

Número 36, Época II, enero 2017



INSTITUTO DE
DERECHOS HUMANOS
BARTOLOMÉ
DE LAS CASAS



HURI-AGE
Consolider-Ingenio 2010

Dykinson, S.L.
EDITORIAL

FC FUNDACION CULTURAL
ENRIQUE LUÑO PEÑA

DERECHOS Y LIBERTADES

REVISTA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO y DERECHOS HUMANOS

#36



DERECHOS Y LIBERTADES

Número 36, Época II, enero 2017



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



Dykinson, S.L.

La revista Derechos y Libertades está incluida en la valoración integrada e índice de citas que realiza el CINDOC con las Revistas Españolas de Ciencias Sociales y Humanas (RESH) y figura en el catálogo de revistas de LATINDEX, DICE, MIAR, CARHUS, INRECJ, Qualis, Dulcinea, International Political Science Abstract, Worldwide Political Science Abstracts, Philosopher's index, IBSS. Se encuentra incluida en el repositorio DIALNET.

La Revista superó la III Convocatoria de Evaluación de Calidad Editorial y Científica de las Revistas Científicas españolas y renovó el Sello de Calidad FECYT.

Derechos y Libertades se adhiere al Código de Conducta y Buenas Prácticas para Editores de Revistas del Comité de Ética de las Publicaciones (COPE). Disponible en: publicationethics.org/files/Code_of_conduct_for_journal_editors_Mar11.pdf

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.

Revista fundada por GREGORIO PECES-BARBA

Director:

FCO. JAVIER ANSUÁTEGUI (Universidad Carlos III de Madrid)

Subdirector:

JAVIER DORADO PORRAS (Universidad Carlos III de Madrid)

Secretario:

OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE (Universidad Carlos III de Madrid)

Consejo Científico

FCO. JAVIER ANSUÁTEGUI (Universidad Carlos III de Madrid)

RAFAEL DE ASÍS (Universidad Carlos III de Madrid)

RICARDO CARACCILO (Universidad de Córdoba, Argentina)

PAOLO COMANUCCI (Università di Genova)

J. C. DAVIS (University of East Anglia)

ELÍAS DÍAZ (Universidad Autónoma de Madrid)

RONALD DWORKIN (†) (New York University)

EUSEBIO FERNÁNDEZ (Universidad Carlos III de Madrid)

CARLOS FERNÁNDEZ LIESA (Universidad Carlos III de Madrid)

VINCENZO FERRARI (Università di Milano)

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO (Universidad de León)

PETER HÄBERLE (Universität Bayreuth)

MASSIMO LA TORRE (Università Magna Graecia, di Catanzaro)

MARIO LOSANO (Università del Piemonte Orientale “Amedeo Avogadro”)

JAVIER DE LUCAS (Universidad de Valencia)

JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA (Universidad de Cantabria)

GREGORIO PECES-BARBA (†) (Universidad Carlos III de Madrid)

ANTONIO E. PÉREZ LUÑO (Universidad de Sevilla)

PABLO PÉREZ TREMPES (Universidad Carlos III de Madrid)

MICHEL ROSENFELD (Yeshiva University)

MICHEL TROPER (Université de Paris X-Nanterre)

AGUSTÍN SQUELLA (Universidad de Valparaíso)

LUIS VILLAR BORDA (†) (Universidad Externado de Colombia)

YVES-CHARLES ZARKA (Université René Descartes Paris 5-Sorbonne)

GUSTAVO ZAGREBELSKY (Università di Torino)

VIRGILIO ZAPATERO (Universidad de Alcalá)

Consejo de Redacción

MARÍA JOSÉ AÑÓN (Universitat de València)
FEDERICO ARCOS (Universidad de Almería)
MARÍA DEL CARMEN BARRANCO (Universidad Carlos III de Madrid)
MARÍA DE LOS ÁNGELES BENGOCHEA (Universidad Pontificia de Comillas)
DIEGO BLÁZQUEZ (Universidad Carlos III de Madrid)
IGNACIO CAMPOY (Universidad Carlos III de Madrid)
PATRICIA CUENCA (Universidad Carlos III de Madrid)
JAVIER DORADO (Universidad Carlos III de Madrid)
MARÍA JOSÉ FARIÑAS (Universidad Carlos III de Madrid)
JOSÉ GARCÍA AÑÓN (Universitat de València)
RICARDO GARCÍA MANRIQUE (Universitat de Barcelona)
CRISTINA GARCÍA PASCUAL (Universitat de València)
ANA GARRIGA (Universidad de Vigo)
JESÚS GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI (†) (Universidad Complutense)
RAFAEL GONZÁLEZ-TABLAS (Universidad de Sevilla)
ROBERTO JIMÉNEZ CANO (Universidad Carlos III de Madrid)
CARLOS LEMA (Universidad Carlos III de Madrid)
FERNANDO LLANO (Universidad de Sevilla)
JOSÉ ANTONIO LÓPEZ (Universidad de Jaén)
ÁNGEL PELAYO (Universidad de Cantabria)
OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE (Universidad Carlos III de Madrid)
MIGUEL ÁNGEL RAMIRO (Universidad de Alcalá)
ALBERTO DEL REAL (Universidad de Jaén)
JOSÉ LUIS REY (Universidad Pontificia de Comillas)
SILVINA RIBOTTA (Universidad Carlos III de Madrid)
JESÚS PRIMITIVO RODRÍGUEZ (Universidad Rey Juan Carlos)
MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PALOP (Universidad Carlos III de Madrid)
JOSÉ MANUEL RODRÍGUEZ URIBES (Universidad Carlos III de Madrid)
MARIO RUIZ (Universitat Rovira i Virgili)
RAMÓN RUIZ (Universidad de Jaén)
OLGA SÁNCHEZ (Universidad de Cantabria)
JAVIER SANTAMARÍA (Universidad de Burgos)
ÁNGELES SOLANES (Universitat de València)
JOSÉ IGNACIO DEL SOLAR (Universidad de Cantabria)

Sentido de la Revista

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

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

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

ÍNDICE

Nota del Director	11
-------------------------	----

ARTÍCULOS

Del paternalismo al fraternalismo penal	17
<i>From paternalism to penal fraternalism</i>	

MARIO CATERINI

De la igualdad formal a la igualdad material. Cuestiones previas y problemas a revisar	55
<i>From a legal equality to a material equality. Preliminary questions and issues to review</i>	

JOSÉ MARÍA SECO MARTÍNEZ

La gestación por sustitución: Una consecuencia lógica de la libertad reproductiva o un caso dramático de las reproducciones asistidas.....	91
<i>Surrogacy: A logical consequence of reproductive freedom or a dramatic case of assisted reproduction</i>	

M^a OLGA SÁNCHEZ MARTÍNEZ

Reformular los derechos humanos desde una visión relacional. El fin de la inmunidad y la autosuficiencia.....	135
<i>Rethinking human rights from a relational perspective. The end of immunity and complacency</i>	

MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PALOP

La Cruz Roja: De los principios ético-jurídicos al principio de la paz. Fundamentos de la concepción de la Cruz Roja como organización para la paz	167
<i>Red Cross: From the ethical and legal principles to the principle of peace. Foundations for the conception of the Red Cross as an organization for peace</i>	

MARÍA LUISA SORIANO GONZÁLEZ

Los derechos bajo la lente de la Historia: Análisis de las teorías iusfilosóficas de Gregorio Peces-Barba y Antonio Pérez Luño	197
<i>The rights under the lens of History: Analysis of the legal theories of Gregorio Peces-Barba and Antonio Pérez Luño</i>	

MICHELE ZEZZA

Ley, principios jurídicos y derechos fundamentales en el actuar de los jueces y legisladores. Una propuesta positivista ante la templanza del constitucionalismo	219
<i>Law, juridical principles and fundamental rights in the actions of judges and legislators. A positivist proposal to the temperance of constitutionalism</i>	

MIGUEL ÁNGEL SUÁREZ ROMERO

El jazz en el III Reich: Un análisis sobre los fracasos en la legalidad y la justicia	249
<i>The jazz in the III Reich: An analysis on the failures in legality and justice</i>	

FERNANDO CENTENERA SÁNCHEZ-SECO

El modelo orgánico de sociedad no totalitario en la sociología jurídica de Giner	281
<i>The organic model of non-totalitarian society in Giner's legal sociology</i>	

DELIA MANZANERO FERNÁNDEZ

RECENSIONES

Hans Kelsen, *Religión secular. Una polémica contra la malinterpretación de la filosofía social, la ciencia y la política modernas como "nuevas religiones"*301

FRANCESCO BIONDO

Enrico Ferrri, *Armenians - Aryans. The "Blood Myth", the Race Laws of 1938 and the Armenians in Italy*315

RAFAEL DE ASÍS ROIG

Josep M^a Vilajosana, *Las razones de la pena*321

FRANCISCO M. MORA SIFUENTES

Carlos Alarcón Cabrera, *Creer en Hitler. El triunfo de la fe y la sumisión sobre la libertad*329

FERNANDO MARTÍNEZ CABEZUDO

NOTICIAS

Jornada de Estudios dedicada a la presentación del volumen de Gregorio Peces-Barba, Etica pubblica e diritti fondamentali (FrancoAngeli, 2016) Pisa, 29 de junio de 2016339

Seminario "La historia de la filosofía del derecho. Un recurso para la teoría jurídica contemporánea", Facultad de Derecho, Universidad de Pisa, 30 de junio - 1 de julio de 2016.....341

"Pluralismo de las fuentes y metamorfosis del derechos subjetivo en la historia de la cultura jurídica". Facultad de Derecho, Universidad de Pisa, 27 y 28 de junio de 2016343

<i>Curso de verano de la Universidad de Jaén, “Los retos de la globalización: los derechos humanos y los refugiados en la Europa actual”, organizado por el Observatorio ‘Gregorio Peces-Barba’ de derechos humanos y democracia de la Universidad de Jaén, 21-22 de julio 2016.....</i>	<i>346</i>
<i>24º Congreso Mundial de Ciencia Política IPSA “Politics in a world of inequality”, Poznan, Polonia, 23-28 de julio 2016</i>	<i>349</i>
Participantes en este número	351

NOTA DEL DIRECTOR

Este número 36 de *Derechos y Libertades* ofrece al lector una serie de trabajos con diversas temáticas. Dicha variedad no es sino expresión de lo múltiple de las perspectivas que caben en el discurso de los derechos. Así, nos encontramos en esta ocasión con reflexiones sobre el paternalismo, las dimensiones de la igualdad, la gestación por sustitución, la visión relacional de los derechos, la Cruz Roja, las propuestas de Gregorio Peces-Barba y Antonio Pérez Luño, la Teoría del Derecho del Constitucionalismo, la persecución que sufrió el jazz en el régimen nazi y la filosofía social de Giner de los Ríos.

El primer trabajo que presentamos es el de Mario Caterini, *Del paternalismo al fraternalismo penal*. En él, se ofrecen algunas consideraciones teóricas sobre el paternalismo y la voluntad autolesiva, analizando la relación entre el constitucionalismo social y los modernos sistemas penales de los Estados de Derecho. Se centra el discurso en el fraternalismo liberal-solidario. Posteriormente, el autor se refiere a la cuestión de la autodeterminación en una óptica neurocientífica, describiendo posibilidades de regulación en caso de errores cognitivos típicos. Las conclusiones del trabajo se dedican a la libertad de ‘equivocarse’ conscientemente a su propio detrimento y a la posibilidad de recurrir al llamado Derecho “fraterno” (diferente al Derecho “paterno”), en el que el Estado no impone una visión totalizadora del bien.

En *De la igualdad formal a la igualdad material. Cuestiones previas y problemas a revisar*, José María Seco analiza críticamente algunos aspectos de la igualdad, en sus manifestaciones formal y material. En relación con la primera, constata la reducción del problema de la efectividad de los derechos a una consideración de eficiencia normativa que los aísla de otras dimensiones de la realidad. La igualdad material está centrada en las condiciones materiales de posibilidad de la existencia humana, es decir, para que puedan seguir haciéndolo. En el trabajo se proponen algunas vías que permitan un mayor desarrollo de las consecuencias de la igualdad en nuestros sistemas jurídicos.

El trabajo de Olga Sánchez lleva por título *La gestación por sustitución: Una consecuencia lógica de la libertad reproductiva o un caso dramático de las repro-*

ducciones asistidas. La autora se refiere al debate en torno a las diversas posibilidades de procreación, señalando los dos extremos entre los que es posible identificar las diferentes posiciones. Por una parte, aquel en el que se sitúan los que valoran la gestación por sustitución como una consecuencia lógica de la libertad reproductiva; por otra, aquel en el que están los que la identifican como un caso límite y trágico en el marco de las reproducciones asistidas. En el trabajo se reivindica la centralidad de los derechos de las mujeres y de los niños, a partir del reconocimiento de su específica vulnerabilidad.

En *Reformular los derechos humanos desde una visión relacional. El fin de la inmunidad y la autosuficiencia*, María Eugenia Rodríguez Palop propone una reformulación de los derechos desde una visión relacional, lo cual implicaría asumir ciertos presupuestos racionales, morales, antropológicos, sociológicos, políticos y éticos, que no siempre son compatibles con la concepción clásica de los derechos. La visión relacional supone una redefinición de los derechos, que tiene el sentido de una auténtica transformación cultural que acarrea un cambio de sensibilidad.

María Luisa Soriano analiza los principios que justifican la existencia de la Cruz Roja y que guían su acción en *La Cruz Roja: de los principios ético-jurídicos al principio de la Paz. Fundamentos de la concepción de la Cruz Roja como organización para la Paz*. En el trabajo, en el que la reflexión sobre el principio de la paz ocupa un lugar central, se analizan los motivos que condujeron a la creación de la Cruz Roja, y se subraya su carácter moral.

Por su parte Michele Zezza, en *Los derechos bajo la lente de la historia: análisis de las teorías iusfilosóficas de Gregorio Peces-Barba y Antonio Pérez Luño*, procede a una comparación de las teorías de los derechos humanos elaboradas por Gregorio Peces-Barba y Antonio Pérez Luño. Su análisis se centra en la consideración de algunos problemas de la conceptualización de los derechos, así como de la importancia atribuida a la historia. En el trabajo se defiende la tesis según la cual la dimensión histórica constituiría el ámbito en el que el diálogo entre ambos autores es más fructífero, existiendo una convergencia sustancial en la asunción de la historia como instancia explicativa y no justificativa de los derechos.

El análisis de la concepción de Gustavo Zagrebelsky sobre la ley, los principios y los derechos fundamentales constituye un referente básico del trabajo de Miguel Angel Suárez Romero, *Ley, principios jurídicos y derechos fundamentales en el actuar de los jueces y legisladores. Una propuesta positivista ante la templanza del constitucionalismo*. El autor propone un modelo de Estado

Constitucional en el que, junto a tarea de ponderación a cargo de los jueces constitucionales, sobreviva en condiciones de igualdad institucional la función del legislador racional. A éste le correspondería actuar también como garante de los derechos, mediante leyes caracterizadas por la satisfacción de las exigencias de certeza y de seguridad.

En *El jazz en el III Reich: un análisis sobre los fracasos en la legalidad y la justicia*, Fernando Centenera analiza las medidas llevadas a cabo por el III Reich contra el jazz. Así, desde el punto de vista de la legalidad, el trabajo muestra los fracasos referidos al lenguaje de las regulaciones, su aplicación, publicación, generalidad y estabilidad. Y desde el punto de vista de la justicia, se muestra un análisis de la afectación de valores como la seguridad, la igualdad y la libertad.

El último artículo incluido en este número es el de Delia Manzanero, *El modelo orgánico de sociedad no totalitario en la sociología jurídica de Giner*. En el mismo se desvinculan las teorías organicistas que equiparaban la sociedad a un cuerpo físico o un sistema nervioso, del organicismo krausista de carácter metafísico, en el que el hombre ocupa la clave de bóveda de todo su sistema. La autora expone las razones por las que el liberalismo krausista es una doctrina contraria a toda imposición totalitaria que suponga una amenaza para la individualidad. Además, defiende que el organicismo armónico krausista representa una contribución al desarrollo pleno de las capacidades humanas, razón del interés que tiene en la actualidad la recuperación de la noción de comunidad.

El número se cierra con las habituales secciones dedicadas a las recensiones y a las noticias. Pero antes de concluir esta nota quiero hacerme eco del reconocimiento que *Derechos y Libertades* ha obtenido al ser distinguida de nuevo con la renovación del Sello de Calidad de la Fundación Española de Ciencia y Tecnología (FECYT). Es una satisfacción para todos los que nos estamos esforzando para que la revista siga manteniendo un alto grado de calidad y continúe siendo considerada un referente en el ámbito de la discusión académica en temas de Filosofía del Derecho y derechos humanos.

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG
Director

ARTÍCULOS

DEL PATERNALISMO AL FRATERNALISMO PENAL

FROM PATERNALISM TO PENAL FRATERNALISM

MARIO CATERINI
Università della Calabria

Fecha de recepción: 25-5-15

Fecha de aceptación: 5-2-16

Resumen: *El presente trabajo ofrece algunas consideraciones teóricas sobre el paternalismo y la voluntad autolesiva, analizando la relación entre el constitucionalismo social y los modernos sistemas penales de los Estados de derecho y eleva la perspectiva hacia el así llamado 'fraternalismo' liberal-solidario, concepto compatible con un enfoque moderadamente antipaternalista. La investigación, luego, se centra en el tema de la autodeterminación en una óptica neurocientífica y describe las posibles opciones de regulación en caso de errores cognitivos típicos; las eximentes procedimentales se indican como herramientas de solución y conciliación entre un enfoque solidario y otro moderadamente antipaternalista. El modelo descrito, definido como una procedimentalización para contrarrestar eventuales errores cognitivos típicos, se aplica a la hipótesis ejemplarizadora de la legalización de las drogas; ocasión, esta, también para proponer el uso del principio de ofensividad para limitar el concepto de "daño a los demás" y aclarar el rol de la sanción penal en la procedimentalización dirigida a paliar las vulnerabilidades cognitivas. Las conclusiones se dedican a la libertad de 'equivocarse' conscientemente a su propio detrimento y a la posibilidad de recurrir al llamado derecho 'fraterno' en oposición al derecho 'paterno'. La visión 'fraterna' del derecho penal puede legitimar esas normas dirigidas a 'contener', dentro de ciertos límites, las opciones que a primera vista son autolesivas, cuando estas pueden ser el resultado de limitaciones cognitivas. El Estado, por tanto, no está legitimado a actuar como un 'padre', sino más bien como una especie de 'hermano' con el papel de proponer, encaminar pero sin imponer una visión totalizadora del bien de los demás.*

Abstract: *The paper, after theoretical preliminary observations, as regards paternalism and self-harm will, starting from the relationship existing between social constitutionalism and the modern penal systems of the rule of law, opens*

a perspective towards a well defined concept of liberal-solidarity based 'fraternalism', being compatible with a quite moderate anti-paternalistic approach. The research, then, is focused on self-determination, within a neuroscientific context, describing the possible options of regulation, in case typical cognitive mistakes are made and then showing a possible solution in exculpatory procedures, an instrument considered to be useful for balancing the solidarity based approach with the quite moderate antipaternalistic approach. The model here described, can be defined as a proceduralization aiming at avoiding any possible typical cognitive mistakes, and applied to the exemplifying hypothesis of drug legalization, this is also an opportunity to suggest the use of the harm principle as an useful instrument for delimiting the concept of "harm to others", as well as for defining the possible role of the penal sanction in the procedure aiming at contrasting cognitive vulnerabilities. Conclusions are consciously focused on the freedom of 'making mistakes' to one's own harm, with a solution falling within the so called 'fraternal' law, which opposes the concept of 'paternal' law. The 'fraternal' point of view of penal law is able to legitimate those rules aiming at 'containing', within certain limits, choices that at first seem to be of a self-harm kind, when they can be the product of cognitive limitations. The State, then, is not legitimated to behave like a 'father', but rather like a kind of older 'brother' having the task of suggesting, orienting, without imposing, a totalitarian view of the others' good.

Palabras clave: libertad de autodeterminación, voluntad autolesiva, paternalismo, errores cognitivos, eximentes procedimentales, obligaciones de tutela, libertad de equivocarse

Keywords: self-determination freedom, self-harm will, paternalism, cognitive mistakes, justifying procedures, protection duties, freedom of making mistakes

1. PATERNALISMO VS. LIBERTAD AUTOLESIVA

Paternalismo jurídico hace referencia a la idea según la cual el Estado puede usar la fuerza, contra la voluntad de un individuo adulto, en el caso en que sus elecciones resulten libres y racionales, con el fin de tutelar un interés calificado como el bien del individuo mismo¹. El fundamento original

¹ Acerca del concepto general de paternalismo véanse G. DWORKIN, "Paternalism", en R.A. WASSERSTROM (ed.), *Morality and the Law*, Belmont, 1971, reimpr. en R. SARTORIUS (ed.), *Paternalism*, Minneapolis, 1983, p. 20; J. FEINBERG, "Legal Paternalism", *ivi*, p. 3; J. KLEINIG, *Paternalism*, Manchester, 1983, p. 3 ss.; D. VAN DE VEER, *Paternalistic Intervention*, Princeton, 1986, p. 16 ss.; en la literatura española véanse E. GARZÓN VALDÉS, "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, num. 5, 1988, p. 156 ss.; M.V. CAMPS CERVERA, "Paternalismo y bien común", *ivi*, p. 195 ss.;

de esta concepción se puede encontrar en la influencia que los dogmas religiosos han tenido en el derecho penal pre-ilustración, con una superposición entre el concepto de delito y el de pecado². Los principios de la Ilustración formaron el manifiesto de la dirección liberal, que se desarrolló en los pensamientos anglosajones. Muy conocido fue el de Mill, según el cual la única justificación para limitar la libertad de acción de un individuo es la de evitar un daño a los demás. El bien, sea este físico o moral, del individuo que actúa, no es una justificación suficiente³.

Por otra parte, además de la de origen teológico, han sido concebidas más argumentaciones en favor del paternalismo⁴. Por ejemplo, el perfeccionismo moral que puede excederse en un verdadero moralismo jurídico⁵, según el cual el Estado tiene el deber de orientar con la persuasión o, si es necesario, con la fuerza, hacia una moral ideal de excelencia y, entonces, prohibir también acciones consideradas moralmente inaceptables aunque se perjudique a sí mismo, cuando esto es incompatible con el cultivo de algunas virtudes⁶. Además, ha sido utilizada la argumentación utilitarista en la versión

M.A. RAMIRO AVILÉS, "A vueltas con el paternalismo jurídico", *Derechos y libertades*, num. 15, época II, 2006, p. 211 ss.; M. ALEMANY, *El paternalismo jurídico*, Madrid, 2006, *passim*; en Italia para más información acerca del paternalismo jurídico, para todos, E. DICIOTTI, "Paternalismo", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1986, p. 557 ss.

² Cfr. B. SCHÜNEMANN, "La critica al paternalismo giuridico-penale. Un lavoro di Sisifo?!", *i-lex*, num. 19, 2013, p. 312 ss.

³ "Nadie puede ser obligado a realizar o no realizar determinados actos, porque es mejor para él, porque le haría más feliz, porque, según los demás, hacerlo sería más acertado o incluso justo. Éstas son buenas razones para discutir, razonar y persuadir, pero no para obligar o causar algún daño a alguien si obra de manera diferente. Para justificar esto sería preciso pensar que la conducta con la que tratar de disuadir produciría un daño a alguien más"; cfr. J.S. MILL, *Sobre la libertad* (1859), traducción española de P. de Azcárate, Madrid, 1999, p. 68; ID., *Principios de economía política* (1848), edición en español, Fondo de cultura económica, Ciudad de México, 2001, p. 806.

⁴ Para un examen de las diferentes doctrinas, morales y políticas, en razón de su contenido más o menos paternalista o antipaternalista, en Italia véase E. DICIOTTI, "Paternalismo", cit., p. 557 ss.; ID., "La giustificazione paternalistica di norme", *Studi senesi*, 100, 1988, p. 76 ss.

⁵ Sobre la diferencia entre paternalismo, moralismo jurídico y perfeccionismo, M. ALEMANY, *El paternalismo jurídico*, cit., p. 162 ss. y p. 384 ss.

⁶ Partidarios del moralismo jurídico han sido, en el siglo XIX, J.F. STEPHEN, *Liberty, Equality, Fraternity*, London, 1874, en abierta polémica con Mill; en el siglo XX, P. DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, Oxford, 1959, en un debate con las posiciones de H.L.A. HART, *Law, Liberty and Morality* (1963), traducción al español por M.A. Ramiro Avilés, *Derecho, libertad y moralidad*, Madrid, 2006; para una amplia reconstrucción de este debate cfr. M.A. RAMIRO AVILÉS, "A vueltas con el moralismo legal", (prólogo a la edición castellana de Hart, *Law*,

holística, según la cual el individuo es parte imprescindible de la sociedad y una vez que crea relaciones con otros individuos, estas relaciones no pueden ser interrumpidas legítimamente, sin que eso perjudique, precisamente, a los demás, a la colectividad⁷.

En el debate angloamericano de la segunda mitad del siglo XX, por otra parte, parecen que han predominado las ideas contra el moralismo y el paternalismo jurídico, encarnadas en el *harm principle* (en ciertas formas comparable con el principio de ofensividad de la Europa continental)⁸, centrado en la posibilidad de sancionar solo como resultado del daño producido a los demás y no a sí mismos⁹. Sobre este tema es esencial la construcción teó-

Liberty and Morality), Madrid, 2006, p. 9 ss.; H. HÄYRY, "Liberalism and Legal Moralism: The Hart - Devlin Debate and Beyond", *Ratio Juris*, num. 4, 1991, p. 202 ss.; G. DÍAZ PINTOS, *Autonomía y paternalismo*, tesis doctoral Universidad de Castilla-La Mancha, 1993, p. 45 ss. En castellano, además, se pueden consultar las siguientes referencias para obtener más información sobre la polémica entre Devlin y Hart: J.A. RAMOS PASCUA, "Promoción activa e imposición coactiva de la moral. Examen de la postura de H.L.A. Hart", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, num. 28, 1988, p. 447 ss.; F. LAPORTA SAN MIGUEL, *Entre el derecho y la moral*, Puebla, 1993; J.R. PÁRAMO ARGÜELLES, "El moralismo legal contraataca", *Doxa*, n. 15-16, 1994, p. 571 ss.; J. MÁLEM SEÑA, *Estudios de ética jurídica*, Puebla, 1996; J.G. RIDDALL, "¿No debería estar permitido. La imposición de la moral!", *Teoría del derecho*, Barcelona, 1999, p. 231 ss.; M. ALEMANY, *El paternalismo jurídico*, cit., p. 111 ss. Más recientemente F. BIONDO, "Las virtudes cívicas y la cuestión de la estabilidad. ¿Hacia un perfeccionismo liberal?", *Derechos y Libertades*, num. 25, época II, 2011, p. 179 ss., expone la razón de una cierta versión del perfeccionismo liberal que puede a la vez considerar el papel de las virtudes cívicas sin constituir una forma de paternalismo legal.

⁷ El argumento utilitarista/holístico es discutido y refutado precisamente por J.S. MILL, *Sobre la libertad*, cit., p. 82. Acerca de la polivalencia del utilitarismo y la dificultad de estas doctrinas para proporcionar completo apoyo a las posiciones decididamente antipaternalistas, véase E. DICIOTTI, "Preferenze, autonomia e paternalismo", *Ragion pratica*, num. 24, 2005, p. 103 ss. Acerca del contraste entre organicismo y liberalismo, véase N. BOBBIO, *Liberalismo e democrazia*, Milano, 2006, p. 62 ss.

⁸ A pesar de las diferentes matrices ideológicas, resultan bastante evidentes las analogías entre el pensamiento liberal antipaternalista y el inspirado en el principio de ofensividad. Acerca de estos temas véase J. BERNAL DEL CASTILLO, *Derecho penal comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*, Barcelona, 2011, p. 74 ss.; G. FIANDACA, G. FRANCOLINI (ed.), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, 2008, *passim*. Específicamente, en una idea de conciliación entre las teorías, véase A. VON HIRSCH, "Der Rechtsgutsbegriff und das 'Harm Principle'", en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2002, p. 2 ss. Sobre el tema véanse también W. WOHLERS, *Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur*, *ivi*, p. 16 ss.; R. HEFENDEHL, "Die Materialisierung von Rechtsgut und Deliktsstruktur", *ivi*, p. 20.

⁹ Para la definición de los conceptos de daño (*harm*) y de molestia (*offense*) en la perspectiva de Feinberg, véanse M. ALEMANY, *El paternalismo jurídico*, cit., p. 192 ss.; A. VON

rica muy puntual de Feinberg, que se funda en la autodeterminación como derecho fundamental, como un valor en sí mismo, prescindiendo de la consideración que las elecciones son más o menos ventajosas o buenas, según los criterios seleccionados por los demás o por la colectividad¹⁰. De ahí la oposición al paternalismo, tanto en la forma directa, o sea cuando la pretensión sancionatoria está dirigida a contrastar acciones que conciernen solo a uno mismo; en la forma indirecta, es decir cuando la situación implica dos personas, donde uno cumple la acción hacia el otro, con su aprobación o con su deseo, según la máxima *volenti non fit iniuria*¹¹.

2. EL ANTIPATERNALISMO MODERADO Y LA REAL VOLUNTAD AUTOLESIVA

El verdadero paternalismo es el que se define *hard* o fuerte o sea que limita la autodeterminación de un individuo, adulto, capaz y adecuadamente en condiciones de tomar libremente decisiones; no es verdadero paternalismo, en cambio, el *soft* o blando, o sea dirigido a limitar las elecciones autolesivas no completa o efectivamente voluntarias¹². En este último caso se trata también de un modelo antipaternalista, definido como moderado¹³.

HIRSH, "Il concetto di 'danno' e 'molestia' come criterio politico-criminali nell'ambito della dottrina penalistica angloamericana", en G. FIANDACA, G. FRANCOLINI (ed.), *Sulla legittimazione del diritto penale*, cit., p. 30 ss.; para más información, específicamente, acerca del concepto de *offense*, véase M. DONINI, "'Danno' e 'offesa' nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"*offense*" di Joel Feinberg", en A. CADOPPI (ed.), *Laicità, valori e diritto penale*, Milano, 2010, p. 41 ss.

¹⁰ J. FEINBERG, *Harm to Others*, New York, 1984, p. 115 ss.; ID., *Harm to Self*, New York, 1986, p. 11, p. 65.

¹¹ Véase J. FEINBERG, *Harm to Self*, cit., p. 11 ss., p. 100, también por lo que concierne al análisis de múltiples casos de inoperatividad del principio *volenti non fit iniuria*. Sobre el tema véase también G. JAKOBS, "Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem", en *Bayerische Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-Historische Klasse*, München, 1998, p. 14 ss.; A. VON HIRSCH, U. NEUMANN, "'Indirekter' Paternalismus im Strafrecht - am Beispiel der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB)", *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, vol. 154, 2007, p. 671 ss.; M. ALEMANY, *El paternalismo jurídico*, cit., p. 184-185.

¹² Según J. FEINBERG, *Harm to Self*, cit., p. 12 ss.: "*Soft paternalism holds that the state has the right to prevent self-regarding harmful conduct [...] when but only when that conduct is substantially nonvoluntary, or when temporary intervention is necessary to establish whether it is voluntary or not*". Sobre el paternalismo duro (o fuerte) y el paternalismo blando (o débil), en España véase M. ALEMANY, *El paternalismo jurídico*, cit., p. 186 ss.

¹³ J. FEINBERG, *Harm to Self*, cit., pp. 15-16.

Sin poder analizar detenidamente, en esta ocasión, los diferentes requisitos de la voluntariedad de las elecciones trazados por Feinberg¹⁴, se puede afirmar, sin embargo, que el antipaternalismo moderado no permite al Estado usar la fuerza contra la voluntad de un individuo adulto en pleno uso de sus facultades mentales, con el fin de evitar que ocasione a sí mismo lo que se considera un daño, si su voluntad se ha formulado de manera racional, se basa en el conocimiento de los hechos relevantes, es estable en el tiempo y suficientemente libre de coacción o presiones¹⁵. Si el consentimiento no es irregular en este sentido, la autodeterminación del individuo no puede ser limitada si no provoca daños a los demás¹⁶.

Razonando de esta manera, también el antipaternalismo, el moderado, que admite la posibilidad de criticar algunas elecciones con efectos solo en uno mismo, según un paradigma ideal de racionalidad, y permite, *a fortiori* en los casos de [anti]paternalismo indirecto, la posibilidad de sancionar a quien actúa ocasionando daño a los demás sobre la base de un consentimiento irracional, de una voluntad falaz. El problema fundamental del antipaternalismo moderado es limitar con precisión las hipótesis según las cuales el Estado tiene derecho a limitar las elecciones de los adultos, aparentemente conformes, racionales y competentes, o sea describir adecuadamente un concepto idealtípico de racionalidad y competencia¹⁷. Las dificultades intrínse-

¹⁴ J. FEINBERG, *Harm to Self*, cit., p. 98 ss., p. 189 ss., de hecho ha trazado y detallado hábilmente los requisitos de la voluntariedad de las elecciones, a través de varios pasos: asunción de riesgos personales, distinción entre voluntariedad, razonabilidad y racionalidad, *standard* de la voluntariedad en el caso de paternalismo directo e indirecto, mediante los conceptos de violencia, error, ignorancia.

¹⁵ J. FEINBERG, *Legal Paternalism*, cit., p. 3 ss.; ID., *Harm to Self*, cit., p. 104, con el fin de calificar como voluntaria una acción autolesiva, pone particular énfasis, en la información completa que el sujeto que actúa tiene que poseer de los hechos relevantes y de las posibles consecuencias, además de la necesidad de que la elección no sea desviada por una interpretación equivocada de la realidad.

¹⁶ Sobre la justificación del paternalismo y la estrategia del paternalismo blando, véase M. ALEMANY, *El paternalismo jurídico*, cit., p. 206 ss.

¹⁷ Sobre la cuestión de la competencia, véase E. GARZÓN VALDÉS, “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, cit., p. 165 ss. M.A. RAMIRO AVILÉS, “A vueltas con el paternalismo jurídico”, cit., spec. p. 224 ss., se justifica un concepto de paternalismo a través de la “incompetencia básica” de las personas. Para una síntesis de las diferentes teorías dirigidas a probar esta reconstrucción, véase E. DICIOTTI, “Paternalismo”, cit., p. 578 ss. Más recientemente, acerca de la posibilidad de identificar una ‘voluntad falaz’ en individuos presumiblemente conscientes, véase R. ARNESON, “Joel Feinberg and the Justification of Hard Paternalism”, *Legal Theory*, 2005, p. 275 ss.

cas –que no permiten delimitar con precisión este paradigma ideal–, ocasionadas por este mismo hecho, sin embargo, no permiten, por un lado, negar la posibilidad de que los adultos, aparentemente racionales y competentes, posean una voluntad ‘irregular’; y, por el otro, admitir que cualquier elección tomada por un individuo, presuntamente, no incapaz, sea expresión de su completa, íntima, consciente y libre voluntad. Los condicionamientos que cada individuo recibe por el exterior tal como las inducciones culturales y sociales, además de sus carencias deliberativas debidas a límites cognitivos o a la falta de información¹⁸, hace que sea difícil de negar que ocurren situaciones en las cuales individuos adultos y presuntamente en pleno uso de sus facultades, hacen unas elecciones que, en ausencia de esas influencias externas o de esas carencias cognitivas, probablemente no habrían hecho¹⁹.

La cuestión, entonces, radica en la dificultad de discernir las elecciones fruto de una auténtica y completa voluntad, de aquellas resultantes de una proposición falaz, no auténtica, en cuanto las razones efectivas de las conductas humanas quedan en gran parte indescifrables²⁰. Por otra parte, frente a esta inaprensibilidad –o sea frente a la duda de que la voluntad autolesiva sea verdaderamente genuina o ficticia–, legitimar el instrumento penal, con órdenes o prohibiciones absolutas, con el fin de proteger lo que el Estado considera el bien del individuo o lo que debería ser su auténtica voluntad racional, significaría, por un lado, imponer con la fuerza un modelo de comportamiento en desacato de la libertad de autodeterminación, y, por el otro, afirmar una idea objetiva y universal de “bien” (en cambio fruto también de

¹⁸ Sobre la información incompleta y asimétrica, véase M.Á. RAMIRO AVILÉS, F. LOBO, “La justificación de las políticas de salud pública desde la ética y la eficiencia económica: informe SESPAS 2010”, *Gaceta Sanitaria*, vol. 24, supl. 1, 2010, p. 120 ss., spec. p. 123.

¹⁹ Coherentemente también J. FEINBERG, *Harm to Self*, cit., p. 35, p. 46, habla de estos condicionamientos sociales. Un análisis de los factores que pueden impedir la completa voluntariedad de las elecciones ha sido desarrollada por J.D. HODSON, *The Ethics of Legal Coercion*, Dordrecht, 1983, p. 43 ss.

²⁰ Según algunos neurocientíficos, el libre albedrío no existe y es una mera ‘ilusión’ creada por las estructuras cognitivas del hombre. Sobre el tema véase D.M. WEGNER, *The Illusion of Conscious Will*, Cambridge, 2002, *passim*; en español, véase el volumen del filósofo norteamericano J.R. SEARLE, *Libertad y neurobiología. Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*, Barcelona, 2004; más en general, R. BARTRA, *Antropología del cerebro. Conciencia, cultura y libre albedrío*, 2ª ed., Valencia, 2014; en Italia, M. DE CARO, A. LAVAZZA, G. SARTORI (editado por), *Siamo davvero liberi?*, Torino, 2010, *passim*. En la literatura penalística, recientemente, véase O. DI GIOVINE, “La sanzione penale nella prospettiva delle neuroscienze”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, p. 626 ss.; además S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, p. 87.

una visión subjetiva y particular), incompatible con un ordenamiento pluralista y laico.

3. EL 'FRATERNALISMO' LIBERAL-SOLIDARIO DE LOS ESTADOS SOCIALES DE DERECHO

Non mantenemos en el ámbito de la clásica construcción antipaternalista, tendencialmente restrictiva de la punibilidad, y se puede afirmar que ésta pertenece al empíreo teórico y se basa en principios 'morales' dirigidos a un legislador 'ideal'²¹. Para intentar entender qué parte de esta idealidad tiene relación con los ordenamientos jurídicos, es necesario analizar si estos principios se reflejan en las normas positivas y, en primer lugar, en las normas constitucionales que representan el proyecto de un Estado.

El lema de la revolución francesa: "libertad, igualdad, fraternidad", puede considerarse inmanente a la evolución del constitucionalismo moderno, representando aquel *minimum* de ideas de regulación de carácter general formando la base axiológica del orden social²². Un modelo de sociedad, entonces, construido alrededor de un estatuto deontológico fundado en valores recogidos en el pacto constitucional que trazan el "deber ser" de un Estado. Muchas Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, por un lado, conservan la configuración ilustrada y liberal, deducible de la afirmación solemne de la libertad del hombre; por otro lado, contienen muchas veces incluso una dimensión solidaria típica de los Estados sociales, dirigida a la promoción de la igualdad también en sentido sustancial.

La Constitución española de 1978 (tal como, por ejemplo, la francesa, alemana, italiana y portuguesa), junto con el reconocimiento de las libertades fundamentales, tiene una clara estructura solidaria. España es un Estado social y democrático que defiende como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (art. 1). Por un lado, se garantizan las libertades fundamentales, entre las cuales la ideológica, religiosa y de culto (art. 16), la personal (art. 17) y de pensamien-

²¹ J. FEINBERG, *Harm to Others*, cit., p. 4, de hecho, afirma que él quiere ofrecer una serie coherente y compartible de principios 'morales' y que un legislador 'ideal' en un País democrático debería aplicarlas en la elaboración de normas penales.

²² Sobre el desarrollo de la positivización de las aspiraciones a la justicia social y a la solidaridad, ya surgidas durante la revolución francesa, véase G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, 1995.

to (art. 20); por el otro, se afirman, entre otros, el derecho a la educación dirigido al completo desarrollo de la personalidad humana (art. 27), además del derecho a la protección de la salud (art. 43). La Constitución española, en la perspectiva solidaria, otorga a los poderes públicos el deber de promocionar las condiciones a fin de que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos a los cuales participa sean reales y efectivos, además de eliminar los obstáculos que impiden o hacen difícil su realización (art. 9); impone a los poderes públicos, en fin, promocionar las condiciones favorables para el progreso social y económico (art. 40)²³.

Se puede afirmar, entonces, después de la Segunda Guerra Mundial que se ha formado un conjunto de ordenamientos constitucionales inspirados en principios sustancialmente homogéneos, típicos de las llamadas democracias occidentales. Aunque con acentos más o menos marcados y profundidad no siempre coincidentes, su sustancial uniformidad resulta de su acogida en la mayor parte de la tradición constitucional liberal, cuyos principios son reinterpretados a la luz de las modernas exigencias de los sistemas pluralistas. La laicidad, entendida como tutela del pluralismo, debería entonces representar un principio inspirador también de la legislación penal constitucionalmente orientada, que impone al Estado una posición neutral según una cierta moral o religión, incluso en relación con las elecciones consideradas autolesivas²⁴.

Parece bastante clara, entonces, la matriz liberal antidogmática de los sistemas constitucionales pluralistas, en los que no hay espacio para una presunción de verdad absoluta típica del monopolio totalitario. Con las palabras de Einaudi se puede decir que el método de la libertad “reconoce desde

²³ Acerca de la naturaleza del sistema constitucional español como Estado social de derecho, véanse E. CARMONA CUENCA, *El Estado social de derecho en la Constitución*, Madrid, 2000; F. GONZALEZ NAVARRO, *El Estado social y democrático de derecho*, Pamplona, 1992; A. GARRORENA MORALES, *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Madrid, 1990. Más específicamente sobre el tema de la solidaridad véase J. TAIDURA TAJADA, “El principio de solidaridad en el Estado Autonómico”, *Cuadernos de Derecho Público*, 2007, p. 69 ss.

²⁴ Es el concepto de “neutralidad de propósitos” de J. RAWLS, *El liberalismo político*, Barcelona, 2004, p. 227. Sobre el tema véase también M.J. ROCA, “La neutralidad del Estado: fundamento doctrinal y actual delimitación en la jurisprudencia”, *Revista española de derecho constitucional*, 1996, p. 251 ss. Bajo el perfil penal, véase F. MUÑOZ CONDE, M. GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1998, p. 90; así como, en Italia, S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, p. 225 ss., específicamente p. 245; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 30 ss.; ID., “Danno” e “offesa”, cit., p. 63, nota n. 36.

el principio el poder de hallarse en el error”²⁵. El pluralismo, considerado un meta-valor²⁶, si no implica la condescendencia hacia cualquier afirmación, surge de la idea según la cual ningún principio es depositario de la verdad única. La brújula pluralista, así, dibuja un sistema abierto que evita una tiranía de valores de algunos sobre los demás²⁷. Siendo un meta-valor, el pluralismo no permite de por sí llegar a un equilibrio estable entre principios contradictorios, que en cambio interactúan y el legislador debe encontrar su composición dentro, no obstante, de los límites de las Constituciones, que desde este punto de vista ponen “los puntos irrenunciables de cualquier combinación”²⁸.

La naturaleza social de las democracias occidentales, además, impone una solidaridad pública, o sea un modelo que se refiere a la acción del Estado hacia los ciudadanos. Se habla de solidaridad ‘vertical’: del Estado hacia los ciudadanos, para distinguirla de la solidaridad ‘horizontal’ entre ciudadanos²⁹. A diferencia del modelo puramente liberal, el Estado social de derecho no puede limitarse a reconocer los derechos de los asociados, sino que tiene la obligación de desarrollar actividades concretas en favor de los intereses protegidos por el ordenamiento, empezando desde los derechos fundamentales. La armonización entre el principio liberal y el solidario constituye la dimensión moderna dentro de la cual hay que evaluar si el legislador está facultado para promulgar normas penales paternalistas. Los puntos cardinales axiológicos, entonces, son: persona, libertad, solidaridad e igualdad; una brújula que no es de matriz liberal clásica, sino que se enriquece de una componente solidaria igualitaria, la cual parece compatible con el concepto de antipaternalismo moderado, y que, en cambio, no parece ofrecer espacio a formas de verdadero paternalismo, en cuanto solidaridad y eliminación de obstáculos, quieren decir reconocer el derecho de cada uno a perseguir

²⁵ L. EINAUDI, *Prediche inutili*, Torino, 1959, p. 60.

²⁶ Según G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, traducción de M. Gascón, Madrid, 1995, p. 14 ss., en una Constitución democrática asume carácter absoluto solo un meta-valor que se expresa, para el aspecto sustancial, en el imperativo del mantenimiento del pluralismo de los valores. Sobre el tema véase también A. DE JULIOS-CAMPUZANO, “El Estado constitucional ante la teoría jurídica”, en A. DE JULIOS-CAMPUZANO (editado por), *El horizonte constitucional. Ciencia jurídica, derechos humanos y constitucionalismo cosmopolita*, Madrid, 2014, p. 89-90.

²⁷ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 26 ss.

²⁸ G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, cit., p. 97 ss.

²⁹ Sobre la diferencia véase I. ZUBERO, *Las nuevas condiciones de la solidaridad*, Bilbao, 1994; S. GALEOTTI, “Il valore della solidarietà”, *Diritto e società*, 1996, p. 10, que utiliza también los términos de solidaridad paterna (aquella ‘vertical’) y fraterna (aquella ‘horizontal’).

su ‘propio bien’ incluso mediante el auxilio del Estado, libremente aceptado pero no representan la obligación de aceptar el ‘verdadero bien’ según otros, mediante la imposición de un supuesto auxilio³⁰.

La perspectiva liberal-solidaria es útil para legitimar el antipaternalismo moderado, y, específicamente, aquellas normas dirigidas a regular situaciones en las cuales parece coherente ‘limitar’, hasta un cierto punto, las elecciones autolesivas de un individuo adulto y capaz, cuando, por ejemplo, estas elecciones pueden ser fruto de límites o errores cognitivos. El Estado, por lo tanto, en esta visión liberal-solidaria, no parece legitimado a actuar de ‘padre’, sino más bien como una especie de ‘hermano’ mayor que tiene el deber de aconsejar, orientar, proteger, sin imponer prohibiciones absolutas. El razonamiento vuelve al lema triádico de la revolución francesa, en el cual la fraternidad asume los rasgos de la solidaridad ‘vertical’ propia de los Estados sociales modernos³¹, legitimando de esta manera un modelo que se podría definir ‘fraternalismo’ penal³².

Esta ‘fraterna’ visión recuerda a la mente el constitucionalismo social que está cada vez más en conflicto con las llamadas constituciones materiales, es decir, con el proceso de deconstitucionalización que, entre otras cosas, conlleva un alto grado de ineficacia del paradigma del Estado social de derecho³³. Las Constituciones formales se presentan “heridas”³⁴, “asaltadas”³⁵, y en Europa surge la pregunta sobre su capacidad normativa residual³⁶. Las

³⁰ En este sentido A. CAVALIERE, “Paternalismo, diritto penale e principi costituzionali: profili di teoria generale”, *i-lex*, num. 20, 2013, p. 436.

³¹ E. DENNINGER, *Menschenrechte und Grundgesetz*, Weinheim, 1994, trad. it. *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, editado por C. Amirante, Torino, 1998, p. 58.

³² Sobre el tema de la fraternidad como principio del ordenamiento jurídico según una perspectiva solidaria, véase A.M. BAGGIO, A. COSSEDDU, A. MÁRQUEZ PRIETO (coord.), *Fraternidad y justicia*, Granada, 2012; A.M. BAGGIO, *El principio olvidado: la fraternidad. En la política y el derecho*, Buenos Aires, 2006; en Italia, F. PIZZOLATO, *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana.*, Roma, 2012; A. MARZANATI, A. MATTIONI (ed.), *La fraternità come principio del diritto pubblico*, Roma, 2007, *passim* y en particular la aportación de F. GIUFFRÈ, “Il rilievo giuridico della fraternità nel rinnovamento dello Stato sociale”, p. 201 ss.

³³ L. FERRAJOLI, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, 2011; A. BRANDALISE, “Democrazia e deconstituzionalizzazione”, *Filosofia politica*, num. 3, 2006, p. 403 ss.

³⁴ A. PIZZORUSSO, *La costituzione ferita*, Roma - Bari, 1999.

³⁵ L. ELIA, *La costituzione aggredita. Forma di governo e devolution al tempo della destra*, Bologna, 2005.

³⁶ D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am Main, 1991; G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER (ed.), *Il futuro della costituzione*, Torino, 1996.

razones de esta pérdida de centralidad de las Constituciones, como sabemos, son múltiples: la llamada globalización, el proceso constitucional europeo, los altos costos del Estado social de derecho y el supuesto exceso de solidaridad que daría lugar a un vaciado de la efectividad de valor de las Constituciones³⁷.

Es innegable que el intento es volver a dibujar las jerarquías sociales, eso no quiere decir que el fraternalismo –como expresión de la solidaridad y del Estado social de derecho– debe seguir siendo un objetivo hacia el que se anhele, un “deber ser” de un Estado, aún más cuando entran en juego los derechos fundamentales, como los contemplados por el derecho penal. Negar esto, sería dar marcha atrás al reloj de la historia, rechazando el progreso social, al menos tal como principios, que con tanto esfuerzo muchas democracias occidentales han logrado.

4. LA AUTODETERMINACIÓN EN LA ÓPTICA NEUROCIENTÍFICA Y EL ANTIPATERNALISMO MODERADO

El ideal filosófico de autonomía como fundamento del antipaternalismo, puede entrar en fricción con el real funcionamiento de la mente humana, según los actuales saberes de la psicología y en general de las neurociencias. Sin poder entrar en detalle acerca de estas teorías, es posible sin embargo recordar que, según algunos estudios de psicología cognitiva, en cada persona existen dos sistemas de pensamiento: uno, anatómico e intuitivo, que conduce a las reacciones rápidas e inconscientes; el otro, racional y reflexivo, que supervisa el comportamiento consciente, controlado, deductivo³⁸. La concurrencia entre estos dos sistemas, en combinación con las heurísticas (“atajos mentales”, o sea las elaboraciones psíquicas ejemplificadas dirigidas a llegar al objetivo en poco tiempo y con mínimo esfuerzo cognitivo), determinan

³⁷ Sobre la crisis del Estado social, véase G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, 1995, p. 318 ss.; M.Á. GARCÍA HERRERA (dir.), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Bilbao, 1997; más recientemente L.M. LLOREDO ALIX, “¿Estamos ante un cambio de paradigma en la filosofía del derecho? El neoconstitucionalismo y la crisis del Estado social”, en A. DE JULIOS-CAMPUZANO (ed.), *El horizonte constitucional. Ciencia jurídica, derechos humanos y constitucionalismo cosmopolita*, Madrid, 2014, p. 49 ss.

³⁸ La referencia es a los fundamentales estudios de D.E. KAHNEMAN, A. TVERSKY, “Prospect theory: an analysis of decision under risk”, *Econometrica*, num. 47, 1979, p. 263 ss.; ID., *Choices, values, and frames*, New York, 2000, ahora confluidos en D. KHANEMAN, *Pensar rápido, pensar despacio*, traducción de J. Chamorro Mielke, Barcelona, 2012.

errores característicos (*biases*) que impiden tomar las elecciones mejores en el interés del individuo. Esto tiende a demostrar que un modelo que se base en la noción de agente racional es inadecuado a describir los reales comportamientos decisionales³⁹.

Si existen innatos límites cognitivos de racionalidad de las decisiones, se puede considerar que no son paternalistas, o que lo son pero solo moderadamente, aquellas normas que tienden a ‘influenciar’ las elecciones de los individuos hacia conductas no autolesivas; siempre preservando la libertad final de elección, o sea sin constricciones, pero haciendo que, eventualmente, el individuo mismo se convenza, en base a un juicio *a posteriori*, que aquello sea efectivamente su bien⁴⁰. La moderación de este antipaternalismo reside en

³⁹ Heurísticas y *biases* son tendencias, principios o procedimientos que pueden conducir a graves y sistemáticos errores: “las personas confían en un número limitado de principios heurísticos, lo que reduce las complejas tareas de evaluación de probabilidades y de predicción de resultados, a unas operaciones de juicio más simples. En general, estas heurísticas son bastante útiles, pero algunas veces conducen a graves y sistemáticos errores”, cfr. A. TVERSKY, D. KAHNEMAN, “Judgment under uncertainty: heuristics and biases”, en D. KAHNEMAN, P. SLOVIC, A. TVERSKY (editado por), *Judgment under uncertainty. Heuristics and biases*, New York, p. 3. Deducimos que la investigación en este ámbito nos proporciona una respuesta afirmativa a la pregunta acerca de si la irrazonabilidad humana puede ser demostrada a través de experimentos; cfr. P.C. WASON, “Realism and rationality in the selection task”, *Thinking and reasoning*, 1983, p. 59. Sobre los estudios en español J.C. DE CARLOS, “Después de Kahneman y Tversky. ¿Qué queda de la Teoría Económica?”, *Revista de economía y estadística*, num. 18, 2005, p. 55 ss.; M. PIATTELLI PALMARINI, *Los túneles de la mente ¿Qué se esconde tras nuestros errores?*, traducción castellana de M. Pons, Barcelona, 2005; H. XIANG, “Hacia una imagen contextualista de la Racionalidad”, *Praxis*, 2008, p. 103 ss. En una perspectiva filosófica y sociológica, más reciente véase J. ELSTER, *La voluntad débole*, Bologna, 2008, *passim*.

⁴⁰ Se trata del llamado paternalismo libertario de R.H. THALER, C.S. SUNSTEIN, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, New Haven - London, 2008, p. 5, ahora *Un pequeño empujón (Nudge)*, traducción al castellano por B. Urrutia, Madrid, 2009; o también *La filosofía Nudge. L'empenta que necessites per prendre les millors decisions*, traducción al catalán por L. Moreno Llorca, Barcelona, 2009. Se ha observado que si existen límites objetivos a la cognición, estos pertenecerán no solo a los individuos, sino también a las autoridades que se consideran menos sujetas a *biases*. Atribuir un general poder de dirección a las autoridades, al Estado, podría constituir el riesgo de utilizar tales instrumentos normativos para crear un poder persuasivo dirigido también a otros fines o para mantener el poder. Sobre el tema E.L. GLAESER, “Paternalism and Psychology”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 73, 2006, p. 133 ss.; F.J. GIL MARTÍN, “Presunciones, empujones y deliberación. El desencaje del consentimiento informado en el paternalismo libertario”, en A. BLANCO MERCADÉ, M.P. NUÑEZ CUBERO (coords.), *La bioética y el arte de elegir*, Madrid, 2014, p. 292 ss. Para un resumen de algunas objeciones la paternalismo liberal, véase S. HOLLAND, “Libertarian Paternalism and Public Health Nudges”, en M. FREEMAN, S. HAWKES, B. BENNETT (ed.), *Law and Global*

reconocer al Estado solo la posibilidad de influenciar el individuo, probando a hacer confluír la elección de cada uno hacia aquella considerada ideal, sin comprometer la autonomía de la elección final que tocará siempre al individuo, aunque después del cumplimiento de algunos procedimientos que lo avisen de las posibles consecuencias de su conducta.

También las neurociencias han contribuido al debate, probando a explicar, con diferentes métodos científicos, el real funcionamiento del cerebro. Según algunos estudios, de hecho, son diferentes las áreas cerebrales que gobiernan el “deseo” y la “voluntad”, y, por lo tanto, las relativas funciones se encuentran separadas y a veces son incongruentes, pero cuando convergen esto parece ser el fruto del aprendizaje⁴¹. Estos resultados son atribuibles, no solo al sentido común, sino a la psicología, pero gracias a las neurociencias ahora parece documentada su base fisiológica, atribuible a un particular orden bio-químico del cerebro. Se deduce que, ingénitamente, se puede no “aprender” lo que se aprecia y se pueden querer “recompensas” diferentes y dañinas. Algunos desordenes de comportamiento pueden, por lo tanto, depender de la discrasia entre la “voluntad” y el “deseo” de una persona, incongruencia que podría justificar ordenes normativos moderadamente [anti]paternalistas, como aquellos antes mencionados, dirigidos solo a direccionar al individuo mediante una previa correcta información, dejando sin embargo, por último, a la autonomía del individuo la elección final entre la “voluntad” y el “deseo”⁴².

La psicología cognitiva y las neurociencias han demostrado no solo la abstracción, si no justamente la falsedad, de la perfecta racionalidad de los

Health: Current Legal Issues, Oxford, 2014, p. 365 ss. En cuanto al debate a favor y en contra del paternalismo liberal, véase también D.M. HAUSMAN, B. WELCH, “Debate: To Nudge or Not to Nudge”, *Journal of Political Philosophy*, vol. 18, num. 1, 2010, p. 123 ss. Por las implicaciones de la filosofía ‘nudge’ en una perspectiva jurídica europea, véase A. ALEMANNINO, A.-L. SIBONY (ed.), *Nudge and the Law. A European Perspective*, Oxford - Portland, 2015.

⁴¹ S. PECIÑA, B. CAGNIARD, K.C. BERRIDGE, J.W. ALDRIDGE, X. ZHUANG, “Hyperdopaminergic mutant mice have higher ‘wanting’ but not ‘liking’ for sweet rewards”, *Journal of Neuroscience*, vol. 23, 2003, p. 9395 ss.; en otro sentido, K.C. BERRIDGE, T.E. ROBINSON, “What is the role of dopamine in reward: hedonic impact, reward learning, or incentive salience?”, *Brain Research Reviews*, vol. 28, 1998, p. 309 ss.

⁴² Sobre el tema véase A. LAVAZZA, “Le neuroscienze rivalutano alcune forme di paternalismo?”, *Filosofia politica*, 2011, p. 478 ss.; J.M. GIMÉNEZ-AMAYA, J.I. MURILLO, “Neurociencia y libertad. Una aproximación interdisciplinar”, *Scripta theologica*, num. 41, 2009, p. 13 ss.; J.M. GIMÉNEZ-AMAYA, “¿Dios en el cerebro? La experiencia religiosa desde la neurociencia”, *Scripta theologica*, num. 42, 2010, p. 435 ss. En la perspectiva del derecho penal, véase D.E. BALBUENA PÉREZ, *Derecho penal, neurociencia y libertad*, Asunción, 2013.

individuos y la tendencia a la maximización de la utilidad como objetivo de cada elección humana. Algunos estudios de neurociencia, aunque criticados, han puesto además en duda el mismo libre albedrío, con la presuposición que los individuos asuman las decisiones *a priori*, en automático y a nivel inconsciente⁴³. Sin poder entrar en este complejo debate que pone en discusión la existencia misma de la autonomía de los individuos, en las mismas neurociencias, pero, considerando acreditados estudios que defienden la existencia de la libertad, argumentando, a nivel biológico, que las estructuras neurales que heredamos, que constituyen los sistemas de valores, son modificables mediante el aprendizaje y las ‘recompensas’ positivas y negativas⁴⁴. La existencia de algunos comportamientos improvisados que se escapan del control consciente, por lo tanto, según estas adquisiciones neurocientíficas, no pone en duda la libertad del individuo, representada, en cambio, por un complejo proceso de influencias recíprocas entre factores genéticos y ambientales, en el cual la educación desempeña un rol importante⁴⁵.

El reconocimiento de los factores ambientales y de la educación –no solo a nivel metafísico, sino también biológico– como fuentes de condicionamiento del “proceso” de libre autodeterminación, parece por lo tanto legitimar constitucionalmente, desde una perspectiva solidaria, aquellas normas dirigidas a tratar de eliminar los obstáculos representados, por ejemplo, por aquellos factores sociales, por aquellas carencias educativas, por aquellos lí-

⁴³ Cfr. B. LIBET, C.A. GLEASON, E.W. WRIGHT, D.K. PEARL, *Time of conscious intention to act in relation to onset of cerebral activity (readiness-potential). The unconscious initiation of a freely voluntary act in Brain*, vol. 106, 1983, p. 623 ss.; D.M. WEGNER, *Précis of The illusion of conscious will*, en *Behavioral and Brain Sciences*, vol. 27, 2004, p. 649 ss. Sobre el tema general, véase J.R. SEARLE, *Libertad y neurobiología*, cit.; más recientemente R. BARTRA, *Antropología del cerebro*, cit. En Italia véase las diferentes aportaciones de M. DE CARO, A. LAVAZZA, G. SARTORI (editado por), *Siamo davvero liberi?*, cit. Para algunas reflexiones penalísticas sobre el tema, véase O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Turín, 2009, p. 193 ss.; ID., *La sanzione penale nella prospettiva delle neuroscienze*, cit., p. 626 ss.

⁴⁴ G.M. EDELMAN, *Seconda Natura. Scienza del cervello e conoscenza umana*, Milano, 2007, *passim*, específicamente p. 91 ss. Sobre el tema, véanse también R. BARTRA, “Antropología del cerebro: determinismo y libre albedrío”, *Salud mental*, vol. 34, 2011, p. 1 ss.; A. MUNTANI SANCHEZ, *La mente y el cerebro. Visión orgánica, funcional y metafísica*, Buenos Aires - Montevideo, 2005, *passim*, spec. p. 15.

⁴⁵ M.M. MUÑOZ, “La determinación genética del comportamiento humano. Una revisión crítica desde la filosofía y la genética de la conducta”, *Gazeta de antropología*, 1995, 11, artículo 06; L. PÉREZ SÁNCHEZ, “La inteligencia humana”, en J. BELTRÁN LLERA, J.A. BUENO ALVAREZ (editado por), *Psicología de la educación*, Barcelona, p. 59 ss., spec. p. 62; A. DAMASIO, *Il sé viene alla mente. La costruzione del cervello cosciente*, Milano, 2012, p. 336 ss.

mites cognitivos de racionalidad, que algunas veces impiden al individuo elegir en su interés y que puede que se adopten decisiones que, sin estos “obstáculos”, quizás no se hubieran cumplido.

5. LAS OPCIONES DE REGULACIÓN EN LA EVENTUALIDAD DE ERRORES COGNITIVOS TÍPICOS

El discurso se abre, por lo tanto, hacia las elecciones de regulación más conveniente que el legislador puede adoptar en presencia de posibles errores cognitivos típicos⁴⁶. Una primera opción es la del “orden-control” que prohíbe ciertas actividades para evitar los errores del individuo. El ejemplo típico es el de la prohibición de venta de sustancias estupefacientes, sancionado penalmente. El legislador no acepta el riesgo de que surjan situaciones consideradas como errores, para los individuos y adopta disposiciones que, sin embargo, resultan paternalistas en cuanto limitativas de la libertad.

Una segunda opción es la introducción de herramientas de *empowerment*, con el objetivo de educar a los beneficiarios para hacer frente a los errores, sobre el modelo de las advertencias sobre las cajetillas de cigarrillos o las calorías en los productos alimenticios, o de los folletos informativos relativos a los productos financieros. Hoy en día son inciertos los resultados de estas herramientas, ya sea porque este tipo de información muchas veces no logra superar las aptitudes caracteriales de los individuos, sea porque sería oportuno analizar la exactitud de la información⁴⁷.

La tercera opción es la de las *nudge strategies* (pequeño empujón o aguijón), dirigidas a evitar los errores conduciendo, de manera *soft*, las elecciones en la dirección que el legislador considere deseable, no modificando la liber-

⁴⁶ Sobre el tema véase F. PARISI, V.L. SMITH, “El derecho y la economía de los comportamientos irracionales. Una introducción”, *Ius et veritas*, 2007, n. 35, p. 16 ss.; en la literatura italiana se está desarrollando el tema, también en torno a la así dicha neuroeconomía, véase N. RANGONE, “Il contributo delle scienze cognitive alla qualità delle regole”, *Mercato concorrenza regole*, 2012, p. 151 ss.; ID., “Errori cognitivi e scelte di regolazione”, *Analisi giuridica dell'economia*, 2012, p. 7 ss.

⁴⁷ Por lo que concierne al acto de fumar, las evidencias empíricas demuestran que un elevado porcentaje de personas, una vez leídos o vistos los mensajes disuasivos, ha considerado la posibilidad de dejar de fumar, pero no lo ha hecho realmente; cfr. *The Journal of American Medical Association*, vol. 306, num. 2, 2011, pp. 149-150. También la llamada educación financiera no ha permitido evitar los errores cognitivos que han arruinado a numerosos inversores.

tad de elección final. Se puede tratar de elecciones predeterminadas operadas *por defecto* por el poder público, que sin embargo admiten una elección explícita en contra del individuo⁴⁸.

Los problemas relacionados con una regulación inspirada en este anti-paternalismo moderado o paternalismo libertario, como el “pequeño empujón”, pueden estar conectados, en primer lugar, con la posibilidad de que las elecciones públicas dirigidas a evitar errores cognitivos de los individuos, sean, a su vez, el fruto de opuestos errores cognitivos, quizás inducidos por grupos de interés que condicionan el poder público⁴⁹; además, no pueden tampoco ser excluidas elecciones públicas oportunistas camufladas de objetivos de tutela⁵⁰.

Esta objeción puede ser enfrentada a través de una regulación pública completamente informada por encontrarse basada en datos empíricos relativos a las consecuencias de las diferentes opciones. Si el legislador no se hace guiar por elecciones típicamente morales o por otros intereses instrumentales, sino toma los resultados probados por las diferentes ciencias que se ocupan de los fenómenos a regular, la posibilidad de errores cognitivos por parte del poder público debería ser decididamente menor en comparación a la de los individuos⁵¹.

Además, no hay que subestimar el riesgo de regulaciones excesivas y no justificadas, que podrían constituir un exagerado obstáculo, por ejemplo de tipo procedimental, a la asunción de ciertas elecciones por parte de los individuos. Si el legislador predispusiese un complicado sistema burocrático a superar para llegar a la elección aconsejada por el Estado, esto podría constituir una forma, menos grave, pero de todos modos perceptible de limitación

⁴⁸ Es la teoría de R.H. THALER, C.S. SUNSTEIN, *Nudge*, cit., ahora *La filosofía Nudge*, cit. *Nudge* es considerado “qualsevol aspecte de de l’arquitectura d’elecció que modifica el comportament de la gent d’una manera previsible sense prohibir cap opció [...]. Perqué signi considerat un simple toc d’alerta, la intervenció ha ser fàcil i barata d’evitar. Els tocs d’alerta no són dictas” (pp. 12-13). Sobre el tema también H. EIDENMÜLLER, “Liberaler Paternalismus”, *Juristische Zeitung*, 2011, p. 814 ss.

⁴⁹ R. RIVERO ORTEGA, V. MERINO ESTRADA, “Ejemplaridad pública, Nudge y Benchmarking local: herramientas del buen gobierno, la integridad institucional y la innovación democrática”, *Revista Democracia y Gobierno Local*, n. 20, 2013, p. 12 ss.

⁵⁰ Sobre estos temas, entre otros E.L. GLAESER, “Paternalism and Psychology”, cit.; A. OGUS, “The Paradoxes of Legal Paternalism and how to Resolve Them”, *Legal Studies*, vol. 30, num. 1, 2010, p. 63 ss.

⁵¹ Sobre el tema véase M.A. ZAPATA CLAVERÍA, “Expertos y libertad en el paternalismo libertario”, *Revista digital universitaria*, vol. 16, num. 4, 1º abril de 2015.

de la libertad⁵². La procedimentalización de la elección, además, debiendo mantener una matriz ligera, estaría legitimada a una menor rapidez cuanto más es grave –siempre en base a los datos empíricos– el daño potencial y cuanto más se concreta la posibilidad de su realización.

Una vez más, un antipaternalismo moderado que realice con gastos excesivos la comprobación de la autenticidad de la voluntad autolesiva, podría implicar un ‘daño a terceros’ en forma de daño económico a la colectividad⁵³. Además, los gastos del antipaternalismo que recaerían especialmente en la comunidad, podrían en parte cubrirse mediante impuestos o sumas pagadas por aquellos que quisiesen ser autorizados al cumplimiento de actividades arriesgadas o dañinas para ellos mismos, mientras que parte de los consiguientes eventuales gastos de asistencia y de salud, podrían cubrirse mediante seguros estipulados obligatoriamente por los mismos sujetos⁵⁴. Pero, a raíz de esto, el antipaternalismo moderado, también desde el punto de vista de la economía pública, parece más conveniente en comparación con las regulaciones paternalistas, ya que eventuales gastos adicionales, serían en cualquier caso inferiores a los beneficios económicos que corresponden al Estado, por ejemplo, por la legalización de las drogas o el mercado de la prostitución o el juego de azar⁵⁵.

⁵² Según D. HUSAK, “Anmerkungen zu ‘Indirekter’ Paternalismus im Strafrecht”, en A. VON HIRSCH, U. NEUMANN, K. SEELMANN (ed.), *Paternalismus im Strafrecht: die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*, Baden-Baden, 2010, p. 132, una vez excluida la sanción penal, instrumentos paternalistas podrían ser legítimos, siempre que sean de modesta entidad –por lo tanto tales a restringir la libertad de manera del todo tolerable–, y capaces de llegar al fin perseguido, generalmente reconocido como útil, salvo siempre el poder del individuo de optar por decisiones diferentes.

⁵³ G. MANIACI, “I contratti di schiavitù e il lato oscuro dell’antipaternalismo”, en *Diritto e questioni pubbliche*, 2013, p. 561; ID., “Proibizionismo e antipaternalismo giuridico”, *Ragion pratica*, 2014, p. 205 ss.

⁵⁴ Sobre algunas voces que en España han puesto en cuestión ciertas políticas de salud pública por posibles invasión de la libertad personal, véase M.Á. RAMIRO AVILÉS, F. LOBO, “La justificación de las políticas de salud pública desde la ética y la eficiencia económica”, cit., que, con un discurso práctico jurídico y económico, acerca de la libertad individual no sólo no se opone, si no que exige, la adopción de medidas de salud pública; si esas actuaciones cumplen ciertos requisitos, no sólo no limitan sino que protegen y amplían la libertad individual.

⁵⁵ Sobre el tema de la legalización de las drogas, véanse entre otros, E. LÓPEZ BETANCOURT, *Drogas, entre el derecho y el drama*, Madrid, 2011; D.N. HUSAK, *¡Legalización ya! Argumentos a favor de la despenalización de las drogas*, traducción de A. Varela Mateos, Madrid, 2003; G. MANIACI, “Proibizionismo e antipaternalismo giuridico”, cit., p. 208.

En fin, este tipo de injerencia *soft* propia del “pequeño empujón”, podría producir indirectamente la pérdida del beneficio derivado por la experiencia del aprendizaje, según el aforismo *errando discitur* o el dicho popular “machacando se aprende el oficio”⁵⁶. Hay que recordar, además, que el aprendizaje desde los errores es solo uno de los posibles métodos, justamente, de aprendizaje, pudiendo, la superación del error, ser conseguida también a través de las correctas formaciones e informaciones explicativas. Es inconcebible, por lo tanto, deslegitimar las *nudge strategies* dirigidas a impedir errores cognitivos, sobre todo cuando estos pueden dar la luz a resultados irreparables.

En las últimas décadas –sobre todo en el derecho civil, en la tutela de los consumidores, en el derecho de economía y de finanza– el paternalismo liberal ha recibido una serie de consentimientos y ha sido más veces sugerido *de lege ferenda*⁵⁷. Parece, entonces, una línea de evolución del derecho, que podría concernir también al penal, bien tomando en consideración las mayores implicaciones morales y lo simbólico que la prohibición criminal tradicionalmente implica⁵⁸. Un ejemplo, en cierto modo, podrían ser las leyes que en algunos Países, entre los primeros Holanda y Bélgica, consienten la eutanasia activa con ciertas condiciones procedimentales dirigidas a garantizar la completa autonomía, ponderación e información del individuo, buscando impedir formas de “voluntad falaz”⁵⁹.

⁵⁶ La versión noble de este dicho se encuentra, por ejemplo, en K. POPPER, *Conjectures and Refutations. The Growth of Scientific Knowledge*, New York - London, 1963, p. 216.

⁵⁷ En la literatura italiana véase R. CATERINA, “Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato”, *Rivista di diritto civile*, 2005, II, p. 771 ss.; ID., “Processi cognitivi e regole giuridiche”, en *Sistemi intelligenti*, num. 19, 2007, p. 381 ss.; ID., “Psicologia della decisione e tutela del consumatore: il problema delle «pratiche ingannevoli»”, *ivi*, 2010, p. 221 ss.

⁵⁸ Es este un acercamiento compatible con la filosofía liberal clásica y que encuentra antecedentes ya en la misma obra de J.S. MILL, *Sobre la libertad*, cit.; ID. *Principios de economía política*, cit., p. 805 ss., que argumentaba que era posible informar, pero no impedir con la fuerza, al hombre que está por tomar un riesgo. Acerca de la correcta información del individuo como parámetro para evaluar la naturaleza paternalista o menos de una norma y sobre la doctrina de la autonomía como respeto de las decisiones informadas, véase M.A. RAMIRO AVILÉS, “A vueltas con el paternalismo jurídico”, cit., p. 233 ss.; E. DICIOTTI, “Preferenze, autonomia e paternalismo”, cit., p. 113.

⁵⁹ La literatura española sobre la eutanasia, incluso solo penal es muy amplia; en esta sede podemos limitarnos a citar a N. GARCÍA RIVAS, “Despenalización de la eutanasia en la Unión Europea: autonomía e interés del paciente”, en F. PÉREZ ÁLVAREZ (ed.), *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, 2004, p. 769 ss., spec. p. 772; ID., “Hacia una justificación más objetiva de la eutanasia”, en L.A. ARROYO ZAPATERO, I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, vol. 2, Salamanca, 2001, p.

6. SIGUE. LAS EXIMENTES PROCEDIMENTALES COMO FORMA DE REGULACIÓN MODERADAMENTE ANTIPATERNALISTA

El ejemplo recién ilustrado, desde el punto de vista penal, conduce el discurso hacia las llamadas eximentes procedimentales que, en general, consisten en *iter* administrativos dirigidos a comprobar preventivamente la certeza de algunas presuposiciones de licitud del hecho⁶⁰. Entre éstos se podría incluir también la libertad de la elección autolesiva, informada, consciente, ponderada a la luz de una serie de explicaciones⁶¹. Las eximentes procedimentales, por sí mismas, tienden a una neutralidad del Estado con respecto al valor ético de la elección, limitándose a un control de la efectiva libertad de la misma⁶². No puede excluirse, además, que los procedimientos admi-

149 ss.; G. MENDES DE CARVALHO, *Suicidio, eutanasia y derecho penal. Estudio del art. 143 del Código penal español y propuesta de lege ferenda*, Granada, 2009. Sobre la cuestión jurídico-penal y el estado de la discusión de política criminal, sobre la eutanasia, en Alemania, Italia y España, véanse C. ROXIN, F. MANTOVANI, J. BARQUIN, M. OLMEDO, *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Albolote, 2001. Con particular referencia a la regulación de otros ordenamientos, M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, p. 229 ss.

⁶⁰ Sobre el tema, véase W. HASSEMER, "Justificación procedimental en el derecho penal", en W. HASSEMER, E. LARRAURI PIJOAN, *Justificación material y justificación procedimental en el Derecho penal*, Madrid, 1997, p. 12 ss., que aboga por considerar justificado el comportamiento que cumple el procedimiento descrito por las leyes, aun cuando no pueda afirmarse de forma tajante que la lesión del bien jurídico ha salvado un interés prevalente. En la doctrina italiana, véase además M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 28 ss.; ID., "Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una "nuova" dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, p. 1671 ss., según el cual, en el campo bioético, estas eximentes deberían considerarse verdaderas causas de justificación por ser elementos exteriores al hecho típico.

⁶¹ En la doctrina alemana, para la teorización general de las causas de justificación procedimental, véase el mismo W. HASSEMER, "Prozedurale Rechtfertigung", en *Festschrift für Mahrenholz*, Baden-Baden 1994, p. 731 ss. Siempre en la literatura alemana, para una posición favorable a la implementación de mecanismos procedimentales en una perspectiva antipaternalista moderada, véanse A. VON HIRSCH, U. NEUMANN, "'Indirekter' Paternalismus im Strafrecht", cit.

⁶² La neutralidad estaría en el hecho de que el Estado no debería ni prohibir ni liberalizar una cierta decisión, sino limitarse, a través del procedimiento administrativo, a equilibrar los intereses, dejando al individuo la posibilidad de la decisión final. "La 'justificación', en definitiva, no expresaría un juicio positivo del ordenamiento en términos de evaluación sustancial" (n. del t.), cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., pp. 29-30. No comparte la misma opinión M. ROMANO, "Cause di giustificazione procedurale? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, p. 1277, p. 1283.

nistrativos basados en estas eximentes, puedan ser utilizados también para guiar al individuo, con un “pequeño empujón”, hacia una cierta elección (no autolesiva) considerada preferible por el legislador. Por otra parte, si el objetivo es el de vencer posibles errores cognitivos, las proposiciones del Estado y del individuo, de alguna manera, podrían coincidir, ya que el legislador tendrá el deber de encaminar la elección, pero hacia aquella opción (no autolesiva) que, al concluir el procedimiento informativo, podría resultar preferible según el juicio *a posteriori* del mismo individuo. No se trata, por lo tanto, de un paternalismo puramente ‘preventivo’ (finalizado, con obligaciones y prohibiciones absolutas, a impedir un evento que según el Estado el individuo tiene claramente el interés de evitar), sino, en su caso, de tipo ‘tutelar’, o sea dirigido a garantizar la efectividad de la voluntad autolesiva, en el caso de que la matriz ‘preventiva’ no puede llegar más allá del “pequeño empujón”⁶³. Por lo tanto, el modelo aquí propuesto puede ser incluido en el llamado paternalismo liberal en acepción ‘tutelar’, dirigido a sugerir al individuo la adopción de conductas capaces de reducir la autoexposición a ciertos riesgos, conductas que, afectadas por errores cognitivos, en cierto modo, salen de aquellas de la auténtica voluntad, quedando incluidas más bien en una especie de actitud culposa de autoagresión⁶⁴.

En un sistema liberal-solidario, entonces, la intervención del Estado debería ser limitada, también a través de una procedimentalización, a prácticas de influencia *soft* que no comprometan el derecho de autodeterminación, y dirigidas, específicamente, a vencer posibles límites cognitivos que causan típicos *biases* empíricamente comprobados⁶⁵. La injerencia del Estado a través de la sanción penal, en cambio, no debería estar dirigida a modificar preferencias individuales en que contrasten con supuestos valores superiores o con un concepto de ‘bien propio’ definido por otros. Estas estrategias de “pequeño empujón” procedimentalizado, no solo están legitimadas, sino, siendo dirigidas a la superación de límites cognitivos, deberían ser necesarias para un ordenamiento solidario, ya que están dirigidas a eliminar obstáculos que limitan de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos. De hecho,

⁶³ Sobre el tema D. HUSAK, *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, Oxford - New York, 2008, p. 69.

⁶⁴ Consideraciones en tal sentido en A. CADOPPI, “Liberalismo, paternalismo e diritto penale”, en G. FIANDACA, G. FRANCOLINI (ed.), *Sulla legittimazione del diritto penale*, cit., p. 107.

⁶⁵ Sobre el tema véase la aportación de D. TROUT, “Paternalism and Cognitive Bias”, *Law and Philosophy*, num. 24, 2005, p. 393 ss.

la efectiva libertad de tomar decisiones no puede prescindir de la posibilidad de acceder al mejor abanico de informaciones relevantes; así como la igualdad está comprometida por los límites cognitivos que afligen algunos y no otros, tanto más cuando son el fruto de factores ambientales y educativos (sociales y económicos) que, como se ha visto, mediante influencias recíprocas con los factores genéticos, según las neurociencias condicionan el procedimiento que conduce a la libertad de elección.

Con la matriz liberal-solidaria, además, parece compatible también otra forma de paternalismo moderado, o sea basado en sanciones no penales, sino administrativas, no exageradas, como instrumento blando de persuasión dirigido a prevenir lesiones de importantes bienes directamente relacionados con la persona⁶⁶.

7. LA HIPÓTESIS EJEMPLARIZADORA DE LA LEGALIZACIÓN DE LAS DROGAS: EL USO DEL PRINCIPIO DE OFENSIVIDAD PARA CIRCUNSCRIBIR EL CONCEPTO DE “DAÑO A LOS DEMÁS”

Si se quiere ejemplificar el modelo aquí elaborado, se puede hacer referencia a la controvertida cuestión de la liberalización de las drogas, que pone problemáticas en algún modo comparables a las del uso del tabaco y de las bebidas alcohólicas⁶⁷. Según una tesis, con un sólido fundamento, las prohibiciones penales que sentencian la cesión de sustancias estupefacientes, hasta incluso el mismo consumo, son una forma de paternalismo (indirecto y directo). Sin poder entrar en detalle en el debate, las argumentaciones en favor de la legalización se pueden referir, desde plano de la legitimidad, al derecho a disponer libremente de su propia salud, asimismo, desde el plano

⁶⁶ Como en el clásico ejemplo de la obligación de abrochar los cinturones de seguridad en los coches o el casco en las motos. Sobre el tema véase A. CADOPPI, “Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi”, *Criminalia*, 2011, p. 230 ss.; A. CAVALIERE, “Paternalismo”, cit., p. 425, p. 437. Si la sanción administrativa es en cambio exagerada, mediante una especie de ‘estafa de las etiquetas’, no se podría hablar más de paternalismo moderado.

⁶⁷ Acerca de la vacuna contra la cocaína y el paternalismo libertario, véase D. STEVENSON, “Libertarian Paternalism. The Cocaine Vaccine as a Test Case for the Sunstein/Thaler Model”, *Rutgers Journal of Law and Urban Policy*, vol. 3, 2005, p. 4 ss. Se ha dicho, además, que las leyes penales que sancionan el uso de determinadas drogas proporcionan el examen ideal de la teoría liberal del derecho, cfr. D. HUSAK, “Droghe illecite: un test dei ‘limiti morali del diritto penale’ di Joel Feinberg”, en A. CADOPPI (editado por), *Laicità, valori e diritto penale*, cit., p. 3 ss.

de la eficacia, a los resultados paradójicos del prohibicionismo que, con la presuposición de tutelar al consumidor de estupefacientes, compromete en cambio sus intereses exponiéndolo a riesgos ulteriores, tanto por su salud, relacionados con la procedencia criminal de la droga en ausencia de cualquier tipo de control; como por los precios ‘hinchados’ que inducen a cometer delitos, de un notable empuje criminal. A esto se añaden los prejuicios de la colectividad determinados por el fortalecimiento de la delincuencia organizada gracias a las ganancias del narcotráfico⁶⁸.

