos horas por día frente a la televisión, que de ellos el 36,4% ve la televisión solo y el 45,7% acompañado por la madre; Más del 50% de los niños de hasta 11 años tiene acceso a la programación exhibida en horario adulto, de 6 a 9 de la noche, y casi el 40% está hasta las 11 de la noche frente a la pantalla. C. BRITO, *Pesquisa revela o perfil da criança brasileira no TVQ*, en <http://www.midiativa.com.br>. Acceso: 20/nov./2005; El estudio puede encontrarse en <http://www.kiddos.com.ar>. Acceso: 20/nov./2005.

da¹² una nueva dimensión de la comunicación y de la información y, por ende, una nueva dimensión de los problemas vinculados a estos conceptos. Derecho a la privacidad, seguridad y libertad de expresión volvían a encontrarse en liza, pero no será una lucha tradicional: en la Red, libertad expresión y derecho a la información se unirán al derecho a la privacidad frente a otros valores como la seguridad nacional y, muy especialmente, el derecho a la protección de la infancia, y esto será así porque, en Internet, el derecho a la privacidad se comporta como si fuera la infraestructura necesaria para que el derecho a la información pueda ser ejercido y viceversa¹³; y aunque diversos teóricos¹⁴ consideran que la arquitectura de la Red imposibilita su control y asegura automáticamente el ejercicio del derecho a la información, de modo que, como señala la GILC (*Global Internet Liberty Campaign*), “la Red considera que la censura la daña y da rodeos para evitarla”¹⁵, lo cierto es que el debate está servido¹⁶.

¹² El origen de Internet está en ARPANET, red de ordenadores de ARPA (Advanced Research Project Agency) –dependiente del Departamento de defensa de los Estados Unidos– establecida en 1969; En 1984 la Fundación Nacional para la Ciencia (NSF) estableció su red informática de comunicaciones, NSFNET, y en 1988 empezó a usar ARPANET (en esos momentos, ya conocida como ARPA-INTERNET) como “eje troncal”. En 1990 la NSF pasó a hacerse cargo de la gestión de Internet, procediendo rápidamente a su privatización. En 1995, se cerró la NSFNET y comenzó el uso privado de Internet, que se desarrolló rápidamente. Vid. J. GILLIES y R. CAILLIAU, *How the web was born. The story of the world wide web*, Oxford University Press, Oxford, 2000; J. NAUGHTON, *A brief history of the future. The origins of the Internet*, Weidenfeld & Nicolson, Londres, 1999; y WDWL, *History of the Internet and the World Wide Web*, en <http://wdvl.internet.com/Internet/History>. Acceso: 16/ago./2006.

¹³ O. JARAMILLO CASTRO, *Derecho a la Información en la web. Una revisión conceptual*, en <http://www.saladeprensa.org/art172.htm>. Acceso: 10/ago./2006

¹⁴ Vid. M. CASTELLS, *La era de la información: Economía, sociedad y cultura*. (Vol. 1. La sociedad red), Alianza Editorial, Madrid, 1998 y N. NEGROPONTE, *Ser Digital*. Trad. Dorotea Pläcking, Atlántida, Buenos Aires, 1995.

¹⁵ GILC, *Sin limitaciones de fronteras: La protección del derecho a la libertad de expresión en un Internet Global*, 1998, en <http://www.arnal.es/free/info/regard-index.html>. Acceso: 15/dic./2005. Un ejemplo de ello es la creación de servidores *mirror* (espejo), que se utilizan “cuando un gobierno trata de procesar a un proveedor de información o de obligar a la retirada de la información, otras personas podrán copiar la información y almacenarla en sus servidores, en países donde esa información pueda publicarse legalmente”.

¹⁶ Vid., HRW (Human Right Watch), *Silencing the net: The threat to freedom of expression on line*, en http://www.epic.org/free_speech/intl/hrw_report_5_96.html. Acceso: 15/ago./2006. ACLU (American Civil Liberties Union), *Fahrenheit 451.2: Is Cyberspace Burning?*, en <http://www.aclu.org/privacy/speech/15145pub20020317.html>. Acceso: 16/ago./2006.

Independientemente de la postura que se tome en dicho debate, el hecho es que los intentos de control de Internet se producen, y que el principal argumento empleado al respecto –no sólo en América Latina o Europa, sino principalmente en Estados Unidos¹⁷– es la protección de los niños. Ya desde mediados de los años 90 comienzan los Estados a mostrar interés por los peligros que la Red puede entrañar para los menores y empieza el desarrollo de una serie de instrumentos destinados a su protección en una doble vertiente: Como víctima de delitos sexuales y como sujeto maleable frente a contenidos nocivos. En el primer caso hablamos de dos cuestiones, la existencia de redes de difusión de pornografía infantil¹⁸, proveniente de abusos sexuales cometidos en el mundo real, y cuyas ganancias fomentan un aumento de la producción y, por lo tanto, de los abusos; y la capacidad de contacto con niños y adolescentes que proporciona la Red a través de sus múltiples componentes, facilitando la comisión de delitos contra la infancia. En el segundo caso, hablamos de la posibilidad de acceso de los menores a información y contenidos que se consideran perjudiciales para su desarrollo, como por ejemplo, pornografía y violencia.

Ambas cuestiones aparecían ya mencionadas en la “Resolución del Parlamento Europeo sobre medidas de protección de menores de la Unión Europea” de 1996¹⁹, entre otros peligros con los que se encuentra la infancia como los derivados del entorno familiar o la inmigración. En ella se condenaba tajantemente la pornografía infantil y se alertaba de la necesidad de proteger a los niños frente a mensajes y publicaciones de contenido pornográfico y violento, y se solicitaba al Consejo medidas para evitar la difusión de mensajes pedófilos y controlar los contenidos nocivos. Aunque ambas dimensiones sobre la protección de la infancia serán objeto de regulación por parte de la Unión Europea, se reconoce desde sus propios organismos que son dos problemas diferentes que exigen soluciones y enfoques diversos: en el caso de la pornografía infantil hablamos de lo que se denomina un contenido ilícito.

¹⁷ Vid. R. CHACON DE ALBURQUERQUE, “Ética e Liberdade na Internet”, *Revista de Direito Informático*, n.º. 25, Alfa-Redi, Agosto de 2000, en <http://www.alfa-redi.org/rdi.shtml>. Acceso: 17/jul./2006.

¹⁸ Un problema de la suficiente envergadura como para que el 25 de mayo de 2000, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobara un Protocolo Facultativo de la Convención de 1989, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, que entró en vigor el 18 de enero de 2002. <http://www.ohchr.org/spanish/law/crc-sale.htm>. Acceso: 17/jul./2006.

¹⁹ A4-0393/96

cito o ilegal, lo que exige, con carácter general, el desarrollo de políticas y tecnologías de control de la Red que afectan al derecho a la privacidad, y por tanto, como hemos señalado, al derecho a la información²⁰, así como una coordinación policial y judicial entre los Estados²¹. En el caso de los contenidos nocivos hablamos de aquellos contenidos que son legales y cuyo acceso por parte de la población adulta no puede ni debe ser limitado, pero que pueden afectar al desarrollo de los niños (pornografía²² y violencia, por ejemplo). La primera cuestión forma parte del interés y los esfuerzos de casi todos los Estados y de la Comunidad Internacional²³.

La segunda, sin embargo, ha sufrido un desarrollo argumentativo y legislativo mayor en Europa y Estados Unidos, dada la ya señalada vincula-

²⁰ Las tecnologías de control se clasifican en tecnologías de identificación, de vigilancia y de investigación. Vid. M. CASTELLS, *La galaxia Internet. Reflexiones sobre Internet, empresa y sociedad*, Debolsillo, Barcelona, 2003, pp. 220-222. Vid. también, O. JARAMILLO CASTRO, *La pérdida de privacidad en Internet*, en <http://www.saladeprensa.org/art225.htm> Acceso: 10/ag./2006. Los ataques a la privacidad que estas tecnologías permiten y facilitan son continuamente debatidos y denunciados (Vid. <http://www.eff.org>, <http://www.anonymizer.com>, <http://www.silentsurf.com>). El problema se complica cuando, paralelamente, la capacidad que otorga Internet para contactar con menores, así como la creciente mercadotecnia dirigida a los niños, exigen del desarrollo de una tecnología que proteja la privacidad de los menores, es decir, que burlen o anulen las tecnologías de control, pero a la vez da lugar a una legislación que aumenta la capacidad de censura del Estado, como es el caso de la *Child On Line Protection Act* de 1998. Privacy Rights Clearinghouse, *La privacidad y seguridad infantil en Internet: una guía útil para los padres*, en <http://www.privacyrights.org/spanish/pi21.htm>. Acceso: 16/ag./2006.

²¹ Por las mismas características de la Red no sólo la pornografía infantil sino otros delitos como los fraudes exigen de coordinaciones policiales o judiciales a gran escala, es decir, y como señala Castells, el *cibercrimen* ha obligado a los Estados a ceder soberanía para poder desarrollar "una red de control policial". M. CASTELLS, *La galaxia, cit.*, p. 229. El Comité Económico y Social de la U.E., en su dictamen sobre la lucha contra la delincuencia informática, se pronunció en contra del anonimato de Internet. DO C 311 de 7/11/2001 p. 30.

²² Se calcula que el 30 % de las visitas y entre 50 y 60000 sitios están relacionados con la pornografía. A menudo, quienes distribuyen pornografía blanda no quieren destinarla a los niños, entre otras cosas porque los niños no son buenos clientes, ya que no pueden pagar; pero el acceso es excesivamente fácil. Dictamen del Comité Económico y Social sobre el tema "Programa para la Protección de la Infancia en Internet". DO C 48 de 21/02/2002, p. 0027.

²³ Vid. el "Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía". Resolución A/RES/54/263 de 25 de mayo de 2000, que entró en vigor el 18 de enero de 2002; así como el nombramiento de las Naciones Unidas en 1990 de un Relator Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, encargado de la preparación de informes anuales sobre la cuestión y del análisis de la situación en los diversos países miembros.

ción con la posibilidad de establecer tecnologías de bloqueo y filtrado, es decir, de controlar la Red, pero no ha estado ausente de la actividad legislativa de Brasil, como veremos, aparte de que, debido a las propias características de Internet, las posibilidades técnicas desarrolladas –ya sea en Europa o Estados Unidos– pueden estar al alcance de cualquier usuario, independientemente de su ubicación geográfica.

Así, ya desde mediados de los 90, comienzan a surgir instrumentos y proyectos legislativos a ambos lados del Atlántico: En 1996, en la U.E., la *Comunicación de la Comisión sobre contenidos ilegales y perjudiciales en Internet*²⁴ que hablaba de las diferencias entre ambos tipos de contenidos y se centraba especialmente en la necesidad de cooperación transnacional y el *Libro Verde sobre la protección de los menores y de la dignidad humana en los servicios audiovisuales y de información*²⁵ que realizaba un estudio sobre los medios de comunicación, diferenciando entre los tradicionales (televisión), los sistemas de redes cerradas (VOD²⁶) y las redes abiertas (Internet). El *Libro Verde* hacía hincapié en la dificultad de aplicar responsabilidades en las redes abiertas, y se centraba en el problema de los denominados contenidos nocivos: puesto que la mayoría de ellos no son contenidos ilegales, cualquier medida que desee adoptarse para controlar el acceso de los menores de edad debe tener en cuenta que en la U.E. la libre prestación de servicios es una de las cuatro libertades fundamentales garantizadas por el *Tratado de Maastrich*²⁷, y la libertad de expresión es un derecho fundamental reconocido y garantizado por el *Convenio*²⁸. Teniendo en cuenta esto, ¿qué medidas propone el *Libro Verde*? Lo que ya señalaba la *Directiva “Televisión sin fronteras”*, el desarrollo de una tecnología que permita reforzar el control parental: horario y señalización de contenidos, y uso del V-chip para los medios tradicionales, identificación y calificación de contenidos, prueba de edad y dispositivos de control parental en las redes cerradas y, para Internet, bloqueo de ordenador, memorización de la navegación por redes, y clasificación y filtrado de contenidos.

²⁴ COM (96) 487.

²⁵ COM (96) 483.

²⁶ Vídeo a la carta: Los operadores son fácilmente identificables y poco numerosos. Bien proponen ellos mismos los contenidos, bien establecen vínculos con proveedores.

²⁷ http://europa.eu/scadplus/treaties/maastricht_es.htm. Acceso: 02/ag./2006.

²⁸ Artículo 10 del *Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, en N. UGENA TORRES, *Textos normativos de derecho internacional público*, Cívitas, Madrid, 2000, p. 665.

Paralelamente, en Brasil, los proyectos de ley orientados a controlar el acceso por parte de los menores a contenidos pornográficos y/o violentos en el ámbito de las nuevas tecnologías comienzan a sucederse: es el caso del Proyecto de Ley n.º. 1.654, de 1996 que “proíbe a fabricação, importação e comercialização de jogos eletrônicos ou programas com material obsceno”; el Proyecto de Ley n.º. 3.268, de 1997 que “proíbe o acesso a sítios e a veiculação de mensagens eletrônicas ou programas que contenham descrição ou ilustração de sexo explícito, violência ou desvios de comportamento; el Proyecto de Ley n.º. 3.498, de 1997 que “tipifica o crime de veicular material pornográfico pela Internet”; el Proyecto de Ley n.º. 3.258, de 1997 que “dispõe sobre crimes perpetrados por meio de redes de informação, tipificando a divulgação pela Internet de material pornográfico, instruções para fabricação de bombas caseiras e textos que incitam e facilitam o acesso a drogas ilegais”; el Proyecto de Ley n.º. 3.356, de 2000 que dispõe sobre a oferta de serviços através de redes de informação, regulando o acesso a redes, a proteção de informações pessoais, e tipificando crimes de violação de equipamento de informática, de divulgação de pornografia infantil, e de apologia de drogas e violência pela Internet; el Proyecto de Ley n.º. 5.468, de 2001 que proíbe a veiculação na Internet de informações sobre a fabricação de bombas caseiras. Finalmente estos proyectos de ley fueron reunidos en una única disposición, el Proyecto de Ley n.º. 1070, de 1995, que “dispõe sobre crimes oriundos da divulgação de material pornográfico a través de computadores”²⁹. Evaluado por la Comisión de Ciencia y Tecnología, Comunicación e Información, se propuso un “substitutivo al Proyecto que establecía la modificación del ECA, disponiendo sobre la protección de los niños y adolescentes contra los abusos en la prestación de los servicios de informática, entre otras medidas mediante la clasificación de contenido y la identificación de usuario en Internet”³⁰. Pero

²⁹ Todos los Proyectos de Ley pueden ser encontrados en la *web*: <http://www.camara.gov.br>.

³⁰ Artículo: 79-A: *As páginas de informações e os bancos de dados disponíveis em rede de computadores para uso do público, inclusive a Internet, destinadas ao público infante-juvenil ou que possam ser acessadas sem restrições, não poderão conter ilustrações, imagens, propaganda, legendas ou textos que façam apologia de bebidas alcoólicas, tabaco, drogas ilegais, armas ou munições. 1º As páginas destinadas ao público adulto conterão aviso a respeito da classificação de seu conteúdo e fornecerão código para utilização por programa de computador destinado a limitar o acesso de crianças e adolescentes à mesma. 2º Os sítios que contenham informação destinada ao público adulto exigirão do usuário uma identificação válida para franquear-lhe o acesso e manterão, por três meses, registro de todas as transações de acesso efetuadas, com endereço IP de origem, bem como data e hora do início da transação.*

además, en dicha evaluación, se realizaba, al igual que lo hacían los documentos de la U.E., el recordatorio de que cualquier medida que desee adoptarse debe respetar las disposiciones de la C.F. respecto a la libertad de expresión y la prohibición de la censura³¹, pilares, también, de la democracia brasileña.

Efectivamente, los problemas tecnológicos y de limitación de la libertad de expresión no tardan en surgir cuando estas medidas se someten a un análisis, de tal forma que su aplicación, como hemos venido apuntando, ha sido objeto de un vivo debate. El V-chip o “chip antiviolencia”, utilizado en Norteamérica, fue definitivamente descartado al ser técnicamente inadecuado para Europa³², si bien Brasil establecerá en el ámbito del control televisivo la Ley 10.359 sobre “a obligatoriedade dos novos aparelhos de televisão conterem dispositivo que possibilite o bloqueio temporário da recepção de programação inadequada”³³, principalmente centrada en el control paterno de la difusión de contenidos sexuales y violentos³⁴. Pero el problema principal vendrá de la mano de la clasificación y filtrado de contenidos: En primer lugar, en el marco de la U.E., se plantea una dificultad de partida, reconocida en los propios documentos de la Unión, pues la diversidad cultural de los países integrantes impide la realización de un criterio único de clasificación de contenidos. Es sencillo, la moralidad imperante en cada Estado miembro es diferente, la sensibilidad que cada sociedad muestra hacia determinados contenidos difiere, y más cuando pasa a hablarse de adolescentes más que de niños. Dicha dificultad también es apuntada en Brasil, donde a pesar de hablar de una única nación, se reconocen los inconvenientes para

³¹ Artículo 220: *A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica ou artística.*

³² Resolución del Parlamento Europeo sobre la Comunicación de la Comisión “estudio sobre el control ejercido por los padres sobre los programas de televisión” [COM (1999) 371]. A5-0258/2000.

³³ Artículo 1º: *Os aparelhos de televisão produzidos no território nacional deverão dispor, obrigatoriamente, de dispositivo eletrônico que permita ao usuário bloquear a recepção de programas transmitidos pelas emissoras, concessionárias e permissionárias de serviços de televisão, inclusive por assinatura e a cabo, mediante: I - a utilização de código alfanumérico, de forma previamente programada; ou II - o reconhecimento de código ou sinal, transmitido juntamente com os programas que contenham cenas de sexo ou violência.* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10359.htm. Acceso 02/ag./2006.

³⁴ La Ley no entró en vigor, sin embargo, hasta el 30 de junio de 2004.

definir lo que debe entenderse como “obscenidad”. Este es el problema de partida, que estará presente en todo el proceso, pero no el único que plantea esta tecnología: El proceso de filtrado de los contenidos de Internet tiene dos componentes³⁵:

1. *Clasificación*: Se utilizan juicios de valor para categorizar sitios *web* en base a su contenido. Estas clasificaciones pueden utilizar simples distinciones “permitido/no permitido”, como las que se encuentran en programas como *CyberSitter* o *NetNanny*, o pueden tener muchos valores, como en el caso de los sistemas de clasificación basados en PICS.

2. *Filtrado*: Con cada solicitud de información, el software de filtrado examina el recurso que el usuario ha solicitado. Si el recurso está en la lista de los “no permitidos” o no tiene la clasificación PICS adecuada, el software de filtrado dice al usuario que el acceso le ha sido denegado y el navegador no muestra el contenido del *web*.

Los primeros filtros de contenido eran sistemas autónomos que contenían mecanismos que determinaban los sitios que debían bloquearse, junto con el software que realizaba el filtrado, todo ello suministrado por un único vendedor. Esto quiere decir que los criterios para el bloqueo vienen suministrados por el vendedor y si el cliente no está de acuerdo debe descartar el programa. El filtrado puede realizarse en base a listas o palabras claves. Las limitaciones en ambos casos son numerosas. En primer lugar, las listas no pueden ser, por la propia naturaleza de la red, completas, pero lo que es más importante, el bloqueo que realizan las listas puede y de hecho en muchas ocasiones lo hace, extenderse más allá de páginas con contenidos “perjudiciales para la infancia” realizándose una censura de páginas políticas o culturales. El usuario final no puede saberlo ya que comúnmente las listas están protegidas por sistemas de encriptación matemática en base al derecho de propiedad intelectual. En cuanto a la segunda modalidad de bloqueo, mediante el uso de palabras claves, los problemas principales son que no se utiliza una información contextual –es famoso el caso de las búsquedas de *America Online* que bloquearon el sitio de un grupo de apoyo al cáncer de pecho– y no se pueden bloquear imágenes salvo que el texto de la *web* contenga palabras clave bloqueadas.

³⁵ H. HOCHHEISER, *FAQ sobre filtrado*, en <http://www.spain.cpsr.org/docs/faq-filtros.htm>. Acceso: 17/nov./2005. Vid. también <http://www.navegación-segura.red.es/herramientas.html>. Acceso: 17/nov./2005.

El otro tipo de filtro de contenido está basado en protocolos: dan a los usuarios a elegir entre sistemas de clasificación alternativos, que los creadores de contenido y terceras partes pueden utilizar para desarrollar clasificaciones del contenido: hablamos del PISC, Protocolo para la Selección del Contenido en Internet³⁶. El software basado en PICS no usa listas de bloqueo o búsquedas de palabras clave sino sistemas de clasificación³⁷ para determinar qué sitios deben ser bloqueados, y que son distribuidos por los vendedores de software o por sitios de Internet. Con carácter general los usuarios de este software pueden elegir qué sistema de clasificación quieren utilizar, si bien las opciones prácticas son limitadas³⁸. En cuanto a los métodos para clasificar sitios son dos: *Auto-clasificación*: Los creadores de sitios *web* evalúan sus contenidos y ponen directamente en sus páginas *web* la información de la clasificación PICS. *Clasificación de terceras partes*: Terceras partes interesadas pueden utilizar sistemas de clasificación PICS para evaluar sitios *web* y publicar sus propias clasificaciones de esos sitios³⁹. Los problemas

³⁶ El PISC fue descrito por su creador, Paul Resnik de la siguiente manera: El Consorcio World Wide Web del Instituto Tecnológico de Massachusetts ha desarrollado un conjunto de estándares técnicos llamado PICS (Plataforma para la Selección del Contenido en Internet) para que la gente pueda distribuir electrónicamente descripciones de trabajos digitales de forma sencilla e interpretable por los ordenadores. Estos pueden procesar estas etiquetas en segundo plano, protegiendo automáticamente a los usuarios del material indeseable o dirigiendo su atención hacia sitios de particular interés. El estímulo original para desarrollar PICS fue permitir a los padres y maestros filtrar materiales que consideraran inadecuados para los niños cuando utilizan la Red. En lugar de censurar lo que se distribuye, como han intentado hacer la Ley de Decencia de las Comunicaciones y otras iniciativas legislativas, PICS posibilita que los usuarios controlen lo que reciben.

³⁷ Un sistema de clasificación es una serie de categorías y gradaciones dentro de aquellas, las cuales pueden utilizarse para clasificar contenidos. Las categorías que se utilizan son elegidas por el desarrollador del sistema de clasificación y pueden incluir temas tales como "contenido sexual", "raza" o "privacidad". Cada una de estas categorías puede describirse de acuerdo con diferentes niveles de contenidos, tales como "Romance; no sexo", "Actividad sexual explícita", etc.

³⁸ En 1997 los sistemas de clasificación más utilizados eran RSACi y *Safesurf*, basados en auto-clasificación y *Netshepherd*, basado en clasificación por terceras partes (<http://www.safesurf.com>, <http://www.netshepherd.com>) En 1999, RSACi fue sustituido por ICRA (*Internet Content Rating Association*), creado con cargo a los presupuestos de la Unión Europea.

³⁹ Este tipo de clasificación no precisa del consentimiento ni de la notificación al creador del sitio clasificado y puede ser fácilmente utilizado para bloquear sitios por motivos religiosos, políticos, etc. o realizar clasificaciones imprecisas.

de PICS son varios, el más evidente que es imposible que toda la información esté clasificada, sin contar el hecho de que no es técnicamente posible etiquetar o clasificar otros componentes de la Red como grupos de noticias o juegos en línea; en segundo lugar, si bien los usuarios no están sujetos a los juicios de valor del vendedor del software –como en el caso de los sistemas autónomos– y las descripciones de los criterios utilizados por los sistemas de clasificación están públicamente disponibles, los sistemas de clasificación existentes pueden no responder a los criterios socio-culturales de la familia que intenta proteger a sus hijos; además, y como ya hemos señalado, los sistemas de clasificación pueden usarse para bloquear contenidos por otras razones ajenas al deseo de hacer efectivo el “derecho a la protección” de la infancia –o vinculadas a ello, pero dependientes de criterios ideológicos, como es el caso, por ejemplo, de la información sobre sexo seguro–, y pueden crear problemas a diversas páginas con contenidos difíciles de clasificar como ocurre con las *webs* de periódicos o cadenas informativas⁴⁰. La cuestión no se limita a esto sino que nos encontramos efectivamente ante un instrumento de censura global que puede llevar a la homogenización de la red, con la desaparición de contenido alternativo, polémico o controvertido al bloqueo de contenido referente o de interés de minorías, etc.

Pero a pesar de la existencia de estas limitaciones, el *Libro Verde* planteaba ya el desarrollo de esta tecnología para las redes abiertas (Internet), sin que esta opción fuese criticada –más allá de alguna advertencia sobre la necesidad de asegurar que sea el usuario final y no los poderes públicos o los proveedores los que decidan qué se ve y qué no⁴¹– por las resoluciones del Parlamento Europeo, del Comité Económico y Social y del Comité de las Regiones sobre el *Libro Verde*. Sin embargo, estos documentos destacaban dos cuestiones relevantes:

- 1º) Los padres y educadores “no son muy conscientes del tipo y amplitud de contenidos disponibles en Internet”⁴², lo que exige como pri-

⁴⁰ Vid. N. ROJO, *Filtros de contenidos*, en <http://www.consumer.es/web/es/tecnologia/internet/2003/04/08/59805.php>. Acceso: 01/ag./2006.

⁴¹ Dictamen del Comité de las Regiones sobre el “Libro Verde sobre la protección de los menores y de la dignidad humana en los servicios audiovisuales y de información”. DO C 215 de 16/7/1997, p. 0037

⁴² Dictamen del Comité Económico y Social sobre el “Libro Verde sobre la protección de los menores y de la dignidad humana en los servicios audiovisuales y de información”. 97/C/287/04.

mera medida establecer un programa de acción para “informar a los padres y a todas las personas que realizan su labor en el ámbito de los menores sobre la mejor manera (incluidos los aspectos técnicos) de proteger a los menores contra la exposición de contenidos que podrían perjudicar su desarrollo”⁴³. El Plan de Acción para fomentar la seguridad en el uso de Internet fue adoptado en 1999. Lo veremos en unos momentos.