Según otra orientación, de naturaleza utilitarista en sentido holístico, las argumentaciones en favor del prohibicionismo no serían de naturaleza paternalista –o sea dirigidas a tutelar [solo] el interés del consumidor de drogas–, sino dirigidos a proteger la colectividad, ya que el uso de drogas comprometería, por ejemplo, la paz social, la salud pública, la seguridad pública o la economía pública⁶⁹.

Desde el punto de vista teórico, una vez más se aborda la cuestión controvertida del límite [in]cierto entre los actos que conciernen solo a uno mismo (*self-regarding acts*) y los actos que conciernen también a los demás (*other-*

⁶⁸ Para una posición antipaternalista favorable a la legalización de las drogas y la necesidad de una política penal alternativa”, véase E. LÓPEZ BETANCOURT, *Drogas, entre el derecho y el drama*, cit.; D.N. HUSAK, ¡Legalización ya! cit.; C. PUGA GONZÁLEZ, “Adicción, salud y autonomía. Una defensa normativa de la legalización de algunos narcóticos para fines recreativos”, *Política y gobierno*, vol. XX, n. 2, 2013, p. 309 ss.; S. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, J. SOTELO MORALES, “Argumentos para el debate sobre la legalización de la marihuana en México”, *Entreciencias*, diciembre 2013, p. 93 ss.; T.C. COITINHO DAS NEVES, “Drogas, sociedad y prohibicionismo: una perspectiva criminológica”, *Revista general de derecho penal*, num. 18, RI §412662, 2012; L. HULSMAN, “La política de drogas fuente de problemas y vehículo de colonización y represión”, *Revista de derecho penal y criminología*, num. 1, 2012, p. 236 ss.; J.L. ZILIO, “El derecho penal de las drogas”, *Revista crítica penal y poder*, num. 3, 2012, p. 104 ss.; S. AMIGÓ BORRÁS, *Cómo las drogas pueden mejorar nuestras vidas*, Madrid, 2012; F.J. ESTEBAN GUINEA, *El derecho a la ebriedad. Manifiesto libertario contra la prohibición*, Colmenar Viejo, 2007; R. UPRIMNY, “Drogas, derecho y democracia”, en M. RUJANA QUINTERO (editado por), *El fracaso de la política criminal oficial*, Seminario en homenaje al profesor Alessandro Baratta, Bogotá, 2006, p. 67 ss.

⁶⁹ Sobre el tema véase M.Á. NÚÑEZ PAZ, G. GUILLÉN LÓPEZ, “Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del art. 368 del Código Penal”, *Revista penal*, num. 22, 2008, p. 80 ss.; M. DONINI, “‘Danno’ e ‘offesa’ nella c.d. tutela penale dei sentimenti”, cit., p. 87; M. ROMANO, “Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, p. 989. Véase también W. WOHLERS, F.H. WENT, “Die pseudo-paternalistische Legitimation strafrechtlicher Normen, dargestellt am Beispiel des Betäubungsmittelstrafrechts Deutschlands, der Schweiz und der Niederlande”, en A. VON HIRSCH, U. NEUMANN, K. SEELMANN (ed.), *Paternalismus im Strafrecht*, cit., pp. 302, 313 ss.

regarding acts)⁷⁰. Esto depende del concepto de daño, o se podría decir de ofensa, que puede ser delimitado diferentemente⁷¹. Pero si a este concepto se atribuye un contenido muy amplio, se corre el riesgo de tener que admitir que todos, o casi todos, los actos humanos que producen daño a sí mismos, dañan también a los demás, avalando por lo tanto una configuración utilitarista de matriz holística u organicista. Adoptar un concepto tan amplio de “daño a los demás”, debería coherentemente llevar, para hacer un ejemplo paradójico, a admitir la legitimidad de sanciones penales relacionadas con el consumo de ciertos alimentos o comidas consideradas dañinas para la salud del individuo. De hecho, una vez comprobado empíricamente que la mayoría de las patologías está relacionada con una mala alimentación y que, en consecuencia, el balance del servicio de salud nacional podría ser aliviado en gran parte imponiendo una cierta dieta a todos los ciudadanos (mucho más que frenando el uso de drogas), y, entonces, verificado que una cierta dieta equivocada provoca un daño a los demás en forma de daño a la economía pública, no debería haber obstáculos de legitimidad al uso de la sanción penal para imponer una dieta de Estado de memoria rumana⁷².

Parece evidente que de este ejemplo paradójico, se extrae la potencial naturaleza liberticida de un concepto amplio de “daño a los demás” que legitimaría controles obsesivos hacia los ciudadanos, inaceptables en un Estado liberal-democrático. Desde este punto de vista el principio angloamericano del *harm to others* debería ser integrado con el continental de la ofensa al bien jurídico, como concebido por la doctrina que se esfuerza en atribuirle una efectiva función crítica de límite a la potestad punitiva del Estado. Hacer prevalecer, en el ejemplo antes expuesto, la economía pública a la libertad moral del individuo, podría legitimar –mediante una excesiva anticipación del umbral de punibilidad– elecciones de penalización basadas sobre intereses

⁷⁰ J.S. MILL, *Sobre la libertad*, cit., hablaba de “una esfera de acción en la que la sociedad, como distinta del individuo, no tiene, si acaso, más que un interés indirecto, comprensiva de toda aquella parte de la vida y conducta del individuo que no afecta más que a él mismo [...] Cuando digo a él mismo quiero significar directamente y en primer lugar; pues todo lo que afecta a uno puede afectar a otros a través de él [...]”.

⁷¹ Sobre el concepto de daño véase M. ALEMANY, *El paternalismo jurídico*, cit., p. 192 ss.; E. DICIOTTI, “Il principio del danno nel diritto penale”, *Diritto penale e processo*, 1997, p. 370.

⁷² La referencia es a la Ley del 1984 promulgada en Rumania por Ceaușescu que, para racionar la comida en razón de la crisis económica, impuso un “programa de alimentación científica de la población” dirigido oficialmente a la reducción de la obesidad, que preveía el número máximo de calorías por habitante y por categorías de ciudadanos. Esto llevó a raciones tipo de medio kilo de harina, medio kilo de azúcar y 5 huevos al mes, 300 gramos de pan al día.

supraindividuales artificiales, carentes de un sustrato personal comprensible que permiten la punición por conductas inofensivas hacia personas reales, agotándose, en cambio, en una mera desobediencia⁷³. Esto no significa renegar *tout court* la posibilidad de utilizar legítimamente la sanción penal para tutelar intereses colectivos⁷⁴, sino que equivale a circunscribir los conceptos de “daño a los demás” y de interés penalmente tutelable, a una idea que se base en la persona, en una dimensión tanto individual, como meta-individual, así recordando aquel concepto ‘personalista’ de bien jurídico elaborado específicamente en la doctrina alemana⁷⁵.

8. SIGUE. EL USO LEGÍTIMO DE DROGAS: LA PROCEDIMENTALIZACIÓN PARA CONTRASTAR POSIBLES ERRORES COGNITIVOS TÍPICOS

Para hacer frente al fenómeno de la toxicomanía, el primer deber, de importancia general, en un sistema solidario debería ser el de implementar un conjunto de políticas de Estado social, dirigidas a la redistribución de la renta, a la inclusión social, a la consolidación de los servicios sociales, etc.⁷⁶; políticas que verosímilmente reducirían el impulso hacia el uso de drogas. En segundo lugar, se deberían adoptar instrumentos amplios de *empowerment*, dirigidos a la información y sensibilización de todos los asociados sobre los riesgos relacionados al uso de estupefacientes⁷⁷.

⁷³ Cfr., para todos, S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2ª ed., Napoli, 1997, pp. 66-67. Sobre la protección de los bienes jurídicos colectivos, véase S. SOTO NAVARRO, “Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 58, fasc. 3, 2005, p. 887 ss.; E.A. VILLEGAS PAIVA, *Los bienes jurídicos colectivos en el derecho penal. Consideraciones sobre el fundamento y validez de la protección penal de los intereses macrosociales*, disponible en internet: <<https://www.unifr.ch>>.

⁷⁴ J. FEINBERG, *Harm to Others*, cit., p. 11, p. 63 ss.

⁷⁵ Cfr. W. HASSEMER, “Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre”, en L. PHILIPPS, H. SCHOLLER (ed.), *Jenseits des Funktionalismus*, Heidelberg, 1989, p. 85 ss. En el mismo sentido véase también O. HOHMANN, “Von den Konsequenzen einer personalen Rechtsgutsbestimmung im Umweltstrafrecht”, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1992, p. 76 ss. Acerca de la esencialidad de la relación entre bien perjudicado e individuo, véanse las consideraciones de F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2001, p. 387 ss.

⁷⁶ Emblemáticas, en ese sentido, las palabras del *Discurso del Santo Padre Francesco alla delegazione dell'Associazione internazionale di diritto penale*, en *Bollettino Sala stampa della Santa Sede n. B0787*, pronunciado en la Sala de los Papas el día 23 de octubre de 2014.

⁷⁷ Para consideraciones análogas véase A. CAVALIERE, “Paternalismo”, cit., p. 436 ss.

Se pueden sin embargo suponer instrumentos dirigidos específicamente a los individuos propensos concretamente a la asunción de drogas, según un esquema que vaya más allá de la genérica información e implemente conjuntamente estrategias de *empowerment* individuales con aquellas de *nudge*, mediante elecciones predefinidas operadas de *fedault* por el poder público, que admiten no obstante una elección expresa contraria del individuo. Estos instrumentos deberían ser destinados a superar los *biases* típicos de quien se propone usar drogas, que pueden reconducirse a diferentes heurísticas⁷⁸.

Según las elaboraciones de la psicología cognitiva, de hecho, en algunos casos la falta de conformación de las decisiones a lo que parece ser la utilidad del individuo, lejos de ser un fenómeno excepcional de desviación del comportamiento racional, en realidad caracteriza la decisión hasta el punto en que es difícilmente eliminable, a menos que sea contrastada por una intervención 'educativa'. Además, en tales casos, no se puede tampoco hablar de 'distorsiones cognitivas', porque la elección responde a una precisa lógica que es la de enfrentarse con situaciones inciertas o emotivamente cargadas, de modo que se pueda reducir el posible dolor derivado de elecciones erradas o arriesgadas. Se habla, además, de "disonancia cognitiva" (o *bias* de confirmación), consistente en la predisposición cognitiva para valorizar los datos que confirman los propios prejuicios y para ignorar las informaciones que, en cambio, no corresponden⁷⁹. Las consecuencias de la disonancia cognitiva, además, están agravadas cuando a esta se acompaña un exceso de seguridad (*overconfidence*), o sea el exagerado optimismo sobre la fiabilidad de los propios juicios y capacidades⁸⁰. Influyente, luego, puede ser la llamada heurística de la disponibilidad, o sea la estrategia que no estima la probabilidad del acontecimiento de un evento en base a un cálculo probabilístico, sino más bien bajo la protección de la intensidad, de la proximidad temporal y del impacto emotivo de un cierto recuerdo; asimismo la heurística de la así dicha distorsión de la representación, o sea la tendencia a considerar existentes paralelismos entre eventos aparentemente similares pero, en realidad, diferentes entre ellos⁸¹.

⁷⁸ B. SCHÜNNEMANN, "La critica al paternalismo giuridico-penale", cit., p. 327.

⁷⁹ P.W. CHENG, K.J. HOLYOAK, "On the Natural Selection of Reasoning Theories", *Cognition*, 1989, p. 285 ss.

⁸⁰ B. FISCHHOFF, P. SLOVIC, S. LICHTENSTEIN, "Knowing with Certainty: The Appropriateness of Extreme Confidence", *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, 1977, vol. 3, p. 552 ss.; N. CORTADA DE KOHAN, "Los sesgos cognitivos en la toma de decisiones", *International Journal of Psychological Research*, vol. 1, num. 1, 2008, p. 68 ss., spec. pp. 71-72.

⁸¹ D. KAHNEMAN, A. TVERSKY, "Judgments of and by representativeness", en D. KAHNEMAN, A. TVERSKY y P. SLOVIC (editado por), *Judgment under uncertainty*, cit., p. 84 ss.

Todas estas situaciones son “atajos mentales” que pueden generar típicos errores cognitivos, que, en presencia de una adecuada ‘información’ el individuo probablemente no habría realizado; o sea, son heurísticas y *biases*, congénitas al funcionamiento de la mente, que el Estado liberal y solidario debería ayudar a modificar y eliminar, sobre todo en el caso de que puedan dar rienda suelta a procedimientos irreversibles como, por ejemplo, la toxicomanía, aunque un tema no muy disímil merecería el humo y el alcohol. No se debería tratar de una completa legalización de las drogas, sino de una legalización procedimentalizada dirigida a verificar la completa e informada voluntad de quien se propone como consumidor de estupefacientes.

Para entendernos, no haría falta el mensaje en la cajetilla (como hoy inadecuadamente pasa en los cigarrillos), sino que se necesitaría un iter cuya complejidad estaría justificada por la importancia de los bienes en juego, dirigido no tanto y no solo a hacer ‘conocer’, sino más bien a hacer ‘comprender’⁸². La elección de *fedault* operada por el legislador debería ser aquella de la prohibición de cesión de estupefacientes, salvo la acertada e informada voluntad de quien hace uso mediante un procedimiento administrativo. Obviamente no se trataría, por ejemplo, de cumplimentar un simple formulario en el cual se declara el conocimiento de los riesgos relacionados y la voluntad de tomar drogas. El procedimiento debería ser más articulado, apuntando no a la cantidad e a las informaciones (que de ser exagerada resultará confusa), sino a la calidad y eficacia de las mismas. Por ejemplo, se podría pensar en entrevistas con varios expertos (médicos, psicólogos, sociólogos, etc.) en las cuales deberían ser expuestos, de modo concreto y claro, todos los posibles riesgos relacionados al uso de las diferentes sustancias. Se podrían organizar visitas a lugares en los cuales se tratan las toxicomanías y entrevistas a quien haya salido del ‘círculo de la droga’. Naturalmente un procedimiento similar tendría sentido para quien se propone por primera vez consumir, no para quien sea ya dependiente, resultando en este último caso verosímilmente inútil⁸³.

Parece probable que al concluir un tal procedimiento, las personas dispuestas efectivamente a consumir sustancias estupefacientes serían una mi-

⁸² Cfr. E. BRODI, “Dal dovere di far conoscere al dovere di far ‘comprendere’: l’evoluzione del principio di trasparenza nei rapporti tra impresa e consumatori”, *Banca borsa titoli di credito*, 2011, p. 246 ss.

⁸³ Sobre el tema véase en R. MONTAGUE, *Perché l’hai fatto. Come prendiamo le nostre decisioni*, Milano, 2008, *passim*, específicamente cap. 3-5.

noría, no por imposición de un valor moral o de lo que algunos consideran el ‘verdadero bien’, sino por la adquisición, *a posteriori*, de la conciencia que es para el mismo individuo ‘su bien’⁸⁴. Quien, a pesar de esto, quisiera hacer uso de drogas, previo otorgamiento de una clase de autorización, podría hacerlo comprando libremente, por ejemplo en farmacias, estas sustancias⁸⁵. Se podría pensar también en más protección en favor de terceros, como algunas restricciones en el cumplimiento de actividades peligrosas (por ejemplo la conducción de vehículos), o la obligación de un seguro de salud complementario para cubrir los riesgos de enfermedades y los relativos gastos que, de lo contrario, debería sostener integralmente el servicio de salud nacional⁸⁶. Entonces, no soluciones sancionatorias para el individuo, sino instrumentos que exoneran la colectividad, en los límites permitidos por los principios solidarios del Estado social⁸⁷.

El que, adulto y capaz, decida hacer uso de drogas, lo haría sin límites cognitivos (o reducidos al mínimo) y para este individuo la opción no sería un ‘error’, en el sentido que la ponderación de sus intereses y preferencias propendería en favor de esta elección; o quizás tal elección sería por él mismo, conscientemente, considerada un ‘error’, pero el Estado no podría prevenir errores.

Por último, en cuanto al tema, la concreta eficacia de una estrategia como esta sobre la reducción del uso de estupefacientes y sobre el relativo tráfico ilícito, dependería de la dificultad para obtener la autorización. Si el procedimiento administrativo se hiciese inútilmente complicado y las ‘garantías accesorias’ requeridas fuesen excesivamente onerosas, si, en sustancia, resultara más conveniente o practicable comprar el estupefaciente ilegalmente, esto podría alimentar de nuevo un mercado paralelo gestionado por la delincuencia organizada y así extinguir los efectos provechosos de la legalización. Por otro lado, es muy difícil pensar que el mercado negro, que conlleva

⁸⁴ Realmente, faltan estudios capaces de responder con certeza a la pregunta si, en caso de liberalización, se produciría o no un aumento del consumo de drogas, porque en ningún País ha sido probado antes, recientemente, un plan de legalización de todas las drogas; cfr. D.N. HUSAK, *Legalize This!, The Case for Decriminalizing Drugs*, London, 2002, p. 160.

⁸⁵ G. MANIACI, “I contratti di schiavitù”, cit., pp. 557-558; ID., “Proibizionismo e anti-paternalismo”, cit., p. 222.

⁸⁶ J. FEINBERG, *Harm to Self*, cit., p. 134 ss.

⁸⁷ Sobre el tema véase R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, “Libertarian Paternalism”, *The American Economic Review*, num. 93, 2003, p. 175 ss.; ID., *La filosofía Nudge*, cit., p. 73 ss. Cfr. también L. CORNACCHIA, *La vittima nel diritto penale contemporaneo tra paternalismo e legittimazione del potere coercitivo*, Roma, 2012, p. 81.

implicaciones con la criminalidad y ningún control sobre el producto, pueda resultar más cautivador que el legal, aunque procedimentalizado⁸⁸; además la competencia del mercado legal haría bajar mucho los precios también en el ilegal, y haría disminuir el interés de la delincuencia organizada que no podrían sacar los enormes provechos que hoy en cambio obtiene.

Además, prescindiendo de estas últimas consideraciones que se refieren a la eficacia de la hipótesis de regulación aquí trazada, hay que hacer hincapié en el hecho de que, de todos modos, esta hipótesis parece sugerida por la reincorporada matriz liberal solidaria de las Constituciones occidentales, que, por un lado, pretende el respeto de la autodeterminación individual y, por el otro, exige que el Estado ayude a superar posibles obstáculos que limitan la completa libertad del individuo y el completo desarrollo de su personalidad, entre los cuales se pueden enumerar las debilidades cognitivas intrínsecas al funcionamiento de la mente.

9. SIGUE. EL ROL DE LA SANCIÓN PENAL EN LA PROCEDIMENTALIZACIÓN DIRIGIDA A CONTRARRESTAR LAS VULNERABILIDADES COGNITIVAS

En una estrategia de ese tipo, el rol de la sanción penal, siempre en el marco de la ejemplificación propuesta, debería ser reservado a quien cede estupefacientes a personas privas de este tipo de autorización. Son necesarias, sin embargo, algunas especificaciones. En primer lugar, el bien jurídico tutelado en estos tipos penales debería ser identificado en la autonomía individual, en el interés de que cada uno se pueda autodeterminar teniendo a disposición el mejor bagaje de información relevante y así evitar el peligro de los típicos *biases* empíricamente comprobados. No se debería tratar, por lo tanto, de la tutela de meras funciones administrativas, o sea del interés del sistema estatal a verificar previamente algunas presuposiciones de licitud de una conducta⁸⁹. Entonces, un interés protegido perteneciente al individuo y no una mera función administrativa del Estado.

⁸⁸ G. MANIACI, "Proibizionismo e antipaternalismo giuridico", cit., p. 222.

⁸⁹ Sobre la tema de los delitos de peligro abstracto, véase U. KINDHÄUSER, "Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal", *InDret. Revista para el análisis del derecho*, n. 1/2009; T. VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*, Cizur Menor, 2007; C.M. ROMEO CASABONA, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, Granada, 2005; P. CUESTA PASTOR, *Delitos*

De ahí, algunas relevantes implicaciones teóricas, aunque quizás se refieren a casos concretos marginales. El delito no debería estar relacionado de por sí con la cesión en ausencia de autorización, sino con la ofensa del bien jurídico concreto así como se describió anteriormente, o sea el delito debería ser excluido cuando se puede acertar que el cesionario, a pesar de ser formalmente privo de la autorización, sea de todos modos completamente consciente de los riesgos relacionados con el consumo de drogas. Véase el caso de un experto en la materia que ha publicado trabajos científicos acerca de la peligrosidad de los estupefacientes y que también ha trabajado en organizaciones que contrastan su uso; este por cierto podría decirse ‘informado’ mayormente o al menos con el mismo criterio que alguien que se presenta simplemente al hipotético procedimiento administrativo que se describió anteriormente. En casos de este tipo, en el caso de que el experto consumiese drogas en ausencia de autorización, el bien jurídico protegido no resultaría ofendido, tampoco bajo la forma de peligro concreto y, por lo tanto debería excluirse la punibilidad de una tal cesión, porque en la mente de este hipotético experto sería muy difícil imaginar la intervención de *biases*, y si este consumiese drogas lo haría de forma completamente voluntaria y consciente de los riesgos, quizás con fines experimentales⁹⁰.

El defecto de la autorización a la consumación de estupefacientes, entonces, debería funcionar como una presunción, simple, del peligro concreto de errores cognitivos cometidos por el concesionario. Simple porque vencible a través de la demostración que, en el caso concreto, el bien jurídico no ha sido efectivamente ofendido, tampoco bajo la forma de peligro concreto. No se debería tratar, entonces, de una presunción legal, absoluta o relativa, sino de una facilitación probatoria para la acusación a lo hora de demostrar el daño o cuanto menos el peligro concreto corrido por el bien jurídico representado por la libertad de autodeterminación informada del cesionario, sin inversión del

obstáculo. Tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico, Granada, 2002; B. MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Albolote, 2001; V. MANES, “Bien jurídico y reforma contra los delitos de la administración pública”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n. 2, 2000; M. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia, 1999; C. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, 1993.

⁹⁰ Véase la entrevista publicada en el *Corriere della sera* del 14 de enero del 2014, titulada *Il neuroscienziato Luigi Gessa: “Ho provato la cannabis. Fa danni, ma l’alcool è peggio”. L’esperto: “Pericolosa solo per gli adolescenti, ma dà meno dipendenza del vino”*, en la que se deduce que el científico ha tomado con fines experimentales también la cocaína.

cargo probatorio contrario a la presunción de inocencia y al *in dubio pro reo*⁹¹. Por otro lado, en presencia de una autorización, a menos que esta haya sido obtenida ilícitamente, no debería ser permitido al juez indagar la legitimidad de la misma, por ejemplo, con la presuposición que, a pesar del procedimiento administrativo, la voluntad del cesionario haya quedada afectada por *biases*.

El modelo propuesto, en este momento es claro, debería ser declinado bajo la forma del peligro concreto, donde este último se recogería de las adquisiciones empíricas-científicas que demuestran como muchas veces las elecciones autolesivas están condicionadas por vulnerabilidades cognitivas debidas a heurísticas y errores típicos. Peligro que, por otra parte, claramente justifica una comprobación judicial contraria.

La configuración aquí expuesta, luego, excluye la sanción penal al consumidor de estupefacientes en ausencia de autorización. De hecho, si el objetivo es aquel de tutelar su efectiva voluntad contra posibles errores cognitivos, admitir la sanción penal para quien consume recaería en una forma de paternalismo *hard*, incompatible, por las razones que se describieron anteriormente, con la matriz pluralista y laica de los ordenamientos occidentales, y atribuible, en cambio, o a un reproche específicamente moral, o a un concepto muy amplio de “daño a los demás” de matriz utilitaria en la acepción colectivista, con las potenciales implicaciones iliberales ya descrita. La *ratio* de la pena aquí supuesta, de hecho, consiste en una especie de aprovechamiento del error del consumidor, en una explotación de un sujeto débil, y sería por lo tanto una paradoja castigar al consumidor explotado⁹².

10. LAS OBLIGACIONES DE TUTELA DE TERCEROS

A la vista de todo lo expuesto, destaca la orientación a legitimar formas de [anti]paternalismo moderado indirecto dirigidas a castigar quien se apro-

⁹¹ En esta sede no es posible recorrer completamente las fases de la tesis de la comprobación del peligro concreto mediante las presunciones simples, véase al respecto M. CATERINI, “L’ambiente ‘penalizzato’. Evoluzione e prospettive dell’antagonismo tra esigenze preventive e principio di offensività”, en K. AQUILINA, P. IAQUINTA (ed.), *Il sistema ambiente, tra etica, diritto ed economia*, Padova, 2013, p. 146 ss.

⁹² B. SCHÜNEMANN, “La critica al paternalismo giuridico-penale”, cit., pp. 326-327, admite el paternalismo moderado para tutelar debilidades humanas del aprovechamiento egoísta de otros; deniega, en cambio, la legitimidad de un paternalismo directo, aunque *soft*, no siendo posible –en base a principios dogmáticos-penales de la participación necesaria– la sanción de las personas ‘explotadas’, aunque actuantes en colaboración con el ‘explotador’.

vecha de elecciones autolesivas de los demás también potenciales, no completamente auténticas, por ejemplo, por encontrarse afectadas por posibles errores cognitivos. No se trata, por lo tanto, de formas de coerción de la voluntad de los demás (que obviamente deberían ser sancionadas también a la luz de los principios antipaternalistas), sino de una explotación abusiva de la voluntad potencialmente falaz de la víctima, la cual, además, no se opone, sino más bien se adhiere, es disponible, coopera o muchas veces desea, provoca o incluso exige la conducta de quien se aprovecha⁹³.

En casos de este tipo, el [anti]paternalismo moderado parece traducirse en una clase de obligación de tutela en favor del individuo potencialmente explotado⁹⁴; obligación que, además, debe ser implementada en el sistema positivo a través de las previsiones normativas expresadas. Así, como en la hipótesis de legalización del uso de drogas, esta obligación consistiría en la necesidad, por parte de quien cede el estupefaciente, de asegurarse previamente de la información brindada por el cesionario acerca de los riesgos relacionados con dicha asunción.

Pueden sin embargo encontrarse ejemplos ya efectivos de obligación de tutela mediante formación e información. Véanse los arts. 18.1, 19 y 41.2 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, que ratifican las obligaciones específicas por parte del empleador de información y formación de los empleados acerca de los riesgos para la seguridad y la salud⁹⁵. El incumplimiento de las normas de seguridad, de hecho, muchas veces es, por un lado, fruto de una subestimación de los riesgos por parte del trabajador y de una sobrestimación de las propias capacidades (típicas heurísticas y errores cognitivos como el *overconfidence*); por otro lado, dicho incumplimiento puede ser acompañado por el interés del empleador por evitar cumplir con las medidas de protección de los empleados, porque muchas veces estas retrasan el ciclo de producción y, entonces, reducen el provecho de la empresa. En casos de este tipo, por lo tanto, puede pasar que, aunque

⁹³ A este respecto véase A. DU BOIS-PEDAIN, "Die Beteiligung an fremder Selbstschädigung als eigenständiger Typus moralisch relevanten Verhaltens - Ein Beitrag zur Strukturanalyse des indirekten Paternalismus", en A. VON HIRSCH, U. NEUMANN, K. SEELMANN (ed.), *Paternalismus im Strafrecht*, cit., p. 44 ss.

⁹⁴ Cfr. L. CORNACCHIA, *La vittima nel diritto penale contemporaneo*, cit., p. 75.

⁹⁵ J.C. HORTAL IBARRA, *Protección penal de la seguridad en el trabajo. Una aproximación a la configuración del derecho penal en la "sociedad del riesgo"*, Barcelona, 2005, p. 101; S. COLLADO LUIS, "Prevención de riesgos laborales: principios y marco normativo", *Revista de dirección y administración de empresas*, num. 15, 2008, p. 91 ss., spec. p. 108.

el trabajador coopere con el empleador en esquivar las normas de seguridad o incluso el incumplimiento sea una decisión del empleado, esto no excluye una obligación de tutela de responsabilidad del empleador que, de esta manera, podría aprovecharse de los errores cognitivos del trabajador.

Esto no puede, sin embargo, legitimar formas de paternalismo judicial a través del que la 'vulnerabilidad' del trabajador se utiliza para crear una especie de presunción absoluta de irresponsabilidad del empleado y una clase de responsabilidad objetiva del empleador⁹⁶. En el momento en que el empleador generalizando, haya organizado un ambiente de trabajo seguro y puesto a disposición de los empleados dispositivos de seguridad, y, en principio, haya cumplido correctamente todos los deberes de formación e información antes indicados y, a través de controles, haya hecho que no se hayan creado prácticas arriesgadas fruto siempre de errores cognitivos de los empleados, entonces deberá excluirse una responsabilidad penal del empleador (salvo diferentes perfiles de responsabilidad civil o de seguro), tanto cuando se trate de verdadero "riesgo electivo", como cuando el hecho que genera el accidente pertenezca a la actividad laboral, pero haya sido fruto de una libre elección arriesgada del trabajador completamente consciente porque se encontraba bien formado e informado⁹⁷.

El modelo propuesto, fundado en la obligación de tutela que pesa sobre aquellos sujetos que pueden sacar provecho de los comportamientos autoleivos de los demás, parece completamente armonizable con el carácter moderadamente antipaternalista, solidario o 'fraternalista' de los Estados sociales de derecho antes explicado. A la clásica configuración liberal fundada en la completa autonomía del individuo, sirve de contrapeso la matriz solidaria dirigida a la eliminación de los obstáculos que limitan de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos. En este marco se incluyen también las obligaciones de tutela, por ejemplo, dirigidas a impedir los típicos errores cognitivos que pueden afectar a sujetos capaces y racionales.

⁹⁶ En estos términos véase D. MICHELETTI, "Il paternalismo penale giudiziario e le insidie della bad samaritan jurisprudence", *Criminalia*, 2011, p. 298 ss.

⁹⁷ Sobre este tema véase C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, "La imprudencia del trabajador en el accidente de trabajo: claves jurisprudenciales" *Revista del Ministerio de trabajo e inmigración*, num. 84, 2009, p. 57 ss.; J. JIMÉNEZ GARCÍA, "La imprudencia temeraria en los accidentes de trabajo", *Revista de ciencias jurídicas*, 1996, p. 206 ss.; G.R. SIMONCINI, "El comportamiento arbitrario del trabajador exime al empleador de toda obligación de indemnización", en la página web de la *Comunidad para la Investigación y el Estudio Laboral y Ocupacional* (CIELO), <www.cielolaboral.com>.

Este punto de vista fundado en la obligación impuesta a alguien para tutelar el interés de los demás –que se proyecta desde la solidaridad ‘vertical’ hacia aquella ‘horizontal’–, abre el debate acerca de la censura del antipaternalismo en relación con las *bad samaritan laws*, o sea con referencia a aquellas situaciones en las cuales aunque no existiendo una específica posición de garantía y, quizás, tampoco una posibilidad de aprovechamiento, el Estado pretende de todos modos la obligación de activarse para tutelar intereses de terceros, como hizo el samaritano en la conocida parábola evangélica⁹⁸. El prototipo está representado por el delito de omisión del deber de socorro (por ejemplo, art. 195 Código penal español)⁹⁹. Según esta crítica, la previsión de estos tipos penales, admitidos en la teoría antipaternalista¹⁰⁰, constituiría una contradicción con el fundamento de la misma teoría liberal, ya que pretender que un individuo se active para proteger a otros entraría en evidente desacuerdo con la libertad reconocida a todos ante interferencias del Estado en actos que pertenecen al solo individuo, autonomía por el contrario comprometida en el caso de que se reconozca la posibilidad de prever una obligación generalizada de tutela a cargo de todos los asociados¹⁰¹.

Estas consideraciones, además, deben compararse no tanto y no solo con la pura teoría antipaternalista que expresa, como ya se ha dicho, principios ‘morales’ dirigidos a un legislador ‘ideal’¹⁰², sino sobre todo con la

⁹⁸ Recientemente sobre el tema véase J. VALENZUELA, “La narrativa del deber de ayudar a otro: Samaritanos, héroes, y superhéroes”, *Ius et Praxis*, num. 2, 2014, p. 555 ss.; J.D.R. DE RAADI, “Samaritan Ethics, Systems Science and Society”, *Systemic practice and action research*, vol. 19, num. 5, 2006, p. 489 ss.

⁹⁹ Sobre el tema véase M. BUSTOS RUBIO, “Bien jurídico y sanción penal en el delito de omisión del deber de socorro”, *Foro. Revista de ciencias jurídicas y sociales, Nueva Época*, vol. 15, num. 2, 2012, p. 157 ss.; M. ARÁUZ ULLOA, *El delito de omisión del deber de socorro. Aspectos fundamentales*, Valencia, 2006; D. VARONA GOMEZ, *Derecho penal y solidaridad. Teoría y práctica del mandato penal de socorro*, Madrid, 2005.

¹⁰⁰ Cfr. J. FEINBERG, *Harm to Others*, cit., p. 171, según el cual la previsión de *bad samaritan laws* es legítima porque tales tipificaciones penales están en contra siempre del principio de “daño a los demás”, ya que existe un nexo causal entre la omisión del sujeto y el daño al otro no evitado por la falta de intervención. Además, ya en la filosofía liberal clásica se admitía, ya sea excepcionalmente, la legitimidad de tales tipos penales, cfr. J.S. MILL, *Sobre la libertad*, cit.

¹⁰¹ Sobre esta censura véase H.M. MALM, “Liberalism, Bad Samaritan Law, and Legal Paternalism”, *Ethics*, 1995, p. 29; ID., “Su Feinberg in tema di paternalismo”, en A. CADOPPI (ed.), *Laicità, valori e diritto penale*, cit., p. 137 ss.; M. ROMANO, “Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale”, *ivi*, p. 160. Para una réplica a dicha crítica A. CADOPPI, “Paternalismo e diritto penale”, cit., pp. 227-228.

¹⁰² J. FEINBERG, *Harm to Others*, cit., p. 4.

Constitución de un Estado, que expresa principios coercitivos dirigidos a un legislador real. La estructura moderadamente antipaternalista, solidaria o 'fraternalista' de las Constituciones de los Estados sociales, parece estar en armonía con las *bad samaritan laws*, en los límites en los que las obligaciones de tutela no sean tan neutralizadoras al punto de limitar con vigor el espacio de libertad de la generalidad de los destinatarios¹⁰³. De hecho, las órdenes de actuar en un cierto modo en situaciones dadas, dirigidas a todos los asociados, pueden resultar vínculos particularmente intrusivos en la libertad y asociadas también a ordenamientos autoritarios. Para impedir esta eventualidad, tipos penales de pura omisión que no se acompañen con una específica posición funcional, pueden encontrar legitimación solo si se encuentran dotados de un claro fundamento de legitimación solidaria dirigido a tutelar intereses específicamente importantes, como pasa en los tipos penales de omisión del deber de socorro para la protección de la integridad personal¹⁰⁴.

Buscando sacar conclusión a partir del razonamiento, parece siempre preferible configurar específicas posiciones funcionales, por ejemplo, de los sujetos dirigidos a comprobar que quien pueda tener intenciones potencialmente autolesivas sea exento de posibles errores cognitivos; en las ejemplificaciones hechas: quien cede drogas o el empleador. Esto debería imponer a estos sujetos específicas obligaciones de tutela, que pueden ser tanto más engorrosas [y procedimentalizadas] cuanto más grave es el daño potencial y concreto el relativo riesgo de realización y, cuanto más probable es un aprovechamiento de la voluntad autolesiva de los demás, como pasa cuando existen intereses imputables a terceros.

¹⁰³ C.H. WELLMAN, "Liberalism, Samaritanism, and Political Legitimacy", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 25, num. 3, 1996, p. 211 ss. En este caso se trata de solidaridad 'horizontal' o 'fraterna', o sea entre ciudadanos, volviendo a la ya citada distinción de S. GALEOTTI, "Il valore della solidarietà", cit., p. 10. En esta óptica 'horizontal', para las reflexiones del principio de solidaridad en el derecho penal, véase F. POLACCHINI, "Il principio di solidarietà", en L. MEZZETTI (ed.), *Diritti e doveri*, Torino, 2013, pp. 249-250.

¹⁰⁴ Sobre el tema de la solidaridad y de los tipos penales de pura omisión, véase M. BUSTOS RUBIO, *Bien jurídico y sanción penal*, cit.; D. VARONA GOMEZ, *Derecho penal y solidaridad*, cit. En la doctrina italiana véase D. PULITANO, "Abbandono di incapaci e omissione di soccorso", en D. PULITANO (editado por), *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Torino, 2014, pp. 111-112. Según A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, vol. II, *Profili dogmatici, comparatistici e de lege ferenda*, Padova, 1988, p. 1061 ss., p. 1113 ss., la violación de puros deberes de solidaridad fuera de especiales posiciones de garantía, legitima la sanción penal solo cuando se trate de *easy rescue*, con exclusión de la incriminación de la falta de cumplimiento de actos heroicos o supererogatorios.

Estas obligaciones de tutela, además, en algunos casos solo pueden terminarse con la completa información, o con el relativo control, sobre los riesgos de una cierta actividad, para evitar situaciones de debilidad subjetiva dignas de ayuda solidaria. Una vez cumplidas correctamente tales obligaciones, la elección de autoexponerse al riesgo –no obstante su conciencia– debería recaer sobre uno mismo en base a los principios de autodeterminación y autoresponsabilidad, o sea de las exigencias de hacerse cargo de las propias acciones y de las relativas consecuencias¹⁰⁵. Si la voluntad es libre de otras coerciones o presiones, si a la fragilidad cognitiva ha sido puesto remedio con una adecuada información, debe ser consentida la libre y consciente decisión del individuo de tomar un riesgo. En el caso de que se insistiera en el configurar una posición de garantía a pesar de la ausencia de una efectiva vulnerabilidad subjetiva, la responsabilidad insolvente estaría direccionada hacia una clara forma de paternalismo *hard*.

11. CONCLUSIONES: LA LIBERTAD DE ‘EQUIVOCARSE’ CONSCIENTEMENTE A SU PROPRIO DETRIMENTO Y EL DERECHO FRATERNAL

En conclusión, no se puede no coincidir en la naturaleza subjetiva y relativa de lo que constituye el “propio bien” y el “propio mal”, no imputables a supuestas visiones objetivamente racionales y absolutas. Lo que para algunos o para la mayoría puede ser un mal, para otros puede ser considerado como un bien. Se puede decir con razón, por ejemplo, que fumar es malo, pero ¿qué hubiera sido de la fascinante obra de muchos escritores sin el rito de encender un cigarrillo¹⁰⁶? Obviamente no es posible saberlo, pero queda la convicción de que los comportamientos autolesivos, si no son objeto de constricciones o presiones indebidas, si no se encuentran viciados por una vulnerabilidad cognitiva, deben ser remitidos a la autonomía del individuo

¹⁰⁵ Sobre el principio de autorresponsabilidad de la víctima, entre otros véanse M. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en el derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Barcelona, 1998, *passim*, spec. p. 145; U. EBERT, *Derecho penal. Parte general*, traducción de S. Escudero Irra, Pachuca, 2005, p. 61.

¹⁰⁶ Léase el artículo-entrevista de M. CABALLERO, “Los escritores y el humo”, *El Cultural* del 4 de enero de 2011, en el cual Caballero Bonald, Marsé, Luis Goytisolo, Armas Marcelo, Benítez Reyes, Gimferrer, Chirbes y Andrés Barba hablan en torno a la prohibición y sobre el maridaje entre tabaco y literatura.

sin injerencias forzosas del Estado, porque a cada uno tiene que ser permitido, conscientemente, equivocarse causándose daño propio, en caso de que se pueda verdaderamente hablar de error¹⁰⁷.

La solución esbozada es parte del llamado “derecho fraterno”, en oposición al “derecho paterno”: el primero es “jurado juntos” como hermanos, el segundo es impuesto por el “padre-señor” por el que solo hay que jurar. La *coniuratio* de los hermanos no está en contra del padre, el rey, el enemigo, sino es para una convivencia compartida, libre de una soberanía totalitaria y opresiva. El “derecho fraterno” es inclusivo y no violento, aborrece el poder absoluto de un Estado, un gobierno, una mayoría; es la apuesta de una diferencia respecto a un derecho que distingue entre “amigo” y “enemigo”, una diferencia en relación con el mundo que pretende regular. En la gramática de sus verbos rehuye el imperativo, no se habla de “tener que ser”. Es una “propuesta débil [...], que apuesta sin imponer, arriesgando toda decepción, pero que vale la pena cultivar: vive de las esperas cognitivas y no de la arrogancia del reglamento”¹⁰⁸.

Podemos decir, por tanto, que el llamado fraternalismo si, por un lado, conserva una matriz liberal, pluralista y anti-dogmática, que rehuye las verdades absolutas que deben imponerse a los demás; por otro lado, se basa en el principio de solidaridad, tanto vertical (desde el Estado al ciudadano), como horizontal (entre los ciudadanos). No se trata de un modelo puramente

¹⁰⁷ La referencia es en primer lugar a J. WALDRON, “A Right to Do Wrong”, *Ethics*, 1981, p. 21 ss., ahora en ID., *Liberal Rights*, Cambridge, 1993, p. 63 ss., que ha abierto la cuestión acerca de si existe un derecho moral a hacer lo que es moralmente equivocado. Véase también A. OLLERO, “Derecho a lo torcido”, en V. PUIG (coord.) *El fraude del buenismo*, Madrid, 2005, p. 63 ss.; y las diferentes contribuciones sobre el tema presentes en *Ragion pratica*, 2005: F. BIONDO, B. CELANO, “Premessa”, p. 13 ss.; D. ENOCH, “Il diritto di violare un proprio dovere”, p. 17 ss.; A. HAREL, “Esiste un diritto a sbagliare fondato sull’autonomia?”, p. 39 ss.; G. ØVERLAND, “Il diritto a sbagliare. Sul presunto diritto morale di fare ciò che è moralmente sbagliato”, p. 59 ss.; E. GARZÓN VALDÉS, *I limiti del diritto a sbagliare: multiculturalismo, paternalismo e tolleranza*, p. 81 ss.; E. DICIOTTI, “Preferenze”, cit., p. 99 ss.; F. BIONDO, *La disobbedienza civile tra testimonianza ed efficacia*, p. 119 ss.; A. SPENA, “Un diritto di agire in modo penalmente illecito?”, p. 139 ss.; N. GULLO, “L’abuso del diritto nell’ordinamento comunitario: un (timido) limite alla scelta del diritto”, p. 181 ss.

¹⁰⁸ Cfr. E. RESTA, *Il diritto fraterno*, Roma - Bari, VI ed., 2011, *passim*, spec. p. 134, (n. del t.). Sobre el tema, de lo mismo Autor, consulte “El derecho fraterno. Igualdad y diferencia en el sistema de derecho”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1994, p. 187 ss.; y “La comunidad inconfesable y el derecho fraterno”, en H. SILVEIRA (ed.), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, 2000, p. 211 ss. Sobre el tema véase también S.R. MARTINI VIAL, “Direito Fraterno na Sociedade Cosmopolita”, *Contribuciones desde Coatepec*, num. 12, 2007, p. 123 ss.

liberal, porque el Estado social de derecho tiene la obligación de llevar a cabo actividades concretas en favor de los intereses protegidos por el reglamento a partir de los derechos fundamentales. Esta perspectiva ‘fraterna’, por otra parte, es incompatible con las formas reales de paternalismo, porque el principio de solidaridad y la necesidad, relacionada con él, que pretende eliminar los obstáculos que limitan la libertad y la igualdad de los ciudadanos, contemplan el derecho de todos a perseguir “su propio bien” incluso gracias al auxilio ofrecido por el Estado u otros asociados, pero este auxilio debe ser libremente aceptado y no puede ser impuesto sobre la base de supuestas visiones racionales y absolutas de lo que constituiría el “verdadero bien”.

La visión fraterna del derecho penal, en fin, puede legitimar esas normas que pretenden ‘mantener’, dentro de ciertos límites, las elecciones a primera vista autolesivas, cuando estas pueden ser el resultado de errores o limitaciones cognitivas, incluso de acuerdo con las adquisiciones más recientes en las neurociencias. El Estado, por lo tanto, no parece legitimado a comportarse como un ‘padre’, sino más bien como una especie de “hermano” mayor con la tarea de proponer, dirigir hacia la superación de estas limitaciones cognitivas, sin imponer una visión totalizante del bien de los demás.

MARIO CATERINI
Università della Calabria
Dipartimento di Scienze giuridiche
Via P. Bucci, Cubo 3/b
87036 Rende (Cs)
Italia
e-mail: mario.caterini@unical.it

DE LA IGUALDAD FORMAL A LA IGUALDAD MATERIAL. CUESTIONES PREVIAS Y PROBLEMAS A REVISAR

FROM A LEGAL EQUALITY TO A MATERIAL EQUALITY.
PRELIMINARY QUESTIONS AND ISSUES TO REVIEW

JOSÉ MARÍA SECO MARTÍNEZ
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Fecha de recepción: 30-6-15

Fecha de aceptación: 1-12-15

Resumen: *La idea de igualdad, tal y como se ha configurado en las sociedades modernas, tiene dos caras o dimensiones. Una es jurídico-formal; la otra es material. La primera es la que se ha impuesto en nuestros sistemas normativos y se configura como un derecho subjetivo de todos los ciudadanos frente al Estado. Sin embargo, esta dimensión formal de la igualdad reduce el problema de la efectividad de los derechos, a una consideración de eficiencia normativa y los aísla del resto de dimensiones de la realidad, incluidas las condiciones materiales que permiten alcanzarla. La segunda, en cambio, responde a esa necesidad histórica de que "los seres humanos" puedan "existir", con condiciones materiales de posibilidad, es decir, para que puedan seguir haciéndolo. Desde esta perspectiva, para lo que nos interesa aquí, partiendo de la base de que jurídicamente no se acaba de dar una respuesta satisfactoria al problema de la igualdad, pretendemos deletrear aquí algunas de las vías para superar el estancamiento de la idea de igualdad en los sistemas democráticos occidentales, para arriesgar después caminos y algunas respuestas.*

Abstract: *The idea of equality, as established in modern society, has got two different aspects or dimensions: the legal-formal and the material aspects. That first one has prevailed in our normative systems and it is considered as a subjective right for all the citizens in the face of the State. However, this formal dimension of equality reduces the problem of the effectiveness of the rights to a consideration of normative efficiency, and it isolates them from reality, including the material conditions that make get it. The second dimension gives an answer to the historical necessity that "human beings" can "exist" with material conditions*

of possibility. Since legally no answer has been given to the problem of equality, in this article I will try to show some procedures to overcome the stagnation of the idea of equality in the western democratic systems, as well as some answers.

Palabras clave: igualdad, materialismo, democracia, justicia social, pluriidentidad, derechos humanos
Keywords: equality, materialism, democracy, social justice, multiidentity, human rights

1. INTRODUCCIÓN. LA IGUALDAD COMO EXPERIENCIA HISTÓRICA

El paso del tiempo ha dejado entrever reflexiones de muy distinto signo acerca de la idea de igualdad. Desde la antigüedad hasta nuestros días, la experiencia de los años ha estado jalonada de concepciones y experiencias diversas de igualdad. Esta diversidad de enfoques o perspectivas sobre la igualdad ha suscitado en muchos autores la idea de que la igualdad es un concepto impreciso o ambiguo, susceptible de ser entendido de maneras muy distintas. Es cierto que no abundan las definiciones que especifiquen con claridad a qué nos estamos refiriendo cuando hablamos de igualdad y que, como bien apunta el Prof. Ruiz Miguel, se trata de un concepto que se resiste a la igualdad teórica “en el sentido de que no admite la unidad conceptual ni es reductible a un denominador común”¹.

En su acepción tradicional, tal como la encontramos en pensadores de la antigüedad clásica griega, como Platón y Aristóteles y posteriormente en Santo Tomás, el concepto permanece ambiguo en su contenido. Sin embargo, desde entonces el concepto ha ido evolucionando hasta alcanzar en la actualidad una significación decisiva para la legitimación de los procesos políticos.

En la antigua Grecia el término Isonomía (ισονομία) venía a significar lo que hoy conocemos como “igualdad ante la ley” y fue decisiva en la aparición

¹ Para este autor, siguiendo en este punto la senda de Peter Westsen, “todas las concepciones de igualdad presuponen un concepto común, que comprende elementos esenciales y constantes”. A. RUIZ MIGUEL, “Sobre el concepto de Igualdad”, en M. CARBONELL, *El Principio Constitucional de Igualdad*, Comisión Nacional de Derechos Humanos de México, México D.F., 2003, pp. 41 y 42. Como concluye este autor, parafraseando a Fitzjames Stephen “la igualdad es una palabra tan amplia y vaga que por sí sola carece casi de significado. Pero hay que insistir en el “casi” para concluir que, por magro que sea su contenido, la idea de igualdad no es tautológica ni, por tanto, vacía”. *Ibid.*, p. 63.

de la futura democracia ateniense. Básicamente representaba la igualdad de derechos civiles y políticos entre los ciudadanos. Era la metáfora política que mejor sintetizaba la idea de democracia, en contraposición a las prerrogativas ilimitadas de la tiranía. Curiosamente, era el que más se utilizaba entonces para designar y/o definir a los regímenes democráticos, antes de que el concepto de democracia se generalizara por el imaginario. Se debe a Platón la primera aproximación a la idea de igualdad económica entre todos los sujetos como valor fundamental para la convivencia. Es más, el modelo de democracia ateniense era decisivamente funcional a la idea de igualdad. Así se colige del mismo Aristóteles cuando define a la democracia como aquella en la que coinciden la isonomía (igualdad ante la ley), la isocracia (igualdad en la toma de decisiones o ante el poder), y la isogonía (igualdad de todos para intervenir en la administración, con las mismas limitaciones para acceder a la condición de ciudadano)².

Esta filosofía, difundida en la sociedad grecorromana, fue concibiendo con el paso del tiempo y la llegada del cristianismo la idea de cosmopolitismo³, en virtud de la cual todos los seres humanos eran iguales, en tanto que hijos de Dios⁴. El concepto de igualdad que propone el cristianismo es, por tanto, un concepto de igualdad teológica, no de igualdad material, entendida esta última como condición de posibilidad de los seres humanos. Es decir, para la mayoría de los teólogos cristianos medievales la “igualdad teológica”

² Dice el propio Aristóteles “parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero ni para todos, sino para los iguales; y la desigualdad se muestra justa y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”. ARISTOTELES, *Política* III, 9, 1280 a.

³ Del griego cosmos (Κόσμος), sinónimo de universo, y polis (Πόλις), sinónimo de ciudad. Sin que esta identificación pueda desmerecer la complejidad semántica del concepto de cosmopolitismo, que ha ido variando históricamente hasta desembocar en la idea de universalismo moral de la ilustración. Es cierto que la idea de cosmopolitismo ha sido una constante en la tradición occidental, pero también también lo es que se trata de un concepto polisémico, que se ha ido forjando con el paso del tiempo. Sobre el concepto de cosmopolitismo V. a L. SCUCCIMARRA., *I confini del mondo*, Il Mulino, 2006. En este paso, el *hominum societas* descrito por Cicerón en de *Officiis* se libera de su acepción primigenia como conjunto de relaciones sociales, para adaptarse a las exigencias de un modelo cada vez más complejo de relaciones múltiples y contradictorias, donde lo particular coadyuva a lo universal. “La gran *societas de la humanidad* se invirtió, durante el 700, desde el ideal de Cicerón, como principio ético basado en la idea de proximidad intersubjetiva, a una ética de la política más ilustrada y compleja, desde la interacción entre lo universal y lo particular”. *Ibid*, p. 416.

⁴ La Epístola a los Gálatas de San Pablo dice textualmente: “Por la fe de Cristo Jesús todos somos hijos de Dios. Ya no hay más judío ni griego, ni esclavo ni libre, varón o hembra: todos vosotros sois uno en Cristo Jesús ()” (San Pablo, 3,26,29).

se compadecía perfectamente con la desigualdad social. Ello no obstante, el cristianismo tenía un marco de comprensión éticamente cercano a la idea de justicia, entre otras cosas, porque enraizaba directamente en la ley mosaica. De modo que recibió de ella, como parte de su legado, la tradición del *mišpat*. Un concepto jurídico interesante relacionado con la idea de igualdad ante la ley y la tutela judicial de los pobres y oprimidos. En el pensamiento cristiano antiguo o medieval no existió una referencia explícita a la idea de igualdad. Lo que sí hubo fue un reconocimiento ético de la idea de justicia, que emanaba de esta tradición judía⁵. De este modo, la filosofía cristiana, poco a poco, fue diseñando un marco cognitivo que asumido, por el derecho romano, fue mejorando la situación de los esclavos, de los niños y de las mujeres, cuyas condiciones de posibilidad ahora eran más altas que en la sociedad romana. Tales ideas fueron desarrolladas más tarde por los Padres de la Iglesia (San Basilio, San Juan Crisóstomo, San Atanasio, etc), dando paso a un sentido más social y limitado de la propiedad y de las leyes.

Más tarde, sería Santo Tomás de Aquino quien apuntalara las bases del orden jurídico medieval, retomando las ideas de Aristóteles y de San Agustín de Hipona y afirmando que existe, además del derecho impuesto por los hombres, un derecho natural, que ningún hombre o gobierno puede obviar. La doctrina cristiana postulaba entonces la existencia de dos reinos distintos, el temporal y el espiritual, y cada uno merecía lo suyo. Ante el problema de la conciliación de los intereses individuales y los sociales, S. Tomás de Aquino afirmó, en su obra *Suma Teológica*, que si existía un conflicto entre lo social y lo individual, debía prevalecer el bien común, que no era sino el reclamo de la exigencia igualitaria del cristianismo. Pero, por el contrario, si el conflicto afectaba a la esfera íntima del ser humano y a su salvación, en ese caso prevalecería el bien del hombre frente al de la sociedad. En este sentido, de existir un conflicto patente entre el derecho y el Derecho natural, del pensamiento tomista se desprende la existencia de un “derecho de resistencia” contra el arbitrio de los gobernantes. He aquí la antesala de la igualdad política

Con la llegada de la modernidad y sus procesos de democratización (igualdad y pluralismo)⁶ y de secularización (des-sacralización, politeísmo

⁵ El Nuevo Testamento está plagado de parábolas y/o enseñanzas frente a la injusticia, la intolerancia o el egoísmo en el uso de los bienes.

⁶ Sobre el principio democrático y la relación con el principio de igualdad V. P. BARCELONA, *El individualismo propietario*, Trotta, Madrid, 1996.

de valores, etc) el concepto de igualdad adquiere una nueva dimensión. Sin embargo, pese al potencial performativo y transformador de ambos procesos, lo cierto es que ambos acabarían pronto siendo supeditados, según la lógica del capital, para restringir el ascenso de las nuevas emancipaciones que competían por acceder el espacio social conquistado por la burguesía. Es importante insistir en este punto, especialmente en lo que hace a los procesos modernos de secularización, pues si pretendemos restaurar la dimensión material del principio de igualdad, es preciso elucidar primero que tales procesos no consiguieron desacralizar la realidad histórica⁷.

Por tanto, con los procesos revolucionarios de la modernidad, la idea de igualdad asume (sólo de manera superficial) la inexistencia de un fundamento natural o externo, léase metafísico, revelando al fin su carácter más convencional e histórico, que ahora se expresa a través de las palabras de la ley, es decir, del Derecho. El campo de la igualdad ya no se disuelve en el plano teológico, sino en el orden de las palabras. Y en tanto que palabras, éstas no son ya divinas (deicidio), sino humanas, pero son pronunciadas por otro "sujeto creador", igualmente metafísico. Irrumpe así en el contexto socio-cultural de la modernidad (s. XVIII) la lucha por la igualdad jurídica, que ahora se sintetiza en el reconocimiento de los derechos inherentes e inalienables de los hombres. Las Declaraciones de Derechos de 1776 y de 1789 constituyen la culminación de esta nueva visión de la idea de igualdad, que ahora cristaliza en la expresión "todos los hombres nacen libres e iguales en Derechos". Así rezaba el artículo 1º de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789.

Así las cosas, el designio igualitarista de la modernidad, que proclamaba la igualdad jurídica y reivindicaba, al menos al principio, la igualdad económica entre todos los sujetos, no tardará en ensamblarse con el individualismo. Este hecho y la lógica propietaria a la que se debía el nuevo orden socio-económico hegemónico (el burgués), desactivaron el potencial emancipador

⁷ Por muy secularizadores que fueran tales procesos, lo cierto es que apenas consiguieron secularizar la realidad. Creyeron que bastaría con la eliminación de los símbolos religiosos y la relegación de la religión al espacio privado. Pero nada hicieron para cambiar las formas vigentes de conocer, que seguirían profundamente marcadas por la tendencia a absolutizar la realidad. Se atacaron los contenidos premodernos, pero permanecieron intactas sus formalidades, que seguían siendo metafísicas. Unas formalidades que, con el tiempo, serían ocupadas por el sujeto, la razón y la nación. Se "reemplazaba al Dios creador de las verdades y los valores eternos por el Sujeto creador". P. BOURDIEU, *Meditaciones pascalianas*, Barcelona, Anagrama, 1999, p. 152.

del principio democrático. La idea moderna de igualdad acaba siendo, de la mano de la dominación burguesa capitalista y de la ideología positivista en las ciencias, una idea de igualdad hipostasiada, léase formal. En otras palabras, la idea de igualdad se evade del terreno de lo humano, es decir, de la praxis real de los hombres (con sus problemas y sus necesidades), para recalar en una idea de igualdad pretendidamente neutral y objetiva, solo predicable de sujetos igualmente formalizados, es decir, de sujetos abstractos, sin necesidades y alejados de la praxis concreta de los seres humanos y su contingencia. Nos referimos al sujeto de derecho o persona jurídica. Un sujeto que se compadece poco con el ser humano, como sujeto necesitado, porque ni se identifica con todos los sujetos (solo con el ciudadano), ni reconoce sus problemas.

La convergencia modernidad/capitalismo fue el resultado de la colonización que de la modernidad llevo a cabo el capitalismo. Se produce, por tanto, un desplazamiento en la categoría del sujeto: del hombre al ciudadano, que es el buen burgués, y de éste a la persona jurídica, como centro de imputación de derechos y deberes, es decir, con capacidad para contratar y obligarse jurídicamente. Una modalidad de sujeto predicable no ya sólo de los ciudadanos, sino también de las empresas.

Con este desplazamiento en la figura del sujeto, la idea de igualdad adquiere dos dimensiones: la igualdad formal y la igualdad material. La primera se centra en el principio de igualdad ante la ley, al tiempo que se aleja de la praxis social (contingencia). La segunda cristaliza en las luchas sociales por la igualdad sustantiva o derechos sociales de las personas, particularmente en la segunda mitad del siglo XX, que es cuando accedemos a una conciencia de universalidad y de humanidad, especialmente en lo que hace a los derechos de las personas (derechos humanos).

En definitiva, la idea de igualdad hay que entenderla como proceso histórico⁸ de emancipación. La igualdad es un producto de la acción humana. Se inscribe, por tanto, en la experiencia histórica de construcción de realidades, que es siempre experiencia subjetiva de los sujetos que las construyen a lo largo de la historia. Fuera de la acción humana no hay nada en la historia. Por eso las prácticas sociales de igualdad son prácticas históricas y, como tales, pese a las limitaciones de cada tiempo, están ubicadas en ese proceso histórico de lucha por la igualdad de los seres humanos.

⁸ V. A. PEREZ LUÑO, *Dimensiones de la igualdad*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 16 y ss.

2. NOTAS PREVIAS PARA UNA REVISION DEL CONCEPTO FORMAL DE IGUALDAD

Como ya hemos visto, con la llegada de la modernidad y sus expectativas igualitaristas irrumpe un sistema de regulación de las relaciones sociales, basado en la idea de igualdad jurídica, representada en un modelo de ciudadanía que presuponia, por una parte, el reconocimiento de los derechos inherentes e inalienables de todos los hombres; y, por otra, la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley que, como bien apuntaban las Declaraciones de Derechos “deberá ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga” (art. 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789”).

Y es que la igualdad, con sus perspectivas, posibilidades y definiciones, constituye ahora, como entonces, uno de los problemas cruciales del pensamiento jurídico político⁹. No en vano, se reafirma como uno de los hitos en la cultura occidental. Le asiste una tradición de casi dos siglos que la apun-tala como uno de los pilares de la conformación histórico cultural moderna. Quiere decirse que la igualdad es una de las categorías políticas centrales de la modernidad y sus procesos (democratización y secularización), que refluye en un modelo, inédito hasta entonces, de ciudadanía. La sustitución, por una parte, del vínculo social ontológico (el zoom politikon aristotélico) por un vínculo social instituido como fundamento absoluto del sistema marco de la modernidad, representado en el “individuo” como sujeto racional (de derechos) y disociado¹⁰; y, por otra, la asunción de la idea de nación –reflejo idealista y anónimo de la burguesía como clase¹¹–, como la unidad política

⁹ Como bien apunta Fernando Rey, el concepto jurídico de igualdad “es más potente y denso que nunca”. F. REY, “El principio de la igualdad en el contexto de la crisis del Estado Social: Diez problemas actuales”, en M. PRESNO (Coord.) *La Metamorfosis del Estado y el Derecho*, Fundamentos, Oviedo, 2014, p. 8. Cfr. con J. HERRERA y R. RODRIGUEZ, “Legalidad: Explorando la nueva ciudadanía”, en VV.AA, *Campos de juego de la ciudadanía, El Viejo Topo*, Barcelona, 2003.

¹⁰ Es decir, “totalmente abstraído de la herencia social, de los trabajos de socialización realizados por la sociedad que les preexiste”. J.R. CAPELLA, “La ciudadanía de la cacotopía. Un material de trabajo”, *El Vuelo de Ícaro*, num. 2-3, 2001-2002, p. 8.

¹¹ La burguesía se llamará a partir de ahora Pueblo, Nación, Patria. La nación será su conciencia de clase. Su idea colectiva e indisoluble de grupo social (de nacionales//ciudadanos) constituido en el Estado. Su voluntad será la voluntad general. Una voluntad que se concibe como “algo objetivo, intemporal, sagrado como la verdad. Es la verdad de la nación” (J.A. MARINA, *Los sueños de la razón. Ensayo sobre la experiencia política*, Anagrama, Barcelona, 2003, p. 176). Se hacía de ella una entidad metafísica. Por eso tiene un “horror instintivo a las divi-

fundamental –que vertebraba todo el sistema político, canalizaba el ejercicio de los derechos y aseguraba la lealtad social–, cristalizaron en el ciudadano (con “capacidad jurídica” y en condiciones de igualdad), como único esquema posible y convencional de articular las relaciones dentro de los Estados, esto es, como modo de legitimación y como mecanismo de integración social dentro de la comunidad.

De este modo, la idea de individuo como fundamento social absoluto e instituido y la idea de nación como entidad metafísica, como base natural del Estado –no como uno de sus elementos constitutivos¹²–, fueron aquilatando una nueva manera (la moderna) de pensar y prefigurar las relaciones sociales, frente a la estratificación estamental de las sociedades pre-modernas o “irracionales”. La sociedad moderna nació como una sociedad individualista y patriarcal, pero sobre todo lo hizo como una sociedad de sujetos autónomos e iguales jurídicamente –el designio igualitarista de la modernidad deviene así en igualdad formal– que se definen como propietarios y como ciudadanos¹³.

Ahora bien, este esquema (plano y monista) de ciudadanía, ensamblado en el individualismo y predicable sólo de sujetos abstractos¹⁴, debidamen-

siones, a las escisiones, a las minorías, maldice como atentatorio contra su Majestad todo lo que puede compartir su voluntad, (...) todo lo que pueda crear en ella diversidad, pluralismo, divergencia”. Su “colectividad es indivisa, su sufragio universal es indiviso, de donde surge una asamblea unitaria que segrega a su vez un gobierno indiviso, que produce una nación también indivisa: todo el jacobinismo, todo el sistema de centralización, de imperialismo, de absolutismo, proviene de esta forma de idealismo popular”. E. MOUNIER, “Anarquía y personalismo”, en *Obras Completas*, Vol. I, Salamanca, Sígueme, 1992, p. 799; Cfr. con R. PALMER, *The Improvement of Humanity, Education and the French Revolution*, Princeton University Press, Princeton, 1985.

¹² La nación entendida como colectividad orgánica no es uno de los elementos que constituyen el Estado, sino el elemento por el que este se constituye, entre otras cosas porque se identifica con él.

¹³ Sólo el ciudadano tenía derechos. Porque aunque estos se considerasen naturales, esto es, previos a la idea de Nación, sólo esta posibilita su verdadera materialización. En verdad, se trataba de una cuestión más que de naturaleza, de nacionalidad. El no nacional, el apátrida, carece en realidad de esos derechos, en la medida en que carece de los cauces para poder ejercerlos políticamente. Y el ciudadano ahora es el burgués nacional, blanco y, sobre todo, propietario. No por casualidad la propiedad se erigía en el presupuesto pre-jurídico del que provenían los derechos.

¹⁴ O lo que es lo mismo, des-corporeizados y alejados de la contingencia. Digamos que ya no son hombres, sino ciudadanos con capacidad jurídica (persona jurídica), esto es, como referencia para la imputación de derechos y deberes. V. A. HELLER, *Una Filosofía de la Historia en fragmentos*, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 32 y ss.

te formalizados en un status de igualdad tan artificial¹⁵ –fruto de la ficción voluntarista-idealista de la autonomía de la voluntad– como descontextualizado, opera como un estatus ontológico que presupone no ya solo la formalización jurídica de los derechos, sino el sometimiento a un estatuto jurídico-político específico en el sentido más territorial de sus límites. Como se verá, se trata de un concepto formal de ciudadanía en el que, pese a que presupone la igualdad jurídica, prevalece la exclusión sobre la inclusión, más aún, la regulación sobre la emancipación. Esta concepción, por así decirlo, clásica de igualdad se trenza y define desde la aceptación de preconcepciones inamovibles e intemporales que la condicionan de principio a fin, entre otras cosas, porque enraíza más en la idea estática de igualdad formal o estatus que en la de contrato –que, por otra parte, es también ficticia e ideológica–. La defensa del estatus equivale a consolidar un complejo diferenciado y fragmentario y, por ende, jerárquico de relaciones entre clases, comunidades y grupos de ciudadanos¹⁶, que se explicita en la disimilitud estructural, pero funcional a las exigencias del orden vigente, de sus facultades y derechos.

La igualdad formal es, por tanto, la dimensión de la idea de igualdad que más relevancia ha obtenido en los sistemas normativos occidentales. Se identifica, básicamente, en las sociedades modernas con el principio de igualdad de todos ante la Ley. O lo que es lo mismo, se reconoce a todos los sujetos el mismo estatuto jurídico-político. En nuestro sistema normativo¹⁷, por ejemplo, la idea de igualdad se concibe no ya solo como un valor superior –horizonte de posibilidad para las leyes–, sino como un derecho subjetivo¹⁸ de

¹⁵ V. P. BARRY *Ser ciudadano*, (trad. de A. Mendoza del original *Deep Citizenship*, Pluto Press, 1996) Sequitur, Madrid, 1999, p. 9.

¹⁶ V. R. LUSTIG, “Libertad, corporaciones y el nuevo liberalismo”, en F. BAUMANN, *¿Qué es el capitalismo democrático? Esclarecedores ensayos para una definición de este polémico tema*, Gedisa Barcelona, 1988, pp. 153-154.

¹⁷ Cfr. L. RONCONI y L. VITA, “El principio de igualdad en la enseñanza del Derecho Constitucional”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, Buenos Aires, num. 19, 2012, pp. 31-62. V. asimismo a DIDIER, M., *El principio de la Igualdad en las Normas Jurídicas*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2011, pp. 11-19.

¹⁸ O lo que es lo mismo, una obligación a los poderes públicos para propiciar ese trato igualitario y, al mismo tiempo, un límite al ejercicio del poder legislativo. Es decir, la noción formal de igualdad debe ser entendida en función de un conjunto de exigencias prescriptivas, a saber: (I) *La exigencia de generalidad*: Pues “*todos*” los ciudadanos están sometidos a las mismos mecanismos normativos e institucionales. La ley debe tratar por igual a los iguales, no dispensando soluciones o tratamientos desiguales a quienes se encuentren en circunstancias idénticas. El principio de igualdad exige, por tanto, que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho

todos los ciudadanos frente al Estado. En esto consiste la igualdad formal. Ahora bien, para que el principio de igualdad ante la ley –todos estamos en la misma situación frente a los efectos de la ley– sea pertinente y no pierda su objeto, la “igualdad jurídica” (de la que a la vez forma parte) debe ser también igualdad en la aplicación de la ley (en situaciones idénticas la aplicación de la ley será la misma). Es decir, todos los ciudadanos están sometidos por igual a los procedimientos de aplicación de las leyes. Téngase en cuenta que el derecho y, por ende, las normas no son un fin en sí mismo; el derecho es útil a la consecución de fines y esto le confiere ese perfil “pragmático”, que tanto le caracteriza y que se sintetiza en la búsqueda de “operatividad”. De modo que solo puede haber inteligencia en el derecho si este se contextúa, no sólo en el marco de sus condiciones de producción legislativa, sino dentro del orden de la praxis, esto es, de su aplicación. Y ésta se alcanza a través de la “experiencia procesal”. La actividad de los juristas está dirigida no al simple conocer, “sino al conocer para actuar a través del proceso”¹⁹, de modo que la aplicación del mismo procedimiento a todos los ciudadanos no es solo una garantía de regularidad procesal frente a la administración. Antes bien, es una garantía funcional a nuestro propio modelo de Estado. Constituye, por tanto, “un referente indisponible para el ejercicio del poder político”²⁰. Cabe distinguir, en consecuencia, dentro del marco conceptual del principio

cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores carezca de justificación. (II) *La exigencia de equiparación*: Porque el trato igual, a quienes se encuentran en situaciones diferentes, no quiebra el principio de igualdad. Antes al contrario, le da cumplimiento, porque no todas las personas se encuentran en situaciones idénticas. Desde esta perspectiva, la igualdad ante la ley contrae necesariamente el derecho a ser tratados en igualdad de condiciones, pese a ser distintos, esto es, sin ser iguales que los demás. El derecho a la igualdad impide tratar desigualmente a los iguales, pero no excluye la posibilidad de que se trate igualmente a los desiguales. En otras palabras, el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten injustificadas de acuerdo con los criterios y las prácticas socialmente aceptadas; y (iii) *la exigencia de diferenciación*: puesto que, *al fin y al cabo*, el derecho a la diferencia se subsume en el derecho a la igualdad –sólo adquiere sentido como parte del mismo–, de la misma forma que la idea de igualdad presupone, como condición previa, la existencia de desigualdades. Esto no quiere decir que este tipo de actuaciones, en la medida en que generan efectos distintos en determinados ciudadanos, puedan adoptarse sin más exigencia normativa que la libre apreciación del legislador.

¹⁹ R. ORESTANO, *Introducción al estudio del derecho romano*, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 1997, pp. 364 y 413.

²⁰ M^ºJ. AÑON, “Igualdad y procedimiento administrativo especial para inmigrantes”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 14, 2007, p. 18. Cfr. también con Id., *Igualdad, diferencias y desigualdades*, Fontamara, México, 2001.

de igualdad formal ante la ley, dos planos o sentidos que, siendo distintos, se complementan recíprocamente.

La idea de igualdad, más allá de su dimensión formal, se define, como ya se ha apuntado, como proceso histórico de emancipación. Quiere esto decir que la idea de igualdad no se agota sólo en la igualdad jurídica. Al contrario, se ve potenciada y realizada por la disposición “histórica” de democratizar la sociedad y de mejorar la vida de las personas. A esta “disposición” ética e histórica basada en la producción y desarrollo de la justicia social como criterio y principio para la acción, responde esta propuesta material de la idea de “igualdad”. La igualdad ante la ley, por tanto, no puede desplegar sus potencialidades emancipadoras si se aísla de las condiciones de posibilidad (materiales/reales) de los seres humanos. La idea de igualdad carece de plenitud sin acciones predispuestas, que desarrollen la igualdad real entre las personas.

De modo que frente a la concepción homogénea e igualitaria de ciudadanía como estatus único e indiferenciado predicable de todos los miembros –que no son todos los sujetos– de la comunidad política, la realidad compleja de nuestras sociedades ha evidenciado tendencias muy variadas de diferenciación//exclusión, que se traducen en un re-ajuste estructural de funciones y//o derechos dentro de la sociedad. Basta con reparar en el tratamiento cada vez más expeditivo que, en el marco interno de los Estados, adquiere, por ejemplo, la regulación del fenómeno de la inmigración, para visualizar, por una parte, la magnitud de los procesos de fortificación de la ciudadanía como estamento privilegiado –léase diferenciado y dualista– frente a sectores cada vez más amplios de la población; y, por otra, el triunfo de la regulación (autoridad) sobre la emancipación en un contexto socio-económico, cuya racionalidad es la irracionalidad de sus condiciones de producción.

Ahora bien, esta tensión divergente de igualdad (exclusión-inclusión, regulación-emancipación), es el preludio de otra más esencialista que se desmarca de los sujetos, porque se abstrae de sus condiciones materiales de posibilidad, esto es, de su reproducción. El resultado de esta tendencia absolutista no puede ser otro que su descontextualización²¹ tanto de la situación de

²¹ Digamos que esta tendencia se inscribe en la tradición filosófica cartesiana que descontextualiza el conocimiento, hasta el punto de que este puede llegar a existir de manera independiente de aquellos que propiciaron su producción. Ello equivale a ignorar los intereses y las experiencias de quienes fueron sus productores. Es decir equivale a absolutizar. Esta visión ha sido y es criticada abiertamente por la epistemología y ontología feministas, que

los sujetos, como de los procesos sociales que programaron sus límites por medio del reconocimiento de los derechos²². Este modelo de ciudadanía se separa y aleja así de toda cuestión relacionada con la justicia social y con la realidad de los ciudadanos como sujetos realmente necesitados. Se condensa en torno a postulados indiscutibles de los cuales partir y sus descripciones son cerradas (dogmáticas), porque bloquean los caminos y retienen las alternativas. Su configuración se articula siguiendo un esquema marcado por una secuencia que discurre de la fragmentación a la absolutización. Su estatus es ontológico porque sus proposiciones son a-históricas, como descontextualizadas y externas son sus condiciones de producción.

Planteada en estos términos, este modelo de ciudadanía como proyección formal de la idea de igualdad condensa tendencias contradictorias, pero también procesos de sustancialización de sus contenidos, que se inscriben en una lógica absoluta y reduccionista²³. Hablar hoy de ciudadanía es hablar de

apuestas por una teoría del conocimiento material no marxista en el sentido de considerar que el conocimiento siempre es generado como parte y producto de la experiencia humana. Nada se puede separar del contexto donde es producido (L. STANLEY y S. WISE, *Breaking Out Again. Feminist Ontology and Epistemology*, Routledge, New York 1993, pp. 191-192 y 228). Con esto no queremos decir que el conocimiento deba prescindir de nociones o conceptos. Básicamente operamos con conceptos, en la medida en que somos, actuamos y conocemos. No nos limitamos a actuar, también somos sujetos cognoscentes. Podemos utilizar la abstracción, para conocer la realidad concreta. De hecho, lo hacemos en los procesos empíricos, mediante la creación de "metáforas, de imágenes, de figuras, de estereotipos, de modelos, de categorías, de símbolos, de mitos y otras formas intelectivas que son solamente y siempre el resultado de «representaciones» empíricas basadas en la experiencia" (R. ORESTANO, *Introducción al estudio del derecho romano*, cit., p. 427). De otro modo no sabríamos enfrentar la complejidad (que siempre nos sobrepasa) de lo real. Pero debemos hacerlo desde la cercanía y la invocación del contexto, dando entrada a lo que el propio conocedor sabe del mundo. Hay que contextualizar el conocimiento, recurriendo a su necesaria complejización. En definitiva, si descontextualizamos el conocimiento, potenciamos su absolutización. V. E. MORIN E., AB. KERN, *Tierra-Patria, Kairós*, Barcelona, 1993, pp. 191-192. Asimismo, cfr. B. SOUSA SANTOS, *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, Desclée, Bilbao, 2003, pp. 50 y ss.

²² El poder constituyente es limitado y aprisionado por el Estado constitucional capitalista con el objeto de que la ciudadanía se constriña a esquemas pre-establecidos, que favorecen las relaciones productivas hegemónicas y la desigualdad. En este sentido, el constitucionalismo es una doctrina jurídica que conoce sólo el pasado, se referencia a tiempos ya transcurridos, a las potencias consolidadas y a su inercia. Cfr. con A. NEGRI, *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Libertarias/Prodhufi, Madrid, 1994, especialmente el primer capítulo.

²³ O lo que es lo mismo, una tendencia (a) a *reificar* sus límites, hasta el extremo de prescindir de la contingencia de los sujetos, como sujetos necesitados, y de sus prácticas sociales;

una ciudadanía que se construye desde la igualdad jurídico-formal, pero que se fortifica a espaldas de los sujetos concretos²⁴. Lo que contrasta sobremedida con la que ha sido la aspiración secular de la idea de igualdad, desde su carácter más sustantivo: la reacción frente a la abstracción del Estado liberal que reconoce únicamente “la igualdad de todos ante la ley”, pero que ignora las diferencias socioeconómicas. Por eso, la idea de igualdad en su vertiente material se concibe como un proceso reflexivo que ha elucidado, con sus luchas sociales por los derechos humanos, nuevas relaciones de justicia y la distribución de bienes en una sociedad. Por eso se vincula a los problemas/necesidades (de las personas) en el espacio y el tiempo en los que se inserta. De ahí su innegable complejidad e historicidad. Quiere decirse que los principios de igualdad formal y material no son antitéticos²⁵. Antes al contrario, se enriquecen y se complementan recíprocamente²⁶.

Desde esta perspectiva, la igualdad es un concepto relacional, que se traduce en un deber básico y normativo²⁷ de reparar las situaciones de desigual-

(b) a objetivar su contenido hasta hacerse sustancial (*sustancialismo*) y confundirse con la realidad (*hipóstasis*). No hay más ciudadanía que la *que se piensa* en detrimento de la *que ejercemos*, su configuración es estática, sus perfiles son absolutos y su reconocimiento comienza y termina en un texto legal. En definitiva, no discierne la complejidad del mundo, por eso simplifica y aísla (fragmenta) los problemas.

²⁴ Como bien apunta Fernando Rey, hoy “se produce una interesante paradoja: el concepto jurídico de igualdad es más potente y denso que nunca, pero su vigencia real se halla en trance de devaluación a causa de las crisis económica más devastadora de la que se guarda memoria”. F. REY, “El principio de la igualdad en el contexto de la crisis del Estado Social: Diez problemas actuales”, cit., p. 292; Vid, también a F. HINKELAMMERT, *Crítica de la razón utópica*, Desclée de Brouwer, Bilbao 2002; Id., *Democracia y totalitarismo*, DEL., San José, 1991; Id., *El mapa del emperador*, San José, DEL, San José, 1998; y, por último, Id., *El grito del sujeto. Del teatro-mundo del evangelio de Juan al perro mundo de la globalización*, DEL., San José, 1998.

²⁵ “Desde un punto de vista jurídico preciso, aunque igualdad real e igualdad formal son conceptos diferentes, (.) no cabe contraponerlos (.) Es decir, la igualdad real, en el Estado social, se ubica dentro del esquema conceptual de la igualdad formal: la igualdad real es una especie del género igualdad formal, cuando entre en juego algún criterio de diferenciación de trato jurídico a favor de grupos sociales en desventaja”. F. REY, cit., p. 294.

²⁶ V. M. BRAVO, “La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley”, en *Comentarios de la Constitución Española, XXX Aniversario*, Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 277-280; Cfr. También con J. MARTIN, “El concepto de igualdad en una democracia avanzada: un estudio de la Jurisprudencia del Tribunal constitucional”, *Revista Española de Derecho constitucional*, núm. 53, Madrid, Centro de Estudios constitucionales, 1998, p. 178.

²⁷ Un deber normativo que no se circunscribe únicamente a las desigualdades surgidas en la interpretación de las normas. A propósito del carácter normativo del principio de igualdad dentro de nuestro marco constitucional. V. a S. SANCHEZ y P. MELLADO, *El Sistema de fuentes en el ordenamiento español*, Ramón Areces, Madrid, 2010, p. 102.

dad socio-económica, a través de actuaciones, bienes o servicios. Es el reflejo de los llamados “derechos sociales”, entendidos como derechos subjetivos frente al Estado. Pero no sólo para evitar posibles discriminaciones normativas (igualdad ante la ley), sino para recibir además tratamientos jurídicos diferenciados en atención a su situación de objetiva de desigualdad social. La igualdad de hecho se configura, por tanto, como un verdadero derecho subjetivo a recibir un trato desigual y favorable, especialmente por quienes se encuentren en inferioridad o pertenezcan a colectivos especialmente discriminados u olvidados²⁸.

Los derechos sociales, como proyección histórica y convencional de la idea de igualdad, se configuran como un derecho subjetivo fundamental a recibir un trato jurídico desigual y favorable en orden a obtener la igualdad real. Es decir, en orden a que la “existencia” de todos/as sea factible en términos de dignidad. Por tanto, lo que se pretende esgrimir aquí no es una crítica ciega que pretenda deshacerse de la igualdad formal sobre la base de sus insuficiencias, antes bien, es una crítica sobre la base de que su conformación actual, léase formal, es el resultado de la confluencia de una serie de líneas diferentes, que han desactivado su carácter emancipador. No es suficiente hablar de igualdad ante la ley, cuando las personas no son iguales en la vida.