- 2º) La definición de contenido perjudicial depende de los países, según sus normas culturales y sociales, lo que hace que la medida más adecuada sea la autorregulación⁴⁴.

En Brasil, nos encontramos también, con la recomendación del Doctor Ivan Moura Campos, Coordinador del Comité Gestor Internet Brasil (CGIBr)⁴⁵, realizada en 1997, en el marco de los debates de la Comisión de Ciencia y Tecnología, Comunicación e Informática de la Cámara de los Diputados, de promover “o controle tecnológico e não tentar impor, em forma de Ley, censura na Internet, por exemplo, filtragem automática e classificação de conteúdos”⁴⁶.

⁴³ Resolución del Parlamento Europeo sobre el “Libro Verde sobre la protección de los menores y de la dignidad humana en los servicios audiovisuales y de información”. A4-0227/97

⁴⁴ Dictamen del Comité Económico y Social sobre el “Libro Verde sobre la protección de los menores y de la dignidad humana en los servicios audiovisuales y de información”. 97/C/287/04.

⁴⁵ Creado por la Portaria Interministerial 147, de 31/05/95, actualmente funciona bajo el Decreto 4.829/03. Originalmente, el Comité estaba vinculado a los Ministérios das Comunicações (MC) y de Ciência e Tecnologia (MCT), pero ahora tiene personalidad jurídica propia. Tiene como función coordinar e implementar todas las actividades necesarias para la gestión eficiente y cualificada de los servicios de Internet, lo que incluye el desarrollo de recomendaciones de patrones y procedimientos técnicos para el desarrollo del sector. Está formado por representantes del poder público (Ministérios, Executivos Estaduais, Anatele, e Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico); empresarios (proveedores de contenido e infra-estructura, industrias electrónicas); y por un tercer sector de especialistas, cuyos miembros son elegidos de forma democrática entre las entidades que cumplen con las exigencias legislativas. El CGIBr es la primera experiencia mundial de un órgano nacional de regulación de Internet con representantes electos. Vid. *Direito a Comunicação no Brasil, Base constitucional e legal, implementação, o papel dos diferentes atores e tendências atuais e futuras*. Entrevistas -Coletivo Brasil de Comunicação Social, Projeto de Governança Global. Campanha CRIS- Communication Rights in the Information Society, Apoio - Fundação Ford, junio de 2005.

⁴⁶ Debate na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara dos Deputados. Tema: “Crimes Cometidos nas Redes Integradas de Computadores”. 15-10-1997, en <http://www.cg.org.br/infoteca/documentacao/debate1.htm>. Acceso: 07/ag./2006.

Así hallamos, sobre todo a partir del año 2000, el desarrollo de proyectos de ley destinados a establecer clasificación y filtrado de contenidos como es el caso de los Proyectos n.º. 1.264 de 2003 que “obliga o fornecimento de mecanismos de controle do acesso de crianças e adolescentes a redes de computadores destinadas ao uso do público, inclusive a Internet”, el Proyecto de Ley n.º. 4.426, de 2001 que “obriga os fornecedores de sistemas operacionais e de programas de navegação e os provedores de acesso a redes de computador destinadas ao público a colocarem à disposição dos usuários programas e rotinas que permitam o controle de acesso de crianças e adolescentes a material inadequado a sua faixa etária”; y el Proyecto 2.842, también de 2003, que establecía la modificación de los artículos 80 y 258 del ECA obligando a los proveedores de información a mantener un registro de clasificación indicativa y penalizando a aquellos que permitiesen el acceso de menores de 18 años a contenido “inadecuado”. Los tres proyectos fueron unidos en el Proyecto de Ley n.º. 2.231 de 1999 que “obriga os responsáveis por sites provedores de informações na Internet a fornecer classificação indicativa do conteúdo veiculado”. Y al igual que sucede en la U.E., las evaluaciones por parte de la Comisión de Ciencia y Tecnología dan el visto bueno a estos proyectos⁴⁷, sin realizar críticas sustanciales ni poner de manifiesto los problemas ligados a la censura⁴⁸.

En seguimiento de las recomendaciones recibidas, en 1997, el Consejo de la U.E. presentó una propuesta de “Plan de Acción” sobre el uso seguro de Internet⁴⁹ basado en 4 puntos: la autorregulación, el desarrollo tecnológico en materia de filtrado y clasificación de contenidos, el fomento de información y sensibilización entre padres y profesores, y la cooperación internacional. Para el caso de la clasificación y filtración de contenidos, el Plan propuesto hacia hincapié en que la adopción de sistemas de calificación por parte de los suministradores europeos de contenido y los usuarios era muy escasa y que era necesario fomentar los mecanismos de calificación que se ajustasen a los requisitos europeos. Respecto al fomento de las actividades de sensibilización, la

⁴⁷ En realidad, y puesto que el contenido de todos los proyectos resultaba similar, será aprobado el PL n.º. 2.842, de 2003, por ser “el más completo y el que posee mejor técnica legislativa”.

⁴⁸ Concretamente el relator Julio Semeghini recomendará la aprobación del proyecto 2.842, tal como había sido presentado, por tanto con las modificaciones del ECA, sin realizar ningún tipo de comentario respecto a sus limitaciones. <http://www.camara.gov.br>.

⁴⁹ Propuesta de Decisión del Consejo por la que se adopta un Plan plurianual de acción comunitaria para fomentar la seguridad en Internet. DO C 48 de 13/2/98, p.0008.

propuesta hablaba del desarrollo de una campaña europea, jornadas, seminarios y talleres destinados a padres y profesores, preparación de material informativo específico, uso de los medios de comunicación tradicionales, etc. El Plan fue duramente criticado por el Comité Económico y Social⁵⁰, especialmente en lo que se refería al desarrollo de calificación y filtración: se destaca que dicha tecnología no puede sustituir la responsabilidad y vigilancia de los padres, entre otras cuestiones porque los niños aventajan a sus progenitores en el manejo de las nuevas tecnologías y son capaces de desactivar estos instrumentos; además, estos mecanismos no alcanzan ámbitos de la Red como *chats*, *news-groups*, juegos en línea, etc., por lo que la calificación y el filtrado no suponen una opción realista, siendo más adecuado el bloqueo, que no se basa en la calificación de los contenidos (programas de bloqueo que sobre listas con expresiones inoportunas sustituyen las palabras por recuadros o señales sonoras⁵¹). A pesar de estas críticas, el Plan fue finalmente adoptado en los términos que había sido propuesto, con un periodo de ejecución de 1 de enero de 1999 a 31 de diciembre de 2002⁵². Posteriormente, por Decisión n.º. 1151/2003/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de junio de 2003⁵³, se prorroga su duración hasta el 31 de diciembre de 2004, pero previamente, entre enero y junio de ese año se había llevado a cabo la evaluación a cargo de *Technopolis Ltd* (Reino Unido), cuyas recomendaciones se aplicaron a dicha prórroga. En lo que respecta a la línea de actuación sobre desarrollo de programas de filtrado, la evaluación del Plan⁵⁴ señalará que había habido buenos resultados en cuanto a la elaboración de productos, y que aunque seguía existiendo la opinión de que este enfoque del problema era limitado y que la adopción no había sido sufi-

⁵⁰ Dictamen del Comité Económico y Social sobre la "Propuesta de Decisión del Consejo por la que se adopta un Plan plurianual de acción comunitaria para fomentar la seguridad en Internet". 98/ C 214/08

⁵¹ Por ejemplo *CiberPatrol*, *CiberSitter* o *Netnany*. Puede ampliarse la información sobre estos programas y otras tecnologías de control parental en páginas como <http://www.getnetwise.org>; <http://www.yahooligans.com/parents>. El Comité rechaza las críticas a las limitaciones a la libertad de expresión que pueden originar los programas de bloqueo, señalando que la aplicación de una recepción correcta corresponde al receptor, no al distribuidor.

⁵² Decisión n.º. 276/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de enero de 1999 por la que se aprueba un Plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet mediante la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en las redes mundiales. DO L 33 de 06/02/1999, p. 0001

⁵³ DO L 162 de 01/07/2003, p. 0001.

⁵⁴ *The evaluation of the safer Internet Action Plan, 1999-2002*, en http://europa.eu.int/information_society/activities/sip/programme/evaluations/index_en.htm. Acceso: 16/ag./2006.

ciente, en especial por lo que respecta a la calificación, destacaba la creación en la primavera de 1999, y con cargo a los presupuestos de la Unión Europea, de la Asociación para la clasificación de informaciones de Internet (*Internet Content Rating Association-ICRA*)⁵⁵ como una organización independiente sin ánimo de lucro: la misión de ICRA es desarrollar, aplicar y gestionar un sistema de auto-clasificación voluntario, de aplicación internacional, que proporcione a los usuarios de Internet en todo el mundo la posibilidad de limitar el acceso a contenidos que consideran nocivos, especialmente para los menores. Al contrario que su predecesor, RSACi, que facilitaba a los consumidores información sobre el nivel de sexo, desnudos, violencia y lenguaje ofensivo (vulgar o que incite al odio) en páginas *web* y que reflejaba exclusivamente los valores culturales de los Estados Unidos, la Asociación ICRA permite a los padres de todos los diferentes países determinar individualmente los criterios que deben cumplir las páginas *web* para pasar el filtrado.

En Brasil, los esfuerzos legislativos y técnicos se encuentran centrados en la comisión de crímenes por Internet y el fomento de la seguridad, así como en la pornografía infantil, cuestión esta última que lleva a la aprobación en 2003 de la Ley 10.764, que modifica, entre otros, el artículo 241 del ECA, que ahora incluye específicamente el crimen de divulgación, venta, presentación, etc. de pornografía infantil en la Red⁵⁶. En cuanto a los proyectos de ley destinados a un control más efectivo de la red –PL 1070 de 1995 y PL 2231 de 1999– se encuentran aún en tramitación, por lo que no se ha producido por el momento ninguna modificación del ECA ni se han llevado a cabo proyectos estatales destinados a su fomento.

Si bien, a estas alturas, los problemas vinculados a la clasificación de contenidos se habían complicado aún más: en el 2003 la Comisión Europea recibió el Informe final del *Estudio independiente sobre las prácticas de clasificación de las obras*

⁵⁵ <http://www.icra.org>.

⁵⁶ Artículo 241: *Apresentar, produzir, vender, fornecer, divulgar ou publicar por qualquer meio de comunicação, inclusive rede mundial de computadores ou internet, fotografias ou imagens com pornografia ou cenas de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente: Pena - reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. 1º Incorre na mesma pena quem: I - agencia, autoriza, facilita ou, de qualquer modo, intermedeia a participação de criança ou adolescente em produção referida neste artigo; II - assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens produzidas na forma do caput deste artigo; III - assegura, por qualquer meio, o acesso, na rede mundial de computadores ou internet, das fotografias, cenas ou imagens produzidas na forma do caput deste artigo. A pena é de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos: I - se o agente comete o crime prevalecendo-se do exercício de cargo ou função; II - se o agente comete o crime com o fim de obter para si ou para outrem vantagem patrimonial.*

audiovisuales en la Unión Europea⁵⁷, que comparaba los sistemas de clasificación de los contenidos en diversos medios (televisión, películas, juegos interactivos, Internet) y las diferentes formas de difusión. La clasificación varía en los propios Estados miembros, dependiendo del medio de difusión: cine, televisión y DVD/videocintas, es decir, un mismo film puede ser clasificado de forma diferente en un Estado miembro determinado, dependiendo del modo en que esté distribuido. La situación se complica aún más por el hecho de que una película puede dar lugar a obras y servicios secundarios, como videojuegos y sitios *web*, y porque también es posible descargar películas a través de Internet. El estudio abordaba también la posible confusión que pueden experimentar los responsables de los menores como consecuencia de las diferencias de clasificación. Según el estudio, hay una tendencia hacia un sistema de clasificación de contenidos más homogéneo que el actual, si bien la cada vez mayor variedad de métodos de difusión de contenidos hará que cada vez sea más difícil para las autoridades públicas establecer una clasificación *a priori*.

Brasil, por su parte, consciente también de este problema, se dedicará a realizar una revisión de sus normas de clasificación de contenidos de cine, vídeo, DVD, televisión y videojuegos. De esta forma, la Portaria n.º. 1.597 de 2 de julio de 2004 (parcialmente modificada por la Portaria n.º. 1.344 de 7 de julio de 2005)⁵⁸, establecerá, entre otras medidas, que el pedido de clasificación de obra audiovisual ya producida de otro formato debe ir acompañada de una declaración de inalterabilidad de contenido para poder obtener la clasificación original. Del mismo modo, el hecho de contar con un organismo centralizado⁵⁹ para la realización de las clasificaciones trae consigo una mayor coherencia en la clasificación audiovisual brasileña, si bien eso no excluye los problemas inherentes a la propia diversidad de un mismo producto que puede contener mayor contenido inadecuado en su versión extendida en DVD, o con escenas eliminadas, en su videojuego, o en las informaciones sobre la misma disponible en Internet.

⁵⁷ http://www.europa.eu.int/comm/avpolicy/stat/studi_en.htm. Acceso: 15/dic./2005.

⁵⁸ La Portaria n.º. 1.597 modifica la Portaria n.º. 796 de 8 de septiembre de 2000, si bien ésta sigue vigente en lo referente a la clasificación de programas televisivos. Los videojuegos, por su parte, se encuentran regulados por la Portaria n.º. 1.035 de 13 de noviembre de 2001 y la Portaria n.º. 766 de 4 de julio de 2002. Es de destacar que para realizar la modificación en los criterios de clasificación de cine, vídeo y DVD se llevaron a cabo dos fases de consulta pública en Internet para obtener las opiniones de los interesados en la materia. Todas las Portarias pueden consultarse en <http://www.mj.gov.br/classificacao>.

⁵⁹ Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação, da Secretaria Nacional de Justiça. <http://www.mj.gov.br/classificacao>.

Paralelamente a la ejecución del “Plan de Acción”, la U.E. aprobó otro importante documento, la *Recomendación del Consejo de 24 de septiembre de 1998 relativa al desarrollo de la competitividad de la industria europea en los servicios audiovisuales y de información mediante la promoción de marcos nacionales destinados a lograr un nivel de protección comparable y efectivo de los menores y de la dignidad humana*⁶⁰, destinado al fomento de establecimiento de marcos nacionales, voluntarios, para la protección de los menores, marcos de autorregulación para los servicios proporcionados a distancia por medios electrónicos (no televisión), cuyos elementos clave serían: consulta y representatividad de las partes interesadas, códigos de conducta, órganos nacionales que faciliten la cooperación al nivel de la Comunidad y evaluación nacional de los marcos. Los códigos de conducta elaborados y aplicados voluntariamente por los operadores deberían incluir, según la *Recomendación*, cuestiones relativas a la información a los usuarios sobre el riesgo derivado del contenido de determinados servicios en línea, normas básicas para la oferta y difusión de contenidos que puedan perjudicar a los menores (entre ellas, clasificación del contenido y prueba de edad) y apoyo al ejercicio del control parental, es decir, facilitar herramientas como programas de filtrado u opciones de filtrado de contenidos. El 2 de agosto de 2000 se envió un cuestionario a los estados Miembros para evaluar el grado de aplicación de la *Recomendación*⁶¹: en lo que respecta a las cuestiones que estamos analizando, Austria, Bélgica, Alemania, Dinamarca, España, Francia, Italia, Países Bajos, Suecia, Finlandia y Reino Unido habían comenzado la elaboración de Códigos Deontológicos. Sólo Bélgica, Irlanda e Italia poseían disposiciones jurídicas específicas complementarias que abordaran las obligaciones de los operadores respecto a los contenidos ilícitos que auspician –los demás Estados miembros opinaban que la aplicación de los códigos civiles y penales de que disponen es suficiente para tratar la cuestión de los contenidos ilícitos–⁶². En cuanto a los sistemas de filtrado

⁶⁰ DO L 270 de 07/10/1998, p.0048

⁶¹ Informe de evaluación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la aplicación de la Recomendación del Consejo de 24 de septiembre de 1998, relativa a la protección de los menores y de la dignidad humana. COM (2001) 106 final.

⁶² En casi todos los Estados miembros se habían creado o se estaban estableciendo líneas directas para tramitar las reclamaciones sobre contenidos ilícitos o nocivos. En cinco Estados miembros, es la policía quién ofrece una línea directa, especialmente por lo que se refiere a la pornografía infantil. Estas líneas directas podrían ser más eficaces si la mayor parte de los usuarios de Internet conociera su existencia. A este respecto, sólo en cinco Estados miembros (Dinamarca, Irlanda, Países Bajos, Finlandia y Reino Unido) se han llevado a cabo grandes campañas informativas, y en otros dos países (Alemania y Suecia) se ha proporcionado algo de información.

y educación en Alemania, Grecia y Gran Bretaña se habían llevado a cabo programas específicos para desarrollar sistemas de filtrado, mientras que sólo en Francia los operadores estaban obligados a informar a los usuarios sobre los sistemas de filtrado y clasificación y los programas informáticos de que disponen para determinar la edad del usuario. Austria, Bélgica, Alemania, Grecia, España, Irlanda, Países Bajos, Luxemburgo, Suecia, Finlandia y Reino Unido habían llevado a cabo campañas para una utilización más segura de Internet. El 30 de abril de 2003 un nuevo cuestionario fue enviado a los Estados miembros⁶³ para realizar una segunda evaluación de la aplicación de la *Recomendación*⁶⁴: Bélgica, Alemania, España, Francia, Irlanda, Austria, Suecia y Reino Unido, además de Hungría, Islandia y Noruega, declararon que habían introducido los códigos de conducta, y Luxemburgo y Eslovenia indicaron que la APSI (Asociación de Proveedores de Servicios de Internet) estaba elaborándolo. Los Países Bajos respondieron que, si bien no cuentan con un código de conducta, han establecido una norma de actuación. Francia, Irlanda, Italia, Países Bajos, Austria y Reino Unido, siguieron el modelo de EuroISPA (Asociación europea de proveedores de servicios de Internet)⁶⁵. Aparte de Francia, que ya lo hacía con anterioridad, sólo Alemania e Irlanda –el primero a través de legislación y el segundo a través de un código de conducta– obligan a los proveedores de servicios de Internet a informar a los suscriptores sobre los sistemas de filtrado y clasificación existentes y sobre programas informáticos para la comprobación de la edad. En Hungría, las asociaciones de proveedores les exigen que brinden un acceso fácil a sistemas de filtrado o que proporcionen información sobre dichos servicios.

Como venimos señalando, el desarrollo del debate y la legislación en torno a estos temas permanece bastante reducido en Brasil, si bien, como también hemos ido destacando, no es una cuestión ausente dentro de las preocupaciones respecto a la Red: El Comité Gestor de Internet (CGIBr) publicará el 19 de agosto de 1999 las “Recomendações para Desenvolvimento e Operação da Internet/BR”, destinado al “estabelecimento de condições para possibilitar uma maior segurança e melhor desempenho, bem como proporcionar meios adequados para identificação de práticas ilícitas na In-

⁶³ El cuestionario también fue enviado a ocho países en aquellos momentos en vías de adhesión: Chipre, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia, República Checa y Eslovenia.

⁶⁴ Segundo Informe de evaluación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la aplicación de la Recomendación del Consejo de 24 de septiembre de 1998, relativa a la protección de los menores y de la dignidad humana. COM (2003) 776 final.

⁶⁵ <http://www.euroispa.org>

ternet/Br.”⁶⁶, entre cuyas medidas se encuentra: uso de tecnología para la identificación inequívoca del origen de las llamadas, establecimiento de un Código de Ética, emanado de las sugerencias de proveedores y usuarios, y obligación de los proveedores de acceso de poner a disposición de los usuarios un manual con orientaciones o procedimientos para una navegación segura, incluidas formas de control de contenido (filtro, anti-virus, configuraciones protectoras, etc.). Si bien, como ya sabemos, no se han tomado medidas reglamentarias o legislativas en este sentido, de tal forma que la información respecto a los inconvenientes y peligros, ventajas y desventajas del filtrado de contenidos no está presente en el marco estatal, ni siquiera en el del CGIBr, dejándose la distribución, en ocasiones tanto de la información como del software, en manos de los propios proveedores de acceso, o de las páginas *web* de otras instituciones, cuya política es el fomento del uso del filtraje sin una evaluación ponderada de sus limitaciones⁶⁷.

Ahora bien, teniendo en cuenta los datos sobre el uso de Internet por parte de la población infantil y juvenil –en Europa, en 2002, uno de cada cinco internautas tenía entre 13 y 19 años, lo que teniendo en cuenta la cifra de 130 millones de internautas, suponía alrededor de 26 millones de adolescentes europeos conectados a la red⁶⁸, y en 2003, el 50% de los menores de 18 años europeos se conectaban a Internet⁶⁹; en Brasil, en 2002, el 6,56% de los 14 millones de internautas era menor de 11 años, lo que supone casi un millón de niños conectados, y en 2003, casi 3 millones de adolescentes y jóvenes entre 12 y 24 años navegaban⁷⁰– y que ambos marcos jurídicos llevan desde mediados de los años 90 incidiendo en los peligros que la Red representa para los niños (incluyendo pornografía infantil) y desarrollando, en nombre de ese derecho a la protección de la infancia, las políticas de actuación y proyectos de legislación que hemos ido viendo, centradas en reforzar el control parental, ¿los destinatarios de todo esto

⁶⁶ <http://www.cg.org.br>

⁶⁷ Federal Bureau of Investigation (FBI), *Guia Para os Pais Sobre a Segurança na Internet*, en <http://www.starnews2001.com.br/seguranca.html>. Acceso: 16/ag./2006.

⁶⁸ Asociación Española de Internautas: Estudios Demográficos, *Estudio de Netvalue*, en: <http://www.aui.es>. Acceso: 08/ag./2006. Los datos en España para la población de 13 a 19 años es de 623.000 usuarios de Internet en febrero de 2002.

⁶⁹ European Commission, *Special Eurobarometer (Illegal and Harmful content on the Internet)*, Marzo 2004, en http://www.ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_203_en.pdf. Acceso: 16/ag./2006.

⁷⁰ <http://www.ibope.com.br>. Vid. también: “Homens e jovens são maioria na internet brasileira”, *Perfil do Internauta Brasileiro, Folha On line*, en http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/2001-ibrands-pesquisa_sexo_instrucao.shtml. Acceso: 10/ag./2006.

-padres, profesores, etc.- son conscientes del problema?: Según el *Eurobarómetro* (2003)⁷¹ en 9 países de la U.E. los padres señalaron que necesitaban más información sobre cómo proteger a sus hijos de los contenidos ilegales y nocivos. Además, cuando se les preguntó si sus hijos sabrían qué hacer en caso de que una situación en la red les hiciera sentirse “incómodos”, un 38% responde que no, un 38% que sí y un 24% no responde. Sumando estos datos al hecho de que sólo el 24% de los padres señala haber establecido reglas para el uso de Internet (46% de los padres que declara que sus hijos se conectan a la Red)⁷², el *Eurobarómetro* concluye que se debe poner en duda el que los padres realmente sepan qué peligros corren los niños cuando navegan en Internet; conclusión que no parece desencaminada cuando, según un estudio efectuado por uno de los proyectos de sensibilización financiados por el “Plan de Acción”⁷³, que cubre Dinamarca, Irlanda, Islandia, Noruega y Suecia -países donde los padres declaran no necesitar más información- el 44% de los menores que utilizan Internet han visitado un sitio pornográfico, ya sea de forma accidental o intencionada. Una cuarta parte ha recibido material pornográfico a través de la Red. El 30% de los menores han entrado en páginas con material violento, pero sólo el 15% de los padres piensa que sus hijos han visto este tipo de contenido.

En el caso de Brasil, no existen datos sobre el alcance de concienciación de padres y profesores sobre los riesgos de Internet ni sobre el grado de conocimiento que poseen respecto al uso efectivo que sus hijos y alumnos hacen de la Red, y existen pocos estudios sobre dicho uso por parte de niños y jóvenes brasileños⁷⁴, si bien, según datos de IBOPE/NetRatings en 2002 cerca del 9% de los menores de hasta 12 años habían accedido a algún *site* de contenido erótico o pornográfico.

⁷¹ European Commission, *Special Eurobarometer*, Cit.

⁷² Siempre según el *Eurobarómetro*, las principales reglas que los padres establecen en el uso de Internet son: no visitar determinados sitios, el tiempo que pueden permanecer conectados y no dar ninguna información personal.

⁷³ Propuesta de Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo (aportada por la Comisión) por la que se crea un programa comunitario plurianual para el fomento de un uso más seguro de Internet y de las nuevas tecnologías en línea. COM (2004) 91 final.

⁷⁴ Debemos destacar el estudio sobre el uso de Internet por parte de los jóvenes brasileños: M. COUTINHO, *O público convergente: o uso da Internet entre os jovens brasileiros*, que puede ser encontrado para descarga en la web (<http://www.espm.br/download/O%20p%FAbli-co%20convergente%20Marcelo%20Coutinho.pdf>). Acceso: 10/ag./2006) y que es prácticamente el único estudio hasta el momento respecto a la materia, pero que, a pesar de su novedad, no cuenta con datos sobre niños -la muestra estudiada tiene entre 15 y 24 años- ni sobre el acceso a contenidos nocivos, ni sobre actitudes y/o conocimientos de los padres.

co⁷⁵; pero podemos deducir, dadas las estadísticas europeas que acabamos de mostrar, que, incluso en aquellos casos de mayor conocimiento y concienciación sobre la Red, sus ventajas y desventajas, la información de los padres respecto a las actividades que sus hijos realizan *on-line* es siempre limitada.

Las evidentes limitaciones que la tecnología de control tiene, aparte de las señaladas, si los padres no son conscientes de los peligros, ha llevado a que no sólo varios proyectos sobre clasificación y filtrado de contenidos se están realizando en el marco de la Unión Europea⁷⁶, sino a que también se haya hecho un hincapié continuo en la necesidad de campañas informativas para los responsables de los menores, y a que se hayan desarrollado proyectos en este sentido⁷⁷. Como ya sabemos proyectos similares no se encuentran en el marco brasileño, donde la mayoría de los esfuerzos estatales se concentran en el desarrollo de proyectos de inclusión digital⁷⁸.

⁷⁵ “Confirma Opinião de educadores sobre Internet na infância”, *Folha On-line*, 15-5-2002, <http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u10000.shl>. Acceso: 15/dic./2005.

⁷⁶ Entre ellos, *Euforbia*, *Medcircel*, *Netprotect* y *Princip*. Vid. http://europa.eu.int/information_society/activities/sip/index_en.htm. Acceso: 10/en./2006.

⁷⁷ Entre ellos, *Educaunet*, *Infonet*, *Sui*, etc. Vid. http://europa.eu.int/information_society/activities/sip/index_en.htm. Acceso:10/en./2006.

⁷⁸ En este ámbito, el 15 de diciembre de 1999 fue lanzado el Programa Sociedade da Informação (PSI), puesto que la etapa de consolidación del proyecto estaba prevista para el 2003, el cambio de gobierno supuso el fin del programa. En el ámbito federal no hay políticas públicas consolidadas de inclusión digital, si bien hay profusión de diferentes proyectos en diferentes espacios de gobierno. En el último año se ha iniciado un esfuerzo por llevar adelante una política integrada, a partir de la existencia del *Comitê Técnico de Inclusão Digital*, coordinado por la *Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação del Ministério do Planejamento*. Una prueba de ello es el documento “*Programa Brasileiro de Inclusão Digital e Estratégia de Governo*” del 2004, resultado de la síntesis de diversos documentos producidos por diferentes ámbitos gubernamentales en la lucha contra la exclusión digital. El esfuerzo conjunto converge en el Proyecto “*Casa Brasil*” que será “*um ponto de convergência para as ações do governo de inclusão digital, inclusão social, no mercado de trabalho, desenvolvimento da cidadania, desenvolvimento local e regional sustentável, geração de emprego e renda e a disseminação do software livre*”. También son destacables el *Programa Nacional de Informática na Educação - Proinfo (Ministério da Educação)*, creado en 1997: Aunque el número de ordenadores instalados fue de apenas el 51% de las metas establecidas, se consiguió atender a 4.629 escuelas, abarcar 6 millones de alumnos y capacitar 137.911 profesores, y 10.087 técnicos de soporte; y el “*Projeto Telecentros*”, de la Prefeitura de São Paulo, iniciado en 2001 y que hoy beneficia a 400 mil personas, en regiones de bajo Desarrollo Urbano. Para ampliar esta temática vid. *Direito a Comunicação no Brasil, Base constitucional e legal, implementação, o papel dos diferentes atores e tendências atuais e futuras. Intervenções - Coletivo Brasil de Comunicação Social, Projeto de Governança Global. Campanha CRIS - Communication Rights in the Information Society, Apoio - Fundação Ford*, junio de 2005, pp. 105-123.

Pero, en todo caso, en ninguno de estos ámbitos –ni en el relacionado con el “derecho a la protección” que poseen los niños frente a contenidos ilegales– el problema está cerca de resolverse, por lo que un nuevo “Plan de Acción” ha sido propuesto por la Comisión Europea para el periodo 2005-2008⁷⁹, y en él se sigue apostando fuertemente por la calificación y filtrado: “Los sistemas de calificación y etiquetas de calidad, en combinación con las tecnologías de filtrado, pueden contribuir a capacitar a los usuarios para que seleccionen el contenido que desean recibir, y proporcionar a los padres y educadores europeos la información necesaria para tomar decisiones de acuerdo con sus valores culturales y lingüísticos. Se podrían financiar proyectos que busquen adaptar los sistemas de calificación y etiquetas de calidad en función de la convergencia de las telecomunicaciones, los medios audiovisuales y la tecnología de la información, así como iniciativas de autorregulación y auditorías relacionadas con la fiabilidad de las etiquetas de auto-calificación. Pueden ser necesarias actividades adicionales para fomentar la adopción de sistemas de calificación y etiquetas de calidad por parte de los proveedores de contenidos”.

Así hemos ido viendo como existe una clara preferencia de la U.E. por esta tecnología para facilitar el control paterno sobre los contenidos de la Red, acompañada de una presión oficial para su desarrollo, extensión y aplicación, que no parece afectada por el debate respecto al uso de programas de filtrado que acompaña a éstos desde su nacimiento o por lo sucedido en Estados Unidos con la *Communications Decency Act* (CDA) de 1996, diseñada para prohibir y penalizar la difusión de contenido “indecente y obsceno” en la Red, declarada inconstitucional por violar el derecho a la libertad de expresión, y la *Children’s Internet Protection Act* (CIPA) que exigía a las escuelas y a las bibliotecas instalar filtros en los ordenadores y que fue derogada en el 2002 en base también a la Primera Enmienda (libertad de expresión). En el caso de Brasil, por el contrario, los esfuerzos digitales se encuentran orientados principalmente hacia otros frentes, también vinculados a la “protección de la infancia”, como lo referente a la problemática de la difusión de pornografía infantil, pero también es cierto que existen una serie de proyectos legislativos que, en caso de ser aprobados, llevarán a la modificación del ECA y al intento de control de la Red, sin que, paralelamente, se haya desarrolla-

⁷⁹ Propuesta de Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo (aportada por la Comisión) por la que se crea un programa comunitario plurianual para el fomento de un uso más seguro de Internet y de las nuevas tecnologías en línea. COM (2004) 91 final.

do en el país un debate y evaluación sobre las capacidades censoras de esta tecnología, ni campañas de información sobre su uso. Ciertamente es que no parecen existir alternativas viables a estas medidas, pero ello no debe hacernos olvidar que tanto su, en principio, limitada eficacia para lograr que el “derecho a la protección” de los niños se cumpla en este ámbito, como su potencial censor, deben ser tenidos en cuenta a la hora de aplicarlas⁸⁰, al igual que el hecho de que, como señalábamos al comienzo de estas páginas, se trata de una tecnología orientada a “facilitar el control parental”, no a sustituirlo, y que, como en el caso de la televisión, los responsables de los menores no pueden desentenderse del problema, ni, por supuesto, evitar el acceso de los niños a la Red, ya que eso les privaría del aprendizaje en una herramienta indispensable y aumentaría la divisoria digital⁸¹, vulnerándose otros derechos de la infancia como, sin ir más lejos, el de la igualdad.

BIBLIOGRAFÍA:

- ACLU (American Civil Liberties Union), *Fahrenheit 451:2: Is Cyberspace Burning?*, <http://www.aclu.org/privacy/speech/15145pub20020317.html>. Acceso: 16/ag./2006.
- A. BITTENCOURT, *Censura moral na Internet*, en http://www.rhoempreendedor.com.br/materias.asp?ID=824&ID_coluna=79D. Acceso: 10/jul./2006.
- C.A. DI FRANCO, *Internet e Pornografia*, en <http://www.hottopos.com/mirand3/internet.htm>. Acceso: 16/ag./2006.
- C. BRITO, *Pesquisa revela o perfil da criança brasileira no TV*, en <http://www.midiativa.com.br>. Acceso: 20/nov./2005
- D. BOLT y R. CRAWFORD, *Digital Divide: Computers and our children's future*, TV Books, Nueva York, 2000.
- “Confirma Opinião de educadores sobre Internet na infância”, *Folha On-line*, 15-5-2002, <http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u10000.shl>. Acceso: 15/dic./2005.
- Direito a Comunicação no Brasil, Base constitucional e legal, implementação, o papel dos diferentes atores e tendências atuais e futuras*. Intervenções - Coletivo Brasil de Comunicação Social, Proyecto de Governança Global. Campanha CRIS - Communication Rights in the Information Society, Apoio - Fundação Ford, junio de 2005.

⁸⁰ Vid., <http://www.peacefire.org>, <http://www.ifea.net>, y <http://www.epic.org>.

⁸¹ Vid., D. BOLT y R. CRAWFORD, *Digital Divide: Computers and our children's future*, TV Books, Nueva York, 2000.

- D. REINALDO FILHO, "A Utilização de Filtros como Solução para combater a Pornografia na Internet – A repercussão da decisão da Suprema Corte americana sobre o COPA", *Revista de Derecho Informático*, nº. 73, agosto de 2004, en <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1075>. Acceso: 10/ag./2006.
- Federal Bureau of Investigation (FBI), *Guia Para os Pais Sobre a Segurança na Internet*, en <http://www.starnews2001.com.br/seguranca.html>. Acceso: 16/ag./2006.
- GILC, *Sin limitaciones de fronteras: La protección del derecho a la libertad de expresión en un Internet Global*, 1998, en <http://www.arnal.es/free/info/regard-index.html>. Acceso: 15/dic./2005
- HOCHHEISER, H., *FAQ sobre filtrado*, en <http://www.spain.cpsr.org/docs/faq-filtros.htm>. Acceso: 17/nov./2005.
- "Homens e jovens são maioria na internet brasileira", *Perfil do Internauta Brasileiro, Folha On line*, en http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/2001-ibrands-pesquisa-sexo_instrucao.shtml. Acceso: 10/ag./2006.
- HRW (Human Right Watch), *Silencing the net: The threat to freedom of expression on line*, en http://www.epic.org/free_speech/intl/hrw_report_5_96.html. Acceso: 15/ag./2006.
- J. GILLIES y R. CAILLIAU, *How the web was born. The story of the world wide web*, Oxford University Press, Oxford, 2000.
- J. NAUGHTON, *A brief history of the future. The origins of the Internet*, Weidenfeld & Nicolson, Londres, 1999.
- M.A. PAIVA, *Censura na Internet*, en http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num13/art.13/133Censura%20na%20Internet.mht. Acceso: 07/ag./2006.
- M. CASTELLS, *La era de la información: Economía, sociedad y cultura*. (Vol. 1. La sociedad red), Alianza Editorial, Madrid, 1998.
- *La galaxia Internet. Reflexiones sobre Internet, empresa y sociedad*, Debolsillo, Barcelona, 2003.
- M. COUTINHO, *O público convergente: o uso da Internet entre os jovens brasileiros*, en <http://www.espm.br/download/O%20p%20FABlico%20convergente%20Marcelo%20Coutinho.pdf>. Acceso: 10/ag./2006.
- N. NEGROPONTE, *Ser Digital*. Trad. Dorotea Pläcking, Atlántida, Buenos Aires, 1995.
- N. ROJO, *Filtros de contenidos*, <http://www.consumer.es/web/es/tecnologia/internet/2003/04/08/59805.php>. Acceso: 01/ag./2006.
- N. UGENA TORRES, *Textos normativos de derecho internacional público*, Cívitas, Madrid, 2000.
- O. JARAMILLO CASTRO, *Derecho a la Información en la web. Una revisión conceptual*, en <http://www.saladeprensa.org/art172.htm>. Acceso: 10/ag./2006.
- *La pérdida de privacidad en Internet*, en <http://www.saladeprensa.org/art225.htm>. Acceso: 10/ag./2006.

- PRIVACY RIGHTS CLEARINGHOUSE, *La privacidad y seguridad infantil en Internet: una guía útil para los padres*, en <http://www.privacyrights.org/spanish/pi21.htm>. Acceso: 16/ag./2006.
- R. CHACON DE ALBURQUERQUE, "Ética e Liberdade na Internet", *Revista de Direito Informático*, n.º. 25, Alfa-Redi, Agosto de 2000, en <http://www.alfa-redi.org/rdi.shtml>. Acceso: 17/jul./2006.
- S. MEIRA, *Censura na Internet*, en <http://www.cg.org.br>. Acceso: 10/en./2006.
- WDVL, *History of the Internet and the World Wide Web*, en <http://wdvl.internet.com/Internet/History>. Acceso: 16/ago./2006.

CRISTINA AMICH ELÍAS.

Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP).

*Campus Taquaral. Rodovia do Açúcar, Km. 156- Caixa Postal 68. CEP:
13400-911. Piracicaba, São Paulo, Brasil.*

E-mail: camich@unimep.br

RECENSIONES

**Robert WALTER, Clemens JABLONER, Klaus ZELENY (eds),
Griechische Philosophie im Spiegel Hans Kelsens, Serie del Instituto Hans
Kelsen, vol.28, Manz Verlag, Viena, 2006, 70 pp.***

LUIS VILLAR BORDA
Universidad Externado de Colombia

PALABRAS CLAVE: Filosofía griega, historia de las ideas, justicia, derecho natural
KEY WORDS: Greek philosophy, history of ideas, justice, natural law

El Instituto Hans Kelsen de Viena ha proseguido en su labor de difundir aspectos del pensamiento de Kelsen, que hasta ahora han permanecido relegados por el enorme interés despertado por su obra jurídica, muy en especial por la Teoría Pura del Derecho. A esto obedece su última publicación, *Griechische Philosophie im Spiegel Hans Kelsens*, con contribuciones de los filósofos Wolfgang Kersting, Thomas Buchheim y Alice Pechriggl y los juristas Clemens Jabloner y Klaus Zeleny, presentadas al simposio internacional realizado en Viena el 2 de diciembre de 2005 y editadas por Robert Walter, Clemens Jabloner y Klaus Zeleny.

Kelsen se ocupó a lo largo de su vida con el estudio de la filosofía griega, en particular con la obra de Platón, como lo muestran numerosos escritos, entre ellos el monumental libro editado por el Instituto Hans Kelsen de Viena bajo el título de *Die Illusion der Gerechtigkeit*, todavía no traducido al español. Se trata, según su autor, de “una investigación crítica de la filosofía social de Platón”.

En esa obra puede observarse, junto al conocimiento filosófico, el amplio sentido interdisciplinario de Kelsen, al utilizar, por ejemplo, los descu-

* Las citas trasladadas del alemán corresponden a una versión libre del autor de este escrito.

brimientos psicoanalíticos de Freud en el estudio de la personalidad de Platón. No es por esto extraño que el primer libro, relativo al amor platónico, haya sido inicialmente publicado por *Imago*, la revista de la psicología psicoanalítica, en 1933. Los otros libros que integran la obra se refieren a la verdad platónica y a la justicia platónica, siendo este último el más extenso.

Otra obra magna de Kelsen en que se ocupa extensamente con la filosofía y la religión griega es *Society and Natur*, originariamente escrita en inglés, en la época en que Kelsen se vio constreñido a buscar asilo en los Estados Unidos por la persecución nazi, y que está en español con el título de *Sociedad y Naturaleza* y un prefacio del autor a la edición castellana. Allí rastrea las ideas de retribución y causalidad en la religión y la filosofía griegas.

La reciente publicación del Instituto comienza con una Introducción a cargo de los profesores Jabloner y Zeleny, en la cual se hace un pormenorizado recuento de la obra filosófica de Kelsen relativa a los griegos, incluyendo trabajos inéditos que corresponden a su legado y otros que aun no han sido traducidos. Acá se abarcan cuatro campos que cubren la tarea de Kelsen con respecto a la filosofía griega: el derecho natural de los griegos, la idea de justicia en la religión y la literatura griegas, la filosofía social de Platón y la filosofía social de Aristóteles. Como lo observan los introductores, Kelsen incorpora también en sus reflexiones la filosofía romana.

Como lo anotan Jabloner y Zeleny, es evidente la fascinación de Kelsen por la filosofía de Platón, porque ella comprende una muy construida filosofía social así como una teoría de la justicia y del Estado. Pero eso no impide su aguda crítica, por considerarla tautológica y situada más allá del conocimiento racional.

Aristóteles también fue motivo de atención para Kelsen, si bien no con la intensidad de su obra acerca de Platón. Sin embargo, los introductores informan sobre un manuscrito de 410 páginas sobre la filosofía social de Platón, que se encuentra en el archivo del Instituto, y al cual pertenecen algunas partes ya publicadas.

El tratamiento del tema de la justicia aristotélica, en particular la doctrina del *mesotes* está incluido en su obra sobre *Los fundamentos de la doctrina del derecho natural*. Igualmente en sus distintos ensayos sobre la justicia, Kelsen critica la idea aristotélica de justicia de manera detallada.

“La política heleno-macedónica y la *Política* de Aristóteles” es un importante ensayo de Kelsen, que está traducido al castellano.

Finalmente, los introductores llaman la atención sobre el hecho de que en estos simposios sobre diferentes aspectos de la producción de Kelsen se expresan opiniones filosóficas y iusfilosóficas desde muy diversos puntos de vista. Es algo que se comprueba con las otras contribuciones mencionadas.

EL ARISTÓTELES DE KERSTING

El profesor Kersting, catedrático de filosofía en la Universidad de Kiel, discrepa radicalmente del análisis de Kelsen sobre Aristóteles. Considera que es un punto de vista crítico-ideológico, ocupándose centralmente en la lectura kelseniana de la *Ética a Nicómaco*, luego de hacer algunos reparos a su interpretación de la política aristotélica. Él desestima que la filosofía práctica de Aristóteles tenga finalmente un carácter contemplativo! "Porqué-se pregunta-consideran la investigación histórico-filosófica, la historia de las ideas políticas y todos los "nearistotélicos", de Hegel hasta los comunitaristas contemporáneos, pasando por Hannah Arendt, la *Ética y Política* de Aristóteles, tanto en la referencia histórica como la sistemática, como inolvidables textos fundadores de la filosofía práctica, si, como opina el crítico ideológico, Aristóteles "ha orientado (la ética) con su remate metafísico directamente contra la actividad política?". Y esto porque para Kelsen sería Aristóteles "un agente de la monarquía macedonia, que con metafísica, monoteísmo y superioridad de lo contemplativo paraliza el espíritu democrático y quiere convertir a los ciudadanos atenienses en súbditos del gran imperio macedonio".

Las objeciones de Kelsen a la idea de la justicia de Aristóteles, se sintetizan en el intento contradictorio e inútil de demostrar la existencia de una justicia absoluta mediante métodos racionales y científicos.

Para Kersting esa interpretación es errada de principio a fin. Él alega que Aristóteles con su doctrina del *mesotes* (término medio), no tuvo nunca en mientes ofrecer una medida científica de la moralidad. La doctrina del *mesotes* proporciona, en su opinión, la conceptualización del sano sentido común, "es experiencia moral humana *in nuce*, pertenece como muchas otras evidencias de la vida literaria y artística al núcleo del saber humano".

Al concluir, Kersting aclara que él no niega la legitimidad de la crítica ideológica y estima que el análisis de concepciones del mundo constituye una empresa histórico-social seria y manifiesta su aprecio por las reflexiones

de Kelsen en ese campo. Su desacuerdo se funda en que “todo texto ni toda filosofía son como tales fines adecuados para un programa analítico destructivo semejante”.

Lo que él considera un enjuiciamiento errado de Kelsen, lo atribuye a las convicciones neokantianas del maestro de Viena, que inevitablemente se enfrentarían al pensamiento hermenéutico de la filosofía práctica de Aristóteles. Temperamentos teóricos apriorísticos y hermenéuticos están inevitablemente destinados a malinterpretarse, es su palabra conclusiva.

APROXIMACIONES A LA “ILUSIÓN DE LA JUSTICIA”

Ya se dijo que la mayor ocupación de Kelsen con la filosofía griega se orientó hacia Platón. El mejor testimonio de ello es su obra sobre la *Ilusión de la Justicia* (*Die Illusion der Gerechtigkeit*). En ésta se centra la ponencia de la profesora Alice Pechriggl, catedrática de filosofía en Klagenfurt. Ella divide su trabajo en tres apartados, que denomina aproximaciones a diversos aspectos del análisis de Kelsen sobre Platón: “Kelsen en el contexto de la recepción de Platón”, “la teoría antiplatónica del eros formulada por Kelsen”, “¿qué tan antiplatónica es la dicotomía kantiana de Kelsen?”. Ella sitúa el núcleo de su esfuerzo en la pregunta acerca del dogmatismo de Kelsen (y/o de Platón).

En el punto inicial, se destaca la importancia que tiene el hecho de haber sido Kelsen el primero que en el ámbito de la lengua alemana comenzó el programa de crítica ideológica y de dominación con una realización de tanta entidad. La crítica a la situación de la mujer en la democracia antigua y su posición en la *Politeia* de Platón, son ejemplos que señala la autora de temas ausentes hasta los años setenta del pasado siglo de la investigación filosófica platónica. Al mismo tiempo que el valor de Kelsen al publicar en 1933 un libro sobre “el amor platónico” desde una perspectiva interdisciplinaria.

Otro aspecto que relievaa Kelsen críticamente en Platón es el religioso. A este propósito dice Pechriggl: “...Kelsen aspira a aclarar la religión de Platón en el fondo de su biografía y con ello asume una posición fuertemente hermenéutica. Lo que Kelsen llama la metafísica de la realidad, es la realización de la idea trascendente de Platón, que para Kelsen se convierte en casi real, a pesar de que él siempre de nuevo, sobre todo al final del libro, tropieza con el vacío formal de esa idea trascendente...Pues el mito, que Platón explicita en su función como auxiliar de la historia para la

aproximación en esas realizaciones de la idea en lo material, no aprehensible por los sentidos y no cognoscible lógico-intelectualmente, es analizado por Kelsen apoyándose en Cassirer. Pero con ello él tiende a dejar desvanecer esta función metodológica del mito detrás de su idea de Platón como institutor de religión.”

La segunda parte de su ensayo lo dedica la profesora Pechriggl a la teoría del eros platónico. Aquí la pieza central es su conexión forzosa con la filosofía política de Platón, su concepción ética y política y finalmente la voluntad ético-pedagógica. La influencia freudiana es palpable en la interpretación de Kelsen. La autora no deja de señalar lo que considera contradicciones o anacronismos en el análisis psicocientífico de su doctrina.

En el tercer punto la autora critica a Kelsen por utilizar un concepto moderno, como es el de ideología en el sentido de Marx, o sea el de ideología como legitimadora de la dominación, cuando acusa a Platón de introducir con ese fin el “derecho natural” en su idea de la justicia. “Lo que Kelsen critica fuertemente aquí es, como ya se mencionó, aquella imagen de Platón con la que los propagandistas y legitimadores de la dictadura nacional-socialista en su tiempo legitimaron contra su conciencia burguesa. Esto lo encontramos en la calificación de Platón como “predicador de la justicia” y en acentuar su posición antidemocrática (que ciertamente no se puede negar). Pero, de mi parte anoto, que esto no es una arbitrariedad de Kelsen ni una coincidencia gratuita, pues es lo cierto que siempre que se trata de legitimar una tiranía o un sistema no democrático se acude a Platón. El programa de organización social y estatal que Platón formula en *La República* es completamente totalitario.

Pechriggl observa una dicotomía de Kelsen con respecto al “*status* de Platón como filósofo y ‘científico’ a través de todo el libro. Al final ella retorna en cuanto a la ‘ilusión de la justicia’ con la admisión de que la justicia así y todo solo podría verse como ‘especulación metafísica’, esto es, como idea trascendente o como idea racional, para decirlo con Kant”.

Finalmente, la autora, en su interesante contribución, nos dice que en el estado actual de la recepción de Platón, es en cierto modo evidente la crítica a su idea constitucional y con ella el consejero elegido por el Príncipe o filósofo-rey. Esto es lo que fue Kelsen crítico como demócrata más enérgicamente. “Y él fue el único que entonces trabajó sistemática y cuidadosamente en una diferente recepción moderna de Platón”.

“PRIMACÍA DE LA LEGALIDAD”. EL PROBLEMA DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO Y LA LEY EN LOS PENSADORES GRIEGOS HASTA LA SALIDA DEL SIGLO V

Este es el título de la contribución del profesor Thomas Buchheim, catedrático de filosofía en la Universidad de München, especialmente en metafísica y ontología. Su visión es también como las anteriores la de un filósofo, pero él se ocupa directamente con el tema jurídico.

El autor recuerda cómo para Kelsen toda norma jurídica y el sistema de normas al que pertenece, se fundamentan o tienen como presupuesto una *norma fundamental*. Y agrega: “Pero la propia norma fundamental no puede de nuevo fundar racionalmente su validez, sino, según Kelsen, ser a lo más una ideología, es decir, ilusoria. Ella vale porque vale, o, como dice Kelsen, es considerada como válida por un grupo de hombres y como tal seguida.”

Se trata entonces de saber que contenido tiene esa norma fundamental. Este es para Kelsen el punto de partida para la introducción del principio de “eficacia” “como una condición “fáctica” de todo derecho positivo válido según la teoría del derecho de Kelsen”. Es decir, que para que una norma valga se requiere un cierto grado de eficacia, si no es seguida en absoluto carece de validez.

Con relación a este asunto, el aporte novedoso del Profesor Buchheim consiste en mostrar que ya los filósofos griegos de comienzos del Siglo V.(a.C) –especialmente los sofistas– pusieron mucha más atención a ese problema de lo que generalmente se supone. Y que estando más cerca de Kelsen que Platón, pensaron y dijeron más sobre el problema de fundar racionalmente el derecho.

El primer ejemplo al que acude es al de Gorgias. Aquí evoca un fragmento sin duda pertinente:

“Pues fuerte es (también) la verdad de la ley anidada en nosotros por la intimidación que a la vista de su ingreso produce, al ser bienvenido por nosotros lo que según la ley será correcto y lo que ocurre bien conforme al derecho”.

Pasa luego a los argumentos clásicos para la implementación del derecho y la justicia: 1) El argumento del efecto benéfico por la igualdad del derecho(Hesíodo); 2) El argumento del fortalecimiento común, que beneficia a todos(Heráclito).