3. NOTAS PARA UNA TRANSICIÓN. LA IGUALDAD COMO INSTRUMENTO MATERIAL DE TRANSFORMACIÓN SOCIAL

El principio de igualdad es el punto de partida de un modelo social que privilegia, por un lado, la vigencia general de las normas frente a la arbitrariedad de quien detenta el poder (igualdad formal) –de ahí que se configure en uno de los pilares que apuntala el Estado de Derecho–. Pero, por otro, representa también, en el contexto de los sistemas democráticos, la idea de

²⁸ El principio de igualdad, por tanto, no sólo otorga el derecho a no sufrir discriminación (estatus negativo), sino que también confiere el derecho a recibir acciones positivas del Estado (V. R. ALEXANDER, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 417-418). Estas acciones pueden consistir: (i) en prestaciones (estatus positivo), como las ayudas económicas (subsidios) a desempleados, las pensiones mínimas, las becas, etc: o (ii) en acciones para favorecer la participación social y política de colectivos o grupos sociales tradicionalmente excluidos u olvidados de la agenda política (status activo), como, por ejemplo, las orientadas a la integración de la mujer en la esfera pública. V. el interesante trabajo de E. GARCÍA “La Igualdad constitucional y la interdicción de la discriminación”, *Revista de Derecho de la UNED*, núm. 16, 2015, pp. 251-256.

justicia social (como sinónimo de orden social justo). La declaración (formal) de igualdad de todos ante la ley deja de ser eficaz en democracia cuando los sujetos, “pretendidamente iguales” ante la ley, carecen de medios para ejercer con plenitud sus derechos.

El principio de igualdad formal no se puede desvincular del conjunto de los derechos sociales, que son, a fin de cuentas, su forma de realización histórica. O lo que es lo mismo, no se pueden realizar acciones conforme al principio de igualdad independientemente de la realización del conjunto de los derechos sociales, entendidos como derechos necesarios para poder existir con dignidad (es decir, como derechos humanos). Es precisamente en el carácter complementario de ambas dimensiones del principio de igualdad (formal y material) donde reside la legitimidad de un modelo social plenamente democrático. No podemos, por consiguiente, considerar las dimensiones de la idea de igualdad desde una visión individualizada o particularizada (formal o sustantiva o viceversa); sino que debemos entenderlas de manera holística, es decir, en función de la integración de sus dimensiones²⁹. No basta con tener los mismos derechos que los demás, porque para poder ejercerlos con plenitud, tiene el sujeto que estar (situarse) en las mismas condiciones que el resto. Poder elegir, poder ejercerlos, presupone las condiciones (de posibilidad) para poder hacerlo. El ejercicio formal de los derechos deviene imposible, en términos de igualdad, si no hay condiciones materiales para la realización de acciones conforme a tales derechos.

Ni que decir tiene que no se pretende hacer una revisión exhaustiva de todos los problemas, sino ubicarnos o posicionarnos donde pensamos que se pueden encontrar algunas de las claves para romper este bloqueo. Podemos decir, para empezar, que el principio de igualdad, desde su dimensión más sustantiva y/o material, se basa o apuntala, por una parte, en el respeto de la democracia como único escenario posible de superación del capitalismo y de realización de los derechos humanos, como condiciones (modos) materiales de posibilidad para poder vivir en condiciones de igualdad y, por otra, en las ideas de justicia social y de pluri-identidad, pues en ellas se contrae la necesidad histórica de igualar a quienes no están, no tienen, no pueden o no pertenecen.

²⁹ Lejos de ser contrapuestos han de entenderse de manera conjunta. Cfr., en este punto y desde la perspectiva de nuestro sistema constitucional, con O. ALZAGA y AAVV., *Derecho Político Español, según la Constitución de 1978 I*, (Constitución y Fuentes del Derecho), Ramón Areces, Madrid, 2010, p. 284.

3.1. El fortalecimiento de la democracia participativa como único espacio posible de superación del capitalismo

La democracia como proyecto histórico siempre se ha caracterizado en el campo político por la búsqueda de la justicia social y por la distribución del poder entre la gente. Las sociedades socialmente justas tienden a la práctica real, no ritual, de la democracia. En un contexto de igualdad política, social y económica ningún grupo o clase social puede llegar a monopolizar la tensión poder-democracia, hasta el punto de bloquear el autogobierno y reprimir las iniciativas del resto de la gente. La democracia entendida como elección de las políticas es la única idea-proyecto válida para construir sociedades más justas y equilibradas, esto es, más igualitarias.

Es por esto que el análisis que se pretende abordar dista bastante de solidarizarse con la defensa de la democracia liberal y parlamentaria, si bien refrenda la necesidad de asumir las conquistas y los principios de la democracia moderna. Pero no como el gran objetivo a batir, sino como el punto de partida de un proceso más amplio, en el que los ciudadanos puedan ejercer sus responsabilidades y elegir su destino, controlando los medios y participando en la vida pública. No es el momento de mirar atrás. No se trata de remozarlo todo, sino de profundizar en el autogobierno y en la conquista de espacios públicos de acción colectiva.

Con esto queremos decir que ya es hora de avanzar más allá de los límites del modelo de democracia que conocemos, de dar entrada a otras iniciativas que hagan a la democracia más real, esto es, más participativa. Si la política es un proceso temporal, el modelo de democracia participativa es más bien un porvenir que realizar. Por ello ha llegado el momento de exponer con claridad las contradicciones que los sistemas democráticos liberales o representativos han infringido al autogobierno ciudadano y a la idea de comunidad de intereses. Desde la antigüedad clásica, el vigor de la política, como expresión histórica de las soluciones a los problemas de la convivencia, ha sido siempre sinónimo de compromiso social. Pocos autores de los siglos XVII y XVIII dejaban de incorporar una Política a su Teodicea, a su Lógica o a sus Tratados³⁰. Lo cual contrasta sobremanera, por un lado, con el escepticismo o inhibición que florece hoy en nuestras democracias, como reflejo de ese otro desprestigio de la vida pública que hoy puebla la mente

³⁰ V. a E. MOUNIER, *Manifiesto al servicio del personalismo*, en *Obras Completas*, Vol. I., Sígueme, Salamanca, 1992, p. 717.

de los ciudadanos y, por otro, con el anuncio, que apresuran algunos, del fin de la era de los grandes gobiernos, como preámbulo del triunfo del sector privado³¹. Precisamente para restaurar el valor de la experiencia política como experiencia social decisiva, requerimos nuevas ideas y gobiernos que las impulsen, más allá de marcos conceptuales pre-políticos rígidos, rehenes de concepciones no expuestas al conflicto y al debate público.

Es cierto que la democracia representativa es la concepción de democracia que se ha globalizado merced a los programas hegemónicos de liberalización política, pero también lo es que en realidad, se trata de una concepción instrumental que pretende estabilizar la liberalización económica e impedir el deterioro de las instituciones frente a los efectos del capitalismo. El consenso liberal presupone la compatibilidad entre la liberalización económica y la política. No en vano, desde los orígenes de la democracia liberal representativa, elecciones libres y mercados libres siempre “se han considerado como las dos caras de una misma moneda”³². Sin embargo, la teoría contractualista, que funda la democracia liberal, pivota sobre un modelo tan hipotético y abstracto, como descontextualizado y ficticio, de individuos libres, independientes e iguales por naturaleza, que deciden ponerse de acuerdo y ceder algunos derechos para salvaguardar la propiedad, la libertad y la vida.

La compatibilidad entre capitalismo y democracia, parafraseando en este punto a Boaventura de Sousa Santos, sigue siendo, por tanto, una pregunta abierta. Incluso pudiendo presumir esa compatibilidad, lo cierto es que ahí están las tensiones entre capitalismo y democracia, especialmente cuando se generan distribuciones altamente desiguales de bienes e ingresos³³.

³¹ B. BARBER, *Can America be Democratic. A Participatory Critique of the Liberal Consensus*, Loyola University of Chicago, Chicago, 1981, p. 57.

³² Sin embargo, como bien apunta el Prof. Boaventura de Sousa, aquí se ha producido una gran ambigüedad. “Mientras que la teoría democrática del siglo XIX se preocupaba a la vez por la justificación del poder soberano del Estado como facultad reguladora y coercitiva y por justificar los límites de ese poder, el nuevo consenso democrático liberal, (que converge con el consenso económico neoliberal), sólo le preocupa la coerción. La soberanía no le preocupa, en absoluto, especialmente en los Estados periféricos (piénsese en España, Grecia, Portugal, etc), y las funciones reguladoras se tratan como una incapacidad del Estado y no como una de sus facultades”. B. SOUSA, *Sociología Jurídica Crítica*, Trotta, Madrid, 2009, p. 457. (El entre-paréntesis es mío)

³³ *Ibid.*, p. 495. V., asimismo, tal y como sugiere este autor a S. HAGGARD y R. KAUFMAN, *The political Economy of Democratic Transitions*, PUP, Princeton, 1992, p. 342. Acerca de las contradicciones entre capitalismo y democracia V. a R. MILIBAND, “The Socialist Alternative”, en L. DIAMOND y AA.VV, *Capitalism, Socialism, and Democracy*

Con esto no se quiere desmerecer la importancia histórica del contractualismo como sostén del individualismo moderno. Más bien lo que se viene es a reprochar a la democracia liberal –amén del alejamiento representativo de sus instituciones parlamentarias³⁴– que haya entregado conceptos como el de interés público, comunidad o gobierno a la reproducción socio-económica liberal. Es decir, se pretende recriminar su perfil instrumentalista³⁵ que supedita el interés común a las necesidades privadas e individuales, o más concretamente y desde nuestro punto de vista, a los derechos de propiedad concebidos por el contractualismo. Lo cual no nos debe sorprender cuando en el fondo, bajo la búsqueda nominal de la libertad, el contractualismo orientaba la transformación de las instituciones en orden a la consolidación jurídica de los pilares del liberalismo burgués: *libertad, seguridad, propiedad y cumplimiento de los contratos*. De este modo, participación y comunidad quedan a expensas del individualismo.

En este punto, es fácil alinearse con el planteamiento de B.R. Barber en uno de sus libros más conocidos, aunque de factura breve, titulado *The conquest of Politics*, donde decide emplearse a fondo en el análisis de las principales filosofías liberales de la actualidad. A su juicio, autores de la talla de Robert Nozick, John Rawls o Bruce Ackerman han hecho fortuna merced a que sus fidelidades democráticas y sus actitudes emancipadoras han respondido más a las exigencias de los procesos socio-culturales e históricos de formación de la modernidad occidental/capitalista, que a las necesidades de nuestro contexto político actual. Bajo el decorado formal de reivindicaciones y nuevos derechos no han cambiado nada. Pues, siguen vigentes las mis-

Revisited, The John Hopkins University Press, Baltimore, 1993, pp. 113 y ss. Cfr. también con S. BOWLES y H. GINTIS, *Democracy and Capitalism. Property, Community and the Contradictions of Modern Social Thought*, Basic Books, New York, 1986. Y desde una perspectiva neomarxista es importante tener en cuenta el trabajo de E.M. WOODS, *Democracy against Capitalism: renewing historical materialism*, Cambridge University Press, New York, 1995.

³⁴ Una división entre representantes y representados que responde a una percepción elitista del régimen democrático, piénsese sino en la teoría elitista de Schumpeter. B. BARBER, *Can America be Democratic. A Participatory Critique of the Liberal Consensus*, cit., pp. 3-10.

³⁵ La política debiera ser tratada como la filosofía, es decir, por medio de la búsqueda del conocimiento por amor al mismo y en sí mismo. Es lo que el mismo autor viene a definir como *philo-policy* con el que trata de significar una preocupación por la política carente de cualquier instrumentalismo –entendido este como un medio para supeditar las acciones públicas a los fines privados–, insistiendo en una igualdad en la participación sin reparar en la calidad de la misma. Id., *Superman and Common Men. Freedom, Anarchy and The Revolution*, Praeger, New York, 1971, p. 122. V. también del mismo autor, Id., *The Death of Communal Liberty. A History of Freedom in a Swiss Mountain Canton*, Princeton University Press, Princeton, 1974, p. 5.

mas concepciones (dogmáticas) del poder democrático, de la misma forma que siguen existiendo las mismas relaciones de dominación. Quiere decirse que se sigue proscribiendo la emancipación y el interés social de las comunidades³⁶. A estos autores les reprocha precisamente el no haber procedido a una liquidación definitiva de este modo absoluto de concebir la democracia. Incluso más, el haber contribuido a cristalizar el proyecto societario de la ilustración, o lo que es lo mismo, a bloquear el cambio paradigmático que requieren nuestras sociedades, reduciendo lo político a mera razón formal. O quizás debiéramos preguntarnos ¿existe un modo mejor de naturalizar el proceso histórico, de reducir el avance social de nuestras comunidades al desarrollo del capitalismo como sistema de producción exclusivo?

Si partimos de la base de que la política proviene de los conflictos y que, como dirá Marina, jamás conseguirá separarse de ellos³⁷, no se puede imponer un consenso cognitivo a la colisión de intereses³⁸. El juicio político no es sino la facultad soberana que tiene el cuerpo político de manifestarse, de deliberar en multitud. Autores como Maquiavelo, Rousseau o Jefferson han insistido en que la ciudadanía es sabia frente al individuo. Lo que se ha de traducir en un decidido impulso a estilos más abiertos y responsables de participación política más allá del sufragio periódico o la manifestación en lugares de tránsito público³⁹.

De cualquier modo, no se trata sólo de insuficiencias políticas o democráticas, como tampoco es cuestión de reducir los problemas que se ciernen sobre nuestras democracias al simple asedio de lo económico sobre los pro-

³⁶ V. Id., *The Conquest of Politics. Liberal Philosophy in Democratic Times*, Princeton University Press, New Jersey, 1988, p. 193.

³⁷ J.A. MARINA, *Los sueños de la razón*, cit., p. 10.

³⁸ B. BARBER, *The conquest of Politics*, cit., p. 208.

³⁹ Un derecho de manifestación que curiosamente se concibe, más que como un derecho de participación directa en la vida pública, como una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria de personas. Por eso está posibilidad de actuación y participación en el campo político viene cargada de límites, frustrando así un entendimiento más amplio y cercano de lo que sin duda constituye un ejemplo muy reciente de las nuevas necesidades de participación de la sociedad civil. Por eso hay que decir que, una cosa es que se conciba como un derecho absoluto e ilimitado que deba prevalecer por encima de otros valores democráticos, y otra muy distinta que sus elementos definidores sean simplemente el subjetivo -agrupación de personas-, el temporal -duración transitoria-, el finalista -licitud de la finalidad- y el real u objetivo -lugar de celebración-, hasta el punto de que si no se ciñen a los mismos constituiría una actuación antijurídica y abusiva de los ciudadanos manifestantes.

cesos de decisión. El horizonte de sus desviaciones es mucho más complejo y se manifiesta en diversos frentes. La colonización de lo político por lo económico es uno de ellos⁴⁰ y no el más reciente. Esta superioridad de lo mercantil sobre lo político se detecta, en primer lugar, en la clamorosa apuesta que la clase dirigente hace por aquellas políticas más adecuadas a las exigencias del mercado capitalista, bajo el cumplimiento técnico de sus deberes para con los ciudadanos⁴¹. Basta con repasar el elenco de soluciones propuestas por la Unión Europea para enfrentar la crisis de deuda europea de estos años. Desde la expansión del balance del Banco Central Europeo, la re-capitalización de los bancos europeos con recursos públicos, sin sanear balances ni afectar a los acreedores, hasta el ajuste fiscal y el control salarial que se ha exigido de manera expeditiva a los países periféricos del sur de Europa. ¿Acaso no existían otras alternativas? ¿Por qué no se barajaron otras opciones, más congruentes con las condiciones de posibilidad de los ciudadanos europeos? La reducción del tamaño del sector bancario, el ajuste en el pasivo a través de los acreedores (como en el rescate sueco de 1992 o como en la experiencia islandesa de 2008) y/o la reducción de la deuda (pública y privada) mediante quitas de deuda para familias y empresas, como lo hiciera Roosevelt en la Gran Depresión (*Home Owner's Loan Corporation*), fueron sencillamente descartadas, porque se consideraban teórica y técnicamente inverosímiles⁴².

⁴⁰ La dimensión global que adquieren hoy los procesos de transformación económica y política, está insinuando la insuficiencia de la acción democrática, frente a un sistema económico (mercantil) que autoproclama su superioridad al pretender "una posición de dominación exclusiva" para expandir sus mercados y activar sus dispositivos de eficiencia. V. A. HELLER, *Una Filosofía de la historia en fragmentos*, cit., p. 23. Una dominación que cristaliza en la intervención sobre la vida cotidiana de los sujetos y en la colonización de todas y cada una de sus esferas. De este modo refuerza su poder material con formas muy diversas de dominación cultural e institucional, mucho más efectivas –que la coerción o el recurso a medidas expeditivas–, en la tarea de definir y programar el cambio social exigido por los grupos sociales ahora hegemónicos. Quiere esto decir que si se quiere cimentar una hegemonía alternativa a la dominante es preciso propiciar una guerra de posiciones cuyo objetivo es subvertir los valores establecidos y encaminar a la gente hacia un nuevo modelo social.

⁴¹ La incorporación de términos específicos del *management* empresarial capitalista para definir actuaciones políticas sobre determinados asuntos públicos, es un buen ejemplo de ello. Mario Draghi, Mario Monti, Allan Greenspan, Ben Bernanke, etc son aquellos que bajo la apariencia de técnicos conocedores de verdades teóricas indiscutibles han aplicado y recomendado políticas económicas erróneas que nos han llevado a la crisis actual. Los gobiernos han implementado sus recetas, sin evaluar el impacto social de las mismas.

⁴² Como si la reflexión teórica no derivase de los límites de la acción. ¿Acaso no concierne a estos la definición (subjetiva) de las categorías? Las ciencias empíricas son subjetivas porque no pueden pronunciarse sobre la realidad sin implicar la acción humana sobre esa

También se detecta en la fuerte beligerancia con las ideas que presentan alternativas o contravienen a las dominantes. Una beligerancia que se sintetiza en la resistencia, bajo esa lógica que transforma en oposición absoluta e irreductible cualquier diferencia, a toda iniciativa u opción política alternativa, bajo el pretexto de que son demagógicas, populistas o peligrosas para la democracia. No en vano, el consenso democrático liberal, que se consolida con la caída del Muro de Berlín, se apuntala sobre la convicción de que no hay alternativa posible al modelo democrático liberal-representativo. Sean cuales fueren las opciones, por imaginativas que fuesen, todas se han de aproximar de manera progresiva (asintótica) al mismo.

Empero, la democracia no es un proceso cuya realización describa acercamientos asintóticos, que nos permita estar más cerca o más lejos de la realización (absoluta) de un modelo ideal o refinado de democracia. La democracia no se puede reducir a planteamientos estáticos, entre otras cosas, porque la experiencia política no lo es, como tampoco son intemporales los conflictos a los que pretende responder. Antes bien, la democracia es el resultado de una relación contingente entre lo imaginable como posible (utopía)⁴³ y lo factible históricamente. Si esta relación es sustituida, como esgrime la teoría democrática liberal, por la ilusión de una relación asintótica lo que se viene a legitimar es lo que se cree hacer (democratizar) y, por ende, a ocultar lo que en realidad se hace: establecer un orden que, una vez instituido, “siempre buscará su perpetuación”⁴⁴.

realidad como su referencia de verdad; por esta razón, todas son antropocéntricas y subjetivas. Es decir, se trataba de avanzar en la senda del consenso económico neoliberal, léase desregulación, privatización, control de la inflación, recortes en gasto social, reducción del déficit público, concentración del poder financiero en la banca transnacional, supeditación del Estado-nación a los organismos multilaterales, etc.

⁴³ “La preocupación utópica ha sido una constante en todas las épocas (), pero a partir de la modernidad, al configurarse la utopía como género es cuando parece comenzar en la historia de la humanidad, especialmente en Occidente, una impetuosa corriente que desarrolla en profundidad y en amplitud la vieja preocupación utópica. Ya no se trata, por tanto, de testimonios más o menos aislados de una actitud de denuncia y de construcción de un proyecto ideal. Se trata ahora de elaborar “utopías”, mundos ideales y lejanos, inexistentes sólo en cierto sentido” A. MONCLUS, *El pensamiento utópico contemporáneo*, Círculo de lectores, Barcelona, 1988, p. 11.

⁴⁴ El intento de suprimir esta relación y sustituirla por la *ilusión* de una relación asintótica es el germen de los totalitarismos (teleológicos o utopistas). Cfr. F. HINKELAMMERT, *Democracia y Totalitarismos*, cit., pp. 150 y ss. Cuando las sociedades anuncian que ya no existe mejor democracia que la que poseen, que ya no es preciso seguir avanzando, que sus tensiones sociales ya se han disipado, lo que hacen, lejos de producir democracia, es naturalizar

Pero destacan otros frentes, amén de la ya descrita superioridad de lo económico sobre lo político, no menos importantes por sus repercusiones sobre el sistema político. La institución de espacios políticos supra-estatales que escapan al necesario control de los ciudadanos, el impacto que el control de la información adquiere hoy sobre los procesos políticos, el deterioro democrático de las instituciones del Estado, las disensiones étnicas y territoriales, la impotencia representativa de las Cortes Generales, son el testimonio, por otra parte difícil de aceptar, de esta situación general de devaluación democrática. Por tanto, no se trata sólo de algunas insuficiencias sino de algo mucho más profundo y radical: de la incapacidad de nuestros sistemas democráticos, con estructuras representativas demasiado débiles, para articular respuestas a las nuevas demandas de democratización de la ciudadanía. Este hecho pone de manifiesto toda una concepción de la democracia que, más que un gobierno del *demos*, se convierte en poco más que una manera de sancionar las decisiones previamente adoptadas por elites de gobierno.

Corresponde por tanto a la ciudadanía y a los gobiernos democráticos anticipar la realización de fines sociales por encima de nuestras actitudes individuales, es decir, anteponer el valor ciudadano del *nosotros*⁴⁵, a la disposición fragmentaria del sujeto *individualista y consumidor* –que se dice y se piensa cuando consume⁴⁶–. Por eso insistimos en este punto, o denunciemos esta nueva racionalidad des-democratizadora que afecta a todo el cuerpo político, o seguimos dejando el poder en manos de un régimen que, pese a algunas de sus realizaciones históricas, se sigue organizando desde la virtualidad hegemónica de un discurso que presupone: por una parte, la interdependencia entre capitalismo y democracia, pese a tratarse de procesos históricos diferentes, que llegaron a converger y penetrarse mutuamente⁴⁷.

los resultados de una fase específica de sus progresos como proceso histórico y, por ende, anticipar primero y justificar después su descomposición. B. BARBER, “Three Challenges to Reinventing Democracy”, en P. HIRST y S. KHILNANI (ed.), *Reinventing Democracy*, Blackwell, Cambridge, 1996, p. 144.

⁴⁵ B. BARBER, *Jihad vs. McWorld*, op. cit., p. 242 y 243.

⁴⁶ Lo que no deja de tener su aquel, sobre todo si no olvidamos que la pauta constitutiva de la expansión del sistema mercantil reside precisamente en la mediación mercantil como sostén “antropológico de la humanidad” S. NAÏR, *El imperio frente a la diversidad del mundo*, (trad. del original *L`empire face a la diversité*, R. H. Mondadori, 2003, trad. de S. Barceló y María Cerdón), Círculo de Lectores, Barcelona, 2003, p. 20.

⁴⁷ Si bien “las condiciones y la dinámica de su desarrollo continuaron por separado y de manera relativamente autónoma. La modernidad no presupone el capitalismo como su modo propio de producción”. B. SOUSA, *Sociología Jurídica Crítica*, cit., p. 29.

No podemos olvidar, como ya se ha apuntado que los procesos de democratización, como procesos de la modernidad, que proclamaban la igualdad jurídica y reivindicaba, al menos al principio, la igualdad económica entre todos los sujetos, no tardó en ensamblarse con el individualismo. Este hecho y la lógica propietaria a la que se debía el nuevo orden socio-económico hegemónico (el burgués), desactivaron el potencial emancipador del principio democrático. Por tanto, la democracia no presupone el capitalismo como su modo de producción; y, por otra, la separación elitista entre gobernantes y gobernados. Algo que no nos debiera sorprender, pues responde a la tradición más elitista del gobierno representativo⁴⁸. Desde esta perspectiva, el sistema democrático, no consiste tanto en el gobierno del pueblo, sino en el gobierno de las elites, en mutua competencia, en busca de la legitimidad para gobernarlo⁴⁹. Las elites conocen cuál es la mejor opción para los intereses de los ciudadanos, porque siempre intervienen en nombre de ese pretendido interés general como reflejo de la voluntad popular⁵⁰.

En definitiva, el proyecto democrático representativo es vulnerable: En primer lugar, porque la estabilidad democrática del mismo depende, en cierta medida, de que no se produzcan grandes desigualdades sociales, si bien

⁴⁸ En realidad para los teóricos de la democracia elitista, léase representativa, la mayoría de las instituciones en un sistema democrático, “como señala Michels hace ya algún tiempo, no tienen y nunca tendrán una estructura democrática; no obstante y a pesar de sus graves predicciones, las democracias han sobrevivido”. G. SARTORI, *Teoría de la democracia*, Alianza, Madrid 1988, p. 528. Cfr., en este sentido, R. MICHELS, *Los partidos políticos*, Amorrortu, Buenos Aires, 1983, pp. 82 y ss. Ahora bien, quienes consideran que en la democracia representativa la gente gobierna a través de sus representantes, debieran de admitir asimismo que ello no conlleva que sus representantes deban gobernar de acuerdo a los deseos de los electores. V., en este sentido, a B. MANIN, *The Principles of Representative Government*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997, pp. 167 y ss.

⁴⁹ En la línea, ya esgrimida por Shumpeter, que define a la democracia como aquel sistema en el que “los individuos adquieren el poder de decidir por medio de una lucha de competencia por el voto del pueblo” J.A. SHUMPETER, *Capitalismo, socialismo y democracia*, Folio, Barcelona, 1984, p. 383.

⁵⁰ Un interés, por otra parte, marcado por la influencia externa de las corporaciones en las políticas defendidas por los representantes de los ciudadanos en sus cámaras respectivas. Lo que convierte a la democracia en una plutocracia V. M. PARENTI, *Democracy for the Few*, St. Martin's Press, New York, 1988, p. 36. Solo ellas creen conocer e interpretar algo tan objetivo e intemporal como la verdad política nacional. Ahora bien, en la actualidad nadie nos garantiza que las decisiones que se toman sean las perfectas. Pero lo que es todavía peor, que sean tomadas por élites para y por sus intereses. En este sentido, M.P. PARAMESWARAN, “Democracy. Participatory Democracy”, en W.F., FISHER y T. PONNIAH (ed.), *Another World is Possible*, Zed Books, New York, 2003, pp. 324-328.

no es fácil atisbar en qué momento y en qué medida el incremento sostenido de las desigualdades sociales alcance un punto de ruptura tal en el que la agitación social desborde la estabilidad democrática⁵¹; En segundo término, porque la esfera pública liberal, establece, como ya se ha tenido ocasión de decir, la igualdad jurídica de todos los ciudadanos. Empero, bajo el modelo neoliberal de desarrollo, emergen poderosos agentes sociales con capacidad para evadir el cumplimiento de las leyes o modificarlas a medida de sus intereses⁵². Por otra parte, la creciente criminalización de la vida pública⁵³ y la irrupción de nuevas fenomenologías de la ilegalidad del poder, han dado paso “a formas neoabsolutistas del poder público, carentes de límites y de controles y gobernadas por intereses fuertes ocultos, dentro de nuestros ordenamientos”⁵⁴. El principio de igualdad, bajo el esquema representativo liberal, deviene así en un principio poco pragmático. Por último, la supeditación del Estado-nación a los organismos multilaterales, en un proceso cada vez mayor de “traslación proporcional del poder” ha restado influencia a los órganos clásicos de decisión y representación en las poliarquías electorales liberales o democracias representativas, esto es, a los parlamentos. Si a esto sumamos la presión que organizaciones multilaterales como la OMC pueden ejercer sobre los gobiernos, el panorama no deja margen para el optimismo. Estas organizaciones generan bases materiales e ideológicas para la expansión del capitalismo. Junto a ellas, organizaciones privadas como la Cámara de Comercio Internacional, la Comisión de Derecho Internacional o la Comisión Trilateral participan en la elaboración del derecho que gobierna la economía política global⁵⁵. La democracia se troca así en un especie, valga

⁵¹ V. SOUSA SANTOS, *Sociología Jurídica Crítica*, cit., p. 504.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ V. P. IBAÑEZ, *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, Trotta, Madrid, 1996, pp. 103-109.

⁵⁴ Ni que decir tiene que esta fenomenología contribuye a la crisis de la democracia, por cuanto “equivale a una crisis del principio de legalidad, es decir, de la sujeción de los poderes públicos a la ley, en la que se fundan tanto la soberanía popular como el paradigma del Estado de derecho”. L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 15 y 17.

⁵⁵ V. M. LOZANO, *El nuevo orden mundial. Génesis y desarrollo del capitalismo moderno*, Alba Longa, Valladolid, 1997, p. 110. Estas instituciones y asociaciones están globalizando una forma más mercantilizada del derecho a través de marcos de regulación privados, que valoran la legalidad de los acuerdos desde criterios de eficiencia económica y disciplina de mercado. Todas ellas contribuyen a una significativa presencia ideológica y discursiva del derecho internacional como creador de una mitología y de un sentido común que fortalece la percepción de legitimidad del bloque histórico contemporáneo. Cfr. A. CUTLER, “Gramsci,

la expresión, de pie de goma que se debe acomodar a mecanismos y a corporaciones que no son democráticos⁵⁶, ni transparentes, pero que precisan de los sistemas democráticos liberales, de su legitimidad, para mantenerse en las sociedades occidentales.

Por eso, si la sociedad civil es clave para una democracia más real, más fuerte y participativa, necesitamos de otras metodologías que la re-sitúen como el eje, que es, de todas las democracias⁵⁷. La democracia representativa, ya fuere por la relativa lealtad representativa de sus mecanismos como por su extremada vulnerabilidad, subvierte el proceso político en la medida en que deja de ser participativa y relega a los ciudadanos. Si además caemos en la cuenta de que supeditar la voluntad de los ciudadanos a normas abstractas, sobre las que no es posible forjar un consenso real, no es democrático, podremos visualizar mejor hasta que punto se ha limitado la posibilidad de que la ciudadanía se autogobierne. Los ciudadanos quedan vinculados a unas leyes en las que no sólo no han participado, sino que además se postulan como el reflejo de una “voluntad general” –tan abstracta como irreal– comprensiva de intereses generales difusos y lejanos. En fin, la política ya no es cosa de todos y la democracia liberal es débil porque no es tan democrática⁵⁸.

Las insuficiencias señaladas aparecen instaladas en el imaginario actual de las democracias representativas occidentales. Posiblemente no sean las únicas, pero lo cierto es que si son causas de regresión del pensamiento

Law, and the Cultura of Global Capitalism”, en A. BIELER y A.D. MORTON (ed.), *Images of Gramsci. Connections and contentions in political theory and international relations*, Routledge, London-New York, 2006 p. 141.

⁵⁶ V., en este punto, a BARBER, B., “Making Democracy Strong”, en B. MURCHLAND, *Voices in America. Bicentennial Conversations*, Prakken, Ann Arbor, 1987, p. 170-171. Este autor se opone a las tesis de John Naisbitt quién considera que las corporaciones se están haciendo más democráticas. Según Barber es como si el absolutismo se volviera más democrático porque Luis XIV consultara a unos cortesanos antes de colgar a un campesino. Para este autor puede que algunas cosas estén sucediendo de manera incidental, pero ello no equivale a aceptar cambios estructurales decisivos. De hecho nada ha cambiado y las corporaciones suponen una amenaza cada vez mayor para la democracia. En este sentido Cfr. Id., *Superman and Common Men. Freedom, Anarchy and The Revolution*, cit., pp. 105 y ss. Para el autor norteamericano el mercado está dominado por una serie de corporaciones jerárquicamente organizadas y capaces de manipular la política a su antojo.

⁵⁷ Id., *Fear’s Empire. War Terrorism and Democracy*, Norton, New York, 2003, p. 168. Para este politólogo estadounidense la democratización de las naciones emergentes no se consigue simplemente exportando capitalismo. *Luxus* americana no puede confundirse con la *lex* humana.

⁵⁸ *Ibid.*, pp. 146 y ss.

democrático. La democracia representativa presupone la interdependencia entre capitalismo y democracia, sin embargo, los hechos desvelan la superioridad del capitalismo sobre aquélla, máxime cuando el capitalismo ahora es global y la democracia sigue siendo nacional.

La democracia participativa es, por tanto, una concepción (contra)-hegémica de la democracia. Desde esta perspectiva, la democracia representativa no es más que una concepción incompleta –que no equivocada– de democracia. Es más, constituye el punto de partida. La diferencia central entre ambas reside precisamente en la negación de esa pretendida compatibilidad entre democracia y capitalismo. No es sostenible y en caso de colisión debe prevalecer la democracia. La idea cognitiva básica de la democracia participativa es que el capitalismo inflige un daño sistemático a la mayor parte de las poblaciones. Solo una oposición unificada al capitalismo global puede contribuir a minimizar sus efectos sobre los seres humanos. La democracia participativa es menos procedimental, pero más sustantiva que la democracia representativa. Se centra más en la distribución del poder y en la búsqueda de la justicia social, que en la gobernabilidad⁵⁹. No en vano, los valores políticos clásicos –la libertad, el pluralismo, el politeísmo de valores, la igualdad–, abandonan su sentido más instrumental y adquieren así un índice más enérgico al abrigo de la idea de participación común. La democracia consiste en esto. La democracia es una práctica que se asienta nada menos que sobre la acción común, el trabajo común y la construcción común de nuevas posibilidades. La democracia nos enseña y, como no, nos exige actuar y pensar en común, desde y para todos los sujetos.

Por tanto, una de dos, o asumimos como meta política los valores de la libertad, la igualdad y la justicia, fortaleciendo en sus realizaciones el autogobierno y el civismo responsable de la ciudadanía o, por el contrario, seguimos agregando razones para explicar la debilidad de nuestras estructuras políticas ante el incremento de las desigualdades sociales. La democracia participativa, en consecuencia, es antagonista del capitalismo⁶⁰. Sólo en la

⁵⁹ B. SOUSA, *Sociología Jurídica Crítica*, cit., p. 497.

⁶⁰ V. R., MILIBAND, *Socialism for a Sceptical Age*, Polity Press, London 1995, pp. 6 y ss. En este libro desarrolla la idea de que la democracia capitalista es una contradicción en términos. Desde esta perspectiva el socialismo tiene dos objetivos: (i) ir más allá en la democratización de la sociedad que cualquier democracia representativa pudiera permitirse; (ii) la atenuación radical de las inmensas desigualdades presentes en la sociedades. Democracia, igualdad y cooperación serían los principios fundamentales sobre los que pivotaría esta acción. Para este autor, el hecho de que un número escaso de personas se apropie de los recursos

democracia, con sus luchas y sus prácticas sociales, cobra sentido el valor político de la comunidad. Porque sólo desde la realidad desnuda e inmediata de las personas, desde la historicidad (finitud) de sus condiciones sociales, se puede construir la igualdad real (efectiva) de todos los sujetos.

3.2. La idea de justicia social y en el respeto de la pluri-identidad

Empero, pese a esta disposición que construye realidad (histórica) basándose en la producción y desarrollo de la democracia como criterio y principio para la acción⁶¹, los hechos ahora son muy distintos. Ahí están la pobreza, la concentración de la riqueza en pocas manos, el desempleo, el descenso de los índices de calidad de vida, la precariedad laboral y el incremento general de las desigualdades sociales. La democracia no puede desplegar sus potencialidades emancipadoras si se abstrae de las condiciones (materiales/ reales) de los ciudadanos. Este es, precisamente, otro de los problemas que pretendemos resaltar aquí: elucidar por qué los regímenes democráticos actuales han sido incapaces de articular un sistema integral de garantías para los derechos sociales. De forma aún más amplia, por qué en los contextos de la globalización actual (de marcada estrategia neoliberal) la democracia se ha visto paralizada e, incluso, da muestras de retrocesos significativos frente al reclamo ciudadano de un sistema más inclusivo y emancipador. La idea de democracia carece de plenitud sin acciones predispuestas, que desarrollen la igualdad real entre las personas.

Y es en este punto donde la idea de justicia social deviene esencial. Sólo a través de la misma, se pueden enfrentar todos los tipos de desigualdad/ marginación social. Las relaciones de inferioridad social o discriminación no se pueden clasificar en compartimentos estancos. Se deben tratar de forma relacional, porque no se puede combatir contra una, sin enfrentar a todas las demás. Desde esta perspectiva, la justicia social ha sido una de las reivindicaciones clásicas de la izquierda a lo largo de toda su historia. Sin embargo, pese a ello, la idea de justicia social sigue siendo, en cierta medida, imprecisi-

y, por tanto de los medios de producción que además reproducen el orden establecido, es una grave injusticia.

⁶¹ Entendiendo por realidad histórica la única realidad a la que tenemos acceso como sujetos. No se trata de una reducción de la idea de realidad, sino de una forma *significativa* en función de la vida humana, puesto que, al fin y al cabo, se trata de la única realidad en la que nos molturamos todos los seres humanos. Cfr. con I., ELLACURIA, *Filosofía de la realidad histórica*, UCA Editores, San Salvador, 1990.

sa, de modo que es necesario asumir el compromiso de desarrollar un trabajo intelectual con el fin de concretar de manera rigurosa y científica el alcance y significado del mismo⁶².

La idea de igualdad se relaciona, por tanto, estrechamente con la idea de justicia social. La sociedad igualitaria es una idea socio-filosófica⁶³ que atribuye a todas las personas los mismos derechos, idénticas responsabilidades e iguales oportunidades en todas las esferas de la vida: (i) en el control de los recursos, en la organización del trabajo y de la producción; (ii) en la distribución de los bienes, servicios y derechos y (iii) en el gobierno y en la reproducción social del orden. La noción de igualdad presupone una distribución de los bienes, responsabilidades y derechos en función de las diferencias individuales y de “todas” las necesidades existentes.

Una sociedad será justa o injusta en función de los principios guía (tablas de valor) del comportamiento humano y de las relaciones sociales derivadas de los juicios sobre los resultados de nuestra condición histórica. Al fin y al cabo, los valores no son independientes o autónomos, sino que se remiten a los hechos que valoramos y se expresan con las palabras, léase valoraciones, con las que nos referimos a esos hechos. Y en la medida en que somos sujetos de realidades que valoramos, participamos de una determinada concepción del mundo y ordenamos nuestras acciones conforme a principios, esto es, conforme a la idea de relevancia. Cualquier enunciado de igualdad, para-

⁶² V. a D. GIL, “Social Welfare Services and Social Justice”, *Taiwanese Journal of Social Services*, núm. 5, 2007, pp. 2-29. Id., “Perspectives on Social Justice”, en *Reflections*, California State University (Department of Social Work), Long Beach, 2004, pp. 32-39; Id., “Reframing Political Discourse: Politics of Human Needs”, *New Global Development: Journal of International and Comparative Social Welfare*, 1998, pp. 15-22; Id., *Confronting Injustice and Oppression*. Columbia University Press, 1998.

⁶³ Una idea socio-filosófica que se apuntala, como bien apunta el mismo autor, desde tres planos distintos, que discurren desde lo individual y lo institucional, hasta lo global. El primero pivota en la distinción realizada por el filósofo Martin Buber entre “I-Thou” (comprender al otro como parte de uno) y las relaciones de “I-It” (entender al otro como algo ajeno a uno mismo), una de las conceptualizaciones más significativas de la sociabilidad en las relaciones humanas individuales. Comprender al otro como parte de uno es la vía para lograr un pensamiento más respetuoso con lo humano y la naturaleza. En el segundo, en el ámbito de las instituciones sociales y los valores, la justicia social sintetiza la satisfacción de las necesidades intrínsecas de los seres humanos. El tercero, se sintetiza en la generalización de las relaciones de “I-Thou” a todas las personas del mundo y ampliar el contexto institucional de justicia social del nivel local y nacional al global. Ya que las condiciones de vida formadas por los principios de justicia social tienden a prevenir todas las formas de violencia atajándolas en sus causas, dicha visión implicaría también un mundo pacífico carente de violencia estructural.

fraseando en este punto a Ruiz Miguel, “presupone necesariamente un componente evaluativo implícito tras el criterio de comparación, por la sencilla razón de que tal criterio es el que porta la idea de relevancia en la relación de igualdad que se describe o prescribe”⁶⁴.

Desde esta perspectiva, una sociedad es justa, por tanto, cuando los recursos productivos, el conocimiento, el trabajo, los bienes y los servicios de la comunidad se vuelcan en la satisfacción de las necesidades intrínsecas de todas las personas, de manera tal que todos tengamos y podamos ejercer los mismos derechos y las mismas responsabilidades.

La igualdad de “todos” es el juicio básico necesario de las sociedades justas. Y esta sólo tiene lugar cuando todas las personas pueden, primero, vivir y, luego, ser libres de desarrollar sus capacidades e iniciativas, utilizando los recursos productivos y los conocimientos acumulados en esfuerzos productivos socialmente significativos⁶⁵. La igualdad de todos deviene así en una ética necesaria, que disuelve el abismo entre el ser y el deber ser, pues se postula a partir de un juicio de existencia en condiciones de igualdad, pues para poder postular cualquier ética el sujeto que lo haga debe, primero, vivir en “condiciones de posibilidad de seguir haciéndolo”. El “criterio de relevancia” reside en la afirmación de la vida en “condiciones de igualdad”, que deviene así como el juicio básico necesario –su presupuesto– que alimenta cualquier ética. Y, en la medida en que se trata de un juicio de existencia, desde la contingencia misma del sujeto, esta racionalidad reproductiva y la ética que apareja, no provienen de ninguna instancia absoluta o trascendental⁶⁶, ni se prestan a procesos dogmáticos⁶⁷. Por eso, decimos que la idea de igualdad

⁶⁴ La idea de relevancia implica necesariamente la introducción de un criterio evaluativo –en el sentido amplio de esta palabra, “no necesariamente moral- ya que la selección de un rasgo como criterio de comparación procede de una consideración sobre lo que es de relieve, esto es, significativo o importante en un determinado contexto”. A. RUIZ MIGUEL, “Sobre el concepto de igualdad”, cit., p.51.

⁶⁵ La riqueza “real” de la especie humana no reside en la mera yuxtaposición y/o concentración de capital de control privado, sino en el agregado del potencial humano desarrollado desde los principios de la evolución social.

⁶⁶ Entendiendo por “trascendental” el proceso por el cual los seres humanos, en tanto que sujetos cognoscentes, formulamos categorías.

⁶⁷ El *deber vivir* (ética necesaria) es *necesario* incluso para poder tener deberes y derechos. Se trata, por tanto, de un modo de “argumentar por fundamentación, y no por derivación lógico constrictiva”. N., SOLORZANO, *Crítica de la Imaginación Jurídica. Una Mirada desde la epistemología y la historia al derecho moderno y su ciencia*, Universidad Autónoma de San Luís de Potosí, San Luís de Potosí, 2007, p. 220. Como bien apunta este autor “superando las

es esencialmente material. La igualdad material ha sido un proceso reflexivo que ha elucidado, con sus luchas sociales, nuevas relaciones de justicia y la distribución de bienes en una sociedad. Por eso se vincula a los problemas/necesidades (de las personas) en el espacio y el tiempo en los que se inserta. De ahí su innegable complejidad e historicidad⁶⁸. Al fin y al cabo, el principio democrático, en la medida en que define los límites de lo que se puede o no decidir, sitúa la justicia social como exigencia para la acción⁶⁹.

Por otra parte, la rigidez con la que se definen y fortifican las identidades humanas opera como un factor de disgregación que aísla y enfrenta a las personas, por medio de la absolutización de factores identitarios que fragmenta a los grupos humanos. Algo que, por otra parte, no nos debe sorprender, puesto que, al fin y al cabo, una de las cuestiones más significativas de la racionalidad instrumental consagrada por el capitalismo, es precisamente este carácter fragmentario y/o disgregativo, que secciona y segmenta, en lugar de pluralizar (el fragmento es solo a condición de serlo de lo uno).

posiciones iusnaturalistas de tipo esencialista, ¿acaso ese deber ético, vinculado a la acción humana y, por ende, a la praxis concreta, histórica, no estaría llamado a operar como criterio material y principio material también para el derecho? El debe de la norma es in-necesario, sólo surge por efecto normativo. Pero hay un debe más amplio: el deber vivir (ética necesaria), que es necesario incluso para poder tener deberes". (*Ibidem*). Cfr. con E. DUSSEL *Ética de la liberación en la edad de la globalización y la exclusión*, Trotta, Madrid 1998.

⁶⁸ "El criterio de relevancia tiene una parte conceptual, que procede de la universalizabilidad que excluye los nombres propios y las descripciones definidas, y otra contextual, que depende de las variables concepciones culturalmente desarrolladas sobre la igualdad". A. RUIZ MIGUEL, "Sobre el concepto de igualdad", cit., p. 64

⁶⁹ Un modelo de acción metodológicamente distinto orientado a subvertir la dominación cultural e institucional, mediante la práctica no violenta de una (contra) educación dialógica, que apuntaran autores como Paulo Freire o Bell Hooks. Esta actitud gramsciana es fundamental para promover y facilitar la creación y desarrollo de modelos alternativos de vida social, desde la creación de comunidades, cooperativas, empresas autogestionadas y otras instituciones colectivas, que a modo de "islas de sociedades socialmente justas", contribuyan a forjar modelos sociales más justos en medio de las sociedades imperantes, mediante la disgregación ideológica dominante y la promoción de una nueva alternativa ideológica-cultural. V. R. VARGAS, "Política y cultura en la interpretación gramsciana de hegemonía", en *Sistema*, núm. 54, 1983, pp.73-91. De modo que si se quiere cimentar una hegemonía alternativa a la dominante es preciso propiciar una guerra de posiciones cuyo objetivo es subvertir los valores establecidos y encaminar a la gente hacia un nuevo modelo socialmente más justo. Al fin y al cabo, la preeminencia socio-económica del orden burgués se debe al control ideológico de los sujetos y a la interiorización de sus coordenadas y valores por el imaginario, es decir, por todas las clases. Este era el secreto tácito de su hegemonía. Esta interiorización ha sido denominada, "inspirándose" en Gramsci, como *soft cooptive power*. (J. NYE, *Bound to Lead: The Changing Nature of American Power*, Basic Books, New York, 1990).

Lo contrario, lo plural, no es fragmentario, sino la suma múltiple de unos y otros (complementarios y relacionales). Así, este modo de dominación con su “nostalgia de lo uno”⁷⁰ o de la identidad dominante, sofoca cualquier tipo de filiación y proscribiera cualquier pluralidad⁷¹, pero, a su vez, emboza ese hecho en la fragmentación de lo identitario ya construido, y para que la pluralidad no aflore, la tacha con el signo de la contradicción irreconciliable. Claro que, fragmentar no equivale a multiplicar, antes al contrario, es sinónimo de disgregación y división. No es plural, porque no suma, sólo divide. En cambio, lo plural no es fragmentario, porque es sinónimo de lo uno y de los otros. Quiere decirse que la complejidad de los grupos plurales y de sus múltiples lealtades desaparece cuando se atribuye a una persona una sola filiación. Este reduccionismo de la comprensión grupal no sólo proscribiera cualquier posibilidad de construcción plural de la identidad, sino que absolutiza la identidad dada del grupo, hasta que deviene exclusiva y excluyente.

En definitiva, una comprensión mayor del carácter plural de la identidad humana es, de todo punto, imprescindible para un proyecto convincente y realista de transformación social. El reconocimiento de que las identidades se superponen es fundamental para mantener una actitud política que no caiga en la trampa de los fundamentalismos, porque todas ellas son válidas en su contexto, siempre que no intenten suplantar a las demás. Las transformaciones en el mundo del trabajo (el trabajo inmaterial, el trabajo vivo), la ruptura con inercias modernas, la influencia de las corrientes feministas, la

⁷⁰ J. IBAÑEZ *Más allá de la Sociología. El grupo de discusión: técnica y crítica*, Siglo XIX, Madrid, 1986, pp. 58-59.

⁷¹ A. SEN, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, Katz Editores, Buenos Aires-Madrid, 2007, pp. 15 y ss. Es por esto que cuando se toman las relaciones interpersonales en términos intergrupales singulares como el diálogo de civilizaciones o de grupos étnicos religiosos, que no prestan atención a otros grupos a los que las personas pertenecen (social, económico, género, político, otras conexiones culturales) los individuos son encasillados. En este sentido, este autor niega que la religión deba ser la identidad abarcadora y exclusiva de las personas. No es de sorprender que los fundamentalistas islámicos quieran suprimir cualquier otra identidad para que sólo sean islámicos (Id., pp. 38-45). Sen afirma que puede ser que algunos contextos nuestra libertad de elegir identidades frente a los demás puede estar limitada (judío en los nazis o negro con racistas en EE.UU). También se limita cuando las relaciones de dominación en el seno de un proceso cultural invocan una sola identidad como la buena o correcta y repudian cualquier otra opción como traidora o perversa. En este sentido, una idea muy relevante dentro del razonamiento de Sen es que las variaciones internas en el seno de una cultura son un hecho incuestionable. Cada persona puede tener diferentes identidades relacionadas con diferentes grupos significativos a los que pertenece de manera simultánea. *Ibid.* pp. 64-75.

necesidad de la inclusión intercultural, el ecologismo, son elementos que no podemos olvidar. Pero este reconocimiento siempre debiera realizarse como medio para articular un cuerpo común (pluri-version de la realidad) que tenga como finalidad la lucha contra las opresiones que dan razón de existencia a estos movimientos. Afrontar de manera fragmentada y particularista los desafíos actuales es un gravísimo error. Es muy importante comprender que sólo desde la organización y la concepción de un movimiento holista e inclusivo es posible el cambio social⁷². La conciencia pluridentitaria deviene decisiva en este punto. La comprensión de lo diverso, como expresión de la riqueza humana, debe ser el resorte que articule el encuentro en lo común⁷³.

4. CONCLUSIONES PARA EL CAMINO

Llegados a este punto, y para lo que nos interesa aquí, partiendo de la base de que jurídicamente no se acaba de dar una respuesta satisfactoria al problema de la igualdad⁷⁴, hemos pretendido deletrear aquí algunas de las vías para superar el estancamiento de la idea de igualdad en los sistemas democráticos occidentales, para luego arriesgar caminos y algunas respuestas.

⁷² M. ALBERT, L. CAGAN y AA.VV, *Liberating Theory*, South End Press, Boston, 1986, pp. 143-145.

⁷³ El error reside en concebir lo diferente como separado, y no como riqueza propia y común. Todos somos humanos y todos compartimos un conjunto de necesidades. Estas necesidades se corresponden con una categoría esencial: la clase social. En cierta medida, la crisis actual de alternativas a la dominación capitalista reside en la carencia de una estrategia mayoritaria y en la división negativa de los movimientos contra la opresión. Desde este punto de vista, un mismo cuerpo o agente transformador es necesario desde el entendimiento simbólico y la confluencia de significados. V. J., SANBONMATSU, *The Postmodern Prince: Critical Theory, Left Strategy, and the Making of a New Political Subject*, Monthly Review Press, New York, 2004. El autor hace una interesante diferenciación entre *coalition* y *coalesce*; la primera significa la acción de diversas personas o partidos, pero sin incorporar a un cuerpo, mientras que la segunda expresa el crecimiento de lo diverso en un mismo cuerpo (*Ibid*, pp. 160 y 185). Gramsci y Maquiavelo son la base teórica de lo que denomina "príncipe postmoderno", al que define como un "intelectual colectivo", que sintetiza las energías dispares de los movimientos emancipadores realmente existentes en el mundo y le daría la forma de movimiento histórico universal (*Ibid*, p. 157).

⁷⁴ O lo que es lo mismo, partiendo de la base, como bien esgrime Fernando Rey "de que se han socavado en cierta medida las bases ideológicas y fácticas del constitucionalismo actual". F. REY, "El principio de la igualdad en el contexto de la crisis del Estado Social: Diez problemas actuales", cit., p. 292. Cfr., en este punto, con M. SALVADOR, "La igualdad", en *Dogmática y Práctica de los Derechos Fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 484 y ss.

La democratización (igualdad y pluralismo) de la vida y de las relaciones sociales ha sido siempre la aspiración secular de las sociedades occidentales. Precisamente, en esta exigencia igualitarista ha estado la clave del diseño de las iniciativas sociales y de las prácticas de lucha de clases, que a la postre acabarían por transformar la configuración socio-jurídica del orden, a través del reconocimiento de nuevos espacios y de nuevos derechos. Empero, la búsqueda de la “igualdad” en nuestras democracias, con sus innegables aportaciones y revoluciones, ha entrado hoy en una fase difícil de dudas y acechos, en gran medida debido a la utilización reduccionista e ideológica que de la misma se ha hecho.

La idea de igualdad, tal y como se ha configurado en las sociedades modernas, tiene dos caras o dimensiones. Una es jurídico-formal; la otra es material. La primera se sintetiza en el principio de igualdad “de todos los sujetos” ante la ley; es la que más relevancia ha obtenido en nuestros sistemas normativos y se configura como un derecho subjetivo de todos los ciudadanos frente al Estado. Sin embargo, la dimensión formal de la igualdad reduce el problema de la efectividad de los derechos, a una consideración de eficiencia normativa, al aislarlos del resto de dimensiones de la realidad, incluidas las condiciones que permiten alcanzarla. La segunda, en cambio, responde a esa necesidad histórica de que “los seres humanos” puedan “existir”, con “condiciones materiales de posibilidad” –como viene apuntando la teoría crítica–, es decir, para que puedan seguir haciéndolo. La idea de igualdad, en su dimensión material, ha marcado el sentido de las luchas sociales por los derechos humanos (entendiendo a estos no ya sólo como derechos, sino como medios/modos de vida).

La igualdad, por tanto, como proceso histórico de emancipación humana trasciende el plano estrictamente jurídico-formal. Es más, este se ve potenciado por esa disposición “histórica” para democratizar la sociedad y mejorar la vida de las personas. En esto consiste la dimensión material del principio de igualdad, en esta “disposición” ética e histórica basada en la producción y desarrollo de la justicia social como criterio y principio para la acción. Los derechos humanos y la democracia, con sus prácticas de lucha y sus tradiciones, no se entienden hoy sin la idea de igualdad como principio necesario, de distribución igualitaria del poder y de la riqueza entre y para la gente. Por eso, la crítica que aquí se hace pasa por esa contextualización histórica⁷⁵ de la idea de igualdad, en un esfuerzo que también lleva a tratar de

⁷⁵ “La ciencia social, que está condenada a la ruptura crítica con las evidencias primeras, no dispone de mejor arma para llevar a cabo esta ruptura que la historización que

elucidar su verdadera genealogía. Los derechos humanos han estado siempre vinculados a los procesos de reacción contra las desigualdades. Han sido y, siguen siendo, una reacción frente a cualquier tipo de opresión y/o dominación, porque los derechos humanos, que son derechos y que son humanos, son siempre acciones que refieren a seres humanos necesitados. El hecho de que fueran concebidos formalmente bajo el paraguas normativista, no presupone que se deban concebir exclusivamente como derechos individuales⁷⁶, que exijan a futuro su cumplimiento, ni tan siquiera como horizontes de posibilidad (visión idealista), sino como modos de vida que hagan factible la existencia humana –con dignidad– para todas las personas⁷⁷.

La idea de igualdad no deviene posible, por tanto, sin este juicio material de existencia. Se puede enfrentar así el idealismo utopista de quienes abogan por una visión absoluta de los derechos humanos, que los reduce a meros horizontes prescriptivos, por otra parte nunca realizables, puesto que lo que realmente realizamos son acciones conforme a valores, y estas son siempre contingentes, como también lo son las formas históricas en las aquellos se objetivan (léase instituciones, normas, etc). Es precisamente aquí cuando arribamos a la conclusión de que actuar conforme a derechos humanos es actuar para satisfacer las necesidades de esos seres humanos como sujetos realmente necesitados.

Siendo este el caso, si pretendemos ir más allá de los límites propios de las formas modernas del principio de igualdad (léase formal), el siguiente paso es reconstruir paradigmáticamente los procesos de categorización que

permite neutralizar, en el orden de la teoría, por lo menos, los efectos de la naturalización y, en particular, la amnesia de la génesis individual y colectiva de un dato que se presenta con todas las apariencias de la naturaleza y exige ser aceptado sin discusiones, *taken for granted*". P. BOURDIEU, *Meditaciones Pascalianas*, cit., pp. 153 y 239.

⁷⁶ Pues los derechos humanos, en aquél entonces, no se podían pensar de otra forma que no fuera a través de los *paradigmas* en vigor, esto es, desde la doctrina de los derechos subjetivos. Es por esto que los derechos humanos se empiezan a imaginar exclusivamente como derechos de los particulares, de los ciudadanos (burgueses), es decir, como derechos individuales.

⁷⁷ Luego, "la extracción de la igualdad como principio para la construcción del Estado, así como su reconocimiento de derecho en el estándar internacional, ha desembocado también en su reconocimiento en el *sistema tutelar de los derechos humanos internacional*, parte del *ius cogens*, permeando y sosteniendo el ordenamiento nacional e internacional, tanto en su exigencia de respetar y garantizar la igualdad entre las personas, como la abstención de tratos desiguales injustificados". Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Nadege Dorzema y otros contra República Dominicana. Sentencia de 24 de octubre de 2012, párrafos 225-226. (La cursiva no es del original)

se han seguido (funcionales al paradigma iuspositivista y sistematizador de la teoría general), desde marcos de racionalidad alternativos (racionalidad reproductiva), que retomen las líneas modernas que permanecieron ocultas. Por lo pronto, basta con esbozar los pilares sobre los que se apuntala el principio de igualdad, desde su dimensión más sustantiva o material: por una parte, en el fortalecimiento de la democracia participativa –como único escenario posible de superación del capitalismo– y de los derechos humanos, entendidos no ya sólo como condiciones (modos) materiales de posibilidad para poder vivir, sino como el eje decisivo para el diseño de un nuevo enfoque epistemológico y paradigmático; y, por otra, en las ideas de justicia social y pluri-identidad, pues en ambas se sintetiza la necesidad histórica de igualar a quienes no tienen o no pueden.

JOSÉ MARÍA SECO MARTÍNEZ
Universidad Pablo de Olavide
Carretera de Utrera km 1, Sevilla
e-mail: jmsecmar@upo.es

LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: UNA CONSECUENCIA LÓGICA DE LA LIBERTAD REPRODUCTIVA O UN CASO DRAMÁTICO DE LAS REPRODUCCIONES ASISTIDAS

SURROGACY: A LOGICAL CONSEQUENCE OF REPRODUCTIVE
FREEDOM OR A DRAMATIC CASE OF ASSISTED REPRODUCTION

M^a OLGA SÁNCHEZ MARTÍNEZ
Universidad de Cantabria

Fecha de recepción: 11-12-15

Fecha de aceptación: 27-5-16

Resumen: *Los avances en materia de reproducción humana asistida han supuesto un gran cambio en los últimos años en el ámbito de la reproducción y la familia. La gestación por sustitución es, entre las distintas posibilidades de procreación que permite hoy la ciencia, la práctica que ha generado un debate más intenso. La polémica se mueve entre dos vertientes opuestas: quienes lo ven como una consecuencia lógica de la libertad reproductiva y quienes, por el contrario, lo entienden como un ejemplo límite, incluso dramático, de las reproducciones asistidas. El mayor protagonismo en este debate ha de estar centrado en los derechos de las mujeres y de los niños, por ser las personas más afectadas y más vulnerables en estas prácticas.*

Abstract: *Advances in assisted human reproduction have meant a major change in recent years in the field of reproduction and family. Among the various possibilities of reproduction that science allows today, it is surrogacy the practice that has generated a most intense debate. The controversy moves between two opposite views: those who consider it as a logical consequence of reproductive freedom and those who, on the contrary, understand it as an extreme example, even dramatic, of assisted reproduction. The greater role in this debate should be focused on the rights of women and children, being the most affected and most vulnerable to these practices.*

Palabras clave: gestación por sustitución, derechos de la mujer, derechos de los niños, el interés superior del menor

Keywords: surrogacy, women's rights, children's rights, the best interest of the child

1. LA INTERVENCIÓN DE LA TÉCNICA Y LA CIENCIA EN EL PROCESO REPRODUCTIVO: DE LA NATURALEZA A LA VOLUNTAD PROCREATIVA

Si hay algo común en todo el mundo, y en todas las épocas, es el reconocimiento de la importancia de la familia y las funciones que desempeña en la sociedad. La familia es un sistema social universal, un elemento clave en las estrategias de reproducción, no sólo biológica, sino económica, social y cultural¹. Pero, si la familia es un fenómeno universal, no hay un modelo universal de familia. La familia es un fenómeno histórico, una realidad social y cultural de enorme vitalidad y, por tanto, de gran diversidad. En proceso de cambio continuo, no se puede hablar de modelos familiares concluidos. Butler señala que las formas familiares son “formas sociales viables” que pueden ser “útilmente desafiadas”². Siendo así, la familia “venidera” probablemente tendrá que “reinventarse” una vez más³.

Diversas transformaciones económicas, políticas, sociales, religiosas, morales, tecnológicas y culturales han contribuido a modificar el desenvolvimiento de las familias y a pluralizar unos modelos de familias cada vez más complejos. Un tratamiento especial requieren en este momento los cambios generados por los avances tecnológicos y científicos en materia biológica y médica, de un mundo globalizado que relativiza las fronteras y su incidencia en uno de los mayores desafíos a los que se han enfrentado las familias en los últimos tiempos: la pérdida progresiva de los elementos naturales en su origen.

En el orden simbólico familiar la vinculación de la familia a la naturaleza es tan potente que los cambios en este sentido son acompañados de grandes incertidumbres y temores, entre los que no están ausentes los agoreros que proclaman el fin de la familia y hasta de la propia civilización. El binomio sexualidad/procreación que da origen a la familia natural es la base de una construcción social, cultural y jurídica de un modelo familiar concreto: la llamada familia tradicional, que es matrimonial, indisoluble y de diferenciación sexual.

¹ Cfr. P. BOURDIEU, *Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción*, trad. de Th. Kauf, Anagrama, Barcelona, 2007, p. 133.

² J. BUTLER, *Des hacer el género*, trad. de P. Soley-Beltrán, Paidós, Barcelona, 2006, p. 165.

³ E. ROUDINESCO, *La familia en desorden*, trad. de O. L. Molina, Anagrama, Barcelona, 2004, p. 217.

La posibilidad de disolver del matrimonio, el reconocimiento de la filiación extramatrimonial y la igualdad de todos los hijos ante la ley, abrirá las primeras brechas en aquel modelo tradicional. Pero entonces lo biológico, como un proceso de reproducción natural sustentando en aquel binomio sexualidad/procreación, cobrará incluso mayor protagonismo, posibilitando la investigación de la paternidad y siendo el dato biológico un criterio decisivo en la atribución de la filiación paterna.

Será la adopción quien pondrá a prueba la verdad biológica, como elemento constitutivo de la paternidad/maternidad legal, al situar al elemento volitivo como criterio determinante para la atribución de la condición de padre y/o madre. El derecho procederá entonces a sustituir los inexistentes lazos biológicos por iguales vínculos jurídicos. Los vínculos jurídicos que se establecen en materia de adopción permitirán combinaciones distintas a las que permitía la familia natural, entre ellas la creación de familias con hijos de personas del mismo sexo, un vínculo inexistente en la filiación natural. Los efectos de la transgresión de la diferenciación sexual, como parte del orden simbólico familiar, pretenderán mitigarse justificando la existencia de unos vínculos jurídicos, carentes de referencia biológica alguna, en la protección de órdenes familiares diversos, con criterios de igualdad, y en el interés superior del menor. Ahora bien, la sexualidad y la reproducción siguen estando unidas en el acto procreativo, otra cosa es el ejercicio y el reconocimiento jurídico de las funciones parentales.

Sin embargo, para cuando el derecho reconoce vínculos de filiación a parejas del mismo sexo ya puede apreciarse una gran separación entre la procreación y sus procesos naturales. El proceso de procreación es cada vez menos natural y más consciente, problematizado, planificado y controlado, en palabras de Gunter Grass, los partos son, sobre todo, “mentales”⁴, protagonizados por la voluntad del hijo deseado, no por una mera consecuencia natural derivada de la práctica de relaciones sexuales. La sexualidad no va unida necesariamente a la reproducción, para que esta unión se produzca es preciso que se complemente con la voluntad de procrear.

Sólo faltaba para quebrar la unidad naturaleza-cultura en el ámbito familiar, que la base natural humana de la procreación entrase en el horizonte

⁴ El autor aborda las diferentes formas en que se afronta la paternidad y la maternidad en el mundo y lo hará a propósito de un viaje a Asia, en el verano de 1980, de una pareja de profesores, Harm y Dörte, en el que se plantean la conveniencia o no de tener un hijo. G. GRASS, *Partos mentales o los alemanes se extinguen*, trad. de G. Dieterich, Alfaguara, Madrid, 1999.

de la disponibilidad técnica y de la conquista científica, para que la voluntad de procrear se desligue de la sexualidad y la reproducción pierda como únicos referentes sus bases naturales⁵. Entonces, se ha llegado a decir que las posibilidades de reproducción en manos de la ciencia sustituyen “el calor de los cuerpos por la frialdad de los laboratorios”, disocian “el amor conyugal y el don de la vida” y, en última instancia, provocan la “objetivación del hijo”, quien antes que “sujeto amado fue objetivo y fruto del conocimiento de quienes tuvieron todo el poder sobre él”⁶.

Pero, la preservación de los elementos naturales y biológicos en los procesos reproductivos es uno de los objetivos fundamentales en la reproducción asistida⁷. Si, por un lado, la intervención de la ciencia y la técnica en la reproducción han contribuido a desdibujar las huellas del tradicional orden simbólico de la familia construido sobre el orden natural de la procreación; por otro lado, paradójicamente, permiten retornar a lo natural. Como resultado del proceso de procreación médicamente asistido, la ciencia ha conseguido disociar, combinar y fragmentar elementos y fases de la reproducción que la naturaleza mantenía unidos, corrigiendo o sustituyendo aquellos elementos o fases disfuncionales y tratando de preservar aquellos otros que sí funcionan naturalmente, de tal manera, que el resultado y el procedimiento de reproducción *artificial* sea lo más parecido posible a un proceso de reproducción *natural*. Con la preservación del vínculo genético, con al menos uno de los padres, la ciencia y la técnica se intentan aproximar a la naturaleza y cuando no es posible se adoptan “estrategias de ocultamiento, invisibilidad, clandestinidad y secretismo”⁸. Así, por ejemplo, si se recurre a la donación de gametos se busca la similitud fenotípica del donante anónimo con el futuro padre o madre, para que con el parecido se pueda seguir manteniendo un patrón de identidad respecto a los padres de deseo que la genética no

⁵ Ya la medicalización del embarazo y el parto hace que desaparezca en el proceso de gestación la idea de una naturaleza pura, para convertirse en un proceso administrado por expertos. Con las técnicas de reproducción asistida la idea paternidad/maternidad tradicional y la reproducción se convertirán en dos fenómenos independientes. Cfr. U. BECK y E. BECK-GERNSEHEIM, *El normal caos del amor. Las nuevas formas de relación amorosa*, trad. de D. Schmitz, Paidós, Barcelona, 1998, pp. 164, 220-221.

⁶ J. F. POISSON, *Bioética. ¿El hombre contra el hombre?*, trad. de M. Martín, Rialp, Alcalá, 2009, p. 147.

⁷ Cfr. C. LEMA AÑÓN, *Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*, Trotta, Madrid, 1998, p. 302.

⁸ C. ALVÁREZ PLAZA, *La búsqueda de la eterna fertilidad. Mercantilismo y altruismo en la donación de semen y óvulos*, Alcalá, Jaén, 2008, p. 238.

sustenta. De tal manera, que mientras los procesos naturales se “desnaturalizan” en el laboratorio, con la búsqueda de las similitudes fenotípicas se pretende que la naturaleza sea “un espejo en que mirarse, aunque sea de soslayo”⁹. Paradójico puede resultar también la reivindicación del derecho al hijo, mientras pretenden ser fortalecidos los derechos del hijo, cuando se están tomando importantes decisiones anticipadas sobre ese futuro hijo, quien se verá afectado en sus intereses y derechos¹⁰.

La ciencia ha conseguido manejar de forma flexible lo natural y lo cultural, a través de distintas posibilidades de uso y combinaciones de sustancias corporales –semen, óvulos y útero– que permiten distribuir identidades y pertenencias múltiples¹¹. Una flexibilidad que denota la fragilidad, por lo que a la familia se refiere, de la unión entre naturaleza y cultura, que ha provocado que algunas predicciones sobre terribles males futuros se recrudezcan en discursos que recuerdan el terrible destino del doctor Frankenstein, y su disgregadora osadía que le persigue y castiga, o la sociedad deshumanizada que relata Huxley en *Un mundo feliz*¹².

Sin embargo, la ciencia y la tecnología no determinan por sí solas un rumbo, al margen de las necesidades y exigencias que se producen en la sociedad y de lo que se pueda considerar permisible o aceptable¹³. En los avances científicos hay mucho de humano; junto a la ambición científica, con todo

⁹ P. DE LORA y M. GASCÓN, *Bioética. Principios, desafíos, debates*, Alianza, Madrid, 2008, p. 83. Junto a la similitud fenotípica del donante, algunas otras decisiones normativas como las que afectan al carácter anónimo de las donaciones o la confidencialidad de todo un proceso que, salvo excepciones, no reconoce el derecho del hijo a conocer sus orígenes biológicos, parece estar dirigido a conseguir un resultado lo más parecido posible al de un proceso natural.

¹⁰ Cfr. J. COSTA-LASCAUX, “Mujer, procreación, bioética”, en G. DUBY y M. PERROT (eds.), *Historia de las mujeres en Occidente*, Tomo V, trad. de M. A. Galmarini, Taurus, Madrid, 1993, pp. 593-594. Una perspectiva muy crítica respecto a la existencia o posibilidad del reconocimiento del “derecho al hijo” frente a los “derecho del hijo”, o una mal entendida “humanización” de la procreación como una “conquista para la libertad”, en lugar de concebirla desde la perspectiva de la responsabilidad valorando el interés del menor, pueden verse en A. M. VEGA GUTIÉRREZ, “Los derechos reproductivos en la sociedad postmoderna: ¿una defensa o una amenaza contra el derecho a la vida?”, en J. VIDAL MARTÍNEZ (coord.), *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Comares, Granada, 1998, pp. 9, 44, 50-51.

¹¹ Cfr. C. ALVÁREZ PLAZA, *La búsqueda de la eterna fertilidad. Mercantilismo y altruismo en la donación de semen y óvulos*, cit., pp. 223-224.

¹² Cfr. P. BALL, *Contra natura. Sobre la idea de crear seres humanos*, trad. de V. V. Úbeda, Turner, Madrid, 2012, pp. 245, 285.

¹³ *Ibidem*, p. 260.

lo humano que contiene¹⁴, las técnicas de reproducción humana asistida suponen un remedio contra la esterilidad y el sufrimiento humano¹⁵, además de una explosión de posibilidades y oportunidades en el ámbito de la voluntad y decisión humana en torno a la familia. En este sentido, es preciso que los progresos en materia científica no se desarrollen al margen de las necesidades humanas y sirvan, precisamente, a esas necesidades, con el objetivo de garantizar los derechos de las personas para mejorar la protección y calidad de vida de las familias y los individuos que las integran.

2. LAS FRAGMENTACIONES EN EL DISCURSO DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

En el proceso de procreación médicamente asistida se produce, respecto a la reproducción natural, un incremento del espacio de intervención de actores múltiples y diversos, siendo uno de sus principales ámbitos de acción el cuerpo de la mujer y su última finalidad conseguir la anhelada descendencia. Biólogos, médicos, donantes, receptores, moralista y juristas, entre otros, tienen la oportunidad de manifestar, en el ámbito de la reproducción humana, sus distintas ideas, conocimientos, intereses y deseos en un proceso ahora separable y apropiable en diversas fases. Se ha llegado incluso a señalar que la interferencia en el proceso de reproducción humana de intereses económicos, a través de intermediarios, ha permitido la incursión de la procreación en la lógica de la producción, superándose la división tradicional entre lo productivo y lo reproductivo¹⁶. Al respecto, expresiones tales como

¹⁴ Esta ambición que manifestó Wagner, el ayudante de Fausto, el artífice de un ser humano creado en el laboratorio, quien convencido de que “el estilo antiguo de procrear es una vana necedad”, “el hombre, mucho mejor dotado que los animales, ha de tener en el futuro un origen más noble y elevado” y que tras su creación añadirá: “aquello que se consideraba secreto en la naturaleza” podemos “probarlo de modo racional, con osadía, y lo que ella antes organizaba por su cuenta” el hombre puede hacerlo cristalizar, porque “el misterio ha sido desvelado y está a plena luz”, “¿qué más queremos?”, “¿qué más nos exige el mundo?”, GOETHE, *Fausto*, trad. de M. Salmerón, Espasa, 8ª ed., Madrid, 2011, pp. 256-257.

¹⁵ Un sufrimiento magistralmente reflejado por García Lorca en *Yerma*, una mujer estéril que no concibe el mundo sin un hijo, en la que se pone de manifiesto cómo es vivido y afrontado este problema de diferente manera por hombres y mujeres y la presión e incompreensión social ante la esterilidad. Cfr. F. GARCÍA LORCA, *Yerma*, edición de I. M. Gil, Cátedra, 29ª ed., Madrid, 2012.

¹⁶ Cfr. P. BARCELONA, “Biopolítica y derechos”, trad. de H. Silveira, en H. C. SILVEIRA GORSKI (ed.), *El derecho ante la biotecnología. Estudios sobre la nueva legislación española en biomedicina*, Icaria, Barcelona, 2008, p. 48.

“el nuevo negocio global”, “el mercado de la reproducción” o “el turismo reproductivo” no resultan ajenas al debate ético y jurídico sobre las técnicas de reproducción humana asistida¹⁷.

Las grandes transformaciones que han producido aquellas múltiples intervenciones en el proceso reproductivo alcanzan a valores, creencias y representaciones, considerados en otros momentos inamovibles e inescindibles, como la maternidad y la paternidad, el cuerpo y la persona o el cuerpo y la mente. Si la reproducción no está ya necesariamente unida a la sexualidad, la paternidad y maternidad biológica no están necesariamente unidos a la paternidad y maternidad social, ni el cuerpo y sus partes se identifican necesariamente con la persona, ni la parte física se considera necesariamente unida a la parte emocional del ser humano.

El uso de las técnicas de reproducción asistida plantea la posibilidad de disociar, fragmentar e, incluso, jerarquizar distintos aspectos de la paternidad y la maternidad, sometiendo las decisiones sobre la atribución de filiación paterna y materna a una serie de variables inexistentes cuando sólo se contaba con la forma de reproducción natural. Así en un proceso de procreación asistida pueden existir un padre genético –donante de semen– y un padre social –quien asumirá las funciones propias de la paternidad–, una madre genética –donante de óvulos–, una madre gestante –quien desarrolla el embarazo– y una madre social –quien asume la crianza y educación del bebé–. La complejidad de un proceso que admite múltiples variables genera importantes incertidumbres que han de ser reducidas o simplificadas, para conciliar los intereses de todas las personas afectadas: nada menos que padres, madres y su descendencia. El derecho habrá de decidir cuáles de estas paternidades y maternidades serán jurídicamente relevantes para atribuir la filiación y, por tanto, realizar una valoración sobre la importancia de lo genético, lo biológico y lo social y establecer prioridades en relación a aquellas valoraciones. En definitiva, habrá de valorarse si la genética, que permite transmitir vida, rasgos físicos y mentales, prolongar en la descendencia elementos personales, debe primar, en el orden social, como criterio de identidad personal, sobre la gestación, que permite compartir cuerpos y establecer lazos de apego entre gestante y feto; o si ambos criterios, o uno u otro, deben

¹⁷ Aunque también se ha negado la posibilidad de asimilar la reproducción a la producción, porque “el espíritu de la generación no puede ser el de la producción: las cosas se fabrican, a los seres se les recibe”, F. QUÉRÉ, *La ética y la vida*, trad. de S. Masó, Acento, Madrid, 1994, p. 135.

ceder ante el compromiso de asumir las funciones propias de la paternidad y/maternidad, que implican la crianza, cuidado y educación del individuo, permitiéndole su desarrollo personal¹⁸. En cualquier caso, no parece que la paternidad/maternidad pueda circunscribirse a una concreta información genética, ni a un proceso de gestación, sino más bien a una relación compuesta de elementos volitivos, afectivos y sociales, coincidentes en ocasiones con los biológicos y/o genéticos y otras no¹⁹. Precisamente, en las técnicas de reproducción asistida el elemento volitivo, como criterio de atribución de la filiación, va a ser realzado frente al genético²⁰, sin perjuicio de que el criterio biológico siga teniendo un peso importante en cuanto elemento de configuración de la identidad personal²¹.

Más allá de las maternidades y paternidades fragmentadas, con el desarrollo de la biotecnología, en asuntos como el trasplante de órganos, la investigación con seres humanos o la fecundación asistida, se ha planteado un proceso de fragmentación del cuerpo, antes unido de forma inescindible e identificado con la persona, su integridad y su dignidad. La persona deja de estar encerrada en los confines de un cuerpo que ahora puede ser separado en partes, células, tejidos y órganos de los que poder disponer de forma autónoma. El cuerpo se deconstruye y reconstruye, dejando de ser una unidad

¹⁸ Cfr. C. ÁLVAREZ PLAZA, *La búsqueda de la eterna fertilidad. Mercantilismo y altruismo en la donación de semen y óvulos*, cit., pp. 222-224. Cfr. M. PÉREZ MONGE, *La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002.

¹⁹ Cfr. E. LAMM, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, pp. 49, 51.

²⁰ El elemento volitivo habría de ser el criterio más relevante en la determinación de la filiación en tanto que la "causa eficiente última e infungible" para que el nacimiento se produzca, siendo "el resto de los elementos sustituible, fungibles, y no verdadera causa del nacimiento", F. RIVERO HERNÁNDEZ, "La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial", en VV.AA., *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. Ponencias y Comunicaciones presentadas al II Congreso Mundial Vasco*, Trivium, Madrid, 1988, p. 146.

²¹ Quizás porque, como se ha señalado, "la biología, la voluntad y la elección no siempre están en relación de oposición, sustitución, asimilación y/o exclusión, sino de adición, complementariedad, acumulación y/o sucesión", A. M. RIVAS RIVAS, "Pluriparentalidades y parentescos electivos. Presentación del volumen monográfico", *Revista de Antropología Social*, núm. 18, 2009, p.15. Las diferentes lógicas normativas sobre el parentesco dan cuenta de esta realidad. Por ejemplo, cuando se legisla sobre el derecho del adoptado a conocer su origen biológico o respecto al nacido mediante técnicas de reproducción asistida a conocer determinados datos de los donantes de gametos o cuando se exige para reconocer la filiación derivada de acuerdos de gestación que figure en la documentación la identidad de la mujer gestante.

biológica indivisible, para componerse y descomponerse en partes, de las que la persona puede desprenderse voluntariamente, sin que ello, necesariamente, afecte ni a su integridad, ni a su dignidad, ni a su condición de persona²². Bajo tales presupuestos se discute sobre la tradicional indisponibilidad y extracomercialidad del cuerpo humano, para permitir la posibilidad de convertir a partes del mismo en objetos del tráfico jurídico. La cuestión a debatir versará entonces sobre la extensión y los límites de las posibilidades de disposición sobre el propio cuerpo, como un problema cultural y no sólo biológico. Al respecto se han alcanzado algunos consensos, entre los que se incluye, la posibilidad de disponer del propio cuerpo, siempre y cuando no lo sea con ánimo de lucro. En este sentido, sería el ánimo de lucro lo que comprometería la autonomía, libertad o la dignidad del sujeto sobre determinadas decisiones relativas a su cuerpo o a partes del mismo²³.

Como colofón de las escisiones y fragmentación, en la reproducción asistida se ha planteado la posibilidad de separar cuerpos y mentes, la parte física y emocional del ser humano. A lo largo del proceso reproductivo no sólo se comprometen aspectos físicos, sino también psicológicos y emocionales, tradicionalmente considerados unidos, especialmente en relación a la maternidad. Sin embargo, la libertad reproductiva, sobre la base del reconocimiento de la autonomía y la capacidad de decidir sobre el propio cuerpo y sus funciones, ha permitido mantener también que las personas implicadas en la reproducción son capaces de tomar decisiones racionales sobre los distintos aspectos, servicios y fases del proceso. Las posibles implicaciones emocio-

²² Cfr. S. RODOTÀ, "Aventuras del cuerpo", trad. de H. Silveira, en H. C. SILVEIRA GORSKI (ed.), *El derecho ante la biotecnología. Estudios sobre la nueva legislación española en biomedicina*, cit., pp. 304-305.

²³ El Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenido relativo a los derechos humanos y la biomedicina, cuya ratificación por España fue publicada en el BOE, núm. 251, de 20 de octubre de 1999, páginas 36825 a 36830) hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, en el capítulo VII, artículo 21, establece que "el cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro". Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, establece que en el marco de la medicina y la biología se respetará "la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro". Art. 3. 2, Diario Oficial de las Comunidades Europeas 18.12.2000 (2000/C 364). En este sentido la gratuidad sería una condición ineludible para admitir la licitud de la disponibilidad sobre aquellas sustancias, órganos o actividades implicadas en el proceso de reproducción asistida, cfr. C. F. FÁBREGA RUIZ, *Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*, Comares, Granada, 1999, pp.117-118.

nales de la disposición de partes del cuerpo y prestación de estos servicios, especialmente la relación entre el bebé y la mujer que lo gesta y alumbra, serían, en este sentido, elementos imprescindibles a tener en cuenta en sus decisiones.

3. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y/O MATERNIDAD

La gestación por sustitución –también llamada maternidad subrogada, gestación por otro o vientre de alquiler– ha sido considerada como el “ejemplo límite de los retos de las procreaciones asistidas”²⁴. En virtud de esta práctica una mujer gesta un bebé a cuya maternidad renuncia, en favor de otra u otras personas que se comprometen a asumir la paternidad y/o maternidad social. En la gestación por sustitución pueden estar presentes el mayor número de intervinientes y posibles variables en un proceso reproductivo. La persona que pretende asumir la paternidad social puede aportar su material genético o no, en el caso de que se utilice semen de donante. La mujer que se compromete a asumir la maternidad social puede además aportar sus óvulos en la fecundación, los óvulos pueden ser de la propia gestante o pueden proceder de la donación de una tercer mujer. Es un recurso que, además, permite la posibilidad de tener descendencia, sin necesidad de recurrir a la adopción, a todas las modalidades familiares, incluidas las formadas por dos varones. Otras peculiaridades propias de esta modalidad reproductiva son destacables, como la intervención de intermediarios que propician los acuerdos entre gestantes y quienes desean ser padres y/o madres; las situaciones de desigualdad entre unas y otros, con los consiguientes riesgos de explotación de mujeres y tráfico de bebés; o el largo periodo de tiempo que supone la intervención en el proceso reproductivo de una mujer gestante y los posibles cambios de intención de las partes durante el mismo. Finalmente, siendo la práctica que introduce más variables en el proceso reproductivo y, por tanto, mayor número de elecciones, en cuanto a la determinación de identidades y pertenencias, es también la práctica que mayor conflictividad puede generar, de ahí que el proceso no sea ajeno a la intervención de abogados, jueces o encargados de registros civiles.

Un escenario amplio y complejo, en el que la diversidad de deseos, intenciones expectativas e intereses elevan casi a una nueva dimensión toda la

²⁴ J. COSTA-LASCAUX, “Mujer, procreación, bioética”, en G. DUBY y M. PERROT (eds.), *Historia de las mujeres en Occidente*, cit., p. 592.

problemática insertada en la reproducción asistida: la pérdida de elementos naturales de la familia, las paradojas en torno a tal desnaturalización, la fragmentación de la maternidad, de los cuerpos y del cuerpo y de la mente. Un escenario en que se intensifica la problemática ética y jurídica centrada en el orden simbólico de la mujer, la maternidad y la familia, en un marco de reconocimiento, protección y garantía de derechos, que incide de forma muy especial en los derechos de la mujer y de la infancia. Todo ello en un contexto global en el que, propiciado por la existencia de regulaciones diferenciadas, es difícil impedir que se traspasen las fronteras con el objetivo de eludir los límites establecidos en las normativas internas²⁵.

En comparación con el uso de otras técnicas en la reproducción que permiten la fragmentación de la paternidad e incluso de la maternidad, en el caso de la gestación por sustitución se pone de manifiesto que el hecho de que la maternidad pueda separarse de la gestación hace que se tambaleen los cimientos, reales o imaginarios, de las raíces mismas del proceso de reproducción, su lado natural, indisoluble, permanente y universal entre las madres y sus bebés, en los que se entreteje “la lógica del instinto maternal”²⁶. Desde el punto de vista simbólico, la vinculación de la maternidad a lo natural, a la propia identificación con la sexualidad femenina, sus roles culturales y vínculos afectivos perviven en el imaginario colectivo con gran intensidad. Hasta tal punto que, desde ciertos planteamientos no sería posible separar la condición de gestante de la atribución legal de maternidad, ni hacer disponible una parte concreta del cuerpo de la mujer –el útero y su capacidad reproductiva–, ni separar el cuerpo de la mente –la actividad de gestar y la experiencia emocional a ella ligada–, sin afectar a la dignidad de la mujer, del hijo que está por nacer y de la propia gestación.

El desarrollo de la gestación le proporciona a la mujer gestante una apariencia de madre que no admitirá, en muchos ordenamientos, prueba en con-

²⁵ Aunque la gestación en favor de otra persona no es una práctica novedosa, sí lo es el contexto en que se produce actualmente. Es una práctica antigua de la que la biblia da cuenta. Sara dijo a Abraham: “Mira, el Señor me ha hecho estéril: así que acuéstate con tu esclava, a ver si por medio de ella puedo tener hijos” (Génesis, 16, 14). Raquel dijo a Jacobo: “Aquí tienes a mi esclava Bilhá. Únete a ella y que dé a luz sobre mis rodillas. Así, por medio de ella, yo también podré tener hijos” (Génesis, 30, 3). No es tampoco nuevo que una de las mayores preocupaciones que genere la gestación por sustitución es la instrumentalización del cuerpo de la mujer, nótese que en estos pasajes la mujer gestante es una esclava.

²⁶ Los ejes simbólicos que representa la “ideología de la maternidad intensiva”, M. LOZANO ESTIVALIS, *Mujeres autónomas, madres automáticas*, Servicio de Publicaciones Universidad de Málaga, 2004, p. 83.

trario, no permitiendo su renuncia a la atribución legal de la maternidad, aunque ser madre no sea su voluntad. En forma paralela a este tratamiento jurídico de la mujer que desarrolla la gestación, resultará jurídicamente desconocida aquella que manifestó su voluntad de asumir la maternidad, incluso cuando aporta sus óvulos en el proceso de reproducción. La madre genética será así tratada como si fuera una donante, pese a que esa no fue su voluntad y que la donación no tiene carácter anónimo. Y es que la gestación no puede permanecer oculta; a diferencia de lo que sucede en la donación de gametos, no pueden borrarse las huellas de un embarazo. La gestante será depositaria de una experiencia concreta de maternidad, erigiéndose en uno de los símbolos, que se necesita preservar, de todo lo natural contenido en el acto de reproducción. La certeza de la maternidad atribuida por el parto, seguirá representando la unión entre la familia natural y la familia legal²⁷.

Todo un universo simbólico que servirá para fijar como límites al acuerdo entre las personas, por lo que a la reproducción se refiere, una parte del cuerpo de la mujer –el útero– y una fase del proceso reproductivo –la gestación–, aunque el cuerpo haya dejado de identificarse con la persona, que puede disponer de sus partes sin que afecte a su dignidad, siempre que no exista ánimo de lucro. De hecho, en el caso de la donación de gametos no se ha planteado con gran intensidad el debate sobre si los donantes, que aportan material genético, son tratados o no como meros productores de sustancias y, por ello, son o no afectados en su dignidad, o si siendo estas sustancias partes del cuerpo están o no fuera del comercio, salvo para descartar el lucro; ni siquiera se descarta, antes bien se contempla, la posibilidad de que exista una compensación económica por estos servicios reproductivos²⁸. Pese a que pueda por esta vía mediar precio, los espermatozoides o los óvulos ni se alquilan, ni se compran, ni se venden, se donan. Sin embargo, en el caso de que en el proceso reproductivo el órgano implicado sea un útero ajeno y el servicio que se preste sea el de gestante, el debate se intensifica. La mujer, en tal supuesto, según algunas concepciones, parece comprometer no sólo el útero, sino a través de él, su cuerpo entero, más aún, su propia condición de mujer. Entonces, aunque no medie precio, la función prestada por el útero no merece ser considerada susceptible de donación, obtiene cierto pre-

²⁷ Cfr. E. ROUDINESCO, *La familia en desorden*, cit., p. 185.

²⁸ Se ha propuesto como alternativa a la compensación económica, explorar la posibilidad de “fomentar donaciones no anónimas basadas en motivaciones propias de las relaciones de reciprocidad”, C. LEMA AÑÓN, “La normalización de la reproducción asistida en España: entre la gratuidad y el mercado”, en VV.AA., *Treinta años de técnicas de reproducción asistida*, Cuadernos de la Fundació Víctor Grifols i Lucas, núm. 35, 2015, p. 69.

dicamento el término “alquiler” en un sentido peyorativo, para terminar situándolo fuera del comercio de los hombres. Desde esta perspectiva, la gestante se vería afectada en su dignidad, porque su cuerpo y toda su persona sería instrumentalizada al servicio de otras personas. En definitiva, esta técnica comportaría una cosificación de la mujer, a la que se convierte en una incubadora humana al servicio de quienes desean tener un hijo, contrario a su dignidad. A ello se añade la situación de desigualdad que puede darse entre los comitentes y la gestante que podría producir una utilización de mujeres pobres por personas de cierto poder adquisitivo, una forma de esclavitud o explotación de mujeres contraria a la libertad y autonomía de la mujer²⁹.

Si la mujer, en el caso de la maternidad, no podría separarse de una parte de su cuerpo que parece identificarle con su propia condición de persona y de mujer, tampoco podría desligar su función reproductiva, como gestante, de la afectividad que en la gestación se desarrolla y que la une al bebé gestado. En relación también a la mujer se añadiría el argumento de posible daño a su salud psíquica, atendiendo al hecho de que el embarazo es una experiencia emocional que no permitiría que la mujer pueda predecir si, una vez concluido, su voluntad de entregar al bebé sería la misma que antes de que aquel embarazo se produjera. La capacidad de gestar habría de ser, por estos motivos, indisponible. Una gestante que cede la maternidad a otra persona ha llegado a ser calificada como una mercenaria dispuesta a abandonar a sus hijos y permitirlo degradaría la gestación a una “pura función de fabricación”³⁰. Si a todo lo anterior añadiéramos contraprestaciones económicas, la gestación entraría en una lógica del mercado que devaluaría aún más a la propia gestación, a la mujer y al niño.

²⁹ Cfr. D. L. DICKENSON, “Property and women’s alienation from their own reproductive labour”, *Bioethics*, vol. 15, núm. 3, 2001, pp. 205-217.

³⁰ F. J. ELIZARI BASTERRA, *Bioética*, San Pablo, Madrid, 1994, p. 73. En el mismo sentido, puede verse M. PORRAS DEL CORRAL, *Biotecnología, Derechos y Derechos humanos*, Obra Social y Cultural Caja Sur, Córdoba, 1996, pp. 107-108. La gestación por sustitución, según la Instrucción *Donum Vitae* sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación, de 22 de febrero de 1987, instaura en detrimento de la familia la división entre los elementos físicos, psíquicos y morales que la constituyen. Es, por ello, considerada como contraria a la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación humana; representa una “falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable, ofende a la dignidad y al derecho del hijo a ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por los propios padres”. Puede verse el contenido íntegro de la instrucción en: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html.

Con respecto al hijo se vería afectado en su dignidad, al ser convertido por el acuerdo de gestación por sustitución en un mero instrumento al servicio del deseo de los padres, o una propiedad objeto de comercio, evidenciado en el acto de entrega posterior a su nacimiento³¹. También se entiende que puede resultar dañada su salud emocional y elementos de su identidad personal, al separarlo de la mujer que formó parte de su primer entorno natural y con quien ha establecido fuertes lazos afectivos. Derechos de los niños, por tanto, indisponibles al acuerdo entre particulares³².

Ahora bien, en un sentido bien distinto, se pone de manifiesto que pensar que la mujer no puede adoptar libre y autónomamente decisiones sobre su capacidad reproductiva implica reforzar los estereotipos femeninos sobre la inevitabilidad de su destino biológico o la imprevisibilidad de sus emo-

³¹ Cfr. S. D. BERGEL, "Bioética, cuerpo y mercado", *Revista Colombiana de Bioética*, vol. 2, núm. 1, enero-junio 2007, pp. 155-157 (www.redalyc.org). La sustracción a la autonomía de la voluntad de los negocios del derecho de familia –por razones de interés público, imperativos éticos y función social–, la dignidad de la mujer –en tanto manipulación del cuerpo femenino– y la protección de los derechos de los hijos, son los argumentos sostenidos para negar la posibilidad de someter la maternidad al ámbito de los negocios jurídicos, cfr. Y. SÁNCHEZ GÓMEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pp. 138-142. La consideración del cuerpo de la mujer como un bien de uso mercantil y la entrega posterior del bebé, como parte de su cuerpo, son también argumentos que han servido para rechazar someter a la disciplina del negocio jurídico la actividad reproductiva, en concreto, en la modalidad de gestación por sustitución. Cfr. S. FODOR, "¿Retadas para no ser madres? Lectura crítica de las nuevas tecnologías reproductivas desde el feminismo", en M. CASADO y A. ROYES (coords.), *Sobre bioética y género*, Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 264. Tanto en lo referente a la dignidad de la madre como la del hijo, cfr. J. LÓPEZ GUZMÁN y A. APARISI MIRALLES, "Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada", *Cuadernos de Bioética*, vol. XXIII, núm. 78, mayo-agosto 2012, pp. 253-267. Todos estos argumentos han generado a nivel internacional potentes campañas dirigidas a concienciar sobre la necesidad de prohibir la gestación por sustitución, <http://www.stopsurrogacynow.com/dpbs>; <http://www.womenworldplatform.com/en/home>. También a nivel nacional se han desarrollado plataformas y campañas en contra de la subrogación maternal, en las que han intervenido importantes filósofas, sociólogas, juristas y representantes de los movimientos feministas: <http://nosomosvasijas.eu/>.

³² También en la adopción al menor se le desvincula de la madre gestante, aunque se justifica en su propio interés. Pero en la gestación por sustitución los acuerdos se realizan antes de la concepción y no después del nacimiento del bebé, como en la adopción, sin que en ésta última la gestante pueda elegir quienes adoptarán al bebé. El que la gestación por sustitución pueda suponer un fraude a las normas sobre adopción es también una de las razones esgrimidas en contra de su licitud. Cfr. C. F. FÁBREGA RUIZ, *Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*, cit., p. 115.

ciones y decisiones, exaltando la experiencia de la gestación y el parto por encima de la toma de decisiones racionales. Que en algunos casos esto pueda suceder es bien distinto a darlo por supuesto en todos los casos, como si las mujeres, todas las mujeres, fueran incapaces de tomar decisiones al respecto. Bajo la prohibición general se evita que la persona, en este caso mujer, forme su propio juicio y, además, supone que esta decisión ha sido ya tomada por otros. Resultaría que en nombre de proteger su libertad, las mujeres son tratadas como personas no autónomas. A esto habría de añadir que, liberada de aquellos roles tradicionales, la prohibición y la falta de regulación sólo consigue aumentar los riesgos de explotación llevando los acuerdos a la clandestinidad y a la ausencia de límites que traten de evitar los abusos.

Por lo que se refiere a la posibilidad de instrumentalizar al hijo y sus derechos, se argumenta que estos menores no existirían de no haber sido por quienes deseándolos han optado por esta técnica. Por otro lado, que las decisiones relativas a los menores sean tomadas por los padres y las madres no es una novedad, sino la regla general establecida en las normas sobre capacidad, procediendo la intervención pública sólo en los casos excepcionales en que se aprecien peligros graves e inminentes para el menor. La cuestión sería entonces si hay alguna razón para sustentar que el hecho de gestar, aunque no se tenga voluntad de ser madre, es mejor garantía para ser buena madre que el hecho de desear tener un hijo y comprometerse a criarlo, o si está probado que separar a un bebé de quien lo gestó supone un daño irreparable o grave para él. Si, por un lado, se señala que no existe ningún estudio concluyente al respecto, por otro lado, en las técnicas de reproducción asistida el elemento volitivo adquiere una significativa relevancia en la atribución de la filiación. No parece fácil entender que la dignidad del hijo o su interés superior pueda verse afectado por haber sido concebido para ser querido por quienes no lo gestaron, pero se comprometieron a criarlo. En este sentido, su interés estaría mejor garantizado con una regulación que permita la seguridad de estar integrado de pleno derecho en la familia que lo desea y asume la responsabilidad de su cuidado³³.

³³ Aunque estos argumentos no resolverían la cuestión, si quien tuvo la voluntad sólo de gestar cambia de intención, asumiendo, por tanto, la responsabilidad del ejercer sus funciones maternas. Se han utilizado, como argumentos a favor de la filiación de los padres comitentes, la comparativa con otros supuestos en los que el posible cambio de intencionalidad no ha sido un obstáculo para la prohibición o ausencia de regulación, como en el caso de la donación de gametos o en la adopción. Pero si esta solución, en el caso de cambio de voluntad de la gestante, es muy discutible desde el punto de vista del interés y derechos del menor,

Ahondando más en los argumentos favorables a una regulación que permitiera la gestación por sustitución y la atribución de la filiación a los padres de deseo, se señala que es la única posibilidad de tener descendencia genética a disposición de todos los modelos familiares, incluidos los formados por dos varones, por un hombre solo y la que permite tener hijos genéticamente propios a una mujer que no pueda gestar, pero sí producir óvulos. Por otro lado, el criterio del deseo o la intención como prioritario en la atribución de la filiación, sobre factores genéticos o biológicos, evitaría generar desigualdad entre hombres y mujeres. Mientras, si el varón aporta su material genético podría determinarse la filiación natural a su favor, esto no sucedería en el caso de la mujer, haya o no prestado sus gametos en la fecundación, para ella siempre sería, en su caso, una filiación adoptiva.

En relación a las contraprestaciones económicas y a la entrada de la reproducción en la lógica del mercado, se ha puesto de manifiesto la hipocresía de tal planteamiento, recordando que muchos aspectos de la vida familiar están ya en el mercado: bodas, divorcios, embarazos, nacimientos... Negar el reconocimiento de los acuerdos de gestación apoyándose en la compensación económica que generan estos servicios, tendría mucho que ver con la ya tradicional ausencia de valor económico de aquellas actividades que sólo, o preferentemente, hacen las mujeres, siendo esta precisamente una de las causas de la pobreza y la explotación de las mujeres³⁴.

4. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN BAJO LA DISCIPLINA DEL CONTRATO

Tratando la disciplina del contrato, como marco jurídico que pudiera dar cobertura a la maternidad subrogada, Shalev y Pateman sintetizan dos posiciones diversas y enfrentadas³⁵. En ambos casos, se trata de la fragmen-

también lo es desde el punto de vista de los derechos de la gestante, teniendo en cuenta la especial protección de las madres y de la mujer en el embarazo y el parto.

³⁴ Todos estos argumentos han sido analizados por M. M. SHULTZ, "Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality", *Wisconsin Law Review*, 1990, pp. 297-398. Disponible en: <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/344>.

³⁵ Dos posiciones totalmente contrarias respecto a la gestación por sustitución, que resultan familiares en relación a otras que desde el feminismo se han mantenido sobre las técnicas de reproducción asistida. Algunas consideran dichas técnicas como liberadoras para las mujeres, mientras otras las entienden como una nueva forma de dominación y opresión sobre ellas. Al respecto es interesante M. CHARLESWORTH, *La bioética en una sociedad liberal*, trad.

tación del cuerpo, del cuerpo y la mente, de la maternidad, de la incidencia que tales escisiones tienen en la construcción del sujeto femenino como persona sexuada y del valor intrínseco o extrínseco de la capacidad de procrear.

Las cuestiones a discutir sobre la validez o la conveniencia de regular a través de la modalidad contractual el hecho de que una mujer lleve a cabo una gestación por encargo de otra u otras personas, con la finalidad de entregar, concluida la gestación, a un bebé, se centran en la posibilidad de disponer de una parte del cuerpo de la mujer –su útero–, a través del cual se presta un servicio concreto –la gestación–, siendo una de las obligaciones principales para la mujer gestante la entrega de una persona –el bebé que está por nacer cuando se realiza el acuerdo–.

4.1. Pateman: el contrato de gestación como una forma renovada y dramática del contrato sexual

Para Pateman, el cuerpo y la persona no son idénticos, sin embargo son inseparables, no siendo posible la fragmentación del cuerpo sin afectar a la esencia de la persona. En el mismo sentido, aunque la persona no se subsume por completo en su sexualidad, la identidad es inseparable de la construcción sexual de la persona. Así pues, menos aún son separables de la condición de persona aquellas parte del cuerpo que configuran la identidad del ser humano como ser masculino o femenino, es decir, que configuran la esencia de la persona sexuada. Existe, por tanto, una relación integral entre el cuerpo, sus partes, la sexualidad y la identidad como persona.

Siendo, en esencia, la persona un ser sexuado, como no es posible desligar de la misma aquellas partes y capacidades físicas que la identifican con su sexo, tampoco es posible desligarla de las capacidades emocionales que configuran también su identidad personal. A estos efectos, tanto el útero como la capacidad reproductiva de la mujer es determinante de la construcción del sujeto femenino, por tanto, un contrato que tenga como referencia al útero, afecta a un órgano que configura en esencia la identidad femenina. Si además involucra a la maternidad, afecta a una singular capacidad fisio-

de M. González, Cambridge University Press, 1996, pp. 109-123. Ver también F. PUIGPELAT MARTÍ, "Feminismo y técnicas de reproducción asistida", *Aldaba*, núm. 32, 2004, pp. 63-80; S. TUBERT, *Women without a shadow. Maternal desire and assisted reproductive technologies*, Free Association Books, London, 2004; y V. F. NOURSE, "Reproductive Technology: Boon or Bane for women?", en M. BECKER, C. G. BOWMAN and M. TORREY (et al.), *Cases and materials on feminist jurisprudence. Taking women seriously*, Thomson-West, St. Paul MN, 2007, pp. 516-525.

lógica, emocional y creativa del cuerpo de la mujer. Por tanto, la relación de una mujer con su útero o con la gestación no puede ser una relación externa de propiedad o de prestación de servicios. Al tratarse de un órgano y una capacidad intrínsecos a su propia condición de mujer incide sustancialmente en su propia persona³⁶.

En definitiva, la maternidad, además de ser una específica capacidad fisiológica de la mujer, es una singular capacidad emocional ligada a la condición femenina. Si no puede escindirse del sujeto femenino aquella parte física que le hace en esencia mujer, tampoco se le puede privar de la parte emocional que le identifica con su sexo y que permite que la relación establecida durante la gestación, entre mujer y feto, sea cualitativamente diferente a cualquier otra. La condición de madre es, por tanto, coincidente con la de gestante, tanto referido al aspecto fisiológico como al emotivo.

La continuidad entre el cuerpo femenino, las emociones y la maternidad implica que negociar sobre la capacidad de gestar es atentar contra la propia integridad e identidad personal; es negar valor a la capacidad corporal única de la mujer, es tornar irrelevante la propia condición de mujer. En última instancia, supondría permitir a los varones apropiarse del cuerpo de la mujer y, a través de su cuerpo, de su propia persona. No es baladí que el mismo contrato que pudiera hacer perder a la mujer gestante la condición de madre, sería suficiente para que un hombre se convierta en padre, instrumentalizando a una persona -mujer- al servicio y para los fines de otra persona -varón-³⁷. De esta manera, reconocer política o jurídicamente autonomía para contratar sobre la capacidad de gestar es un modo de apropiarse de las mujeres, de revitalizar bajo nuevas formas el patriarcado.

La sombra de Robert Filmer, dirá Pateman, planea sobre la gestación por sustitución, regresando con él una parte del patriarcado clásico: la simiente del varón llena la vasija vacía de la hembra, trayendo con su fuerza creativa una nueva vida al mundo, que es de su propiedad y lo convierte en padre, a la vez que priva de la condición de madre a la portadora de aquella vasija³⁸. La gestación por sustitución se ha convertido en "un ejemplo dramático" de

³⁶ Cfr. C. PATEMAN, *El contrato sexual*, trad. de M. L. Femenías, Anthropos, Iztapalapa (México), 1995, p. 295.

³⁷ *Ibidem*, pp. 297-298.

³⁸ Sólo faltaba ya que, "como vuelta de tuerca", el hombre pueda presentar al hijo así nacido a su esposa como "un último regalo", C. PATEMAN, *El contrato sexual*, cit., p. 295. Interesante al respecto es señalar que en nuestro derecho, al amparo de la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, el varón que contrata puede reclamar su

la reaparición de nuevas fórmulas contractuales que permiten el acceso y el uso de los cuerpos de las mujeres³⁹.

4. 2. Shalev: el contrato de gestación como reconocimiento de la plena autonomía de la mujer y mejor garantía del interés del menor

Para Shalev, por el contrario, la condición de persona es independiente de los órganos que configuran la sexualidad y sus capacidades específicas, incluida la capacidad reproductiva. Partiendo de este presupuesto inicial, es perfectamente factible fragmentar el cuerpo en distintas partes, sin afectar a la condición de persona, sea hombre o mujer; es posible separar el cuerpo de las emociones, aunque tales emociones tengan como base la gestación; finalmente, puede desligarse la paternidad/maternidad biológica de la social, sea cual sea la participación que hombres y mujeres realicen en el proceso reproductivo. Las consecuencias jurídicas de todas estas fragmentaciones y separaciones, pueden ser sometidas a la disciplina del contrato de gestación por sustitución, en el que se debe permitir atribuir, incluso, valor económico a la capacidad reproductiva de la mujer, sin que ninguno de los extremos negociados comprometa necesariamente la autonomía y libertad de las partes que suscriben el acuerdo.

La cooperación en la actividad procreativa sería así el nuevo marco en el que se desarrolla una nueva cultura de la reproducción y en el que se llevan a cabo los acuerdos de gestación por sustitución. En este contexto, es posible disociar paternidad/maternidad biológica y social, órganos, capacidades y emociones de todas las personas intervinientes en el proceso. La base que permite tales disociaciones y aquella cooperación es la relación entre sujetos adultos, autónomos, responsables y con plena capacidad de ejercitar, de modo racional y autónomo, elecciones sobre sus capacidades y posibilidades reproductivas y asumir sus responsabilidades. En este ámbito general cooperativo es indiferente que la participación del sujeto en el proceso sea como donante de espermia, donante de óvulos, receptora de uno u otros, o como gestante.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, diferenciar la posición de la mujer gestante en el proceso procreativo, para negarle la capacidad de intervenir en el mismo, y asumir la responsabilidad que ello conlleva, es una

paternidad, si es padre biológico. En cambio, la mujer no gestante es ignorada por el derecho, aunque haya aportado su material genético.

³⁹ Cfr. C. PATEMAN, *El contrato sexual*, cit., p. 288. Son formas de renovar y respaldar el contrato social como forma de contrato sexual, como antes lo fueron el contrato de matrimonio o el de prostitución, *Ibidem*, p. 260.

actitud paternalista que refuerza la imagen tradicional de la mujer impregnada en la subjetividad de su útero⁴⁰. Pero la posesión de un útero, y de las capacidades a tal órgano asociadas, no permiten establecer la identidad de una persona, hasta el punto de privarle de la capacidad de contraer compromisos referidos a esta parte del cuerpo. Por el contrario, el útero es una parte más del cuerpo de la mujer, cuya propiedad le permite ofrecer un servicio personal de procreación: la gestación. Así pues, la plena y libre disposición de una parte de su cuerpo, aunque sea el útero y su capacidad de gestar –o, precisamente, porque es el útero y su capacidad de gestar– refuerza la autonomía y capacidad de decisión de la mujer.

Además, reconocer a la mujer su plena condición de persona racional con autonomía para tomar decisiones, significa reconocerle también capacidad para gobernar sus emociones, aún estando embarazada, y asumir las responsabilidades contraídas. Por otro lado, aún admitiendo la existencia de vínculos emocionales entre gestante y feto, no necesariamente han de derivarse de tales emociones vínculos legales de cuidado, ya que es perfectamente posible desvincular los vínculos jurídicos de los emocionales. Que una mujer esté vinculada por un acuerdo de gestación voluntaria en favor de otra persona, significa que no tendrá responsabilidad en la crianza y educación del bebé, no que no se preocupe por su destino. Es más, derivar de aquellos vínculos emocionales vínculos jurídicos es una forma de opresión propia de los parámetros culturales tradicionales de la relación maternal⁴¹. Al respecto, se ha de tener en cuenta que, más allá de las relaciones maternas, las relaciones afectivas y familiares han dejado de ser una “isla de emotividad”, para adentrarse en un mundo dominado por la impersonalidad de la economía y la política; circunstancia que alcanza a una actividad procreativa, en la que la gestación y el desarrollo en la vida del niño han salido ya del círculo estrictamente familiar y emotivo, a través de la intervención, entre otros, de médicos, biólogos, educadores, agentes sociales y juristas⁴².

Como consecuencia de aquellas tomas de posición, Shalev sostiene que la cooperación en el proceso procreativo debe ser determinada en un contexto contractual, de acuerdo con las deliberaciones de las partes adoptadas antes de la concepción. En este sentido, el acuerdo de gestación puede ser

⁴⁰ Cfr. C. SHALEV, *Nascere per contratto*, trad. de C. M. Mazzoni y V. Varano, Giuffrè, Milano, 1992, p. 126.

⁴¹ *Ibidem*, p. 127.

⁴² *Ibidem*, p. 128.

calificado como un contrato para la venta de servicios personales de procreación o un contrato a favor de tercero: el niño que va a nacer⁴³.

En relación a las objeciones relativas a la dignidad del bebé y su posible comercialización, se señala que en la gestación por encargo el interés está centrado en el valor intrínseco de la actividad reproductiva, cuya capacidad corresponde a la mujer, no en el producto final, cuyo interés resulta mejor protegido si quienes cooperan en el proceso reproductivo asumen sus responsabilidades desde el inicio del mismo⁴⁴.

Consciente, no obstante, de los riesgos inherentes a este tipo de contratos, en relación a la explotación de las mujeres y de los menores, se afirma que el peligro real de la gestación contratada está en los fines económicos o políticos que persiguen las partes extrañas al acuerdo. Por eso, es importante proteger la esfera de autonomía del individuo, siendo el contrato, como modelo no jerárquico y descentralizado de potestad normativa, el instrumento que mejor favorece la cooperación entre sujetos autónomos, dando su regulación respuesta jurídica a los fallos en la cooperación, como mejor garantía también del interés del menor⁴⁵.

En cuanto a la regulación de las contraprestaciones económicas de este servicio reproductivo, el fin de evitar el peligro de explotación no ha de ser una razón de prohibición, sino de estipular condiciones de desarrollo del contrato que estén dirigidas a evitar que aquella explotación se produzca. Se afirmará, incluso, que la máxima manifestación de libertad se da cuando la mujer gestante recibe un valor económico por su actividad procreativa, porque la mujer es un ser consciente, moral, social, política y económicamente y de la misma manera que no se la puede aislar de una parte de su propia existencia, tampoco ignorar el valor de su poder de procreación. Más si se tiene en cuenta que la actividad procreativa es el recurso económico central de cualquier sociedad, resultando, por ello, paradigmático que se le pretenda privar de valor económico⁴⁶.

4.3. Otras fórmulas de acuerdo sobre la gestación por sustitución

En las dos posiciones anteriores se ha visto reflejada la problemática que encierra la gestación por sustitución en relación a las personas que intervie-

⁴³ Ibidem, p. 105.

⁴⁴ Ibidem, pp. 144, 166.

⁴⁵ Ibidem, p. 146.

⁴⁶ Ibidem, pp. 161, 165-166.

nen en la procreación, en las instituciones que se ven afectadas –familia, mercado, contrato–, en los derechos e intereses en juego y, sobre todo, en la centralidad del papel de la mujer gestante en todo el proceso.

Desde estas perspectivas, teniendo en cuenta los riesgos que la gestación por encargo conlleva, se ha señalado que las situaciones, en que esta opción se puede plantear, son tan amplias y variadas que no se puede suponer *per se* su licitud o ilicitud. Un primer aspecto a tener en consideración es que en esos casos normalmente no hay una única verdad biológica para asentar la maternidad –es frecuente que se geste un embrión ajeno–. En segundo lugar, aunque probablemente haya una situación de desventaja entre la mujer gestante y quienes hacen el encargo, no se puede deducir de tal situación un vicio de consentimiento, ni presuponer que obligatoriamente haya una situación de necesidad económica en la gestante, como único motivo para aceptar participar en el proceso reproductivo. Tampoco puede erigirse en un argumento decisorio, ni suponer en todo caso, que la separación entre la gestante y el bebé conlleve una situación gravemente traumática para ambos⁴⁷.

Es innegable, por otro lado, que estas y otras situaciones pueden producirse y que han de ser valoradas para abordar una regulación respetuosa y garantista de los derechos de las personas implicadas en el proceso reproductivo, especialmente aquellas que se encuentran en una posición más vulnerable: las mujeres gestantes y los bebés. Partiendo de estos presupuestos, se ha señalado que, tanto el principio moral según el cual ninguna persona puede convertirse en un instrumento para fines ajenos, como el principio jurídico que prohíbe la comercialización del cuerpo, dirigidos a tutelar la dignidad de la mujer gestante, impediría exigir como contraprestación cualquier obligación a cargo de la mujer gestante. De tal manera que la gestación por otra persona, o personas, sólo sería admisible bajo la forma de donación, siempre dejando a salvo el derecho de la gestante a desistir hasta el momento del nacimiento del bebé⁴⁸.

Se han propuesto también modelos de regulación flexible, que sean respetuosos con las intenciones de los sujetos implicados. Modelos que deberían excluir intervenciones jurídicas que supongan o propongan una paridad entre varones y mujeres, que reconozcan y potencien la autonomía y la

⁴⁷ Cfr. P. DE LORA y M. GASCÓN, *Bioética, principios, desafíos y debates*, cit., pp.83-92.

⁴⁸ Cfr. L. FERRAJOLI, “La cuestión del embrión entre derecho y moral”, trad. de P. A. Ibáñez, en *íd.*, *Democracia y garantismo*, edición de M. Carbonell, Trota, 2^a ed., Madrid, 2010, p. 167.

responsabilidad femenina en las elecciones procreativas, que no constriñan a la gestante a los acuerdos adoptados en el momento de la concepción o la implantación de los embriones, y en los que la atribución de la paternidad jurídica sea el resultado de una decisión de la mujer gestante y no una decisión, en caso de conflicto, sostenida por el criterio de la paternidad biológica⁴⁹. Ahondando en esta línea se ha señalado que la gestación por sustitución ha encendido una alarma especialmente intensa sobre las técnicas de reproducción asistida. Una alarma que alerta sobre el potencial daño a los niños, a la familia y a la sociedad, y cuyo sonido se intensifica en relación a las mujeres. En relación a las mujeres estas técnicas han permitido aumentar algunos espacios de su libertad, pero también han incrementado el control sobre ellas. Admitiendo, como probable, que no todos los daños puedan ser eliminados, se considera que la única vía de encontrar una solución a todos los problemas que plantea es abordar una legislación que establezca las condiciones necesarias que permitan gobernar y decidir a las mujeres en los procesos reproductivos⁵⁰.

5. DE LOS VALORES EN CONFLICTO Y LOS DERECHOS RECONOCIDOS A LA DIVERSIDAD NORMATIVA Y AL HECHO DE LOS ACUERDOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Se han tratado distintos valores en relación a la intervención de la técnica y la ciencia en los procesos reproductivos: de lo natural y cultural en la procreación y en la familia, de la persona y de su dignidad, del valor del cuerpo humano y de sus partes y de la entrada de los servicios reproductivos en el mercado, donde los intereses adquieren protagonismo junto a los valores. Pero la reproducción ha entrado también en el ámbito de los derechos humanos. Asistimos al tiempo de los derechos reproductivos, que buscan el amparo de valores normativizados y derechos consagrados en los que encontrar un acomodo adecuado. Así, la libertad, la igualdad, la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la integridad física y moral, a fundar una familia y a su protección, la protección de la infancia y los derechos del

⁴⁹ Cfr. T. PITCH, *Un derecho para dos. La construcción jurídica del género, sexo y sexualidad*, trad. de C. García Pascual, Trotta, Madrid, 2003, pp. 68-73.

⁵⁰ Cfr. K. LIEBER, "Selling the Womb: Can the Feminist Critique of Surrogacy Be Answered?", *Indiana Law Journal*, vol. 68, iss. 1, article 7, 1992, pp. 205-232. Disponible en: <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol68/iss1/7>.

niño, el derecho a la intimidad personal y familiar, a la identidad, a la salud, a la investigación y creación científica o a gozar de los beneficios del progreso científico, se convertirán en los referentes de un nuevo marco normativo que pretenderá garantizar los nuevos derechos sexuales y reproductivos⁵¹.

En la actualidad, la salud sexual y reproductiva, y su efectiva garantía, no puede configurarse simplemente como una libertad, en cuanto a la decisión de no tener descendencia sino también la de tenerla. Por tanto, las medidas encaminadas a su efectividad deben estar a disposición de los ciudadanos y ciudadanas y no pueden limitarse sólo a aquellas que procuren evitar o interrumpir embarazos, sino también a aquellas que permitan su consecución. La ciencia y la tecnología están preparadas para ello pero precisan del acompañamiento de recursos económicos, políticos y legislativos. Las opciones y posibilidades en los distintos ordenamientos jurídicos son múltiples, aunque sin prescindir de la coherencia con el desarrollo de los distintos derechos humanos en juego. Algunas Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos inciden en estos derechos al tratar sobre la reproducción humana asistida, lo cual permite, más allá de las legislaciones concretas, esbozar algunos consensos sobre unas técnicas en constante evolución. En concreto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las

⁵¹ Cfr. R. COOK, B. M. DICKENS y M. F. GATHALLA, *Salud reproductiva y derechos humanos: integración de la medicina, la ética y el derecho*, Profamilia, Bogotá, 2003, p. 204. Respecto al ordenamiento jurídico español, puede verse Y. SÁNCHEZ GÓMEZ, *El derecho a la reproducción humana*, cit., pp. 40-60. Cfr. M. NAVARRO MICHEL, "Reproducción asistida, modelos de familia y derechos reproductivos", en M. CASADO y A. ROYES, *Sobre Bioética y Género*, Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 174-179.

Los derechos sexuales y reproductivos iniciarán su andadura en el marco internacional, en concreto, el artículo 16. 1 y e) del Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979. Tanto el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo en 1994, como la Declaración y el Programa de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, consideran la salud sexual y reproductiva como parte de "ciertos derechos humanos ya reconocidos" en leyes nacionales y en documentos internacionales (Párrafos, 7.2 y 7.3 de NU. Informe de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo; Párrafos 94 y 95 de NU. Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer). El derecho a acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva vendría también avalado por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en cuyo artículo 12 se reconoce el "derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental".

Libertades Fundamentales, que reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar, ampara la libertad de ser padre o madre, en sentido biológico⁵²; también, en combinación con el artículo 14, la decisión de ser padre o madre recurriendo a la donación de gametos⁵³; y, finalmente, a recurrir a las técnicas de reproducción disponibles para gestar un hijo sano, en caso de que la legislación permita el aborto terapéutico⁵⁴. Por su parte, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la no protección eficaz de los derechos de salud sexual y reproductiva, a través de la fecundación *in vitro*, supone un menoscabo no justificado y desproporcionado del derecho a la integridad y libertad personal, derecho a la vida privada y la intimidad, derecho a fundar una familia y a no ser discriminado por razón de discapacidad, género o circunstancias económicas⁵⁵.

Ahora bien, si las técnicas de reproducción asistida se han desarrollado en el marco de derechos reconocidos, que permiten hacer efectiva la libertad de procrear, y que han dado un lugar destacado a la elección e intención de ser padre/madre, no todas las técnicas con aquella finalidad están igualmente valoradas, ni reguladas, en las distintas legislaciones. Disparidad que se recrudece en la gestación por sustitución, por su incidencia especial en los derechos de la mujer y de la infancia.

⁵² Caso *Evans Vs. Reino Unido*, (no. 6339/05) Sentencia de 10 de abril 2007. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Evans v the United Kingdom"\],"sort":\["docnamesort Ascending"\],"itemid":\["001-80046"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{). "Private life incorporates the right to respect for both the decisions to become and not to become a parent ... the right to respect for the decision to become a parent in the genetic sense, also falls within the scope of art. 8" (Párrs. 71 y 72). Caso *Dickson Vs. The United Kingdom* (no. 44362/04), Sentencia 4 de diciembre de 2007. La Corte afirmó al respecto que el artículo 8 "is applicable to the applicants complaints in that the refusal of artificial insemination facilities concerned their private and family lives which notions incorporate the right to respect for their decision to become genetic parents" (Párr.66), [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["No.44362/04"\],"itemid":\["001-73360"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)

⁵³ Caso *S.H. y otros Vs. Austria*, de 3 de noviembre de 2011. No. 57813/00. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["57813/00"\],"sort":\["appnoyear Ascending,appnocode Ascending"\],"itemid":\["001-107325"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{) Párr. 60.

⁵⁴ Caso *Costa y Pavan Vs. Italia*. No. 54270/10, Sentencia de 28 de agosto de 2012. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["costa and pavan"\],"itemid":\["001-115727"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{) Párr. 71.

⁵⁵ En la Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Caso *Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") Vs. Costa Rica*, la Corte consideró violados los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

Así pues, desde la perspectiva de distintos derechos, valores e intereses en conflicto, la gestación por sustitución se aborda de muy diferente manera en las legislaciones de los distintos países⁵⁶. En muchos no está siquiera tratada y quienes lo regulan han optado, bien por no permitirla⁵⁷, o por su admisión con requisitos más o menos amplios⁵⁸. Entre estas últimas, es amplia la variedad de requisitos exigidos, siendo destacables los referidos a

⁵⁶ Los distintos modelos de regulación, a propósito de la gestación por sustitución, en el derecho comparado pueden verse en L. B. SCOTTI, "El reconocimiento extraterritorial de la maternidad subrogada: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas", *Pensar en Derecho*, núm. 1, 2012, pp. 280-282 y en E. LAMM, "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho", *InDret, Revista para el análisis del derecho*, 3/2012, pp. 11-21; *íd.*, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, cit., pp. 118-192. L. BRUNET, J. CARRUTHERS, K. DAVAKI, D. KING, C. MARZO y J. MCCANDLESS, *A comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, European Parliament, 2013, Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403\(SUM01\)_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403(SUM01)_ES.pdf)

⁵⁷ Es el caso de la mayoría de los países europeos, como por ejemplo Francia, Alemania, Austria, Suiza, Italia, Portugal o España. La regla general es en estos países la nulidad de los acuerdos de gestación por sustitución y el criterio del parto para atribuir la filiación materna. Véase el artículo 16. 7 del Código civil francés; el artículo 1.7 de la Ley federal alemana de 13 de diciembre de 1990; el artículo 4.3 de la ley federal austriaca de 1 de julio de 1992 sobre reproducción asistida; el artículo 4 de la ley federal Suiza sobre procreación médicamente asistida; el artículo 4.3 de la ley sobre procreación médicamente asistida italiana de 19 de febrero de 2004; artículo 8 de la Ley n° 32/2006 sobre procreación médicamente asistida portuguesa; y el artículo 10 de la ley española de 26 de mayo de 2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida. A estos países habría que añadir: Bélgica, Noruega, Suecia, Islandia, Estonia, Moldavia, Turquía, Arabia Saudita, Pakistán, China, Japón, Canadá (Quebec), EE. UU. (Arizona, Michigan, Indiana, North Dakota).

⁵⁸ En Grecia, la Ley 3089/2002 sobre Asistencia Médica a la Reproducción Humana precisa para los acuerdos de gestación por sustitución autorización judicial y que no tengan fines lucrativos. En Reino Unido, según las Surrogacy Arrangements Acts, 1985, los acuerdos son homologables judicialmente, siempre que no tengan fines lucrativos, se realicen sin intervención de intermediarios y no se publiciten. Otros países que regulan la gestación por sustitución sin fines lucrativos son: Canadá (excepto Quebec), Australia, Países Bajos, Dinamarca, Hungría, Israel, EE. UU (Nueva York, Nueva Jersey, Nuevo México, Nebraska, Virginia, Oregón, Washington), Sudáfrica. Se permite con contraprestación económica, en Rusia, Ucrania, India, Bielorrusia, Georgia, Armenia, Chipre, Tailandia, EE. UU (Arkansas, California, Florida, Illinois, Texas, Massachussets, Vermont). Junto al carácter gratuito o lucrativo de los acuerdos, otros requisitos variables son exigidos en estas normativas referidos tanto a las gestantes como a los comitentes. En relación a las primeras, por ejemplo algunos relativos a la edad, la salud, haber tenido hijos previos, limitación en el número de gestaciones, que puedan aportar o no sus óvulos. En cuanto a los comitentes, algunas legislaciones hacen referencia al estado civil y/o la orientación sexual, también en ocasiones se precisa constancia de la incapacidad para gestar de la mujer, la aportación de material genético de uno de los

las condiciones de filiación, ya que en estos aspectos puede centrarse gran parte del debate sobre los derechos de las mujeres gestantes y de los niños. Algunas legislaciones determinan la filiación en el momento de firmar los acuerdos de gestación, antes de producirse los tratamientos de fecundación. En otras, en cambio, la filiación se determina con posterioridad al nacimiento del bebé. En el primer caso, se exige que todo sea acordado antes del implantar el embrión, estableciendo los controles de los acuerdos en esa fase previa, de tal manera que no se produzcan incertidumbres jurídicas una vez que el bebé haya nacido, teniendo éste desde el primer momento una filiación determinada a favor de los padres comitentes. En el segundo caso, hay una protección mayor a la gestante, a quien se considera como madre y se le permite que cambie de opinión durante la gestación y un periodo de reflexión después del parto⁵⁹. No obstante, estos dos modelos no agotan todas las posibilidades jurídicas en la determinación de la filiación en los casos de gestación por sustitución⁶⁰.

Esta disparidad normativa ha generado el desplazamiento de las personas que desean recurrir a esta práctica desde países cuya legislación no la permite, o son muy rigurosos en sus exigencias normativas, a otros con regulaciones más flexibles. De esta manera, aquella última frontera natural de la familia, representada en la maternidad de la gestante, es cada vez menos infranqueable, al encontrar lugares de paso hacia el reconocimiento de efectos jurídicos deriva-

comitentes, la nacionalidad, incluso recientemente en la India se exige certificación de la embajada de su país en que indique que reconoce la gestación por sustitución.

⁵⁹ Entre las legislaciones que exigen una autorización antes de los tratamientos médicos están Grecia o Sudáfrica. En ambos casos la filiación legal se establecerá desde el nacimiento en favor de los comitentes, dando a la gestante la posibilidad de impugnar la filiación sólo si aportó el material genético. Otros países, como Reino Unido o Australia, establecen inicialmente la filiación en favor de la gestante y tras un periodo de reflexión se les transfiere a los comitentes.

⁶⁰ Sirvan solo de ejemplo estos supuestos: en Israel se exige preaprobación de los acuerdos, no obstante la determinación de la filiación ha de ser autorizada por orden judicial con posterioridad al parto, que será en favor de los comitentes salvo que el interés superior del menor aconseje otra cosa. En Rusia y Ucrania, sin necesidad de autorización del acuerdo de gestación, la filiación se determina en favor de los comitentes, pero se precisa que la gestante de su consentimiento. En India la filiación está determinada en favor de los comitentes, sin necesidad de autorizar los acuerdos. En New Hampshire, la gestante tiene derecho a resolver el contrato un tiempo después del nacimiento del bebé. En California se insta un procedimiento judicial para determinar la filiación después de celebrar el contrato, pero antes del nacimiento del bebé, y la sentencia ordena al hospital donde nazca el bebé que los comitentes figuren en el certificado de nacimiento como padres y/o madres del bebé.

dos de las prohibiciones establecidas en el derecho propio. Ahora bien, llegar al reconocimiento de la filiación de los bebés nacidos mediante gestación por sustitución en favor de los padres comitentes en sus propios países, atraviesa un recorrido lleno de dificultades e incertidumbres. Algunos países en que se realizan los acuerdos de gestación y se produce el nacimiento del bebé, al determinar la filiación en favor de los comitentes, no atribuyen su nacionalidad al bebé; mientras el país de origen de los comitentes no reconociendo aquella filiación tampoco lo consideran nacional propio. Como consecuencia de tal situación el bebé es apátrida y las leyes de inmigración impiden permanecer a los comitentes indefinidamente en estos países. Otros países sí que reconocen la nacionalidad a estos niños/as por razón del lugar de nacimiento; así podrán salir del país y viajar al lugar de residencia de los comitentes, pero si en este destino no se les reconoce la filiación, permanecerán en él en situación irregular y sin filiación determinada o con una filiación que no se corresponde a su situación familiar de hecho. El interés superior del menor será el elemento clave para solventar estas situaciones. En el primer caso, el derecho a una nacionalidad, la existencia de una vida familiar de hecho o razones humanitarias, han sido utilizados como justificación para dispensar la documentación necesaria para salir del país de nacimiento del bebé. El vínculo genético, la vida familiar de hecho, o la adopción pueden ser los procedimientos que terminen reconociendo la filiación en favor de los padres comitentes. En cualquier caso, los trámites para la regularización de estas situaciones son largos, complejos e inciertos, comprometiendo seriamente los derechos e intereses de los niños.

La preocupación por la situación de estos menores ha producido algunos pronunciamientos de instancias internacionales. Prueba de ello es que la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya, en marzo de 2012, elaboró un Informe Preliminar sobre los problemas derivados de los acuerdos internacionales de gestación por sustitución. En este Informe se propone la adopción de un instrumento internacional que permita un marco de cooperación entre los distintos Estados –similar al Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993, sobre protección de derechos del niño y cooperación en materia de adopción internacional–, que permita reconocer en países que prohíban la práctica, la filiación de los niños nacidos al amparo de situaciones legales reconocidas en el extranjero, asumiéndose, para ello, un concepto de orden público atenuado por el interés superior del menor⁶¹.

⁶¹ Cfr. *A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, disponible en: <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10en.pdf>

El Parlamento Europeo también ha elaborado un estudio sobre la gestación por sustitución, su problemática jurídica y política en el marco de la Unión Europea. Deja constancia del incremento de la práctica –especialmente de los acuerdos transfronterizos–, de la diversidad de las legislaciones nacionales, de los problemas políticos que suscita (igualdad de género, libertad reproductiva, explotación, globalización, política sanitaria y regulación) y de una jurisprudencia que constata las dificultades para el reconocimiento formal de los Estados de la voluntad de las partes sobre la paternidad/maternidad legal y la condición jurídica de los menores. Llamando especialmente la atención sobre estos menores, quienes a tenor de las normativas internas pueden quedarse en los países de la UE sin padres legales e, incluso, sin nacionalidad y ciudadanía. Tras un minucioso análisis de la situación concluirá que, dada su limitada competencia en el ámbito del derecho de familia, no es posible en este momento una regulación unitaria de la UE. No obstante, manifiesta la necesidad de que en los Estados Miembros se garantice la seguridad jurídica de los menores en relación a la paternidad/maternidad y a un estatus civil claramente definido para ellos⁶².

6. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA

El caso español puede servir de ejemplo de la problemática que la gestación por sustitución encierra. En España, el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, declara “nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero”, determina que la filiación se establecerá por el parto y deja a salvo, pese a aquella nulidad, la “acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

Mientras el criterio biológico puede determinar la filiación paterna, no hay posibilidad de filiación natural materna a favor de la mujer, que no siendo gestante, haya aportado sus gametos. La tradicional certidumbre y unidad de la maternidad, que preside nuestro derecho de filiación, junto con otras valoraciones morales y jurídicas, profundamente arraigadas en nuestra cultura, justifican la determinación legal de la filiación materna por el

⁶² Cfr. L. BRUNET, J. CARRUTHERS, K. DAVAKI, D. KING, C. MARZO y J. MCCANDLESS, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in the EU Member States*, European Parliament, 2013, citado.

parto. Se imponen así razones referidas a los riesgos que estos acuerdos supondrían para producir o incrementar la explotación de mujeres y niños, la mercantilización del cuerpo de la mujer, la vulneración de su dignidad y la del bebé o la protección de la integridad física y moral de ambos⁶³. Quedan relegadas otras razones, como el respeto a la verdad biológica, en el caso de que los óvulos no procedan de la madre gestante, o a la voluntad y libertad de quienes suscriben el acuerdo, o el interés superior del menor en los casos concreto que podrían avalar otras soluciones⁶⁴.

6. 1. La práctica de la gestación por sustitución en el extranjero

Sin embargo, pese a la nulidad de pleno derecho de los acuerdos de gestación por sustitución, proclamada en el derecho español, es una práctica utilizada fuera de nuestras fronteras por ciudadanos españoles. Es un hecho que algunas personas, con recursos económicos, realizan acuerdos de gestación en el extranjero, para una vez nacidos los niños, y determinada en aquel lugar a su favor la filiación, pretender en los mismos términos su inscripción en el registro civil español. La propia legislación nacional mitiga los efectos de aquella nulidad. De un lado, no prevé ninguna sanción para quienes intervengan en tales prácticas⁶⁵ y, de otro lado, deja a salvo la acción de pater-

⁶³ Argumentos que conllevan la consideración del acuerdo de gestación como contrario a las leyes, la moral o las buenas costumbres y la ilicitud de la causa contractual (artículo 1271.3 y 1275 del Código civil), cfr. F. LLEDÓ YAGÜE, *Fecundación artificial y derecho*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 155. Cfr. J. VIDAL MARTÍNEZ, "Los derechos reproductivos en la sociedad postmoderna: ¿una defensa o una amenaza contra el derecho a la vida?", en ID. (coord.), *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, cit., p. 123.

⁶⁴ En una legislación cada vez más próxima a contemplar la paternidad y la maternidad como decisiones voluntarias en el ámbito del ejercicio de sus derechos reproductivos, referirse sólo a la persona que gestó para atribuir la filiación, desconocer la voluntad de quienes desearon ser padre y madre, tener en cuenta el factor genético sólo en relación al varón y no valorar los derechos e intereses del menor, es cuánto menos discutible. Cfr. N. IGAREDA GONZÁLEZ, "La inmutabilidad del principio *mater semper certa est* y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España", *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 21, 2015, p. 13. Tomando como referencia el criterio biológico de la filiación, respecto a la desigualdad de los efectos de su reconocimiento en el varón y en la mujer comitentes, cfr. M. NÚÑEZ BOLAÑOS, I. M. NICASIO JARAMILLO y E. PIZARRO MORENO, "El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, enero-diciembre 2015, pp. 240-242, 255-259.

⁶⁵ La nulidad del contrato implicará que no hay derecho o deber que pueda surgir del mismo, pero este hecho en sí carece de relevancia jurídico penal. Sólo cuando el nacimiento se

nidad del padre biológico, pudiendo en tal caso, previo consentimiento de la mujer gestante, el otro miembro de la pareja, si lo hubiera, adoptar al nacido al amparo del contrato de gestación por sustitución.

No obstante tal previsión para determinar la filiación de los padres comitentes, a fin de evitar la situación de incertidumbre jurídica que se produce en estos casos, se dictó una pionera Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado, de 18 de febrero de 2009, que ordenó la inscripción en el registro consular de dos niños nacidos en California, mediante acuerdo de gestación por sustitución, como hijos naturales de los dos padres que habían suscrito aquel acuerdo. La Resolución entendió que, en este caso, no se trataba de determinar la filiación de los menores, sino de permitir el acceso al registro español de una certificación registral extranjera, en la que constaba el nacimiento y la filiación de los nacidos. Planteada la inscripción en estos términos no procedería la aplicación de las normas sustantivas españolas, sino de las que establecen los requisitos legales para acceder al registro, siempre que no se produjeran efectos contrarios al orden público español. Orden público que se consideró no resultaría afectado, puesto que el ordenamiento jurídico español permite ya la filiación en favor de dos varones, en los casos de adopción, y en favor de dos mujeres, tanto en supuestos de adopción, como cuando se trata de hijos nacidos a través de las técnicas de reproducción asistida. En atención a estas dos consideraciones, lo que no permitiría el derecho español es la diferencia de tratamiento entre hijos adoptados y naturales o la discriminación por razón de sexo.

A mayor abundamiento, se argumentó que rechazar la inscripción supondría la vulneración del artículo 3 de la Convención de Derechos del Niño, que exige atender de forma primordial al interés superior de los menores, cuya tra-

produzca y se pretenda otorgarle una filiación distinta a la determinada por el parto, puede tener relevancia penal. Para la comitente, en caso de que se produzca simulación de parto y para la gestante, la entrega del hijo a terceros con el objetivo de alterar o modificar la filiación (artículo 220 Código penal). Para todos los participantes, comitentes, gestantes e intermediarios, si la entrega se produce, eludiendo los procedimientos legales de guarda, acogimiento y adopción con la finalidad de establecer una relación análoga a la filiación, cuando medie compensación económica (221 Código penal). Para el educador, facultativo, autoridad o funcionario público que en el ejercicio de su profesión o cargo realice cualquiera de las conductas mencionadas, el artículo 222 del Código penal contempla una agravación de la pena. Es decir, no hay sanción por el acuerdo de gestación, sino por la intención de alterar el estado civil por cualquiera de los medios señalados, cfr. J. I. BENÍTEZ ORTUZAR, "Delitos relativos a la reproducción asistida", en J. VIDAL MARTÍNEZ (coord.), *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, cit., pp. 175-193.

ducción al caso concreto, consistiría en garantizar que los niños queden al cuidado de quienes han dado su consentimiento para ser padres y la garantía del derecho de los menores a una identidad única o, lo que es lo mismo, a una filiación que no cambie al cruzar las fronteras. En definitiva, la Resolución consideró que el acceso al registro español de una certificación registral extranjera, que determina la filiación natural en favor de dos padres, no vulnera el orden público internacional español, evita una discriminación por razón de sexo y protege el interés del menor, aunque aquella certificación registral traiga su causa en un contrato que la legislación española califica como nulo de pleno derecho⁶⁶.

La inscripción, hecha en virtud de aquella Resolución, fue anulada por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N^o 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, y confirmada posteriormente por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011. Ambas decisiones judiciales entienden que el acceso al registro civil español no requiere solo una comprobación formal de la certificación registral extranjera sino que exige, en aplicación del artículo 23 de la Ley del Registro Civil y los artículos 85 y 81 de su Reglamento, que no haya duda sobre la realidad del hecho inscrito, ni de su legalidad conforme a la ley española. Si, por un lado, estiman que el hecho es contrario a la ley española, por otro lado, lo consideran también contrario al orden público español, cifrando tal contradicción en la vulneración que, a

⁶⁶ Téngase en cuenta que, al tratar la contradicción con el orden público, la cuestión se ha centrado en la filiación a favor de dos varones, pero se ha eludido la cuestión de fondo: si la gestación por sustitución es contraria o no al orden público español. Así lo pone de manifiesto Atienza, para quien la solución propuesta en la Resolución es acertada, pero advierte que, en aras a una mayor solidez en su fundamentación, debiera haber incorporado dos aspectos. Primero, que la gestación por sustitución no está expresamente prohibida en nuestro derecho. La nulidad del contrato no equivale a una sanción, ni a que sea necesariamente un acto prohibido, ni jurídicamente ilícito; prueba de ello es que no se prevé sanción para quien participa en esta práctica. En segundo lugar, en su opinión, la gestación por sustitución no contradice ningún principio moral racionalmente justificado, ni tampoco los principios y valores de la Constitución española, siendo compatible con los tres grandes principios que presiden la bioética: dignidad, no causar daño injustificado, autonomía e igualdad. Cfr. M. ATIENZA, *Bioética, Derecho y argumentación*, Palestra, 2^a ed., Lima, 2010, pp. 150-153. Un análisis detallado sobre la Resolución puede verse en: A. QUIÑONES ESCÁMEZ, "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009", *InDret-Revista para el Análisis del Derecho*, 3/2009, 42 págs. (http://www.indret.com/pdf/657_es.pdf); E. FARNÓS AMORÓS, "Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009", *InDret-Revista para el Análisis del Derecho*, 1/2010, 25 págs. (http://www.indret.com/pdf/711_es.pdf).

través de la gestación por sustitución, se produce de la dignidad humana, del derecho a la integridad moral y de la protección integral de madres e hijos.

Son rechazadas por ambos órganos jurisdiccionales las alegaciones de parte sobre la discriminación por razón de sexo, argumentando que la cuestión central no es que se trate de una pareja de hombres o de mujeres quienes reclaman la filiación, sino que el medio empleado para conseguir ser padres está prohibido por la legislación española. Finalmente, en cuanto a la protección del interés superior del menor, se afirma que existen otros instrumentos jurídicos para conseguir la concordancia de la filiación única en los dos países y, en todo caso, tal loable interés no se puede conseguir infringiendo la ley. A este argumento añaden que la prohibición de la gestación por sustitución, al tratar de impedir que los menores puedan ser objeto de comercio, tiene como fin la defensa del interés del menor⁶⁷.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia fue objeto de recurso ante el Tribunal Supremo, dando lugar a una Sentencia del Pleno desestimatoria del recurso, el 6 de febrero de 2014⁶⁸. El motivo del recurso fue la infracción del artículo 14 de la Constitución española, es decir, la vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única y el interés superior de los menores, protegidos por la Convención de Derechos del Niño. Los argumentos esgrimidos se fundamentaron en la discriminación que supondría denegar la filiación por naturaleza a favor de dos varones; la vulneración del interés superior de los menores, si no se les permite ser legalmente hijos de quienes manifestaron su consentimiento para ser padres, frente a la mujer que asumió meramente el papel de parte en un contrato; y el derecho a una identidad única. Finalmente, se apela a que el reconocimiento de la filiación no contradice el orden público internacional español, ya que no se trataría de considerar válido y ejecutar en España un contrato de gestación por sustitución, sino del acceso al Registro Civil español de la filiación resultante del mismo.

Empezando por la última cuestión, el Tribunal Supremo estimó que el control de la certificación registral extranjera no debe limitarse a aspectos meramente formales, sino que ha de extenderse a cuestiones de fondo y, de forma especial, a los derechos fundamentales y principios constitucionales que integran el orden público, actuando como límites al reconocimiento de las decisiones de

⁶⁷ Sentencia 193/2010 Juzgado de Primera Instancia N° 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010 y Sentencia 826/2011 de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo N° 835/2013.

autoridades extranjeras. Aludiendo a estos derechos y principios, afirmará que no han de admitirse aquellas decisiones que puedan suponer una vulneración de “la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, cosificando a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de *ciudadanía censitaria* en la que sólo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población”⁶⁹. De aquí concluirá el Tribunal Supremo que el artículo 10 de la Ley de técnicas de reproducción humana asistida, referido a la nulidad de los acuerdos de gestación por sustitución, integra el orden público internacional español y, por tanto, “la decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho Estado es contraria al orden público internacional español al ser incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia”⁷⁰.

Por lo que se refiere a las alegaciones relativas a la posible discriminación, por no permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación por naturaleza a favor de dos varones, mientras sí es posible inscribir la filiación a favor de dos mujeres, el Tribunal Supremo señala que la desigualdad sustancial entre los supuestos de hecho excluye la existencia de un trato discriminatorio porque la consecuencia legal sea distinta. En todo caso, reitera los argumentos de la sentencia recurrida: la causa de la denegación no es que los solicitantes sean varones, sino que la filiación procede de un acuerdo de gestación por sustitución⁷¹.

La última cuestión tratada en la Sentencia del Tribunal Supremo fue el interés superior del menor. Para ello, partió de que el interés superior del menor es un concepto “esencialmente controvertido”, que ni permite al juez alcanzar cualquier resultado en aplicación del mismo, ni puede ser satisfecho de un único modo, ni es el único principio que se ha de tomar en consideración, debiendo ser ponderado con otros bienes jurídicos protegidos. Entiende el Tribunal Supremo que la consideración primordial del interés

⁶⁹ Ibidem, Fundamento Jurídico Tercero, 6.

⁷⁰ Ibidem,, Fundamento Jurídico Tercero, 10.

⁷¹ Ibidem, Fundamento Jurídico Cuarto, 1 y 2.

superior del menor ha de utilizarse como criterio para interpretar, aplicar y colmar las lagunas de la ley, pero no para contrariar expresamente lo previsto en la misma. Añade que la determinación de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley supone un perjuicio para el menor y, en este caso, hacerlo a favor de quien realiza un encargo a través de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor y de la gestante, al convertirlos en objetos de tráfico mercantil⁷². Con respecto al derecho del menor a una identidad única, no considera el Tribunal que exista riesgo real de vulneración, ya que en el caso enjuiciado los menores no tienen vinculación efectiva con Estados Unidos. Por otro lado, la inmutabilidad o estabilidad de los apellidos es un bien jurídico de menor importancia que los protegidos por la prohibición de la gestación por sustitución⁷³.

No obstante, al denegar el reconocimiento de la certificación registral de California, admite el Tribunal Supremo que pueda generarse alguna situación de desprotección para los menores y, en aras a evitar o minimizar sus consecuencias, hará algunas consideraciones. En primer lugar, la denegación de la inscripción afectará exclusivamente a la filiación, no al resto de su contenido, cumpliendo así con el mandato contenido en el artículo 7.1 de la Convención de Derechos del Niño, conforme al cual los niños han de ser inscritos inmediatamente después de su nacimiento y tendrán derecho desde que nacen a un nombre y a una nacionalidad. En segundo lugar, dado que los menores están efectivamente integrados en un núcleo familiar con los recurrentes, se ha de buscar una solución que permita el desarrollo y la protección de los vínculos existentes, instando al Ministerio Fiscal a que ejercite las acciones pertinentes para ello.

6.2. De la nulidad de los acuerdos de gestación por sustitución al reconocimiento de efectos jurídicos

En definitiva, la Sentencia del Tribunal Supremo solicita al Ministerio Fiscal que realice las acciones oportunas para determinar la correcta filiación de los menores, en favor de los mismos padres cuya filiación deniega, apuntando incluso alguna solución conforme a la legalidad existente, como la reclamación de la paternidad del padre biológico, si alguno de los recurrentes lo fuera, el acogimiento familiar o la adopción, si puede partirse de la ruptura de

⁷² Ibidem, Fundamento Jurídico Quinto, 7 y 8.

⁷³ Ibidem, Fundamento Jurídico Quinto, 10.

todo vínculo de los menores con la mujer que los gestó⁷⁴. Además, no impone costas por las “serias dudas de derecho existentes”⁷⁵, recuerda que los recurrentes litigan en defensa de la legalidad de una Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado y, finalmente, considera relevantes los votos particulares de la Sentencia. Votos particulares que insisten en que la filiación ya ha sido determinada por una autoridad extranjera, en cuyo Estado está legalmente permitido el acuerdo del que trae su causa; que el Estado de donde proviene la decisión de filiación es un Estado con el que España comparte ámbitos privilegiados de cooperación jurídica; que estos padres han ejercido su derecho a procrear; que no se puede subestimar la capacidad de consentir de la madre gestante; que el consentimiento de la madre gestante se hace ante una autoridad judicial, que vela porque se trate de una decisión libre; que tratándose de un acuerdo voluntario y libre difícilmente puede tratarse de explotación o cosificación; que el contrato de gestación por sustitución no puede afectar negativamente al interés superior del menor; finalmente, que de hecho están siendo inscritos niños en los registros civiles, partiendo de circunstancias similares a las de la inscripción cuestionada en la Sentencia⁷⁶.

Efectivamente, a partir de la Instrucción de la Dirección General de Registros y Notariado, de 5 de octubre de 2010, se han regularizado en España algunas inscripciones de hijos nacidos a través de acuerdos de gestación por

⁷⁴ Fundamento Jurídico Quinto, 11 y 12. Estas posibilidades abiertas al reconocimiento la filiación de los menores serán las razones principales por las que el Tribunal Supremo deniegue la nulidad de esta Sentencia, solicitada tras el pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos Labassee y Menensson. En estos casos Francia rechazó categóricamente, no sólo la transcripción de las actas de nacimiento, sino también la petición subsidiaria de declaración de filiación biológica del padre y por posesión de estado de la madre. Cfr. Auto del Tribunal Supremo 02/02/2015.

⁷⁵ Fundamento Jurídico Sexto.

⁷⁶ Un detallado estudio sobre la situación de la gestación por sustitución en España, incluyendo la referida Sentencia del Tribunal Supremo, puede verse en L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo del orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 2, octubre 2014, pp. 5-49 (www.uc3m.es/cdt). Cfr. A. J. VELA SÁNCHEZ, “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, núm. 8055, sección Doctrina, 26 de marzo de 2014, año XXXV, pp. 1-14. Cfr. I. I. INIESTA DELGADO “La cláusula de salvaguarda del interés superior del menor en la resolución de conflictos: a propósito de la inscripción registral de los nacidos en el extranjero por maternidad subrogada”, en J. A. AMADO (coord.), *Razonar sobre Derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 685-729.

sustitución en países cuya normativa lo permite, siempre que alguno de los padres/madres tengan la nacionalidad española. En esta Instrucción se establecieron los requisitos que se deben cumplir para acceder al registro civil español, en el caso de los nacimientos de niños en el extranjero cuyas madres gestantes, en virtud de un contrato, han renunciado a la filiación. El objetivo, que se propuso la norma, fue armonizar la plena protección jurídica del interés superior del menor –facilitando la continuidad transfronteriza de una resolución de filiación ya declarada, evitando que se dote de apariencia de legalidad a supuestos de tráfico internacional de menores y que se vulnerasen los derechos del menor a conocer su origen biológico–, con otros intereses presentes en estas prácticas y, muy especialmente, el de las mujeres que se prestan a ellas, renunciando a sus derechos como madres. Para hacer efectiva tal inscripción, se exigía una resolución judicial, dictada por tribunal competente, en la que se determine la filiación del nacido, sometida a controles de formalidad y comprobación de que no se hayan vulnerado los derechos del menor y de la madre gestante, en especial en cuanto a su capacidad y la prestación del consentimiento de forma libre y voluntaria. También que la resolución sea firme y que los consentimientos prestados sean irrevocables o haya transcurrido, en su caso, el plazo de revocación y que en la documentación conste la identidad de la gestante⁷⁷. Después de la Sentencia del Tribunal Supremo, la Consulta de la Dirección General de Registros y Notariado de 11 de julio de 2014, indicó que la Instrucción seguía vigente. Su sustitución parecía que iba a producirse con la introducción un nuevo apartado en el artículo 44 de la Ley 20/2011 de Registro civil, previsto en el proyecto de Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, pero finalmente el precepto fue retirado⁷⁸.

⁷⁷ Varias han sido las Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado en aplicación de esta Instrucción: 3 y 6 de mayo 2011, 9 de junio de 2011, 23 de septiembre de 2011, 12 y 22 de diciembre de 2011. Puede verse sobre este asunto A. J. VELA SÁNCHEZ, “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”, *Diario La Ley*, núm. 8162, Sección Doctrina, 3 de octubre 2013.

⁷⁸ El precepto exigía la constancia de la filiación materna de la gestante, la correspondiente resolución judicial, con el debido exequátur, y señalaba que la norma tenía carácter de orden público. El establecimiento de estos requisitos en una norma con rango de ley, fue calificado como un “paso en la buena dirección”, ya que por mucho que una “Instrucción nos marque la pauta a seguir, nada, jurídicamente hablando se puede hacer si un juez te dice que para el exequátur la obligación tiene que ser lícita en España”, M. CORERA IZU, “Abandonados, apátridas y sin padres”, *Diario La Ley*, núm. 8345, Sección Doctrina, 2 de julio de 2014, Año XXXV, p. 16. La necesidad de la intervención del legislador en esa materia había sido ya puesta de manifiesto,

Además de las inscripciones de las filiaciones en favor de los padres/madres comitentes, procedentes de acuerdos de gestación por sustitución, en sede judicial se han reconocido a esos padres y/o madres el derecho a la prestación por maternidad, por analogía de esta situación a la adopción o acogimiento y la consideración, como “prioritario y fundamental” en tales prestaciones, la atención o cuidado del menor y el estrechamiento de los lazos afectivos, antes que la recuperación de la madre biológica tras el parto⁷⁹.

6.3. La necesidad de superar el ámbito del derecho interno: la protección de los derechos del menor

En este contexto de inscripciones ya realizadas, de derechos reconocidos derivados de las mismas y, especialmente, de aquellas aún pendientes, la Sentencia del Tribunal Supremo no ha venido, ni mucho menos, a disipar las incertidumbres al respecto. El asunto ha llegado ya al Tribunal Europeo de Derechos Humanos quien, a través de las Sentencias de 26 de junio de 2014, no se limita a realizar una propuesta de cooperación entre los Estados, en atención al interés superior del menor, sino que, partiendo de la vulneración de los derechos del menor, impone obligaciones concretas al Estado. Así procederá a través de la condena a Francia por no reconocer la filiación de menores, nacidos en Estados Unidos mediando contratos de gestación por sustitución, a favor de los padres comitentes. Unas Sentencias que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución española, constituyen un marco de referencia interpretativa en relación a los derechos fundamentales garantizados en el texto constitucional.

En los casos que dan origen a las Sentencias, se tratan los asuntos del Sr. y la Sra. Menensson y del Sr. y la Sra. Labassee, dos parejas que han tenido a sus hijas en Estados Unidos a través de sendos acuerdos de gestación por sustitución, cuyo reconocimiento de filiación atribuida en aquel país a favor de los ciudadanos franceses les es negada en Francia, así como cualquier otra posibilidad de atribución de la filiación, al no aceptar tampoco la filiación biológica de los padres, ni la posesión de estado de sus esposas. Los demandantes alegan ante el Tribunal la vul-

entre otros, por A. DURÁN AYAGO, “El acceso al registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2012, p. 305.

⁷⁹ Cfr. Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Social, Sección 1^a), núm. 2310/2012, de 20 de septiembre; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 4^a), núm. 668/2012, de 18 de octubre; Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1^a), núm. 7985/2012, de 23 de noviembre.

neración del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, tanto en relación al derecho a su vida privada y familiar, como al de sus hijas.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, comienza reconociendo a los Estados un amplio margen de apreciación en la regulación de la gestación por otra persona, habida cuenta de los interrogantes éticos que tal práctica suscita y la ausencia de consenso europeo sobre la cuestión. Sin embargo, tal margen de apreciación se reduce cuando, como este caso, se trata de cuestiones de filiación, ya que afectan a aspectos esenciales de la identidad de las personas. La cuestión se sitúa en el hecho de que negar el reconocimiento de filiación de las menores en favor de los padres comitentes afecta, tanto a las parejas demandantes como a las menores. En tales circunstancias habrá de determinar si la injerencia de las autoridades francesas en la vida privada y familiar de los implicados es admisible en una sociedad democrática, a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La conclusión será diferente según se trate de la incidencia de la medida del gobierno francés en aquellos derechos, al referirse a los padres/madres o a las hijas.

La Corte no estima que se haya producido una violación del derecho a la vida privada y familiar de los padres. Considera que, en ambos casos, ellos y ellas ejercen la paternidad y la maternidad, sin que nada sugiera que exista el riesgo de que sean separados de sus hijas con las que viven, de la forma habitual que lo hace cualquier otra familia. Su peculiar situación legal no les ha impedido el desarrollo de su vida familiar y, por tanto, no han sido afectados en sus derechos amparados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La posición del Tribunal es, sin embargo, distinta en relación al derecho a la vida privada de las menores. Respecto a ellas, dirá que la determinación legal de la filiación es imprescindible para poder construir y desarrollar aspectos sustanciales que configuran la propia identidad personal. Una identidad personal que, por otro lado, forma parte del concepto integral de vida privada. En este caso, pese a que las menores son reconocidas como hijas de los Mennesson y los Labassee en otro país, carecen del mismo estatus en el derecho francés, a pesar de que sus padres biológicos son franceses. Tal situación genera una incertidumbre "perturbadora", susceptible de afectar negativamente a la determinación de su identidad en el seno de la sociedad francesa. La falta de reconocimiento legal de la filiación en favor de los ciudadanos franceses, afecta también negativamente a la nacionalidad y a los derechos sucesorios de las menores, privándolas así de otros componentes de su identidad.

Ahondando más en el asunto, recuerda el Tribunal que cuando se trata de establecer un equilibrio entre los intereses del Estado y de los indivi-

duos, cuando están implicados menores, su interés superior debe prevalecer. Puesto que la decisión de las autoridades francesas ha afectado significativamente a aquel interés superior, concluye que la decisión del Estado francés ha sobrepasado los márgenes de apreciación que son permisibles, infringiendo el derecho al respeto de la vida privada de las niñas, protegido por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁸⁰.

Tres aspectos han de ser destacados en estas Sentencias a propósito de la vulneración de los derechos de las niñas a su vida privada: uno, la legalidad de los acuerdos de gestación por sustitución en el país donde se llevaron a cabo; otro, los padres que pretenden el reconocimiento de la filiación legal a su favor, lo son biológicamente; finalmente, Francia no da ninguna opción a la atribución de filiación de las niñas en favor de los ciudadanos franceses. No obstante, la ausencia del factor biológico no será un obstáculo para que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considerase la vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Paradiso y Campanelli contra Italia*, en la Sentencia de 27 de enero de 2015⁸¹. En este caso, el matrimonio *Paradiso y Campanelli* realiza un contrato de gestación por sustitución en Rusia. Una vez nacido el niño, las autoridades rusas emiten el correspondiente certificado que reconoce al matrimonio contratante como sus padres. Por su parte, las autoridades italianas no sólo deniegan la inscripción en el Registro civil de dicho certificado por vulnerar el orden público internacional italiano, sino que tras ordenar una prueba de paternidad con resultado negativo, proceden a retirar la custodia del niño a la pareja y lo entregan a una casa de acogida, ponen en marcha un procedimiento de adopción considerando a los comitentes no aptos para adoptar y abren diligencias penales contra la pareja por diversos delitos.

El Tribunal Europeo, por una parte, reconoce la legalidad del proceso en Rusia. Por otra parte, en relación a la inexistencia de vínculo biológico entre los recurrentes y el niño, se apoyará en la jurisprudencia reiterada del

⁸⁰ CEDH 185/2014, 26.06.2014: *Mennenson c. France* (requête n° 65192/11) et *Labassee c. France* (requête n° 65941/11). Cfr. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/Pages/search.aspx#{"-sort":\["kpdate Descending"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/Pages/search.aspx#{). Sobre estas Sentencias cfr. M. A. PRESNO LINERA y P. JIMÉNEZ BLANCO, "Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea", *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 51, 2014, pp. 35-44; Cfr. A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 2, octubre 2014, pp. 169-174 (www.uc3m.es/cdt).

⁸¹ [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-150770#{"itemid":\["001-150770"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-150770#{)

Tribunal relativa a que la protección del artículo 8 del Convenio alcanza a la vida familiar de facto, existan o no vínculos biológicos entre los miembros de la familia. Y, en consecuencia, admitirá que se ha producido una vulneración del respeto a la vida familiar al separar a los comitentes del menor. Añadirá el Tribunal que la referencia al orden público no puede ser una carta blanca que justifique cualquier medida sin tomar en consideración el interés superior del menor, con independencia de la naturaleza del vínculo genético, o de otro tipo, que una a los miembros de una familia. En este sentido, el alejamiento del menor de su contexto familiar ha de ser una medida extrema, a la cual sólo se debe recurrir como *ultima ratio*, justificada en su protección frente a un peligro inmediato, que no se justificó en este caso.

A juicio del Tribunal, el interés superior del menor ha de valorarse a pesar de la calificación jurídica de la gestación por sustitución en el país dónde se pretenda el reconocimiento de los derechos amparados por el Convenio. Es más, afirmará que el interés superior del menor debe apreciarse al objeto de evitar que, por el hecho de haber nacido a través de un acuerdo de gestación, el niño pueda ser privado de sus derechos a la vida privada y familiar. No obstante, en este caso, el Tribunal no se pronunció sobre el reconocimiento del vínculo de filiación en Italia, puesto que este no fue el objeto de la reclamación y, pese a la vulneración del derecho a la vida familiar, no consideró que el niño debía reiniciar relaciones familiares con los demandantes, puesto que el niño ya estaba integrado en una nueva familia⁸².

7. LA NECESIDAD DE REGULAR LOS ACUERDOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Estas Sentencias aumentan aún más las posibilidades de doblegar a una naturaleza y a algunas normas que se resisten a reconocer como padres y

⁸² Sobre los tres casos tratados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cfr. A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, núm. 2, octubre 2015, pp. 94-104 (www.uc3m.es/cdt); M. O. GODOY, "Impacto de la jurisprudencia del TEDH en la legislación de los Estados miembros en materia de subrogación uterina", en J. A. SANTOS, M. ALBERT y C. HERMIDA (eds.), *Bioética y nuevos derechos*, Comares, Granada, 2016, pp. 255-264. A propósito del asunto italiano, cfr. J. MONTERONI, "Paradiso, Campanelli y un contrato internacional de maternidad subrogada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Prudentia Iuris*, núm. 8, 2015, pp. 273-279.

madres a quienes tienen una firme voluntad de acceder, ejercer y ser reconocidos como tales. Pero, sobre todo, se pone de manifiesto la dificultad de poner límites a una materia compleja, plagada de valores y derechos, que se entrecruzan e interrogan, en una cultura arraigada, pero en la que se van produciendo cambios sustanciales, no exentos de paradojas y contradicciones.

Se asiste a situaciones novedosas, engarzadas en tradiciones y culturas, cada vez más plurales y cuestionadas, en las que se desafía y rehabilita la maternidad y la paternidad natural, en las que se reestructura la posición jurídica de padres y madres, en las que el cuerpo se fragmenta en partes y se disocia de la mente, en las que ciencia y la tecnología al servicio de la reproducción contribuye a su mercantilización, en las que los óvulos y embriones se convierten materiales “preciosos” y en las que el “útero” parece convertirse en un “espacio público” mientras se reivindica lo privado⁸³.

Del reto de afrontar estas novedades y dificultades depende la protección de algunas familias y, especialmente, de las personas que se encuentran en una situación más vulnerable: mujeres y menores. Soluciones como la existente en nuestro derecho, si bien pueden servir para minimizar los acuerdos de gestación, la realidad demuestra que no son útiles para evitarlos. A este respecto, sin discutir que la nulidad de los contratos de gestación por sustitución pueda tener como finalidad proteger los derechos de las mujeres y los menores, además de responder a arraigadas tradiciones sobre concepciones familiares y atribución de la filiación, lo cierto es que en los casos concretos la regulación existente acaba resultando perjudicial para quienes se pretende proteger: a unas madres, en el caso que no quieren serlo, y a unos hijos que merecen integrarse en el ámbito familiar de quienes los desean. Todo ello en el contexto de una legislación y una práctica social que concibe, cada vez más, la paternidad y la maternidad como un acto de elección y de voluntad, en lugar –o además– de como un hecho biológico; en el marco de unos avances científicos y técnicos que permiten suplir, sustituir o mejorar los elementos naturales de la reproducción, permitiendo la reproducción incluso en el marco de relaciones personales en los que naturalmente no es posible procrear; en un contexto en el que se trata de la libertad o, incluso, del derecho de reproducción, de la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de los derechos de los menores.