Un interesante capítulo dedica el autor a Antifón, quien critica los postulados clásicos de la implementación y con realismo indica cómo resulta

más plausible para los hombres la aceptación del derecho. Aquí viene la tesis de Buchheim: "Mi tesis es que Antifón fue el primero que planteó, con clara visión para el problema y atinada crítica a las anteriores concepciones, una exigencia de que una institución jurídica (y esto significa siempre encadenamiento de la vida humana) pueda funcionar óptimamente, lo cual es posible si está configurada bajo la guía del placer y la ventaja personal en lugar del desagrado y la intimidación". O sea la idea de utilizar las tendencias naturales para la institución de regulaciones normativas de la vida humana, lo cual garantizará más su éxito y efectividad. Fue una idea propagada por los sofistas en la defensa del hombre y la posibilidad de expandir sus posibilidades. Así "obedecer a las leyes no sería desventajoso". Si las normas no son favorables a la naturaleza humana, "la obediencia a la ley es sencillamente irracional..." concluye el autor su presentación del sofista griego. Esto no significa que el derecho sea "natural", sino que se apoya en la naturaleza.

Fijando su propia posición, dice el profesor Buchheim: "Pues, donde nosotros mismos somos aquellos a quienes se refieren las normas, tiene que ser tenida en cuenta la naturaleza del hombre en interés de la plena efectividad de la norma fundamental, aunque esa naturaleza jamás puede ofrecer una fundamentación de la validez o del "deber ser" de ésta... Sin embargo, señala de esta manera una indicación de lo fáctico en una cierta orientación también para el ámbito de nuestra vida espiritual y su conformación, que, según Kelsen, tiene que diferenciarse rigurosamente de la naturaleza y sus relaciones causales, o sea la esfera de la imputación normativa y de la relación solo "impuesta" entre condiciones jurídicas y consecuencias jurídicas en el entorno y tráfico humano." Esa indicación sirve para saber las mayores posibilidades de éxito de las normas. Pero de ella, que tiene un carácter fáctico, no se puede deducir una norma. Comprender una norma como vigente o abolida, es decir, integrada o no al sistema jurídico, es siempre un asunto normativo".

Lo que el profesor Buchheim se propone es contribuir a la solución del tema de la norma fundamental y su motivación, en el marco de la relación entre validez y eficacia, recurriendo a los filósofos griegos, para mostrar su contribución, muchas veces olvidada, a la búsqueda de una fundamentación racional del derecho

OBSERVACIÓN FINAL

La relación de Hans Kelsen con la filosofía griega es poco conocida, a pesar de las importantes publicaciones realizadas por el Instituto Hans Kelsen de Viena, póstumamente, y en particular *Die Illusion der Gerechtigkeit*, publicada por Kurt Ringhofer y Robert Walter en 1985. Es algo que ha pasado con otros frentes de la inagotable actividad intelectual de Kelsen, como ya se anotaba al principio. Afortunadamente, gracias a la dedicación del Instituto, el conocimiento de esos aspectos se ha ido ampliando, facilitando así a los estudiosos de todo el mundo un acceso mayor y más próximo a la obra del padre de la Teoría Pura del Derecho.

El interés de la publicación que se comenta es que permite entrever las sólidas bases filosóficas que se encuentran en el trasfondo de la concepción jurídica de Kelsen, ligadas no solo, como es sabido, a Kant y el neokantismo, sino también a la literatura de la filosofía clásica, en especial de los pensadores griegos.

El propósito del simposio que da origen a esta publicación, y al cual se refieren tanto el Canciller Federal de Austria y Presidente del Kuratorium del Instituto, doctor Wolfgang Schüssel como los profesores Robert Walter, Clemens Jabloner y Klaus Zeleny, se ha cumplido con creces. No en último término ha contribuido a ello la participación multidisciplinaria de filósofos y juristas, con distintos criterios y actitudes críticas.

Será de importancia en el futuro disponer de más traducciones a la lengua española de producciones de Kelsen, si bien es cierto que ha sido grande el esfuerzo por trasladar a nuestro idioma obras fundamentales suyas. Es una tarea que debe continuar para el enriquecimiento de la ciencia del derecho y la elevación del nivel de debate de los temas iusfilosóficos y sociojurídicos.

LUIS VILLAR BORDA
Universidad Externado de Colombia
e-mail: lvillar@uexternado.edu.co

VV. AA., *El Derecho en red. Estudios en Homenaje al profesor Mario G. Losano*, Dykinson, Madrid, 2006, 1030 pp.

LUIS LLOREDO ALIX

Universidad Carlos III de Madrid

PALABRAS CLAVE: interdisciplinariedad, informática jurídica, sociología jurídica, filosofía del derecho, derecho comparado, sistema jurídico

KEY WORDS: interdisciplinarity, legal informatics, sociology of law, philosophy of law, comparative law, legal system

En una famosa y controvertida conferencia de 1964, Norberto Bobbio terminaba señalando la necesidad de refundar la filosofía, desde la concurrencia de diversos enfoques, métodos y disciplinas no estrictamente encasillados en los altos muros del pensamiento especulativo tradicional. La historia, la sociología, la economía y la psicología, nos decía el pensador italiano, deberían ser las disciplinas que la filosofía eligiese como compañeras de viaje privilegiadas¹. Con ello, en definitiva, no hacía sino apelar al ejercicio de una interdisciplinariedad que, cada vez más, resulta indispensable para moverse con algo de lucidez en las ciencias sociales. Más en particular, Bobbio se estaba refiriendo al problema de los derechos humanos y, por extensión, a la filosofía del derecho. Desde el punto de vista del profesor turinés, la pretendida pureza metodológica y conceptual de dicha disciplina se revelaba insuficiente para abordar la compleja gama de problemas que esa nueva realidad, los derechos humanos, planteaba con perentoriedad a los juristas y los filósofos del derecho. Creo que semejante punto de vista podría extenderse, con los debidos matices, a buena parte de los asuntos con los que la filosofía jurídica tiene que lidiar hoy en día.

¹ N. BOBBIO, "Sobre el fundamento de los derechos del hombre", en *El problema de la guerra y las vías de la paz*, trad. de Jorge Binaghi, Gedisa, Barcelona, 1981, pp. 117-128.

Pues bien, un discípulo aventajado del maestro italiano, que se ha convertido ya en un destacado referente internacional en el ámbito del derecho, parece haber seguido con fidelidad ese sendero de pluridisciplinarietà que en aquella conferencia se nos apuntaba. Mario G. Losano es, en efecto, uno de esos raros casos en los que un intelectual desborda con mucho los estrechos márgenes de su parcela académica, dejándose impregnar por los métodos, los problemas y los conocimientos de multitud de otras ciencias y orientaciones teóricas, no necesariamente afines a su matriz original. El fruto de semejante actitud científica es un árbol con muchas y diversas ramificaciones que, me atrevería a decir, encuentran un suelo firme y un tronco bien asentado, en el que lo plural de los temas atacados no queda perdido o deslavazado, sino que se traba con coherencia y solidez. Es decir, que la actividad investigadora de Mario G. Losano no bascula de un tema a otro sin criterio, sin guía o sin razón de ser, como si la filosofía jurídica fuese un mero ejercicio de diletantismo. Más bien todo lo contrario. Una preocupación de fondo sobre los problemas reales a los que el derecho debe hacer frente, una necesidad constante por contactar con la realidad, una pasión por el enraizamiento social de las ideas, por su transmisión de una cultura jurídica a otra y, en definitiva, por la irreducible particularidad de cada sistema jurídico, son algunas de las claves que laten bajo su obra y pensamiento. La dedicación a la informática jurídica, a la sociología del derecho, a la historia del pensamiento o a la investigación sobre los sistemas jurídicos no europeos, son sólo algunas de las manifestaciones de ese espíritu de fondo. Creo que el libro que aquí se reseña constituye una buena muestra de ello. Veámoslo con mayor detenimiento.

El título que los autores han elegido para esta obra, frente al uso de adoptar una rúbrica meramente descriptiva para los libros de homenaje, es ingenioso y especialmente adecuado a la figura homenajeada: *El Derecho en red. Estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano*. Título que, por varias y confluentes razones, resulta muy afortunado. En primer lugar, porque sabido es que el profesor Losano es uno de los pioneros de la informática jurídica, donde es reconocido internacionalmente como uno de sus principales estudiosos e impulsores. En segundo lugar, porque toda red, si hacemos caso de lo que nos dice el diccionario, es un conjunto de elementos organizado para un determinado fin, cosa que coincide con la idea del sistema jurídico que tanto ha preocupado a nuestro profesor italiano, desde sus tempranas incursiones investigadoras hasta sus intereses más actuales. Y, en tercer lu-

gar, porque las redes no sólo organizan y sistematizan, sino que conforman grandes tejidos de comunicaciones, de caminos, de puentes y de puntos de encuentro. Este homenaje constituye un buen ejemplo de cómo el homenajeado ha sabido tejer esa inmensa malla de comunicación, donde se reúnen, sin tensiones y sin engorrosos trámites fronterizos, sin dilemáticas encrucijadas y sin molestos trastornos de viaje, las más diversas temáticas y tradiciones académicas. Una red donde se concitan, por encima de todo, las más diversas personas, amigos y colegas de muy distintos países y universidades. La dedicatoria con la que los autores han querido abrir este homenaje no podía ser más acertada: Mario G. Losano, *Amicorum Liber*.

El escritor uruguayo Juan Carlos Onetti dijo en una ocasión que, “por astucia, recurso, humildad, amor a lo cierto, deseo de ser claro y poner orden, dejo el yo y simulo perderme en el nosotros”. Creo que, en el caso del libro que nos ocupa, bien podría Losano decir algo parecido: no sólo porque todos esos rasgos pueden valer, en muchos sentidos, para caracterizar su talento, sino porque también aquí su voz se pierde en el nosotros. Los cerca de cincuenta autores que escriben, a lo largo de las más de mil páginas del volumen, procuran así abarcar el amplio abanico de los temas, países, lenguas y métodos con los que Losano ha tenido contacto a través de su fecunda carrera. Y, si bien dicha tarea es seguramente imposible, el empeño se acerca mucho a su propósito. Juristas de las más diversas ramas, desde la filosofía del derecho hasta el derecho laboral, afrontan temas muy variados, que van desde el análisis de regulaciones normativas concretas hasta la especulación filosófica más abstracta. Todo ello, con el debido paso por la sociología, la historia del derecho, la historia del pensamiento, el derecho comparado, la informática jurídica o los derechos humanos. Como señalan Javier de Lucas y Gregorio Peces-Barba en la presentación, “Mario G. Losano es, en ese sentido, un verdadero *pontifex*, y no sólo entre comunidades académicas de diferentes países e incluso continentes, sino, lo que resulta más raro y por ello valioso, entre comunidades científicas diferentes”.

El libro aparece dividido en dos bloques temáticos, precedidos de una breve semblanza del autor, a cargo del profesor alemán Wolfgang Killian, y de la arriba citada presentación. En las últimas páginas se ofrece una cuidada y exhaustiva bibliografía de Mario G. Losano, tanto de los libros y artículos originales, como de sus traducciones a diferentes idiomas, que suman un total de doce lenguas, entre las que destacan el alemán, el español y el portugués. El primero de los bloques se titula “Derecho comparado, informáti-

ca jurídica y derechos humanos”, donde se aglutinan trabajos de muy diversa índole, pero especialmente relacionados con la vertiente más práctica de Losano, más apegada a una observación sociológica y contemporánea del derecho. El segundo bloque, titulado “Historia y crítica del pensamiento jurídico y político”, contiene trabajos también diversos, pero más propios de la faceta teórica e histórica del filósofo italiano. Con esta división, desde luego, no se cubre con claridad todo el abanico temático que realmente podemos constatar a lo largo de las páginas del libro. Pero, antes de entrar a detallar cuáles son estos temas, conviene señalar un par de virtudes de la obra, que redundan en la pluralidad de facetas del homenajeado y en la adecuada factura del libro.

La primera de ellas tiene que ver con tres importantes equilibrios que resultan del conjunto de la obra. Por un lado, se mantiene un interesante contrapeso entre los trabajos de tipo histórico y los de reflexión sobre temas de actualidad, sin que unos y otros aparezcan desvinculados, sino, más bien, formando parte de un continuo. Cuando menos, formando parte de una misma órbita de intereses, de ese mismo fondo del que anteriormente se hablaba. Por otro lado, se refleja un equilibrio entre los trabajos de derecho positivo, o de derecho comparado, y los que se sitúan en una perspectiva más filosófica. También aquí se relacionan ambos polos de la dicotomía: los estudios sobre uno u otro aspecto del derecho positivo se enmarcan, o bien en un punto de vista filosófico sobre la informática jurídica, el derecho comparado o la sociología del derecho, o bien en la convicción de que la filosofía jurídica ha de ser una reflexión dirigida a los juristas y no a una comunidad ideal de pensadores puros. Por último, y he aquí el tercer equilibrio, parece darse un constante viaje de ida y vuelta entre el ámbito nacional y el internacional, tanto de Italia al resto de Europa, como de Europa a Iberoamérica: si bien todos los artículos han sido traducidos al castellano y el peso de los colaboradores españoles es notable, nos encontramos con reflexiones procedentes de lugares tan dispares como Alemania, Francia, Italia, Brasil, Argentina, Rumanía, Uruguay o Japón. En total, más de treinta universidades y centros de investigación se ven aquí representados.

La segunda virtud tiene que ver con el valor intrínseco de todos y cada uno de los ensayos que se dan cita en el volumen. Ni se trata, como podría pensarse a primera vista, de un panegírico constante al homenajeado, ni todos los autores se refieren a su figura o a su obra. Los artículos, que van desde las leyes de protección de datos en Uruguay hasta la idea de Justicia en

Anaximandro, gozan de una independencia plena y constituyen trabajos de investigación de calidad y valor para todo estudioso del derecho. En suma, dada la variedad de los temas y de las perspectivas con que se abordan, la lectura del libro puede resultar un ejercicio muy atractivo para personas de inquietudes muy distintas: quien concilie intereses sociológicos con una preocupación general por el derecho internacional, podrá encontrar varios ensayos de calidad en esta obra; quien se interese por la historia del derecho, pero mantenga una actitud abierta a disciplinas aún novedosas como la informática jurídica, también podrá encontrarse cómodo a lo largo de sus páginas; y, dentro del campo de la filosofía jurídica, el interesado podrá encontrar trabajos de historia del pensamiento, de filosofía política, de derechos humanos, de teoría del derecho y de filosofía moral.

Así pues, no es fácil hacerse una idea cabal de la variedad de caminos por los que Losano ha transitado si atendemos sólo a la clasificación en dos bloques de la obra. Ni siquiera desgranándolos en unas cuantas rúbricas o disciplinas, podríamos llegar a un retrato nítido de esa red, viva y en plena actividad, que el homenajeador continúa tejiendo. Precisamente, porque lo fundamental de una red no son los trazos ininterrumpidos, las rectas largas y solitarias, sino los nexos, esos lugares donde las disciplinas se cruzan y se enriquecen. La mayoría de las colaboraciones que encontramos en el volumen se sitúan, de hecho, en esos puntos de confluencia, a caballo entre una y otra perspectiva, entre una y otra parcela académica. Y ello, lejos de caer en una mengua del rigor o deberse a problemas de indefinición, no hace sino justicia al pensamiento y la trayectoria del filósofo italiano. Una carrera que ha sido y es más transdisciplinar que interdisciplinar, pues no se limita a atacar diversos temas, yuxtaponiendo unos a otros, sino que los imbrica y los concilia en el seno de una concepción holística y bien trabada del derecho: más que de un jurista en el sentido puro del término, casi podríamos hablar de un humanista. Como resulta de lo dicho, no es nada sencillo pormenorizar los distintos núcleos temáticos de esta publicación, pero intentaremos hacer, a continuación, un breve ejercicio analítico.

Uno de los aspectos con mayor presencia en toda la obra es el de la INFORMÁTICA JURÍDICA. Los artículos de Marcelo Bauzá y de Carlos E. Delpiazzo, ambos sobre la protección de datos personales en Uruguay, el ensayo del tempranamente fallecido Mihail Constantin Eremia, sobre la protección de datos en el sistema jurídico rumano, o el de Antonio Enrique Pérez Luño, que versa sobre las libertades en la era de Internet, dan buena idea de cómo

este tema constituye uno de los núcleos del volumen. La confluencia con otras áreas como el derecho constitucional, el derecho administrativo o los derechos humanos, es en este caso inevitable. Pero la importancia que Losano ha otorgado a la informática jurídica, como nueva e imprescindible disciplina dotada de autonomía en el complejo magma de los estudios jurídicos, aconseja situar a estos cuatro estudios dentro de esa rúbrica principal.

Otro de los núcleos donde confluyen buena parte de los ensayos de este libro es el de los DERECHOS HUMANOS. Los trabajos de María José Añón, Javier de Lucas y Cristina Hermida del Llano, todos en torno al problema de los derechos en la Unión Europea, caen directamente sobre dicha temática: el primero de ellos sobre los derechos culturales de las minorías, el segundo sobre la ciudadanía de los inmigrantes y el tercero sobre el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales en la Unión. Los tres constituyen, nuevamente, buenos ejemplos de interdisciplinariedad, pues en ellos concurren también dimensiones del derecho comunitario o de la filosofía del derecho. Desde una óptica y una temática algo distintas, pero también relacionada con los derechos humanos, está el artículo del profesor suizo Christian Giordano, que reflexiona en torno a las políticas de ciudadanía y multiculturalismo en el sudeste asiático. En este caso, también la antropología, la sociología del derecho o el derecho comparado gozan de un importante protagonismo. Por último, nos encontramos con el ensayo del profesor español Alfonso Ruiz Miguel, que realiza una breve investigación, desde la teoría del derecho, sobre el estatus jurídico de los derechos humanos.

Quizá otro de los bloques principales de este libro sea el de la SOCIOLOGÍA JURÍDICA y el DERECHO COMPARADO. Bajo este epígrafe pueden situarse, desde una perspectiva teórica general, los trabajos de André Jean Arnaud, en torno al desarrollo histórico de la sociología jurídica en Francia, del profesor argentino Miguel Ángel Ciuro Caldani, sobre las bases culturales del derecho comparado, o de la profesora rumana Sofia Popescu, que se dedica a analizar la distinción entre el derecho comparado y la sociología jurídica comparada. En el mismo bloque temático, pero con investigaciones sobre temas algo más monográficos, nos encontramos con otros tres interesantes ensayos: Paulo Bonavides escribe, con una vertiente histórica indudable, pero con base en el constitucionalismo comparado, sobre las peculiaridades de la formación constitucional del Brasil. La profesora italiana Marzia Rosti, a caballo entre el derecho comparado y la teoría general del derecho, se pregunta sobre si puede hablarse con propiedad de un sistema jurídico iberoameri-

cano. Con ello, se aborda uno de los temas que más han preocupado a Losano, la idea de sistema jurídico y la crítica al prejuicio eurocéntrico de considerar que sólo en las tradiciones jurídicas continentales o anglosajonas puede hablarse de sistemas. Por último, podemos situar aquí el artículo del profesor italiano Alessandro Somma, que realiza un estudio histórico, desde el prisma del derecho comparado, sobre el derecho fascista y el nacionalsocialista. El interesado por el derecho internacional podrá sacar también materia de este último artículo, pues buena parte del mismo gira en torno a la política exterior de los dos regímenes, con su inevitable traslación jurídica en las doctrinas iusinternacionalistas.

Pero, probablemente, el grueso del libro tiene que ver con la HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO. Rudolf von Jhering, al que Mario G. Losano ha dedicado una parte importante de sus investigaciones, es aquí un destacado protagonista: tanto el artículo de la profesora de Tokio Anne Bartels-Ishikawa, sobre la recepción de *Der Kampf um's Recht* en Japón, como el del brasileño Celso Lafer, en torno a Tobias Barreto –el receptor del pensamiento de Jhering en Brasil, al que Losano también ha dedicado alguna de sus investigaciones–, son buena muestra de esta presencia. También Hans Kelsen, probablemente el pensador con el que más se sigue relacionando a nuestro jurista italiano, es un gran protagonista en las páginas de este libro. Nos topamos así con los artículos de Luis Martínez Roldán, sobre la teoría pura del derecho –en el que polemiza duramente con la lectura que Losano hace del jurista austriaco–, de la italiana Tecla Mazza, sobre la perspectiva del derecho internacional en Kelsen, y del uruguayo Oscar Sarlo, que plantea un recorrido y una reflexión sobre la repercusión del filósofo austriaco en los países sudamericanos. Pero también otros autores y corrientes se dan cita en el volumen. Desde España, Ignacio Ara Pinilla escribe sobre la teoría del derecho de Léon Duguit, Fernando Llano sobre el pensamiento de Ortega y Gasset en torno al régimen autonómico en nuestro país, y Miguel Ángel Ramiro sobre la idea del sistema jurídico que se deriva del pensamiento utópico. Desde Italia, Alessandra Facchi nos ofrece un artículo sobre Jeremy Bentham y su veta como sociólogo del derecho, pluralista y hasta precursor del feminismo, Carla Faralli analiza la noción de soberanía en las teorías del realismo jurídico y Pier Paolo Portinaro reflexiona en torno a las teorías del Estado en Georg Jellinek y Hermann Heller. Desde Alemania, el filósofo del derecho Wolf Paul y el informático jurídico Lothar Philipps nos sorprenden con dos curiosísimos artículos, el primero de ellos sobre los reflejos de

Giambattista Vico en la obra de Savigny y el segundo sobre los números de Fibonacci, sobre Kepler y sobre la idea de justicia como armonía, en un ensayo que resulta de difícil clasificación. Desde Argentina, por fin, Martín Laclau nos brinda un interesante y complejo ensayo sobre la idea de justicia en Anaximandro. Dentro de este mismo bloque pueden señalarse otros dos trabajos que basculan entre la historia del pensamiento jurídico y la historia del derecho: el de Norberto Dagrossa en torno a la historiografía jurídica argentina y el de Elías Díaz sobre el pensamiento español en la época de Franco.

El siguiente bloque estaría integrado por varias colaboraciones que podemos adscribir a la TEORÍA DEL DERECHO. Porque, pese a vincularse con varios de los artículos pertenecientes a la parte histórica, algunos trabajos teórico-jurídicos merecen una referencia especial en esta reseña. Así, nos encontramos con el trabajo de Javier Ansuátegui sobre la creación judicial del derecho, donde se critica el paradigma clásico del silogismo aséptico y donde se apunta hacia la consiguiente necesidad de controlar la efectiva creación judicial que se practica desde los tribunales. Manuel Atienza, por su parte, reflexiona en torno a la interpretación y la argumentación judicial, retomando los ya clásicos conceptos de "contexto de descubrimiento" y "contexto de justificación". María del Carmen Barranco, en una línea temática afín, analiza y critica las ficciones del método jurídico tradicional, desde donde desemboca, una vez más, en el papel de los jueces en el Estado constitucional. Por último, nos encontramos con el artículo de Rafael de Asís, que reflexiona en torno a los por él denominados "rasgos de lo jurídico" y plantea diversos problemas relacionados con el positivismo jurídico. Varios de los artículos relacionados con Kelsen, citados más arriba, podrían también encuadrarse en este apartado, pero ya se advertía al principio de la dificultad de amoldar el pensamiento de un autor a los estrechos márgenes de las disciplinas o las etiquetas académicas. Desde luego, todos aquellos ensayos que incidían sobre la idea de sistema, tan presente y fecunda en el pensamiento de Losano, también podrían entenderse como aportaciones a la teoría del derecho.

A continuación, podría distinguirse un núcleo temático relacionado con la FILOSOFÍA POLÍTICA Y MORAL. Aunque indudablemente ligada con alguno de los capítulos de la parte histórica, también goza de un cierto protagonismo en este libro colectivo. En este sentido, podemos señalar los ensayos de Eusebio Fernández García y José Martínez de Pisón, ambos con una temática bastante similar: el primero de ellos reflexiona sobre el laicismo y el libe-

ralismo político en John Rawls, y el segundo nos plantea una discusión sobre la idea de tolerancia y sus consecuencias en la teoría política liberal. Ambos, aunque desde perspectivas diversas, se hacen eco de las dificultades a las que se enfrentan las sociedades liberales contemporáneas con el advenimiento del denominado multiculturalismo. Desde Brasil, por último, nos topamos con otros dos artículos que podríamos situar en este bloque: en primer lugar, el de Eros Roberto Grau, dedicado a los principios de equidad, razonabilidad, proporcionalidad y moralidad, en el que nos plantea una reflexión basculante entre la ética y la filosofía política; y, en segundo lugar, Tercio Sampaio Ferraz Junior nos brinda un interesantísimo ensayo sobre la noción de justicia como retribución, sus orígenes y sus implicaciones, que resulta de difícil encuadre, pero que también podría englobarse en esta sección temática.

Por último, nos encontramos con una serie de colaboraciones que se ajustan con dificultad a los apartados que acabamos de distinguir, pues remiten a OTRAS RAMAS DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO, algo más alejadas, en términos generales, de la filosofía del derecho. Aunque muchas de ellas, que duda cabe, también están relacionadas con uno u otro de los aspectos señalados. Así, por ejemplo, tenemos el artículo del italiano Luigi Bonanate sobre deberes internacionales, que se sitúa a caballo entre la filosofía del derecho y el derecho internacional. También desde Italia, el trabajo de Diana-Urania Galetta, que se dedica a estudiar el principio de garantía lingüística en el derecho administrativo europeo, en una perspectiva que oscila entre el derecho comunitario y el administrativo. Desde España, las profesoras Ángeles Solanes y María Belén Cardona analizan, a través del derecho laboral y el comunitario, el fenómeno de la migración y la obligación de información de los transportistas a la luz de las directivas europeas. Y, desde Argentina, tenemos el artículo de Abelardo Levaggi, que estudia el impacto de Enrico Ferri en la ciencia penal de dicho país, en un ensayo donde combina una perspectiva histórica con la propia del derecho penal.

Tras este breve y apresurado repaso por las diferentes secciones que pueden distinguirse en este libro colectivo, así como por la pluralidad de temas que se abordan, parece confirmarse todo lo que se decía al principio de la recensión. Quienes tenemos la suerte de conocer a Losano, sabemos que esta red de países, de culturas académicas, de amigos y colegas, no es fruto del cálculo estratégico o de una actitud fría e interesada, sino de un encanto personal sincero y generoso, de un carácter atento y de una humildad poco

común en quien ha llegado a tan altas cotas de excelencia. Algo que se desprende de todo ello, y que incluso va más allá de esta inmensa labor de Losano como transmisor, como conector de ideas, es su propia personalidad. Porque sólo una personalidad inevitablemente curiosa e inquieta, pero a la vez discreta y reflexiva, crítica e inquisitiva, pero siempre respetuosa, ha podido labrar esta polifacética red de caminos por los que transitar naturalmente, sin necesidad de saltos mortales, de desavenencias o de traumáticos virajes copernicanos. En este sentido, Mario G. Losano es también un *pontifex*, un hombre cuya personalidad tiende naturalmente a la interconexión, al intercambio de ideas, de impresiones y de afectos con otras personas. Cosa que, por lo demás, no practica con soberbia o superioridad, sino con la actitud de quien siempre desea seguir aprendiendo, de quien sabe escuchar e interpretar a sus interlocutores. De quien, en definitiva, sabe dialogar con los otros. Esta es, creo, otra de las ideas que se destilan del conjunto de la obra y de los diversos comentarios que los autores vierten sobre el homenajeado. Es, además, la principal lección que de su magisterio podemos aprender.

Rudolph von Jhering, el jurista y filósofo tan querido y estudiado por el profesor italiano, dijo en una ocasión, que la ciencia del derecho debería consistir en una tríada de dogmática, filosofía e historia². Con ello, llamaba la atención sobre la necesidad de que la ciencia jurídica se abriese a esa pluralidad de facetas y miradas tan indispensable para no permanecer encerrada en una torre de marfil, para no practicar una labor intelectual desconectada de los problemas reales, sin pisar suelo firme y, por lo tanto, pobre y aporética. Creo que la labor investigadora de Losano, de la que este libro homenaje ofrece un importante testimonio, ha superado con creces ese ideal que nos marcaba el jurista alemán: no sólo puede decirse que ha sabido conciliar la preocupación por la historia, por la filosofía y por el derecho positivo, sino que además ha abierto caminos por otras ramas como la sociología o la informática. En el fondo, se sitúa así en una vía muy jheringiana de pensamiento, lúcidamente consciente de la perpetua evolución del derecho y de la necesidad de una adaptación constante a la movible y compleja realidad. Y es que, como ya bien decía Goethe, “gris, querido amigo, es toda teoría, pero verde el dorado árbol de la vida”. Estoy seguro de que Losano, tanto

² R. VON JHERING, *¿Es el Derecho una ciencia?*, trad. de Federico Fernández-Crehuet, Comares, Granada, 2002.

en el terreno intelectual como en el personal, nunca ha perdido esto de vista. El sincero homenaje de este *Amicorum Liber*, lo confirma.

LUIS LLOREDO ALIX
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail: lloredo@inst.uc3m.es

Benoit FRYDMAN, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruylant-Bruxelles, LGDJ, Paris, 2005, 696 pp.

ALBERTO IGLESIAS GARZÓN
Universidad Carlos III de Madrid

PALABRAS CLAVE: Interpretación, retórica, tópica, sistema, filología, sociología.
KEY WORDS: Interpretation, rhetoric, topics, system, philology, sociology

El sentido de las leyes, plantea un recorrido por los diferentes momentos históricos que ha atravesado la interpretación y la razón jurídica. Las tres partes de que se compone el libro abarcan la antigüedad, la modernidad y las teorías contemporáneas. Estas tres partes se corresponden con diferentes denominaciones, la antigua, dialéctica; la moderna, ciencia; la contemporánea, como un *tournant* o giro respecto de la moderna, aunque realmente le dedica poco espacio a esta parte. Dentro de cada parte y cada período habría una o más escuelas a las que el autor atribuye la creación de *modelos*. Encontramos así el modelo bíblico, patrístico, escolástico, geométrico, filológico, sociológico, económico, normativista, etc. La relación de los distintos modelos parece completa puesto que, mediante la utilización de modelos, el autor se permite no hablar directamente de escuelas, ni de autores. La omisión de alguna de las mismas no sería crítica, siempre y cuando no representase un modelo no incluido en la tabla de materias.

Nos encontramos ante un trabajo que, solamente con la intención que se desprende del título, ya se podría debatir largamente acerca del cómo y por qué del mismo. Hablar de interpretación jurídica, implica, al menos desde la óptica de la Filosofía del Derecho, el tratamiento de un concepto de Derecho lo cual requiere, a su vez, de algún método epistemológico. La justificación de la necesidad y utilidad del libro dependen asimismo de la concepción jurídica que maneje el autor puesto que la inclusión de la historia en el Derecho no es una cuestión cerrada.

El método utilizado consiste en la observación de las diferentes formas de pensamiento en las prácticas jurídicas y en sus justificaciones racionales [p. 21]. La interpretación jurídica no es más que una parte concreta de una actividad general consistente en dotar de *sentido* a los *signos*. La hermenéutica abarca pues el trayecto que realiza la mente para explicar racionalmente por qué un significado se deriva de un signo, o, en términos jurídicos, cómo de un *enunciado normativo* se derivan las *normas*. Como reconoce el autor, la interpretación referida a cómo se otorgaba una norma (significado) a un enunciado normativo (significante) es una cuestión que debe tratarse desde un punto de vista multidisciplinar, ya que han sido muchas las influencias que ha recibido el pensamiento jurídico. Por ello, como nos indica el autor, cualquier estudio serio acerca de la interpretación no puede ser más que uno interdisciplinario [p. 22].

La atención que el autor pone en la interdisciplinariedad de la interpretación, y del Derecho en general, le conduce a desdeñar otro tipo de interpretaciones que no obedecen al paradigma del momento. Ello está bien para la concreción de los modelos pero no tanto para una historia de la interpretación, compuesta también por la cara oculta de la misma. Esa misma atención le permite delimitar su campo de investigación puesto que la interpretación es realizada en prácticamente toda actividad jurídica [p.24]. Esta limitación del campo de estudio deja fuera, felizmente, la práctica judicial puesto que, como nos dice, ya han trabajado en ello muchos estudios de Derecho interno y Derecho comparado y también porque los jueces no siempre indican qué métodos de interpretación han utilizado. El juez queda revelado a un mero agente que se debe limitar a la puesta en práctica de la teoría, lo cual ya es parte de cierta concepción del Derecho. El autor parte y presupone una concepción del Derecho determinada para explicar la historia de la misma puesto que niega a los jueces el papel de creadores del derecho, en el sentido de creador de teoría del Derecho. En principio esto es muy relevante ya que limita el sentido del trabajo histórico a una mera búsqueda de argumentos para apoyar la teoría de la que parte, y en segundo lugar, no está del todo claro que la historia del Derecho conduzca necesariamente a la misma teoría de la que él parte. El rechazo del realismo jurídico debe incluirse en la negación del juez como creador de la teoría del Derecho, de Derecho y su mero papel de aplicador de leyes. Esto no sorprende puesto que la influencia continental del autor podría haber sido fácilmente presupuesta. En todo caso, para no vulnerar la utilidad del excelente trabajo de Benoît

Frydman, utilidad que emana de la vocación de referencia en la materia que tiene esta obra, no puedo dejar de decir que el hecho de no resolver esta cuestión no resta importancia a un trabajo que sigue siendo válido para toda concepción no realista del Derecho y no partidaria de limitar el Derecho a lo observable. Añade, además, que la teoría de la interpretación es permeable a las fronteras que se dibujan entre los países del *Common Law* y los de Derecho escrito o *droit écrit*.

El concepto de interpretación que utiliza está referida a una *teoría articulada* de la misma que, en cada época, haya resultado considerada influyente bien por sus contemporáneos, (bien por la posteridad, bien por el propio autor) o haya marcado una *evolución decisiva* [p.25]. La selección no deja de ser un tanto arbitraria aunque esto se mitiga si entendemos el libro como un esbozo de la historia donde se han reunido sólo algunas corrientes consideradas más sofisticadas, no todas. A estas teorías les llama *modelos constructivos* y es donde vierte la mayor parte de su atención puesto que sobre los *modelos críticos*, trata únicamente de forma parcial. El no considerar la importancia de las opciones críticas es un hecho un tanto extraño, sólo justificable por cuestiones de espacio, ya que ¿cómo habría habido un desarrollo en la idea de interpretación de no ser por la crítica continuada de sus planteamientos y bases que fuerce a la teoría a superar sus fallos? Digamos que más que hacer un tratamiento del modelo crítico, simplemente se contenta con mencionarlos.

El autor abunda en la noción de *modelo de interpretación constructivo* distinguiendo en ella la técnica interpretativa, los métodos de interpretación, los procedimientos de interpretación y la visión o concepto de Derecho [pp. 30-31]. Con ello se demuestra la complejidad del tema seleccionado. Estos cuatro elementos de los modelos de interpretación deben entenderse como inseparables. Las técnicas de interpretación se refieren exclusivamente a los vínculos formales entre un texto y un significado; los métodos de interpretación, por su parte, designarían qué técnica de todas las posibles es preferible; los procedimientos de interpretación harían referencia a las fases por las que debe pasar un intérprete a la hora de elaborar su función; el concepto o la visión de Derecho, estaría destinado, en este caso, a aportar legitimidad final a la interpretación. La división precedente es sumamente útil para la lectura.

De qué tipo de interpretación se han extraído los modelos que trabaja el autor, no queda claro. No se trata, como especifica, de interpretación en sede

judicial, sino que se trata de la construcción teórica de la doctrina que trata de solventar el farragoso problema de la claridad del Derecho. El guiño a la teoría, en detrimento de la práctica, permite pensar en la interpretación no como una mera técnica utilizada por los jueces para aplicar las leyes. La interpretación tiene alguna fase anterior, concretamente la que requiere que se interprete el fenómeno jurídico en sí. De ahí que no se limite la investigación a la práctica judicial sino que las consideraciones realizadas por otros agentes jurídicos contribuyen notablemente a la conceptualización de la interpretación. De esta forma, la doctrina de los jurisconsultos, del *iusprudente*, es también atendida, incluso por delante de los jueces. Ello es porque desde la sede judicial es complicado aportar una visión general del Derecho, puesto que lo que allí se ventilan son casos concretos, no generalidades. Además, se considera que los jueces no crean modelos de interpretación, sino que simplemente aplican los existentes.

Debido a que el término interpretación tiene varios significados, dependiendo del contexto en el libro, no puede hablarse meramente de una interpretación de las normas o una norma, sino que también debe poder aplicarse el término a una visión más general, al Derecho en su totalidad, como fenómeno. La comprensión de su porqué y su justificación se analiza, lo que lleva, en ocasiones, a pensar que el término interpretación es utilizado en todos sus significados indistintamente. Aunque ello parezca aportar cierta confusión a la lectura a la larga resulta comprensible puesto que la idea que se trabaja es muy amplia y no unívoca. En todo caso, lo que debe quedar claro es que toda construcción abstracta sobre las bases del Derecho o su apariencia externa, etc. se justifica por la búsqueda de significados de una norma en concreto. Es decir, se puede reconstruir el concepto de Derecho, siguiendo la línea que marca la interpretación en cada modelo histórico. Partiendo de la existencia de un enunciado normativo se avanza, en cada modelo por un sitio distinto, hasta lo que se consideran los límites del conocimiento humano siempre en busca de la certeza objetiva con la que el hombre pretende justificar los mandatos jurídicos. Evidentemente según cambiaba el modelo de conocimiento, así cambiaba el modelo de interpretación.

Una vez visto el concepto de interpretación utilizado, podemos pasar a analizar el porqué del mismo, o en otros términos, el alcance del análisis histórico. En este sentido cabe hacer una reflexión previa acerca de la posibilidad de realizar una historia de la interpretación, máxime cuando no se trata de una historia vinculada a los límites de un país, un Estado o un periodo. El

objeto de este libro es trabajar acerca de la historia universal de la interpretación. Realmente por universal debe entenderse el mundo occidental, permitasenos esta salvedad. Pero, la interpretación, entendida como parte de la filosofía de la ciencia, ¿puede tener historia propiamente dicha? Los conceptos abstractos tales como sistema, imaginación o locura, por citar varios, no son en principio susceptibles de tener una historia propia puesto que son fruto de una construcción racional y por tanto atemporal. Ello no quita que se trate de conceptos que puedan haber tenido su plasmación en la historia e, indudablemente, que se puedan proyectar en algún momento histórico concreto pero de ahí a que se pueda hablar de una historia en sentido propio puede resultar complicado. El sentido propio sería aquel que presupone que la noción histórica guarda cierta estructura común a lo largo de su existencia que dependería de los distintos momentos y sobre la que la influencia del tiempo sería notoria y cualificada. Curiosamente, la amplitud de la noción que se utilice puede variar lo que estamos planteando. Si se toma la interpretación en sentido estricto, según Wroblewski, es decir, aquella que afirma que sólo es necesario interpretar cuando hay oscuridad en el término, cabría elaborar una historia donde se encontraran todas las ocasiones en las que se ha discutido acerca de la oscuridad del término en cuestión y cuál es la evolución del mismo. Sin embargo, en sede judicial no a menudo se tiene tanta certeza sobre la oscuridad de los términos. Más bien al contrario, cada parte dice conocer el sentido correcto y unívoco. Interpretar en sentido amplio es una operación mucho más abstracta en la que se busca dotar de contenido todo signo externo aunque en apariencia no sea oscuro. En este caso la elaboración de una historia sería algo más espinoso. El término se situaría entre los citados y la historia de los mismos no es historia en un sentido evolutivo. La amplitud de sentidos con las que dota el autor al término, nos conduce a esta postura. La historia de la interpretación, tal y como es aquí elaborada, parte de una investigación de la filosofía de la ciencia descriptiva, no prescriptiva.

Igualmente, el prof. Mario Losano, al tratar la historia del sistema jurídico y buscando un término menos abstracto, indicó claramente que la historia a la que se refiere es la historia de un término semántico¹. Es decir, la proyección histórica del término sistema, siempre que este ha sido utilizado en alguna obra de trasfondo jurídico. Lo mismo sucede con M. Foucault en su

¹ *Sistema e struttura nel Diritto*, Vol. I, *Dalle Origini alla Scuola Storica*, Giuffrè, Milán, 2002.

*Historia de la Locura*² donde procura, claramente, referirse a la consciencia social de la locura y las posibles soluciones aportadas por la sociedad. El concepto de locura no puede evolucionar con el tiempo, a lo sumo evoluciona la perspectiva con la que la sociedad se enfrenta al problema. Lo mismo podría decirse de la interpretación, operación natural en el hombre. La abstracción del término no se rebaja sino que lo que se reduce es la amplitud de la investigación tomando sólo una parte de la plasmación del término. Se pretende hacer un trabajo empírico, con preferencia a lo racional.

Pero lo observable en este caso, no es la actividad judicial sino la doctrinal. Por ello debe tenerse por buena la consideración que de la interpretación se hace por los agentes jurídicos más especializados en cada momento histórico para reconstruir, no la historia, sino los argumentos que en cada época se han dado para justificar la interpretación jurídica. El estudio se encuadra en esta posibilidad, aportando una perspectiva óptima para la observación de los paradigmas interpretativos de cada época. El libro consigue resolver el problema de la acronía del término dejando de lado la cronología, que es superada por el paradigma interpretativo que no se ciñe, necesariamente a un solo momento histórico. El libro parte de la posibilidad de elaborar una historia de las ideas donde se elabore un marco de hipótesis que se enfrenten al fenómeno de la interpretación jurídica y se muestre la validez de las distintas formas de hacerlo.

Además, fruto del recorrido que elabora el autor, encontramos siempre presente la multidisciplinaria en la formación de los modelos o paradigmas interpretativos, lo que también resulta valioso. La interpretación del Derecho es un concepto procedimental que el libro muestra como sumamente permeable a la influencia de todo tipo de ideas y escuelas de pensamiento. La religión, la filología, las matemáticas y las ciencias naturales, son ejemplos de ello. Desde la perspectiva iusfilosófica el autor examina las diferentes teorías que incorporó cada modelo presentando al Derecho, más concretamente la teoría de la interpretación, como un modelo creado a partir de analogías que se realizaban con los paradigmas gnoseológicos de cada época. Esto representa el problema de qué paradigma tomar como referencia puesto que no siempre debe resultar evidente. En todo caso, el Derecho siempre asumía su transformación *a posteriori*, por detrás del fenómeno observado, nunca en cabeza, lo que indica que su esponjosidad es evidente. El

² Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1976.

momento en que cada una de las distintas teorías influyen sobre el Derecho es el momento de constatación del paradigma interpretativo, justificación de su aparición en el libro.

La permeabilidad se demuestra, sin embargo, únicamente en las teorías no en las prácticas judiciales. Por tanto, el paradigma de interpretación es criticable desde una visión meramente empírica enraizada en el realismo jurídico. Pero ya desde Hume parece estar clara la separación entre el *ser* y el *deber ser*, teoría que acogeremos en aras de la investigación propia del fenómeno jurídico. La perspectiva racionalista supera la crítica empírica en tanto que trasforma el sentido de la investigación de lo interpretado, a lo que se debe interpretar. No es necesario para ello que el paradigma de la interpretación pueda ser constatado en la práctica, en este caso, la falibilidad de la experiencia no obsta la corrección de las teorías.

En cualquier caso, el libro está dirigido a aportar un compendio de cómo se ha dotado de sentido a los enunciados jurídicos en las diferentes épocas. Alerta el propio autor acerca de la desconfianza que le suponen las teorías sin historia [p. 17] por lo que se entiende que el libro está dirigido a presentar lo pasado con vocación de ser útil a una reflexión actual. Pero ¿cómo puede volverse útil a una reflexión actual? Sencillamente gracias a dos planteamientos que pueden extraerse de la observación del fenómeno en la historia: la suma permeabilidad del Derecho a otras disciplinas no jurídicas y la pretensión de que siempre se justifique tal influencia en la facilidad y claridad de una nueva interpretación.

Según el autor, la historia de la interpretación se encuentra entre las nociones de autoridad y razón. Cada modelo encontraría un punto propio entre estas dos nociones, con sus pertinentes matices. De esta forma desarrolla los temas. La primera parte, dedicada a la Antigüedad, que da en llamar la "dialéctica". En este periodo hay cuatro modelos, el primero es el *modelo retórico* de los griegos que se basa en una idea de contradicción entre dos discursos y el constante uso de la retórica y lugares comunes en la interpretación jurídica. En este caso la interpretación jurídica estaría marcada por la lógica aristotélica que basa la interpretación en la dialéctica entre lo *general* y lo *particular* [p. 41]. Otro modelo sería el *bíblico*, es decir, en la interpretación de un texto normativo que el autor divide en interpretación talmúdica y patrística. El último se diferencia de su anterior en la relajación del rigor del texto y la búsqueda de la intención del mismo. La cuestión religiosa en la que se basan responde al judaísmo y al cristianismo, siendo éste quien trata-

ría de buscar el significado original del texto mediante comentarios al mismo, es decir razonándolo. El cuarto modelo es ya el *escolástico*, que trataría de conjugar las fuentes religiosas con los textos paganos de la Antigüedad, en un intento por aunar autoridad y razón. Un Averroes, un Maimónides y un Santo Tomás aparecen aquí como integrantes relevantes de dicho modelo. La filosofía es de donde arranca la pretensión de claridad interpretativa de estos autores.

En la modernidad se opera una separación (*divorcio*, concretamente) entre la autoridad y la razón. Ello quiere decir que se le da más importancia a la razón y menos a la autoridad. Además de la gestación de una nueva ciencia, el rechazo a la autoridad es también debido a la Reforma y el aumento de pensadores descontentos con las Iglesias. Tanto es así que el peso de la interpretación se basa en la razón, llevada hasta ese entonces, a sus últimas consecuencias, es decir a la matematización de la misma de la mano de la aparición del *more geometrico*. El *iter* que recorre el nuevo paradigma de cientificidad de la modernidad, cuyo hito es el fin de la medieval teoría geocéntrica, comienza trasponiéndose en el Derecho público. De esta forma comienzan a surgir con Grocio, Pufendorf y la Escuela de Derecho Natural modelos de comprensión de la totalidad del Derecho bajo un esquema sistemático. Puede reconocerse un origen cierto en la sistematización que aportó esta escuela al Derecho con obras como el *Iure predae comentarius*, *De jure naturae et gentium* o *De Iure Belli ac Pacis*. El punto culminante, y álgido a mi entender, de la sistematización del Derecho es la transposición de la idea de sistema al Derecho privado. La tarea no era sencilla puesto que, a diferencia del Derecho público que era en mayor medida positivo, o de nueva creación, el Derecho privado ofrecía bastante resistencia dada su consideración como *ratio scripta*, en el caso del Derecho romano, y la fuerza del arraigo de la costumbre, en el Derecho consuetudinario. Someter el mosaico normativo iusprivatista a un orden matemático y riguroso, ofrecía por tanto una dificultad añadida de la que Jean Domat, con la publicación de sus *Loix Civiles dans leur Ordre Naturel*, cerraría el ciclo sistematizador del siglo XVII, sentando las bases para el futuro proyecto de Código Civil.

Junto al modelo geométrico se desarrolla también en la modernidad, de la mano de Hobbes, uno *filológico* que vendría motivado por el surgimiento de la moderna historia o, la búsqueda de definiciones de los textos normativos en un contexto histórico que, mediado por la razón, permitiría ordenar las influencias y deducir el sentido cierto [p. 335]. Esta corriente, más basada

en el empirismo, pretendía *determinar científicamente el hecho del pasado cuyo testimonio lleva el texto a interpretar* [p. 334], negando importancia a la autoridad y potenciando, como plantea Spinoza, un libre examen y libertad de consciencia, es decir, una lucha por la razón. La relación de la historia con la filología es de complementariedad. El método filológico requiere, para conocer el significado cierto de las palabras, ser encuadrado en el contexto en el que se desarrollaron, haciendo gala, una vez más, de la necesaria permeabilidad del Derecho.

Incluidas dentro de la etapa de la modernidad, aparecen las escuelas de la exégesis y la escuela histórica dentro del modelo filológico. A pesar de tratarse del siglo XIX el momento en que se despliegan estas teorías, sus raíces están claramente en el siglo XVII. En general podría decirse que los modelos que plantean estas escuelas están basados en el repudio del modelo geométrico (sistema) y del Derecho natural y en una recuperación de la historia como principio explicativo, *toda la ciencia del derecho no es más que la historia del Derecho*, según Savigny. El advenimiento del positivismo y el consecuente cambio de paradigma, suponían concentrar en la validez de la norma su única fuente de obligatoriedad, haciendo del órgano que lo promulgó cierta forma de autoridad, en detrimento, como más adelante se vería, de la razón. La escuela de la exégesis y la escuela histórica son vistas de forma compatible en sus planteamientos por el autor, que explica que la escuela de la exégesis no rechaza en absoluto la historia. En ambas escuelas *el orden es remplazado por la autoridad de la fuente de la que proviene* [p. 356].

Otros modelos del siglo XIX son el modelo *sociológico* que propugna la Escuela de la Libre Investigación Científica, encabezada por Gény y Vander Eyc-ken; el modelo *económico*; y el de la *Escuela de intereses*. La jurisprudencia de conceptos no se trabaja como una escuela capaz de aportar un modelo propio, debemos suponer que esta escuela se encuentra en el *modelo filológico* anterior. El modelo sociológico, se enfrenta al filológico y al geométrico, pero no rechaza el contrapeso de los intereses, es más se busca valorar los diferentes intereses para tratar de proteger los más valorados por la sociedad. La escuela de intereses busca precisamente esto, la armonización de los conflictos entre intereses, lo que responde a planteamientos igualmente sociológicos, así como el modelo económico, plenamente utilitarista. En esta escuela se separan la razón y la autoridad por completo. El texto deja de agrupar en sí todo el Derecho y se contempla como una sola parte del mismo, haciendo decrecer la importancia de la autoridad frente a la razón.

En el siglo XX, el giro que se opera en el paradigma jurídico viene de la mano de los sistemas de comunicación. Cita aquí a Saussure, Russell y Wittgenstein y apunta a la semiótica, a las ciencias de la comunicación así como a un repunte de la retórica³ en la generación de un nuevo paradigma centrado en la filosofía del lenguaje. Comienza con Kelsen y Hart y las soluciones que ellos dan a los casos difíciles y cierra el libro con un capítulo dedicado al modelo *pragmático* de interpretación. Es en este donde recoge la importancia de la tópica jurídica contemporánea y la elección de la mejor interpretación.

Las conclusiones se dividen en tres, una por parte y siempre al final de la misma. En este sentido se echa de menos algún comentario más general sobre el conjunto total aunque las conclusiones de la tercera parte admitan la postura que mantiene la corriente contemporánea como una mezcla entre la hermenéutica de los antiguos y la ciencia de los modernos. En todo caso, queda demostrado que la historia de la interpretación admite una cronología basada en los *modelos paradigmáticos*, suma final de una abstracción necesaria para elaborarlos que se basa en unas útiles tablas que podemos encontrar a lo largo de todo el libro. De esta forma, la mayor aportación del libro es el contextualizar el medio en el que los autores desarrollan sus obras, lo que nos permite entenderles mejor así como a las discusiones que mantienen en el ámbito de la interpretación jurídica.