⁸³ E. PÉREZ SEDEÑO y A. SÁNCHEZ, “Asimetrías y olvidos en las tecnologías de Reproducción Asistida”, en E. PÉREZ SEDEÑO y E. ORTEGA ARJONILLA (eds.), *Cartografías del cuerpo. Biopolíticas de la ciencia y la tecnología*, Cátedra, Valencia, 2014, p. 239.

La regulación de los acuerdos de gestación, frente a la clandestinidad generada por la prohibición, permite someterlos a un control con el que tratar de evitar aquellos riesgos potenciales para los derechos de la mujer y de los menores. Existen muy variados ejemplos de regulación en otros países que, de una u otra manera, tratan precisamente de proteger a gestantes y a menores: la exigencia de autorización previa de los acuerdos, los requisitos para ser gestante y/o comitente, los diversos trámites para reconocer la filiación, las limitaciones en las compensaciones económicas, las cláusulas contractuales que pueden o no incluirse en los acuerdos, son algunas de ellas.

Por lo que se refiere a la situación en España, al menos, sería necesario establecer legalmente los requisitos para el reconocimiento de la filiación derivada de los acuerdos de gestación válidamente celebrados en el extranjero. Siendo cierto que el Tribunal Supremo, en línea con la legislación existente en este momento, deja abiertas algunas opciones –reclamación de la paternidad biológica, adopción y acogimiento–, habría que plantearse si estas soluciones son las que mejor satisfacen los derechos e intereses del menor⁸⁴. No se trata de buscar culpables de su situación, sino de que no sean los hijos quienes resulten más perjudicados por actos realizados por los adultos. En los casos de gestación por sustitución realizados en el extranjero, ya existe una familia, una filiación determinada y, en base a ella, una identidad del menor, en definitiva, una vida privada y una vida familiar del menor que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado un deber para los Estados proteger. Nuestro Tribunal Supremo ha valorado todas estas circunstancias y ha decidido, conforme a ellas, la solución que ha considerado más ajustada a nuestra legalidad vigente. En esta situación, los cambios que al respecto deban o no producirse corresponde decidirlos al legislador.

M^a OLGA SÁNCHEZ MARTÍNEZ
Departamento de Derecho Público.
Facultad de Derecho.
Universidad de Cantabria
Avda. de los Castros s/n
39005 Santander (Cantabria).
e-mail: maria.sanchez@unican.es

⁸⁴ Cfr. A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, cit., p. 93.

**REFORMULAR LOS DERECHOS HUMANOS
DESDE UNA VISIÓN RELACIONAL.
EL FIN DE LA INMUNIDAD Y LA AUTOSUFICIENCIA**

*RETHINKING HUMAN RIGHTS FROM A RELATIONAL PERSPECTIVE.
THE END OF INMUNITY AND COMPLACENCY*

MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PALOP
Universidad Carlos III de Madrid

Fecha de recepción: 24-7-16
Fecha de aceptación: 14-10-16

Resumen: *La reformulación de los derechos humanos desde una visión relacional exige asumir ciertos presupuestos racionales, morales, antropológicos, sociológicos, políticos y éticos, que no siempre son compatibles con la concepción clásica de los derechos. La relectura de los derechos desde una visión relacional está vinculada, de hecho, a una auténtica transformación cultural, de percepción y de sensibilidad, que tiene en las mujeres sus mejores referentes.*

Abstract: *The reformulation of human rights from a relational point of view requires taking certain rational, moral, anthropological, sociological, political and ethical positions, which are not always compatible with the classical conception of rights. Rereading rights from a relational view is linked, in fact, to a real cultural transformation, perception and sensitivity, which have in women its best references.*

Palabras clave: visión relacional, bienes relacionales, bienes comunes, concepciones de la vida buena, feminismo cultural
Keywords: relational vision, relational goods, commons goods, conceptions of the good life, cultural feminism

Concediéndonos en este momento un trazo grueso, y sin la pretensión de analizar el asunto en profundidad, puede decirse que la concepción clásica de los derechos humanos se ha apoyado tradicionalmente:

En el egoísmo como presupuesto racional; en una concepción instrumental y estratégica de la racionalidad; y en un código moral que ha girado, fundamentalmente, alrededor del principio de la autonomía privada (entendido a la manera ilustrada).

En el individualismo moral y en la patrimonialización de los derechos; en una definición de los derechos como instrumentos defensivos (derechos autonomía-como triunfos) estrictamente subjetivos.

En la jerarquización de los derechos, a fin de dotar de prioridad absoluta a los derechos civiles frente a los derechos políticos (que favorecen la participación y el debate) y los derechos sociales (esenciales para lograr la redistribución de la riqueza y mantener la cohesión social).

Pues bien, el giro relacional de los derechos exige revisar esta construcción, y pretende hacerlo empezando por el principio: por la propia subjetivización de la razón y el egoísmo como presupuesto racional, porque, entre otras cosas, se asume que la de un sujeto maximizador de intereses egoístas es una presunción irracionalista en la concepción misma de la racionalidad estratégica. Ya en su momento analicé las razones por las que el egoísmo no puede proporcionar una orientación consistente para la elección del egoísta o no puede hacerlo en todos los casos; las razones por las que resulta inconsistente, y, además, contraproducente, dado que no sirve para la realización de los intereses mejores del egoísta. En ese momento también me detuve a examinar porqué no me parecía plausible saltar de la racionalidad estrictamente estratégica a una teoría moral que pudiera servir de fundamento a los derechos, ya que para articular semejante teoría hacía falta incorporar un universo de fines, es decir, ciertas concepciones de la vida buena, que no podían ser estrictamente subjetivas, ni definirse, en ningún caso, de forma monológica¹. De manera que ahora no voy a insistir más en este punto, solo voy a señalar que esta teoría moral engancha con una reconceptualización de la razón como razón dialógica, contextualizada y dinámica, en la que no se pierda de vista que somos sujetos "relacionales", con experiencias particulares, capaces de (re)construirnos a nosotros mismos como sujetos racionales inter/ecodependientes. Una teoría moral que pasa por reformular el principio de autonomía privada como referente moral reivindicando su faceta relacional y señalando la relevancia que en ella tienen tanto los bienes relacionales como una política de lo común; una teoría que finalmente exige arti-

¹ Vid. mi artículo: "La sinrazón de la razón como estrategia. Razones a favor de la racionalidad de los agentes morales", *Derechos y Libertades*, num. 27, 2012, pp. 182-183.

cular una ética del cuidado y la rendición de cuentas porque todo entramado relacional lleva consigo, necesariamente, la asunción de ciertos vínculos de responsabilidad². Lo que quiero hacer en estas páginas es adentrarme en algunos de estos últimos puntos con algo más de detenimiento.

1. DERECHOS, PRÁCTICAS RELACIONALES Y AUTONOMÍA RELACIONAL

La visión relacional de los derechos exige reivindicar nuestras relaciones de interdependencia y ecoddependencia; la autodeterminación colectiva frente a una concepción reificada de la autonomía privada, y pasar, claro, de una racionalidad puramente estratégica a una racionalidad comunicativa³. En esta construcción los derechos no deben ser concebidos como cotos vedados, en favor de la protección y la garantía de intereses privados, sino como frutos de una reflexión democrática no excluyente, en la que, como veremos, también pueda debatirse sobre nuestras concepciones de la vida buena⁴. Y es por esta razón, entre otras, por la que tiene que subrayarse la relevancia de los derechos políticos y sociales, porque son estos derechos los que fomentan la participación pública y la cohesión social. Como decía Dewey⁵ hace ya algunos años, aquí los derechos políticos no son relevantes porque proporcionen un mecanismo para ponderar equitativamente todas las preferencias

² No hay que olvidar que el concepto normativo de autonomía siempre se identificó con la ciudadanía activa de los varones, sustentada en una concepción estratégica e instrumental de la racionalidad, mientras toda manifestación de irracionalidad, emotividad, dependencia o relacionalidad se desplazó, en un contrato social-(hetero)sexual hacia la ciudadanía pasiva de las mujeres. Vid. C. PATEMAN, *The Sexual Contract*, Polity Press, 1988 y M. WITTIG, "On the Social Contract", *The Straight Mind and other essays*, Beacon Press, Boston, 1992, pp. 33-45. Vid. B. RODRÍGUEZ RUIZ: "¿Identidad o autonomía? La autonomía relacional como pilar de la ciudadanía democrática", *AFDUAM (Anuario de Filosofía del Derecho. Universidad Autónoma de Madrid)*, num. 17, 2013, pp. 75-104.

³ Vid. a este respecto la extensa obra de J. HABERMAS, a la que he dedicado el capítulo IV de mi libro *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, Dykinson/ Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2002 (2ª edición ampliada, 2010) y el capítulo 7 de mis *Claves para entender los nuevos derechos humanos*, Los Libros de La Catarata, Madrid, 2011.

⁴ Aunque no puedo detenerme en esto, entiendo que la participación en esta deliberación colectiva es una obligación no objetable (una exigencia racional). Al respecto, puede verse la obra habermasiana y las tesis que APEL también desarrolla, por ejemplo, en *Estudios de ética*, trad. C. de Santiago y revisión de E. Garzón Valdés y R. Zimmerling, Alfa, Barcelona, 1986.

⁵ Vid. J. DEWEY en *Democracia y educación: una introducción a la filosofía de la educación*, trad. L. Luzuriaga, Ediciones Morata, 2004.

individuales, sino porque facilitan una forma de organización social que alimenta y sostiene las capacidades de cada uno, así como las responsabilidades colectivas y la formación y garantía del bien común.

En fin, lo cierto es que, en este esquema, que tengamos derecho a un bien no depende únicamente de que tal derecho exprese un interés o una voluntad individual conformada autónomamente, sino también del juicio moral que, tanto individual como relacionalmente, nos suscite el bien a cuya protección se dirija el derecho.

Es más, la importancia de los derechos no reside tanto en que con ellos logremos defender las pretensiones de un individuo o las de una comunidad; su fuerza moral no deriva ni de los fines individuales, ni de los valores compartidos, a los que pudiera responder, sino del modo en que fomentan la discusión acerca de la valía moral de los fines que promueven.

Dicho de una manera más clara: si la autonomía y los derechos individuales han de protegerse en una sociedad dada es porque satisfacen o promueven algún bien humano de importancia en el seno de una práctica relacional, pero “[E]l hecho de que tal bien sea o no valorado como tal o se encuentre implícito en las tradiciones de la comunidad no sería un factor decisivo”⁶.

En esta línea, por ejemplo, lo que Sandel propone es que nos pronunciemos sobre la calidad moral de las elecciones autónomas, y que garanticemos el principio de autonomía porque con él conseguimos proteger elecciones virtuosas o instituciones sociales consideradas moralmente buenas. La tolerancia crítica (*judgemental toleration*) que Sandel defiende, evalúa nuestras prácticas relacionales y las tolera o las rechaza según la conclusión que se extraiga respecto de su valor moral (es decir, precisamente respecto de aquello que la tolerancia liberal querría dejar entre paréntesis). O sea, una vez más, que si los derechos individuales se protegen no es porque den cobertura a una voluntad o un interés individual que merece protección en cuanto tal, sino porque con ellos se estimula el debate acerca de lo que consideramos bueno. Y ello porque, como dice Macintyre, no es posible buscar el bien propio sin buscar también el bien de todos los que participan en el magma de relaciones de reciprocidad continuadas en las que nos movemos: “el individuo no puede tener una buena comprensión práctica de su propio bien o su florecimiento, separado e independiente del florecimiento del conjunto entero de las relaciones sociales en

⁶ M. SANDEL, *Filosofía política. Ensayos sobre la moral en política*, trad. A. Santos Mosquera, Marbot Ediciones, Barcelona, 2008, p. 330.

las que se ubica [...] Los individuos logran su propio bien solo en la medida en que los demás hacen de ese bien un bien suyo [...]”⁷.

Evidentemente, esto no significa que el bien individual esté sometido al bien común, ni a la inversa; lo que quiere decir es que el individuo es el que, libremente, asume o no los bienes de la comunidad como bienes propios. En otras palabras, la decisión sobre la importancia que tiene que tener en la vida de una persona un determinado bien no puede ser independiente de las decisiones que se adopten sobre la importancia de ese bien en el espacio relacional al que pertenece, de manera que si alguien está excluido de la citada deliberación se reduce el alcance y la eficacia de su capacidad individual para tomar decisiones sobre sí mismo⁸.

En este marco conceptual, es innegable la importancia que tiene manejarse con un concepto de autonomía que, en su dimensión normativa, resida en nuestra capacidad de convertirnos en objeto de (auto)reflexión crítica situada, esto es, en participar de lo común desde la perspectiva de alguna/s de nuestras relaciones sin dejar por ello de mantener una cierta “distancia” respecto de ellas. Una distancia reflexiva (ejercida por cada sujeto dentro de su red relacional) que se conciba en términos circulares porque las distintas perspectivas relacionales siempre interaccionan entre sí en mayor o menor grado. La dimensión normativa de esta autonomía relacional se concreta, de hecho, en procesos discursivos auto-creativos que discurren en marcos relacionales cambiantes y dinámicos⁹.

Así contemplada, la persona autónoma no aparece necesariamente en tensión con sus contextos relacionales, pero tampoco se diluye, en clave comuni-

⁷ A. MACINTYRE, *Animales racionales y dependientes. Por qué los seres humanos necesitamos las virtudes*, trad. B. Martínez de Murguía, Paidós, Barcelona, 2001, p. 128.

⁸ *Op. cit.*, p. 165. Según MACINTYRE, para incorporar las relaciones de reciprocidad por medio de las cuales es posible alcanzar la realización de bienes individuales y comunes, en el orden político y social: a) tiene que garantizarse la deliberación racional compartida, el acceso de todos a las formas institucionalizadas de deliberación y a los procedimientos para tomar decisiones, que han de ser, a su vez, objeto de deliberación; b) ha de invocarse tanto el mérito como la necesidad, de forma que este orden no solo sea justo para quienes se consideran oficialmente independientes; c) debe concederse voz, en condiciones de igualdad, a quienes ejercen un razonamiento limitado o incluso a los que carezcan de él (reconocer la dependencia). Vid. A. MACINTYRE, *Animales racionales y dependientes. Por qué los seres humanos necesitamos las virtudes*, *cit.*, pp. 153-154.

⁹ Sobre la dimensión creativa de la autonomía relacional, vid. J. NEDELSKY, *Law's Relations. A Relational Theory of Self, Autonomy and Law*, Oxford University Press, New York, 2011, pp. 158-199.

tarista, en tales contextos (no se trata de sustituir todos los procesos creativos por procesos interpretativos)¹⁰. Lo que la autonomía relacional asume es que somos el resultado de nuestras sinergias relacionales, en permanente estado de (re)generación, fruto de un continuo proceso de reflexión, revisión y diálogo entre las diversas relaciones de las que formamos parte, sin reducirnos a parámetros identitarios esencialistas o estáticos. La autonomía relacional convierte así a cada persona en protagonista de su propio proceso de (re)generación auto-creativa, con capacidad para rechazar cualquier forma de control heterónimo o adscripción coercitiva¹¹, pero interiorizando que todos nos constituimos como sujetos en un contexto de inter/ecodependencia¹².

En definitiva, la concepción relacional de la autonomía es inseparable de la de interdependencia, de la intersubjetividad y el diálogo, porque, como Taylor subraya a menudo, el reconocimiento mutuo se da en la experiencia del nosotros, entendida como una experiencia dialógica de identidad¹³. “No queda espacio –pues– para la ficción omnipotente de la autosuficiencia, para la libertad autoadjudicada y expropiadora del individuo propietario”¹⁴. Es en este sentido en el que también afirma A. Baier que “las personas son esencialmente segundas personas” [...] “vienen después y antes de otras personas”¹⁵ [...] “Las personas son esencialmente sucesoras, herederas de otras personas que las formaron y cuidaron de ellas”¹⁶. Y de este modo se pasa de la conciencia cartesiana racionalista a la “autoconciencia”, a una conciencia que se (re)conoce en relación con otras personas: “Mi primer concepto de mí misma es como el referente de “tú”, pronunciado por alguien a quien yo me voy a dirigir como “tú””¹⁷.

¹⁰ Vid. D.T. MEYERS, *Being yourself. Essays on identity, Action and Social Life*, Rowan & Littlefield Publishers, Inc., New York, 2004, pp. 203-224.

¹¹ Vid. B. RODRÍGUEZ RUIZ: “¿Identidad o autonomía? La autonomía relacional como pilar de la ciudadanía democrática”, cit., pp. 75-104.

¹² Por esta razón, entre otras, reivindica D.T. MEYERS la necesidad de analizar con detenimiento el contexto social de referencia y los procesos de socialización de cada quien, a fin de comprender mejor las posibilidades de la autonomía como competencia (en *Self, Society, and Personal Choice*, Columbia University Press, New York, 1989, pp. 135-136).

¹³ Vid. Ch. TAYLOR, *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, trad. A. Lizón, Paidós, Barcelona, 2006, y, en esta línea, J.L. NANCY, *Ser singular plural*, trad. A. Tudela Sancho, Arena Libros, Madrid, 2006.

¹⁴ M. GARCÉS, *Un mundo común*, Bellaterra, Barcelona, 2013, p. 50.

¹⁵ Vid. A. BAIER, *Postures of the Mind: Essays on Mind and Morals*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1985, p. 77.

¹⁶ Op. cit., p. 85.

¹⁷ Op. cit., p. 89.

Evidentemente, cuando se habla aquí de “relaciones” no solo se habla de las relaciones concretas que cada uno entabla a lo largo de su vida (como un ejercicio de consentimiento y reciprocidad), sino también de las relaciones no-nominales que tenemos con sujetos a los que no identificamos por sus nombres sino por la posición en el contexto en el que actuamos; relaciones estandarizadas y lazos no escogidos que también son relevantes en la conformación de las *opciones relacionales* que abonan la noción de autonomía¹⁸.

Como veremos, la autonomía relacional, así entendida, encuentra buen acomodo en la experiencia vital de las mujeres y ha sido muy bien acogida por ciertos sectores feministas. De hecho, la reformulación del principio de autonomía ha tenido una importancia indudable para las mujeres, que siempre se han visto englobadas de forma muy ambigua en su alcance discursivo¹⁹.

2. LA AUTONOMÍA RELACIONAL Y LA ÓPTICA DE LAS MUJERES

Como sabemos, la autonomía, la idea liberal del yo constituyente (que se autodetermina, se autodefine y se autoelige) y del yo elector racional independiente y reflexivo, ha sido muy cuestionada desde ciertas teorías feministas que han visto en este concepto un individualismo extremo y una naturaleza antisocial; un ego separado y separable de cualquier contexto social cuyas relaciones no afectan a su esencia²⁰. Es más, como señala M. Garcés, si la idea del reconocimiento ha adquirido una gran relevancia ética y política en estos años es porque ha dado respuesta a una doble insuficiencia: el yo

¹⁸ Vid. a este respecto: S. ÁLVAREZ: “La autonomía personal y la autonomía relacional”, *Anal. filos.* vol. 35, num. 1, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mayo 2015 http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-96362015000100002

¹⁹ Vid. Ch. Di STEFANO, “Problemas e incomodidades a propósito de la autonomía: algunas consideraciones desde el feminismo”, C. CASTELLS (comp.): *Perspectivas feministas en teoría política*, trad. C. Castells, Paidós, Barcelona, 1996, p. 77.

²⁰ Vid. C. KELLER, *From a Broken Web: Separation, Sexism and Self*, Beacon Press, Boston, 1986, p. 9. Para una crítica del modelo atomista del yo, vid. E.H. WOLGAST, *The Grammar of Justice*, Cornell University Press, Ithaca, 1987. La identificación total entre autonomía y libertad individual ha provocado el rechazo de algunos sectores feministas que han visto en la autonomía así entendida una parte del problema de subdiscriminación que sufren las mujeres. Vid. L. BARCKLAY, “Autonomy and the social self”, en C. MACKENZIE y N. STOLJAR (eds.), *Relational Autonomy: Feminist Perspectives on Autonomy, Agency and the Social Self*, Oxford University Press, 2000, pp. 52-71 y J. NEDELSK, *Law's Relations. A Relational Theory of Self, Autonomy and Law*, cit., p. 42.

descarnado del ciudadano-consumidor, y la centralidad del proletariado que dejó en la sombra otras experiencias de opresión, como la de las mujeres²¹.

En esta órbita de crítica constructiva, se entiende que las mujeres necesitan un concepto y un ideal de autonomía que no asuma este yo unitario original, fragmentado y separado, ni ignore sus necesidades. Porque esta concepción masculina y masculinizante de la autonomía conlleva la consideración de las mujeres como “otros” potencialmente heterónomos, de manera que, finalmente, para ellas la autonomía acaba formando parte del problema y no de la solución. El yo masculino es un yo separado y liberado de las relaciones²², y el objetivo ahora no es tanto el de sustituirlo como el de criticarlo como referente de independencia y autogobierno autónomo²³.

En la línea feminista en la que se sitúan estas posiciones, la vida psicológica empieza con y en la vinculación, y no con la separación. El yo es inexorablemente, y no coyunturalmente, un yo social construido dentro de una matriz relacional de intercambios, de modo que la diferenciación no es separación sino una forma particular de estar conectado con los otros; la diferenciación se da en un contexto de relación, por lo que no puede constituir el centro de la noción del yo. Las relaciones contractuales, jerárquicas, se sustituyen por relaciones entendidas como redes creadas por el cuidado, la atención y la respuesta²⁴. Así, Chodorow habla de “autonomía relacional y no reactiva” y sustituye la idea de separación por la noción de “distintividad segura”²⁵. De hecho, la diferenciación se da únicamente sobre la base de un continuo empático.

²¹ Vid. M. GARCÉS, *Un mundo común*, cit., p. 45.

²² Vid. C. KELLER, *From a Broken Web: Separation, Sexism and Self*, cit., pp. 13 y 26 y M. FINEMAN, *The Autonomy Myth. A Theory of Dependency*, The New Press, Nueva York, 2004. Para una desmitificación del principio de autonomía construido desde la órbita liberal, vid. A. de MIGUEL, *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*, Cátedra, Madrid, 2015.

²³ Vid. Ch. Di STEFANO, “Problemas e incomodidades a propósito de la autonomía: algunas consideraciones desde el feminismo”, cit., p. 67.

²⁴ Vid. N. CHODOROW, “Gender, Relation, and Difference in Psychoanalytic Perspectives”, *Feminism and Psychoanalytic Theory*, York University Press, New Haven, 1989, p. 107. Vid. también N. CHODOROW, *The Reproduction of Mothering. Psychoanalysis and the Sociology of Gender*, University of California Press, Berkeley, 1978 y C. GILLIGAN, *In a Different Voice. Psychological Theory and Women’s Development*, Harvard University Press, Cambridge, 1982.

²⁵ En “Gender, Relation, and Difference in Psychoanalytic Perspectives”, cit., p. 107. Para un análisis de la autonomía relacional en esta misma línea, vid. D.T. MEYERS, *Self, Society, and Personal Choice*, cit., pp. 192-202, y L. CODE, *What Can She Know? Feminist Theory and the Construction of Knowledge*, Ithaca, Cornell University Press, 1991.

También Benhabib realiza una crítica a las teorías universalistas del contrato social desde Hobbes a Rawls, por considerar que en esa tradición el *self* (yo) moral es un ser “desarraigado y desincardinado”²⁶ que, además, se revela con los atributos de la experiencia masculina. Frente al otro generalizado²⁷, un sujeto racional y abstracto, con derechos y deberes, se alza el otro concreto²⁸, considerado en sus especificidades e identidades. Ese *self* autónomo es un ser vinculado cuya identidad se constituye a partir de las elecciones que hace como agente finito, concreto y ubicado. Hablamos, pues, de una identidad narrativa porque, como señala Honneth, nuestro proyecto de realización personal depende de nuestra capacidad de (re)conocer y (re)construir una relación de reconocimiento con el mundo, y sin tal reconocimiento, no es posible ni la autoconsciencia, ni la autoestima²⁹.

²⁶ S. BENHABIB, “El otro generalizado y el otro concreto: la controversia Kohlberg-Gilligan y la teoría feminista”, en S. BENHABIB Y D. CORNELLA: *Teoría feminista y teoría crítica. Ensayo sobre la política de género en las sociedades de capitalismo tardío*, trad. de A. Sánchez, Alfons el Magnànim, Valencia, 1990, pp. 126-127.

²⁷ “El punto de vista del otro generalizado nos demanda considerar a todos y cada uno de los individuos como seres racionales, con los mismos derechos y deberes que desearíamos concedernos a nosotros mismos. Al asumir este punto de vista hacemos abstracción de la individualidad y la identidad concreta del otro”. Nuestra relación con el otro se rige por las normas de *igualdad formal y reciprocidad* (S. BENHABIB, “El otro generalizado y el otro concreto: la controversia Kohlberg-Gilligan y la teoría feminista”, cit., p. 136). Vid. también *El ser y el otro en la ética contemporánea: feminismo, comunitarismo y postmodernismo*, trad. G. Zadunaisky, Gedisa, Barcelona, 2006.

²⁸ “El punto de vista del otro concreto, por el contrario, nos demanda considerar a todos y cada uno de los seres racionales como un individuo con una historia, una identidad y una constitución afectivo-emocional concretas. Al asumir este punto de vista hacemos abstracción de lo que constituye lo común. Intentamos comprender las necesidades del otro, sus motivaciones, qué busca y cuáles son sus deseos”. Nuestra relación con el otro se rige por las normas de *equidad y reciprocidad complementaria* (S. BENHABIB: “El otro generalizado y el otro concreto: la controversia Kohlberg-Gilligan y la teoría feminista”, cit., p. 136). Vid. también I.M. YOUNG, *La justicia y la política de la diferencia*, trad. de S. Álvarez, Cátedra, Madrid, 2000.

²⁹ Vid. *La lucha por el reconocimiento*, trad. M. Ballester, Crítica, Barcelona, 1997. Por supuesto, en estas relaciones de reconocimiento y en los procesos de autoconsciencia subsiguientes intervienen también factores socioeconómicos que no podemos eludir. Así, como aseguran Ch. LAVAL y P. DARDOT en *La nueva razón del mundo* (trad. A. Diez, Gedisa, Barcelona, 2013, capítulo 9), el capitalismo ha generado el tipo de individuo que le corresponde; una subjetividad contable que obliga a los individuos a competir continuamente entre sí. En su engranaje, el individuo se concibe a sí mismo como capital humano que debe aumentar indefinidamente. También M. HARDT y A. NEGRI señalan que la producción es biopolítica; que el capitalismo produce subjetividad, y que la lucha por el control o la autonomía pasa por una producción colectiva y revolucionaria del común (en *Commonwealth*, Akal, Cuestiones de

En definitiva, si desde la visión relacional de los derechos lo que se pretende es reconceptualizar la autonomía y la libertad como relación, y no como autosuficiencia, inmunidad, separación, o fragmentación, es evidente que las mujeres tienen mucho que decir a este respecto, y esto es lo que se pretende destacar desde las citadas posiciones feministas. Es más, si la condición existencial de la separación no es universal, ni es universalmente compartida, si no es la condición existencial de las mujeres, los derechos no pueden tomarla como base ni como fundamento³⁰.

En fin, aunque sobre esto volveré más adelante, es conveniente aclarar ahora que la libertad se concibe aquí como la singularidad de toda existencia relacional³¹; liberarse es crear y transformar colectivamente nuestras condiciones de existencia, desarrollar la capacidad de coimplificarse en un mundo común³². Como Dewey señalaba en algunos de sus textos más clásicos, ser libre es participar en una vida común poniendo en práctica nuestras capacidades distintivas³³.

De modo que, en esta construcción, si los derechos tienen relevancia no es tanto porque capaciten a los individuos para perseguir sus propios fines

Antagonismo, Madrid, 2011, capítulo 5.3). Vid. a este respecto: C. RENDUELES, *Sociofobia*, Capitán Swing, Madrid, 2013 o L.E. ALONSO y C.J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los discursos del presente; un análisis de los imaginarios sociales contemporáneos*, Siglo XXI, Madrid, 2013, para quienes nuestros imaginarios están subordinados a “aquel que identifica y convierte la lógica del beneficio privado y el intercambio mercantil sin trabas en la razón humana misma” (op. cit., p. 20). En fin, como dice Dumont, la configuración ideológica moderna ha sido la del individualismo, pero la de un individuo que se ha desvelado finalmente tan autosuficiente como impotente (vid. L. DUMONT, *Essais sur l'individualisme*, Seuil, Paris, 1983). En línea con algunas de estas ideas, y desde una óptica feminista, se sitúa el libro de A. de MIGUEL, *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*, ya citado, o el de S. FEDERICI, *Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2010 y N. FRASER: *Fortunas del feminismo*, trad. C. Piña Aldao, Traficantes de Sueño, Madrid, 2015.

³⁰ Vid. A. FACIO, “Hacia otra teoría crítica del Derecho”, en L. FRIES y A. FACIO (comp. y selección), *Género y Derecho*, LOM Ediciones, La Morada, Santiago, 1999, pp. 31-32. Para un tratamiento del concepto de “autonomía relacional”, vid. D.T. MEYERS en *Self, Society, and Personal Choice*, cit., y en *Being yourself. Essays on identity, Action and Social Life*, cit., C. MACKENZIE y N. STOLJAR (eds.), *Relational Autonomy: Feminist Perspectives on Autonomy, Agency and the Social Self*, cit., y J. CHRISTMAN, “Relational Autonomy, Liberal Individualism, and the Social Constitution of Selves”, *Philosophical Studies*, num. 117, 2004, pp. 143-164.

³¹ Vid. R. ESPOSITO, *Comunidad, inmunidad y biopolítica*, trad. Alicia García Ruiz, Herder, Barcelona, 2009, p. 108.

³² Vid. M. GARCÉS, *Un mundo común*, cit., pp. 141 y ss.

³³ Vid. J. DEWEY en *Democracia y educación: una introducción a la filosofía de la educación*, trad. L. Luzuriaga, Ediciones Morata, Madrid, 2004.

sino porque fortalecen las relaciones, los vínculos que liberan, los bienes relacionales y los bienes comunes; una red sin la que no podríamos ni discutir ni definir sobre aquello que consideramos un bien digno de protección.

3. REIVINDICAR LOS VÍNCULOS QUE LIBERAN: BIENES RELACIONALES Y BIENES COMUNES

Como ya se ha apuntado, una visión relacional de los derechos exige defender una concepción de los derechos como puentes para el diálogo cuyo ejercicio pueda contribuir a la conformación y el fortalecimiento de nuestros bienes comunes, así como a la preservación de nuestros bienes relacionales, bajo el supuesto de que las relaciones, reales y potenciales, con los demás y con la naturaleza, podrían constituir en sí mismas un bien digno de protección. De hecho, si lo que hace que un bien se convierta en común es la práctica que el bien produce y define (la práctica sociopolítica del *commoning*), la práctica de compartir y cuidar, así como las relaciones sociales y las funciones que tal práctica genera³⁴, existe una relación conceptual íntima entre bienes relacionales, bienes comunes, y una determinada (auto)concepción de las prácticas relaciones y la vida buena. Vamos a detenernos unos minutos aquí.

3.1. Los bienes relacionales: el fin de la inmunidad y la autosuficiencia

Como sugieren algunos economistas y sociólogos, parece claro que uno de los factores más importante que existen para vivir una vida “buena” (una vez satisfechas las necesidades básicas) son las relaciones con los demás, y en la medida en que tales relaciones resultan satisfactorias pueden ser consideradas como “bienes relacionales” (el amor, la amistad, la participación en la vida pública, el trabajo no alienado, el disfrute de la naturaleza...) ³⁵. En estos

³⁴ Vid. I. ZUBERO, “De los comunales a los *commons*: la peripecia teórica de una práctica ancestral cargada de futuro”, *Documentación Social*, num. 165, 2012, pp. 15-48.

³⁵ El concepto de bienes relacionales fue acuñado por MARTHA NUSSBAUM en 1986 - *The fragility of goodness: Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy*, Cambridge University Press, 1986. Hoy, como referentes de esta idea, puede mencionarse también a P.P. DONATI (*Introduzione alla sociologia relazionale*, Angeli, Milano, 1986), B. GUI (“Éléments por une définition d’*économie communautaire*”, *Notes et Documents*, num. 19-20, pp. 32-42, 1987) y C. UHLANER (“Relational goods´ and participation: Incorporating sociability into a theory of rational action”, *Public Choice*, vol. 62, num. 3, pp. 253-285, 1989). Todo ello sin olvidar que, ya en su momento, las éticas modernas de Hume, Smith, Mill y Schopenhauer arrojaron algunas

casos se habla del componente afectivo de las relaciones humanas al que, en un sentido aristotélico, se le otorga un valor en sí mismo; es decir, se asume que ciertas relaciones entre los sujetos constituyen un bien en sí mismo que, por definición, no puede ser instrumentalizado. Y ello porque, entre otras cosas, y a diferencia de los bienes públicos o privados, los bienes relacionales sólo pueden disfrutarse por mutuo acuerdo y respeto, y son apreciados únicamente en la medida en que generan una reciprocidad compartida³⁶.

“Por *bienes relacionales* –explica el economista Mauro Bonañuti– entiendo ese tipo peculiar de ‘bienes’ de los que no se puede disfrutar aisladamente sino únicamente en el marco de una relación entre el que ofrece y el que demanda, como por ejemplo los servicios a las personas (cuidados, bienestar, asistencia) pero también los servicios culturales, artísticos y espirituales-religiosos”³⁷. Una demanda específica de calidad de vida que, en definitiva, no se puede satisfacer únicamente a través de la producción de una cantidad mayor de bienes tradicionales; una demanda de atención, de cuidados, de conocimientos, de participación, de nuevos espacios de libertad y espiritualidad, que exige, ante todo, mantener y cuidar los ligámenes sociales.

Así, “[...]los bienes relacionales –dice R. Ramírez Gallegos– son aquellos bienes que solo puedo ‘poseer’ en un acuerdo con otro; aquellos bienes que tienen componentes afectivos y comunicativos; aquellos bienes que no tienen un precio de mercado sino que son valorados porque responden a una necesidad subjetiva de interacción, aquellos bienes que son co-consumidos y co-producidos al mismo tiempo por los sujetos involucrados; aquellos bienes que sólo pueden ser disfrutados en la medida en que involucren un potencial de reciprocidad; aquellos bienes en que la relación, por sí misma, constituye un bien”³⁸.

Y, finalmente, en esta misma línea, F. Ovejero y J. Riechmann identifican con los bienes relacionales las siguientes propiedades: (a) su materia prima

lucos para determinar la relación que existía entre los sentimientos y la acción moral –la compasión, la benevolencia, la simpatía y la caridad–, y esta es una relación que también puede traerse a colación aquí.

³⁶ Vid. P.P. DONATI, “La crisis del Estado Social y la emergencia del tercer sector: hacia una nueva configuración relacional”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, num. 5, 1997, pp. 15-36.

³⁷ M. BONAÑUTI, “A la conquista de los bienes relacionales”, *Colectivo Revista Silence: Objetivo decrecimiento*, Leqtor, Barcelona, 2006, pp. 42-43.

³⁸ R. RAMÍREZ GALLEGOS, *La vida (buena) como riqueza de los pueblos. Hacia una socioecología política del tiempo*, IAEN, Quito, 2012, pp. 27-28 y p. 37.

es el tiempo, y se producen sin costes económicos; (b) su elaboración es una actividad compartida y placentera en sí misma; (c) se consumen en el mismo instante en que se producen; (d) se consumen conjugadamente (el consumo de unos no excluye el que otros puedan consumirlos a su vez)³⁹. Podrían caracterizarse por: a) la relevancia de la identidad de las personas implicadas, b) la reciprocidad, c) la simultaneidad, d) la emergencia, e) la gratuidad (requieren una motivación intrínseca que tiene que ver con la relación misma; son bienes, no mercancías).

De manera que, vistos así, no parece raro que la generación de bienes relacionales forme parte de lo que algunos consideran una vida verdaderamente buena⁴⁰. Es más, como diría Nussbaum, hablamos de componentes especialmente frágiles no solo de la vida buena⁴¹ sino también de la felicidad⁴².

Pues bien, aun con todo, aun siendo una parte de nuestra concepción de la vida buena, o quizá por eso mismo, la discusión sobre los bienes relacionales ha sido expresamente excluida del ámbito público y, por supuesto, también del espacio político. Y uno de los esfuerzos mayores que pueden rescatarse por revertir semejante tendencia ha sido el de la filosofía del Buen Vivir que se ha desarrollado en los últimos años en algunos países de Latinoamérica y que ha sido una dinamizadora indudable del discurso de lo relacional⁴³.

El Buen Vivir se apoya en la convivencialidad (una propuesta elaborada por Ivan Illich en los años 70⁴⁴), la ética del cuidado y las ontologías re-

³⁹ Vid. F. OVEJERO LUCAS, *Mercado, ética y economía*, Icaria, Barcelona, 1994, pp. 40-42 y J. RIECHMANN, "Hacia un ecologismo epicúreo", G.C. DELGADO RAMOS (coord.): *Buena vida, buen vivir: Imaginarios alternativos para el bien común de la humanidad*, Colección Debate y Reflexión, CEIICH-UNAM, 2014, p. 22.

⁴⁰ Vid. R. RAMÍREZ GALLEGOS, *La vida (buena) como riqueza de los pueblos. Hacia una socioecología política del tiempo*, cit., p. 27, L. BRUNI, *El precio de la gratuidad*, trad. A. Galindo García, Ciudad Nueva, Madrid, 2008, P.P. DONATI y R. SOLCI, *I beni relazionali. Che cosa sono e quali effetti producono*, Bollati Boringhieri, Torino, 2011, y P.P. DONATI, "Relational Goods and Their Subjects: The Ferment of New Civil Society and Civil Democracy", *Recerca: Revista de Pensament i Anàlisi*, num. 14, 2014, pp. 19-46.

⁴¹ Vid. *The fragility of goodness: Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy*, cit.

⁴² Vid. L. BRUNI, *L'economia la felicità e gli altri. Un'indagine su beni e benessere*, Città Nuova, Roma, 2004.

⁴³ Aun que no puede negarse que esta cosmovisión ha estado presente también en la cultura occidental a través de la concepción aristotélica de "eudaimonía", por ejemplo, o de la defensa secular que se ha hecho del bien común, y que hoy viene reforzada por la corriente decrecentista y por el movimiento de justicia ambiental, entre otros.

⁴⁴ Vid. I. ILLICH, "La convivencialidad", *Obras reunidas*, vol. I, Fondo Cultura Económica, México, 2006, pp. 369-530.

lacionales que asumen que la plenitud personal solo puede alcanzarse en armonía con la comunidad social y ecológica, entendida esta última en un sentido amplio (relaciones con los animales no humanos y con la naturaleza). Cuando se habla de ontologías relacionales se pretende subrayar precisamente tanto esta interdependencia, esta interconexión, entre el mundo individual, social y natural, como la relevancia del entramado de afectos y creencias que esta interconexión genera, y a los que se considera también, y como hemos visto, bienes relacionales. Así que Buen Vivir es vivir bien, en el sentido aristotélico del término, sin dañar ni a los otros ni a la naturaleza, y no puede equipararse sin más con el bienestar, aunque no lo excluya, dado que no mide únicamente los niveles de consumo o ingresos alcanzados, ni el grado en el que accedemos a determinados bienes y servicios. De hecho, desde el Buen Vivir lo que se critica precisamente es la ideología clásica del bienestar asociada al desarrollo, el progreso lineal, al crecimiento y al consumo⁴⁵, y se cuestiona la ecuación crecimiento-bienestar desde alternativas postdesarrollistas y antiproductivistas⁴⁶. No voy a detenerme en esta propuesta ahora, pero me interesa mencionarla porque es evidente que conecta bien con lo que vengo exponiendo.

En resumen, puede decirse que los bienes relacionales son vínculos que ponen de manifiesto nuestras carencias, nuestra vulnerabilidad y nuestra inter/ecodependencia⁴⁷. Esto es, que somos seres finitos, vulnerables, inacabados, que estamos en continuidad con otros, y tenemos que ser continuados; que nuestra experiencia es la de vivir inmersos en un entorno concreto y en

⁴⁵ Vid. sobre esta cuestión, mi artículo: "Derechos humanos y buen vivir. Sobre la necesidad de concebir los derechos desde una visión relacional", *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, num. 128, 2015, pp. 39-49.

⁴⁶ Como señala S. ÁLVAREZ CANTALAPIEDRA, "por un lado, al cuestionar el "Buen vivir" los fundamentos de la civilización industrial capitalista, se muestra como una categoría que encaja perfectamente dentro de las propuestas y enfoques críticos del capitalismo y del desarrollo basado en el extractivismo y el consumismo; por otro, es una invitación a pensar en la vida buena, que a diferencia de la felicidad (algo "privado" y "psicológico", no siempre conectado directamente con las condiciones sociales y naturales de la existencia), se basa en un puñado de elementos básicos que el Estado debería promover y que los ciudadanos tienen el derecho de disfrutar y desarrollar: salud, seguridad (física o económica), respeto, libertad para actuar con autonomía, armonía con la naturaleza, lazos afectivos con los demás y la comunidad" (en "Economía política de las necesidades y caminos (no capitalistas) para su satisfacción sostenible", *Revista de Economía Crítica*, num. 16, segundo semestre 2013, p. 186, nota 26 (pp. 167-194)).

⁴⁷ L. BRUNI describe el bien relacional como una herida potencial que nos expone a la ambivalencia del vínculo, en *La ferita dell'altro*, Il margine, Trento, 2007.

un nudo de relaciones⁴⁸. Y es el inacabamiento, la vulnerabilidad y la dependencia, lo que nos desposee de toda inmunidad y toda autosuficiencia (de ahí, una vez más, la necesidad de reformular el principio de autonomía privada para rescatar su dimensión relacional).

Es importante destacar que en esta construcción el “nosotros” no es un sujeto en plural sino “el sentido del mundo entendido como las coordenadas de nuestra actividad común, necesariamente compartida”. Esto es, frente a la unión/separación, lo que se alza es la continuación, los vínculos que enlazan nuestras vidas singulares⁴⁹. Por consiguiente, lo que aquí llamamos la comunidad no es aquello que pone en relación a determinados sujetos, ni un sujeto amplificado, sino el ser mismo de la relación; no es un ser común, sino el modo de ser en común⁵⁰. “[...]la comunidad no es aquello que protege al sujeto clausurándolo en los confines de una pertenencia colectiva, sino más bien aquello que lo proyecta hacia afuera de sí mismo, de modo que lo expone al contacto, incluso al contagio, con el otro”⁵¹

Como señala Esposito, en este caso, la comunidad rompe las barreras protectoras de la identidad individual frente a la inmunidad, que las reconstruye de forma defensiva y ofensiva contra todo elemento externo que venga a amenazarla. La inmunidad “reconduce a la particularidad de una situación definida precisamente como algo que se sustrae a la condición común [...] Cuando la inmunidad, aunque sea necesaria para nuestra vida, es llevada más allá de cierto umbral, acaba por negarla, encerrándola en una suerte de jaula en la que no solo se pierde nuestra libertad, sino también el sentido mismo de nuestra existencia individual y colectiva”⁵². O sea, que, curiosamente, lo mismo que salvaguarda el cuerpo individual, social y político, es lo que impide su desarrollo, y, sobrepasado cierto punto, amenaza con destruirlo⁵³.

⁴⁸ Se trata de esa intercorporeidad a la que se refiere M. GARCÉS en *Un mundo común, cit.*, pp. 131-135, siguiendo la estela de autores como Heidegger o Agamben.

⁴⁹ Vid. M. GARCÉS, *Un mundo común, cit.*, p. 30.

⁵⁰ Vid. J.L. NANCY, *La comunidad desobrada*, trad. P. Perera, Arena Libros, Madrid, 2007 y G. AGAMBEN, *La comunidad que viene*, trad. J.L. Villacañas y C. La Rocca, Pre-Textos, Valencia, 2006.

⁵¹ R. ESPOSITO, *Comunidad, inmunidad y biopolítica, cit.*, p. 16. Vid. J. DERRIDA, *Políticas de la amistad*, trad. P. Peñalver, Trotta, Madrid, 1998.

⁵² R. ESPOSITO, *Comunidad, inmunidad y biopolítica, cit.*, p. 17. Vid. del mismo autor: *Inmunitas. Protección y negación de la vida*, trad. L. Padilla López, Amorrortu, Buenos Aires-Madrid, 2005.

⁵³ El proceso de inmunización puede deslizarse hacia una especie de enfermedad autoinmune que ataca al propio cuerpo y lo destruye. Vid. sobre este asunto, D. HARAWAY,

En definitiva, las prácticas relacionales son constitutivas de nuestro ser humano, como lo es la individualidad, de manera que la comunidad funciona en este marco como una idea regulativa, una idea de la razón, sin la que ni siquiera podemos pensarnos a nosotros mismos (algo que el propio Kant asumía⁵⁴). Y lo que une a la comunidad es un magma de relaciones, una deuda, un don que estamos obligados a retribuir. *Comunitas* deriva de *munus*, que significa don y obligación frente a otro, deber recíproco de dar, nos dice Esposito⁵⁵. Por tanto, es el cuidado y no el interés lo que está en la base de las relaciones que conforman la comunidad, porque solo el cuidado la hace conceptualmente posible, viable y sostenible.

Por eso no es extraño que los bienes relacionales sean propios de una “economía del compartir”⁵⁶ y una pieza clave en la denominada “economía del cuidado” sobre la que han llamado la atención muchas pensadoras feministas⁵⁷, porque, entre otras cosas, fortalecen los vínculos liberadores haciendo valer nuestras deudas de vínculo y señalando el modo en que nos aprovechamos de la plusvalía afectiva de los otros (*las otras*).

Ciencia, cyborgs y mujeres. La reinención de la naturaleza, trad. M. Talens, Cátedra, Madrid, 1995 y P. SLOTERDIJK, *Esfemas III. Espuma. Esferología plural*, trad. I. Reguera, Siruela, Madrid, 2006.

⁵⁴ Sobre estas cuestiones, se han detenido no pocos clásicos de la filosofía: PLATÓN (*República*, I, V, VII), ARISTÓTELES (*Política*, y *Ética a Nicómaco*, I, V, VIII), TOMÁS DE AQUINO (*Summa Teológica*, I, II, q. 90; *De regno*), LOCKE (*Ensayo sobre el entendimiento humano*, I, cap. 3), MILL (*Sobre la libertad*, cap. IV), SPINOZA (*Tratado Político*, cap. V), ROUSSEAU (*Del contrato social*), KANT (*Fundamentación de la metafísica de las costumbres* y *Metafísica de las costumbres*) o MARITAIN (*La persona y el bien común*).

⁵⁵ Vid. R. ESPOSITO, *Comunidad, inmunidad y biopolítica*, cit., p. 97. Como dice A. MACINTYRE, el ser humano se encuentra ubicado en una red de relaciones de reciprocidad asimétrica en la que las deudas que se adquieren suelen ser incommensurables (en *Animales racionales y dependientes. Por qué los seres humanos necesitamos las virtudes*, cit., pp. 121-122).

⁵⁶ A. MATARÁN, J. RIECHMANN y O. CARPINTERO (coords.), *Los inciertos pasos desde aquí hasta allá: alternativas socioecológicas y transiciones poscapitalistas*, Universidad de Granada/ CICODE, 2014, p. 34.

⁵⁷ Vid. por ejemplo, A. BOSCH, C. CARRASCO y E. GRAU, “Verde que te quiero violeta. Encuentros y desencuentros entre feminismo y ecologismo”, epílogo a E. Tello: *La historia cuenta. Del crecimiento económico al desarrollo humano sostenible*, El Viejo Topo, Barcelona, 2005. Una perspectiva actualizada en C. CARRASCO: “El cuidado como eje vertebrador de una nueva economía”, *Cuadernos de relaciones laborales*, vol. 31, num. 1, 2013 (monográfico sobre *Los cuidados entre el trabajo y la vida*) (puede consultarse en <http://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/view/41627/39688>). Vid. también C. CARRASCO, C. BORDERÍAS y T. TORNOS (eds.), *El trabajo de cuidados. Historia, teoría y políticas*, Los Libros de la Catarata, Madrid 2011 y C. CARRASCO (ed.), *Con voz propia. La economía feminista como apuesta teórica y política*, Los Libros de Viento Sur y la Oveja Roja, Madrid, 2014.

Ciertamente, la visión relacional exige adoptar lo que Garcés ha llamado una visión periférica; la visión del ojo implicado. Una visión que ni es focalizada, porque no aísla, ni es panorámica, porque no totaliza, sino que relaciona lo enfocado con lo no enfocado. “La periferia excede nuestra voluntad de visión y de comprensión, a la vez que les da sentido porque las inscribe en un tejido de relaciones”⁵⁸. La cuestión es que es exactamente en esa periferia en la que se sitúa el mundo que hay “entre” nosotros, el espacio de lo común, y por eso, sin una política de lo común no hay futuro para nosotros, ni para ningún otro “nosotros” posible o imaginado.

Pero, ¿qué supone exactamente la defensa de lo común?

3.2. ¿Qué supone la defensa de lo común?

Cuando hablamos de lo común hablamos de vínculos, de intereses colectivos y difusos, y de necesidades generalizables. Hablamos de individuos vinculados, relacionados, no de agentes autointeresados, aislados, presociales y prepolíticos, que eligen de acuerdo con una voluntad autónoma, desde sí y para sí, su particular plan de vida. Hablamos de personas necesitadas y vulnerables, interdependientes y ecodependientes, que no pueden desligar el discurso sobre sus necesidades del discurso sobre sus relaciones, ataduras, afectos y convicciones, porque la definición de lo común es siempre consustancial a una determinada práctica relacional y esta práctica tiene relevancia política, no solo social y psicológica.

La definición de lo común requiere asumir la sociabilidad humana como presupuesto antropológico. Es más, requiere asumir, por razones lógicas, una concepción narrativa de la identidad, interiorizando nuestros vínculos sociales y relacionales para ponerlos en cuestión y dialogar sobre ellos (a fin de distinguir los que nos oprimen de los que nos liberan). La idea misma de lo común, de hecho, es incompatible con el mito del egoísmo como presupuesto racional; la desigualdad como ventaja, y la competencia como base del “progreso”; y, desde luego, es incompatible con el narcisismo (la necesidad de ser mejor que los otros) como motivación para la acción y como motor del bienestar.

Defender lo común supone concebir al hombre inserto en una comunidad que comparte y (re)construye un relato común, así como el interés de llegar a un acuerdo sobre cuestiones comunes, y supone también identificar

⁵⁸ Op. cit., pp. 112-113.

y fomentar ese relato frente a la fragmentación; apostar por una racionalidad comunicativa, frente a una estrictamente estratégica; y por la empatía frente a una razón instrumental omnicomprendensiva. Exige vincular intereses privados/autonomía privada y colectivos/autodeterminación y autogobierno, de modo que no pueda defenderse la prioridad ontológica y axiológica del primer bloque frente al segundo (como solemos hacer), sino que se conciban como cooriginarios y mutuamente dependientes.

Visto así, defender lo común exige superar los (pseudo)problemas de la acción colectiva que representa la tragedia de los comunes (Garret Hardin), el dilema del prisionero, o la lógica de la acción colectiva (Mancur Olson), en la que el *free rider* es el sujeto más racional, inteligente y admirable.

Como señalan Laval y Dardot en *Común*⁵⁹, lo común es político porque surge de la participación en una misma actividad o tarea; depende de una actividad sostenida y continua de puesta en común. Y, de hecho, es esa actividad compartida la que funda la comunidad y no a la inversa; de modo que la *pertenencia* es la consecuencia y no la causa de la participación. Esto es, participar en la deliberación sobre lo común es lo que decide la pertenencia efectiva a una determinada comunidad; son las prácticas relacionales y discursivas las que definen la membresía.

En definitiva, puede decirse que lo común es político (en un sentido amplio) porque consiste en introducir el autogobierno (que no es solo autogestión) en todos los ámbitos de la vida, y en esta política de lo común la defensa de los derechos no se plantea obviando el elemento relacional y democrático que los sustenta. Desde esta perspectiva, la libertad y la justicia social a las que los derechos responden exigen también considerar y valorar los vínculos que garantizan y cultivan la existencia de lo común, estimular una política de participación ciudadana, y fortalecer un espacio y una actividad que nos permita definir y redefinir permanentemente nuestras relaciones, nuestra comunidad de pertenencia y, sobre todo, nuestra comunidad de destino. Una comunidad en la que el espacio público y político ha de estar permanen-

⁵⁹ Vid. Ch. LAVAL y P. DARDOT, *Común. Ensayo sobre la revolución en el siglo XXI*, trad. A. Díez, Gedisa, Barcelona, 2015. Vid. sobre este asunto: F. HOUTART, *De los bienes comunes al bien común de la humanidad*, Fundación Rosa Luxemburgo, Bruselas, 2011, S. RODOTÀ, "La democrazia dei beni comuni", *Come abbiamo vinto il referendum. Dalla battaglia per l'acqua pubblica alla democrazia dei beni comuni*, Edizioni Allegrì, Roma, 2011, U. MATTEI, *Bienes comunes. Un manifesto*, trad. G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2013, y J. SUBIRATS, "Bienes comunes y contemporaneidad. Releyendo a Polanyi", *Ecología Política*, num. 45, Julio 2013 (<http://www.ecologiapolitica.info/?p=913>)

temente abierto a la discusión acerca de nuestras diferentes concepciones de la vida buena⁶⁰.

4. DIALOGAR SOBRE NUESTRAS DIFERENTES CONCEPCIONES DE LA VIDA BUENA

Si asumimos la concepción de bienes relacionales y de lo común que se ha descrito más arriba, parece claro que también hemos de asumir que las cuestiones referentes a la libertad y la justicia social, la autonomía y los derechos, no se pueden resolver tomando como referente una concepción formal del bien sino que hemos de entender que estamos frente a cuestiones morales sustantivas que merecen ser discutidas.

La concepción formal del bien está conectada con esa noción de sujeto independiente de su propia experiencia que funcionaba como idea regulativa en la construcción kantiana y que Rawls reivindica también en su *Teoría de la justicia*. Un yo desvinculado al que solo define su capacidad formal de elegir, y al que se sitúa más allá de la reflexión y la deliberación colectiva; un yo, en definitiva, que precede a sus fines.

En cuanto agentes morales, se dice, no estamos definidos por nuestros fines, sino por nuestra capacidad de escoger. No son nuestras metas las que revelan nuestra naturaleza sino el armazón que escogeríamos para los derechos si pudiésemos abstraernos de tales metas. Y cuando lo que uno es en sí mismo precede a sus fines, lo que es debido tiene que preceder a lo que se tenga por un bien, de manera que la justicia debe ser neutral con respecto a las distintas concepciones de la vida buena.

El resultado de esta propuesta es, lógicamente, que lo correcto es anterior a lo bueno, y lo es, además, en dos sentidos: los derechos individuales no pueden ser sacrificados en aras del bien común, y los principios de justicia en los que se apoyan no pueden tomar como premisa ninguna visión particular de la vida buena.

La cuestión es que si concebimos los derechos como frutos de una reflexión democrática en el seno de prácticas relacionales concretas, ligados a cuestiones morales sustantivas, tal como aquí se propone, es porque vemos las cosas de otra manera. Al fin y al cabo, la reflexión y la deliberación moral

⁶⁰ A todo esto me he referido en mi contribución al libro de F. PRATS, S. HERRERO, A. TORREGO, *La Gran Encrucijada. Reflexiones en torno a la crisis ecosocial y el cambio de ciclo histórico*. Libros en Acción, Madrid, 2016, pp. 278-283.

consisten tanto en interpretar la historia de nuestra vida en relación con los otros, como en ejercer nuestra voluntad como seres autointeresados. Dicho de otra manera, y como ya se ha señalado más arriba, deliberar sobre lo que es un bien para mí implica reflexionar sobre lo que es un bien para las personas a las que estoy vinculado. De modo que la identidad propia y la racionalidad individual que se confecciona desde el kantismo resulta, cuando menos, cuestionable⁶¹.

Y precisamente porque es cuestionable es por lo que en su *Liberalismo político* Rawls se aprestó a remodelar sus primeros presupuestos en algunos aspectos. Reconoció que las personas, en sus vidas privadas, a menudo tenían afectos, devociones y lealtades que no podían ni debían dejar aparte, o sea que aceptó la posibilidad de que nuestra identidad personal tuviera un cierto espesor, aunque seguía insistiendo en que esas lealtades y apegos no eran relevantes para nuestra identidad como ciudadanos. Al debatir sobre la justicia y los derechos, decía, debemos marginar nuestras convicciones morales y religiosas; argumentar al margen de las lealtades, los apegos o las maneras de concebir la vida buena que tengamos personalmente.

Pero, ¿por qué no debemos llevar nuestras convicciones morales y religiosas a la conversación pública sobre la justicia y los derechos? ¿Por qué hemos de separar nuestra identidad en cuanto ciudadanos, de nuestra identidad en cuanto personas morales (en un sentido más amplio)? Rawls sostiene que debemos proceder así para que exista un pluralismo razonable en lo que se refiere a la vida buena, porque en las sociedades democráticas modernas se discrepa por cuestiones morales y religiosas, y tales discrepancias son del todo razonables.

Es decir, no solo no debe el Estado hacer suya ninguna concepción particular de lo bueno sino que ni siquiera los ciudadanos deben introducir sus convicciones en el debate público sobre la libertad y los derechos; deben limitarse a esgrimir argumentos de los que quepa esperar razonablemente que puedan ser aceptados por todos los ciudadanos.

Sin embargo, también cuando se habla de valores comunes se puede estar pensando en los valores asociados a la neutralidad liberal y a las restricciones que la razón pública liberal impone (la tolerancia, por ejemplo), o a los anhelos

⁶¹ Vid. M. SANDEL, *Filosofía pública. Ensayos sobre moral en política*, cit., pp. 213 y ss. Estas cuestiones las he desarrollado, junto a C. LEMA, en la Introducción a la segunda edición del libro de M. SANDEL, *Contra la perfección. La ética en la era de la ingeniería genética*, trad. R. Vilà Vernis, Ediciones Marbot, Barcelona, 2015, pp. 7-33.

morales y espirituales comunes que responden a la aspiración a una vida pública más preñada de significado. Como señala Sandel, “[...]el intento de desligar los argumentos sobre la justicia y los derechos de los argumentos sobre la vida buena es un error por dos razones: en primer lugar, no siempre se pueden zanjar las cuestiones referentes a la justicia y a los derechos sin resolver cuestiones morales sustantivas; y en segundo lugar, incluso cuando es posible, puede que no sea deseable”⁶². Y es que no se llega a una sociedad justa solo con maximizar la utilidad (utilitarismo) o garantizar la libertad de elección (liberalismo); para llegar a una sociedad justa hemos de razonar juntos sobre el significado que otorgamos a la vida buena creando una cultura pública que acoja las discrepancias. Una vez más: “[L]a justicia no solo trata de la manera debida de distribuir las cosas. Trata también de la manera debida de valorarlas”⁶³.

En consecuencia, no es suficiente, insisto, con un liberalismo igualitario, con garantizar la libertad y la igualdad redistributiva, sino que es necesaria una política de cohesión social (tejido social) y de participación pública que garantice el debate. Por supuesto, nada de esto significa que la desigualdad deje de ser un problema esencial. La desigualdad es un problema por el sufrimiento que acarrea y porque puede socavar, además, la solidaridad que la ciudadanía democrática requiere⁶⁴.

Lo que se quiere decir es que si excluimos el punto de vista utilitarista y/o liberal, la apuesta por la igualdad no tiene como justificación única la de alcanzar la felicidad de uno, pocos o muchos, sino que a ésta hay que añadir su relevancia para conformar una sociedad cohesionada, democrática y solidaria. De manera que no se trata solo de redistribuir para garantizar el acceso privado al consumo, sino al objeto de apostar por el espacio compartido, los servicios y las instituciones públicas, y los bienes comunes.

En definitiva, lo que aquí se está planteando es que la política no debe eludir el compromiso moral, sino implicarse en un continuo debate sobre el mismo, cultivando ese sentido de la responsabilidad compartida que se deriva de la existencia de vidas entrelazadas (también en sentido temporal) y que negaría rotundamente cualquier individualista moral.

Está claro que lo que aquí se describe son unas prácticas relacionales que comprometerían tanto la identidad como los intereses de sus participantes,

⁶² *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, trad. J.P. Campos Gómez, Debate, Madrid, 2011, pp. 283-284.

⁶³ Op. cit., p. 296.

⁶⁴ Op. cit., p. 301.

(auto)concebidos como personas en deuda permanente con los otros⁶⁵. En palabras de Taylor: “Saber quién soy es como conocer dónde me encuentro. Mi identidad se define por los compromisos e identificaciones que proporcionan el marco u horizonte dentro del cual yo intento determinar, caso a caso, lo que es bueno, valioso, lo que se debe hacer, lo que apruebo o a lo que me opongo”⁶⁶.

Para el individualista moral ser autónomo es estar sujeto solo a las obligaciones que voluntariamente hago mías, de modo que lo que le debo a otros se lo debo solo en virtud de algún acto de consentimiento y/o reciprocidad y, en ningún caso, en función de la existencia de vínculos, historias comunes, relaciones estandarizadas o lazos no escogidos. Cualquier otra cosa supone una violación de nuestros derechos individuales o una limitación perfeccionista de nuestras libertades. Pero la cuestión es que si admitimos que el dilema solidaridad *versus* derechos individuales existe y que, según cómo, podrían violarse derechos individuales en nombre del bien común, lo que admitimos, en definitiva, es que la discusión sobre la vida buena tiene peso moral y que, en consecuencia, todo no puede resolverse al estilo liberal, mediante el consentimiento o la reciprocidad⁶⁷. Dicho con otras palabras: admitimos que no se puede discutir sobre autonomía, justicia y derechos, dejando al margen *a priori* un reto semejante, y que, si lo hacemos, restringimos y empobrecemos tanto nuestras relaciones sociales como el discurso político, excluyendo de la deliberación pública las dimensiones que verdaderamente nos importan.

Realmente, no hay ningún motivo para pensar que es posible razonar y discutir sobre lo correcto (la justicia) a fin de alcanzar acuerdos, pero que tal razonamiento y semejante discusión no puede conducir a ninguna ponderación razonable, ni a ninguna respuesta concluyente, si lo que están en juego son nuestras diferentes concepciones de la vida buena. Esto solo se sostiene desde una posición escéptica respecto de nuestras concepciones morales, desde un individualismo fragmentado y fragmentario, desde una visión profundamente estrecha del principio de autonomía personal; es decir, desde la idea de que no se pueden comparar unas concepciones y otras para determinar, de manera provisional, al menos, cuál de ellas resulta más plausible dadas las circunstancias⁶⁸.

⁶⁵ Vid. M. SANDEL en *Filosofía política. Ensayos sobre la moral en política*, cit., pp. 199 y ss., y en *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, cit., pp. 241 y ss.

⁶⁶ C. TAYLOR, *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, cit., p. 52.

⁶⁷ Vid. M. SANDEL, *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, cit., pp. 241 y ss.

⁶⁸ Vid. Introducción a la segunda edición del libro de M. SANDEL, *Contra la perfección. La ética en la era de la ingeniería genética*, cit., pp. 23-29.

Finalmente, y en todo caso, tal como Sandel nos recuerda en varias de sus obras⁶⁹, si es posible o no razonar sobre cuestiones morales a fin de alcanzar un acuerdo es algo que solo podemos dilucidar razonando y deliberando. Y el problema, en realidad, es que la hegemónica política liberal-atomista deja poco margen para este tipo de razonamientos.

Como hemos visto, en el liberalismo político no sólo es que el Estado ha de ser neutral frente a cualquier concepción del bien, sino que los ciudadanos no pueden introducir en el discurso político sus convicciones morales comprensivas, al menos si se debate sobre justicia y derechos. Desde luego, como ya he señalado, cabría preguntarse, como ya he sugerido, si esta defensa tan restrictiva de la razón pública no supone ya inevitablemente defender ciertos valores (la tolerancia y el respeto mutuo, por ejemplo), e incluso ciertas concepciones del bien (dado que la práctica que se tolera debe ser evaluada desde un punto de vista moral)⁷⁰, pero, más allá de esto, lo que hay que preguntarse es hasta qué punto es racional y razonable sostener una teoría de la justicia y una concepción de los derechos que se apoye en semejantes presupuestos.

En suma, y por concluir, al reformular el principio de autonomía privada a la luz de los bienes relacionales y una política de lo común, la visión relacional de los derechos exige también renunciar a la noción de sujeto desvinculado y a la concepción formal del bien que lleva aparejada. Los derechos se presentan aquí como el fruto de un diálogo abierto sobre cuestiones morales sustantivas que se articula desde la implicación en los asuntos compartidos y desde una ética de la responsabilidad y del cuidado. Una ética de la inter/ecodependencia que puede encontrar en las mujeres sus mejores aliadas.

Y es que parece claro que, en su concepción clásica, los derechos nacieron de la condición existencial de separación, y, aunque es cierto que, como

⁶⁹ En *Filosofía política. Ensayos sobre la moral en política, Justicia y en ¿Hacemos lo que debemos?*, ya citados.

⁷⁰ “[] no puede haber una sociedad de individuos libres sin un correspondiente proceso de socialización, sin una cultura de la individualidad y sin un sistema político que lo sustente [...]”, dice M. WALZER en *Razón, política y pasión. 3 defectos del liberalismo*, trad. A. Gómez Ramos, Intervenciones, Madrid, 1999, p. 38. Las asociaciones no voluntarias no están fijadas de forma completa y definitiva sino que pueden ser objeto de cambios políticos, pero “solo podemos cambiar algo una vez que lo hemos reconocido. Si no se pudiera contar nada más que con individuos completamente autónomos, las decisiones políticas relativas a la coerción y la libertad, la subordinación y la igualdad, no tendrían ningún objeto de referencia creíble” (op. cit., p. 39).

señala Facio, “esa condición existencial produce dos necesidades aparentemente dicotómicas –la necesidad de mantenimiento y protección de esa separación y la necesidad de romper el aislamiento existencial y proteger al grupo o la comunidad–”, también lo es que “estas dos necesidades sólo son dicotómicas desde una visión masculina del mundo [...] desde la perspectiva de las mujeres, cuya condición existencial es la conexión con los o las otras, las necesidades más bien surgen del interés por mantener y proteger la conexión o por el contrario, la necesidad de protección por intromisiones impuestas a su potencial de conexión”⁷¹.

5. DEFENDER UNA ÉTICA DE LA RESPONSABILIDAD Y DEL CUIDADO

1. Puede decirse que una ética de la responsabilidad apoya las pretensiones morales en el sufrimiento del sujeto y en el reconocimiento de sus necesidades como motivos para la acción; esto es, asume nuestra radical vulnerabilidad, y la normalidad de la dependencia, intentando eliminar su estigma negativo para concebirla como un rasgo necesario y universal de las relaciones humanas⁷². De ahí que en esta construcción las necesidades no puedan desligarse de los bienes relacionales, y las deudas de vínculo que hemos contraído con los otros. Y de ahí también que se entienda la urgencia por hacer visible y conferir valor público tanto a las actividades de cuidado como a las mujeres que las protagonizan, así como redistribuir tales actividades entre los diferentes miembros que componen la sociedad, sean hombres o mujeres. Vaya, las personas no son autónomas y autosuficientes, sino dependientes y necesitadas, por lo que la actividad de cuidado ha de ser definida como una virtud cívica y como un deber público de civilidad.

2. Puede añadirse, por lo demás, que en este paradigma, los problemas morales exigen una solución más contextual y narrativa, y se margina el discurso formal y abstracto propio de los derechos clásicos. Las prioridades éticas (la justicia y los derechos) aparecen conectadas a un aprendizaje moral fruto de la reflexión, el diálogo y la experiencia relacional; un aprendizaje

⁷¹ A. FACIO, “Hacia otra teoría crítica del Derecho”, en L. FRIES Y A. FACIO (comp. y selección): *Género y Derecho*, cit., pp. 30-31.

⁷² Sobre este asunto, vid. J.C. TRONTO, *Moral Boundaries. A Political Argument for an Ethic of Care*, Routledge, New York, 1993, y J.A. WHITE y J.C. TRONTO, “Political Practices of Care: Needs and Rights”, *Ratio Juris*, num. 17, 2004, p. 426.

moral continuamente destilado en un proceso comunicativo y en un diálogo con los “otros”⁷³.

Como señala Habermas, la conciencia individual no se forma en la relación de un individuo con un “mundo exterior” que se le presenta como “objeto”, sino a través de su interacción comunicativa con otros sujetos conscientes; a través de un diálogo real que nos obliga a cuestionarnos nuestras posiciones. En Habermas, el yo no es el fruto de un acto aislado de autorreflexión sino de un proceso de formación en el seno de un complejo de interacciones; de un proceso dialógico de socialización⁷⁴. Por consiguiente, lo que parece exigir Habermas no es la supresión de las inclinaciones personales sino su racionalización, su formación por medio de una comunicación no distorsionada. Y ello aunque es probable que no haya conseguido aterrizar lo suficiente su construcción como para salvar la distancia que pudiera existir entre la abstracción y la idealización (con la que se privilegiaría, de forma encubierta, un determinado tipo moral), y atender al punto de vista del “otro concreto”, en la línea que le ha señalado, por ejemplo, Seyla Benhabib⁷⁵. De hecho, el compromiso con el procedimiento discursivo universalista como procedimiento de acceso a la verdad moral, mantiene todavía la clásica separación entre las cuestiones de justicia y las referentes a la “vida buena”, y excluye *a priori* el debate acerca de lo que es de suyo bueno⁷⁶.

⁷³ En su defensa de una concepción materialista y relacional de los derechos humanos, dice J. HERRERA FLORES que “[] debemos ser capaces de superar las abstracciones en las que se sustenta la teoría tradicional de los derechos y proponer una reflexión que impulse, sistematice y complemente las prácticas sociales en un sentido crítico, subversivo y transformador. Nuestra apuesta teórica –subraya– se juega su sentido en el marco de las acciones sociales” (en *La reinvencción de los derechos humanos*, Atrapasueños, 2008, p. 86). “La función social del conocimiento exige reconocer al otro en su cotidianeidad, en su vida, tanto pública como privada, en su hacer y no sólo en su pensar [] Definiendo abstractamente al individuo pensante, se han podido dejar de lado las circunstancias concretas en las que se vive [] El “yo hago”, por el contrario, nos coloca indefectiblemente en el contexto en el que vamos creando y recreando nuestras vidas. Nada se puede hacer sin los objetos materiales, sin los bienes, con los que trabajamos en el *continuum* de relaciones sociales en las que estamos situados” (*op. cit.*, p. 197).

⁷⁴ Vid. mi artículo: “La sinrazón de la razón como estrategia. Razones a favor de la racionalidad de los agentes morales”, cit., pp. 202-205.

⁷⁵ Es imposible mencionar siquiera a la mayoría de las autoras feministas que se han opuesto al contractualismo como base de una teoría de la justicia, pero creo que, por lo que hace a Habermas, y adoptando todavía una perspectiva racionalista, hay que destacar a S. BENHABIB en *El ser y el otro en la ética contemporánea: feminismo, comunitarismo y postmodernismo*, cit., pp. 171 y ss.

⁷⁶ Este enfoque, como señala C. AMORÓS, es el que ha utilizado el feminismo para polemizar con las concepciones del bien en las que se da por buena la subordinación de las mujeres, y que son incompatibles con su emancipación (entendida como una exigencia de

3. La ética de la responsabilidad mira hacia el futuro, procurando salvaguardar las relaciones, por lo que es estructuralmente dialógica e intersubjetiva⁷⁷. Esto es, está inescindiblemente unida a la rendición de cuentas una vez superada tanto esa visión lineal del tiempo que sobrevalora el presente⁷⁸, como las barreras de la especie, y exige transitar del “tribunal de la conciencia” al juicio político, a la exigencia moral y política de “responder con y frente a los otros”. En fin, lo más importante es preguntarse: ¿ante quién somos responsables? Y ello aunque la responsabilidad no es un gesto reactivo, y no se debe pensar únicamente bajo la figura de la deuda⁷⁹, sino que ha de ser entendida también como una exigencia irrenunciable de la racionalidad.

En este sentido, resulta determinante, una vez más, rechazar la conformación de la identidad como el fruto de experiencias psicológicas estrictamente subjetivas⁸⁰, dado que en esta conformación puede desvanecerse la vinculación fuerte con nuestros yoos futuros⁸¹, y, en consecuencia, también con los otros yoos que no están aquí y ahora. Como apunta Nagel, esta teoría

justicia). Una vez más, el universalismo interactivo de BENHABIB es especialmente lúcido y aprovechable aquí como instancia crítica. Vid. *Tiempo de feminismo. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y postmodernidad*, Ediciones Cátedra, Universitat de València, Instituto de la Mujer. Colección Feminismos, Madrid, 2000, pp. 401-405.

⁷⁷ Vid. M. CRUZ, “Cuando son muchas las voces”, *Isegoría*, num. 29, 2003, p. 7.

⁷⁸ Si la solidaridad puede ser una exigencia moral y un principio que tiene que ver con la continuidad del tiempo (una idea de la filosofía clásica), podrían imponerse tanto nuestros deberes hacia las generaciones futuras, al menos para evitar acciones y omisiones irreversibles, como hacia las generaciones pasadas, mediante una adecuada política de la memoria. Este último punto lo he tratado en mi artículo “Justicia Retributiva y Justicia Restaurativa (Reconstructiva). Los derechos de las víctimas en los procesos de reconstrucción”, VV.AA., *Justicia para la convivencia*, Universidad de Deusto (Bilbao), 2012, pp. 21-47.

⁷⁹ Vid. M. CRUZ: “Cuando son muchas las voces”, cit., p. 11.

⁸⁰ En el paradigma kantiano se diría que la autonomía personal no se puede identificar con el solipsismo, pues exige al individuo que sea algo más que un lugar de preferencias subjetivas, y le obliga a asumir la perspectiva de la universalidad. Vid. *Crítica de la razón práctica* (1778), versión castellana de R.R. Aramayo, Alianza Editorial, Madrid, 2004, [A63-A65], pp. 106-107, y *La Metafísica de las Costumbres* (1797), trad. A. Cortina y J. Conill, Tecnos, Madrid, 1999, pp. XXVI-XXXI). No olvidemos que KANT rechaza al sujeto egoísta precisamente porque no puede alcanzar la universalidad inherente a la verdadera racionalidad. Vid. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (1785), versión castellana de R.R. Aramayo, Alianza Editorial, Madrid, 2002, capítulo segundo [A88-A89], pp. 132-133 y *Crítica de la razón práctica* (1778), cit., [A72-A87], pp. 114-127.

⁸¹ Para una posición que defiende que todos los tiempos están en pie de igualdad, vid. T. NAGEL en *La posibilidad del altruismo*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004, pp. 67-85.

podría tener dificultades para plantear una acción motivacional a distancia, tanto a través del tiempo como entre personas, y esto tiene una relevancia nada desdeñable por lo que hace a la adopción de un punto de vista imparcial, a la construcción de una teoría moral y a la articulación de una ética de la responsabilidad. De hecho, visto así, el sujeto podría incluso tener dificultades para comportarse como una unidad, dado que no podría conciliar fácilmente el punto de vista personal con el punto de vista impersonal⁸². Es más, precisamente por esta razón, porque falla la dimensión intersubjetiva de eso que cree ser, tampoco podría convertirse en un agente moral⁸³. Como subraya Nodding, entre otras, separarnos de nuestros vínculos particulares y vivenciales puede suponer un problema para mantener nuestra identidad personal, nuestra autonomía, e incapacitarnos, incluso, para la moralidad y para la defensa de los derechos, siempre y cuando una parte ineludible de la moralidad consista en responder a la demanda de otras personas concretas⁸⁴.

Parece, pues, que la adopción de una ética de la responsabilidad ha de empezar por defender tanto la tesis de la neutralidad temporal como la de la neutralidad interpersonal, haciendo depender la segunda de la primera. A partir del momento en que uno asume que es un yo entre otros (diferentes de lo que soy yo y a la vez iguales a mí), subraya Nagel, debe ser posible decir de otras personas cualquier cosa que uno pueda decir de sí mismo y, en el mismo sentido, debe ser posible que uno se considere a sí mismo impersonalmente (aunque para lograrlo es imprescindible que los principios prácticos de uno sean objetivos). Finalmente, si asumo que soy un yo, he de considerar que las razones que me llevan a preocuparme por mi futuro yo, me llevan también a preocuparme por otros “yoes”, pues en ambos casos he

⁸² Vid. T. NAGEL en *La posibilidad del altruismo*, cit., y en *La última palabra. La razón ante el relativismo y el subjetivismo*, trad. P. Bargallo y M. Alegre, Gedisa, Barcelona, 2000, capítulo 6. Sobre el modo en que sería más o menos irrebalsable el punto de vista de la primera persona, considérese aquí la conocidísima postura de B. WILLIAMS en el capítulo 4 de su *Ethics and the Limits of Philosophy* (Harvard University Press, 1985) o en su ensayo “Internal and External Reasons” publicado en su colección *Moral Luck*, Cambridge University Press, 1981.

⁸³ En *La posibilidad del altruismo*, cit., p. 154. Como señala acertadamente M. Cruz en el prólogo al libro de D. PARFIT, *Persona, racionalidad y tiempo*, trad. J.O. Benito Vicente, Síntesis, Madrid, 2004, p. 24, “la cuestión que hay que plantearse no es tanto si el yo importa o no, como, más bien, a quién le importa el yo”.

⁸⁴ Vid. N. NODDINGS, *Caring. A Femenine Approach to Ethics and Moral Education*. University of California Press, Berkeley, 1984. Esta posición engarza bien con la perspectiva general que defiende M. NUSSBAUM en *Emociones políticas. ¿Por qué el amor es importante para la justicia?*, trad. A. Santos Mosquera, Paidós, Barcelona, 2014.

de considerar los intereses de entidades que no están presentes en mi conciencia aquí y ahora, en el momento en que tengo que tomar mis decisiones⁸⁵.

4. La ética de la responsabilidad se apoya en la imposición de deberes positivos y negativos (acción y omisión) / generales y especiales (los que hemos contraído con otros a través de la práctica relacional del compartir). Los deberes especiales, que un liberal rechazaría abiertamente, “comprenden responsabilidades morales que tenemos, no ante los seres racionales en cuanto tales, sino ante aquellos con quienes compartimos cierta historia. Pero al contrario que las obligaciones voluntarias, no dependen de que se preste un consentimiento. Su peso moral deriva, en cambio, de los aspectos de la reflexión moral que responden a la situación, de que se reconozca que la historia de mi vida se entrelaza con la vida de otros”⁸⁶. Según Sandel, es la solidaridad la que da lugar a responsabilidades especiales, como las familiares, por ejemplo. “En la medida en que los hijos estén obligados a ayudar incluso a unos malos padres, la exigencia moral sobrepasará seguramente lo que pide la ética liberal de la reciprocidad y el consentimiento”⁸⁷. Y quienes, como M. Risse o, en España, M. Iglesias, han exigido la articulación de alguna forma de justicia relacional en el ámbito global, no están lejos de estos planteamientos⁸⁸.

De modo que la visión relacional de los derechos establecería una conexión directa y una correlatividad relativa con el discurso de los deberes⁸⁹. Unos deberes que deben regirse por el principio de “responsabilidad común diferenciada” y que se derivan de nuestra relación concreta con los otros. Aquí es

⁸⁵ T. NAGEL en *La posibilidad del altruismo*, cit., pp. 89 y ss.

⁸⁶ M. SANDEL, *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, cit., p. 255.

⁸⁷ *Op. cit.*, p. 257.

⁸⁸ Vid. M. RISSE, *On Global Justice*, Princeton University Press, Princeton, 2012 y M. IGLESIAS VILA, “¿Los derechos humanos como derechos especiales? Algunas ventajas de una concepción cooperativa de los derechos humanos”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XXXII, 2016, pp. 119-144.

⁸⁹ Vid. J. NEDELSKY, *Law's Relations. A Relational Theory of Self, Autonomy and Law*, cit., T. GRECO en “Antes del deber. Una crítica a la filosofía de los derechos”, trad. Emilia Bea, *Anuario de filosofía del derecho*, num 26, 2010, pp. 327-344, y en “Relazioni Giuridiche. Una difesa dell'orizzontalità nel diritto”, *Teoria e Critica della Regolazione Sociale*, num. 8, 2014, pp. 9-26. En España, vid. E. BEA PÉREZ: “Derechos y deberes. El horizonte de la responsabilidad”, *Derechos y Libertades*, num. 29, Época II, junio 2013, pp. 53-92 y J.A. ESTÉVEZ ARAÚJO (ed.): *El libro de los deberes. Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de los derechos*, Trotta, Madrid, 2013. La reivindicación de la interdependencia, los lazos sociales y la solidaridad, y su relevancia en al ámbito del Derecho positivo, fue señalada ya por autores clásicos como F. Gény y L. Duguit, y, desde la Sociología del Derecho, por referentes incuestionables como E. Ehrlich.

muy importante tener claro que no es nuestra pertenencia a una comunidad política concreta, ni siquiera a una comunidad dialógica, lo que nos hace responsable, sino el perjuicio que ocasionamos a los otros, la deuda que hemos contraído con ellos; el perjuicio que hemos ocasionado y el beneficio que hemos obtenido a partir de tal perjuicio⁹⁰. Es decir, no es la comunidad conformada sino el elemento relacional lo que resulta relevante en esta construcción.

5. Finalmente, y aunque no tengo espacio para profundizar en esta tesis, quiero terminar subrayando que las mujeres son hoy las verdaderas garantes del giro hacia la ética de la responsabilidad y del cuidado que exige la visión relacional de los derechos, dada su experiencia psicosocial y el aprendizaje moral que de ella han extraído. La experiencia heterónoma de las mujeres, su experiencia relacional (las relaciones interpersonales son constitutivas de su identidad como mujeres), su radical vulnerabilidad, les ayuda a priorizar el sufrimiento del “otro concreto”, a valorar la importancia de la empatía, a reforzar los vínculos, y a asociar derechos, necesidades y deberes.

Como señala A. Facchi, y más arriba indiqué, la autonomía de las mujeres no solo ha sido limitada por factores contingentes, sino constitutivamente inalcanzables, precisamente porque se ha construido con instrumentos conceptuales y dispositivos jurídicos que se apoyan en su negación⁹¹. Por esta razón, no sólo se trata de superar los límites –formales y empíricos– que se les han impuesto, sino, como hemos visto, de replantear la concepción misma del principio de autonomía para subrayar su dimensión relacional⁹².

La experiencia de esa autonomía negada y el aislamiento que las mujeres han sufrido en el ámbito privado, invisibilizado y/o inferiorizado, es lo que las capacita precisamente para liderar una visión relacional de los derechos

⁹⁰ Vid. I.M. YOUNG, “Responsabilidad y justicia global: un modelo de conexión social”, *Anales de la Cátedra “Francisco Suárez”*, num. 39, 2005, pp. 689-708.

⁹¹ Vid. A. FACCHI, “Derechos de las mujeres y derechos humanos: un camino entre igualdad y autonomía”, trad. M.E. Rodríguez Palop, *Derechos y Libertades*, num. 25, 2011, pp. 55-86.

⁹² El debate ya clásico entre C. Pateman y C. Shalev (C. PATEMAN, *The Sexual Contract*, cit., y C. SHALEV, *Birth Power*, Yale U.P., 1989) puso claramente de manifiesto las diferentes concepciones de la autonomía personal que se mantenían desde el feminismo. La teoría feminista incorpora y reelabora desde hace años una crítica clásica al paradigma de los derechos fundado en una visión atomista de la sociedad, en una concepción contractual de las relaciones sociales, y en una antropología individualista. Para un debate sobre las diversas nociones de autonomía, cfr. J. CHRISTMAN (ed.): *The Inner Citadel, Essays on Individual Autonomy*, Oxford U.P., 1989, algunos de los artículos que se recogen en C. CASTELLS (comp.), *Perspectivas feministas en teoría política*, o el artículo de A. FACCHI: “Derechos de las mujeres y derechos humanos: un camino entre igualdad y autonomía”, ya citados.

basada, entre otras cosas, en la preservación de los bienes relacionales y los bienes comunes; bienes que ellas se han ocupado de producir, reproducir y mantener históricamente⁹³.

En suma, concebidos desde esta plataforma, los derechos se desembarazan de su contenido patrimonialista porque no se presentan como posesiones, sino como relaciones; no se refieren al “tener” sino al “hacer”⁹⁴. Su contenido es, pues, dinámico, concreto y relacional. Y es que no se reconoce la dependencia ni se asume la responsabilidad únicamente por medio de una reflexión teórica sino también y sobre todo a través de actividades compartidas, así como en la evaluación de las alternativas que imponen esas actividades⁹⁵.

La visión relacional trata de situar a los derechos en contextos relacionales de modo que puedan canalizar las experiencias concretas y cotidianas de las mujeres. Por eso resulta interesante remitirse aquí a la *política de localización* formulada por Adrienne Rich⁹⁶, posteriormente enriquecida y reelaborada por Donna Haraway, a través de la construcción de los *saberes situados*⁹⁷. Como señala Rosi Braidotti, los *saberes situados* “choca[n] con la generalidad abstracta del sujeto patriarcal. Lo que está en juego no es la oposición entre lo específico y lo universal, sino más bien dos maneras radicalmente diferentes de concebir la posibilidad de legitimar los comentarios teóricos. Para la teoría feminista, la única manera coherente de hacer acotaciones teóricas generales consiste en tomar conciencia de que uno está realmente localizado en algún lugar específico”⁹⁸. De hecho, es esta naturaleza situada en la subjetividad la que permite a las teorías feministas elaborar estrategias para subvertir los códigos culturales dominantes⁹⁹.

⁹³ Vid. sobre este asunto el esclarecedor libro de S. FEDERICI, *Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria*, ya citado.

⁹⁴ Vid. M. MINOW, “Relational Rights and Responsibilities: Revisioning the Family in Liberal Political Theory”, cit., pp. 4-29. Minow propone una titularidad de derechos basada en una “social relation approach”, una modalidad relacional parecida a la que vengo describiendo aquí. Vid. también A. FACIO: “Hacia otra teoría crítica del Derecho”, cit., pp. 15-44.

⁹⁵ Vid. A. MACINTYRE: *Animales racionales y dependientes. Por qué los seres humanos necesitamos las virtudes*, cit., p. 160.

⁹⁶ Vid. A. RICH, “Notes towards a politics of location”, *Blood Bred and Poetry*, Londres, 1987.

⁹⁷ Vid. D. HARAWAY, *Ciencia, ciborgs y mujeres. La reinención de la naturaleza*, cit., pp. 313-344.

⁹⁸ R. BRAIDOTTI, *Feminismo, diferencia sexual y subjetividad nómada*, trad. G. Ventureira y M.L. Femenías, Gedisa, Barcelona, 2004, pp. 15-16.

⁹⁹ Como señala M.L. FEMENÍAS, “no es un saber *relativista* sino un *saber situado*, que se construye a partir de una política de desplazamientos y de los saberes hegemónicos, y se

Obviamente, caracterizar la ética del cuidado como ética femenina no significa que todas las mujeres compartan un mismo punto de vista ético, ni tampoco supone excluir a los varones de semejante punto de vista, sino que lo que nos indica es que son las mujeres las que están en mejor situación para adoptarlo¹⁰⁰. Hoy esto es ya una evidencia para la “economía del cuidado”¹⁰¹, sobre la que han llamado la atención muchas pensadoras y activistas feministas¹⁰².

Lo cierto es que una perspectiva relacional de los derechos refleja la multiplicidad de las identidades femeninas y la doble dimensión de opresión y empoderamiento que las mujeres han encontrado siempre en el discurso clásico de los derechos¹⁰³. La crítica feminista a la supuesta neutralidad e inhe-

relaciona con localizaciones circunscriptas que permiten aprender a ver y a responder sobre aquello que aprendemos a ver, en vinculación a un lugar, un posicionamiento, una colocación, donde la parcialidad es precisamente la condición para que nuestras proposiciones de saber racional puedan plantearse, entenderse y solucionarse” (en “El ancho mar-oceano que nos une y nos separa”, *Anuario de Hojas de Warmi*, num. 16, 2011, pp. 9-10).

¹⁰⁰ “Esto es en parte el resultado –dice N. NODDINGS– de la presencia de profundas estructuras psicológicas en la relación madre-hijo/a. Una niña puede identificarse con la persona que la cuida y así mantener la relación al mismo tiempo que fija su identidad. Un niño, sin embargo, debe encontrar su identidad con el ausente –el padre–, y así se desvincula de la relación íntima del cuidado” (en “Caring”, V. HELD (ed.), *Justice and Care. Essential Readings in Feminist Ethics*, Westview Press Boulder, Colorado, 1995, p. 24). Esta posición se inspira en la teoría que N. CHODOROW desarrolla en *The Reproduction of Mothering. Psychoanalysis and the Sociology of Gender*, cit., y en las posiciones de C. GILLIGAN en *In a Different Voice. Psychological Theory and Women’s Development*, cit., o, últimamente, en et. al.: *Contre l’indifférence des privilégiés: A quoi sert le care*, Payot & Rivages, París, 2013. Vid. al respecto, N. NODDINGS en *Caring. A Feminine Approach to Ethics and Moral Education*, cit., M. MINOW en *Making All the Difference*, Cornell University Press, London, 1990 y en “Relational Rights and Responsibilities: Revisioning the Family in Liberal Political Theory”, *Hypatia*, vol. 11, 1996, pp. 4-29, V. HELD, *Feminist Morality. Transforming culture, society, and politics*, The University Chicago Press, 1993, o M. FRIEDMAN, “Beyond Caring: The De-Moralization of Gender”, V. HELD (ed.), *Justice and Care. Essential Readings in Feminist Ethics*, cit., pp. 61-77.

¹⁰¹ Vid., por ejemplo, C. CARRASCO, “El cuidado como eje vertebrador de una nueva economía”, cit., o su libro con C. BORDERÍAS y T. TORNOS (eds.), *El trabajo de cuidados. Historia, teoría y políticas*, ya citado. En esta misma línea, puede mencionarse también a A. Pérez Orozco, M. Pazos, Graham-Gibson o S. Federici.

¹⁰² En esta órbita o similar, se sitúan autoras tan relevantes como C. Gilligan, V. Held, N. Noddings, J. Tronto, T. Pitch, S. Federici, E.H. Wolgast, M. Minow y A. Baier, por citar a la más representativas.

¹⁰³ Para algunas feministas, la lógica de los derechos, aplicada a determinadas relaciones, puede generar confusión y errores. Vid. E.H. WOLGAST en *The Grammar of Justice* y J. TRONTO en *Moral Boundaries. A Political Argument for an Ethic of Care*, ya citados.

rente objetividad del Derecho y a las connotaciones patriarcales que esconde el discurso de los derechos, es de todos conocida. Catherine McKinnon o Tamar Pitch destacaron ya en su momento la masculinidad del Derecho como institución (más allá del trato sexista o discriminatorio que, además, puede dar a las mujeres) y subrayaron que el pensamiento hegemónico que representa induce a pensar que la visión androcéntrica es universal, general, abstracta y racional¹⁰⁴.

En definitiva, parece claro que la visión relacional de los derechos exige una auténtica transformación cultural, de percepción y sensibilidad, y para lograr esta transformación, ni el Derecho ni la política pueden tener solo la misión de educar y explicar cómo son y cómo podrían ser las cosas, sino que también deben ocuparse de articular formas estables de lo común, de alimentar lo relacional, y de fortalecer el intersticio que hay “entre” nosotros. Sin duda, una transformación integral como esta nos obliga a cambiar el orden de nuestras expectativas, a redefinir el “bien” y la “riqueza”¹⁰⁵, dialogando acerca de nuestras diferentes concepciones de la vida buena; nos obliga a complementar la hegemonía discursiva con diferentes formas de hegemonía afectiva, y, sobre todo, nos anima a generar esa política de los afectos, los encuentros y las experiencias colectivas que las mujeres están llamadas a liderar¹⁰⁶.

MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PALOP
Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas
Universidad Carlos III de Madrid
c/Madrid, 126
Getafe 28903 Madrid
e-mail:merpalop@der-pu.uc3m.es

¹⁰⁴ Vid. C. MACKINNON, *Hacia una teoría feminista del Estado*, trad. E. Martín, Cátedra, Madrid, 1989 y T. PITCH, *Un derecho para dos: la construcción jurídica del género, sexo y sexualidad*, trad. C. García Pascual, Trotta, Madrid, 2003. Vid. también R. OSBORNE, *La Construcción sexual de la realidad: un debate en la sociología contemporánea de la mujer*, Cátedra, Madrid, 1993.

¹⁰⁵ Sobre la profundidad de esta transformación, vid. F. BERARDI, *La Sublevación*, Hekht, Colección Acá y Ahora, Buenos Aires, 2014. Berardi habla de una reprogramación neurológica, psíquica y relacional que afecta al ser humano, cuya evolución adaptativa se está acelerando en los últimos tiempos (en *La fabbrica dell'infelicità. New economy e movimento del cognitariato*, Derive Approdi, Roma, 2001, pp. 19-20).

¹⁰⁶ Para el concepto de “hegemonía afectiva”, vid. J. BEASLEY MURRAY en *Posthegemonía: teoría política en América Latina*, Paidós, Buenos Aires, 2010.

**LA CRUZ ROJA: DE LOS PRINCIPIOS ÉTICO-JURÍDICOS
AL PRINCIPIO DE LA PAZ.
FUNDAMENTOS DE LA CONCEPCIÓN DE LA CRUZ ROJA
COMO ORGANIZACIÓN PARA LA PAZ**

*RED CROSS: FROM THE ETHICAL AND LEGAL PRINCIPLES
TO THE PRINCIPLE OF PEACE.
FOUNDATIONS FOR THE CONCEPTION OF THE RED CROSS
AS AN ORGANIZATION FOR PEACE*

MARÍA LUISA SORIANO GONZÁLEZ
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Fecha de recepción: 22-10-15
Fecha de aceptación: 5-2-16

Resumen: *En este trabajo se sostendrá con fundamentos varios que la Cruz Roja (CR) es una organización por y para la paz y se hará un recorrido desde los principios ético-jurídicos hasta el principio de la paz. Éste último encuentra la proclamación expresa en el enunciado definitivo de la Conferencia internacional de la CR celebrada en 1965 en Viena. Pero la paz es un propósito que nace con la CR y está ya presente en general en sus principios. La estructura lógica del trabajo sigue tres fases: a) análisis de la motivación moral de la creación de la CR, que se manifiesta en sus primeras normas y en los escritos de sus fundadores, b) desde la motivación moral al estudio del carácter ético de los principios de la CR, que se van construyendo lentamente más en el orden práctico que teórico, resaltando la importancia del principio de la paz, ínsito ya en los anteriores y colofón de todos ellos, y c) la concepción de la CR como organización para la paz, que es el tema central de este trabajo, basándome en cuatro clase de argumentos: la definición de los principios de la CR, la trayectoria histórica de esta organización, la opinión autorizada de los tratadistas y responsables orgánicos de la CR y las aspiraciones de su fundador.*

Abstract: *This paper will engage in a multi-faceted discussion about the nature of Red Cross (RC), an institution eminently for and about peace. To that end, it will delve into its guiding principles, from the so-called ethical-legal ones to the*

peace principle. The latter is explicitly enshrined in the final statement of the principles of the International RC Conference held in 1965 in Vienna. Peace as a purpose, however, lies at the very heart of RC since inception, and is largely present in its guiding principles. The logical structure of the work follows three phases: a) analysis of the moral motivation of the RC, which manifest itself in its first rules and in the writings of the founders, b) for the moral motivation to the study of the nature of the ethical principles of the RC, which is going slowly building in the practical order than a theoretician, highlighting the importance of the principle of peace, insito already in the former and culmination of all them, and c) the conception of the RC as an organization for peace, which is the central theme of this work. This is accomplished by leveraging four kinds of arguments: the definition of its principles, the historical development of this organization, the expert opinion of its authors and organic management, and the vision of it founder.

Palabras clave: Cruz Roja, principios éticos-jurídicos, acción humanitaria, solidaridad, organizaciones sin ánimo de lucro
Keywords: Red Cross, ethical and legal principles, humanitarian action, solidarity, non-profit organizations

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es precisar que la promoción de la paz es un omnipresente principio de la Cruz Roja (en adelante CR),¹ desde el momento de su creación, que poco a poco va desarrollándose conforme la organización humanitaria va ampliándose y extendiendo sus campos de actuación. Los principios de la CR son uno de sus temas centrales: un sinfín de folletos publicísticos habla de ellos. Y fue objeto de análisis por los estudiosos de la CR a mediados del siglo pasado, con la aportación de publicaciones *ad hoc*. Posteriormente no ha cosechado el mismo interés de los tratadistas. Las publicaciones periódicas, por su parte, se ocupan más de los problemas concretos de la CR y las estrategias adecuadas para resolverlos que de los principios. De ahí que la bibliografía que se utiliza para este trabajo sea de estudiosos de mediados de siglo pasado cuando el tema de los principios de la CR estaba muy vivo.² Una bibliografía, ya agotada, que necesariamente he

¹ El título oficial y que aparece en los documentos de su creación no es Cruz Roja (Croix-Rouge) simplemente sino Croix-Rouge et du Croissant-Rouge. Utilizaré en este trabajo el título abreviado, por el que todo el mundo la conoce, y las siglas del mismo: CR.

² Son escasas las monografías recientes sobre el tema de este trabajo. Destaco el extenso volumen colectivo dedicado a Jean Pictet, el gran tratadista de los principios de la CR

tenido que leer en la biblioteca de la Universidad de Ginebra, cuna de la CR, durante una estancia de investigación.

La hipótesis central de este artículo es demostrar la errónea opinión pública de que la CR atiende a necesidades básicas de las personas en situación de precariedad, sin atribuirle el papel de un organismo para la paz, como desarrolla la Alianza de Civilizaciones y otras instituciones creadas expresamente por y para la paz. Desarrollo cuatro argumentos, que son la base de este trabajo, de cuya exposición espero que pueda concluirse que la CR es una organización para la paz de pleno derecho, siendo ésta un fin que está presente en el proceso de su evolución y no únicamente al final del mismo.

La formulación de la hipótesis de este trabajo es la siguiente: *si la CR es una institución de solidaridad meramente o es además una institución para la paz*. O, expresado de una manera más explícita: si es una organización de carácter asistencial, o, además de presentar este carácter, puede ser considerada como una organización para la paz, que contribuye a la promoción de ésta, tanto de una manera preventiva, evitando conflictos, como reparadora, solucionando los conflictos ya producidos, es decir, realizando tareas y funciones para que la paz no se rompa, o, si se rompe, ayudando a restablecerla.

La primera sección de este trabajo está dedicada a precisar el impulso moral en la creación de la CR concebida con fines humanitarios por sus fundadores, quienes tenían una concepción iusnaturalista de los principios de la CR, aunque ellos no se autoproclamaran en sus escritos como profesos del iusnaturalismo. La segunda sección es un análisis, uno por uno, de estos principios ético-jurídicos y de sus fuentes, para concluir finalmente en el principio de la paz, que es formulado tardíamente, aunque ya derivaba de los anteriores. Finalmente la tercera sección se dedica a resaltar la relevancia de este último principio de la paz, hasta el punto de que la CR puede ser considerada como una organización para la paz en virtud de los siguientes

de mediados del siglo pasado, *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Ginebra, CICR, 1984. Es una miscelánea de trabajos diversos, en cuya lista hay algunos dedicados a los principios (aunque poco aportan a los estudios de los tratadistas de mediados del siglo), como *Principes fondamentaux de la Croix-Rouge et humanitarisme moderne*, pp. 893-911, de Jacques Meurant, o *Les principes du droit international humanitaire*, pp. 291-300, de Igor P. Blishchenko. El Comité Internacional de la Cruz Roja edita en numerosas lenguas breves publicaciones sobre el tema de los principios destinadas al gran público, como *Les principes fondamentaux de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, Ginebra, CICR, 1998, y *Les principes fondamentaux du mouvement international de la Croix-Rouge*, Ginebra, CICR, 1996. Publicaciones que suelen gozar de sucesivas ediciones.

argumentos: a) la definición, interacción y derivación, unos de otros, de los principios de la CR, siendo el de la paz un principio ínsito y derivado de todos ellos, b) la evolución histórica de esta organización, c) la opinión autorizada de sus fundadores y tratadistas, y d) la visión y aspiraciones de su fundador, Henry Dunant.

El lector podrá advertir la concatenación lógica de las tres secciones indicadas, que va de la motivación moral de la creación de la CR a la construcción lenta, teórica y práctica, de una serie de principios y entre ellos el de la paz, y del desarrollo de estos principios a la catalogación de la CR como una organización para la paz.

2. LA CONSTRUCCIÓN DE LOS PRINCIPIOS ÉTICO-JURÍDICOS DE LA CRUZ ROJA. LA IMPREGNACIÓN IUSNATURALISTA

He escrito en el título de este trabajo “principios ético-jurídicos” y lo he hecho expresamente, porque se produce en la gestación y manifestación externa de éstos una implicación de la moral y el derecho. Los fundadores de la CR creyeron que los principios de la organización, que estaban creando, eran universales porque estaban ínsitos en la condición común de todos los humanos.³ Razón por la que les denominaban principios morales, que como tales tenían validez por sí mismos sin necesidad de su reconocimiento en determinadas normas. Por ello no tuvieron inicialmente una preocupación es-

³ Los cofundadores de la CR fueron cinco –Dunant, Moynier, el general Dufour y los doctores Louis Appia y Théodore Maunier– y de ellos se conservan escritos de Gustave Moynier, primer presidente del CICR, que escribió algunos breves artículos en los primeros números de la revista de la CR y el artículo de un primer Memorial de la CR: “Les causes du succès de la Croix-Rouge”, en *Mémorial des vingt-cinq premières années de la Croix-Rouge (1863-1888)*, Ginebra, CICR, s/f., en cuya página 4 proclama explícitamente la universalidad de los principios de la CR. Henry Dunant en su obra *Recuerdo de Solferino*, que puede leerse gratuitamente en: https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_p0361.pdf (Consulta: 20.01.2016), lanza la propuesta de creación de sociedades de socorro de los heridos y también señala la compatibilidad del humanitarismo y el cristianismo de los que surgen principios universales. “¿Por qué no se podría aprovechar un tiempo de tranquilidad relativa y de calma –dice– para resolver una cuestión de tanta importancia desde el doble punto de vista de la humanidad y el cristianismo?” (p. 25). Y a continuación concluye con la necesidad de “un principio internacional, convencional y sagrado, que serviría de base para las sociedades de socorro a los heridos en los diversos países de Europa” (p. 27). Se refiere al principio universal de humanidad, el primero de los principios de la CR, del que derivarían el resto de los principios fundamentales que estudiaremos en las páginas siguientes de este artículo.

pecial por su positivación en las nuevas normas de la organización, aunque eran conscientes de la conveniencia de su expresión formal, que crecía con el paso del tiempo y el volumen de las actividades a las que tenía que atender la CR. La positivación tendría el gran valor de la aclaración de los principios: su enunciado y alcance, evitando contradicciones. Pero no constituye a los principios, pues es la moral de todas las personas quien lo hace. Los fundadores no expresan la relación constitución-declaración: La naturaleza humana constituye y la norma positiva declara lo ya constituido. Pero se refieren al mismo ámbito con los mismos pareceres. Una obra que está aún por escribir es el iusnaturalismo de los fundadores de la CR.⁴ Pues tengo la certeza que lo eran, sin saberlo expresamente. Quiero decir que, salvo alguna excepción, no se profesan iusnaturalistas o partidarios del derecho natural, con estas palabras concretas, aun cuando eran iusnaturalistas de tomo y lomo.

T. Hanimann ha escrito un libro sobre Henry Dunant, fundador de la CR, para demostrar su evolución desde la fe cristiana hacia un humanismo más allá de las religiones, aunque creyente en la fuerza del evangelio para resolver los problemas sociales.⁵ J. J. Gómez de Rueda también destaca la importancia del cristianismo en Dunant, que es su motor inicial que nunca desaparece.⁶ Y no falta en el análisis de la obra y la conducta de Dunant (un autor y activista muy psicoanalizado por sus biógrafos) quienes argumentan que su conciencia humanitaria al margen de la religión tiene en él una presencia desde siempre. La religión cristiana iba a la par de su conciencia humanista, pero este humanismo no necesitaba el apoyo de la religión cristiana u otras religiones para aposentarse y conducir su conciencia. A. Louca argumenta que Solferino no es un punto inicial en su visión humanitaria, porque ya antes en su experiencia en Argelia y en escritos como *Régence de Tunis* había mostrado una visión que hoy denominaríamos intercultural, una estima de los otros: "cette ouverture a l'Autre va-t-elle susciter un système de

⁴ Este nuevo trabajo, adentrándose en un filón virgen para la investigación, tendría que hacer una exégesis de al menos los tres libros de Henry Dunant, fundador de la CR, primer Premio Nobel de la Paz, y de los artículos de Moynier, cofundador de la CR. Aparte de los numerosos documentos, algunos inéditos, de ambos, contenidos en la excelente *Bibliothèque de Genève*, de Ginebra, que ya he tenido la ocasión de manejar en una estancia de investigación en la universidad ginebrina.

⁵ T. HANIMANN, *La foi de Henry Dunant*, Ginebra, Réseau évangélique suisse, 1911, p. 15.

⁶ J.J. GÓMEZ DE RUEDA, *Mais... qui est Henry Dunant?*, Lausanne, Edition L'Age d'Homme, 1981.

charité sans frontières".⁷ En la obra citada –afirma Louca– Dunant resalta en los árabes una serie de virtudes que no ve en los europeos: "il projette sur les Arabes des qualités dont il a été frusché en Europe".⁸

Gustave Moynier, amigo y correligionario de Henry Dunant, cofundador con él del Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante: CICR), profesa idéntico iusnaturalismo que el fundador de la CR, quizás más rígido. G. Moynier sin mencionarlo expresamente enmarca el proyecto de la CR en el seno de un iusnaturalismo racionalista, es decir, un tipo de derecho natural que dimana de la razón humana y no de unas creencias religiosas concretas, aunque nada impide que la razón iusnaturalista esté acompañada de las creencias religiosas en las personas fideístas. Habla expresamente del espíritu cristiano de los fundadores de la CR, pero que ellos han querido construir una obra respetuosa de todas las religiones y no sustentada únicamente en una de ellas. El fundamento no será el de una religión concreta, sino el que cualquier "espíritu esclarecido y todo noble corazón puede adquirir, y que es compatible con todas las creencias".⁹ Subrayo la compatibilidad del fundamento con todas las creencias, y que este fundamento reside en la razón y el corazón de las personas. Unas palabras muy cercanas, si no plenamente coincidentes, con la profesión de un iusnaturalismo racionalista. Incluso tiene Moynier palabras y frases que hasta recuerda el lenguaje de los iusnaturalistas racionalistas, cuando hablaban de verdades y principios tan evidentes como las matemáticas. Recordemos el famoso párrafo de Hugo Grocio cuando argumentaba que "Dios no podía hacer que dos más dos no fueran cuatro" o que "los principios del derecho natural tendrían la misma validez aun cuando Dios no existiera, o, existiendo, no se preocupara de los asuntos humanos".¹⁰ Pues bien, Moynier también argumenta que "la fraternidad de los pueblos es como un axioma" y califica "la fraternidad como uno de los principios fundamentales que debe regir el mundo."¹¹

En la historia del iusnaturalismo podemos destacar dos corrientes: el iusnaturalismo teológico y el iusnaturalismo racionalista, el primero basado

⁷ A. LOUCA, *Henry Dunant et les origines chevaleresques de la Croix-Rouge*, Ginebra, Association Suisse-Arabe, 1971, p. 26.

⁸ Id., p. 25.

⁹ G. MOYNIER, "Les causes du succès de la Croix-Rouge", en *Mémorial des vingt-cinq premières années de la Croix-Rouge (1863-1888)*, Ginebra, CICR, s/f. p. 4.

¹⁰ H. GROCIO, *De iure belli ac pacis*, Marburgo, Phil. Casimir, 1734, prolegomena, 11 (Un incunable que conserva la excelente biblioteca de la Universidad de Sevilla).

¹¹ G. MOYNIER, "Les causes du succès de la Croix-Rouge", cit., pp. 7-8.

en la razón y/o voluntad divinas, y el segundo en la razón humana (concebida como razón universal, de la podría deducirse principios de justicia universales e intemporales) No es el momento de entrar en la consideración de estos dos tipos clásicos de la historia del iusnaturalismo, pues es un tema tangencial de este trabajo y además me saldría de la extensión exigida por el editor. Pero sí quiero decir –y esto me parece que singulariza a los fundadores de la CR– que en sus escritos aparece una clara connivencia y compatibilidad en la profesión de ambos iusnaturalismos: teológico y racionalista, que se ve en el proceso de su forma de pensar volcado en sus escritos. Los fundadores son profesos de un cristianismo inculcado en sus espíritus desde su infancia, y son los principios de esta fe, que consideran universales, los que les conducen a adherirse a un iusnaturalismo racionalista en la medida que consideran que todas las personas y las civilizaciones asumirían por un proceso deductivo y sin necesidad de que intervenga una conversión religiosa los principios –insisto: universales– de la religión cristiana. Podríamos decir, por lo tanto, que asumen las dos líneas fundamentales del iusnaturalismo clásico.

También los tratadistas principales de la CR tienen una concepción moral de los principios de la organización. Especialmente quienes escriben a mediados del siglo pasado y tras la segunda guerra mundial, incorporándose al movimiento de restauración de los principios morales y el derecho natural como revulsivo contra los atropellos cometidos en la guerra contra los derechos y libertades de las personas. Considera Jean Lossier que la CR es una obra de un valor moral, la solidaridad, y que éste representa el significado moral de la CR. Esta organización viene a ser para él una expansión de la solidaridad por el mundo. Cree en la “solidaridad de las ideas” y que ésta llevará a una “solidaridad práctica” en un mundo civilizado y en paz.¹² Pues bien, tras una precisión sobre la implicación recíproca de los principios en un maridaje donde unos derivan y presuponen a los otros otro tratadista de la CR que escribe en la primera mitad del siglo pasado, Max Huber, llega a sostener que si todos los principios de la CR se relacionan y derivan del primer principio de la humanidad, éste deriva del derecho natural: “el principio de humanidad está fundado en el derecho natural de la persona humana”.¹³ Por

¹² J.G. LOSSIER, *Solidarité. Signification morale de la Croix-Rouge*, Ginebra, A la Baconnière, 1947, p. 127.

¹³ M. HUBER, *Principes d'action et fondements de l'œuvre du Comité Internationale de la Croix-Rouge (1939-1946)*, Ginebra, CICR, 1947, p. 8.

su parte, Jean Pictet, punto de referencia doctrinal de los principios de la CR hasta su proclamación en la Conferencia internacional de Viena de 1965, considera a los principios de la CR como normas universales en consonancia y derivadas de una común naturaleza humana. Dice de ellos que son “*normes d’une valeur universal, parce qu’elles sont pleinement conformes à la nature humaine*”.¹⁴ Y destaca el principio de humanidad conforme a una norma universal que reza así: “haz a los otros lo que querrías que ellos te hicieran a ti”

Fundadores y tratadistas, al alimón, sostienen que los principios de la CR proceden de una moralidad universal. Son los conceptos morales –la dignidad de la persona, la humanidad, la solidaridad, etc.– los que reflejan los principios de la CR y desde los que se van conformando las normas del derecho humanitario. Una línea directa y en el mismo sentido que va desde la moral universal humana a los principios ético-jurídicos y de aquí a las normas del derecho humanitario internacional. Los principios ético-jurídicos, dispersos en los inicios de la CR, forman ya parte del derecho positivo de la CR. Y no sólo del derecho de la CR sino del derecho positivo internacional. Ya que de estos principios surgieron las normas de las Convenciones firmadas por los Estados limitando sus propias soberanías. Pues el derecho de la CR puede ser contemplado en sus primeros desarrollos como una lucha contra la ilimitada y absoluta soberanía de los Estados en el terreno de la regulación de la guerra.

Esta impregnación del iusnaturalismo en los fundadores y tratadistas-miembros orgánicos de la CR tiene que ver con los padres intelectuales de Ginebra. Quien visita esta ciudad advierte la devoción que se presta a Voltaire y Rousseau (este último ha dado su nombre a una pequeña isleta en todo el centro de la ciudad). Ambos fueron destacados liberales ilustrados que apoyaron con sus obras la explosión de la Revolución francesa de finales del siglo XVIII, defendiendo la inclusión en las primeras declaraciones de derechos de los derechos naturales constituidos por la naturaleza humana, que el nuevo Estado liberal debía convertirlos y protegerlos como derechos civiles. Probablemente fundadores y tratadistas de la CR tomaron las fuentes de su proyecto humanista de la obra de estos autores.¹⁵ Lejos del recuerdo de otro ginebrino ilustre, Calvino, también muy presente en la ciudad.

¹⁴ J. PICTET, *Les principes fondamentaux de la Croix-Rouge*, Ginebra, Institut Henry Dunant, 1979. p. 9.

¹⁵ Cfr. al respecto A. FRANÇOIS, *Les fondateurs de la Croix-Rouge*, Ginebra, Kundig, 1941, quien señala textos humanitarios tanto de Voltaire como de Rousseau, pp. 20-21.

3. FUENTES Y ENUNCIADOS DE LOS PRINCIPIOS DE LA CRUZ ROJA

3.1. Las fuentes de los principios de la CR

Los principios son obra de la experiencia histórica y de la reflexión continuada sobre esta experiencia. Influyó mucho en su elaboración la experiencia de las dos guerras mundiales. Uno de ellos, al que dedico especial atención al final de este trabajo, el principio de la paz, es añadido al texto del primer principio, el principio de la humanidad. Esto demuestra la que denomino construcción histórica de los principios de la CR.

Hay dos fuentes de elaboración de los principios: la *auténtica* (remedando a las fuentes jurídicas), es decir, la derivada de las Conferencias internacionales de la CR y la *doctrinal* asentada por los estudiosos de la CR, frecuentemente ocupantes de cargos relevantes en la gestión de la organización.

Respecto a la primera fuente hay que destacar el enunciado de principios de la Conferencia internacional de Estocolmo, de 1948. Se sentía la necesidad de una redacción más corta y sencilla de los mismos y ésta tuvo lugar en la reunión del Comité de Praga, en 1961, preparatoria y precedente de la elaboración hasta ahora última de la XX Conferencia internacional de Viena, de 1965. Hay que subrayar que en la reunión citada de Praga, en 1961, aparece una ampliación del enunciado del principio de humanidad, que va a tener un extraordinario futuro y va a contribuir a una visión ya definitiva de la CR como organización para la paz. Se trata de un nuevo párrafo que habla de la cooperación de los pueblos y la paz como principios de la CR. Ésta tras la experiencia de la segunda guerra mundial concibe como misión y fin último la paz; quiere ser vista como agente internacional principal de la paz y no como agente subsidiario y limitado a determinadas actividades; en definitiva como actor de una alianza de los pueblos para la paz. Y así expresa este nuevo párrafo: "La Cruz-Roja favorece la comprensión mutua, la amistad, la cooperación y una paz durable entre todos los pueblos".¹⁶

En relación con la segunda clase de fuentes es muy relevante la aportación de Jean Pictet, autor prolífico sobre la CR, miembro del CICR, que publicó en 1955 una obra fundamental y de extraordinaria referencia titulada

¹⁶ Transcribo en su lengua original esta primera aparición del principio de la paz de la CR: "*La Croix-Rouge favorise la compréhension mutuelle, l'amitié, la coopération et une paix durable entre tous les peuples*".

Les principes de la Croix-Rouge,¹⁷ en la que se enuncia, relaciona y explica los principios. Esta obra fue un punto de mira para posteriores tratadistas de la CR, en la que enunciaba siete principios fundamentales y diez orgánicos. Posteriormente Pictet escribió otra obra en 1979¹⁸ para comentar los principios ya proclamados en la citada Conferencia de Viena, de 1965, criticando el enunciado de algunos de ellos, pero no tuvo la resonancia de la primera, escrita a mediados del siglo. Más adelante hablaré ampliamente sobre estos principios de la CR en versión de este autor.

3.2. El enunciado de los principios ético-jurídicos de la Cruz Roja

Obligado es aludir al probablemente mejor tratadista de la CR, Jean Pictet, durante largo tiempo intérprete reconocido de los principios de la CR, desde que en una publicación de 1955¹⁹ enumeraba y enunciaba la serie de principios en unos momentos en que aún había cierta dispersión de los mismos.

Jean Pictet, tras reconocer el papel importante de M. Huber en la construcción de una primera doctrina sobre los principios de la CR, aunque achacándole cierta dispersión, los clasifica en *principios sustanciales*, que son los que “pertenecen a los fines y no a los medios y están más allá de contingencias y casos particulares”,²⁰ incluyendo en este grupo a los principios de humanidad, de no discriminación y de proporcionalidad. Señala que el primero es el más esencial. A continuación y en segundo lugar los *principios derivados*, que “están al servicio y hacen posible los principios sustanciales”.²¹ Incluye en este grupo a los principios de neutralidad y de independencia, que están relacionados con el principio sustancial de no discriminación. Finalmente un tercer grupo está formado por los *principios orgánicos o institucionales*, donde incluye a los principios del desinterés y la voluntariedad, la unidad y la universalidad.

No estoy de acuerdo con la clasificación de Pictet, porque considero que los principios por él denominados derivados tienen la misma relevancia que

¹⁷ J. PICTET, *Les principes de la Croix-Rouge*, Ginebra, CICR, 1955.

¹⁸ J. PICTET, *Les principes fondamentaux de la Croix-Rouge*, cit.

¹⁹ J. PICTET, *Les principes de la Croix-Rouge*, cit. Se había referido de una manera más somera a los principios en otra obra suya publicada varios años antes : J. PICTET, *La Croix-Rouge et les Conventions de Genève*, Recueil Sirey, París, 1950 pp. 23-26.

²⁰ J. PICTET, *Les principes fondamentaux de la Croix-Rouge*, cit., p. 10.

²¹ Idem.

los sustanciales. No creo que la neutralidad y la independencia tengan menor valor que la proporcionalidad y no discriminación. Considero su tipología de principios un tanto forzada.

Me inclino por la ordenación y clasificación de los principios de la CR en dos grandes apartados: *principios básicos* –principios de humanidad, de imparcialidad, de neutralidad, de independencia– y *principios complementarios de organización* –principios de unidad, de universalidad, de voluntariedad– Los primeros son los principios que marcan los valores y fines de la CR. Los segundos los que ayudan y sirven de instrumentos para la realización de esos valores y fines. En el siguiente epígrafe me refiero a cada uno de ellos, explicitando su definición oficial según la Conferencia internacional de Viena, celebrada en 1965, y la opinión autorizada de J. Pictet considerado como intérprete oficial de los principios de la CR y su alcance y problemática.

Los principios ofrecen problemas en la práctica de la acción humanitaria de la CR. Uno de ellos es el de *la conjugación y complementariedad*. En relación con este problema. Max Huber, prolífico tratadista de la CR, que escribía a mediados del siglo pasado, es uno de los referentes en el análisis de las relaciones, a veces tensas, de los principios de la CR, a los que estudiaba con un método más disperso que el sistemático empleado por Jean Pictet (como el mismo Pictet aseguraba). A Huber le preocupaban la relación y conjugación de los principios. Veía que unos derivaban de otros. Entresaco algunas afirmaciones tuyas al presentar su implicación recíproca: “El principio de universalidad deriva del de imparcialidad”.²² Y éste está relacionado con otros dos: “El principio de imparcialidad no puede ser aplicado más que si se funda sobre una estricta neutralidad política y sobre una independencia total respecto a todas las organizaciones”.²³

Junto a la relación o implicación de los principios Huber señalaba la necesaria conjugación, y en este terreno comienzan las dificultades, pues veía comprometida la práctica de los principios en ocasiones. En suma fáciles de definir, pero difíciles de aplicar.

En efecto, pienso que los principios se presentan relacionados, de modo que uno lleva a otro. No se sitúan en compartimentos estancos. El primero es evidentemente el de humanidad, pues de la consideración de la persona,

²² M. HUBER, *Principes d'action et fondements de l'œuvre du Comité Internationale de la Croix-Rouge (1939-1946)*, cit., p. 18.

²³ M. HUBER, *Principes d'action et fondements de l'œuvre du Comité Internationale de la Croix-Rouge (1939-1946)*, cit., p. 9.

cualquier persona, como digna y por lo tanto susceptible del tratamiento correspondiente a su dignidad, deriva los demás principios –por deducción lógica o por determinación o concreción, como diría un escolástico–. El principio de neutralidad presupone el de imparcialidad. Con la imparcialidad no se discrimina; con la neutralidad no se toma parte porque no se discrimina.

Los principios de la CR han sido objeto de amplios debates, especialmente los básicos, y hoy este debate continúa y acompaña a las reflexiones críticas sobre el derecho internacional humanitario, cuyo origen se sitúa precisamente en las actividades, informes y normativa de los primeros años de la CR, a finales del siglo XIX.²⁴

Veamos a continuación, uno por uno, la definición, alcance y problemática de los principios de la CR, partiendo de mi clasificación en principios básicos y principios complementarios.

3.2.1. *Los principios básicos de la CR*

3.2.1.1. El principio de humanidad

La expresión textual en la Conferencia de Viena de 1965 dice así: “El Movimiento de la Cruz Roja, al que ha dado nacimiento la preocupación por prestar auxilio, sin discriminación, a todos los heridos de campos de batalla, se esfuerza, bajo su aspecto internacional y nacional, en prevenir y aliviar el sufrimiento de los hombres en todas las circunstancias, tiende a proteger la vida y la salud, así como a hacer respetar a la persona humana”²⁵ El texto se completa con un párrafo añadido que establece la visión de la CR como orga-

²⁴ Véanse para conocer la problemática actual del derecho internacional humanitario la obra de J. PUEYO, y J. URBINA, (coords.), *El DIH en una sociedad internacional en transición*, Santiago de Compostela, Tórculo Ediciones, 2002; el volumen colectivo *Las dimensiones internacionales del Derecho Humanitario*, Madrid, Tecnos, UNESCO, 1990. Y sobre la conexión de este derecho y los principios fundamentales de la CR véanse los volúmenes colectivos: *Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*, Santa Fe de Bogotá, CICR y Plaza y Janés, 2001; *Derecho Internacional Humanitario*, Seminario Internacional de la Habana, Cuba, CICR, 1998; *Lecciones y ensayos. Derecho Internacional Humanitario y temas de áreas vinculadas*, Buenos Aires, CIRC, 2003.

²⁵ La formulación es la siguiente en versión original: “*Le Mouvement de la Croix-Rouge, qui est né d’un souci de porter secours sans discrimination à tous les blessés des champs de bataille, s’efforce sous son aspect international et national, de prévenir et d’alléger la souffrance humaine en toutes circonstances, et tend à protéger la vie et la santé ainsi qu’à faire respecter la personne humaine*”.

nización de paz y cooperación internacional. A ello me referiré ampliamente en el apartado dedicado al principio de la paz de la CR.

El texto de J. Pictet reza así: “La CR lucha contra el sufrimiento y la muerte. Ella exige que en toda circunstancia el hombre sea humanamente tratado”. Quizás en nuestra época llame la atención que se cite a los hombres únicamente en la formulación del principio de humanidad. Hay que tener en cuenta que a mediados del siglo XX la igualdad de género no formaba parte del lenguaje literario y oral.

Es el primero de los principios. Significa respeto a la dignidad de la persona y protección de su vida y salud, y en consecuencia la CR presta auxilio sin discriminación a todos los heridos en las batallas y previene y alivia el sufrimiento. Repárese en los dos periodos de este principio: en la formulación general de respeto a la dignidad y vida de las personas y en la más concreta que atañe al cuidado de los combatientes heridos y prevención y aminoración del sufrimiento. La prevención del sufrimiento –y no sólo su alivio o reparación– nos está indicando que la CR busca la paz antes del desencadenamiento de una contienda bélica.

Es un principio esencial y primario, del que los demás son determinaciones. No es el primero porque exista una jerarquía explícita de los mismos, sino debido a que tratadistas y responsables orgánicos de la CR se refieren con frecuencia a este principio como el primero y como principio esencial del que deriva el resto. Si el fin de la CR es un fin humanitario, si la CR es catalogada por las normas internacionales como una organización humanitaria, es lógico pensar que su primer principio sea la humanidad.

Humanidad y humanismo significan que las personas son dignas por su propia naturaleza y que por ello deben recibir un trato adecuado incondicionado, es decir, sin estar sometido a ninguna condición o circunstancia, y también comporta que esta dignidad es prioritaria respecto a cualquier otra consideración. Por consiguiente tanto el amigo como el enemigo combatientes, por ser personas dignas antes que soldados, deben ser tratados humanitariamente.

Ya he indicado en el epígrafe anterior que el humanismo, teórico y práctico, es el principal fundamento de la ideología de los fundadores de la CR y la razón que les llevó a crear esta organización. Un humanismo por encima y más allá de las religiones particulares de cada uno que, como dije antes, me ha llevado a sostener la profesión de un cierto iusnaturalismo racionalista de estos fundadores. Por ello es natural que el humanismo figure como primer principio de la CR.

3.2.1.2. El principio de imparcialidad

La formulación en la Conferencia de Viena de 1965 es la siguiente: “La Cruz Roja no hace ninguna distinción de nacionalidad, de raza, de religión, de condición social y de pertenencia política”.²⁶

J. Pictet define al principio de imparcialidad de la siguiente manera: “La CR actuará sin favor ni prevención respecto a cualquiera”. A este principio había unido otros dos: a) el principio de igualdad: “A cada uno la CR está presta para asistirle de una manera igual y sin ninguna discriminación”; presenta un gran parecido con el principio de imparcialidad, por lo que puede dar una impresión de redundancia, y b) el principio de proporcionalidad: “La ayuda disponible será distribuida de acuerdo a las necesidades relativas de las necesidades individuales y según su grado de urgencia”. He aquí dos criterios destacados en la dispensa de la ayuda; a) la relevancia de la situación, y b) la urgencia de la prestación de la ayuda. Este principio de proporcionalidad determina al de imparcialidad y tiene pleno sentido, puesto que fija los criterios de aplicación de la imparcialidad.²⁷

Significa el tratamiento no discriminatorio, es decir, que hay que dispensar un trato a todos sin atender a circunstancias determinadas por razón de raza, nacionalidad, religión, condición social y pertenencia política.

Debiera haber sido más explícita la formulación de las causas que no justifican el trato discriminatorio y así faltan las referencias habituales a la edad, el sexo, la ideología presentes en las normas de los Estados democráticos avanzados cuando positivizan la igualdad ante la ley. Y hubiera sido conveniente la fórmula de cierre también empleada en las normas estatales: “y otras de análoga naturaleza”. Así este principio es semejante al contenido en las constituciones avanzadas de las democracias parlamentarias cuando

²⁶ En su lengua original indica que la CR no tiene “*aucune distinction de nationalité, de race, de religion, de condition sociale et d’appartenance politique*”.

²⁷ Critica Pictet en una obra posterior al principio de imparcialidad formulado en la Conferencia internacional de Viena de 1965, argumentando que en su lugar debería de figurar el principio de no discriminación, porque éste presenta una naturaleza objetiva mientras que la imparcialidad tiene una naturaleza subjetiva, pues se refiere a la actuación de sujetos concretos. El principio de no discriminación se refiere a la igualdad de los humanos –dice–, en tanto que el de imparcialidad atañe a la persona concreta que aplica el principio de no discriminación. El principio de imparcialidad formulado en la mencionada Conferencia internacional de 1965 contiene según el autor tres principios en realidad: a) el de no discriminación, b) el de proporcionalidad, y c) el de imparcialidad (J. PICTET, *Les principes fondamentaux de la Croix-Rouge*, cit., 33 y ss.).

reconocen el principio de igualdad ante la ley, sin que pueda ser menoscabado por las circunstancias indicadas anteriormente.

Este principio inicialmente alcanza a amigos y enemigos en las guerras cuando caen enfermos o heridos. El tratamiento de igualdad de unos y otros era un plato difícil de digerir para la época en que nace la CR. Incomprensible para los estamentos militares. A muchos acostumbrados a las inercias de las guerras les parecía desproporcionado, además de peligroso e incluso cercano a la traición. Difícil papel para la CR explicar que la condición de persona igualaba por igual a amigos y enemigos cuando dejaban de ser combatientes en un escenario de guerra.

El principio de imparcialidad en mi opinión tiene dos dimensiones que se suceden: la no discriminación y la proporcionalidad. De la misma opinión son otros estudiosos como Marion Harrof-Tavel, que encuentra dos reglas en el principio de imparcialidad, que son “la no discriminación y la adecuación de la ayuda a las necesidades”.²⁸ La proporcionalidad a su vez tiene a mi juicio dos criterios en su aplicación, pues el alcance del trato dispensando estará en función de la *urgencia* y la *relevancia* de los casos, pero sin que en este trato diferenciado influyan las citadas circunstancias indicadas. He subrayado ambas notas –urgencia y relevancia– porque son distintas y ambas deben ser sopesadas y ponderadas en las circunstancias concretas cuando la CR presta su ayuda.

La proporcionalidad como dimensión de la imparcialidad entra en el marco de una igualdad proporcional, puesto que la igualdad, cuando la oferta es menor a la demanda, no puede traducirse en una igualdad aritmética –lo mismo para todos–. Y es el caso frecuente que la ayuda de la CR es más limitada que lo que exigen las necesidades. Una igualdad aritmética sería más injusta que una igualdad proporcional. Por ello ésta se apoya en los criterios correctores de la relevancia y la urgencia antes indicados.

Considero que no está mal enunciado el principio de imparcialidad contra la opinión de Pictet,²⁹ para el que la imparcialidad evoca subjetividad y por ello debería ser sustituido por términos más objetivos como el principio de no discriminación. Yo creo que tanto en la no discriminación como en la imparcialidad siempre hay una referencia a un sujeto que aprecia las circunstancias y en función de ellas decide. No falta la subjetividad tanto en un caso como en otro.

²⁸ M. HARROF-TAVEL, “Neutralité et impartialité. De l’importance et difficulté pour le Mouvement de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge d’être guidé par ces principes”, *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, 1989, p. 580.

²⁹ J. PICTET, *Les principes fondamentaux de la Croix-Rouge*, cit., pp. 33 ss.

3.2.1.3. El principio de neutralidad

La formulación oficial de la CR es la siguiente: “La CR se abstiene de tomar parte en las hostilidades, y, en cualquier tiempo, en las controversias de ámbito político, racial, religioso e ideológico”³⁰.

Define de esta guisa J. Pictet este principio: “La CR debe observar una estricta neutralidad en el ámbito político, confesional y filosófico”. Quizás escasa formulación del ámbito de la neutralidad, aun cuando el último de los citados, el filosófico, puede ser considerado una fórmula de cierre que comprende a la diversidad de ámbitos en los que se práctica la neutralidad. Olvida, p. e., el ámbito racial, que suele estar presente en los textos de la CR y en el anterior enunciado de este principio.

Significa que la CR no toma parte, ayuda pero no interfiere en las contiendas ni se pone a favor de una parte. No atiende a condiciones y circunstancias determinadas que le haga prestar o no su ayuda o a dosificarla. El abanico que abarca la neutralidad es enorme porque se extiende incluso a los conflictos de orden ideológico, más allá de lo estrictamente político, racial y religioso. Viene a ser la motivación ideológica una fórmula de cierre, que eleva la neutralidad al máximo grado.

Con este principio la CR intenta ganarse la confianza de todos, puesto que todos saben que se limitará a ayudar y nada más. Es el mismo principio que rige el comportamiento de las ONGs que actualmente prestan ayuda humanitaria, cuya ayuda está condicionada a no criticar ni manifestar opiniones sobre los contendientes y sus actuaciones. Una dimensión de la neutralidad es la apoliticidad. La CR no tiene ni defiende partido político alguno. Posee principios éticos –los que estamos examinando–, pero no ideología política.

El principio de neutralidad llega al punto de exigir no tomar postura en el caso de las guerras ilegítimas e ilegales, pues de una manera igual deben ser atendidos los soldados y civiles de uno y otro lado, con independencia de los motivos y acciones del bando al que pertenecen.

El principio de neutralidad presupone el de imparcialidad. Con la imparcialidad no se discrimina; con la neutralidad no se toma parte, porque no se discrimina.

³⁰ En lengua original se formula así: “*La Croix-Rouge s’abstient de prendre part aux hostilités et, en tout temps, au controverses d’ordre politique, racial, religieux et idéologique*”.

Obviamente, este principio forma parte de los principios sensibles de la CR, como los de imparcialidad e independencia, motivo por el que ha sido objeto de críticas y defensas en intervenciones concretas de la institución.³¹

3.2.1.4. El principio de independencia

El texto oficial se expresa así: “Las Sociedades Nacionales deben conservar una autonomía que les permita actuar siempre según los Principios del Movimiento”.³²

La formulación de J. Pictet es la siguiente: “La CR debe ser independiente de todo poder y libre de toda influencia”. Me parece más explícito este texto en comparación con el oficial.

El principio indica que la CR es plenamente autónoma en sus actividades y actuaciones, sin atender a presiones externas venidas de cualquier parte.

Este principio se pone a prueba cuando hay que optar entre los principios de la CR –especialmente los principios de imparcialidad y neutralidad antes indicados– y las presiones e influencias externas. En estas circunstancias de conflicto, habituales en la práctica de las actividades de la CR, cuanto mayor sea el apego de las autoridades y responsables de la CR a la prevalencia de sus principios mayor será constatada su independencia.

Algunos autores han criticado³³ ciertas actuaciones de las CR que pueden ir en detrimento de su independencia. Obstáculo para la independencia

³¹ Véase la posición de un partidario de mantener la neutralidad en su sentido tradicional de la CR (Haug, H., “La neutralidad como principio fundamental de la Cruz Roja, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 138, noviembre, 1996). Como contraste la posición de quien pide una revisión de este concepto clásico de neutralidad y su apertura a la consideración de las circunstancias (L. MINEAR, “La teoría y la práctica de la neutralidad: algunas reflexiones sobre las tensiones, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 833, marzo, 1999). La organización de la CR también se ha ocupado de la discusión de sus principios, sobre todo en el aspecto práctico. Recientemente ha tenido lugar en 2015 una conferencia de debate promovida y organizada por el CICR con motivo de la celebración del 50 aniversario del reconocimiento de los principios fundamentales de la CR en la Conferencia de Viena de 1965. Puede verse en: <https://www.icrc.org/en/event/principles-action-how-do-neutrality-and-independence-contribute-humanitarian-effectiveness> (Consulta: 20.01.2016).

³² Así se expresa en lengua original: “*Les Sociétés Nationales doivent pourtant conserver une autonomie qui leur permette d’agir toujours selon les Principes du Mouvement*”.

³³ La CR ha recibido dos tipos de críticas; a) críticas en el marco general de las críticas a las ONGs y b) críticas puntuales a ella referidas. En el primer grupo destacan dos monografías: J.D. GARRIDO VALS, *El lado oscuro de las ONG. La cara más turbia de un entramado en el que no es oro todo lo que reluce*, s/l, Arcopress, 2007, y Nerín, G., *Blanco bueno busca negro pobre*, Madrid, Roca Editorial, 2009. El libro de Nerín, con un alto tono crítico, reprocha la

es la recepción de ayudas y subvenciones de los Estados, pues pueden de alguna manera limitar su libertad de actuación. Igualmente la inclusión de miembros de instituciones estatales en comités y comisiones de la organización de la CR. Pero sin las ayudas que ésta recibe de los Estados y otras instituciones políticas, infra y supraestatales, carecería de financiación suficiente para desarrollar su extraordinario programa de actividades de ayuda y cooperación en numerosos sectores. Sucede lo mismo que con los partidos políticos y los sindicatos, cuya financiación se basa mucho más en las subvenciones, con cargo a los presupuestos del Estado, que en las aportaciones de sus militantes. En cambio, la CR debería hacer un esfuerzo para constituir sus órganos de gobierno sin la presencia de representantes de los Estados. Éstos deben ayudar a una organización tan consolidada y eficaz, pero no interferir en sus decisiones.

3.2.2. *Los principios complementarios de organización de la Cruz Roja*

3.2.2.1. El principio de universalidad

Dice así el texto oficial de la CR: “Todas las Sociedades tienen derechos iguales y el deber de prestarse ayuda”.³⁴

En la formulación de J. Pictet: “La obra de la CR debe extenderse a todos los hombres de todos los países”. Como se ve no hay correspondencia entre ambos textos, porque el de la CR se refiere a la igualdad de derechos y de-

eficacia, los objetivos, el modelo, el tipo de cooperante, la complicidad con los medios de las ONG, especialmente de las grandes, como es la CR. Recibió la réplica de nueve importantes ONGs, publicadas en el sitio:http://elpais.com/diario/2011/11/22/sociedad/1321916401_850215.html (Consulta: 14.01.2016).

En el segundo grupo son numerosas las críticas en las redes debido al mal trato recibido por los voluntarios y trabajadores de la CR o con motivo de la falta de independencia de la institución. Señalo algunos que tuvieron gran resonancia social: “La Cruz Roja cómplice”

<http://miradescritiques.blogspot.com.es/2013/12/la-cruz-roja-complice-de-la.html> (Consulta: 14.01.2016). Es una crítica a la colaboración de la CR al proceso de privatización de la sanidad pública de la Comunidad de Madrid en la medida que la CR se encargaría de las funciones que desempeñaban las instituciones sanitarias públicas de Madrid. 18 diciembre de 2013. “Democracia real en la CR española”.

http://www.mundocruzroja.org/blogs/DemocraciaCruzRoja/?lang=en_us (Consulta: 14.01.2016). Propuestas de cambios en el funcionamiento autoritario y sin participación de las bases en la CR. 31 de julio de 2012.

³⁴ En lengua original reza así: “*Toutes les Sociétés ont des droits égaux et le devoir de s’entraider*”.

beres en los organismos de las CR y el segundo a la aspiración de la CR de llegar a todas las personas y lugares.

El principio comporta la equiparación de derechos y obligaciones de las Sociedades Nacionales que forman la CR. Es un concepto interno de universalidad referido a las instituciones de la CR. No un concepto externo, como pudiera ser entendido primariamente, es decir, universalidad como principio rector de expansión de la CR, que debe llegar a todas partes del planeta en sus programas y actividades.

Se trata de un principio complementario de organización, que atiende a las relaciones de las Sociedades Nacionales entre sí, estableciendo una estructura igualitaria de las mismas. La razón de este principio es la igualdad de derechos de las Sociedades Nacionales de la CR y de la solidaridad entre ellas al contraer el deber de asistencia recíproca. Este principio de igualdad interna entre los organismos más relevantes de la CR intenta hacer frente a posibles discriminaciones y jerarquías en función de la relevancia que vayan adquiriendo las Sociedades Nacionales. Hay que tener en cuenta que no todas las Sociedades se adhieren al mismo tiempo a la CR y que tampoco coincide el montante de actividades que ellas desarrollan.³⁵

3.2.2.2. El principio de unidad

La formulación oficial del principio es la siguiente: “Una sola Sociedad en un mismo país”.³⁶

Expresa que en cada país existe una única Sociedad Nacional de la CR. “Una sola Sociedad en un mismo país” La unicidad implica que la Sociedad Nacional extiende su actividad a todo el país.

Es un principio complementario de organización, de menor calado y alcance que los señalados como principios básicos (los tres primeros indicados). Un principio no esencial, discutible por otro lado, pues la propia actividad y fines de una Sociedad Nacional en un determinado país podrían llevar a la conveniencia de una descentralización. Por otro lado es un principio de validez interna exclusivamente, puesto que pueden surgir en el mismo terri-

³⁵ Es lógica la crítica interna de algunas Sociedades Estatales, de mayor número de socios o financiación o prioridad en el tiempo, que plantea la conveniencia de una interpretación relativa y no estricta de este principio y consecuentemente una diferenciación en la organización de la CR, singularmente en la composición de sus órganos rectores a nivel internacional.

³⁶ En lengua original así se expresa: “*Une seule Société dans un même pays*”.

torio estatal organizaciones que tengan el mismo objetivo y actividades que la CR. Dado su carácter de principio interno de organización no merecería en mi opinión su formulación al mismo nivel del resto de los principios.

3.2.2.3. El principio de voluntariedad

Se expresa de esta manera la formulación oficial del principio: “Se trata para el voluntario de la Cruz Roja de un compromiso desinteresado y de un espíritu altruista, libremente elegidos o aceptados”.³⁷

Quiere decir este principio que se forma parte de la CR, con distintas posiciones y grados de colaboración en ella, por propio y libre deseo. Voluntariamente se entra en ella y voluntariamente se la abandona cuando el partícipe lo estima conveniente. El principio añade un elemento más: la colaboración del partícipe llevado de un espíritu altruista y sin esperar beneficios propios de su colaboración.

Pretende un compromiso desinteresado y de un espíritu altruista. Desinterés y altruismo: dos notas añadidas a la voluntariedad, que la cualifican de una manera estricta. Es un principio complementario que quizás adolezca de una definición demasiado específica y por lo tanto limitada, ya que podrían voluntariamente colaborar en la CR personas no necesariamente llevadas del espíritu altruista, sino de otra clase de motivaciones –una compensación, una promesa, una gratitud, etc.– que no presuponen una disposición altruista o filantrópica, como exige el principio. Y no por ello la actividad desarrollada por un cooperante con estas otras motivaciones deja de ser valiosa y legítima. No podemos decir lo mismo de la nota de ausencia de beneficio propio.

Creo que sería más razonable restar del principio de voluntariedad las notas indicadas, porque son notas que se refieren a las motivaciones psicológicas, de carácter plenamente interno, que efectivamente adornan la calidad ética de la voluntad del cooperante, pero cuya ausencia no impide ni daña ni aminora la labor social realizada por personas carentes del altruismo y el desinterés de otras. Bastaría el principio de la propia y libre voluntad sin más para colaborar en la CR, el deseo de cada uno, ya sea sin altruismo o con un encomiable espíritu altruista y desinteresado. El altruismo es un don que pocos tienen y si lo tienen pueden perderlo con el paso del tiempo.

³⁷ Se enuncia en lengua original de esta manera: “*Il s’agit donc pour le volontaire de la Croix-Rouge d’engagement désintéressé et d’un esprit altruiste, librement choisis ou acceptés*”.

4. EL PRINCIPIO DE LA PROMOCIÓN DE LA PAZ

La CR es una organización para la paz. No es un simple proyecto para la sanación de los combatientes o la mejora de los procesos bélicos o para atender a los damnificados en toda clase de calamidades y desastres perpetrados por la naturaleza o las personas. En la presentación de la CR como organización para la paz me valgo de una serie de argumentos: a) el nuevo principio de la paz y la derivación lógica de éste de los principios ético-jurídicos ya indicados, b) la propia trayectoria y evolución de la CR, c) la doctrina de los responsables orgánicos y estudiosos de la obra de la CR, y d) la biografía y aspiraciones de su fundador.

4.1. El principio de la paz y su derivación lógica de los principios ético-jurídicos

Todos los principios de la CR conducen a la paz entre los pueblos. El de humanidad, el primero de ellos, contiene en su interior, el propósito de la paz como fin último. Si las personas son humanitarias, si también lo son las instituciones que ellas forman, ineludiblemente la paz general será una consecuencia. El de neutralidad es una garantía para la ausencia de conflictos por un lado y una fuente de confianza por otro. Igualmente la imparcialidad, porque comporta la no discriminación en el trato dispensado a las personas.

Si estos principios por los que se rige la CR fueran trasladados al común de las organizaciones, instituciones y sociedades del mundo, la paz mundial gozaría de las mayores garantías para su mantenimiento. Por lo tanto no es necesario decir que la CR en su evolución y atención a las necesidades va conformándose progresivamente como una organización para la paz, sino que ésta ya estaba presente en ella desde el principio.

Pero, aunque la serie de principios tradicionales escondía en sí mismos un reclamo de la paz, iba creciendo en el ánimo de los participantes en las sucesivas celebraciones de las Conferencias internacionales la conveniencia de una proclamación del principio de la paz de una manera individualizada y con su correspondiente párrafo. Unos pensaban que debería ser una alusión separada y distinta a la de los demás principios y otros la pertinencia de su inclusión en el texto del principio de humanidad. Al final fue la segunda opción la aceptada y así figura el principio de la paz a continuación del referido texto con la siguiente formulación: “La Cruz Roja favorece la com-

preensión mutua, la amistad, la cooperación y una paz durable entre todos los pueblos”.³⁸

4.2. La propia trayectoria y evolución de la Cruz Roja

El Congreso de Ginebra de 1863 crea las Sociedades de Socorros (*Sociétés de Secours*), que después constituirían las Sociedades Nacionales de la CR. Es el punto de salida de la CR. En 1864 se celebra la Conferencia diplomática que aprueba la Convención de Ginebra de 1864 cuya finalidad es la atención y sanación de los heridos y enfermos de los campos de batallas. La Conferencia está preocupada por la eficacia de sus actuaciones y atiende a un objetivo primario y necesario de socorro. Pero incluso en tales circunstancias no declina que desde la preocupación por los combatientes se pueda alcanzar la pacificación mundial. Por ello la CR en sus primeros pasos no concibe su tarea como exclusivamente reparadora sino también preventiva, con lo que supone ya un esfuerzo para la paz. Lo aseguran una serie de prestigiosos estudiosos de la CR en una obra colectiva y sintética sobre ésta³⁹ y lo expresa ya el primer principio: “el Movimiento Internacional de la Cruz Roja se esfuerza en prevenir y aligerar el sufrimiento humano. Tiende a proteger la vida y la salud y a hacer respetar a la persona humana”.

Tras la Primera Guerra Mundial la acción de la CR se ensancha y va mucho más allá de los combatientes de las guerras con ocasión de la creación de la Liga de las Sociedades Nacionales de la CR. Primero se ocupó de la situación de los civiles durante las campañas bélicas y de sus desplazamientos. Después los desastres naturales y las miserias humanas serán objeto de preocupación. Henri Coursier traza la cadena progresiva de actividades de la CR de esta manera: asistencia de heridos en campos de batalla –asistencia a prisioneros de guerra (guerras mundiales)– asistencia a poblaciones civiles como consecuencia de las guerras –acción social en tiempos de paz–.⁴⁰

Todo lo que contribuye a la paz de los pueblos formará parte de los cometidos de la organización. Emblemáticamente la nueva Liga y el Comité Internacional de la Cruz Roja lanzan un *Appel pour la Paix*, el 19 de julio de

³⁸ El texto en lengua original es el siguiente : « *La Croix-Rouge favorise la compréhension mutuelle, l’amitié, la coopération et une paix durable entre tous les peuples* ».

³⁹ J.L. BLONDEL, S. GRAVEN, M. HARROF-TAVEL, H.T. HUYNH, H.T., *Les principes fondamentaux de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, Ginebra, CICR, 1994.

⁴⁰ H. COURSIER, *La Croix-Rouge Internationale*, Presses Universitaires de France, París, 1952, p. 47.

1921, que proclama: “a cada hombre un mismo respeto por la existencia y los derechos de todos sus semejantes”. Y en la cabecera del Estatuto de la citada Liga figura el lema: “Per humanitatem ad pacem”.

Las Conferencias internacionales de la CR siguientes a la Primera Guerra Mundial concluyen frecuentemente con resoluciones en favor de la CR como símbolo de la paz, como medio de propaganda contra la guerra y del acercamiento de los pueblos, haciendo a veces de árbitro en las contiendas, realizando actividades para prevenir potenciales conflictos o para solucionarlos, una vez producidos, incluso preocupándose de ámbitos nuevos para la promoción de la paz (como los medios de comunicación en la Conferencia de 1930 en Bruselas)⁴¹

Como conclusión de esta trayectoria hay que decir que la CR semeja más un movimiento que una organización bien definida con sus reglas definitivas. Los estudiosos coinciden en presentarla como una organización abierta⁴² y efectivamente así es, si repasamos la diversidad de competencias y funciones que ha ido incorporando con el paso del tiempo y en respuesta a las nuevas necesidades de carácter humanitario.

4.3. La doctrina de los tratadistas y los responsables orgánicos de la CR

Los tratadistas de la CR coinciden en su visión de la CR como una organización por y para la paz. Como la mayoría de ellos han formado parte de los puestos principales de la CR se produce una interesante convergencia de lo que los juristas solemos llamar interpretación auténtica e interpretación doctrinal.

⁴¹ J. G. Lossier ha abordado el análisis de las resoluciones de las Conferencias internacionales y de las Asambleas de la Liga de las Sociedades Nacionales de la CR en las que se va construyendo una imagen de la CR como factor impulsor de la paz mundial (paz durable, *paix durable*, es el término que se reitera en los citados textos). Cfr. J.G. LOSSIER, *La Croix Rouge et la Paix*, París, Spes, 1968.

⁴² Efectivamente los tratadistas de la CR subrayan este carácter abierto en el sentido de incorporación de cada vez más actividades en un periodo de tiempo tan amplio como el que abarca la vida de la CR. A modo de muestra H. COURSIER, *La Croix-Rouge Internationale*, París, Presses Universitaires de France, 1952, p. 47. Por otra parte las publicaciones de la CR, reeditadas constantemente, despliegan las etapas sucesivas en las que la institución va incorporando y desarrollando nuevas actividades. Desde la perspectiva de nuestro tiempo podríamos asegurar que las numerosas y crecientes actividades de la CR se concentran a grandes rasgos en dos grupos: a) actividades en torno a la guerra (heridos y enfermos, prisioneros, civiles en territorios de conflicto, desplazados, refugiados, etc.) y b) actividades en relación con las calamidades y desastres naturales.

Veamos párrafos de sus escritos en los que se muestra claramente a la CR como una organización para la paz.

En una fecha tan temprana como el comienzo del siglo XX, en 1900, decían C. F. Haje y J. M. Simon que Henry Dunant demandaba una alianza de los pueblos que tendría por objeto llegar a una pacificación universal (*pacification universelle*). Este punto final de la paz universal exigiría un proceso lento que partiría de la creación de una inicial “alianza internacional de comités nacionales persiguiendo un mismo fin filantrópico”.⁴³

En una de las primeras obras sobre la figura de Henry Dunant, de 1914, se cataloga expresamente a la CR como “un pacto de las naciones”.⁴⁴

Un miembro del CICR y referente doctrinal de la CR, Jean Pictet, afirma de la CR que ha contribuido a crear “un sentimiento de solidaridad activa entre los pueblos”, que va más allá de la preocupación por la regulación de la guerra y los combatientes. Pues esta preocupación inmediata no impide a la citada organización perseguir su objetivo final, que es la paz. “Ella no pierde ninguna ocasión –dice Pictet– de proclamar que lo que desea por encima de todo es que la paz no sea turbada”.⁴⁵

En una obra escrita poco después del fragor de la segunda guerra mundial, Max Huber, contestando a las críticas de quienes argumentaban que la CR se dedicaba lamentablemente a los heridos y enfermos de una guerra ya iniciada en vez de impedirlos, afirmaba: “los hombres y las mujeres de la CR deben ciertamente colaborar en la obra suprema de la consolidación de la paz”.⁴⁶ Y poco después titulaba uno de sus trabajos de esta manera: “La Croix-Rouge, facteur de rapprochement des peuples”.⁴⁷

J. Lossier subraya la importancia de la X Conferencia de la CR en Ginebra, en 1921, como el punto de partida de una visión de la CR como portaestandarte de la paz. La CR hace un llamamiento a los hombres de buena

⁴³ C.F. HAJE, J.M. SIMON, *Les origines de la Croix Rouge*, Stuttgart, Imprimerie Lindheimer, 1990 p. 15.

⁴⁴ Cfr. *Henry Dunant, fondateur de l'œuvre internationale de la Croix-Rouge et promoteur de la Convention de Genève*, escrita por C. Sturzenegger y traducida por Maurice Dunant (sobrino de Henry Dunant), s/e, 1914, p. 7.

⁴⁵ J. PICTET, *Les principes de la Croix-Rouge*, 1951, p. 9

⁴⁶ M. HUBER, *Principes d'action et fondements de l'œuvre du Comité Internationale de la Croix-Rouge (1939-1946)*, cit., p.16.

⁴⁷ M. HUBER, “La Croix-Rouge, facteur de rapprochement des peuples”, en vol. col. del autor *La pensée et l'action de la Croix-Rouge*, Ginebra, CICR., 1954, pp. 36-40 (Es un compendio de trabajos del autor)

voluntad a favor de la paz y les emplaza a llevar a cabo “una propaganda tenaz y general contra el espíritu de guerra”, porque “la CR quiere trabajar por la paz”.⁴⁸

Expresa, por su parte, V. Segesvary cómo el objetivo de las sucesivas Conferencias de la CR y otros organismos de la misma fue la educación de la juventud para la paz. Y cita como muestras importantes textos en un recorrido que enlaza CR, paz y juventud. La resolución XXIII del Consejo general de la Liga de las Sociedades Nacionales de la CR, aprobada en 1922, incluye el texto: “La Cruz Roja de la juventud es organizada en vista de inculcar a los jóvenes el ideal de la paz de la Cruz Roja”.⁴⁹ La resolución XXXVI de la XVIII Conferencia internacional de la CR, celebrada en Toronto en 1952, contiene a su vez el siguiente texto: “La Cruz Roja debe servirse de su influencia y prestigio para educar a la juventud en el espíritu de la Cruz Roja que es el de la paz”.⁵⁰ Sigue refiriendo textos similares de diversos organismos de la organización.⁵¹

El referente de la paz es de vital importancia para M. Harrof-Tavel a la hora de la aplicación de los principios y de las actividades de la CR, especialmente cuando entran en una situación compleja y conflictiva. Con datos en la mano asegura que el CICR debe ser cuidadoso en la selección de actuaciones mirando sus consecuencias en los órdenes económico, político y social a largo tiempo, teniendo como finalidad el mantenimiento de la paz. Ésta es un objetivo en tiempos de paz, “cuando las armas se callan”, como dice en el título de su artículo.⁵²

Hemos visto, pues, la coincidencia de todos estos autores citados en definir a la CR como una organización para la paz, que no sólo desarrolla como cree la opinión pública en general unas funciones de ayuda y solidaridad con personas y colectivos en situaciones calamitosas y de desastres, sino unas actuaciones conducentes a la prevención de la paz y a restaurarla cuando lamentablemente se han producido conflictos internos en los Estados, regionales o internacionales.

⁴⁸ J.G. LOSSIER, *La Croix Rouge et la Paix*, cit., p. 4.

⁴⁹ V. SEGESVARY, *Philosophie et buts de la Croix-Rouge de la jeunesse*, Ginebra, Institut Henry Dunant, 1970, p. 5.

⁵⁰ V. SEGESVARY, *Philosophie et buts de la Croix-Rouge de la jeunesse*, cit., p. 7.

⁵¹ V. SEGESVARY, *Philosophie et buts de la Croix-Rouge de la jeunesse*, cit., pp. 7-12.

⁵² M. HARROF-TAVEL, “Neutralité et impartialité. De l’importance et difficulté pour le Mouvement de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge d’être guidé par ces principes”, cit., p. 491.

4.4. La biografía y aspiraciones de su fundador

La paz estaba en el ánimo de los fundadores de la CR y especialmente de Henry Dunant.⁵³ *Recuerdo de Solferino*, la principal obra del fundador de la CR, surge de la visión de un campo de batalla –la batalla de Solferino entre austriacos y franco-sardos– en el que miles de heridos desatendidos y abandonados a su suerte esperaban la muerte irremisible. Desde esta visión toma impulso Dunant para construir paso a paso un mundo de paz en un proceso que debía de comenzar por allegar las voluntades de los Estados para firmar pactos de mejora de la condición de combatiente y terminar con pactos de paz y la abolición de las guerras.⁵⁴ Y no sólo la paz era el horizonte de sus escritos sino de las actividades, compromisos y convenios que fomentó. Henry Dunant llevó a cabo en 1898 un proyecto de una *Liga suiza de los derechos humanos*, centrada en el territorio suizo, que tenía por objeto la denuncia de la violación de los derechos humanos y las intervenciones necesarias para su reparación. No tuvo éxito el empeño del fundador de la CR, pero interesa resaltar que el texto articulado del proyecto de la Liga concluía con un artículo 4 apelando “al progreso social, la paz, la concordia y la libertad tanto individual como colectiva”.⁵⁵ Con anterioridad a esta fecha fundó en París en 1871

⁵³ A. Durand ha estudiado la evolución de la idea de la paz en el fundador de la CR, desde sus iniciales motivos religiosos a posteriores fundamentos racionalistas en un proceso de extensión y mayor alcance de los propósitos y estrategias de una pacificación universal (A. DURAND, *L'évolution de l'idée de paix dans le pensé d'Henry Dunant*, Ginebra, s/e., 1985).

⁵⁴ Estos pactos no se hacen esperar, aunque inicialmente firmados por escasos representantes de algunos Estados y de instituciones de solidaridad. La batalla de Solferino tiene lugar en junio de 1859. Poco después, en 1862, publica Dunant su obra *Recuerdo de Solferino*, cuyos escasos ejemplares distribuye gratuitamente entre amigos y conocidos y rápidamente se convierte en un *best-seller* de la época. Al año siguiente, en 1863, tiene lugar la primera reunión del Comité internacional de socorros a los heridos, precedente del futuro Comité internacional de la Cruz Roja (CICR). Y al año siguiente, 1864, se celebra una Conferencia diplomática, a iniciativa del Gobierno suizo, en la que ya participan representantes de doce Gobiernos y se aprueba un tratado titulado « Convención de Ginebra para la mejora de los militares heridos en los ejércitos en campaña ». Con diez artículos puede decirse que es el primer tratado de derecho humanitario internacional. Sucesivas Conferencias internacionales irán extendiendo el alcance, objeto y sujetos de este primer tratado, rebasando ampliamente la preocupación por la suerte de los combatientes para interesarse por la suerte lamentable de otros colectivos y en general por la paz mundial.

⁵⁵ A. DURAND, *Genève, la Croix-Rouge et les Droits de l'Homme*, Ginebra, s/e., 1985, pp. 9-10. Transcribe el texto articulado. En el primer artículo se proclaman los principios, en el segundo el campo de actuación, en el tercero los instrumentos para la acción, y en el cuarto la apelación a la realización de los valores indicados. Dunant presta atención a la necesidad

la *Alianza Universal del Orden y de la Civilización*, que llegó a celebrar su primer Congreso en 1872. A destacar del proyecto la inclusión de la abolición de la esclavitud, asunto de preocupación constante de Dunant, hasta el punto que fue el tema de su tercer libro. El fin de la Alianza es la paz de los pueblos, a la que habría que llegar con la cooperación y mediante un orden estable.

5. LA CR: EL PRINCIPIO Y LA ORGANIZACIÓN DE LA PAZ

En la medida en que la CR intenta regular la guerra, poniéndole límites y condiciones a su inicio y desarrollo, está propiciando la paz. La guerra es una forma extrema de violencia; por lo tanto, también la CR persigue la abolición de la violencia en su máxima expresión.

El pacifismo tiene dos vertientes: una interna, dentro de los Estados, donde las constituciones de los países de democracia avanzada suelen catalogar a la paz como uno de sus principales valores jurídicos.⁵⁶ La paz es una cuestión interna, que debe presidir las relaciones entre clases y sectores sociales. La otra vertiente del pacifismo es externa, la paz entre los Estados y los pueblos de la comunidad internacional. Viene de suyo el recuerdo de Kant en su obra sobre la paz perpetua, donde pretendía una federación de repúblicas, que, superando el estado de naturaleza de los Estados combatientes entre sí, alcanzaría al final la paz entre las naciones.⁵⁷

Pues bien, en esta visión externa del pacifismo la CR es una de las instituciones no gubernamentales que más luchan por la paz entre los pueblos, ya que comenzó prestando ayuda a los combatientes heridos y enfermos, siguió recabando convenios para establecer las condiciones de una guerra justa y concluyó convirtiéndose en una organización de extraordinaria influencia en la solución de los conflictos mundiales.

La CR profesa actualmente un pacifismo integral. Los principios fundamentales, que hemos examinado, van en la línea de esta clase de pacifismo

de cambiar la legislación suiza contraria a los derechos humanos y de desterrar los prejuicios sociales.

⁵⁶ Véase el exhaustivo estudio sobre la paz en las constituciones del mundo de C. Alarcón, *Dimensiones de la paz como valor en el constitucionalismo comparado*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1988, esp. pp. 39-108. En relación con la paz como valor de nuestra Constitución véase también R. SORIANO, "La paz y la Constitución española de 1978", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 45, 1985, pp. 103 ss.

⁵⁷ I. KANT, *La paz perpetua*, Madrid, Tecnos, 1988, 25 ss.

intenso. La CR no persigue únicamente que las guerras sean justas, sino que éstas desaparezcan definitivamente, porque las guerras son ilegítimas por naturaleza. De hecho, consecuencia directa de los principios básicos de la CR antes analizados, los principios de neutralidad e imparcialidad, es que la CR no puede plantearse si la guerra es justa o no en uno u otro combatiente, pues tiene que dispensar el mismo trato a todos los actores del conflicto.

La CR -insisto: atendiendo a sus principios fundamentales- entraría en la clasificación ideada por A. Ruiz Miguel en la categoría de un “pacifismo radical”, que según él es “la doctrina de quienes piensan que la violencia es un mal supremo...que debe evitarse a toda costa, pase lo que pase, considerándose inmoral oponerse con violencia a la violencia ajena”.⁵⁸ En la clasificación de N. Bobbio el pacifismo de la CR superaría el marco de un “pacifismo instrumental”, que se refiere a los medios con los que se lleva a cabo las guerras, y un “pacifismo institucional”, es decir, respecto a la forma de conducirse de las organizaciones con autoridad en el desarrollo de las guerras. Para la CR sería un pacifismo a medias, si se traduce en la justicia de los medios o la legitimidad de las instituciones en la ejecución de las guerras.⁵⁹

Pero sí la CR es una organización que profesa claramente un pacifismo extremo y radical, todavía hace más manifiesto este pacifismo en sus actividades, desde que en sus primeros años de existencia ya se preocupara de la firma de convenios entre los Estados para situar sus conflictos en el marco de una reglas humanitarias y razonables de obligado cumplimiento para todos ellos. Desde entonces la CR ha destacado por su abnegado esfuerzo para alcanzar la paz, influyendo para que el conflicto entre las partes amaine y definitivamente desaparezca en un difícil equilibrio de no tomar parte y ser imparcial en las contiendas, y al mismo tiempo promover el fin de las mismas. La CR inicia el derecho humanitario internacional, que a continuación es tomado por organizaciones supra-estatales, a las que la CR acompaña tanto en la adopción de medidas como en su aplicación.

Hoy en día la lista actividades de lo que podríamos denominar la “organización de la paz de la CR” es extraordinaria: convenios, informes, dictámenes sobre conflictos, ayuda humanitaria, pasillos humanitarios en los territorios de guerra, hospitales de campaña (su primera actividad), ayuda a los civiles en te-

⁵⁸ A. RUIZ MIGUEL, *La justicia de la guerra y de la paz*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 94. El autor distingue varios tipos de pacifismo: pacifismo radical, consecuencialista, escéptico, no moral (pp. 90-99).

⁵⁹ N. BOBBIO, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona, Gedisa, 1979, pp. 75 ss.

territorios de conflicto, a desplazados, a refugiados, suministro de alimentos y agua, ayuda en los desastres naturales, proyectos de todo tipo para la supervivencia y mejora de las condiciones de vida de la gente de todo el mundo, etc., etc.