Las fuentes reconocidas de influencia en la gestación de este libro son la de Michel Foucault, escritor por quien Benoît Frydman se siente a todas luces inspirado. Tanto es así que dedica un apartado de las reflexiones iniciales para mostrar la influencia que sobre su trabajo ha tenido el título *Las palabras y las cosas*. Esta fuente de inspiración no será la única ya que también cita a George Dumezil, Claude Lévy-Strauss, Alfred Dufour y finalmente a Chaim Perelman cabeza visible del pensamiento que enmarca la Universidad Libre de Bruselas a la que pertenece el autor y que da nombre al centro de investigación que dirige Benoît Frydman.

ALBERTO IGLESIAS GARZÓN
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail: alberto.iglesias@uc3m.es

³ No tanto de la mano de Viehweg como es habitual sino de Charles Sanders Peirce.

Agustina PALACIOS y Javier ROMANÑACH, *El modelo de la diversidad. La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, Diversit s Ediciones, Madrid, 2006, 249 pp.

VANESA MORENTE PARRA
Universidad Carlos III de Madrid

PALABRAS CLAVE: bioética, discapacidad, modelo social, diversidad funcional
KEY WORDS: bioethics, disability, social model, functional diversity

Define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española la discapacidad como la "cualidad del discapacitado" y, entiende por discapacitado a la "persona que tiene impedida o entorpecida alguna de las actividades cotidianas consideradas normales, por alteración de sus funciones intelectuales o físicas". En atención a los términos "impedido" y "entorpecido" y, a los utilizados tradicionalmente por la normativa internacional, se entiende que no es gratuito el empeño que presentan los autores a lo largo de su obra, en la necesidad de cambiar los términos manejados tradicionalmente para designar la discapacidad, pues, es innegable que estos destilan cierta negatividad, pudiendo llegar a rayar lo peyorativo. Incluso, el propio concepto de "discapacidad" significa literalmente "tener menos capacidad", pero,   menos capacidad respecto de quién? La respuesta parece clara, menos capacidad respecto del individuo considerado "normal", es decir, respecto del individuo estandarizado a través del establecimiento de los cánones que una sociedad concreta conviene en que definen lo que va a entenderse por "normal". El uso de términos como "impedido" o "minusválido" por parte de las diferentes instituciones que se han ocupado de la diversidad funcional, ha hecho un flaco favor a la lucha por la efectiva erradicación de la discriminación social por motivos de diferencias funcionales tanto físicas como mentales y sensoriales.

En esta búsqueda de la terminología adecuada y adaptada a las nuevas exigencias, los autores, muy acertadamente, parten de la necesaria construc-

ción y consolidación de un nuevo término que designe al colectivo de personas con discapacidad (como hasta ahora han venido siendo denominadas), un término que no sea susceptible de provocar desigualdad y, por lo tanto, su utilización no tenga como resultado un tratamiento excluyente. El término propuesto es “diversidad funcional”. Se trata de un término que comenzó a utilizarse en el Foro de Vida Independiente en el año 2005 (asociación ésta en la que participa activamente uno de los autores), siendo su virtualidad primera carecer de connotaciones negativas, es por tanto, neutro, aséptico, no valorativo, siendo su carácter descriptivo la segunda virtualidad destacable, pues en realidad, no designa a un solo colectivo, sino que describe a toda la especie humana, ya que ningún individuo despliega del mismo modo las funciones físicas y psíquicas propias del ser humano. Con su utilización, lo que se consigue es difuminar efectivamente la discapacidad en la realidad social, haciendo que esta sea diversa pero no por ello discriminatoria. Para demostrar que la diversidad funcional es una constante en la vida de todos los seres humanos, los autores acuden al ejemplo de la ancianidad, con la finalidad de poner de manifiesto que todos somos potencialmente diversos en términos funcionales, potencialidad que se actualiza en el momento en que alcanzamos la tercera edad. Pero, en realidad no es necesario esperar a la senectud para ser integrante de la categoría de personas con diversidad funcional, sino que la diversidad es un elemento inherente a la propia naturaleza humana, en el sentido de que nuestro cuerpo y nuestra mente no disponen siempre de la misma funcionalidad, nuestra intelectualidad no se despliega del mismo modo en la infancia que en la edad adulta, al igual que sucede con las capacidades físicas, mentales y sensoriales. El cuerpo humano es en sí diverso funcionalmente. Por consiguiente, la utilización de este término ayuda, indudablemente, a difuminar al colectivo de las personas con diversidad funcional en la sociedad general, debido a que todos en mayor o menor medida hemos sido, somos o seremos, personas con diversidad funcional.

Por el contrario, lo que sí deviene superfluo dentro del propio término de “diversidad funcional”, es la necesidad que tienen los autores de hacer expresa referencia a la especificación del género dentro de la diversidad funcional. Tal referencia constante al hombre y la mujer, se presenta innecesaria, puesto que en su lugar podría utilizarse el término “persona” que es un término neutro, tanto en su acepción biológica como jurídica. En su acepción biológica, alude al individuo (hombre o mujer) perteneciente a la espe-

cie humana y, en la jurídica, alude al individuo como sujeto de derechos y obligaciones. Atendiendo a esta última idea, sería más acertado fijar el término en “personas con diversidad funcional”.

Con todo ello, los autores ponen el acento en uno de los temas más importantes en esta materia, como es la necesaria utilización de un lenguaje adaptado a la realidad presente y a las posibles exigencias futuras. Las palabras no son inocentes y reflejan necesariamente una determinada concepción de la realidad circundante, de tal modo que, si conseguimos cambiar la estructura lingüística, quizá ayudemos a cambiar la visión sobre la realidad social. Aunque, ha de tenerse en cuenta que, la sola utilización de un lenguaje “políticamente correcto” es insuficiente para llevar a cabo el cambio social por el que abogan los autores, se debe ir mucho más allá, llegando incluso hasta la propia estructura socio-económica. No es una cuestión a soslayar, en el análisis de la diversidad funcional, el hecho de que Occidente vive inmerso en una cultura individualista, que atiende a las exigencias del triunfo individual, donde el colectivo social no forma verdaderamente un conjunto homogéneo de intereses, sino que la sociedad es el resultado del conglomerado formado por la suma de todos y cada uno de los intereses particulares. Los autores no dejan suficientemente claro en la formulación de su propuesta teórica, en qué contexto socio-político ha de desarrollarse su modelo alternativo, pues, el modelo de la diversidad, no tendrá el mismo acomodo en un Estado neoliberal, eminentemente individualista y sin cobertura social, como puede ser el caso de los Estados Unidos, que en un Estado de fuerte contenido social, en el que los derechos económicos, sociales y culturales gocen de suficientes garantías jurídicas.

Para alcanzar este modelo de la diversidad, como colofón de la evolución del tratamiento de la diversidad funcional, se entiende han de superarse necesariamente los tres modelos previos, que se describen de forma suficientemente clara en la obra analizada. En primer lugar el modelo de prescindencia, que, aunque no es mencionado por los autores, y sin ser menester que nos remontemos a las prácticas eugenésicas de los antiguos espartanos en el monte Taigeto, sigue estando en vigor en multitud de países que se encuentran en situación de subdesarrollo o en vías de desarrollo. Este modelo encuentra la razón de ser de la diversidad funcional en el ámbito místico, en la religión y la superstición. En segundo lugar, el modelo rehabilitador entiende que la diversidad funcional tiene un origen científico, por lo que va a caracterizarse por una fuerte medicalización e institucionalización

de esta. Por último, el modelo social, que ha encontrado su espacio de realización en los actuales Estados desarrollados, o “Estados de bienestar”, así como en el espacio internacional, aunque, si bien es cierto, la mayoría de estos Estados se encuentran a caballo entre estos dos últimos modelos, pues aún conservan del primero la fuerte institucionalización y medicalización de la diversidad funcional, en el sentido de que ésta se sigue vinculando con la enfermedad haciendo necesario un tratamiento diferenciado y extramuros del entorno social, perpetuando así la discriminación de las personas con diversidad funcional. Lo ideal por tanto, es que los Estados que albergan los dos primeros modelos, den el salto cualitativo hacia el modelo social, pues, este se presenta como el marco adecuado para acabar de forma transversal con la discapacidad, ya que se entiende que esta tiene un origen social. Gracias al desarrollo de la Filosofía de Vida Independiente, fundamentalmente en los EE. UU., y al movimiento asociativo que se ha nutrido de aquella, se configura el modelo social, siendo el Reino Unido el primer Estado en aventurarse a ponerlo en práctica. En el modelo social, las personas con discapacidad pueden aportar del mismo modo que el resto de integrantes de la sociedad, siempre desde la valoración y el respeto de su condición de persona “diferente”, aunque no por ello excluida. Pero ¿hasta dónde llega esta condición de “diferente”? Es decir, ¿quedan enmarcadas en esta concepción de la diferencia, las políticas de acción positiva y de discriminación inversa? Aunque los autores no hacen alusión a este tema es importante destacar hasta qué punto estas medidas, propias de los modelos sociales, constituyen instrumentos de integración o segregación de las personas con diversidad funcional en la sociedad.

En otro orden de cosas, es muy destacable la propuesta formulada en esta obra en relación con la necesidad de acabar con la errónea identificación entre autonomía física y autonomía moral, lo cual enlaza con la idea tradicional de dignidad, que seguidamente será analizada. En virtud de este último apunte, y en atención a una de las críticas que los autores formulan al modelo social, centrada en la idea de que este modelo, en el curso de su desarrollo, puede caer en ciertas actitudes paternalistas que, involuntariamente, anulen la autonomía moral de las personas con diversidad funcional, se comprende la necesidad de los autores por dar un paso más hacia el modelo social adecuado, que permita finalmente erradicar la discriminación por motivo de diversidad funcional. Este modelo definitivo, denominado “modelo de la diversidad”, va a venir determinado, según los autores, por la ne-

cesaria conexión entre el Derecho y la Bioética. Mediante estas herramientas, pretenden construir una nueva sociedad sin barreras, que permita la asimilación y la consiguiente confusión entre sus elementos integrantes, entendiendo que la sociedad está formada por individuos diferentes, pero iguales en dignidad. Lo que no queda suficientemente claro, es si para alcanzar el modelo de la diversidad, es necesaria la previa consolidación del modelo social. Ha de afirmarse que se complican un tanto las cosas, si la estructura social tiene que dar un salto, no desde el modelo social al de la diversidad, sino desde un modelo que se encuentra aún a caballo entre el modelo rehabilitador y el modelo social.

La necesidad de alcanzar el modelo de la diversidad funcional atiende, básicamente, a la idea de dignidad humana que manejan los autores. El modelo de prescindencia se caracteriza por la absoluta negación de la dignidad de las personas con diversidad funcional, por lo que, las considera indignas o menos dignas que el resto de personas. Como consecuencia de esta ausencia de dignidad, se justifican los exterminios y purgas de las personas con diversidad funcional en el peor de los casos y, su exclusión o discriminación en el caso más liviano. Por su parte, el modelo rehabilitador se basa en una idea de dignidad reducida a su dimensión intrínseca, aunque se van a considerar personas dignas en la medida en que éstas pueden ser habilitadas para ser parte integrante de la sociedad. De ahí, la necesaria medicalización e institucionalización de este modelo, aspectos estos que van a ser fuertemente rechazados desde las filas del Movimiento de Vida Independiente. Por último, el modelo social tiene la virtud de ampliar el concepto de dignidad más allá del individuo, es decir, la relación que se establece en el marco de este modelo con la diversidad funcional, se basa en una idea de dignidad intrínseca, en cuanto a considerar de igual valor a todos los seres humanos por el simple hecho de serlo, y en la dignidad extrínseca, como la necesidad de que la sociedad se erija sobre la igualdad en derechos. Lo importante es señalar que ambas vertientes se encuentran interrelacionadas.

Es verdaderamente interesante la crítica que formulan los autores, del mismo modo en que lo hace el profesor Rafael de Asís en el Prólogo a la obra, al concepto tradicional de "dignidad humana". Entienden que se hace necesario en la actualidad, proceder a la revisión de un concepto que tuvo su origen en el pensamiento humanista y que, desde entonces, ha estado revestido de cierta sacralidad, que ha impedido su revisión y actualización teórica. Para construir el modelo de la diversidad es menester proceder a un

cambio conceptual, mediante el cual la dignidad humana se proyecte sobre dos realidades: una de ellas es la propia naturaleza del ser humano, es decir, la dignidad como el valor que tiene en sí misma la vida humana, como la propia esencia de la especie humana, siendo éste el espacio de la “dignidad intrínseca”. La otra realidad es la que se proyecta sobre la sociedad, como el espacio de reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales. En este espacio, el de la dignidad extrínseca, se busca la igualdad en derechos, pero no sólo en la titularidad de los mismos, sino en la propia posibilidad de su ejercicio.

Una vez que el concepto de dignidad ha quedado despojado de sus cualidades tradicionales, comprensiva únicamente de la idea de sujeto “capaz” con autonomía física y por tanto moral, y le dotamos de los contenidos ya vistos, podemos intentar construir el modelo de la diversidad. Modelo en el que todos los individuos son iguales en dignidad, por el hecho de ser seres humanos, e iguales en derechos, consiguiendo erradicar de esta manera cualquier vestigio de discriminación por razón de diversidad funcional, e incluso la propia idea de diversidad funcional, si atendemos a las corrientes más extremas del movimiento social.

Tal y como apuntan los autores, este nuevo modelo social, ha de construirse valiéndose del Derecho y de la Bioética. Es en relación con esta última materia sobre la que los autores se formulan una pregunta bastante lógica ¿por qué las personas con diversidad funcional no han sido incluidas en los debates bioéticos?¹ Verdaderamente, es sorprendente que las voces de las personas con diversidad funcional no hayan sido escuchadas en los diferentes espacios de discusión bioética, más aún cuando son parte afectada. Sería bueno para la sociedad en general que, en adelante, en los foros donde se dirimen los asuntos éticos y jurídicos que se plantean entorno a los avances científico-técnicos, hubiese una representación suficiente de las personas con diversidad funcional.

Los autores centran los intereses bioéticos de las personas con diversidad funcional básicamente en tres frentes: el aborto, la eutanasia y la nueva genética. El discurso que sostienen en relación con la práctica del aborto es ciertamente coherente, aunque también ciertamente controvertido. A la luz del concepto de dignidad intrínseca sostenido en la obra, como igual valor

¹ J. ROMAÑACH y S. ARNAU “Omisiones bioéticas sobre la discapacidad” En http://www.cuentayrazon.org/revista/doc/134/Num134_010.doc

de todos los seres humanos por el simple hecho de serlo, hace complicado sostener a la vez, la justificación del aborto eugenésico como supuesto de excepción a la regla general de prohibición del mismo. Si el *nasciturus* que sufre malformaciones físicas, psíquicas, daños cerebrales, o algún tipo de discapacidad, goza de la misma dignidad que otro *nasciturus* que carece de dichos caracteres, tendremos que sostener la negativa al aborto del primero, del mismo modo en que sostendríamos la del segundo. De lo contrario, deberíamos sostener que el primer feto no goza del mismo grado de dignidad que el segundo, quedando justificado el aborto del primero por tener este "menos valor", cayendo, por consiguiente, en el modelo de prescindencia. Esta argumentación cobra sentido en los ordenamientos jurídicos que prohíben el aborto como regla general y, establecen como uno de los supuestos de excepción, el aborto eugenésico, siendo este el caso de España. Con todo ello, se abre un nuevo espacio de debate teórico ciertamente interesante, pero que en realidad, no parece tener fácil solución.

Pero, a la luz de esta última argumentación, es sorprendente que los autores no hayan argumentado del mismo modo el caso de la realización de análisis genéticos prenatales, que tienen por finalidad detectar posibles disfunciones genéticas, con suficiente entidad como para justificar la interrupción del embarazo. Los autores determinan la necesidad de que la realización de las pruebas prenatales quede sujeta a una serie de limitaciones y directrices, así como que en todo caso, se disponga de la información necesaria, para que las personas afectadas puedan emitir libremente su consentimiento. Lo sorprendente, es que no rechacen de plano la propia práctica de los análisis genéticos prenatales, pues, su consecuencia última en algunos casos, va a ser la práctica del aborto por motivos eugenésico, es decir, para sostener el andamiaje de su argumentación en torno al aborto, deberían haber extrapolado ésta al análisis de las pruebas genéticas prenatales.

El segundo ámbito de la bioética que se presenta controvertido para las personas con diversidad funcional, es el de la eutanasia activa. Siguiendo con la línea argumental trazada para rechazar el aborto eugenésico, parecería lógico que los autores no se prestaran a defender la posible legalización de la eutanasia activa para casos de diversidad funcional, pues, entienden que la solicitud de la eutanasia activa se basa en la consideración de que la diversidad funcional conlleva la pérdida de la dignidad, y si no supone su pérdida, sí una considerable devaluación de ésta. Uno de los autores dedica un artículo para rebatir los argumentos que utilizó Ramón Sampederro para

justificar su muerte². Entre ellos, Ramón Sampedro sostuvo que su vida había dejado de ser digna, defendiendo una idea de dignidad tradicional, que vincula equivocadamente la autonomía moral con la autonomía física. En realidad, el argumento utilizado para rechazar la eutanasia activa, es el mismo argumento esgrimido para rechazar el supuesto legal del aborto eugenésico, es decir, el concepto de dignidad humana.

Por último, la Nueva Genética se ha visto desde las filas de los movimientos asociativos de la diversidad funcional, como una verdadera amenaza, hasta el extremo de que se han publicado textos como el de “Las personas con Discapacidad hablan de la Nueva Genética”³ en los que se afirma que la genética actual “es un posible Nagasaki para todos, no sólo para las personas con discapacidad. La amenaza es poderosa e inminente”. Quizá sea algo exagerado y apocalíptico equiparar la nueva genética con los efectos de una bomba nuclear, sobre todo porque aún se desconocen las verdaderas consecuencias que se pueden derivar de la manipulación genética, además de no ser aconsejable una visión negativa sobre una materia que nos puede llevar a erradicar muchas enfermedades. Aunque, si bien es cierto, si sostenemos el discurso de la diversidad hasta el extremo de su normalización, tal como se hace en la obra objeto de análisis, no quedaría justificada la terapia génica en virtud de una eugenesia negativa, pues, constituiría en todo caso una eugenesia positiva, que estaría a todas luces prohibida. El problema se presenta si nos formulamos la siguiente cuestión ¿qué ocurriría entonces, si dispusiésemos de los conocimientos científicos necesarios para erradicar la enfermedad, las malformaciones físicas o psíquicas, y la discapacidad de origen genético? ¿Estaría moralmente justificada su aplicación? Según la argumentación esgrimida por los autores, si se procediese a la modificación genética de las personas que presentan cierta diversidad funcional, estaríamos reconociendo indirectamente, que esas personas son “defectuosas, procediendo a su “reparación” a través de la terapia genética. De esta manera, lo que comienza siendo una práctica de eugenesia negativa (erradicación de la diversidad funcional) se torna en una práctica de eugenesia positiva (mejora de la especie humana).

El espacio bioético, por tanto, se presenta para las personas con diversidad funcional cargado de controversias, las cuales han de intentarse dirimir,

² J. ROMANACH “Los errores sutiles del caso Ramón Sampedro” en <http://www.cetico.fi.upm.es/dpt/Documentos/errorsampedro.pdf>

³ Ver <http://v1.dpi.org/files/uploads/publications/bioethics-spanish.pdf>

en primer lugar, desde la constitución de debates plurales, es decir, representativos de la realidad social, y en segundo lugar, mediante el tráfico fluido de información al respecto.

Como conclusión, señalar que esta obra tiene la virtud de poner de manifiesto la necesidad de un debate público, representativo e integrador, que ayude a configurar un espacio social en el que quepamos todos, en el que se erradique cualquier tipo de discriminación. Para alcanzar este ideal, los autores suministran una serie de instrumentos que consideran decisivos, como son el empleo de una terminología adecuada y no excluyente, la necesidad de redefinir el concepto tradicional de dignidad humana, a la luz de las nuevas demandas, así como la revisión de ciertas exigencias legislativas, en atención siempre, de las personas con diversidad funcional.

Por último, es de agradecer a los autores de esta obra que dediquen sus investigaciones a mejorar en la medida de lo posible, la vida de las personas que injustamente se han visto, y se siguen viendo, privadas de un bien tan preciado y tan humano como es la dignidad.

VANESA MORENTE PARRA
Universidad Carlos III de Madrid
E-mail: vanesa.morente@uc3m.es

**Andrés OLLERO, *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*, Navarra,
Thomson-Aranzadi, 2006, 272 pp.**

RAFAEL JUNQUERA DE ESTÉFANI
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

PALABRAS CLAVE: bioética, bioderecho, genética
KEY WORDS: bioethics, biolaw, genetics

En las últimas décadas, nuestra sociedad se ha visto sometida a múltiples cambios surgidos, con una velocidad inusitada, en distintos ámbitos de la vida social. En alguno de ellos podemos aplicar, sin ningún rubor aunque sí con algo de exageración, la afirmación de que la ficción se ha visto desbordada por la realidad. Es el caso de la biomedicina o de la biotecnología. Los avances en estos campos e, incluso en la misma sanidad, han generado situaciones no previstas hasta ahora. Se habla de *clonación, embriones congelados, células madre, genoma, farmacogenómica, medicina regenerativa*, etc., conceptos que amparan nuevas situaciones y nuevas realidades. Todos ellos introducen problemáticas igualmente novedosas que han “puesto a funcionar” forzosamente a la Moral y a la Ética, al encontrarse éstas con una realidad totalmente distinta a aquélla en que se movían los modelos éticos y morales tradicionales. Podemos afirmar con Hans Jonas que el cambio experimentado en la esencia de las acciones humanas exige una modificación en los planteamientos éticos tradicionales. Antes, la condición humana era considerada como algo fijado de una vez para siempre y, sobre esta base, era posible determinar, con claridad y de una manera fácil, el bien humano. Por lo tanto, se defendía, por parte de estas corrientes éticas tradicionales, que el alcance de la acción humana y de su responsabilidad estaba perfectamente delimitado¹. Hoy nos vemos obligados a

¹ H. JONAS, *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Madrid, Círculo de Lectores, 1994, p. 23-35.

tomar en consideración la capacidad que poseemos de dañar permanentemente el conjunto del orden natural. La naturaleza es objeto de investigación y de experimentación. Ya no tiene la consideración de algo permanente y estático. Por otra parte, en un mundo globalizado y altamente tecnificado, no podemos otorgar relevancia solo y exclusivamente al trato directo e inmediato del hombre con el hombre. En la actualidad es posible que nuestro actuar influya en seres humanos de otros espacios y otros tiempos. Es más, las acciones tienen un carácter acumulativo, sus efectos se suman, de tal manera que la situación básica del ser humano ante sus semejantes no permanece invariable. El hombre se ha convertido en objeto de su propia técnica y hasta se puede afirmar que estamos en disposición de *transformarnos* a nosotros mismos². Desde estas premisas, para Jonas cualquier modelo ético tradicional es insuficiente ante las nuevas dimensiones de la acción humana. Éstas exigen una ética de la *previsión* y de la *responsabilidad* que se ajuste a ellas³. Una responsabilidad de mayor amplitud en proporción con el mayor alcance de nuestro poder, puesto que existe un exceso de nuestra capacidad de hacer sobre la capacidad de prever y sobre la capacidad de valorar y de juzgar⁴.

En este intento de responder al nuevo marco, podemos afirmar que la Bioética surge como un renovado esfuerzo de aplicación práctica de la Ética y de la Moral a las situaciones emergentes en el campo de las ciencias de la vida y de la salud⁵. Y, al mismo tiempo, el Derecho no puede quedarse descolgado en esta carrera. El ordenamiento jurídico no debe olvidar su finalidad principal: ordenar las relaciones sociales de la manera más justa posible. En el cumplimiento de este objetivo, el Derecho regula todas las conductas de los miembros del grupo social y, si surgen ámbitos para el desarrollo de nuevos comportamientos, deberá afrontarlos, más aún cuando esas actuaciones de los miembros del grupo pueden afectar a los derechos personales de los individuos y a la protección y reconocimiento de los derechos humanos en el campo de la biomedicina. De esta manera comienza a hablarse de Bioderecho.

² *Ibídem*, p. 35.

³ *Ibídem*, p. 49.

⁴ *Ibídem*, p. 56.

⁵ Ver GONZÁLEZ R. ARNAIZ. "Bioética: una aproximación desde la Filosofía Moral", en R. JUNQUERA DE ESTÉFANI, *Algunas cuestiones de bioética y su regulación jurídica*, Grupo Nacional de Editores, Sevilla, 2004, pp. 25-28

Sin embargo, en el mundo académico, esta denominación ha encontrado varios detractores. Ni el término, ni la temática han sido considerados de suficiente entidad por algún sector de la doctrina como para ser objetos de estudio. Ya en otros escritos hemos denunciado el poco eco que el estudio del Bioderecho estaba teniendo entre los juristas teóricos y, más en concreto, entre los filósofos del Derecho⁶. Esta actitud no deja de extrañar, pues lo que se está dilucidando en todas las relaciones y conductas a las que intenta dar una respuesta el Bioderecho es el concepto de dignidad humana e incluso un nuevo ámbito de reconocimiento y protección de los Derechos Humanos⁷. Si el estudio y reflexión del Bioderecho no tiene razón de ser para un iusfilósofo, tampoco lo tendrá el estudio de los Derechos Humanos.

Por eso, personalmente, pensamos que es una alegría encontrarnos con una obra titulada *Bioderecho* y firmada por un catedrático de Filosofía del Derecho de la autoridad intelectual del profesor Andrés Ollero. En el propio título y subtítulo, el autor ya deja enfocado el tema objeto de su reflexión: *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*. Parece querer indicar al lector que el estudio se centrará en los dos momentos existenciales del ser humano: vivir y morir, vida y muerte, inicio y final de la vida. Podría parecer también que las coordenadas del Bioderecho son la vida y la muerte. Al decidimos a abrir el libro, paseamos nuestra vista por el índice del mismo y nos encontramos algunas palabras clave: *embrión, derecho a la vida, ¿derecho a la muerte?, dignidad personal, eutanasia*, etc. Inmediatamente empezamos a concretar el foco de atención: a lo largo de esta obra vamos a estar viajando de uno a otro extremo de la existencia (del *nasciturus* al *moriturus*) y hay que reconocer al autor una gran habilidad y destreza para llevarnos ágilmente de un punto a otro de manera constante.

Volteando la última página del índice nos topamos con un breve *prefacio* en el que se nos introduce en toda la obra, presentándola como el producto de las reflexiones de veinte años, tras reconocer el continuo interés del autor por los problemas biojurídicos. Estas reflexiones surgieron con motivo de los estudios realizados por el profesor Ollero sobre los temas que la actualidad del momento iba suscitando: el aborto, la huelga de hambre de los terroristas del GRAPO y la posible reivindicación de un derecho a la muerte,

⁶ Véase la introducción de mi obra *Reproducción asistida, filosofía ética y filosofía jurídica*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 12.

⁷ Ver B. DE CASTRO CID, "Biotecnología y Derechos Humanos", en N. MARTÍNEZ MORÁN, *Biotecnología, Derecho y dignidad humana*, Comares, Granada, 2003, pp. 67 y ss.

las leyes relativas a la reproducción asistida y la donación de embriones, el debate parlamentario acerca de la regulación de la eutanasia, y sus meditaciones acerca de la vida humana. Todos ellos son tratados, no solo desde la reflexión puramente iusfilosófica, sino también y complementariamente desde el estudio de la jurisprudencia constitucional.

A continuación, nos adentramos en la profundidad de la obra que aparece estructurada en nueve capítulos, constituyendo cada uno de ellos (según se reconoce en el prefacio) una reflexión puntual sobre alguno de los temas propuestos en el párrafo anterior. No esperemos, por tanto, encontrarnos con un manual de Bioderecho sistematizado y estructurado de una manera exhaustiva en torno a toda la problemática objeto de su reflexión. Se deduce muy fácilmente que la intención del autor no era ésa, sino recopilar en un único texto algunos estudios con una temática común. La gran virtud que late en el libro es la de haber sabido recoger aquellos temas cruciales y actuales que constituyen el núcleo del Bioderecho. Los distintos capítulos son como las grandes pinceladas impresionistas que componen la pintura de la reflexión biojurídica. Y esas pinceladas están dadas con agudeza y finura juridicofilosófica.

Bajo el título de *Bioética, bioderecho y biopolítica* nos encontramos con el primer capítulo que pretende ser una introducción que identifique el “hilo común” y conductor de las reflexiones puntuales del resto de los capítulos. Comenzando por el término de Bioética, se constata cómo en épocas pasadas, hablar de *bio-ética* constituía una redundancia, puesto que la preocupación constante de la Ética era la protección de la vida, el respeto a la vida. Hoy, la aparición de las técnicas de reproducción asistida, la creación de embriones *in vitro*, las diversas posibilidades de convertir la vida humana en objeto de investigación, manipulación o experimentación, han empujado el surgimiento de esta rama como un nuevo ámbito de la Ética aplicada. Sin embargo, la Bioética está cediendo a la presión del utilitarismo, al tomar en consideración que la tecnificación de la medicina supone un incremento de los costes económicos, dando lugar a un nuevo elemento de discriminación. Por otra parte, ese principio de *respeto a la vida* empieza a ceder terreno ante el principio *calidad de vida*. La puesta en marcha de la llamada Fecundación *In Vitro* ha dado lugar a la posibilidad de producir artificialmente seres humanos y ha cambiado el campo de las relaciones personales, para el autor, se está produciendo una “sobredosis de visibilidad”. En etapas anteriores, los momentos iniciales de la vida constituían un misterio insondable, gravi-

taba una situación de *invisibilidad*, mientras que hoy, la técnica ha facilitado que esos momentos iniciales sean observables y se resalte la continuidad del proceso vital, al mismo tiempo que su “acusada dependencia” y “disponibilidad”. Esto ha posibilitado la reivindicación del “derecho a un hijo”.

Y, al mismo tiempo, la protección de la vida ha sido el elemento clave del Derecho. Hobbes consideraba que era el principio básico justificativo del “*pacta sunt servanda*”. Hoy, intentando dar una respuesta a esa misma situación que se encuentra en el origen de la Bioética, aparece una nueva rama jurídica caracterizada por su atención especial al respeto y protección de la vida humana, desde la concepción hasta la muerte. El autor, muy acertadamente, critica la utilización del sustantivo *biojurídica* para designar esta nueva rama. Considera que lo correcto es denominarlo Bioderecho. Coincidimos totalmente con el profesor Ollero y creemos que los autores que utilizan el sustantivo *biojurídica* lo hacen por mimetismo con el término bioética y olvidan que éste se deriva de Ética, en cambio, la Biojurídica no puede derivarse de “la jurídica”; sin embargo, el término Bioderecho sí se deriva directamente de Derecho⁸.

Andrés Ollero tiene la intuición de introducir un nuevo sustantivo al lado del de Bioética y del de Bioderecho, se trata del término Biopolítica, al que parecen quedar sometidos los dos anteriores. Este nuevo concepto alude “a las estrategias de legitimación y demonización de determinadas conductas y procedimientos”. Así, la Bioética pasa a convertirse en la moral aplicada al servicio de la Biopolítica y del Bioderecho y cumplirá el papel de generar una moralidad social positiva que consolide “las recetas de la Bioética al servicio de los intereses industriales de la Biopolítica”. Es la bioindustria la que ha dado paso a ésta “generando los referentes ontológicos que hubiere menester”. El autor propone con agudeza que la salida a esta situación podría ser emplear el Bioderecho para separar la Bioética de la Biopolítica, poniendo límites al poder político. En pocas páginas el profesor Ollero consigue introducirnos de manera sencilla pero profunda en los dos conceptos ya ampliamente utilizados de Bioética y Bioderecho, al mismo tiempo que hábilmente califica como Biopolítica todos aquellos intereses “industriales”, económicos y de otra índole que influyen en la toma de decisiones a la

⁸ Sobre el problema de la denominación ver mi trabajo “El Derecho y la Bioética”, en A. M. Marcos del Cano (coord.), *Bioética, Filosofía y Derecho*, UNED-Melilla, Melilla, 2004, pp. 119-137.

hora de regular los comportamientos en el campo de la biomedicina y de la biotecnología.

El capítulo segundo se dedica al *estatuto jurídico del embrión humano*. En este capítulo, a través del análisis exhaustivo y profundo de las sentencias 53/1985, 212/1996 y 116/1999 de nuestro Tribunal Constitucional (que posteriormente seguirá tratando en el resto de capítulos), se analiza de manera profunda la problemática biojurídica suscitada en la fase inicial de la vida. Se destaca la incongruencia jurisprudencial de reconocer en una sentencia la vida humana como un *continuum* y posteriormente, en otra sentencia, tratarla como una *realidad discontinua*. El autor achaca a la fecundación *in vitro* la aparición de un nuevo concepto: la *viabilidad*. Así, el embrión preimplantatorio surge como un interlocutor jurídico. A partir de este momento, cuando nos encontremos con estos embriones se requerirá una intervención humana para que el nuevo ser pueda desarrollarse. Ello nos plantea el interrogante de su posible exigibilidad jurídica: ¿se le puede exigir a un sujeto que actúe activamente para lograr la implantación de estos embriones y asegurarles su posterior desarrollo? Respecto a este tema aparecen variados problemas jurídicos. El primero de ellos es la misma categoría de “preembrión” instaurada por la ley 35/1988 en su exposición de motivos y que es criticada muy severamente, con razón, por el profesor Ollero. Coincido plenamente con él y con toda la crítica doctrinal en este punto. Científicamente podemos hablar de *embrión preimplantatorio*, cuando aún no se ha implantado en las paredes uterinas, pero no de *preembrión*. En esta nueva categoría quedarían integradas también las células germinales que son “preembrionales”, pero la realidad conocida como embrión es el producto de la concepción desde las primeras modificaciones del huevo fecundado. Por tanto, o estamos ante un embrión o no lo estamos. Así, el denominado como *preembrión*, es en realidad un embrión.

Muy acertadamente, el autor de este estudio que estamos comentando considera que, como consecuencia de todas las técnicas que lleva aparejadas la reproducción asistida y, en particular, la FIV, a la categoría de *nasciturus* le sucede la de *moriturus*. Con anterioridad a la aparición de la Fecundación *in Vitro*, los embriones estaban destinados naturalmente a nacer, ahora, en cambio, si no existe esa intervención activa de transferencia al útero de una mujer –tema al que aludíamos en el párrafo anterior– su destino natural será la muerte, permanecer criopreservados o ser destruidos. Por eso habla el autor de una “viabilidad controlable”. Los científicos y profesionales sanitarios

son los que van a controlar si un embrión va a ser viable, transfiriéndolo, o no va a serlo, manteniéndolo crioconservado o destruyéndolo.

El Tribunal Constitucional, por su parte, propone la valoración biológica de la anidación, ante la cual Andrés Ollero estima que no existen datos científicos para otorgarle una importancia desequilibrante a la hora de valorar el *status* del embrión humano. Sin embargo, nosotros creemos que sí se trata de un dato relevante y de tal magnitud que, incluso, para algunas organizaciones médicas sólo existe embarazo a partir del momento de la implantación en el útero: Éste es el dato natural que avala, en cierto modo, la viabilidad del embrión. Hasta este momento, la posibilidad de supervivencia es muy reducida. En los embarazos naturales hasta que se produce la anidación existe un mayor riesgo de que se den abortos espontáneos. En la reproducción asistida sólo la mencionada implantación es la que asegura, en principio, el éxito reproductivo de la técnica. De aquí la relevancia que le corresponde.

Continúa el capítulo planteándose la cuestión de si es posible la existencia de seres humanos que no tengan la calificación de personas, lo que parece desprenderse de la postura del Tribunal Constitucional, cuando considera que la vida no nacida es un bien merecedor de protección jurídica pero no le otorga el calificativo de sujeto de derechos. A juicio del autor se produce una dislocación de los conceptos “ser humano” y “persona”. Esto nos llevaría a considerar que el embrión es una cosa y se puede disponer de él. Sin embargo, tampoco parece ser calificado como tal. Para el profesor Ollero, la mencionada dislocación cae bajo la sospecha de tratarse de una estratagema para que la ciencia pueda disponer de un ser humano sin mala conciencia, creando una nueva categoría (*per-cosa*) situada entre las personas y las cosas. Ahora bien, continúa exponiendo el autor, nuestra argumentación como juristas debe basarse en que, en caso de existir duda, debemos estar a favor de la vida (*in dubio pro vita*) y quien mantenga que no nos encontramos ante una persona deberá probarlo. Sin embargo, pensamos que algunas de las posturas defensoras de la negativa a calificarlo como persona se basan en considerar que este concepto está suficientemente “manoseado” como para haber perdido su contenido y crear falsas expectativas y demasiados prejuicios. Claro que nosotros aceptamos que esto mismo se puede argumentar de tantos otros conceptos que, de tanto utilizarlos como arma arrojadiza, se han quedado vacíos o corren ese peligro. Por nuestra parte, aunque vemos los riesgos de los que alerta el autor del libro, creemos que podría establecerse

una diferenciación entre ser humano y persona, siempre y cuando se proteja adecuada y plenamente a ambos, como ya hemos defendido en otros escritos⁹.

El *capítulo tercero* está dedicado a tratar el derecho de *todos* a la vida, según el precepto constitucional. El autor se pregunta por qué no construir un concepto constitucional de persona y evitar los problemas de desprotección a que ha dado lugar el término *todos*, cuando lo que se pretendía era justamente lo contrario: “admitir que el ser humano es titular de derechos antes incluso de ser reconocido a efectos civiles como persona”. Si se hubiera hablado de persona se habría obligado al Tribunal Constitucional a definir el concepto de persona.

En el *capítulo cuarto*, tratando el problema de la huelga de hambre de los presos del GRAPO, el profesor Ollero se cuestiona si es posible hablar de un *derecho a la muerte*. El debate se plantea entre el alcance de la intervención de los poderes públicos y la autonomía personal. Para el Tribunal Constitucional la decisión de asumir la propia muerte no es un derecho, es una manifestación de la libertad. El factor relevante es la repercusión sobre terceros. La vida de uno de los miembros de la sociedad no se queda en el individuo aislado, influye en el entramado de relaciones sociales en las que participa, por lo que su muerte afecta a toda esa red relacional de una u otra manera. El conflicto surge al confrontarse el respeto a la vida humana y el respeto a la libre autodeterminación. El autor ágilmente enlaza dicha cuestión con el tema de la eutanasia ya que considera que nos encontramos ante el mismo conflicto. Pero una de las dificultades que pueden suscitarse es el rigor en la utilización de este término, debiendo ser diferenciado de otros como encarnizamiento terapéutico o cooperación al suicidio. El problema práctico que se le plantea al autor es que acaben viéndose eliminadas vidas humanas sin contar con el consentimiento del afectado y que alguien ajeno al sujeto sea quien tome la decisión. El temor del profesor Ollero coincide con el argumento de la *pendiente resbaladiza*. Es posible que si se legaliza o despenaliza la eutanasia se acabe por ampliar los supuestos hasta límites atentatorios a la propia *autodisponibilidad* de la vida, en especial cuando nos encontramos ante fases en que no hay claridad de existencia de vida humana. El autor defiende que se proteja ante todo la vida y que nadie pueda disponer de la vi-

⁹ Ver R. JUNQUERA DE ESTÉFANI, “El embrión humano: una realidad necesitada de protección”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 12, 2000, pp. 33 y 44.

da de otro. Pero, creemos que todos estos riesgos pueden quedar superados si se opta por definir y delimitar claramente el supuesto de eutanasia legalizado o despenalizado, estableciendo unas garantías previstas en la propia normativa que eviten y sancionen esas conductas, asegurando la prestación del consentimiento por parte del propio interesado. El mismo profesor Ollero, al final del capítulo octavo, reconoce que el problema se halla en la garantía del consentimiento del enfermo que solicita la eutanasia. Para el autor, analizada la jurisprudencia constitucional, queda clara la exclusión de un derecho a la muerte propia, sin embargo no parece, y esto es lo que le atemoriza, que se cierre el paso a la muerte ajena.

En el *capítulo quinto* se hace alusión a una nueva *Ilustración "in vitro"* y se presenta, con razón, el nacimiento de un nuevo progresismo científico para el que progresar significa "que se hagan más cosas", una vez demostrado en el campo científico que algo se puede hacer debe realizarse. Ante estas actitudes, la argumentación jurídica cuando se enfrenta al tema de la despenalización del aborto, la reproducción asistida, la eutanasia, etc., debe plantearse cuatro cuestiones fundamentales: ¿cuándo comienza la vida humana? ¿existen seres humanos objetos o instrumentos? ¿a quién cabe considerar como titular del derecho a la vida? ¿qué protección merece la vida humana se considere o no a su sujeto como persona física? Hechas estas preguntas, el profesor Ollero sistematiza las respuestas que ha dado nuestro Tribunal Constitucional de la siguiente manera: la vida humana comienza en el inicio de la gestación, aunque se sugiere que ulteriores cambios cualitativos pueden influir en el status jurídico; se admite la existencia de individuos humanos que no son personas; evita precisar un concepto constitucional de persona; la vida humana merecerá protección jurídica, considerando la vida del nasciturus como un bien jurídico constitucionalmente protegido (art. 15 CE), equiparando el concepto bien al de derecho. En este punto, el autor retoma la argumentación defendida más arriba, al considerar que el Tribunal Constitucional abandona la idea de que la vida es un *continuum* y plantea la cuestión de si es lícito fabricar seres humanos que jamás podrán llegar a convertirse en personas. Se trata de seres humanos fabricados para morir (*moriturus*). Para este profesor es un dato constatado por la ciencia que hay vida humana desde la concepción, sin que existan saltos, por lo que hay que dejar fuera de discusión que "la vida humana, desde su comienzo embriológico, es una realidad de hecho demostrable y demostrada". A nuestro entender, vida hay incluso en las células germinales o gametos y si pertenecen a la

especie humana serán también humanas. La gran cuestión sigue siendo si esa vida humana es también vida personal. En esto no hay certezas. No dudamos que la vida es un *continuum*, pero tampoco dudamos de que existan saltos cualitativos que se producen ligados a determinados procesos como: la concepción, la aparición de la cresta neural, la implantación o anidación, la organogénesis, el nacimiento, etc. Por otra parte, existe el dato, defendido desde varios sectores científicos, de la relevancia del momento de la aparición del sistema nervioso para la *individuación* plena del embrión. Hasta dicho momento el embrión puede dividirse en varios y, aunque el autor considera irrelevante esta circunstancia, nosotros creemos que debe ser tenida en cuenta a la hora de valorar cualitativamente este dato. No es lo mismo un ser donde ya aparecen perfectamente perfiladas la unidad y la unicidad, que otro cuya realidad es ambigua y se desconoce si del proceso de desarrollo surgirá un único ser o varios. Sin embargo, a pesar de nuestras dudas, consideramos perfectamente defendible la postura adoptada en el libro objeto de nuestro comentario y el profesor Ollero presenta su argumentación con una elaboración jurídicamente muy atinada.

En los *capítulos sexto, séptimo y octavo* retoma el tema de la eutanasia relacionándolo con el proyecto de nuevo código Penal español de 1992 y con el multiculturalismo. Se reincide en la argumentación de que lo que está en juego, en última instancia, es la posibilidad de matar a un enfermo sin contar con él. Aquí, el autor del libro hábilmente plantea la siguiente contraposición: *contra la vida mala buena muerte*. Reconoce que hay “dificultad de encontrar razones morales para el rechazo de la eutanasia, si no se suscribe un punto de vista trascendente capaz de relativizar la capacidad de autodeterminación sobre la propia vida”. También, muy acertadamente, considera que el debate sobre la eutanasia en España se ha desplazado desde el artículo 15 de la Constitución (protección de la vida) al artículo 16 (libertad ideológica y religiosa), planteándose como un enfrentamiento entre el clericalismo y el laicismo.

Para finalizar esta obra excelente el profesor Ollero retoma el difícil camino de las relaciones entre la moral y el derecho para confrontarlos en torno a la vida humana a modo de conclusión de las reflexiones llevadas a cabo en los anteriores capítulos.

Llegados a este punto, nos queda el placer de haber tenido la ocasión de gozar con un texto ágil y profundo. El profesor Andrés Ollero ha sabido compaginar un tema de suma actualidad con una reflexión jurídicamente

seria y atinada, presentada a modo de estudios parciales y puntuales que sumados nos dan la imagen de una obra bien acabada.

El libro *Bioderecho. Entre la vida y la muerte* será un estudio de difícil ignorancia para la doctrina biojurídica y bioética, en particular, y jurídica en general. La gran agudeza de la argumentación jurídica, la finura y profundidad del análisis jurisprudencial del Tribunal Constitucional, la reflexión iurisfilosófica contenida en el texto convierten a este estudio en una obra relevante. Por ello, aunque en algunos puntos podamos mostrar nuestra discordancia, felicitamos al autor y recomendamos su lectura que siempre depará el aprendizaje de cómo hacer filosofía del derecho sobre esas dos grandes realidades de nuestra existencia, la vida y la muerte.

RAFAEL JUNQUERA DE ESTÉFANI
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)
rjunquera@der.uned.es

**Oliver Wendell HOLMES, *Los votos discrepantes del juez O. W. Holmes*,
estudio preliminar y traducción de César Arjona Sebastià,
Iustel, Madrid, 2006, 239 pp.**

LUIS LLOREDO ALIX
Universidad Carlos III de Madrid

PALABRAS CLAVE: realismo jurídico, derecho social, justicia constitucional, creación judicial del derecho, sociología del derecho
KEY WORDS: legal realism, social law, constitutional justice, judicial creation of law, sociology of law

La reciente publicación que en esta ocasión se reseña, *Los votos discrepantes del juez O. W. Holmes*, cubre una importante laguna en el elenco de clásicos jurídicos traducidos al español. La bibliografía existente sobre este autor, en efecto, es extraordinaria y llamativamente parca en nuestra lengua, tanto en lo que se refiere a su producción directa, como en lo que atañe a fuentes secundarias sobre su pensamiento o su obra. El nombre de O. W. Holmes aparece con frecuencia en los libros generales sobre teoría o filosofía del derecho, así como en las historias del pensamiento jurídico y en los manuales de sociología del derecho de nuestro país. Podría decirse que la referencia es prácticamente inevitable. Sin embargo, dicha presencia no se corresponde con un conocimiento real y extendido de sus ideas y, mucho menos, con una dedicación académica profunda a la naturaleza o relevancia de sus aportaciones. La práctica ausencia de bibliografía, antes mencionada, es buena muestra de esta situación. Así las cosas, son habituales las alusiones genéricas al papel de Holmes como pionero de las visiones sociológicas del derecho y como precedente del realismo jurídico. Pero la trascendencia del juez norteamericano, como po-

drá comprobarse a través de la lectura de este libro, es bastante más profunda y polifacética de lo que semejantes etiquetas parecen entrañar. De ahí que la presente publicación revista una especial importancia. Se intentarán detallar, a continuación, cuáles son las razones que abonan semejante apreciación.

Los votos discrepantes del juez O. W. Holmes, como puede desprenderse del propio título, no es una obra acabada, ni un ensayo, ni un trabajo académico. Se trata, en realidad, de una colección de fragmentos de sentencias especialmente relevantes, que el juez Holmes vertió a lo largo de los treinta años (1902-1932) en los que formó parte de la Corte Suprema estadounidense. Y es que, pese al fundamental puesto que Holmes se ha ganado en la historia del pensamiento jurídico occidental, sus aportaciones no se encuentran tanto en sus escritos teóricos o en sus artículos, como en la propia actividad que desarrolló como juez. Las sentencias de las que fue ponente, así como los numerosísimos votos particulares que emitió a lo largo de su fecunda carrera, son así una fuente privilegiada para el conocimiento de sus ideas y para el seguimiento de sus posiciones, sus innovaciones y su significado en la cultura jurídica universal. Como señala el editor del volumen, “a diferencia de lo que suele ser la regla con los principales juristas teóricos, Holmes no plasmó su pensamiento en monografías ni en tratados ni en un cuerpo sólido de artículos, sino en escritos de carácter menos académico, principalmente conferencias y sentencias judiciales”. En este caso, la publicación nos presenta una serie de fragmentos correspondientes a sus votos particulares más trascendentes, cuya importancia es especialmente destacable si tenemos en cuenta la etapa política y social que le tocó vivir durante su ejercicio en dicho tribunal. Repasemos brevemente este contexto.

Los años que van desde 1902 a 1932 enmarcan un período sumamente convulso en la historia de los Estados Unidos y, paralelamente, en el continente europeo. El crecimiento de la maquinización, el auge de los movimientos sociales, la lucha por los derechos civiles, las presiones de multitud de movimientos obreristas y sindicalistas, fueron la nota recurrente y preponderante durante el primer tercio del siglo XX en los Estados Unidos. Etapa en la que, sin embargo, su Tribunal Supremo ha sido justamente calificado como el tribunal del *laissez-faire*, es decir, como un tribunal profundamente conservador, opuesto a todo intento de renovar la legislación con miras a una protección de los nuevos sujetos políticos, que demandaban más derechos y unas mejores condiciones sociales. La culminación de dicha deriva, en lo que se refiere al Tribunal Supremo, será el famoso “gobierno de los jueces” durante el mandato de Roosevelt. Ante seme-

jante panorama, en el que los jueces ejercieron muchas veces un poder de interpretación abusivo de las cláusulas constitucionales, sin atender a las nuevas necesidades sociales y prestando una fidelidad a ultranza, ideológicamente perversa, a la intención del legislador original, la postura de Holmes fue crítica en numerosas ocasiones. Con ello, supuso un contrapunto clave para la gestación de una nueva forma de concebir el derecho, que terminaría nutriendo a los juristas y políticos subsiguientes e informaría la práctica jurisprudencial de los sucesivos tribunales. Si bien no acogidas en primera instancia, sus ideas serían asumidas y puestas en práctica por otros jueces posteriores, entre los cuales sobresale, con los debidos matices, el también famoso tribunal de la época Warren. Los votos discrepantes de Oliver Wendell Holmes constituyen, en este sentido, un valioso documento para conocer una parte de la historia estadounidense y para analizar el pensamiento del famoso juez en varias de sus facetas. No en vano, como se nos recuerda en el estudio preliminar de esta edición, Holmes llegó a ser conocido como el *great dissenter*, el “gran discrepante”.

La tendencia predominante del tribunal, durante la etapa que nos interesa, fue la de apuntalar el *statu quo*, negando sistemáticamente derechos o concesiones sociales y respaldándose en una supuesta interpretación estricta, pretendidamente lógica y aséptica, de la intención original del legislador. Esta entronización de la lógica, del precedente y de la *ratio legislatoris*, cual si se tratara de instancias divinas e intocables, fue la que movió a Holmes a emitir una posición crítica con gran recurrencia. Pero no por razones ideológicas, pues su filiación política distaba mucho de ser izquierdista, sino más bien por motivos éticos y profesionales, lo que da idea de la integridad que presidió siempre su labor como jurista. Fue crítico, en primer lugar, porque percibió con claridad que la pretendida pureza y la pulcritud jurídica de esas decisiones, no hacía sino encubrir una posición política e ideológicamente sesgada. Con ello, pensaba Holmes, los jueces se arrogaban prerrogativas legislativas que nada tenían que ver con su función constitucional y su responsabilidad social¹. De ahí, en buena medida, el origen de su concepción realista y escéptica sobre el derecho, que más adelante fructificará en

¹ Como dirá certeramente el también famoso juez Frankfurter, “el Tribunal Supremo durante, aproximadamente, un cuarto de siglo, ha derivado el poder de *judicial review* en una revisión de la política legislativa, usurpando poderes que pertenecen al Congreso y a los legislativos de los distintos Estados (...) Ha sido un largo camino de abuso judicial”. Citado en J. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, Civitas, Navarra, 2006, p. 180.

una de las corrientes más potentes del pensamiento jurídico del siglo XX. En segundo lugar, su crítica tiene como diana la falta de sensibilidad social del derecho, es decir, su encastillamiento en fórmulas y preceptos legales abstractos, antiguos, que poco tienen que ver con las necesidades reales a las que éste debería dar cabida. De ahí su concepción evolutiva del derecho y, por ende, su contribución a los orígenes de la sociología jurídica.