6. CONCLUSIONES

1. Se ha demostrado la motivación moral en la creación de la CR, pues el fin humanitario es el que lleva a un grupo de personas a fundarla concibiendo al principio de humanidad como el primer y más esencial de sus siete principios. Resplandece esta motivación moral en las primeras normas y en los escritos de sus fundadores, en los que cabe encontrar claros acentos ius-naturalistas, a un tiempo de carácter teológico y racionalista.

2. Los principios de la CR presentan un carácter ético-jurídico, y se van conformando lentamente tanto normativa como doctrinalmente. No hay un enunciado sistemático e inicial de los mismos. Se configura como último principio el de la paz, aunque ésta ya formaba parte y se deducía de la definición, desarrollo e interconexión de los otros principios. No sólo es proclamado tardíamente en un párrafo nuevo del primer principio de humanidad, sino que estaba ínsito en la propia estructura del resto de los principios.

3. La CR es una organización para la paz y no meramente asistencial. No solo repara, sino que previene. La concepción de la CR como una organización presidida por el principio de la paz viene apoyada por cuatro argumentos, parte medular y original de este trabajo: a) la definición, interacción y desarrollo de los principios de la CR, derivando la promoción de la paz del conjunto de todos ellos, b) la trayectoria histórica de esta organización, c) la opinión autorizada de los tratadistas y responsables de la CR, y d) las aspiraciones del fundador de la CR. El desarrollo de estos cuatro argumentos ha sido el principal objetivo del presente trabajo.

La hipótesis formulada en la introducción era si la CR consistía en una *organización meramente asistencial*, que evolucionaba abarcando cada vez más a nuevos colectivos precarios y a nuevas situaciones calamitosas, pero siempre en el contexto de una función asistencial, o si, por el contrario, sin abandonar este carácter de ayuda y solidaridad, podía ser considerada como una *organización para la paz*. Creo que se ha dado respuesta a esta hipótesis en el núcleo de este trabajo, concretamente en el apartado 4, en el que se despliegan las cuatro razones que conducen a la consideración de la CR como un organismo internacional para la paz.

La CR no es, por lo tanto, únicamente una entidad preocupada inicialmente por los heridos en las numerosas contiendas bélicas de la época y posteriormente por las calamidades sufridas por otros colectivos sociales, sino un organismo que abraza desde sus comienzos hasta la fecha la promoción de la paz. La opinión pública en general considera a la CR como una organización que atiende a fines humanitarios y a colectivos precarios concretos. Una visión que no le hace justicia –o toda la justicia–, porque, además de ello, es una *organización por y para la paz* de primera fila.

MARÍA LUISA SORIANO GONZÁLEZ
Universidad Pablo de Olavide
Carretera de Utrera, Km. 1
41013-Sevilla
e-mail: mlsorgon@upo.es

**LOS DERECHOS BAJO LA LENTE DE LA HISTORIA:
ANÁLISIS DE LAS TEORÍAS IUSFILOSÓFICAS DE
GREGORIO PECES-BARBA Y ANTONIO PÉREZ LUÑO***

*THE RIGHTS UNDER THE LENS OF HISTORY:
ANALYSIS OF THE LEGAL THEORIES OF
GREGORIO PECES-BARBA AND ANTONIO PÉREZ LUÑO*

MICHELE ZEZZA
Università di Pisa

Fecha de recepción: 3-11-15

Fecha de aceptación: 5-2-16

Resumen: *El trabajo tiene por objeto llevar a cabo una comparación entre las teorías iusfilosóficas de los derechos humanos elaboradas por Gregorio Peces-Barba y Antonio Pérez Luño, centrando la atención sobre ciertos problemas vinculados con la delimitación conceptual de los derechos, así como sobre la relevancia que estos autores atribuyen a la dimensión histórica. El tema de la historicidad de los derechos constituye probablemente el terreno sobre el que mejor se puede medir el diálogo entre los autores. A este respecto, puede detectarse una convergencia sustancial en la asunción de la historia como instancia explicativa y no justificativa de los derechos. Al analizar el debate filosófico llevado a cabo entre ambos pensadores se procurará poner de relieve las diferencias y los elementos de vecindad teórica.*

Abstract: *The work aims to carry out a comparison between the human rights theories developed by Spanish legal philosophers Gregorio Peces-Barba and Antonio Perez Luño, focusing on certain issues related to the conceptual delimitation of rights, and on the relevance that these authors attribute to the historical dimension. The historicity of human rights probably constitutes the best ground to measure the dialogue between these authors. In this regard, a substantial convergence can be detected with respect to the understanding of history in explanatory terms, rather than as a justifying tool. When analysing the philosophical debate held between these two thinkers, we will seek to highlight the respective differences and elements of theoretical affinity.*

* Traducción de Miguel Álvarez Ortega.

Palabras clave: derechos humanos, derechos fundamentales, historia, iusnaturalismo, iuspositivismo
Keywords: human rights, fundamental rights, history, natural Law theory, legal positivism

El presente trabajo tiene por objeto llevar a cabo una confrontación entre las teorías iusfilosóficas de los derechos humanos elaboradas por Gregorio Peces-Barba Martínez (1938-2012) y Antonio Enrique Pérez Luño (1944), centrandó la atención sobre ciertos problemas vinculados con la delimitación conceptual de los derechos, así como sobre la relevancia que estos autores atribuyen a la dimensión histórica.

Tanto Peces-Barba como Pérez Luño han elaborado, en el seno de una vasta producción científica, una teoría de los derechos compleja y articulada, parte integrante de una idea global de sociedad bien ordenada. Por tanto, entre las razones que justifican la elección de realizar un estudio comparativo se pueden incluir las siguientes: en el marco de la reflexión iusfilosófica contemporánea de área española ambos autores se pueden considerar como aquellos que de manera más destacada han situado a los derechos en el centro de su labor investigadora¹; gracias a su vasta producción bibliográfica y a una dilatada actividad académica, sus tesis han gozado además de una amplia difusión (y ejercido notable influencia) en el ámbito de la cultura jurídica iberoamericana.

Ambas reflexiones, aun partiendo de horizontes teóricos heterogéneos (Peces-Barba defiende una filosofía jurídica de corte positivista estrechamente ligada a los valores básicos que definen “la ética pública de la modernidad”, mientras que Pérez Luño desarrolla un planteamiento iusnaturalista deontológico de carácter crítico y dinámico²), pueden ubicarse en el seno del debate doctrinal sobre el estatuto, fundamento y eficacia política de los de-

¹ En el caso de Peces-Barba –cabe matizar– los derechos humanos no sólo han representado un elemento esencial de su perfil docente e intelectual, sino también en su calidad de jurista y político.

² Sobre la perspectiva positivista de Peces-Barba: J. DORADO PORRAS, ““El positivismo corregido”. Análisis de algunos aspectos de la Filosofía jurídica de Gregorio Peces-Barba”, en VV. AA., *Entre la ética, la política y el Derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, 4 vol., Dykinson, Madrid, 2008, vol. I, pp. 429-452; R. ESCUDERO ALDAY, *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Thomson-Cívitas, Madrid, 2004, pp. 71 ss.; A. GARCÍA FIGUEROA, “Positivismo corregido y positivistas inco-

rechos incorporados en la Constitución del 78 y, de forma más general, en la consolidación del sistema democrático y el proceso de constitucionalización que ha atravesado la cultura jurídica española en los años sucesivos³.

Al analizar el debate filosófico llevado a cabo entre ambos pensadores, se procurará poner de relieve las diferencias y los elementos de vecindad teórica.

1. EL ESTUDIO DE LA NOCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Ambos autores, en su reflexión, se mueven desde la obra de delimitación del concepto de derechos humanos hacia la identificación de los elementos definitorios relevantes respecto a otros conceptos afines (derechos jurídicos, derechos públicos subjetivos, derechos morales etc.), con el objetivo de reducir los márgenes de indeterminación (de ambigüedad y vaguedad semánticas) del lenguaje de los derechos⁴. El análisis sintáctico y conceptual, debe

regibles", en VV. AA., *Teoría y metodología del Derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, cit., vol. II., pp. 529-560.

Sobre la distinción entre iusnaturalismo ontológico y deontológico: M. ATIENZA, *El sentido del derecho*, Ariel, 4ª ed., Barcelona, 2003, pp. 188 ss.; E. DÍAZ, *Sociología y filosofía del derecho*, Taurus, Madrid, 1980, pp. 266 ss.; C. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, 11ª ed., Barcelona, 2001, p. 28; A. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, 10ª ed., Madrid, 2010, pp. 574-575; J. RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Derecho natural o axiología jurídica?*, Tecnos, Madrid, 1981, pp. 70-90.

³ La Constitución española puede considerarse el producto de una elaboración filosófica, política y cultural que ha conducido a una democracia con fuertes connotaciones de origen socialista, anclada sobre los derechos fundamentales y los valores de la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo (expresamente recogidos en el art. 1).

Veáanse en concreto: M. GHEZZI, "III. Dalla sociologia del diritto alla costituzione spagnola del 1978: Elías Díaz e Gregorio Peces-Barba Martínez", en ID., *La scienza del dubbio. Volti e temi di sociologia del diritto*, Mimesis, Milano-Udine, 2009, págs. 111-172; M. LA TORRE, "Contributi di A.E. Pérez Luño allo studio dei diritti dell'uomo", *Sociologia del diritto*, vol. 11, núm. 3, 1984, pp. 125 ss.; G. PECES-BARBA, *La constitución española de 1978. Un estudio de Derecho y política*, F. Torres, Valencia, 1981; ID., *La democracia en España. Experiencias y Reflexiones*, Temas de Hoy, Madrid, 1996; ID., *La España civil (Voces Libres)*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2005; A. PÉREZ LUÑO, "Los derechos fundamentales en la Constitución española del 1978", en ID., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 11ª ed., 2013, pp. 49-102; ID., "Natural Law Theory in Spain and Portugal", en F. CONTRERAS PELÁEZ (a cargo de), *The Threads of Natural Law: Unravelling a Philosophical Tradition*, Springer, núm. 22, 2013, pp. 143-144; J. RODRÍGUEZ URIBES, "Notas para una semblanza intelectual", en ID., *Gregorio Peces-Barba. Justicia y derecho. La utopía posible*, Civitas, Madrid, 2015, págs. 43-69.

⁴ Delimitación conceptual y fundamentación de los derechos constituyen actividades estrechamente vinculadas, aunque lógicamente independientes. Las teorías de Peces-Barba

precisarse, no se plantea como tarea reproducir la realidad en términos esencialistas, ni de llegar a una definición de carácter estipulativo o lexicográfico. La crítica del lenguaje es más bien utilizada como instrumento de clarificación lógica y terminológica, con la finalidad de llegar a una definición explicativa del objeto de estudio sensible a la dimensión histórica.

1.1. Los derechos fundamentales entre el dualismo y la visión integradora: la teoría de los derechos fundamentales de Peces-Barba

En el enfoque de Peces-Barba, el estudio de los derechos fundamentales se inscribe en el ámbito de una revisión parcial de los dogmas tradicionales de la doctrina positivista, en una fase de su reflexión iniciada a inicios de los setenta con la elaboración del “positivismo realista o corregido”⁵. El intento de reconfigurar el paradigma positivista se justifica sobre todo por la exigencia de introducir en la teoría de la argumentación jurídica nuevos instrumentos de análisis que no se pueden reducir al paradigma lógico-deductivo del silogismo jurídico. En el acercamiento defendido por el autor coexisten una concepción sistemática del derecho en la que la creación jurídica se vincula a criterios formales establecidos en la norma suprema y una concepción teleológica, “exigente”, del Estado constitucional; una orientación a favor de la neutralidad ética y el recurso a una argumentación de carácter normativo. La principal “revisión” que el autor trata de aportar a la teoría positivista (kelseniana, en concreto, pero también hartiana), se encuentra esencialmente en el reconocimiento de la relevancia metodológica de los criterios morales y de

y de Pérez Luño, al converger en defender esta separación metodológica, suelen ser denominadas “dualistas” (cfr. J. DE LUCAS, *Algunos equívocos sobre el concepto y fundamentación de los derechos humanos derechos humanos*, en *Derechos humanos: concepto, fundamento y sujetos*, a cargo de J. BALLESTEROS, Tecnos, Madrid, 1992, p. 15). Según Rodríguez-Toubes “esta supuesta convergencias puede describirse así: el primero concibe los derechos humanos como categorías jurídicas e históricas con fundamento filosófico, mientras que el segundo los concibe como categorías históricas con fundamento iusnaturalista. [] [P]ara el profesor Peces-Barba el respaldo filosófico no basta para dar existencia a los derechos humanos sino que es precisa la intervención del derecho; y para el profesor Pérez Luño la deducción naturalista no basta para formular los derechos; sino que se requiere un consenso (histórico) en torno a ellos” (J. RODRÍGUEZ-TOUBES, *La razón de los derechos*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 20).

⁵ Vid. por ejemplo: G. PECES-BARBA, *Introducción a la filosofía del Derecho*, Debate, Madrid, 1983, espec., pp. 13, 69; ID., *Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de Filosofía Jurídica y Política)*, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 123 ss.

la realidad social a efectos de identificación y aplicación del derecho y en la formulación de un criterio material de validez jurídica⁶.

En este cuadro, el análisis del concepto de derechos fundamentales se basa en la separación metodológica entre fundamento (“filosofía de los derechos”) y concepto (“derecho positivo”) y tiene por tanto el objetivo de englobar no sólo la estructura y el funcionamiento (el “¿por qué?”), sino también la génesis y la finalidad intrínseca (“¿para qué?”). En líneas generales, los derechos fundamentales se pueden identificar con aquellas pretensiones morales que han sido incorporadas al ordenamiento jurídico en virtud de su fundamento específico: son por tanto exigencias morales justificadas, convertidas en normas jurídicas (como “moralidad legalizada”) a través de la mediación del poder institucionalizado⁷. En una primera fase de reflexión⁸, caracterizada por la combinación de un acercamiento ético-filosófico y uno estrictamen-

⁶ El concepto de validez jurídica que caracteriza el modelo del positivismo corregido incorpora en su seno, junto a un aspecto formal vinculado a los procedimientos de creación del derecho, una dimensión sustantiva que excluye categóricamente cualquier discrecionalidad absoluta de los operadores jurídicos. Con respecto a la aproximación teórica que suele denominarse normalmente “*inclusive positivism*”, se debe precisar que Peces-Barba sitúa dentro del sistema jurídico positivo –en la Constitución– y no en el ordenamiento jurídico en su conjunto, el fundamento de validez de las normas singulares jerárquicamente subordinadas (cfr. p. ej. G. PECES-BARBA, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 354 ss., 416 ss.).

Sobre el positivismo incluyente, se remite especialmente a los estudios de: H. HART, *Postscript*, en ID., *The Concept of Law*, Oxford Clarendon Press, 2ª ed., Oxford, 1994; J. COLEMAN, *The Practice of Principle. In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2001; R. ESCUDERO, *Los Calificativos del Positivismo Jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Civitas, Madrid, 2004; J. ETCHEVERRY, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente. Un estado de la cuestión*, UNAM, México, 2006; J. MORESO, *In Defense of Inclusive Legal Positivism*, en P. CHIASSONI (a cargo de), *The Legal Ought*, Giappichelli, Torino, 2001, págs. 37-63; P. SOPER, *Law’s Normative Claims*, en R. GEORGE (a cargo de), *The Autonomy of Law. Essay on Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 215-247; A. SEBOK, *Legal Positivism in American Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge, Mass., 1998; W. WALUCHOV, *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1994.

⁷ G. PECES-BARBA, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, cit., p. 24. Vid. también: ID., *Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de Filosofía Jurídica y Política)*, Madrid, Dykinson, 1999, págs. 111-130.

⁸ La formulación inicial de un planteamiento dualista (entendido como propósito de analizar el fenómeno de los derechos sobre la base de la distinción entre normatividad y justicia) se puede ubicar en la primera edición de *Derechos fundamentales, I. Teoría general* (1973), aunque una visión más articulada se delinearán tan sólo a partir de *Notas sobre el concepto de derechos fundamentales*, en VV. AA., *Filosofía y derecho. Estudios en honor del prof. José Corts Grau*, t. II, Universidad Literaria de Valencia, 1977, pp. 105-125.

te jurídico, se es consciente de la importancia de las garantías institucionales y económicas protegidas por el aparato coercitivo estatal. No obstante, el tema no es objeto de tratamiento sistemático, dado que su estudio es objeto principalmente de la investigación sociológica, manteniéndose sustancialmente al margen de la teoría del derecho. Tan sólo en un segundo estadio de su pensamiento, persiguiendo el objetivo de elaborar un concepto integral de los derechos, orientará Peces-Barba su investigación hacia un paradigma más ecléctico que incorpora en su seno la perspectiva fenomenológica.

El evidenciar la importancia de los condicionamientos extrajurídicos sobre la actuación y carácter justiciable de los derechos abre una nueva fase, que los estudiosos tienden a definir como “trialista” o “tridimensional” (si bien, conviene advertir, ninguno de los dos términos aparece en la obra de Peces-Barba, que por otra parte nunca se estableció el objetivo de construir una teoría de corte “trialista”)⁹. Los derechos fundamentales vienen a identificarse con tres planos diversos del discurso:

1) *Una pretensión moral justificada, tendente a facilitar la autonomía y la independencia personal, enraizada en las ideas de libertad e igualdad, con los matices que aportan conceptos como solidaridad y seguridad jurídica, y construida por la reflexión racional en la historia del mundo moderno, con las aportaciones sucesivas e integradas de la filosofía moral y política liberal, democrática y socialista. [...] 2) Un subsistema dentro del sistema jurídico, el derecho de los derechos fundamentales, lo que supone que la pretensión moral justificada sea técnicamente incorporable a una norma [...]. 3) [...] [U]na realidad social, [...] condicionados en su existencia por factores extrajurídicos de carácter social, económico o cultural¹⁰.*

Normatividad, justicia y eficacia representan, por tanto, tres momentos inseparables, tres dimensiones armónicamente coordinadas en el seno de

⁹ Si bien ya el capítulo I de la segunda edición de *Derechos fundamentales* (1976) contiene algunas modificaciones relevantes, esencialmente dedicadas a profundizar en el papel de mediación revestido de poder político en la producción normativa y en la función de nexo funcional entre la moral y el derecho, el reconocimiento de la importancia de los condicionamientos extrajurídicos (materiales, económicos) sobre la actuación y justiciabilidad de los derechos se constata sólo en estudios posteriores como “El socialismo y el derecho al trabajo”, *Sistema*, núm. 97, 1990, pp. 3-10; “Concepto y problemas actuales de los derechos fundamentales”, *Derechos y Libertades*, núm. 1, 1993, pp. 76 ss., pero sobre todo en la edición 1995 con el *Curso de derechos fundamentales* (los escritos producidos entre el fin del siglo XX y la primera década del XXI aportarán ulteriores clarificaciones).

¹⁰ G. PECES-BARBA, *Curso de Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, cit., pp. 109-112.

un único paradigma interpretativo. Sea como fuere, como observa Rafael de Asís¹¹, en una acepción más rigurosa se puede entender por “dualismo” aquella solución metodológica que genera una respuesta diversa a los problemas de delimitación conceptual y fundamentación de los derechos. Desde este punto de vista, el esquema anterior se conserva sin ningún tipo de alteración en los últimos escritos; las dos fases parecen plenamente compatibles: la respuesta al “¿por qué?” sigue estando incluida en el plano de la moralidad, mientras que la respuesta al “¿para qué?” encuentra ahora expresión no sólo en la dimensión de la juridicidad, sino también en la de la realidad social¹².

El filósofo identifica la raíz de la racionalidad de los derechos en el principio de dignidad del sujeto moral¹³ (entendida como propiedad natural de los seres que pertenecen a la especie humana con independencia de cualquier otra cualidad) de la que derivan cuatro valores esenciales, como son la libertad, la igualdad, la solidaridad y la seguridad. Tales principios morales constituyen la esencia del paradigma político y jurídico de la moralidad y la base de los derechos fundamentales incorporados en los textos constitucionales de las democracias liberales actuales. Una vez incorporados al ordenamiento jurídico, los derechos operan como limitaciones materiales respecto a las elecciones legítimamente propuestas en sede legislativa.

¹¹ R. DE ASÍS, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Dykinson, Madrid, 2001; ID., *La concepción dualista de los derechos fundamentales de Gregorio Peces-Barba*, en VV. AA., *Entre la Ética, la Política y el Derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. I, cit.

¹² Sobre las diferentes fases de su teoría de los derechos fundamentales, además de los estudios de Rafael De Asís citados en precedencia, véanse: R. ALARCÓN, “Un modelo de interrelación entre Moral, Poder y Derecho”, *Universitas*, núm. 2, 2005, págs. 119 ss.; F. ANSUÁTEGUI, “Algunas reflexiones sobre la visión integral de los derechos. Comentario del libro de Gregorio Peces-Barba ‘Curso de derechos fundamentales (I, Teoría General)’”, *Derechos y Libertades*, vol. 1, núm. 2, 1993-1994, pp. 657 ss.; M. BARRANCO, *El discurso de los derechos: del problema terminológico al debate conceptual*, Dykinson, Madrid, 1996, p. 34; J. DE LUCAS, *Algunos equívocos sobre el concepto y fundamentación de los derechos humanos derechos humanos*, cit.; A. LLAMAS, “Algunas consideraciones en torno a los derechos fundamentales, el poder y la ética pública en el pensamiento de Gregorio Peces-Barba”, en VV. AA., *Entre la Ética, la Política y el Derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. I, cit., pp. 705-718.

¹³ G. PECES-BARBA, “La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho”, *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, núm. 26, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 11-12, 67-69; R. ALARCÓN, *Un modelo de interrelación entre Moral, Poder y Derecho*, Dykinson, Madrid, pp. 218 ss.

El sustrato ético representa un estatuto que precede lógicamente a la dimensión jurídico-positiva, pero, en ausencia de una obligación jurídica correspondiente, ningún individuo podrá jamás disponer de un auténtico derecho fundamental. Con el fin de que tal proceso llegue a culminarse es necesario que la moralidad incorpore su espíritu en el contenido material de la norma jurídica. Si el fundamento de validez de las normas se encuentra en el dato empírico del poder, de ahí no se deriva que en el mismo se puedan determinar también las razones morales de la obligación de obediencia que vincula a los destinatarios. Por otra parte, así como las decisiones políticas deben estar necesariamente inspiradas en criterios éticos de justicia, análogamente, la moral, por incorporarse al derecho, no puede prescindir de la intervención de la fuerza institucional inherente a las decisiones políticas.

1.2. Los derechos humanos como derechos naturales: la perspectiva de Pérez Luño

Pérez Luño concibe los derechos humanos como una especie, una subclase, de los derechos naturales (y no como conceptos coextensivos), dotados de un estatuto deóntico que antecede, desde un punto de vista justificativo, al derecho positivo. En su aproximación lingüística al concepto, el género de pertenencia se identifica en la noción de “derechos naturales”: la ley natural, con su carácter originario y universal, representa el “límite externo”, el contexto significativo y pragmático de referencia, la regla de uso lingüístico del concepto de derechos humanos. El objetivo que persigue la investigación, en su intento de análisis definitorio, es el de conjugar las dos dimensiones esenciales que integran la noción, de expresar la confluencia entre la exigencia iusnaturalista relativa a la fundamentación y las técnicas de positivación y protección previstas en el ordenamiento jurídico¹⁴.

Con esta finalidad, desde sus primeros escritos el filósofo ha venido elaborando una propuesta de clarificación conceptual que luego ha confirmado

¹⁴ M. BARRANCO, *El discurso de los derechos, del problema terminológico al debate conceptual*, cit., pp. 19 ss.; E. CRUZ REYES, “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución”, *Criterio jurídico garantista*, vol. 2, núm. 2, 2010, pp. 63-71; G. CARRIÓ, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, pp. 237 ss.; J. HERRERA, “A propósito de la fundamentación de los derechos humanos y de la interpretación de los derechos fundamentales”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 45, 1985, p. 183; R. JUNQUERA, “La fundamentación de los derechos humanos: un intento de sistematización”, *Derechos y Libertades*, vol. 7, núm. 11, 2002, pp. 399 ss.

en sus obras posteriores: «un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional»¹⁵. La universalidad, entendida como titularidad de todos los seres humanos individuales, constituye una característica esencial del concepto de derechos humanos¹⁶.

Para reducir al máximo el margen de indeterminación intrínseco del contenido de los valores identificados, procede posteriormente a dotar de mayor concreción a su significado. La dignidad humana, afirma Pérez Luño, representa el núcleo axiológico de los derechos de la persona que tratan de proteger la integridad física y moral. La libertad, que históricamente ha tenido la función de ideal reivindicativo de los derechos de primera generación, ha abierto el marco teórico a las libertades personales, civiles y políticas. La igualdad encuentra, por su parte, expresión en el conjunto de derechos económicos, sociales y culturales que conforman la segunda generación de derechos humanos.

Debe precisarse que este planteamiento no obvia el elemento de adopción de decisiones vinculantes por parte de la autoridad. El planteamiento crítico de Peces-Barba¹⁷, para quien el reconocimiento jurídico de los derechos representaría un elemento casi superfluo en el seno de este acercamiento iusnaturalista, no es propiamente correcto. Pérez Luño considera la positivación de los derechos como un proceso lógicamente implícito en su estructura: los derechos humanos no son meras aspiraciones ideales o postulados de “deber ser” que vinculan tan sólo en el foro de la conciencia interna. Más bien coinciden con aquellas exigencias éticas que, ubicadas en la normatividad suprapositiva, precisan de ser reconocidas y garantizadas por un ordenamiento jurídico con el fin de que el derecho pueda ser considerado éticamente justo. La decisión operada por los órganos de producción normativa competentes de acuerdo con procedimientos preestablecidos tiene precisamente la función de determinar los valores éticos que los fundamenta,

¹⁵ A. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, cit., p. 48, énfasis del autor.

¹⁶ Vid. en particular: A. PÉREZ LUÑO, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 48-49; ID., *La tercera generación de derechos humanos*, Aranzadi, Navarra, 2006, cap. VI.

¹⁷ G. PECES-BARBA, “Los derechos fundamentales en la cultura jurídica española”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 1, 1981, pp. 239 ss.; ID., “Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos humanos”, cit., pp. 224-226.

resolviendo las eventuales antinomias que la práctica de la implementación de los derechos suele presentar.

2. EL ENFOQUE IUSPOSITIVISTA Y LA PERSPECTIVA IUSNATURALISTA

Tal y como se ha tratado de mostrar, ninguno de los dos autores estudiados concibe el debate lingüístico sobre los derechos como un fin en sí mismo. Por el contrario, las elecciones lexicales y terminológicas presentan notables implicaciones conceptuales: son las que precisamente reflejan la orientación filosófica del autor, en particular respecto a cuestiones esenciales de ética normativa como son la justificación o crítica de las instituciones existentes.

2.1. Peces-Barba y la crítica del “reduccionismo” iusnaturalista

De manera coherente con los presupuestos fundamentales de la propia teoría, Peces-Barba realiza una crítica de las nociones de derechos morales y derechos naturales. La función ideológica a la cual sirven las dos expresiones –sostiene– es fundamentalmente la misma: en la base de esta equiparación se puede identificar una idea abstracta del concepto de derechos que prescinde de toda referencia a la realidad social. Estas categorías parecen por otra parte incurrir especialmente en el caso de los derechos morales, en una falta de comprensión del reconocimiento jurídico por parte del poder político, instrumento necesario de comunicación entre el mundo jurídico y el mundo moral¹⁸. La estrategia iusnaturalista de argumentación se puede calificar como “reduccionista” precisamente por el motivo de que, mediante la confusión conceptual entre moralidad y derecho y el desconocimiento de la relevancia de la historia social, tiende a ocultar el papel de mediación que representa el poder en la producción normativa.

La reducción del fenómeno de los derechos a una subclase del ordenamiento jurídico existente ha llevado a un intérprete de orientación iusnaturalista como Antonio Fernández-Galiano a criticar el modelo de la visión estática de la sociedad subyacente y por su circularidad lógica. A este respecto, escribe el autor: «el hecho revolucionario sólo se legitima cuando el poder impugnado ha desconocido derechos fundamentales de los súbditos [...]». La

¹⁸ G. PECES-BARBA, *Curso de Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, cit., pp. 25-27, 31-36.

revolución se justifica por la lesión o desconocimiento por el poder de ciertos valores, situados en lugar preeminente de la escala axiológica»¹⁹.

A estas objeciones responde Peces-Barba en la segunda edición²⁰ de *Derechos fundamentales*, con dos argumentos distintos: en primer término, explica el autor, la posición idealizada de Fernández-Galiano comporta una escisión respecto de la realidad social, una disociación respecto de la dimensión espacio-temporal que representa un obstáculo a su actuación efectiva; por otra parte, la creencia ilusoria en un orden normativo indiferenciado e inmutable puede, en línea de principio, representar el disfraz ideológico de una "tiranía de los hechos", el apoyo teórico de orientaciones culturales al servicio de la intolerancia y el fanatismo morales, incompatibles con la aceptación del pluralismo ideológico como dato constitutivo de las democracias modernas. De forma paralela, se enfatiza la importancia de caracteres como la universalidad, lo absoluto y la inalienabilidad, que solo encarnan un significado si se sitúan históricamente.

En realidad, las dos perspectivas, en cuanto dotadas de objetos y objetivos distintos (una finalidad de carácter deontológico y una de carácter ontológico), no tienen por qué ser consideradas como incompatibles. De cualquier modo, la crítica formulada por Fernández-Galiano parece justificada en parte: pre-

¹⁹ A. FERNÁNDEZ-GALIANO, *Derecho natural: introducción filosófica al derecho*, Ceura, Madrid, 1986, p. 282. Análoga perplejidad expresan: E. FERNÁNDEZ GARCÍA ("la postura de Gregorio Peces-Barba corre el peligro de obstaculizar en demasía el hecho de que pretensiones humanas han de convertirse en derechos fundamentales"; "Concepto de derechos humanos y problemas actuales", *Derechos y Libertades*, vol. 1, núm. 1, 1993, p. 49) y J. ANSUÁTEGUI ("no se debe olvidar la importante función utópica y liberadora de los derechos. La historia de los derechos es la de la constante reivindicación, la de la permanente oposición y presión frente al statu quo. Es una función de la que los derechos no deberían desprenderse, ya que ese día perderían su papel emancipador"; J. ANSUÁTEGUI, "Algunas reflexiones sobre la visión integral de los derechos. Comentario del libro de Gregorio Peces-Barba 'Curso de derechos fundamentales. I, Teoría General'", cit., p. 664).

²⁰ "Fernández-Galiano piensa que los valores, para él derechos humanos naturales, son Derecho en un ordenamiento jurídico que no los reconozca" (G. PECES-BARBA, *Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, cit., p. 27).

La confrontación entre los dos autores está analizada en: A. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, cit., págs. 48-51. Pérez Luño, además, en otra sección de su obra identifica en la posición de Fernández-Galiano un ejemplo de una teoría iusnaturalista entendida en sentido "ontológico, dogmático o radical, que postula un orden de valores resultado de un objetivismo metafísico», por el cual se pretende "derivar valores y principios materiales universalmente validos" (*Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una Filosofía de la Experiencia Jurídica*, Minerva, Sevilla, 1998, p. 203, énfasis del autor).

sentar, sobre la base de razones lógico-lingüísticas, las nociones de derechos humanos y derechos fundamentales como conceptos coextensivos supone el problema teórico de justificar dimensiones como la titularidad universal, la inalienabilidad o la inderogabilidad que han solido gravitar en torno al área semántica de los derechos; en segundo lugar, corre el riesgo de desconocer la función crítico-normativa respecto a las instituciones políticas existentes.

La acusación de haber propuesto una forma de reduccionismo (de matriz iuspositivista) parece no obstante obviar el dato esencial de que, en la teoría de Peces-Barba, no cualquier pretensión moral puede ser incorporada en el ordenamiento jurídico, sino tan sólo aquellas determinaciones axiológicas que, en virtud de su carácter igualitario, resultan conformes a la tutela del principio de dignidad. Pueden, por tanto, ser positivados sólo aquellos contenidos que presentan un fundamento (“suficiente”, no absoluto) en la filosofía moral del Siglo de las Luces; se pueden considerar auténticos derechos jurídico-positivos exclusivamente aquellas reclamaciones que responden a determinados “valores superiores” reconocidos y tutelados en la Constitución, fundamento de la validez de las normas individuales subordinadas jerárquicamente. Las normas jurídicas válidas, en un nivel inferior en la escala jerárquica, son por tanto aquellas que aparecen creadas de acuerdo con procedimientos formales regulares sin contradecir el contenido de los valores superiores y los derechos fundamentales (“norma material de identificación del derecho”, “norma básica material”).

2.2. Derechos jurídicos, naturales y morales: la teoría de Pérez Luño

Asumiendo una posición radicalmente diversa a la de Peces-Barba, Pérez Luño critica todas aquéllas metodologías positivistas que tienden a explicar los derechos en función de una teoría “pura” estrictamente limitada a la normatividad positiva, sobre la base de criterios sistemáticos o autopoyéticos exclusivamente referidos al ordenamiento jurídico. De este modo, explica, los derechos se arriesgan a perder su propio significado emancipatorio y axiológico, para convertirse en autolimitaciones y concesiones del poder o en instrumentos de autoconservación del sistema jurídico-político. Si, sobre la base de un rígido positivismo, se traza una separación neta entre orden moral y sistema jurídico, los derechos humanos tienden a permanecer confinados al ámbito de los valores éticos, mientras que el derecho queda circunscrito al campo de la mera coacción.

Al mismo tiempo, por motivos léxicos y conceptuales, rechaza igualmente la equiparación entre derechos humanos y derechos morales o naturales, definiéndola como “magia verbal” (“logomaquia”, “espejismo doctrinario”), un juego de palabras que termina por enfatizar una de las connotaciones que definen los derechos humanos en la concepción iusnaturalista (su “juridicidad débil”, su carácter pre-normativo), desconociendo de manera paralela la dimensión positiva²¹.

Con este propósito, conviene señalar que, identificando en el acercamiento iusnaturalista la única estrategia metaética en grado de justificar la intersección entre derecho y moral, la tesis de Pérez Luño corre el riesgo de incluir en esta órbita también direcciones doctrinales heterogéneas. En este sentido, la teoría de los derechos morales no presenta, de por sí, una conexión necesaria con alguna posición iusnaturalista. Se puede afirmar, en otros términos, la existencia de derechos morales en contextos no jurídicos sin afirmar que los mismos derivan de alguna concepción de la naturaleza, por ejemplo por reclamar un derecho igual a un tratamiento humanitario con independencia de cualquier contingencia histórica, política o cultural.

Al desarrollar una teoría moral de carácter iusnaturalista, la perspectiva de Pérez Luño parece encontrarse en condiciones más idóneas para afrontar algunos problemas teóricos vinculados al estatuto de los derechos humanos; en concreto, a la hora de explicar sus características de universalidad, inalienabilidad y su carácter absoluto. No obstante, reconocer que determinadas exigencias morales presentan una prioridad lógica respecto a los procedimientos de positivización no impone una concepción en términos de derechos naturales²². Los valores éticos que representan el sustrato axiológico de los derechos humanos no constituyen un patrimonio exclusivo de la tradi-

²¹ A. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, cit., pp. 179-180. La misma opinión es compartida por Peces-Barba (“utilizar el término ‘derecho’ para realidades morales, sin constituir normas validas es puro iusnaturalismo”; G. PECES-BARBA, “Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales”, cit., p. 222). El propio Peces-Barba (*ibid.*) subraya por otra parte afinidades entre la posición de Pérez Luño y la de Gregorio Robles Morchón (*Epistemología y derecho*, Pirámide, Madrid, 1982) sobre la imposibilidad de una fundamentación no iusnaturalista de los derechos. Reconoce al fin la proximidad teórica respecto del propio modelo de “fundamentación ética” también: E. FERNÁNDEZ, *Estudios de ética jurídica*, Debate, Madrid, 1990, págs. 44-45.

²² Vid. por ejemplo: R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1978. Por una observación análoga vid. igualmente: A. GONZÁLEZ PIÑA, *Los Derechos Humanos en Perspectiva: el Pensamiento de Gregorio Peces-Barba, Antonio E. Pérez Luño y Carlos S. Nino*, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 150-183; 247-264.

ción iusnaturalista: es posible sustentar igualmente otras teorías axiológicas de los derechos sin compartir *ipso facto* una estrategia meta-ética iusnaturalista. Una utilización histórica de categorías filosóficas y morales como la de los derechos humanos debería tan sólo exigir que el origen de este concepto esté relacionado con determinados procesos históricos. Por el contrario, el riesgo que se corre es el del vaciamiento de tales categorías.

A este respecto, Francisco Laporta ha formulado una crítica articulada imputando al autor un replanteamiento del tradicional “dualismo de la teoría del derecho”, o la escisión del elemento jurídico en una dimensión natural y una positiva. Así como los sistemas jurídicos se componen de obligaciones jurídicas y de derechos positivos, de forma análoga en los sistemas morales se pueden encontrar derechos y obligaciones morales sin que esto implique una correspondencia necesaria de los unos con los otros. Entre normas jurídicas y morales –afirma Laporta– no hay ninguna superposición, ninguna correspondencia conceptual necesaria, sino tan sólo concesiones contingentes entres dos órdenes normativos separados. El “prejuicio legalista” que se refleja en la posición de Pérez Luño consiste precisamente en asociar la existencia de derechos exclusivamente a la posibilidad de su positivación jurídica y a su protección mediante garantías institucionales²³.

Si bien esta última objeción se sostiene partiendo de una posición casi especulativa con respecto a la de Peces-Barba y por las mismas razones de fondo, no puede ser aceptada. En la obra de Pérez Luño las garantías institucionales (jurídicas, jurisdiccionales, económico-sociales etc.) de los derechos no son entendidas, propiamente, como parte integrante de su concepto. La estructura normativa de los valores que informan los derechos presenta una existencia autónoma respecto a su aplicación práctica.

3. DERECHOS HUMANOS E HISTORIA

El reconocimiento de la unidad evolutiva de los conceptos esenciales de la cultura jurídica se acentúa en la teoría de Pérez Luño, quien defiende un planteamiento de corte expresamente continuista. Sea como fuere, ambos autores subrayan reiteradamente cómo los derechos humanos representan una expresión del contenido de la moralidad del mundo moderno y que su

²³ F. LAPORTA, “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, núm. 4, 1987, pp. 72-73. *In extenso*, vid. también: M. ATIENZA, *El sentido del derecho*, cit.; C. NINO, “Sobre los derechos humanos”, *Doxa*, núm. 7, 1990, pp. 311 ss.

origen puede situarse en el periodo del “tránsito a la modernidad”²⁴ (entre la edad tardo-medieval y la proto-moderna).

Los derechos presentan un fuerte anclaje en el conflicto social, estando originados en las tensiones, disensiones, reivindicaciones y luchas. Constituyen además una respuesta a la carencia de bienes que puede advertirse en la conciencia de los seres humanos. Las necesidades básicas asumen diversa configuración según los contextos sociales de los que traen origen. Se trata de un proceso abierto de ampliación progresiva de la noción de ciudadanía. La transformación continua de las exigencias sociales de los individuos y de los grupos sociales representa el motor principal del fenómeno de la especificación, el fundamento del nacimiento y del desarrollo de los derechos pertenecientes a nuevos sujetos contextualizados, considerados en las varias formas de interacción social, en la pluralidad de situaciones históricas e institucionales contingentes.

3.1. Los derechos fundamentales entre razón e historia: el modelo de Peces-Barba

Un instrumento heurístico de esencial relevancia, a fin de analizar la evolución de los fenómenos sociales, está representado por la noción de “razón situada en la historia”, clave metodológica que en la teoría de Peces-Barba representa el objeto esencial del estudio de la realidad social para fundamentar las razones de su transformación. Desde este punto de vista, toda su obra se puede considerar como un intento de conciliar “razón” e “historia” en una síntesis homogénea. En el marco de una indagación histórica racionalmente orientada, se puede concebir la dimensión evolutiva del Estado de derecho y de las libertades públicas e individuales como un proceso naturalmente expansivo, una sucesión de conquistas progresivas en el seno de un desarrollo unitario de las diversas generaciones de derechos.

Por una parte, el modelo teórico que el autor propone no se limita a reflexionar pasivamente sobre la evolución de la realidad, sino que ambiciona constituir el horizonte normativo que debería orientar la producción jurídica del poder político; aspira, en otros términos, a mostrar cómo debería ser la

²⁴ Vid. especialmente: G. PECES-BARBA, “Tránsito a la Modernidad: Siglos XVI y XVII”, en ID., E. FERNÁNDEZ GARCÍA, *Historia de los Derechos Fundamentales*, t. I, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 13-263. Para una argumentación crítica: J. ALVAR EZQUERRA, *La Antigüedad en la historia de los derechos humanos*, en VV. AA., *Entre la ética, la política y el Derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. I, cit., pp. 1-20.

realidad para posibilitar el desarrollo más amplio del individuo en el seno de la sociedad. Por otra parte, este modelo no se puede considerar como una reflexión etérea desvinculada de cualquier vinculación con los hechos sociales, en cuanto se propone analizar en profundidad la realidad histórica, con el fin de evitar cualquier manipulación, tomando conciencia de los nexos causales que interconectan los diversos eventos y contextualizando los problemas.

En la combinación del análisis sincrónico y el diacrónico es posible identificar el propósito de superar las aporías del absolutismo moral que caracteriza algunas doctrinas iusnaturalistas, así como el determinismo propio de algunas versiones del historicismo y los dogmas del positivismo jurídico más formalista, sin por ello renunciar a la posibilidad de prever instancias potencialmente universalizables. Entre el plano de la teorización filosófica y el de la realidad social se puede por tanto determinar un nexo causal bidireccional: los desarrollos teóricos de los derechos aparecen inextricablemente conexos a las transformaciones políticas, económicas, culturales y viceversa.

Asumiendo una posición epistemológica de moderado cognitivismo ético, Peces-Barba caracteriza el principio de dignidad, de forma análoga a los valores que del mismo se derivan, como dotado de un estatuto de racionalidad objetiva, de forma que la globalidad de su propuesta se puede concebir como dotada de un significado universalizable si bien siempre a partir de la referencia a un contexto social determinado²⁵.

3.2. El derecho natural y los derechos humanos al análisis de la historia: la perspectiva iusnaturalista de Pérez Luño

En el seno del recorrido intelectual de Pérez Luño, el estudio del nacimiento y la evolución de los derechos humanos resulta indisolublemente

²⁵ “Su apertura a la *fundamentación axiológica del derecho* y, en especial, de los derechos fundamentales, su abierta superación del formalismo a partir del necesario entronque del derecho en el poder [...], le alejan manifiestamente de las versiones clásicas del *positivismo formalista y legalista*. Ahora bien, la superación del reduccionismo legalista, del agnosticismo axiológico, del dogmatismo acríptico [...], tradicionalmente imputados como quiebras básicas del positivismo jurídico, obligan a pagar el precio de tornar borrosas y lábiles las fronteras distintivas del positivismo respecto de su secular antagonista el iusnaturalismo; en particular, respecto a las direcciones metodológicas, críticas e historicistas renovadoras del pensamiento iusnaturalista” (A. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales en Gregorio Peces-Barba*, en VV. AA., *Entre la Ética, la Política y el Derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. I, *cit.*, p. 1081, énfasis añadido). Sobre la orientación epistemológica y cognoscitiva relativa al estudio de los derechos, vid. también el análisis de: V. FERRARI, *Algunas razones del relativismo jurídico*, en VV. AA., *Teoría y metodología del derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. II., *cit.*, pp. 499-528.

ligado a la indagación sobre la historia del derecho natural. Tal y como se ha mencionado, el filósofo defiende una versión crítica, moderada y flexible del iusnaturalismo, de acuerdo con la cual el mundo del derecho presupone una pluralidad irreducible de valores, bienes y principios potencialmente conflictivos e inconmensurables. Los ideales que informan el contenido del derecho no pueden concebirse como un sistema cerrado y estático de principios absolutos, situados en una esfera ontológica trascendente; en un contexto social dominado por el fenómeno del pluralismo ideológico, resulta más sostenible una forma dinámica y abierta de iusnaturalismo²⁶.

La constatación de la pluralidad de valores antitéticos que sustancian las expresiones específicas de los derechos naturales lleva al autor a evidenciar el irreducible carácter multiforme, buscando la función histórica en su concreta fenomenología²⁷; a conducir la investigación y el reconocimiento de la intrínseca variabilidad y heterogeneidad de los principios naturales, que asumen diversas configuraciones correlativas a la pluralidad de contextos sociales, políticos y culturales de los que traen origen.

El único “meta-principio permanente”, el elemento de “univocidad histórico-funcional” de la teoría defendida por el autor se identifica, con un alto grado de abstracción explicativa, en la pretensión del derecho natural de ejercer de criterio de legitimidad y límite crítico del derecho positivo y del poder político. Desde este punto de vista –argumenta el autor– el principal mérito histórico del iusnaturalismo moderno (derecho natural racionalista, humanista e iluminista de los teóricos del contractualismo) consiste en su

²⁶ Entre los exponentes más ilustres de la teoría iusnaturalista en sentido deontológico, Pérez Luño cita a autores como Kant, Stammler, Bloch, Fassò, Recasens, Truyol y Serra, Welzel, Eric Wolf (A. PÉREZ LUÑO, *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una Filosofía de la Experiencia Jurídica*, cit., p. 203).

Sobre el tema del pluralismo ético, cfr. en particular: A. PÉREZ LUÑO, *Nuevos Retos del Estado Constitucional: Valores, Derechos, Garantías*, Universidad de Alcalá, Madrid, 2010, págs. 20-25; ID., “El nuevo paradigma de los Derechos fundamentales en el Estado Constitucional”, *Crónica Jurídica Hispalense*, núm. 11, 2013, pp. 459 ss. *In extenso*, cfr. también: J. CALVO, A. PÉREZ LUÑO (ed.), “Los derechos humanos, significación, estatuto jurídico y sistema (revisión)”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 2, 1986, p. 800; P. LOMBARDÍA, “El concepto actual de Derecho eclesiástico y su marco constitucional”, *Anuario de Derecho Eclesiástico*, núm. 1, 1985, pp. 623 ss.

²⁷ Sobre su visión de la experiencia jurídica como fenómeno constitutivo del devenir histórico es particularmente relevante la influencia de autores como F. BATTAGLIA, *Corso di filosofia del diritto*, vol. III., Foro Italiano, Roma, 1942, p. 169; G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, en *Opere*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1959, pp. 596-597; G. FASSÓ, *La storia come esperienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1953, pp. 7-12, 95-132.

constante reivindicación de la idea de que el derecho positivo reconozca jurídicamente determinados valores y exigencias morales de la persona humana, en cuanto condiciones de legitimidad de un derecho justo.

Rechazando aquella interpretación particularmente extendida del iusnaturalismo moderno como concepción radicalmente subjetivista basada en la prioridad lógica y ontológica de los derechos naturales, como antítesis de la visión clásica del derecho de la naturaleza entendido como ley del orden objetivo, Pérez Luño subraya repetidamente cómo la diferencia entre las dos teorías es en realidad de naturaleza prevalentemente ético-política. Lejos de constituir un vuelco integral de perspectiva o “una revolución copernicana” del modo de pensar, la novedad de la concepción moderna de los derechos naturales subjetivos residiría más bien en una mayor acentuación de algunas de sus características²⁸.

Con este propósito, un caso particularmente representativo de la continuidad interna de la doctrina viene representado por los teólogos y juristas españoles de los siglos XVI y XVII (Francisco Suárez, Fernando Vázquez de Menchaca, Francisco de Vitoria, Bartolomé de Las Casas...), los cuales, a pesar del carácter ambivalente que caracteriza aún su concepción de la racionalidad práctica, pueden ser globalmente considerados como un importante antecedente doctrinal y un momento de transición entre la teoría clásica y la moderna de la ley natural.

Con respecto a esta reconstrucción, algunos autores han argumentado la existencia de una interpretación forzada. En concreto, Manuel Atienza²⁹ pone el acento sobre la dimensión jerárquica que connota aún los derechos naturales en la edad tardo-medieval y proto-moderna: en la tradición clásica del iusnaturalismo –recuerda– siempre se ha defendido una noción de libertad e igualdad entre los hombres que admitía, por ejemplo, la esclavitud natural y la persecución de los herejes, con base en asunciones antropológicas totalmente ajenas al horizonte emancipatorio de los derechos humanos. Partiendo de estos presupuestos, Atienza estigmatiza como una forma de anacronismo la aplicación de la categoría de los derechos humanos al perio-

²⁸ A. PÉREZ LUÑO, *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*, Trotta, 2ª ed., Madrid, 1995, p. 182.

²⁹ M. ATIENZA, “A. Pérez Luño (ed.), *Los derechos humanos, significación, estatuto jurídico y sistema (recensión)*”, *Sistema*, núm. 37, 1980, pp. 147-148. A este respecto véanse también: E. FERNÁNDEZ, “El problema del fundamento de los Derechos Humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 1, 1982, págs. 82-84; ID., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984, p. 90; G. PECES-BARBA, “Los derechos fundamentales en la cultura jurídica española”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 1, 1982, p. 241.

do histórico anterior. Una objeción análoga ha sido también formulada por Peces-Barba³⁰, quien por otra parte, al menos en un primer momento de su reflexión muestra su falta de conformidad con el planteamiento metodológico adoptado, con respecto al papel marginal reservado al análisis diacrónico.

Ninguna de estas críticas atina en el blanco. La reconstrucción hermenéutica de Pérez Luño es altamente sensible a la dimensión histórica: el término “derechos humanos” es visto como un concepto del que, a pesar de los numerosos precedente doctrinales, se puede predicar la existencia con propiedad sólo en relación con algunos contextos específicos, o tan sólo a partir de aquella transición a la modernidad que llevará posteriormente a las revoluciones liberales de los siglos XVII y XVIII. Lo que afirma el filósofo es que, si bien con notables divergencias teóricas (para las que sólo en una acepción débil se puede hablar propiamente de una “Escuela”), corresponde a los clásicos españoles de la Universidad de Salamanca, Valladolid o Alcalá el mérito de haber aportado una contribución decisiva al significativo proceso de secularización en clave racionalista de la ley natural³¹.

4. ALGUNOS ELEMENTOS PARA UN BALANCE

El tema de la historicidad de los derechos constituye probablemente el terreno sobre el que mejor se puede medir el diálogo entre estos dos filósofos. A este respecto, puede detectarse una convergencia sustancial en la asunción de la historia como instancia explicativa y no justificativa de los derechos. La dimensión histórica, en otros términos, asume una relevancia esencial a fin de describir el contexto genético y evolutivo de los derechos, aunque sin implicar un recurso a alguna forma de historicismo holístico (entendido en sentido popperiano como una forma de determinismo rígido).

Los derechos nacen como consecuencia de la interacción de diversas causas de naturaleza socio-económica, geo-política e ideológica: el nacimiento

³⁰ G. PECES-BARBA, “Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos humanos”, cit., pp. 223-224. Sea como fuere, cabe precisar que posteriormente (ID., *Curso de Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, cit., p. 31), el filósofo reconocerá la proximidad teórica entre sus posiciones en lo atinente al tema de la historia.

³¹ A. PÉREZ LUÑO, *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*, cit., pp. 105-107. Para una crítica de su teoría continuista, además de la ya citada recensión de Atienza, vid. también (de forma más dubitativa y atenuada): E. FERNÁNDEZ, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, cit., p. 90.

del capitalismo y del Estado, el ascenso de la burguesía como clase hegemónica, el desarrollo de las relaciones de mercado, la progresiva humanización del derecho penal y procesal, la ruptura de la unidad religiosa y la propagación de la Reforma protestante, el descubrimiento revolucionario de las ciencias de la naturaleza, el surgimiento de una nueva mentalidad individualista y racionalista, la afirmación del paradigma contractualista moderno, entre otros fenómenos. Los factores sociales, económicos, religiosos, políticos etc. –se debe precisar– desarrollan un papel explicativo fundamental en el estudio de la evolución histórica, pero sin por ello llegar a agotar el significado último de los derechos. Tomando prestada una distinción epistemológica de Hans Reichenbach, se podría decir que forman parte más del “contexto del descubrimiento” que del “contexto de la justificación”.

Teniendo presente la globalidad del recorrido filosófico e intelectual de estos dos autores españoles, se podría igualmente identificar un elemento ulterior de vecindad teórica en el intento de elaborar y promover un modelo normativo de organización y gestión del poder centrado en la tutela y garantía de los derechos fundamentales y sobre algunos principios morales basilares como la dignidad, la libertad, la igualdad, la solidaridad o la seguridad.

Es justamente en sede de ética normativa donde se pueden ubicar la mayoría de los elementos de convergencia entre ambas teorías. En este sentido, si bien nos encontramos frente a dos modos diversos de considerar el fenómeno jurídico, ambas perspectivas parecen susceptibles de integración con respecto a ciertos aspectos. En cuanto representan dos respuestas diversas frente a problemas análogos, en línea de principio, los dos acercamientos pueden dialogar racionalmente sin evidenciar incompatibilidad de fondo alguna³².

Sobre todo, en lo que atañe a la defensa común de los ideales de la tolerancia y el diálogo, las dos reflexiones pueden ser adscritas a una orientación pluralista que presenta las características de flexibilidad, dinamismo y apertura. Ambos autores, motivados por un intento de integrar la orientación democrático-liberal con la socialista, tratan de afirmar la unidad evolutiva y

³² Probablemente no es casual que un autor de referencia esencial para la formación de ambos filósofos haya sido el propio Norberto Bobbio, quien, planteando una tripartición de la doctrina iuspositivista y iusnaturalista (la separación entre planteamiento metodológico, teórico y deontológico) ha sostenido repetidamente que la actitud de imparcialidad científica sea en principio compatible con una aproximación ético-política (vid. sobre todo: N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Laterza, 4ª ed., Roma-Bari, 2011, *passim*).

la interdependencia multifuncional del sistema de los derechos en el seno de una concepción teleológica (“exigente”) del Estado constitucional.

En esta reconstrucción doctrinal, los derechos sociales, económicos y culturales, junto con los derechos de la última generación, se sitúan en una línea sustancial de continuidad con las aportaciones de la tradición liberal y democrática. En la última fase de su evolución, los derechos pueden también disponer de una dimensión “horizontal”, relacional que por el contrario faltaba en los derechos clásicos de la tradición liberal.

En concreto, Pérez Luño llega a identificar una estrecha conexión entre el progreso histórico y la continua ampliación de las generaciones de los derechos, en el seno de un recorrido (inevitadamente marcado por una continua alternancia de mejoras y retrocesos) en el que el Estado constitucional de derecho, en su ambición por superar los límites formalistas de los modelos precedentes de ciudadanía, puede ser considerado como principio rector provisional³³.

Por otra parte, también Peces-Barba, partiendo de presupuestos liberales e igualitarios, construye un modelo teórico inclusivo y sincretista altamente sensible al sustrato material que informa el contenido de los derechos; un proyecto de integración social cuyo objetivo pasa por conjugar las diversas corrientes históricas y filosóficas (el humanismo renacentista, el iusnaturalismo moderno, la filosofía iluminista, el liberalismo político, el pensamiento socialista y democrático) que, a partir de la época de la transición a la modernidad hasta nuestros días, han favorecido la puesta en valor del ser humano como individuo autónomo³⁴. Por razón de la ineliminable dimensión utópica que le pertenece, la modernidad iluminista representa un proyecto cultural aún inacabado y por tanto siempre susceptible de ser actualizado.

La ampliación de la esfera de los derechos en la dirección de una forma de igualdad sustancial, de “libertad igualitaria”, es por tanto considerado (por ambos autores) como un desarrollo racional del hito histórico que ha marcado el nacimiento y consolidación de los derechos y al mismo tiempo como el resultado natural de un proyecto típicamente moderno que no puede considerarse aún concluido. Los valores del Iluminismo y del paradigma

³³ Cfr. A. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos y constitucionalismo en la actualidad: ¿continuidad o cambio de paradigma?*, en ID. (a cargo de), *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 14 ss.

³⁴ Cfr. R. ALARCÓN, “Un modelo de interrelación entre Moral, Poder y Derecho”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 2, 2005, pp.119 ss.

de la Modernidad pueden constituir la base de un proyecto utópico incardinado en la consecución de un nuevo consenso internacional en torno a las nociones de derechos humanos, democracia y paz³⁵. Desde este punto de vista, el desarrollo internacional de los derechos humanos y de los sistemas supranacionales de justicia constitucional, los progresos de instauración de una justicia penal internacional, el reforzamiento de los procesos de integración supraestatal, entre otros fenómenos, pueden ser considerados como los primeros instrumentos para establecer las bases éticas, culturales y jurídicas de un orden político universal de carácter cosmopolita.

MICHELE ZEZZA
Dipartimento di Giurisprudenza
Università di Pisa,
Via Collegio Ricci, 10,
56126 Pisa PI, Italia
e-mail: michele.zezza@for.unipi.it

³⁵ Vid. en particular: G. PECES-BARBA, "La universalidad de los derechos humanos", *Doxa*, núm. 15-16, 1994, pp. 613-633; ID., *Curso de Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, cit., pp. 150-154; A. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos y constitucionalismo en la actualidad: ¿continuidad o cambio de paradigma?*, en ID. (a cargo de), *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, cit., p. 30.

**LEY, PRINCIPIOS JURÍDICOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES
EN EL ACTUAR DE LOS JUECES Y LEGISLADORES.
UNA PROPUESTA POSITIVISTA
ANTE LA TEMPLANZA DEL CONSTITUCIONALISMO**

*LAW, JURIDICAL PRINCIPLES AND FUNDAMENTAL RIGHTS
IN THE ACTIONS OF JUDGES AND LEGISLATORS.
A POSITIVIST PROPOSAL
TO THE TEMPERANCE OF CONSTITUTIONALISM*

MIGUEL ÁNGEL SUÁREZ ROMERO
Universidad Nacional Autónoma de México

Fecha de recepción: 10-9-15
Fecha de aceptación: 12-1-16

Resumen: *Este artículo tiene como objeto de estudio los conceptos de Ley, principios jurídicos y derechos fundamentales, los cuales son analizados a partir de los planteamientos teóricos del jurista italiano Gustavo Zagrebelsky. A partir de dichas categorías conceptuales, se intenta replantear el paradigma del nuevo constitucionalismo proponiendo la viabilidad de un modelo de Estado Constitucional, donde paralelamente a la importante tarea de ponderación a cargo de los jueces constitucionales, sobreviva en condiciones de igualdad institucional la trascendente función del legislador racional. Se propone que este último actúe también como garante de aquellos principios y derechos, a través de normas de naturaleza legislativa que permitan un determinado nivel de certeza y seguridad, tanto en la esfera de los operadores jurídicos como de las personas titulares de derechos fundamentales.*

Abstract: *This article has as purpose of study the concepts of law, legal principles and fundamental rights, which are analyzed as from the theoretical approaches of the Italian jurist Gustavo Zagrebelsky. Based upon these conceptual categories, it is attempted to re-formulate the paradigm of the new constitutionalism, to propose the feasibility of a model or pattern of a Constitutional State, where in a parallel form to the important task of assessment by Constitutional judges, there survives, in conditions of institutional equality, the transcendental*

function of rational legislators. It is proposed that the latter act also as guarantors of those principles and rights, through provisions of a legislative nature rules that allow for a certain level of certainty and security, both in the sphere of legal operators as well as in that of the individuals endowed with any fundamental rights.

Palabras clave: ley, principios jurídicos, derechos fundamentales, constitucionalismo
Keywords: law, juridical principles, fundamental rights, constitutionalism

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo que se introduce toma como línea fundamental de su desarrollo, las ideas centrales del destacado jurista italiano Gustavo Zagrebelsky, quien fuera Juez, Presidente de la Corte Constitucional en Italia y en la actualidad profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Turín. El estudio se centra de manera específica en dos de sus principales obras; por un lado, aquella que tal vez más difusión e impacto ha dejado en la teoría jurídica contemporánea, cuyo título original es: *Il Diritto mitte, Legge diritti giustizia*¹ y, por el otro, una de más reciente difusión cuya versión en original es: *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*². El primero de los textos aludidos, ampliamente conocido y difundido en nuestra cultura jurídica, utiliza en la traducción castellana el término “dúctil”, el cual es un tanto cuestionado por su adecuada equivalencia, siendo tal vez más preciso o exacto el de “templanza” y de ahí el título que ha sido elegido para este ensayo. Dicha obra constituye, hasta nuestros días, una importante e imprescindible lectura para la comprensión de la evolución que ha tenido, durante la segunda mitad del siglo XX y estos primeros lustros del XXI, el concepto de Estado de Derecho y de constitucionalismo en la Europa continental con una importante influencia en regímenes constitucionales latinoamericanos y de forma muy concreta también en el pensamiento jurídico mexicano. La segunda de las obras mencionadas, tal vez menos difundida pero no por ello menos importante, en la cual se reafirma la postura del au-

¹ G. ZAGREBELSKY, *Il Diritto mitte. Legge diritti giustizia*, Giulio Einaudi editore, Torino, 1992. (Se cita la traducción castellana de Marina Gascón, *El dercho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1999.

² G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2009. (Se cita la traducción castellana de Manuel Martínez Neira y Adela Mora Cañada, *La Ley y su Justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, Trotta, Madrid, 2014.

tor italiano presentando las dos caras del Derecho y el papel de la Ley en el Constitucionalismo de nuestros tiempos.

A nuestro modo de ver, apreciamos que el análisis de la obra que se ha descrito en su conjunto, puede ser hecho bien desde una perspectiva de la Filosofía del Derecho, desde una óptica de la Historia de las Instituciones jurídicas y también desde el plano estrictamente dogmático del Derecho Constitucional. Por ahora no haremos particular referencia a cada uno de estos enfoques, aunque si advertimos al lector que el estudio que sigue, ha de adscribirse esencialmente a la primera de las perspectivas señaladas siempre con aspectos vinculados a las otras dos, intentando de manera muy general ir presentando los rasgos y los lineamientos que caracterizan al nuevo Estado Constitucional, siempre a la luz de los conceptos de Ley, principios jurídicos y derechos fundamentales, bajo la óptica y la defensa de un modelo de positivismo jurídico que el autor turinés desprecia o por lo menos sí intenta abandonar.

En cuanto a su estructura, el trabajo se encuentra dividido en tres partes, en donde la primera de ellas presentará de manera sistemática las diferencias, pero sobre todo la superación de los postulados del viejo modelo de Estado de Derecho en relación al actual Estado Constitucional. Se comienza por establecer y a la vez cuestionar el postulado según el cual al ser el Estado Constitucional y democrático el paradigma de las sociedades occidentales actuales, es preciso que deje de considerarse a la Ley, entendida como voluntad del legislador omnipotente, como única fuente de derechos, para que ahora deba tomarse en cuenta la pluralidad de las sociedades y de las culturas, y así poder distinguir una serie de valores y principios, que como derechos fundamentales se incorporan en el texto constitucional.

En el segundo epígrafe se aborda el tema de la separación de los derechos de la Ley, vinculado a esa evolución que presenta el autor del derecho a la ley y su revés de la ley al derecho, intentando mantener la postura de que no debe existir tal separación radical, sino tal vez y aún más su complementación. Asimismo, se analiza la distinción entre derechos de libertad y de justicia que presenta nuestro autor de referencia, proponiendo la tesis de una Ética Pública que contemple todos los valores superiores del Ordenamiento.

En el tercer y último apartado, se estudia la forma en que debe entenderse la Ley y los principios en el Derecho del Estado Constitucional, así como el papel que juegan los jueces en su aplicación e interpretación, aquello que Zagrebelsky recientemente llama el deber y la responsabilidad actual de

los jueces constitucionales. Dichos principios de justicia deben permanecer como guía del sistema jurídico, de tal suerte que el juez al ponerlos en contacto con la realidad, pueda aplicar la Ley correcta en la solución de cada caso que se le presente. Esta ponderación y elección de principios que realiza el que aplica el Derecho, permite una mayor templanza en la aplicación, que del Derecho, debe hacer el órgano jurisdiccional, pero tomando como referente al legislador que incluso puede fijar reglas de aplicación e interpretación de dichos principios y del resto de normas del sistema que permitan garantizar un grado de certeza y seguridad, como en su momento parece proponerlo Luigi Ferrajoli. La compatibilidad y complementariedad entre Ley, derechos y justicia permitirán un mejor y más adecuado sistema jurídico que responda a las necesidades de nuestro tiempo.

2. FORMA DE ENTENDER LA LEY EN UN NUEVO ESTADO CONSTITUCIONAL

Para comenzar este apartado, debemos tomar en cuenta una premisa fundamental de la cual parte el autor italiano Gustavo Zagrebelsky, que consiste precisamente en aprender a considerar la esencia o idea sustancial de las cosas; ya que con frecuencia, cuando tenemos frente a nosotros un objeto de estudio, pretendemos conocerlo o describirlo tomando en consideración exclusivamente sus aspectos externos, sin tomar en consideración “la idea” de la cual proviene ese objeto, que generalmente permite que exista porque de lo contrario dicho objeto carecería de significado por sí mismo³. Esto, trasladado al ámbito de los juristas o estudiosos del Derecho, nos hace pensar que el problema ante el cual nos encontramos en el análisis de las diversas instituciones jurídicas de nuestros tiempos, no se encuentra en las normas válidas o vigentes de un determinado sistema, que a la vez han constituido el objeto principal de todo estudio científico del Derecho, sino que más bien se encuentra en las ideas, principios y valores que se encuentran tras ese conjunto de normas o leyes jurídicas positivas.

En este orden de ideas, enfocándonos directamente al terreno del Constitucionalismo, es posible percibir la evolución que han tenido los conceptos que han sido pilares del mismo. Así, en cuanto hace al concepto de “soberanía” cuyo origen está en el pensamiento de Juan Bodino, se obser-

³ Vid. G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, cit., pp. 9 y ss.

va que tuvo durante gran parte del siglo XX un papel trascendente en los Estados Constitucionales, implicando siempre una defensa de lo que se denominó supremacía al interior del territorio estatal y representatividad hacia el exterior del mismo⁴. Esto, desde el punto de vista jurídico, hace ver a la soberanía expresada como una reconducción de cualquier manifestación de fuerza política a la persona soberana del Estado. Ahora bien, tomando en consideración la forma y estructura de las sociedades actuales, caracterizadas por su pluralismo dentro de los sistemas democráticos, se plantea la posibilidad de sustituir la función ordenadora de la soberanía del Estado, por una soberanía de la Constitución⁵, en donde la tarea de ésta no sea exclusivamente la de establecer un proyecto predeterminado, sino más bien realizar las condiciones de su propia posibilidad. Es decir, la Constitución ya no debe tomarse como piedra angular de la cual deriva todo el sistema jurídico estatal, sino más bien como centro sobre el que convergen todas las demás normas del sistema, incluyéndose evidentemente las emanadas del legislador y las de la jurisdicción constitucional.

De esta forma es que el autor turinés propone lo que denomina ductilidad de la Constitución, consistente en la coexistencia de los valores y principios de la misma, que permitan que persista su afán de integración, pero a la vez garantice el pluralismo al que nos hemos referido⁶. En consecuencia, dichos principios constitucionales no podrán ser en ningún sentido absolutos, sino que concomitantemente deben convivir en su totalidad, sin que la aplicación de uno en determinados casos implique la supresión del otro u

⁴ Bodino, en las primeras líneas de su obra, nos dice que: "República es un justo gobierno de muchas familias y de lo común a ellas con suprema autoridad". Una vez definida la República que en este caso equivale al concepto que le corresponde al término genérico 'Estado', tendríamos que precisar lo que debe entenderse por «suprema autoridad» ó «soberanía», que en palabras de su propio creador sería "el poder absoluto y perpetuo de una República", J. BODINO, *Los seis libros de la República, Tomo I*, trad. de G. de Añastro Isunza, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 147 y 267 respectivamente.

⁵ Vid. G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, cit., pp. 12-14. Más recientemente el propio autor turinés reafirma esto con la defensa del concepto de Constitución pluralista, en donde "ya no existe un soberano efectivo y ya no existe tampoco la lucha por la soberanía como en los períodos duales. Cada sujeto social lucha para mejorar su propia posición pero en un contexto definido por la presencia de muchas fuerzas, políticas, económicas, culturales, tan numerosas que la pretensión de acabar con las demás y construir un poder soberano, es decir, ilimitado, como el de otros tiempos, resulta irreal", G. ZAGREBELSKY, *La Ley y su Justicia*, cit., p. 302.

⁶ Vid. *Ibidem*, pp. 174 y ss.

otros que lo contraríen⁷. Se trata del abandono de aquello que el propio autor denomina “absolutismo legalista”, renunciando a la justicia formal para retornar a la justedad del derecho⁸. De este modo se rechaza también la idea de una jerarquización de principios, ya que todos tienen el mismo valor dentro del Ordenamiento⁹, sólo que habrá que ponderar su aplicación en los casos concretos. Pues como bien advierte Ronald Dworkin, el papel de los jueces en el control de la constitucionalidad es fundamental y asimismo se presentan como defensores de la democracia constitucional, por lo que no debe temerse a aquella posición que alega un abuso de poder de dichos operadores jurisdiccionales pues dicho peligro puede devenir de cualquier otro ente institucional¹⁰.

Como consecuencia de lo antes dicho, se defiende la existencia de una “dogmática jurídica líquida”, que permita la concurrencia de todos los principios que integran el orden constitucional de nuestra época, el cual dejaría de ser homogéneo para convertirse en heterogéneo. Aunque, como ya veremos más adelante, dicho carácter heterogéneo del Estado Constitucional actual, no debe implicar de manera necesaria un rompimiento o resquebrajamiento de los principios que rigen al Derecho como sistema y que pueden reducirse al de plenitud, coherencia y autonomía¹¹.

Ahora bien, dentro de esa concurrencia de principios en la Constitución actual de diversa índole y magnitud, sólo se justifica la existencia de un contenido esencial indiscutible dentro de la Constitución, el cual no puede ser abatido ni contradicho por nadie, que es precisamente “el principio de la pluralidad de los valores y principios”, sin el cual no sería posible caracterizar a las constituciones actuales como relativizadoras de esos mismos valores y principios entre sí, que es lo que permite que a su vez se vuelvan dúctiles o moderadas.

En este sentido, nos encontramos ante una transformación del tradicionalmente denominado Estado de Derecho –propio de la Europa continen-

⁷ Vid. G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, cit., pp. 14 y ss.

⁸ Vid. G. ZAGREBELSKY, *La Ley y su Justicia*, cit., pp. 22-30.

⁹ Nosotros aquí nos referimos al Ordenamiento como Institución, en el sentido en que lo hiciera Santi Romano, caracterizado entre otras cosas por su existencia objetiva, su autonomía y sobre todo su unidad, para lo cual puede verse S. ROMANO, *El Ordenamiento jurídico*, trad. de S. y L. Martín-Retortillo, Reus, Madrid, 2012, pp. 100-105.

¹⁰ Vid. R. DWORKIN, *Freedom's Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 1996, p. 11.

¹¹ Sobre estos principios que rigen al sistema jurídico véase N. BOBBIO, *Teoría General del Derecho*, trad. de E. Roza Acuña, Debate, Madrid, 1996, pp. 165 y ss.

tal- en un Estado Constitucional¹². Por lo que se refiere al primero de los señalados, esto es al Estado de Derecho, se debe aludir a algunos de sus rasgos característicos y a partir de los cuales se va a plantear otra forma de entenderlos. Así pues, se señala el “principio de legalidad” propio de todo Estado de Derecho, el cual es entendido como una reducción del Derecho a la Ley, o bien como supremacía de ésta sobre todas las demás fuentes del Derecho¹³; a diferencia de lo que ocurría con el *Rule of Law* anglosajón, en donde el Derecho no dependía del gobierno de las leyes, más bien su dependencia es de orden pragmático en donde el conocimiento se produce en los casos concretos a través de un proceso inductivo, que a lo largo del tiempo ha sido denominado como: *iuris prudentia*. Pero desde nuestro punto de vista no resulta necesario hacer esta contraposición entre Ley y Constitución, pues ambas pueden seguir siendo consideradas fuentes del Derecho en el nuevo modelo de Estado Constitucional, aunque tal vez como señala Luigi Ferrajoli distinguiendo jerarquía de las fuentes y jerarquía de las normas, en este enfoque formal y estructural del constitucionalismo que defiende un concepto de derechos fundamentales bajo las mismas coordenadas¹⁴. Así lo puede ver, entre otros, Javier Pérez Royo quien asevera que: “La Constitución pretende ordenar la génesis del Derecho. Y esto lo suele hacer de dos maneras: regulando, por una parte, ciertas materias de manera directa o determinando, por otra, qué órganos y con qué procedimientos regularán aquellas materias que ella misma no ha regulado. La Constitución es, por tanto, y de manera simultánea, fuente del Derecho y norma que regula las fuentes del Derecho, la producción jurídica”¹⁵.

Por otro lado suele destacarse también, dando un significado liberal a este principio de legalidad, la máxima que estatuye que, para los órganos del

¹² Por lo que se refiere a los distintos modelos de Estado de Derechos, véase en términos generales R. ASÍS ROIG, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Dykinson, Madrid, 1999. Un esbozo histórico de lo que puede y debe entenderse evolutivamente como constitucionalismo, puede verse en M. FIORAVANTI, *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, trad. de A. Mora y M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2014, pp. 17-58.

¹³ En este punto tal vez convenga adoptar y precisar una definición de fuentes del Derecho, estableciendo que precisamente “son aquellos hechos y actos jurídicos, resultados institucionales. O dicho con otras palabras, son las normas jurídicas vistas como resultados institucionales, vistas como hechos o actos jurídicos”, J. AGUILÓ REGLA, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000, p. 63.

¹⁴ Vid. L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Tomo I, trad. de P. Andrés Ibañez y otros, Trotta, Madrid, 2011, pp. 852 y ss.

¹⁵ J. PÉREZ ROYO, *Las Fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 31.

Estado todo lo no permitido está prohibido, mientras para los particulares todo lo que no está prohibido está permitido. Esto debido a que la Ley como protectora de los derechos individuales de las personas, nunca estableció lo que la administración no podía hacer, sino por el contrario lo que debía realizar. Asimismo, dentro de esta corriente de pensamiento, se destacan en todo momento las características o rasgos fundamentales de la Ley y que son: la generalidad, la abstracción y la impersonalidad¹⁶. La generalidad de la Ley siempre se invocó como elemento indispensable para la verificación del principio de separación de poderes, ya que de lo contrario los actos legislativos podrían ser del mismo tenor que los administrativos y jurisdiccionales. Además, esta generalidad permitía que se pudiera hablar de una Ley igual para todos aquellos que, de una manera o de otra, estuvieran sujetos a un determinado ordenamiento político y jurídico. La abstracción, por su parte, implica la regulación de conductas mediante “supuestos jurídicos de hecho”, que tienden a valer indefinidamente para darle certeza y estabilidad al orden jurídico. La impersonalidad, con estrecha vinculación con las dos anteriores, se refiere precisamente a que una Ley jamás puede ser dictada para regular un supuesto determinado dentro del cual se encontrara un sujeto también determinado.

En consecuencia, existía una homogeneidad del Derecho identificado con la Ley soberana emanada del Estado, en atención a que servía a una sociedad de las mismas características, que se encontraba satisfecha con la voluntad positiva del legislador plasmada en los códigos. Sin embargo, esta caracterización del Derecho a que hemos aludido lleva a Zagrebelsky, a concebir la actividad del jurista como un mero servicio a la Ley, es decir, se limita a su exégesis o simple conocimiento de la voluntad del legislador¹⁷.

Por lo anterior, se plantea la sustitución de este Estado de Derecho, por el Estado Constitucional, en donde la Ley aparece subordinada a una serie de principios y valores más elevados que se encuentran establecidos en la Constitución. En otro contexto, pero finalmente, enfrentando los conceptos de Constitución y Ley, Zagrebelsky insiste en que no deben ser confundidos y mucho menos ser considerada la Constitución como una Ley supre-

¹⁶ Es el concepto de ley en sentido material para lo cual puede verse muy concretamente C. DE CABO MARTÍN, *Sobre el Concepto de Ley*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 35 y ss.

¹⁷ Sobre el método de la exégesis que consistía en el comentario y el tratado de los artículos del código, puede verse G. TARELLO, *Cultura jurídica y política del derecho*, trad. de I. Rosas Alvarado, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, pp. 70 y ss.

ma, pues la primera tiene ciertos rasgos esenciales y profundos como el de ser una norma constitutiva, una norma inclusiva-exclusiva, un compromiso, una norma duradera y asimismo convencional de autonomía social¹⁸. En esta sustitución de la Ley por la Constitución, se observa una marcada reducción de la generalidad y abstracción de la primera, precisamente debido a la diversificación de grupos y estratos sociales que ejercen una presión importante sobre el legislador, provocando la aprobación de leyes de carácter sectorial y temporal, propias del llamado Estado Social. A este fenómeno del proceso plural, Zagrebelsky le denomina “ocasionalidad”, el cual se presenta claramente opuesto a las características de abstracción y generalidad de las leyes. A nuestro modo de ver no creemos que deba contraponerse el concepto de Ley con el de Estado Constitucional basado en principios, pues en todo caso habría que entender a la Ley bajo coordenadas que expliquen su importancia y significado constitucionales¹⁹, contemplando evidentemente la sumisión de la misma a la defensa de los derechos fundamentales y al control de la constitucionalidad al que sea susceptible someterla.

Asimismo, en contraposición a la homogeneidad del Estado de Derecho encontramos la heterogeneidad del Derecho en el Estado Constitucional, en virtud de que el Imperio de la Ley va a ser sustituido por el conjunto de valores y principios constitucionales²⁰, que van a valer concomitantemente y que no se niegan uno a otro, como consecuencia del consenso al que ha llegado esa pluralidad social. Aunque desde nuestro punto de vista, el texto constitucional siempre será limitado por su propia naturaleza y por lo tanto insuficiente para hacer frente a los problemas surgidos de la realidad histórica, como única norma de carácter general en el Estado de Derecho.

Creemos que es válido traer a colación en este lugar el punto de vista del profesor Francisco Laporta, quien ante el intrincado problema de la Crisis de la Ley en el Estado Constitucional actual, sostiene que hay que reinventar

¹⁸ Vid. G. ZAGREBELSKY, *La Ley y su Justicia*, cit., pp. 112 y ss.

¹⁹ Es aquello que ha sido denominado principio de legalidad selectiva por virtud del cual el concepto de Estado de Derecho actual precisa de dos elementos en forma simultánea: el Imperio de la Ley y la presencia de contenidos normativos en forma de derechos fundamentales, para lo cual puede verse F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 191 y ss.

²⁰ En otras palabras sobre esto se ha dicho que: “Lo que hace pocos años llamábamos “imperio de la ley” parece ser hoy, en nuestros Estados de Derecho, el “imperio de la constitución”. Y ello obliga a preguntarse: ¿Qué es la ley? ¿Qué queda, si queda algo del “imperio de la ley”?”, L. HIERRO, *Estado de Derecho. Problemas actuales*, Fontamara, México, 2001, p. 36.

la Ley o bien dar un viraje de vuelta a la misma. En el entendido de que no debemos ver sólo a la “Ley en su sentido formal” como producto de los órganos legislativos constituidos, sino también a la “Ley en su sentido material” con exigencias sustanciales de carácter ético para cumplir cabalmente con el principio de legalidad consagrado en todos los Estados de Derecho y al que se refiere Zagrebelsky sólo en forma parcial²¹. En todo caso, ante la polaridad de posturas en torno a este tópico, resulta ser asertiva la postura de Javier Ansuátegui, al afirmar que la “crisis de la ley no significa necesariamente la crisis de las exigencias de la idea de imperio de la ley, entendida como imperio del Derecho. ..., se propondrá la idea según la cual lo que ocurre en el Estado constitucional es una evolución, transformación, de elementos y estructuras internas del propio Estado de Derecho, como consecuencia, entre otros factores, del progresivo protagonismo de la Constitución”²².

En resumen, creemos que es posible afirmar que en momentos actuales en que encontramos un fuerte desarrollo de los principios en el Estado Constitucional, la Ley debe guardar similitud –por lo menos en muchos aspectos– con la norma que le da origen; es decir, debe ser abierta, plural y de amplias dimensiones en el terreno argumentativo siempre en defensa de los derechos fundamentales²³. Pero, al fin y al cabo, será imposible prescindir de su creación y promulgación por parte del legislador constituido, pues este puede y debe ser también un garante positivo a través de normas constitucionales primarias de dichos principios y derechos y no dejar la efectividad de los mismos sólo a las normas constitucionales secundarias. Porque como bien ha señalado Luigi Ferrajoli “las garantías de los derechos fundamenta-

²¹ Vid. F. LAPORTA, *El Imperio de la Ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 160-167. En el mismo sentido aunque con enfoque metodológico diverso nos hemos pronunciado sobre este particular en defensa del “Imperio de la Ley” ante su eventual crisis, para lo cual puede verse M. A. SUÁREZ ROMERO, “Estado Constitucional y Argumentación Jurídica en sede legislativa”, *Derechos y Libertades*, núm. 28, Dykinson, 2013, pp. 139-168. De igual forma véase en términos generales M. A. SUÁREZ ROMERO, *Crisis de la Ley y Estado Constitucional. La argumentación jurídica del legislador*, Porrúa, México, 2015.

²² F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, *De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 73. Asimismo, del mismo autor véase *Razón y voluntad en el Estado de Derecho*, cit., pp. 186-191.