Por todo ello, como se decía más arriba, el conocimiento de sus votos discrepantes resulta de especial trascendencia. Sin embargo, al menos existen dos razones más para justificar el mérito de esta publicación. Vayamos con la primera de ellas.

Quizá el campo donde más reconocido sea el papel de Holmes es el de la filosofía jurídica. Pues bien, el hecho de que su aportación no provenga de grandes tratados, de sutiles ensayos o de la retórica filigrana de la producción académica, constituye un elemento digno de tomarse en consideración. La potencialidad de la jurisprudencia, como plataforma de renovación del derecho y, a la vez, como materia de estudio y reflexión para los filósofos, se ponen aquí claramente de relieve. Asumiendo así una de las principales lecciones legadas por el gran juez, resulta imposible pensar sobre el derecho, o afrontar sus posibles renovaciones, sin el contacto con la realidad jurídica, con la praxis de los tribunales, con el derecho vivido. La distinción entre el *Law in books* y el *Law in action*, conceptos que apadrinaría más tarde Roscoe Pound, en este punto fiel seguidor de las enseñanzas de Holmes, es aquí de la mayor pertinencia. El derecho en acción y no el derecho de los libros, no la letra muerta de los códigos, sino la letra incardinada en el caso, filtrada previamente por el tribunal, es lo que verdaderamente cuenta a la hora de definir el derecho y a la hora de diagnosticar sus posibles problemas. La virtud creadora de la jurisprudencia y un cierto margen para la creación judicial del derecho son, en este sentido, capitales. En la misma línea, el estudio de las sentencias judiciales y su análisis teórico son un campo de trabajo, en buena medida inexplorado, que los filósofos del derecho deberían trillar con mayor asiduidad. Pues ello redundaría, sin duda, en dotar de una mayor frescura a la reflexión teórica.

La segunda razón que, a mi modo de ver, justifica la oportunidad de esta publicación, tiene que ver con la magnitud que está cobrando el problema de la justicia constitucional. Tanto por sus importantes repercusiones en la vida pública, como por el auge que el tema está adquiriendo en el ámbito teórico, la justicia constitucional constituye uno de los campos de atención

preferente por parte de los juristas en la actualidad. La justificación democrática del control de constitucionalidad, la pregunta sobre su naturaleza jurisdiccional o legislativa, los límites a los que dicho control deba estar sometido, la relevancia pública que se le deba otorgar, el alcance de sus funciones, los mecanismos a través de los que se deba llevar a cabo y tantos otros asuntos espinosos, se plantean cada vez con mayor perentoriedad. En este sentido, la publicación de estos *votos discrepantes* es especialmente oportuna. Al hilo de la labor de Holmes como juez constitucional, de su mentalidad con respecto a semejante función, se pueden plantear casi todas las cuestiones que hoy atormentan a los estudiosos y los políticos. Como se desprende de buena parte de lo dicho, las dudas sobre el papel que el tribunal constitucional debe desempeñar en el seno de la arquitectura jurídico-política de una sociedad, la responsabilidad de los jueces en esta materia y los problemas que su existencia conlleva, son asuntos que ya preocupaban entonces y cuya solución no puede afrontarse sin conocer los avatares ya vividos, así como las respuestas que se intentaron dar en su momento. Los mencionados problemas son muy recurrentes en la corta historia del constitucionalismo y, por esa razón, no deben dejarse caer en saco roto las aportaciones que puedan iluminarnos en las circunstancias actuales. Se trata, en efecto, del viejo problema tantas veces planteado en la democracia estadounidense, que enfrentaría más tarde a Kelsen y a Schmitt, que se volvió a suscitar tras la segunda guerra mundial y que hoy día nutre el debate en torno al neoconstitucionalismo. No es que debamos creer en la existencia de una *philosophia perennis*, es decir, en el eterno retorno de las mismas preguntas bajo diferentes ropajes, como si nada avanzáramos, como si estuviéramos empantanaados en el mismo círculo vicioso una y otra vez, pero sí es cierto que muchos de los problemas actuales encuentran paralelismos parciales en los problemas del pasado. Así las cosas, parece razonable estudiar las voces del pretérito para escuchar con un oído más fino las del presente. Creo que el ejemplo del juez Holmes, ecuánime y a la vez comprometido, equilibrado pero nunca acrítico, ofrece un modelo de moderación responsable que hoy muchos magistrados deberían reconsiderar.

Hechas todas estas apreciaciones sobre las virtudes y la oportunidad de esta publicación, conviene hacer un breve repaso sobre las características de la edición. En el volumen distinguimos dos partes claramente delimitadas. En primer lugar, se nos ofrece un estudio preliminar, a cargo de César Arjona Sebastià, en el que creo que se tocan los asuntos más importantes a la ho-

ra de enfrentarse a la lectura de las sentencias: una breve semblanza biográfica de O. W. Holmes, una contextualización crítica y analítica del autor y su obra, una exposición igualmente acertada de los puntos nucleares de su pensamiento y una introducción a la obra en cuestión. Ni excesivamente largo, ni tampoco escaso, cumple a la perfección las funciones encomendadas a este tipo de estudios, cuya lectura no debe convertirse en una tarea premiosa y desalentadora, sino en una motivación para continuar leyendo. La introducción, en ese sentido, es suficientemente completa, crítica y rigurosa, pero no agota el tema y, por lo tanto, aporta buenas razones para continuar la lectura. En segundo lugar, se ofrece una selección de treinta y tres votos discrepantes, en ocasiones íntegros y en ocasiones reproducidos parcialmente, que emitiera Holmes entre 1903 y 1929. El modelo seguido al confeccionar la selección, como el propio editor nos señala, es el de la edición inglesa de 1929, *The Dissenting Opinions of Mr. Justice Holmes*, que corrió a cargo de Alfred Lief. Los votos se traducen, pues, de dicha edición, incluyéndose además las breves introducciones explicativas que redactara el propio Lief en la edición inglesa, en las que se describen las circunstancias y los términos de cada caso, sin los cuales el lector se encontraría bastante perdido, arrojado de sopetón a una argumentación cuya procedencia y razón de ser se desconocen.

Sin embargo, la edición española presenta algunas novedades importantes. En primer lugar, se ha descartado el orden de las sentencias de la edición original, en la que los votos se agrupaban por bloques temáticos, modelo que tomó posteriormente la edición italiana. El criterio seguido en esta ocasión es estrictamente cronológico, lo que, a mi modo de ver, supone un acierto y una mejora respecto de la ordenación original. El estudioso y, en particular, el filósofo del derecho, podrá darse cuenta de las virtudes de esta nueva colocación. A medida que avanzamos en la lectura, pueden percibirse cambios que de otra manera quedarían oscurecidos, tanto en lo que se refiere a la evolución de las circunstancias históricas en que los votos particulares se incardinan, como en lo que atañe al desarrollo de la personalidad judicial del propio Holmes. Puede percibirse así una tendencia, ligera pero constante, que evoluciona desde razonamientos más técnico-jurídicos, hasta argumentaciones de las que se destila un mayor calado teórico. Las consecuencias que de ello se derivan no son puramente anecdóticas, ni se trata de un detalle accidental que tan sólo pueda interesar al erudito. Creo que, por el contrario, permite hacer una lectura en clave histórica de todos esos votos, que así no sólo iluminan al interesado en la ciencia jurídica, sino también

al historiador o al politólogo. Como ya se ha señalado anteriormente, la historia del Tribunal Supremo norteamericano durante el primer tercio del siglo XX constituye un capítulo fundamental de la vida de ese país y, por añadidura, plantea problemas de alcance universal. Por otra parte, la ordenación cronológica de los votos deja la puerta abierta a la apreciación personal sobre la extensión temática de cada uno de ellos. De otra forma, se constreñiría o se condicionaría la interpretación de los mismos a un solo aspecto, cuando en realidad varias son las dimensiones que confluyen simultáneamente en la mayoría de ellos.

La segunda innovación tiene que ver con la selección que se ha hecho de la edición inglesa. De los cincuenta y cinco votos que se incluían en aquélla, se nos ofrecen ahora sólo treinta y tres. Dicho recorte se justifica por la pretensión de no convertir la publicación en un mamotreto tedioso y excesivamente voluminoso. En esta ocasión, sin embargo, la decisión puede ser cuestionable. En primer lugar, porque el volumen actual podría haber incluido un número mayor de votos sin llegar todavía a ser pesado. Y, en segundo lugar, porque no está claro que los votos descartados sean de menor importancia que los que finalmente aparecen en la edición. Muchos de los votos que se incluyen son, en efecto, de enorme relevancia y valor jurídico o teórico, pero en otros casos no queda claro el porqué de su presencia. En cambio, sí se echan de menos algunos votos de gran interés que no figuran en la selección. Así, los casos *Baldwin vs. Missouri* (1930) o *United States vs. Moreland* (1922), en los que Holmes discrepó, encierran ideas interesantísimas que merecería la pena leer y estudiar. En el segundo de ellos, por ejemplo, se pueden encontrar frases tan bellas, de tanta enjundia y tan características del pensamiento de Holmes como la siguiente: “nuestra Constitución no es una camisa de fuerza. Es un organismo vivo. Como tal ha de crecer –de expandirse y de adaptarse a las nuevas condiciones. El crecimiento implica cambios, políticos, económicos y sociales (...) Nuestra Constitución ha resistido como ley fundamental de un pueblo siempre en desarrollo porque posee la capacidad de adaptación”².

En todo caso, no es este un defecto importante, ya que la selección es buena en términos generales y, además, la sola publicación de estas opiniones constituye un acierto muy digno de elogio. Desde este punto de vista, sería también deseable plantearse la edición española de algunas sentencias famosas, no sólo

² O. W. HOLMES, citado en J. DORADO PORRAS, *El debate sobre el control de constitucionalidad en Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 20.

discrepantes, que han tenido un gran protagonismo y que ilustran muy bien las ideas del juez norteamericano. Así, por ejemplo, la sentencia del famoso caso *Missouri vs. Holland* (1920), la de *Towne vs. Eisner* (1918) o la de *Gompers vs. United States* (1914), en las que Holmes fue ponente, contienen pasajes que ya han pasado a la historia del derecho y que aún deberían constituir lectura obligada para todo jurista que quiera acercarse a los grandes clásicos.

Podría inferirse, de todo lo dicho hasta ahora, que la obra reseñada presenta interés preferente o exclusivo para el filósofo del derecho. Pero nada hay tan alejado de la realidad. Se ha advertido sobre la importancia de esta obra en lo que toca al estudio de una fundamental etapa histórica de Estados Unidos, cuyo conocimiento nos abre a consideraciones de carácter universal. Desde este punto de vista, se decía, también los historiadores o los politólogos pueden encontrar en estos *votos discrepantes* un valioso documento para el análisis de diversos asuntos: desde el contexto político y social de las políticas rooseveltianas del New Deal, hasta la especial naturaleza de la Corte Suprema estadounidense. En este orden de cosas, los votos de las sentencias *Abrams vs. United States* (1919) y *Gitlow vs. New York* (1925), son dos textos históricos preciosos, pues ilustran cómo fueron perseguidas las ideologías revolucionarias, tanto comunistas como anarquistas, durante todos esos años en Estados Unidos. Sin embargo, no se acaba aquí la nómina de los posibles interesados por esta publicación. La mayoría de las ramas del derecho, a parte la filosofía y la historia, pueden encontrar en estos *votos* lecciones, ideas o ejemplos dignos de atender. Particularmente, el derecho laboral, el administrativo y el constitucional encontrarán sentencias que les muevan a la reflexión. Intentemos pormenorizarlo brevemente.

La mayoría de los votos críticos reproducidos se derivan de recursos interpuestos contra normas que estarían violentando el núcleo de valores, reglas o derechos constitucionalmente establecidos. En este sentido, su lectura ofrece un interés evidente para el constitucionalista, en la medida en que sugiere interesantes reflexiones sobre los límites de la interpretación constitucional, sobre la naturaleza de los derechos fundamentales como límites al poder o, como ya se señalaba antes, sobre el papel de la justicia constitucional. Representan, además, un capítulo esencial en la génesis de los derechos sociales como derechos fundamentales. Aquí enlazamos, también, con el interés que el laboralista pueda tener en la lectura de estos *votos*. Sin duda, el problema de mayor calado a lo largo de las treinta y tres opiniones particulares que se dan cita en el volumen, es el de la llamada cuestión social. Varios casos sobre libertad de sindicación (*Adair vs. United States*, *Coppage vs. Kansas* o *Truax vs. Corrigan*), el famosísimo caso *Lochner*

vs. New York, sobre duración de la jornada laboral, o el caso *Adkins vs. Children's Hospital*, sobre justicia salarial, son sólo una muestra de la cantidad de casos que el interesado en el derecho del trabajo puede encontrar en este libro. El debate profundo que se estaba dirimiendo durante todos aquellos años, en lo que se refiere a su proyección constitucional, tenía que ver con la pugna por doblegar el hasta entonces incólume principio de libertad contractual. La mayoría de los votos discrepantes citados son críticas de Holmes al tribunal por hacer uso abusivo de semejante cláusula, convirtiéndola en dogma de fe y desvirtuando, por tanto, el papel emancipador que pudo tener en el pasado. Con ello, se toca la piedra angular del derecho laboral y, en ese sentido, no creo que a nadie interesado en dicho campo le sean ajenas las opiniones que el juez Holmes vertiera en dichas ocasiones.

Por último, los fragmentos de sentencias aquí recopilados pueden ser de notable importancia para el derecho administrativo, pues la mayoría de ellas plantean conflictos entre los clásicos derechos de libertad y las modernas necesidades de *public policy*. En casi todos estos casos, haciendo gala de ese *laissez-faire* que caracterizó al tribunal durante tanto tiempo, no se dio apenas cabida a consideraciones que subrayasen la supremacía del interés público sobre el privado. Pero en algunas de estas ocasiones, sin embargo, el juez Holmes se mostró crítico con la decisión mayoritaria. En este libro se encontrará un precioso testimonio de ello: "La libertad del ciudadano de hacer lo que le plazca en la medida en que no interfiera con la libertad de otros de hacer lo mismo, que ha sido un lema para algunos escritores bien conocidos, es alterada por las leyes escolares, por la Dirección General de Correos (*Post Office*), o por cualquier institución estatal o municipal que recaude dinero para fines considerados deseables, tanto si a él le gusta como si no. La decimocuarta enmienda no concede validez jurídica a la *Social Statics* del señor Herbert Spencer"³.

Así pues, la lectura de esta obra puede resultar un ejercicio fructífero para una amplia gama de lectores. Además, como se decía al inicio de esta recensión, con su publicación se cubre una importante laguna bibliográfica en nuestra cultura jurídica. Todo jurista podrá observar, a través de la sucesión de las diferentes sentencias de este volumen, con sus votos críticos, con

³ O. W. HOLMES, *Lochner vs. New York*, 198 U. S. 45 (1905), incluido en la edición. Nótese la alusión final a Spencer, que supone una crítica al denominado darwinismo jurídico, es decir, a la lucha perenne de todos contra todos por la supervivencia en el tráfico jurídico, sin ninguna clase de control que imponga límites a la posible actuación injusta de los poderosos sobre los débiles.

sus presupuestos histórico-sociales y con su trasfondo político y humano, cómo la gestación del derecho es un proceso duro, prolongado y las más de las veces enconado. Un proceso en el que, como brillantemente expuso Jhering, la lucha tiene mayor protagonismo que el consenso, en el que la vida del derecho, el *Law in action*, sigue un camino mucho más arduo que el *Law in books*, en el que la hipotética perfección de los códigos no garantiza el éxito. Porque la letra de la ley se pone a prueba y, en muchas ocasiones, no resulta suficiente para garantizar el derecho y la justicia. Y es que, como ya dijera el propio Holmes en una famosa obra, "la vida del derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia".

LUIS LLOREDO ALIX
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail: llloredo@inst.uc3m.es

PARTICIPANTES EN ESTE NÚMERO

MARIO LOSANO

Catedrático de Filosofía del Derecho de la *Università del Piemonte Orientale "Amedeo Avogadro"*. Autor, entre otros, de: *Sistema e struttura nel diritto [volume 3] Dal Novecento alla postmodernità* (2002), *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei* (2000), *Renato Treves, sociologo tra il vecchio e il nuovo mondo* (1998), *Storie di automi* (1991), *Corso di informatica giuridica [volume 1] Informatica per le scienze sociali* (1985), *Forma e realtà in Kelsen* (1981) *Función social de la propiedad y latifundios ocupados: los sin tierra de Brasil* (2006).

GIOVANNI CONSO

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Turín. Magistrado de la Corte Constitucional desde 1982. Presidente de la Corte Constitucional durante el periodo 1990-1991. Presidente de la *Accademia dei Lincei*

LUC FOISNEAU

Investigador senior del Centro Nacional Francés para la investigación científica (CNRS), actualmente ligado al Centro Raymond Aron, en la *École des Hautes Études en Sciences Sociales*, de París. Es autor de *Hobbes et la toute-puissance de Dieu* (2000), el co-editor de *Leviathan after 350 years* (2003), y recientemente ha editado un número de la revista *Études Philosophiques*, sobre "Hobbes y el neocontractualismo contemporáneo" (4/2006)

MASSIMO LA TORRE

Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad "Magna Graecia" de Catanzaro, Italia, y *Hull Law School*, Inglaterra. Autor, entre otras obras, de: *Norme, Istituzioni, Valori: Per una Teoria Istituzionalistica del Diritto* (1999), *European Citizenship: An Institutional Challenge* (1998), *Disavventure del Diritto Soggettivo: Una Vicenda Teorica* (1996) *La crisi del Novecento. Giuristi e filosofi nel crepuscolo di Weimar* (2006) *Constitutionalism and legal reasoning* (2007).

GERALD A. COHEN

Es actualmente *Chichele Professor of Social and Political Theory* en el *All Souls College de Oxford*. Entre sus principales publicaciones podemos encontrar: *La teoría de la historia de Karl Marx: una defensa* (1986) *History, Labour, and Freedom*, (1988); *Self-Ownership, Freedom, and Equality*, (1995) y (2001); y *Si eres igualitarista, ¿cómo es que eres tan rico?*(2001). Actualmente está preparando su próxima monografía, *Rescuing Justice from Constructivism*, en la que critica la teoría de la justicia de John Rawls.

GIANLUIGI PALOMBELA

Catedrático de Filosofía del Derecho de la *Università Degli Studi di Parma*. Ha sido profesor visitante en la Yale Law School en 1996. Es autor, entre otras obras, de *Filosofía del Derecho* (1999), *Constitución y soberanía. El sentido de la democracia constitucional* (1999), *Los derechos entre instituciones y normas* (2006), *After certainty: Law in balance between democracy and justice* (2006).

CRISTINA AMICH ELÍAS

Doctora por la Universidad de Salamanca. Licenciada en Derecho por la Universidad de Salamanca. Licenciada en Ciencias de la Información por la Universidad Pontificia de Salamanca. Becaria post-doctoral del Ministerio de Educación Español en la Universidad Metodista de Piracicaba (UNIMEP), São Paulo, Brasil. Profesora del Doctorado "Pasado y Presente de los Derechos Humanos" de la Universidad de Salamanca. Profesora Invitada en el *Mestrado em Direito* de la UNIMEP, Brasil.

INSTRUCCIONES PARA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS EN DERECHOS Y LIBERTADES

Instrucciones para los autores establecidas de acuerdo con la **Norma AENOR UNE 50-133-94** (equivalente a **ISO 215:1986**) sobre **Presentación de artículos en publicaciones periódicas y en serie** y la **Norma AENOR UNE 50-104-94** (equivalente a **ISO 690:1987**) sobre **Referencias bibliográficas**.

- La **extensión máxima** de los artículos, escritos en Times New Roman 12, será de 30 folios a espacio 1,5 aprox. y 10 folios a espacio 1,5 para las reseñas. Se debe incluir, en castellano y en inglés, un resumen/abstract de 10 líneas con un máximo de 200 palabras y unas palabras clave (máximo cinco).

- Los originales serán sometidos a **informes externos anónimos** que pueden: a) Aconsejar su publicación b) Desaconsejar su publicación c) Proponer algunos cambios. Derechos y Libertades no considerará la publicación de trabajos que hayan sido entregados a otras revistas y la entrega de un original a Derechos y Libertades comporta el compromiso que el manuscrito no será enviado a ninguna otra publicación mientras esté bajo la consideración de Derechos y Libertades. Los originales no serán devueltos a sus autores.

-Se deben entregar los **trabajos por triplicado** y en **soporte informático PC Word**. Para facilitar el **anonimato** en el informe externo, en dos de estas copias se deben omitir las referencias al autor del artículo. En una hoja aparte, se deben incluir los datos del autor, dirección de la Universidad, correo electrónico y un breve currículum en 5 líneas. Los autores de los artículos publicados recibirán un ejemplar de la Revista y 20 separatas.

Derechos y Libertades establece el uso de las siguientes **reglas de cita** como condición para la aceptación de los trabajos:

Libros: E. DIAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, 9ª ed., Madrid, 1998.

Trabajos incluidos en volúmenes colectivos: G. JELLINEK, "La declaración de derechos del hombre y el ciudadano", trad. de A. García Posada, en VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derecho del hombre y del ciudadano*, edición de J. González Amuchástegui, Editora Nacional, Madrid, 1984, pp 57-120; L. FERRAJOLI, "La semántica della teoria del diritto" en U. SCARPELLI (ed.), *La teoria general del diritto. Problemi e tendenze attuali*. Edizioni di Comunità, Milano, 1983, pp. 81-130.

Artículos contenidos en publicaciones periódicas: N. BOBBIO, "Presente y porvenir de los derechos humanos", *Anuario de derechos humanos*, núm 1, 1981, pp. 2-28; F. LAPORTA, L. HIERRO y V. ZAPATERO, "Algunas observaciones sobre la situación de la Filosofía del Derecho en la actualidad" en VV.AA., *La Filosofía del Derecho en España*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, núm. 15, 1975, pp. 93-120.

Con el fin de evitar la repetición de citas a pie de página se recomienda el empleo de expresión *cit.*. Como por ejemplo, (p. ej.: M. WEBER, "La política como vocación", en *íd.*, *El político y el científico*, *cit.*, nota 5).

INSTRUCTIONS FOR PUBLISHING ARTICLES IN DERECHOS Y LIBERTADES

Instructions for authors established following the norm AENOR UNE 50-133-94 (equivalent to ISO 215:1986) about *Presentation of articles in periodic and serial publications* and following the norm AENOR UNE 50-104-94 (equivalent to ISO 690: 1687) about *Bibliographic references*.

The maximum length of the articles, written in Times New Roman 12 and space 1,5, is 30 pages aprox. Books reviews maximum length should be 10 pages with 1,5 space. Also It has to be submitted an abstract of 10 lines with a maximum of 200 words and some keywords (max. 5) both in Spanish and English.

Originals will be submitted to an anonymous and external referee that could : a) advise their publication b) not advise their publication c) propose some changes. Derechos y Libertades will not consider the publication of articles which had been submitted to other reviews. An original should be submitted to Derechos y Libertades as a compromise that the manuscript will not be sent for any other publication while the time it is under Derechos y Libertades consideration for publishing. Originals will not be returned to their authors.

-Articles should be submitted in triplicate in Pc Word format. For facilitating the anonymity of the external referee, in two of these copies, author's details should be omitted. In a separate sheet of paper, It should be included these details: author's name, University's address, author's e-mail address and a brief five-lines CV.

-Authors of the published articles will receive an issue of the review and twenty copies of their own article.

-Originals should be submitted in Spanish.

Derechos y Libertades establish the use of the following reference's rules as a condition for accepting the articles:

Books: E. DIAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, 9ª ed., Madrid, 1998.

Articles included in collective works: G. JELLINEK, "La declaración de derechos del hombre y el ciudadano", trad. de A. García Posada, en VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derecho del hombre y del ciudadano*, edición de J. González Amuchástegui, Editora Nacional, Madrid, 1984, pp 57-120; L. FERRAJOLI, "La semántica della teoria del diritto" en U. SCARPELLI (ed.), *La teoria general del diritto. Problemi e tendenze attuali*. Edizioni di Comunità, Milano, 1983, pp. 81-130.

Articles included in periodic publications: N. BOBBIO, "Presente y porvenir de los derechos humanos", *Anuario de derechos humanos*, núm 1, 1981, pp. 2-28; F. LAPORTA, L. HIERRO y V. ZAPATERO, "Algunas observaciones sobre la situación de la Filosofía del Derecho en la actualidad" en VV.AA., *La Filosofía del Derecho en España*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, núm. 15, 1975, pp. 93-120.

In order to avoiding the repetition of references is recommended the use of the expression *cit.*. As for instance, (M. WEBER, "La política como vocación", en *íd.*, *El político y el científico*, *cit.*, nota 5).

DERECHOS Y LIBERTADES
Periodicidad semestral (enero-junio)

SUSCRIPCIONES (envío incluido)

Suscripción formato papel

2 números 36,00 €

Número suelto 20,00 €

Suscripción on-line

2 números 35,00 €

Número suelto 10,00 €

Artículo suelto 6,00 €

DERECHOS Y LIBERTADES

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

Deseo suscribirme a “Derechos y Libertades” (Año 2007), 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.