²³ Así, se ha pronunciado María José González Ordovás, al afirmar enfáticamente que dentro del “nuevo paradigma, el del constitucionalismo, el lugar de la ley está en el desarrollo de los derechos fundamentales, y aunque no sólo ahí, eso le hace ser un tipo de legislación necesariamente abierta, esperando al futuro, una ley sometida a la tensión interpretativa”, M. J. GONZÁLEZ ORDOVÁS, *Ineficacia, Anomía y Fuentes del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 108.

les constitucionalmente reconocidos y, más en general, de las normas sustantivas de la constitución, son de dos tipos: constitucionales o legislativas. Las *garantías constitucionales*, es decir, establecidas por normas constitucionales, son a su vez de dos tipos: las *garantías constitucionales primarias*, consistentes en normas de competencia que imponen al legislador, de un lado, la obligación de producir leyes de desarrollo o de garantía de las normas constitucionales sustantivas y, de otro, la prohibición de modificar tales normas si no es mediante un procedimiento agravado; las *garantías constitucionales secundarias*, consistentes en las normas que confían a jurisdicciones de constitucionalidad la anulación de las normas legales constitucionalmente inválidas o la constatación de la omitida producción legislativa de las garantías primarias y secundarias de los derechos reconocidos²⁴. Se trata de evitar o por lo menos tratar de superar de forma teórica y metodológicamente correctas, aquella tensión que además de otras se da entre los jueces constitucionales y los órganos de representación democrática frente a una idea de constitucionalismo fuerte²⁵.

3. SEPARACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA LEY Y LA DISTINCIÓN ENTRE DERECHOS DE LIBERTAD Y DE JUSTICIA

En este punto es preciso comenzar señalando de manera general, que son dos los rasgos fundamentales que el autor turinés Zagrebelsky distingue como característicos del constitucionalismo contemporáneo. El primero, consiste en diferenciar claramente el significado de la Ley, como regla elaborada por el legislador y, los Derechos Humanos, como “pretensiones subjetivas absolutas” que existen en sí mismos con independencia de la Ley²⁶. El segundo, que se traduce en la consagración de determinados principios de justicia material en el texto constitucional, que tengan como función la de informar todo el sistema jurídico²⁷.

En cuanto al primero de estos rasgos que acabamos de enunciar, su postulado se refiere a la distinción entre la Ley del Derecho decimonónico, en

²⁴ L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Tomo I, cit., pp. 866-867.

²⁵ Vid. P. SALAZAR UGARTE, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, Fondo de Cultura Económica, México, 2013, pp. 220 y ss.

²⁶ Vid. G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, cit., pp. 47 y ss.

²⁷ Vid. *Ibidem*, pp. 93 y ss.

donde imperaba una teoría compatible con la del Estado de Derecho a que nos hemos referido con anterioridad. Aquí, los derechos no tenían un contenido material, sino que se reducían a una simple forma jurídica que era la Ley, y su garantía implicaba necesariamente la expedición de normas jurídicas de este tipo que establecieran únicamente los procedimientos respectivos para su aplicación. En este sentido el autor que venimos refiriendo, al considerar al siglo XIX como aquél caracterizado por el Estado-fuerza, por más que fuera liberal para la clase política que representaba, no podía al mismo tiempo serlo para la clase antagonica, porque lo que existió fue un Estado total y después totalitarista que tuvo como fin el abarcar todos los espectros sociales.

Así las cosas, se establece una distinción entre *lex y ius* -ley y derechos- que permite distinguir una doble vertiente de la experiencia jurídica; por un lado, la de la Ley que expresa la voluntad y programas de los grupos políticos mayoritarios²⁸, y por otro, la de los derechos inviolables asumidos por la Constitución y que otorga a sus titulares como un patrimonio jurídico independientemente de la Ley. Se trata de la postura mantenida por Zagrebelsky en donde mantiene ese paso del Derecho a la Ley cristalizada en el Estado moderno y esa exigencia de vuelta al Derecho en el constitucionalismo de hoy²⁹.

En este orden de ideas, Zagrebelsky señala que el Derecho Constitucional de la Europa Continental, ha evolucionado hasta los umbrales del siglo XXI, superando la tradición de los derechos al estilo de la revolución francesa, así como encuentra un avance en la concepción norteamericana de los mismos, asumiendo un significado dual entre Ley y derechos. Los rasgos característicos de los derechos tras la declaración de 1789³⁰, son que en dicha declaración tenían un carácter meramente objetivo, toda vez que su finalidad era únicamente la de sustituir al antiguo régimen y no la de dar una protección jurídica a situaciones subjetivas de los particulares frente a posibles vulneraciones. A su vez, surge con esta declaración lo que se ha denominado “ideo-

²⁸ Sobre este concepto de Ley hemos hallado que: “... cuando todo el pueblo estatuye sobre sí mismo, no se considera más que a sí mismo y se forma una relación: la del objeto entero desde distintos puntos de vista, sin ninguna división. La materia sobre la cual se estatuye es general como la voluntad que estatuye. A este acto llamo ley”, J. J. ROUSSEAU, *El contrato social*, trad. de R. Cardiel Reyes, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1984, p. 49.

²⁹ Vid. G. ZAGREBELSKY, *La Ley y su Justicia*, cit., pp. 39 y ss.

³⁰ Vid. G. JELLINEK, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, trad. de A. Posada, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2000, pp. 81-84.

logía de la codificación”³¹, concebida como la existencia de un sistema jurídico compuesto por normas creadas por el Poder público, cuyo único criterio de validez es su coherencia con el resto de las normas del ordenamiento y en atención a la jerarquización de tales normas. En consecuencia, tuvo lugar el llamado “legicentrismo” donde se mantuvo un control de la Ley sobre los derechos, y no como ahora un sometimiento de aquélla al control de éstos. Asimismo, se observa que aparece el recurso de casación, el cual operó como una forma de tutela de la Ley y no de los derechos propiamente dichos, es decir, su finalidad era la de controlar la actividad de los jueces, a efecto de dejar sin consecuencias las sentencias que no fueran dictadas conforme a esa Ley pronunciada como voluntad suprema del legislador.

Por el contrario, en la cultura americana de los derechos, su concepción es que éstos son anteriores a la Constitución y al Estado. Esto, partiendo de la diferencia marcada que existe entre el artículo 5º de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y la IX Enmienda del Bill of Rights americano. En esta última, los derechos eran un patrimonio subjetivo que existían en sí mismos y que debía prevalecer frente a cualquier ataque por parte del Parlamento inglés o bien de cualquier otro legislador omnipotente. Sobre esto, el jurista florentino Maurizio Fioravanti, al tratar las diversas formas de aproximación a las libertades, establece que en la revolución francesa se está ante una doctrina individualista y estatalista de las libertades, mientras en la revolución americana tendríamos una doctrina individualista e historicista con una marcada clave antiestatalista³².

Por su parte, Zagrebelsky afirma sobre este particular aspecto que la concepción francesa es estatalista, objetivista y legislativa; y por el contrario, la americana es preestatalista, subjetivista y jurisdiccional³³.

En la actualidad, bajo esta posición italiana la concepción constitucional de los derechos se sitúa entre ambas –la francesa y la americana– lo que implica afirmar que tanto la Ley como los derechos tienen su propia importancia en el marco constitucional. Además, en los sistemas democráticos de nuestra época, el Estado debe reconocer no sólo los derechos de libertad al

³¹ La ideología del siglo XVIII sobre la codificación, concibió al código precisamente como “un libro de reglas jurídicas organizadas según un sistema (un orden) y caracterizadas por la unidad de materia, vigente para toda la extensión geográfica del área de unidad política (para todo el Estado)”, G. TARELLO, *Cultura jurídica y política del derecho*, cit., p. 39.

³² Vid. M. FIORAVANTI, *Los Derechos Fundamentales*, trad. M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 1998, pp. 25 y ss.

³³ Vid. G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, cit., p. 58.

estilo de antes, sino también los políticos que permiten ver una dimensión no sólo individual sino también de participación en la sociedad, donde el Estado no puede exigir una sumisión total de los individuos a sus preceptos, sino que éstos deben formar parte en la elaboración de los mismos, en esa nueva fundamentación que ahora debe desarrollarse desde abajo y no desde arriba como con anterioridad acaecía. Esto se encuentra íntimamente ligado al concepto discursivo de democracia que ofrece Jürgen Habermas, en donde convergen las ideas de soberanía, derechos y democracia. Ya que el Estado democrático de Derecho debe estar precedido de una serie de deliberaciones que deben efectuarse de manera argumentativa, mediante un intercambio reglado de informaciones entre las partes que proponen y que deben resistir a la crítica, en todo caso con tendencia a alcanzar el consenso racionalmente motivado. Ahora bien, esa asociación constituiría una comunidad jurídica particular atendiendo a las ideas tradicionales de las sociedades diferenciadas en ejercicio de su soberanía, pero siempre dominada por principios generales de justicia que representarían la idea de los derechos fundamentales³⁴. Esto vinculado al papel de los jueces y de la legislación, viene a resumirse en la siguiente aserción del máximo representante de la segunda escuela de Frankfurt: “Como la práctica de las decisiones judiciales está ligada al derecho y a la ley, la racionalidad de la administración de justicia depende de la legitimidad del derecho vigente. Ésta depende a su vez de la racionalidad de un proceso legislativo, que, en la situación de división de poderes que el Estado de Derecho establece, no está a disposición de los órganos de aplicación del derecho”³⁵.

Por otra parte, el autor turinés, al efecto de distinguir las dos formas de concebir los derechos, entendiéndolos por un lado como libertad y luego como justicia, comienza por diferenciar las dos corrientes del humanismo: el laico y el cristiano. En donde el primero, pregona aquellos derechos cuya violación implica trasgredir la libertad del hombre, cuya influencia viene dada por las ideas de la antropología renacentista, en donde ya no se trata de que el ser humano descubra el papel que le ha sido asignado por la naturaleza, sino que ahora, él mismo, debe encontrar un lugar en el universo siempre con la posibilidad de poder actuar como prefiera. En cambio, en el huma-

³⁴ Vid. J. HABERMAS, *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 2000, pp. 379-383.

³⁵ *Ibidem*, p. 311.

nismo cristiano, el hombre ya tiene un papel que es impuesto por el orden natural de la creación, puesto que se niega la existencia de cualquier pretensión individual motivada por la propia voluntad del sujeto. En este último caso, la libertad de actuar del sujeto no es entendida como aquella que puede tener cualquier contenido, sino que precisamente por venir determinada por un orden o ley universal, se trata de actuar conforme al deber que ese orden impone y no de acuerdo a la propia libertad del individuo³⁶.

Habiendo precisado la anterior distinción, Zagrebelsky considera que si se asume una postura como la del humanismo laico, donde la voluntad de los hombres es la que produce el orden por el cual habrán de regirse en sociedad, estaríamos hablando de que los derechos tienen una "función instauradora y renovadora" del orden social; en cambio, si se asume la del humanismo cristiano donde el orden ya está dado previamente, los derechos cumplen una "función restauradora" ya que los hombres teniendo solamente un gran deber, que es precisamente el de respetar ese mismo orden, sólo deberán restaurarlo cuando éste haya sido violado o perturbado. Así entendidas estas dos concepciones de los derechos, en aquella que los identifica con la libertad y que está presente la voluntad de los individuos, los derechos adquieren un carácter permanente o continuo en el tiempo a la vez que ilimitado; en cambio en aquella que nos habla de los derechos como justicia, les va a conceder a los mismos un valor transitorio en tanto alcancen su objetivo de restaurar el orden transgredido, al mismo tiempo que su carácter objetivo y verdadero, harán que estos derechos tengan límites acordes con esos valores otorgados por la creación³⁷.

En este punto en concreto creemos que resulta acertada la opinión de nuestro maestro Gregorio Peces-Barba, quien considera inexacta la apreciación de Zagrebelsky en el sentido de que los derechos de justicia sean expresión del humanismo cristiano. Y, además, errónea la postura de valoración negativa del socialismo en su aportación a la efectividad y alcance de los derechos fundamentales, pues como bien señala el que fuera uno de los siete padres de la Constitución española vigente, "el error histórico de la Iglesia católica, y que, inexplicablemente, el profesor Zagrebelsky valora positiva-

³⁶ Sobre el Humanismo renacentista o laico que pregona una ética de la libertad que prescinde de la gracia, distinguido del medieval aristotélico-tomista del pensamiento cristiano mayoritario caracterizado por la armonía y compatibilidad de la gracia divina con el libre albedrío, véase G. PECES-BARBA, *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Mezquita, Madrid, 1982, pp. 69 y ss.

³⁷ Vid. G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, cit., pp. 75 y ss.

mente, es pretender que su ética privada, es decir su idea de salvación (que comprende las ideas de bien, de virtud y de felicidad) que ella identifica con la verdad (cuya última versión es la encíclica *Veritatis splendor* de Juan Pablo II), se convierta en la ética pública de todos los ciudadanos. Es la versión totalitaria de una ética autoritaria que quiere convertir a lo particular en general”³⁸.

A nuestro modo de ver y siguiendo en lo esencial en esta parte al profesor Peces-Barba, los derechos fundamentales en el Estado Constitucional de la actualidad deben ser la encarnación positivizada de los valores de una Ética pública propios del mundo moderno y del Humanismo laico. Nos referimos a la igualdad, libertad, seguridad jurídica y solidaridad que se encuentran ingentemente colocados en las constituciones vigentes de los Estados democráticos contemporáneos³⁹.

4. LA NUEVA FORMA DE ENTENDER LA LEY Y LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO, ASÍ COMO LA FUNCIÓN DE LOS JUECES Y LEGISLADORES EN SU APLICACIÓN

Con anterioridad hemos dicho que dos son los rasgos fundamentales que caracterizan al constitucionalismo contemporáneo, de los cuales habiendo quedado desglosado el primero de ellos, ahora nos referiremos al segundo que ya habíamos enunciado y que consiste en la existencia de principios de justicia material, contemplados en las Constituciones y que tienen como función informar todo el Ordenamiento jurídico.

En primer lugar pondremos de relieve, cómo el Estado actual pone en marcha infinidad de políticas de carácter económico y social, tendentes a dar mejores condiciones de existencia a los individuos, lo que constituye una política constitucional de orden material por parte del Estado. Tal es el caso de los derechos que contempla el artículo 4º de la Constitución mexicana vigente, entre los que destacan el derecho a la alimentación, a la protección de la salud, a un medio ambiente sano, al acceso y saneamiento de agua y el acceso a la cultura.

³⁸ G. PECES-BARBA, “Desacuerdo y Acuerdos con una obra importante”, en *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 127.

³⁹ Sobre estos contenidos de la Ética Pública así como su concepción e implicaciones véase también G. PECES-BARBA, *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 151 y ss.

Ahora existe una exigencia de justicia general, que esté más allá de las voluntades particulares de los individuos e incluso por encima de la voluntad de las mayorías de un grupo social, al estilo de la idea de “coto vedado” que expone y defiende el profesor Garzón Valdés⁴⁰. Sin embargo, Zagrebelsky destaca que esos derechos orientados hacia la justicia, siempre toman en cuenta la individualidad de las personas, lo que hace que se conciban como derechos a caballo entre el interés general y el individual. Esta idea, lo lleva a afirmar que el “derecho constitucional actual, no es sólo el conjunto de los derechos individuales y de los actos que constituyen su ejercicio, sino que es también un orden objetivo que corresponde a ideas objetivas de justicia que imponen deberes”⁴¹. Esta nueva concepción de los derechos de justicia que implican no solo derechos -individuales- sino también deberes, representa una fusión de las doctrinas del humanismo laico y cristiano a que antes nos hemos referido, aunque tomando con reserva lo relativo al último de los humanismos mencionados y por las razones también anteriormente expuestas.

De este modo se plantea una superación de la reducción decimonónica de la justicia entendida como expresión de la Ley, en donde con base en la idea de Thomas Hobbes⁴², se decía que en el estado de naturaleza cada hombre tenía su propia concepción del bien y del mal, sin embargo, una vez que ha tenido a bien suscribir el pacto social y constituir el Estado civil, son las leyes emanadas de éste las que determinan lo bueno y lo malo, lo honesto y deshonesto y lo justo y lo injusto, por lo que se debe considerar como bueno todo lo que el legislador manda. Aquí, los derechos eran aquello que la Ley establecía y asimismo la justicia era entendida tal y como la definía el legislador. En sustitución de esta concepción decimonónica de la Ley, tomando como base la instauración del Estado democrático de nuestros tiempos, en donde la Constitución es pluralista y permite que se introduzcan dentro de la misma todos aquellos

⁴⁰ El profesor Ernesto Garzón al referirse al tema de la justificación ética de la representación parlamentaria, se cuestiona si cualquier situación o posicionamiento puede ser sometido a discusión en el Parlamento. Ante ello, en defensa de una actitud paternalista defiende la idea de que ciertos temas básicos deben estar excluidos de la discusión parlamentaria pues se trata de una ética impuesta. Sobre ello, véase E. GARZÓN VALDÉS, “Representación y Democracia”, en *Derecho, Ética y Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 641-650.

⁴¹ G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, cit., p. 95.

⁴² Estas ideas planteadas sobre la libertad en el estado de naturaleza, que llevan a Hobbes a la necesidad de identificar ciertas leyes de la razón que permitan establecer la paz y la seguridad entre todos los hombres, pueden verse en T. HOBBS, *Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos*, trad. de Miguel Ángel Rodilla, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 3-9.

principios que representan los criterios de justicia de esa sociedad, de tal suerte que al permanecer en forma simultánea vigentes, no quedarán limitados en ningún aspecto ni tampoco se restringirán las posibles combinaciones que entre éstos puedan existir. Se fija así, un fortalecimiento de la Constitución en tanto se amplían todos sus fundamentos consensuales, tomando en consideración todos los valores y principios supremos de la sociedad⁴³.

En este sentido comprendemos esta separación de la justicia respecto de la Ley, ya que la primera no será definida o identificada –como lo hacía Hobbes– con lo expresado por la voluntad del legislador, sino que ahora la justicia estará presente en esta serie de principios enunciados en el texto constitucional, los cuales expresan el pluralismo social y las diferentes necesidades de cada uno de los grupos sociales. La finalidad es que deje de prevalecer el Derecho de los más fuertes que oprime siempre a los más débiles.

Por lo anteriormente dicho, resulta necesario saber cómo deben ser entendidos estos principios constitucionales. Sobre este particular, debemos comenzar por distinguir entre reglas y principios, ante lo cual consideramos importante señalar la diferencia que sobre las mismas establece Ronald Dworkin, al aseverar que la distinción entre principios jurídicos y normas jurídicas es de tipo lógico, ya que ambas se refieren a decisiones particulares referentes a una obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en la orientación que dan, ya que las normas regla son aplicables a la manera disyuntiva, es decir, si se cumple el supuesto jurídico al verificarse los hechos en la realidad, la norma válida del sistema debe ser aplicada; en cambio si no se cumplen esos hechos no se produce ninguna consecuencia jurídica. Por el contrario, en las normas principio nunca se establecen consecuencias jurídicas que deban seguirse automáticamente al verificarse la hipótesis normativa. Más adelante el autor agrega otra distinción importante, que consiste en aseverar que los principios tienen una dimensión de “peso o importancia” que no se encuentra en las reglas, así, cuando los principios se interfieren quien resuelve debe de considerar el peso que cada uno de éstos tiene en el caso concreto; pero en el caso de las reglas, cuando dos de éstas entran en conflicto, una necesariamente excluye a la otra que no es válida no dándose aquí ninguna ponderación de peso⁴⁴.

⁴³ Vid. Al respecto G. PECES-BARBA, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986.

⁴⁴ Vid. R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, trad. M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1995, pp. 74-78. La postura desde el positivismo jurídico sobre esta diferencia entre principios y reglas, la defiende Luis Prieto al afirmar que: “se viene a defender la existencia de una separación al precio de reconocer que no existe diferencia alguna *antes* del proceso interpretativo,

Partiendo de esta distinción, Zagrebelsky asegura que el Derecho actual está compuesto de reglas y principios, identificando a las primeras como las normas legislativas mientras que a los segundos como normas constitucionales; por ello, la distinción entre reglas y principios no es otra cosa que la diferencia entre Ley y Constitución⁴⁵. Señala que a los principios se debe prestar adhesión, en virtud de que son producto de tradiciones históricas, contextos de significado e incluso permiten cierto significado de valor. La importancia que destaca de esta distinción es que en la aplicación de las reglas sólo se hace uso de un silogismo jurídico o de una subsunción, en tanto que los principios, al momento de ser aplicados, exigen una reacción por parte del intérprete que hace que tome posición ante los mismos. Nos encontramos aquí ante el intrincado problema de la ponderación, la cual debe entenderse como la forma o manera de encontrar la solución a la situación de tensión entre dos normas con una condición de aplicación muy abierta. Dicha ponderación puede darse entre principios en sentido estricto, a partir de directrices o entre principios en sentido estricto y directrices⁴⁶.

Ante la pregunta de si este nuevo Derecho por principios invoca un Derecho Natural, o bien puede ser conciliado con los postulados del derecho positivo⁴⁷, se establece que el hecho de que la justicia y los Derechos Humanos estén contenidos en el texto constitucional a través de estos principios, es la mayor prueba de positivización que con anterioridad estaban reservadas al Derecho Natural⁴⁸. No se puede considerar un orden natural dado, puesto que la Constitución es la máxima de las creaciones políticas. Así pues, la Ley Suprema va a dictar principios que al estar por encima de los intereses particulares de los sujetos, permitirán la convivencia de todos a la

más en concreto, antes del conflicto entre normas", L. PRIETO SANCHÍS, *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 60.

⁴⁵ Vid. G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, cit., pp. 109 y ss.

⁴⁶ Vid. M. ATIENZA, *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2007, pp. 163-180.

⁴⁷ Esto puede ser reconducido a aquello que Ferrajoli denomina de manera conceptualmente dividida como constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantistas, para lo cual puede verse L. FERRAJOLI, "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", trad. N. Guzmán, *Doxa*, núm. 34, 2011, pp. 15-53.

⁴⁸ No obstante, es posible mantener que Zagrebelsky mantiene una postura antipositivista que puede adscribirse al no-positivismo principialista tanto en su parte destructiva de devaluación de los conceptos positivistas básicos y la parte constructiva que ofrece una idealización de los sistemas jurídicos basados en principios. Sobre este asunto, véase A. GARCÍA FIGUEROA, "El no positivismo principialista en Il diritto mite de Gustavo Zagrebelsky", *Anuario de Filosofía de Derecho*, Tomo XIII, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996-1997.

vez. Ahora bien, en cuanto a la interpretación que de dichos principios hacen las jurisdicciones constitucionales, se dice que por medio de ella se acude a reflexiones y argumentaciones más vinculadas con el Derecho Natural, ante la imposibilidad de resolver los problemas con base en las reglas, razón por la cual se afirma que “en los principios constitucionales confluyen, por tanto, aspectos de temáticas positivistas e iusnaturalistas”⁴⁹.

Sobre este punto en concreto, el de la moral que debe conectarse al derecho positivo, el profesor Luis Prieto, distingue la moral crítica de la moral social, diciendo que la primera es la del observador externo que está en condiciones de comparar las condiciones de ese Ordenamiento jurídico con exigencias de una normatividad distinta; mientras la segunda, se concibe como la concepción de justicia admitida por la mayor parte de la sociedad, o bien asumida por un buen número de los que tienen el poder de dictar las normas y aplicarlas. Ante ello, afirma el propio jurista español “que los actuales planteamientos antipositivistas que aparecen unidos a la cultura jurídica del constitucionalismo, lo que viene a sostener, en el fondo, es la conexión del Derecho con la moral social”⁵⁰. Más recientemente el catedrático de la Universidad de Castilla la Mancha, ha hecho un análisis crítico de las dos clases de constitucionalismo planteadas por Ferrajoli, el principialista y el garantista, para pronunciarse a favor de un constitucionalismo de los derechos en donde la Ley mantiene un papel especial⁵¹.

Así pues, si bien se acepta que las vías de conexión entre el Derecho y la moral son los principios, los cuales al ser de naturaleza moral reclaman del juez o intérprete una ponderación⁵², su validez jurídica no va a depender de su plausibilidad moral, sino más bien de una efectiva vigencia. Lo anterior, es la base para que Luis Prieto, al hablarnos sobre el valor y conveniencia de la separación del Derecho y la moral, esgrima que “desde un punto de vista ético la tesis de la separación resulta en términos generales preferible a la de la conexión, y ello incluso pensando en sistemas jurídicos que consideramos

⁴⁹ G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, cit., p. 116.

⁵⁰ L. PRIETO, *Constitucionalismo y Positivismo*, Fontamara, México, 1997, p. 73.

⁵¹ Vid. L. PRIETO SANCHÍS, *El constitucionalismo de los derechos*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 155 y ss.

⁵² En la ponderación existe una relación de precedencia de un argumento interpretativo frente al otro, en donde siempre es necesario tomar en cuenta tres aspectos esenciales: 1.- Ley de ponderación, 2.- Fórmula del peso y 3.- Cargas de la argumentación. Sobre ello, véase R. ALEXY, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, 2ª. Ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 349-374.

globalmente justos. El motivo fundamental de esa preferencia es que, a mi juicio, el positivismo metodológico fomenta el ejercicio de la responsabilidad moral del individuo”⁵³. Lo anterior, debido a que considera que sólo con una separación del Derecho y la Moral, se pueden emitir juicios críticos, independientes e imparciales sobre el propio sistema jurídico⁵⁴.

En relación con este problema, se ha dicho que, por una parte, el positivismo se basa en esta rígida incomunicabilidad, que es necesaria para no incurrir en la falacia naturalista al aludir a conceptos que remiten al Derecho Natural, que establecen un puente entre la realidad y el valor, entre la voluntad y la razón, entre los juicios de valor y los juicios de hecho. Por otro lado, el iusnaturalismo establece que el paso del ser al deber ser resulta posible por asumir la justicia como valor. Zagrebelsky trata de resolver este asunto, diciendo que primeramente se deben distinguir las ciencias teoréticas de las prácticas, porque el objetivo de las primeras es el conocimiento y el de las segundas la acción; así como la razón final de las teoréticas es poner a la razón en contacto con la verdad, la de las prácticas es poner a la razón en contacto con el actuar. De este modo, si a la praxis jurídica se llega a partir de la verdad conocida por la razón, debe decirse que la ciencia del derecho positivo, basado en un sistema regido por principios, debe considerarse una ciencia práctica porque del ser nace el deber ser. Esto, en palabras propias del autor turinés significa que: “Si el derecho debe volver a la realidad, es decir, si debe operar en cada caso concreto conforme al valor que los principios asignan a la realidad, no se puede controlar la validez de una norma teniendo en cuenta exclusivamente lo que ésta dice”. Por ello, continúa Zagrebelsky, “es preciso tener en cuenta el derecho en acción, no basta una validez lógica es necesaria una validez práctica”. Y, finalmente, concluye que “...el derecho que efectivamente rige, no es el que está escrito en los textos, sino el que resulta del impacto entre la norma en abstracto y sus condiciones reales de funcionamiento”⁵⁵.

Esto se ve reflejado en el contexto actual en que se distingue entre *ciencia iuris* y *iuris prudencia*, donde la primera es racionalidad formal y la segunda racionalidad material o de contenidos. Esta última, que procura la realización de los principios se le suele denominar también “razonabilidad” o prudencia en el tratamiento del Derecho. La pluralidad de los principios y la ausencia de una jerarquización de los mismos, impide que pueda haber una ciencia sobre

⁵³ L. PRIETO, *Constitucionalismo y Positivismo*, cit., p. 85.

⁵⁴ Vid. L. PRIETO SANCHÍS, *El constitucionalismo de los derechos*, cit., pp. 72 y ss.

⁵⁵ G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, cit., p. 122.

su articulación y hacen que haya una actitud de templanza en su ponderación. Aunque en este punto, debemos ser cautos y precisar que la ciencia no nos lleva necesariamente a conocimientos verdaderos o irrefutables; es más la propia ciencia desmitificada admite su propio desarrollo y evolución a través de la contrastación de ideas y de teorías. Así que, la prudencia y razonabilidad de las decisiones judiciales no deben confundirse como actitudes arbitrarias, sino siempre sujetas a un sistema explicable en términos objetivos y de razón compatibles con un determinado modelo de positivismo jurídico⁵⁶.

Ahora pasemos a decir que, según Zagrebelsky, esta separación entre Ley, derechos y justicia, así como entre principios y reglas va a encontrar su unidad en la aplicación judicial, esto es van a encontrarse y van a ser tomados en cuenta al momento de dirimir los casos concretos⁵⁷. Se vuelve a presentar aquí la insuficiencia de la aplicación de la regla como premisa mayor, a un caso concreto que sería la premisa menor, en un ejercicio de mero silogismo lógico, ya que con este ejercicio la jurisdicción se limitaba a realizar un servicio al legislador, desentrañando el íntimo sentido de la voluntad expresada en la letra de la Ley. Esto tiene que funcionar de manera distinta a partir del momento en que se considere al Derecho como disciplina práctica, porque así la jurisprudencia tendrá que servir no sólo a la Ley sino también a la realidad. Se trata de establecer una correlación entre la norma y el caso, de tal manera que no sólo sea el caso el que debe ajustarse a la norma, sino también que esa interpretación jurídica implique que la norma se oriente al caso mismo⁵⁸. Esta idea, ya había sido trabajada por Luis Recaséns al momento en que al referirse al *logos de lo razonable*, afirmaba que las normas jurídicas al momento de ser obedecidas por sus destinatarios o bien aplicadas por los órganos jurisdiccionales, es decir, cuando adquieren eficacia como cumplimiento o como aplicación son vividas de nueva cuenta y desde un ángulo distinto al que originariamente las creó⁵⁹.

Lo anterior hace que se tenga una idea distinta en cuanto a los métodos de interpretación, ya que siendo el método la forma o manera de llegar a un

⁵⁶ Nos estamos refiriendo a un modelo de positivismo jurídico como teoría, que según Norberto Bobbio implica separación conceptual entre Derecho y moral, plenitud del sistema e identificación del Derecho válido con el Poder Estatal, para lo cual puede verse N. BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico*, trad. de E. Garzón Valdés, Fontamara, México, 2001, pp. 43-46.

⁵⁷ G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, cit., pp. 131 y ss.

⁵⁸ Vid. G. ZAGREBELSKY, *La Ley y su Justicia*, cit., pp. 201 y ss.

⁵⁹ Vid. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, Porrúa, México, 1980, pp. 135 y ss.

objetivo trazado, la búsqueda de la regla no va a venir determinada por el método, sino que éste estará en función de lo que se quiera encontrar. Así, la interpretación ya no dependerá exclusivamente de la voluntad del legislador, porque incluso esta voluntad debe someterse a la interpretación del que resuelve el caso. De esta forma habrá una pluralidad de métodos de interpretación que subsistan simultáneamente, ante los cuales el intérprete deberá hacer la elección dependiendo del caso y de las circunstancias⁶⁰. Podrá seguirse hablando de interpretación exegética, interpretación según la intención del legislador, interpretación sistemática, interpretación histórica, interpretación sociológica, interpretación según los cánones de justicia racional, no excluyéndose uno de otro, sino simplemente quedará a elección del intérprete el método que corresponda al caso que resuelve, siempre en atención al resultado que quiera obtener. Debiendo aclarar que dicha elección no puede ni debe ser arbitraria, sino que en todo caso deberá justificarse plenamente por el operador jurídico que resuelve y que opta entre las diversas alternativas, estando siempre sujeto a normas del propio sistema y del razonamiento lo que nos permite alcanzar objetividad⁶¹.

Es importante señalar que el juez al momento en que va a llevar a cabo la aplicación de la regla, debe previamente comprender el caso concreto aprehendiendo su sentido y asignándole un valor al mismo. Esto significa que debe realizar una conexión entre la acción y su resultado social para conocer el sentido de dicha acción y una vez hecho esto, le permitirá tener esta comprensión de valor frente a la controversia planteada. Se señala pues, que el caso en sí es mudo y no plantea pretensión de solución alguna, por lo que es necesaria esa toma de postura a partir de la categorización de sentido y de valor que se derive de dicho caso particular, que no está a cargo solamente del legislador, quien en todo caso establece los valores mediante normas de principios, pero asignar un sentido a las acciones no depende sólo del legislador sino de los demás operadores jurídicos e incluso los propios sujetos que intervienen. De esta manera, se propone que una vez que cada asunto

⁶⁰ Vid. G. ZAGREBELSKY, *La Ley y su Justicia*, cit., pp. 222 y ss.

⁶¹ Así lo percibe también Luis Prieto cuando asevera que "el protagonismo judicial se hace también patente cuando un mismo supuesto es subsumible en dos preceptos constitucionales de sentido contrario. Allí donde aparece un conflicto entre principios surge una apelación a la justificación racional de una decisión que, sólo en el caso concreto, otorga preferencia a uno u otro principio; justificación que puede conducir a cualquier resultado con el único límite precisamente de la irracionalidad", L. PRIETO SANCHÍS, *Ley, principios, derechos*, op. cit., p. 62. Véase también L. PRIETO SANCHÍS, *El constitucionalismo de los derechos*, cit., pp. 166 y ss.

en particular esté dotado de un sentido y valor que antes no tenían, se ejerza una presión sobre el Derecho para que dé la solución adecuada, la que no debe entenderse exclusivamente como reforma legislativa, sino más bien como continuas y constantes interpretaciones del Ordenamiento vigente.

Lo antes señalado trae aparejado un problema que es la pérdida de certeza en el Derecho, es decir, se argumenta que hay una posición subjetivista en la interpretación ya que dada la pluralidad de la sociedad, en donde se encuentran los juristas y demás operadores jurídicos, cada cual asume puntos de vista distintos de la realidad que se ven reflejados en sus decisiones. La respuesta que existe ante la citada problemática, es que no se trata de que los juristas tengan una mala disposición mental al momento de llevar a cabo su argumentación e interpretación⁶², sino que el déficit de certeza se debe a que los principios que se han positivizado incluyéndolos en la Constitución, implican contenidos y argumentos de sentido y de valor distintos, con los que no es posible dar nunca una garantía de certeza. Buscar esta certidumbre implicaría un inagotable trabajo legislativo que fuera recogiendo todos los contenidos de los principios, con lo cual es preferible dejar esta tarea al órgano jurisdiccional.

Ante esta coexistencia de derechos, justicia y Ley dentro del Ordenamiento jurídico, se exige una actitud particular de aquél que interpreta el Ordenamiento a la cual se le denomina "razonabilidad", que no consiste en una absolutización de la razón, ni de la relativización de las diferentes razones, sino más bien del pluralismo de las mismas. Aquí ya no se trata de un criterio subjetivo del jurista, debido a que se ha convertido en requisito objetivo del Derecho. En este sentido, al momento de la aplicación judicial del Derecho esta razonabilidad se presenta en dos momentos fundamentales a saber: la categorización de los casos de acuerdo a los principios constitucionales y la búsqueda de la regla aplicable. Aparece inmerso en este contexto el concepto de equidad que caracteriza al Derecho en su conjunto, en esa unidad que se produce a través de la tarea jurisprudencial de ponderación de los principios constitucionalizados y de la existencia simultánea de la Ley.

Como puede observarse el papel que juegan los jueces dentro de este Estado Constitucional es tan importante, que incluso se les ha llegado a con-

⁶² Aquí consideramos a la argumentación y a la interpretación como dos nociones esencialmente distintas, aunque unidas de manera inseparable en la importante tarea de guiar la toma de decisiones jurídicas bajo cánones de razonabilidad. Para ello, véase F. VIOLA, y G. ZACCARIA, *Derecho e Interpretación. Elementos de Teoría Hermenéutica del Derecho*, trad. de A. De Cebeira, A. de Prada y A. Richart, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 109-114.

siderar como los nuevos señores del Derecho. El propio Ronald Dworkin llega a sostener que los legisladores no son el instrumento idóneo para la defensa de los derechos fundamentales y menos de los grupos vulnerables o desprotegidos, pues al no ser un órgano de naturaleza jurídica está sometido a presiones políticas o económicas⁶³. No obstante, desde nuestro punto de vista no debemos perder de vista que los jueces están y deben estar sujetos a la Ley, pues las Constituciones de las democracias actuales garantizan en efecto la igualdad y la libertad; pero al mismo tiempo –y acaso como valor que posibilita la eficacia de los principios antes citados– la seguridad jurídica, el principio de legalidad y la ausencia de arbitrariedad de las actuaciones de los Poderes públicos.

Por ello, podríamos aquí afirmar junto con Juan Antonio García Amado, que si a esto nos lleva la objetividad de los principios que pregona Zagrebelsky, “habrá que concluir que constituyen un magnífico expediente para que en su nombre los jueces impongan como constitucional el modelo de orden que más les guste. Afortunadamente, hoy por hoy, los peligros de tal cambio de paradigma se apuntan en el horizonte pero no se han hecho aún plenamente reales. De la doctrina constitucional y jurídica en general dependerá en buena medida en que el Derecho de los derechos no muera a manos de sus justicieros”⁶⁴. Porque como bien dice el profesor Rafael de Asís los jueces deben motivar suficientemente sus resoluciones⁶⁵, lo cual implica una necesaria vinculación con las normas válidas del sistema jurídico en su conjunto. Y tratándose de las resoluciones que sean tomadas desde los derechos o de los derechos fundamentales, la motivación debe ser completa atendiendo a formas específicas en su interpretación⁶⁶.

Por lo anterior, no hay que olvidar que si estamos hablando de un Estado Constitucional democrático en el que prevalece la pluralidad, la legislación tiene un fundamento constitucional propio, y la misma Constitución es entendida en un contexto abierto de elementos que la hacen elástica para permitir el pluralismo. Los principios establecidos hoy en día en nuestra

⁶³ Vid. R. DWORKIN, *Freedom's Law. The Moral Reading of American Constitution*, cit., pp. 34.

⁶⁴ J. A. GARCÍA AMADO, “¿Ductilidad del Derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, Tomos XIII-XIV, Ministerio de Justicia, Madrid, 1996-1997, p. 85.

⁶⁵ Vid. R. ASÍS ROIG, *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 77 y ss.

⁶⁶ Vid. *Ibidem*, pp. 100 y ss.

Constitución deben ser desarrollados, explicitados y –por qué no decirlo– también ponderados por el legislador en una tarea de razonabilidad argumentativa, en la que sólo en determinados casos y cumpliéndose hipótesis específicas es posible someterlo al control constitucional de la jurisdicción⁶⁷.

En definitiva, el hecho de que quede aceptado el avance del Estado de Derecho al Estado Constitucional actual, no implica una sustitución del señorío del legislador por el del juez, sino que simplemente el legislador debe entender que las leyes que elabora son sólo parte y no todo el Derecho. Mientras los jueces –sobre todo los constitucionales– tampoco deben ser los señores del Derecho, aunque sí garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre la Ley, principios y derechos fundamentales que comprende la compleja estructura del actual Estado Constitucional. Tan sólo habría que pensar que todos los jueces –incluidos los constitucionales– en el ejercicio de función deben estar sometidos a muchas reglas que limitan incluso algunos de sus derechos fundamentales como la libertad ideológica, de pensamiento o de asociación siempre en aras de la independencia y la imparcialidad con la que deben actuar y resolver⁶⁸. Y también por lo que hace a su función sustancial y el contenido de la resolución que dictan en la controversia de que conocen, debe optarse por la figura de un juez razonable tanto en el plano de la validez como en el de la corrección, en donde indudablemente están sometidos a muchas reglas tanto jurídicas como de razonamiento⁶⁹.

5. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La obra del jurista italiano Gustavo Zagrebelsky escrita desde la última década del siglo XX y la primera del actual, constituye un paradigma para la discusión actual en el terreno de la Teoría del Derecho y la comprensión del Estado Constitucional contemporáneo. No obstante, a partir de ella pueden generarse múltiples acuerdos y desacuerdos con sus postulados básicos, sobre todo en aquellos aspectos que representa un ataque a las posturas de corte positivista.

⁶⁷ Sobre este aspecto puede verse nuestro trabajo M. A. SUÁREZ ROMERO, *Crisis de la Ley y Estado Constitucional. La argumentación jurídica del legislador*, cit., pp. 147 y ss.

⁶⁸ Vid. P. ANDRÉZ IBÁÑEZ, “La independencia judicial y los derechos de los jueces”, en A. SAIZ ARNÁIZ (Coord), *Los derechos fundamentales de los jueces*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 45 y ss.

⁶⁹ Vid. ASÍS ROIG, R., *El juez y la motivación en el Derecho*, cit., pp. 150 y ss.

Es posible constatar una transformación en forma de evolución del tradicional concepto de Estado de Derecho por el de Estado Constitucional. En este último modelo es necesario replantear el significado de la “Ley” y el de “Imperio de la Ley”, pero no tanto en el sentido de renunciar a su importancia trascendental y a la vez imprescindible dentro del Ordenamiento jurídico, sino más bien de volver a generar una concepción que la haga plenamente compatible con la idea de existencia de una Constitución dúctil. La Ley en este sentido debe configurarse no sólo en sentido meramente formal sino también material, en donde encuentren plasmados en normas legislativas aquellos principios que consagra el texto constitucional que conlleven a su aseguramiento efectivo.

Los derechos fundamentales de la persona en este modelo de Estado Constitucional, son pieza esencial en la Configuración de cualquier Constitución de carácter democrático y plural. No obstante, estos derechos no deben concebirse como valores de justicia eternos e inmutables a partir de postulados de humanismo cristiano, sino más bien como la encarnación de la Ética Pública del humanismo laico, producto del diálogo previo de sus destinatarios que han consensado su generalización y que permiten su evolución en momentos históricos concretos. En el Estado Constitucional actual es posible mantener vigentes de manera simultánea y plenamente compatibles la Ley, los principios constitucionales y los derechos fundamentales, de manera que legisladores y jueces constitucionales asuman el papel que la propia Constitución les asigna.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ REGLA, J., *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000.
- ALEXY, R., *Teoría de la Argumentación Jurídica*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, 2ª. Ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., *De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- *Razón y voluntad en el Estado de Derecho*, Dykinson, Madrid, 2013.
- ASÍS ROIG, R., *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Dykinson, Madrid, 1999.
- *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005.
- ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2007.

- BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, trad. de E. Rozo Acuña, Debate, Madrid, 1996.
- *El problema del positivismo jurídico*, trad. de E. Garzón Valdés, Fontamara, México, 2001.
- BODINO, J., *Los seis libros de la República, Tomo I*, trad. de G. de Añastro Isunza, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- DE CABO MARTÍN, C., *Sobre el Concepto de Ley*, Trotta, Madrid, 2000.
- DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1995.
- *Freedom's Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 1996.
- FERRAJOLI, L., *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Tomo I, trad. de P. Andrés Ibañez y otros, Trotta, Madrid, 2011.
- “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, trad. N. Guzmán, Doxa, núm. 34, Alicante, 2011.
- FIORAVANTI, M., *Los Derechos Fundamentales*, trad. M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 1998.
- *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, trad. de A. Mora y M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2014.
- GARCÍA AMADO, J. A., “¿Ductilidad del Derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, Tomos XIII-XIV, Ministerio de Justicia, Madrid, 1996-1997.
- GARCÍA FIGUEROA, A., “El no positivismo principialista en Il diritto mite de Gustavo Zagrebelsky”, en *Anuario de Filosofía de Derecho*, Tomo XIII, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996-1997.
- GARZÓN VALDÉS, E., “Representación y Democracia”, en *Derecho, Ética y Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- GONZÁLEZ ORDOVÁS, M. J., *Ineficacia, Anomia y Fuentes del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2003.
- HABERMAS, J., *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 2000.
- HIERRO, L., *Estado de Derecho. Problemas actuales*, Fontamara, México, 2001.
- HOBBS, T., *Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos*, trad. de Miguel Ángel Rodilla, Tecnos, Madrid, 1992.
- JELLINEK, G., *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, trad. de A. Posada, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2000.
- LAPORTA, F., *El Imperio de la Ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007.
- PECES-BARBA, G., *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Mezquita, Madrid, 1982.
- *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986.

- “Desacuerdo y Acuerdos con una obra importante”, en *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico*, Dykinson, Madrid, 1999.
 - *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2010.
- PÉREZ ROYO, J., *Las Fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 2001.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Constitucionalismo y Positivismo*, Fontamara, México, 1997.
- *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998.
 - *El constitucionalismo de los derechos*, Trotta, Madrid, 2013.
- RECASÉNS SICHES, L., *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, Porrúa, México, 1980.
- ROMANO, S., *El Ordenamiento jurídico*, trad. de S. y L. Martín-Retortillo, Reus, Madrid, 2012.
- ROUSSEAU, J. J., *El contrato social*, trad. de R. Cardiel Reyes, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1984.
- SAIZ ARNÁIZ, A., *Los derechos fundamentales de los jueces*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- SALAZAR UGARTE, P., *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, Fondo de Cultura Económica, México, 2013.
- SUÁREZ ROMERO, M. A., “Estado Constitucional y Argumentación Jurídica en sede legislativa”, *Derechos y Libertades*, núm. 28, 2013.
- *Crisis de la Ley y Estado Constitucional. La argumentación jurídica del legislador*, Porrúa, México, 2015.
- TARELLO, G., *Cultura jurídica y política del derecho*, trad. de I. Rosas Alvarado, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.
- VIOLA, F. y ZACCARIA, G., *Derecho e Interpretación. Elementos de Teoría Hermenéutica del Derecho*, trad. de A. De Cebeira, A. de Prada y A. Richart, Dykinson, Madrid, 2007.
- ZAGREBELSKY, G., *Il Diritto mitte. Legge diritti giustizia*, Giulio Einaudi editore, Torino, 1992. Trad. castellana de Marina Gascón, *El dercho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1999 (por la que se cita).
- *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2009. Trad. castellana de Manuel Martínez Neira y Adela Mora Cañada, *La Ley y su Justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, Trotta, Madrid, 2014 (por lo que se cita).

MIGUEL ÁNGEL SUÁREZ ROMERO
Facultad de Derecho
Universidad Nacional Autónoma de México
Edificio Principal, Circuito Interior s/n,
Ciudad Universitaria, Delegación Coyoacán,
C.P. 04510, Ciudad de México
e-mail: masuarezr@derecho.unam.mx

**EL JAZZ EN EL III REICH:
UN ANÁLISIS SOBRE LOS FRACASOS
EN LA LEGALIDAD Y LA JUSTICIA***

*THE JAZZ IN THE III REICH:
AN ANALYSIS ON THE FAILURES
IN LEGALITY AND JUSTICE*

FERNANDO CENTENERA SÁNCHEZ-SECO
Universidad de Alcalá

Fecha de recepción: 1-3-16

Fecha de aceptación: 3-5-16

Resumen: *Este trabajo centra la atención en las medidas llevadas a cabo por el III Reich contra el jazz. Por una parte, se desarrolla un análisis centrado en la legalidad, donde se diagnostican numerosos fracasos en este contexto relativos al lenguaje de las regulaciones, su aplicación, publicación, generalidad y estabilidad. Por otra parte, se centra la atención en el ámbito de la justicia, con el fin de analizar cómo afectaron las medidas en cuestión a valores como la seguridad, la igualdad y la libertad. Sobre este último valor se ofrece también un análisis desde el punto de vista musical.*

Abstract: *This paper focuses on the measures taken by the III Reich against jazz. First, an analysis is conducted of the legality of these measures, identifying numerous failures in this context which have to do with the language in which the regulations are couched, and with their application, publication, generality and stability. This is followed by an examination of justice, in order to study the effect these measures exerted on the values of legal certainty, equality and freedom. In connection with this last value, an analysis is also offered from the perspective of music.*

Palabras clave: Jazz, nazismo, legalidad, libertad, igualdad, seguridad

Keywords: Jazz, nazism, legality, freedom, equality, legal certainty

* Quisiera agradecer las sugerencias del profesor Virgilio Zapatero, así como las de quienes han realizado los exámenes de este trabajo.

1. INTRODUCCIÓN

El 20 de junio de 1930 Nueva York recibía la noticia de que quienes decidieran hacer turismo aquel verano en Turingia, seguramente no iban a poder escuchar allí la música estadounidense. El titular de una de las columnas de la *Schenectady Gazette* decía *Thuringia Puts Ban Upon American Jazz. Negro Songs Also Prohibited in Cafes and Other Public Places*¹. Quizá aquello pudo parecer una ensoñación o algo pasajero, pues al año siguiente la *Pittsburgh Post-Gazette* informaba de la revocación de aquella prohibición regional que, por cierto, se había introducido por Wilhelm Frick, un amigo de Hitler². Probablemente ajeno a todo aquello, poco tiempo después, en 1932, Duke Ellington interpretaría *It don't mean a thing if it ain't got that swing*. Era un reconocimiento a la música afro-americana, a la calidad de la misma³ que, por cierto, en sus orígenes, ya con síncopas y reformulaciones de tonalidades, había desempeñado un papel muy interesante en Norteamérica como instrumento para escapar de la esclavitud⁴. Este no sería desde luego el único episodio en el que aquella música significó en algún sentido libertad. Seguramente Duke Ellington, que ya era muy conocido en Alemania⁵, no imaginó que años después de su reconocimiento al *swing*, durante su gira por Europa a finales de los treinta, no podría ni siquiera salir de su tren detenido en Hamburgo⁶. La prohibición de Turingia únicamente fue un anun-

¹ "Thuringia Puts Ban Upon American Jazz", *Schenectady Gazette*, June 20, 1930, p. 23. Consultado en <https://news.google.com/newspapers?nid=1917&dat=19300619&id=wFohAAAAI-BAJ&sjid=0oUFAAAAIBA&pg=887,6747998&hl=es>. Fecha de consulta: 04/02/2016.

² "Thuringia Repelas Ban on Jazz Danzing", *Pittsburgh Post-Gazette*, May 28, 1931, p. 2. Consultado en <https://news.google.com/newspapers?nid=1129&dat=19310528&id=ILhRAAAAI-BAJ&sjid=RGkDAAAIBA&pg=5418,2020961&hl=es>. Fecha de consulta: 08/10/2015.

³ O. WILSON, "The Heterogeneous Sound Ideal in African-American Music", en G. DAGEL CAPONI (ed.), *Signifyin(g), Sanctifyin', & Slam Dunking. A Reader in African American Expressive Culture*, The University of Massachusetts Press, [s. l.], 1999, pp. 157, 158. Sobre la idea expresada en el texto en otras composiciones de Duke Ellington, A. ROSS, *El ruido eterno. Escuchar al siglo XX a través de su música*, Seix Barral, Barcelona, 2010, pp. 201-203.

⁴ D.-C. MARTIN, *El gospel afroamericano*, Akal, Madrid, 2001, pp. 37-41. Sobre la influencia del *gospel* en el jazz, también E. K. ELLINGTON, *Duke Ellington. La música es mi amante*, Global Rhythm Press, Barcelona, 2009, p. 461.

⁵ F. CENTENERA, "Las intervenciones del Tercer Reich en relación al jazz: de los 'fundamentos' a las críticas", *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 19, 2015, p. 485.

⁶ K. BURNS, "Swing. La velocidad de la celebración", en *Jazz. La historia*, Divisa Home Vídeo, Valladolid, 2012 [documental].

cio de lo que vendría después. La semilla de todo aquello ya se había cultivado en los años anteriores, y la manifestación de Frick simplemente fue la antesala.

El advenimiento del nazismo no trajo consigo una prohibición general del jazz, pero sí numerosas escalonadas a lo largo del tiempo que, de forma directa o indirecta, iban a afectar a aquella música en diferentes ámbitos. A continuación nos referimos a las medidas más representativas⁷. En 1935 el

⁷ Hemos elaborado esta lista, y los datos que iremos presentando en este estudio sobre las manifestaciones del III Reich, teniendo en cuenta la información que ofrecen las siguientes referencias: M. H. KATER, *Different Drummers*, Oxford University Press, New York, 2003 pp. 24, 25, 44, 45, 50, 124, 136; M. H. KATER, "Forbidden Fruit? Jazz in the Third Reich", *The American Historical Review*, núm. 94, vol. 1, 1989, p. 21; H. J. P. BERGMEIER y R. E. LOTZ, *Hitler's Airwaves. The Inside Story of Nazi Radio Broadcasting and Propaganda Swing*, Yale University Press, New Haven & London, 1997, pp. 138, 139; C. LUSANE, *Hitler's Black Victims. The Historical Experiences of Afro-Germans, European Blacks, Africans, and African Americans in the Nazi Era*, Routledge, New York, 2003, pp. 200, 202, 203, 204; M. PITNER, "Popular Music in the Nazi Weltanschauung", *Internacional Multilingual Journal of Contemporary Research*, núm. 2/2, 2014, p. 150; R. GRIFFIN, *Modernismo y fascismo. La sensación de comienzo bajo Mussolini y Hitler*, Ediciones Akal, Madrid, 2010, p. 422; A. E. STEINWEIS, *Art, Ideology, & Economics in Nazi Germany. The Reich Chambers of Music, Theater, and the Visual Arts*, The University of North Carolina Press, [Carolina], 1993, p. 144; M. WALTER, "El jazz y la música ligera como instrumentos de la propaganda nazi", en VV.AA., *La música y el III Reich. De Bayreuth a Terezin*, Fundació Caixa Catalunya, Barcelona, 2007, p. 172; M. KANT, "The Nazi Attempt to Suppress Jazz and Swing: A Case Study", en L. KARINA & M. KANT, *Hitler's Dancers. German Modern Dance and the Third Reich*, Berghahn Books, New York - Oxford, 2004, pp. 168-187.

Algunas de estas referencias reproducen parcialmente las prohibiciones. Así, por ejemplo, sobre la de Hadamovsky y sobre el decreto de Turingia puede verse H. J. P. BERGMEIER y R. E. LOTZ, *Hitler's Airwaves*, cit., 138. Reproducciones más extensas pueden localizarse en E. HADAMOVSKY, "Verbot des Niggerjazz". Consultado en https://www.lmz-bw.de/fileadmin/user_upload/Medienbildung_MCO/fileadmin/bibliothek/hadamovsky_jazz/hadamovsky_jazz.pdf. Fecha de consulta: 09/10/2015; "Erlaß IV C II/771, Nr. 53 Wider die Negerkultur für deutsches Volkstum (April 1930)", en T. NEUMANN (ed.), *Quellen zur Geschichte Thüringens. Kultur in Thüringen. 1919-1949*, Thüringen, 1998, pp. 144-146. Consultado en: http://www.lzt-thueringen.de/files/huerkultur_19-49_1.pdf. Fecha de consulta: 25/07/2015. El texto de la normativa de Pomerania puede consultarse parcialmente en M. KANT, "The Nazi Attempt to Suppress Jazz and Swing", cit., p. 181. En relación a la arianización de la industria discográfica y a su regulación la fuente más directa que hemos encontrado es el diario de Goebbels (Kater, la referencia a nuestro juicio más fiable en esta cuestión, se remite a él y a una colección de una persona privada): J. GOEBBELS, *Die Tagebücher*, teil I, band 5, K. G. Saur, München, 2000, pp. 42, 56, 58. Sobre la prohibición de la música indeseable y peligrosa puede consultarse la siguiente referencia: "Erste Liste unerwünschter musikalischer Werke", *German Propaganda Archive*. Consultado en <http://research.calvin.edu/german-propaganda-archive/banned.htm>. Fecha de consulta: 08/10/2015. Por último, sobre la prohibición de bailes públicos y sus relajaciones

director general de Radiodifusión del Reich, Hadamovsky, promulgó una prohibición que alcanzó a todo el panorama radiofónico del país. Dos años después, a finales de 1937, Goebbels emitió una directiva, hecha efectiva en 1938, en la que se prohibía vender discos que tuvieran autoría o interpretación no aria. Ya en 1939, en base a una regulación que pretendía proteger los trabajos culturales musicales, la Cámara de Música del Reich publicó un índice con numerosas entradas que debían considerarse música indeseable y peligrosa. En el mismo año y en los siguientes aparecieron otras regulaciones, de entre las que destacamos aquellas que suprimieron los bailes públicos. Por otra parte, desde el punto de vista regional deben tenerse en cuenta las prohibiciones parciales del jazz (y en ocasiones también del baile relacionado con aquel) en contextos como Turingia (en este caso, como ya vimos, incluso antes de que el nazismo llegase al poder), Bamberg, Francfort, Passau, Pomerania, Württemberg, Franconia, Sajonia y Colonia. Cabría, por último señalar que en diferentes ámbitos del partido nazi también aparecieron medidas con proscripciones.

Las disposiciones que acabamos de presentar han llamado la atención de interesantes trabajos publicados en las décadas más recientes. Estas referencias abordan la cuestión principalmente desde los puntos de vista histórico y sociológico, pero al menos por lo que alcanzamos a conocer, los estudios desarrollados desde el plano jurídico son menos prolíficos. Estas páginas pretenden ser una aportación en dicho contexto. Concretamente, su desarrollo se plantea desde una perspectiva iusfilosófica. Dentro de este ámbito se ha publicado recientemente un estudio que analiza varias de las medidas que serán objeto de este trabajo, desde el marco del moralismo legal y del perfeccionismo⁸. En esta ocasión la intención es considerarlas desde el punto de vista de los fracasos que supusieron, tanto en lo que respecta a algunos de los

puede consultarse J. GOEBBELS, *Die Tagebücher*, teil I, band 8, K. G. Saur, München, 1998, pp. 273; J. GOEBBELS, *Die Tagebücher*, teil I, band 9, K. G. Saur, München, 1998, pp. 362. Existe una versión en inglés de este periodo, pero por lo que hemos podido ver en ella únicamente aparece la referencia al levantamiento de la prohibición el 10 de junio de 1941 (J. GOEBBELS, *Diaries 1939-41*, Hamish Hamilton, London, 1982, p. 402). Sobre las flexibilizaciones de las prohibiciones pueden verse también los informes de las SS: *Meldungen aus dem Reich. 1938-1945*, band 5, Pawlak Verlag, Herrsching, 1984, pp. 1413, 1425; *Meldungen aus dem Reich. 1938-1945*, band 7, Pawlak Verlag, Herrsching, 1984, p. 2394. Es interesante además la nota que aparece en REICH MINISTRY OF JUSTICE, "Report on the Emergence of "Youth Cliques and Gangs" and the Struggle against Them (early 1944)", p. 4. Consultado en: http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/pdf/eng/English77_Exeter.pdf. Fecha de consulta: 09/10/2015.

⁸ F. CENTENERA, "Las intervenciones del Tercer Reich...", cit., pp. 483-508.

parámetros que han de observarse para hablar de legalidad (lenguaje de las regulaciones, su aplicación, publicación, generalidad y estabilidad⁹), como en lo concerniente a los valores de la seguridad, igualdad y libertad (en este ámbito podría verse algún punto de conexión con el trabajo antes citado); teniendo en cuenta para esto último un esquema estructurado en torno a la justicia formal y material. A modo de epílogo, ofrecemos un análisis sobre el papel que podría haber desempeñado la libertad, dentro del plano musical propiamente dicho, a la hora de desarrollar algunas de las medidas nazis. El desprecio a la legalidad y a la justicia característico del nazismo no se percibe únicamente en las tremendas atrocidades cometidas, su efecto llegó también a la médula de los aspectos más comunes de la vida cotidiana. El contenido de este trabajo pensamos que es una muestra de ello.

2. LOS FRACASOS EN LA LEGALIDAD

2.1. ¿Qué debía entenderse por jazz?

Son varias las referencias que consideran que aun cuando en el III Reich aparecieron prohibiciones como las señaladas en la introducción, en ellas no se especificaba qué había de entenderse por jazz¹⁰. Es cierto, no obstante, que en un primer acercamiento a aquellas, quizá pueda pensarse que determinadas expresiones podrían servir de ayuda para tratar de concretar la cuestión que nos ocupa. Así, por ejemplo, en el pronunciamiento de Hadamovsky se habla peyorativamente de *Niggerjazz*, y en el decreto de Turingia puede leerse *Negerkultur*. En base a este análisis cabría pensar que lo que se estaba prohibiendo era el jazz producido por la comunidad negra. Esta conclusión, como veremos después, no supone el final de los problemas, pero en cualquier caso, lo que convendría preguntarse en un primer momento es qué caracterizaba a aquella música o, por ejemplo, en qué se diferenciaba del

⁹ Puede ser interesante citar aquí a L. L. FULLER, *La moral del Derecho*, Editorial F. Trillas, México, 1967, pp. 56 y ss.; que se refiere a las formas de fracasar en numerosos aspectos de la legalidad, dotados de carácter moral, como son la generalidad de las normas (que existan reglas aplicadas a clases generales), su publicidad (para que la ciudadanía tenga “derecho a saber”), claridad y estabilidad.

¹⁰ M. WALTER, “El jazz y la música ligera”, cit., p. 172; M. ZWERIN, *Swing under the Nazis. Jazz as a Metaphor for Freedom*, Cooper Square Press, New York, 2000, pp. 6 y 7; H. J. P. BERGMEIER, R. E. LOTZ, *Hitler’s Airwaves*, cit., p. 139; M. KANT, “The Nazi Attempt to Suppress Jazz and Swing”, cit., pp. 168, 170.

jazz producido por personas de raza aria (Los Siete de Oro¹¹ –agrupación alemana– o el clarinetista Benny Goodman podrían ser algunos ejemplos), o gitana (ineludible en este punto es la cita a Django Reinhardt). La cuestión no quedó clara, aun a pesar de que, por ejemplo, en el caso de Hadamovsky pudieran verse intentos en esta línea, cuando señaló que el jazz no era una instrumentación más ingeniosa, ni tampoco un ritmo o *tempo* modernos, sino algo de ‘semisalvajes’¹².

En otros casos nos encontramos con un nivel de indeterminación aún mayor. Podemos, por ejemplo, centrar la atención en las prohibiciones de 1937 o 1939, que aluden a lo no ario, o a la música indeseable o peligrosa. En esta ocasión cabría preguntarse a qué se estaba haciendo referencia, por ejemplo, con la expresión “contenido no ario”, ¿al producido por el colectivo negro, como en el caso anterior? No está claro. La interpretación que se hizo entonces transcurrió en la línea expuesta en los interrogantes, pero al parecer debía tenerse en cuenta también algún margen de maniobra¹³. No obstante, en tal caso cabría preguntarse acerca de cuáles fueron los parámetros de actuación en este último aspecto. Otras fuentes, aunque sin detenerse en la expresión concreta en la que nos fijamos, extienden por descontado la prohibición al colectivo judío¹⁴, y ello parece evidente; no debe olvidarse que las medidas que nos ocupan se desarrollaron en el momento en el que se pretendía *arianizar* los comercios¹⁵. La intención, por otra parte, parece confirmarse si repasamos el diario de Goebbels, donde refleja la propuesta de Drewes –entendemos que se trata del director de la oficina de examinación de la música del Reich– para que la industria no trajese más discos judíos¹⁶.

Además de las apreciaciones anteriores, puede resultar interesante también reflexionar acerca de si con la palabra jazz se hacía referencia al swing. Según alguna fuente, no parece que deba entenderse así. En este sentido, se

¹¹ C. LUSANE, *Hitler's Black Victims*, cit., p. 202. Debe constatar, no obstante, que quizá aquel acercamiento al jazz fue el culpable de que la banda se eliminase. M. H. KATER, *Different Drummers*, cit., p. 48.

¹² E. HADAMOVSKY, “Verbot des Niggerjazz” ..., cit.

¹³ C. LUSANE, *Hitler's Black Victims*, cit., p. 203.

¹⁴ M. H. KATER, “Forbidden Fruit?...”, cit., p. 21.

¹⁵ A propósito de ello, podemos citar, por ejemplo la “Order concerning the Utilization of Jewish Property of 3 December 1938”, en *Nazi Conspiracy and Aggression*, vol. IV, United States Government Printing Office, Washington, 1946, pp. 1-6. Consultado en http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_Nazi_Vol-IV.pdf. Fecha de consulta: 16/10/2015. También en J. GOEBBELS, *Die Tagebücher*, teil I, band 5, cit., pp. 42, 50.

¹⁶ J. GOEBBELS, *Die Tagebücher*, teil I, band 5, cit., p. 56.

ha señalado que aun cuando Goebbels atacaba al jazz defendía el swing, dado que este último significaba “afirmación de la vida”¹⁷. Ello podría explicar su asistencia, junto con Hitler, a la actuación de Hylton¹⁸. Incluso quizá estemos también ante el argumento que justificó el impulso del Ministro de propaganda a la formación de Charlie y su Orquesta, a la que nos referiremos más adelante. Cabría, no obstante, preguntarse qué diferenciaba desde el punto de vista nacionalsocialista al jazz del swing. Podríamos también referirnos al baile del swing, prohibido en varias ocasiones. ¿Qué lo caracterizaba?, ¿podría decirse que tenía lugar cuando se agitaban los brazos de manera entusiasta?¹⁹

A nuestro modo de ver, en lo que concierne a la música, además de las cuestiones raciales es probable que se hubieran tenido en cuenta determinadas características musicales, como la rapidez rítmica o la improvisación. A propósito de ello, resulta muy significativa –aunque pensamos que no es generalizable a todos los temas interpretados por las agrupaciones grandes– la noticia que informa de que se permitió el swing de las *big-bands* porque dejaba poco margen a la improvisación²⁰. Más adelante ofrecemos argumentos que podrían dar algo de sustento a este punto de vista. En cualquier caso, aunque esta hipótesis fuera acertada con ella los problemas tampoco desaparecerían, pues nos remite a una tautología. Al menos así ha de entenderse, si no se establecieron parámetros concretos para determinar, por ejemplo a propósito de la improvisación, a partir de qué momento un tema comenzaba a estar prohibido; o cuál habría de ser el límite que separaba la “innovación saludable” de la “experimentación degenerada”²¹.

La vaguedad lingüística, *per se*, no es objetable. En ocasiones incluso supone una ventaja²², si bien en otras puede ser un déficit. Así, cuando se utiliza para eximir las acciones de la autoridad de la razón del derecho, o para que esta última no se pueda distinguir de la voluntad del funcionariado²³. Son precisamente estos objetivos de poder, y no otra cuestión, los que a nuestro juicio se encuen-

¹⁷ R. GRIFFIN, *Modernismo y fascismo*, cit., p. 50, 52.

¹⁸ El espectáculo, no obstante, fue parcialmente censurado, dado que se suprimió un número por considerarse muy americano, y Hylton no pudo tener a ninguna persona judía en su banda. R. GRIFFIN, *Modernismo y fascismo*, cit., p. 50. Quizá sea representativo en este punto recordar la amistad entre Hylton y Ellington. E. K. ELLINGTON, *Duke Ellington*, cit., p. 170.

¹⁹ M. KANT, “The Nazi Attempt to Suppress Jazz and Swing”, cit., p. 180.

²⁰ R. GRIFFIN, *Modernismo y fascismo*, cit., p. 413.

²¹ R. GRIFFIN, *Modernismo y fascismo*, cit., p. 412.

²² V. ZAPATERO, *El arte de legislar*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 262-265.

²³ T. A. O. ENDICOTT, *La vaguedad en el derecho*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 296, 297.

tran detrás de la técnica legislativa deficiente que nos ocupa, caracterizada por cláusulas generales²⁴ que, por cierto, desde la perspectiva schmittiana suponían el fracaso del positivismo a la hora de vehicular las convicciones de la población sobre lo que es el derecho; siendo desde este punto de vista las reglas un obstáculo para desarrollar la inmediatez y plenitud de la vida cotidiana²⁵. Ello, no obstante, como después veremos, se trató de suplir de diferentes formas.

2.2. Los intentos por precisar

Sin embargo, no parece que en todo caso los ‘esfuerzos’ nazis por tratar de determinar qué era el jazz se quedasen en lo dicho hasta este punto. En alguna ocasión se ha hecho referencia a una lista de normas dirigidas a las bandas de baile, en la que se decía, por ejemplo, que los temas de swing no debían exceder del 20% del repertorio, que debía darse preferencia a las composiciones vivas frente a las lentas, si bien quedaban prohibidos “los excesos negroides”, que los temas de jazz podían tener como máximo un 10% de síncope, o que se prohibían las sordinas, los solos de batería si excedían medio compás cuaternario, salvo en el caso de las marchas militares, o el *scat*²⁶. La noticia es muy interesante, pero debemos tratarla con precaución, dado que entendemos que la fuente de donde se toma es *El Saxofón bajo* de Skvorecky²⁷, que se centra en el entorno checo. De esta obra, concretamente del prólogo titulado *Música roja*, que es el texto que aquí interesa, se ha dicho que narra la propia experiencia del autor²⁸. Él mismo, no obstante, informó de que aunque el libro encuentra base histórica en el testimonio de un amigo suyo, tiene también inspiración literaria²⁹.

²⁴ M. A. CATTANEO, “Carl Schmitt y Roland Freisler: La doctrina penal del nacional-socialismo”, en A. NIETO MARTÍN (coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001, pp. 150, 151.

²⁵ M. KAUFMANN, *¿Derecho Sin Reglas? Los principios filosóficos de la teoría del Estado y del Derecho de Carl Schmitt*, Fontamara, 3ª edición, México, 1999, p. 198.

²⁶ M. BRONFMAN, *El jazz en la Alemania nazi*. Consultado en <http://miguelbronfman.homestead.com/ALEMANIANAZI.html>. Fecha de consulta: 11/02/2016. El *scat* hace referencia al “canto rítmico con sonidos inarticulados”. Sobre ello N. HENTOFF y A. J. MCCARTY, *Jazz, psicología y sociología*, Paidós, Buenos Aires, 1968, p. 420.

²⁷ J. SKVORECKY, *El Saxofón bajo*, Alianza Editorial, Madrid, 1988.

²⁸ M. T. KAUFMAN, “Josef Skvorecky, Czech-Born Writer Oppressed by Right and Left, Dies at 87”, *The New York Times*, January 5, 2012. Consultado en http://www.nytimes.com/2012/01/05/arts/josef-skvorecky-czech-born-writer-dies-at-87.html?pagewanted=all&_r=0. Fecha de consulta 15/01/2015.

²⁹ J. GLUSMAN, “Josef Skvorecky, The Art of Fiction”, *The Paris Review*, 112, 1989. Consultado en <http://www.theparisreview.org/interviews/2392/the-art-of-fiction-no-112-josef-skvorecky>. Fecha de consulta: 15/01/2015.

Por nuestra parte, hemos podido comprobar que determinados datos de la obra relativos a personas y agrupaciones, se corresponden con los que recogen otras fuentes. La posible conexión con la realidad adquiere consistencia si tenemos en cuenta el trabajo de Zwerin que, centrándose en el contexto holandés, se refiere a determinada regulación relativa al jazz. Aquella establecía aspectos parecidos a los que señala Skvorecky, como por ejemplo que no debía tocarse música con *after-beat*³⁰, vibrato negro y otras características de este estilo³¹. La veracidad de normas de este tipo queda totalmente confirmada si seguimos el trabajo de Kant, que transcribe parte de las ordenanzas acordadas en Pomerania. En ellas se establecía que se debía evitar reproducir música popular extranjera, que quedaba prohibido tocar el *hot*, el llanto y lamentos excesivos de los instrumentos o ponerse de pie, que las piezas debían ejecutarse exactamente como estaban escritas, o que únicamente podían cantarse e interpretarse en la versión alemana, prohibiéndose de este modo la adaptación de canciones populares al estilo americano o inglés y el uso de palabras extranjeras. Quienes regentaban los locales eran responsables de que en ellos hubiese baile alemán predominantemente, y tenían que prohibir el baile del swing³². Pero esto no es todo. En febrero de 1941 Goebbels pretendió ofrecer una definición oficial a propósito del jazz en la radio. En una sesión informativa señaló que según el Ministerio, en principio quedaban bajo prohibición la música con ritmos distorsionados, la línea melódica atonal, y el uso de los *stopped horns*³³.

Parece, por tanto, que debemos reconocer la existencia de relaciones tendientes a determinar aquello que debía entenderse por jazz. Sin embargo, esta circunstancia no supone el final de las objeciones. A nuestro juicio, al menos en algunos de estos ejemplos existe el problema de la infrainclusión, es decir, quienes establecieron aquellas regulaciones –o informaron– pretendieron tanta precisión, que dejaron fuera del tipo establecido conductas que, desde su punto de vista, debían incluirse también en aquel³⁴. Resulta inevitable en

³⁰ Entendemos que con ello se hace referencia a la síncope.

³¹ M. ZWERIN, *Swing under the Nazis*, cit., pp. 102, 103.

³² Como ya adelantamos, estas ordenanzas se reproducen en M. KANT, “The Nazi Attempt to Suppress Jazz and Swing”, cit., p. 181.

³³ Entendemos que con *stopped horns* se hace referencia a las sordinas. H. J. P. BERGMEIER, R. E. LOTZ, *Hitler's Airwaves*, cit., p. 140; M. KANT, “The Nazi Attempt to Suppress Jazz and Swing”, cit., p. 185. Según esta última referencia, las características señaladas se enmarcaron en una prohibición de toda interpretación del jazz en la radio alemana.

³⁴ V. FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*, Civitas Ediciones, Madrid, 2002, p. 35.

este punto hacer referencia a la improvisación, que en términos generales se considera característica del jazz, y que no aparece en algunas de las listas que nos ocupan. Podría decirse, no obstante, que en el caso de Pomerania no fue así. Sin embargo, las ordenanzas de este contexto y los intentos de precisión de Goebbels son en parte objetables por otras razones. Pensamos ahora en la utilización de expresiones tales como “en principio”, “ritmos distorsionados”, “en la medida de lo posible”, o “los llantos excesivos de los instrumentos”. En este último caso, por ejemplo, cabría preguntarse a partir de qué punto podría hablarse de extralimitación. Por otra parte, la interpretación hasta aquel nivel –que en consecuencia con lo dicho estaría permitida– debería considerarse un elemento de la improvisación, pero como hemos visto, esta quedó prohibida en el texto que incluye la expresión en la que nos hemos detenido.

Por lo demás, cabría apuntar que las fórmulas en cuestión pudieron suponer la inclusión en las prohibiciones de composiciones que probablemente no se pretendían vetar³⁵. De este modo, si nos fijamos, por ejemplo, en la que hace referencia a los temas con más de un 10% de síncopa, habría que entender que aquel parámetro estaba afectando a algunas obras de Beethoven; por cierto, uno de los paradigmas de la cultura musical que demandaba el nazismo³⁶, y que el propio Goebbels tenía muy presente³⁷.

Además de todo lo dicho, resulta también muy interesante preguntarse sobre los criterios que se siguieron a la hora de establecer concreciones como las señaladas. De este modo, tiene mucho sentido reflexionar, por ejemplo, acerca de la pauta que sirvió para determinar que debían quedar prohibidas las composiciones que tuvieran más de un 10% de síncopa. Nos tememos que difícilmente puede responderse a esta pregunta desde la razón.

2.3. Sobre la aplicación de las prohibiciones y más allá

Teniendo en cuenta las circunstancias desarrolladas hasta este punto, cabría preguntarse acerca de cómo se pusieron en práctica las prohibiciones. Ante deficiencias de racionalidad lingüística como las constatadas, probablemente la primera solución que llegue a la mente nos remita a la sede

³⁵ V. FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad...*, cit., p. 35.

³⁶ M. ZWERIN, *Swing under the Nazis*, cit., p. 120.

³⁷ J. GOEBBELS, *Michael: un ideal noble: el destino de un joven nacionalsocialista*, Ediciones Ojeda, segunda edición en castellano, Barcelona, 2011, p. 113.

judicial³⁸. El ejercicio de especificación a través de esta vía en modo alguno es sencillo³⁹, pero no tiene sentido aquí abundar en ello, pues al menos por lo que llegamos a conocer el cauce en cuestión no se aprecia. La concreción dependió de lo que cada oficial entendiera por jazz, en el caso concreto que estuviera tratando⁴⁰. Con ello resulta fácil imaginar cuáles fueron los resultados.

Por una parte, podemos centrar la atención en un listado de música prohibida publicado en 1939. A la hora de analizar este documento nos ha llamado mucho la atención que en él aparecen entradas como las siguientes⁴¹: *Bei mir bist du schön* (Secunda, Sholom), *Swing low, sweet Chariot* (Adec), *Caravan* (Tizal-Ellington)⁴² y *The Flat Foot Floogee* (Gaillard-Steward Green). Ante selecciones de este tipo resulta ineludible preguntarse acerca de los criterios que se utilizaron para llegar a estos resultados. Parece evidente que la respuesta pasa obligatoriamente por la consideración de la raza. El primer tema se compuso para un musical judío, el segundo es un góspel y los dos últimos fueron compuestos por personas de raza negra. Cabría, no obstante, preguntarse por qué encontramos estas prohibiciones, y no otras que, siguiendo el mismo criterio, deberían estar también en el listado. A propósito de esta reflexión, resulta muy interesante comprobar que en el catálogo de

³⁸ Sobre esta opción H. L. A. HART, *Derecho, Libertad y Moralidad. Las conferencias Harry Camp en la universidad de Stanford* (1962), Dykinson, Madrid, 2006, p. 106.

³⁹ Se ha dicho que en estos casos, aun cuando quienes juzgan puedan dejar a un lado su valoración personal para tratar de solucionar el problema en base a la práctica social, ello no supondrá el final de los problemas, dado que en la sociedad probablemente podrán encontrarse diferentes criterios acerca del concepto valorativo en cuestión. V. FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad...*, cit., p. 33. Ello, no obstante, en modo alguno supondría un problema para la doctrina nazi, aunque desde esta perspectiva debería corregirse el planteamiento anterior. Para Schmitt, por ejemplo, debe quedar atrás la máxima de Montesquieu en la que quienes juzgan han de ser la boca muda que pronuncia las palabras de la ley. Desde este punto de vista el vínculo ya no se establece con las palabras de la ley, sino con la comunión existente entre el *Führer* y la comunidad popular. M. A. CATTANEO, "Carl Schmitt y Roland Freisler...", cit., pp. 146, 147.

⁴⁰ M. ZWERIN, *Swing under the Nazis*, cit., p. 90; M. KANT, "The Nazi Attempt to Suppress Jazz and Swing", cit., pp. 180, 182; R. J. EVANS, *El III Reich en el poder*, Ediciones Península, Barcelona, 2007, pp. 208 y 209.

⁴¹ "Erste Liste unerwünschter musikalischer Werke", cit.

⁴² M. H. KATER, *Diferent Drummers*, cit., p. 51, señala que se prohibieron determinados temas de Ellington, como *Caravan*, y que el mismo interpretado por The Mills Brothers continuó estando presente en el catálogo de *Brunswick* de marzo de 1939, si bien su versión quedó prohibida en julio del mismo año. Quizá la razón de este resultado pueda encontrarse en la lista a la que hacemos referencia en el texto que, como hemos señalado, elimina el tema en cuestión.

discos *Brunswick* de 1939 aparecieron la orquesta de Billie Holiday o la de Teddy Wilson⁴³, de raza negra, o Artie Shaw⁴⁴, judío; o que algo antes, hacia 1938, el sello discográfico *Odeon* comenzó a popularizar temas de jazz, y que en la relación de aquellos puede localizarse, por ejemplo, a Duke Ellington (en estos casos, no obstante, parece que se puso en las etiquetas *Classic swing* en vez de *Hot jazz* para evitar su supresión)⁴⁵. En ocasiones se ha dicho que la censura desconocía quiénes eran artistas de raza aria y quiénes no⁴⁶, y pensamos que en ello hay razón, pero también que deberían tenerse en cuenta otros motivos, como después veremos.

Un análisis parecido entendemos que podría hacerse de la prohibición de la música de Benny Goodman por parte del personal de Goebbels, o de las denuncias que las SS dirigieron contra aquel músico o contra Irving Berlin, George Gershwin y otras doce personas más de raza negra⁴⁷. De nuevo en esta ocasión parece ineludible el trasfondo racista en la selección, pero también en este punto cabría preguntarse por qué, por ejemplo, se prohibió la música de Benny Goodman, como se ha dicho, pero no la de Artie Shaw, aun cuando este, como el anterior, también era clarinetista y judío. De nuevo parece que habría que recurrir aquí a la falta de conocimiento, o quizá mejor, a una labor de investigación descuidada. Al parecer, Artie Shaw se salvó porque se creía que era hijo del crítico de música irlandesa George Bernard Shaw⁴⁸.

Debe señalarse además que al menos algunos de los casos recientemente expuestos son también cuestionables por otros motivos, pues no se quedan en aplicaciones cuestionables de las normas, sino que van más allá. Las prohibiciones de música no aria datan del último mes de 1937, si bien la regulación se hizo efectiva en abril de 1938. Sin embargo, la intervención de las SS a la que nos hemos referido tuvo lugar el 25 de noviembre de 1937⁴⁹. Si

⁴³ Reproduce el documento M. ZWERIN, *Swing under the Nazis*, cit., pp. 20, 21.

⁴⁴ Hemos podido ver varios temas suyos catalogados en H. KÖNIG. "Labelliste von 'Brunswick (D)'. (1937-1940)". Consultado en http://www.musiktiteldb.de/Label/Br_A82.html. Fecha de consulta: 12/10/2015.

⁴⁵ Sobre ello "Odeon- Swing - Music - Series: Discographie A 286.000er - Series". Consultado en http://www.swingtime.de/swings/odsw/odsw_katen.html. Fecha de consulta 06/02/2016.

⁴⁶ C. LUSANE, *Hitler's Black Victims*, cit., p. 203.

⁴⁷ M. H. KATER, *Different Drummers*, cit., pp. 50, 51.

⁴⁸ A. COLEMAN, *Diversions & Animadversions. Essays from The New Criterion*, New Brunswick, London, 2005, p. 139.

⁴⁹ M. H. KATER, *Different Drummers*, cit., pp. 51, 230.

atendemos a estos datos cronológicos descubriremos que la pregunta de con arreglo a qué regulación se actuó queda sin respuesta. Esta circunstancia, sin embargo, no fue genuina de las SS. Otro ejemplo paradigmático lo encontramos en Goebbels. Como sabemos, en 1935, Hadamovsky pronunció una prohibición sobre la emisión de jazz en la radio. Sin embargo, poco tiempo después (entre 1935 y 1937), el Ministro de propaganda permitió aquella música en dicho medio⁵⁰. De hecho, a consecuencia de las demandas de la población se retransmitieron temas de Louis Armstrong, Duke Ellington o Benny Goodman, aunque sin decir sus nombres⁵¹.

Estos datos descubren una clara falta de consistencia entre la prohibición establecida y determinadas acciones. Pero esto no es todo. En base a la permisión citada de Goebbels, cabría pensar que Raabe, presidente de la Cámara de Música del Reich, difícilmente iba a poder prohibir las actuaciones en directo. Sin embargo, aun con la ausencia de medidas legales en este ámbito, se llevaron a cabo acciones⁵² de acoso a bandas de música por parte de miembros de la Cámara de Música del Reich. Aquellas podrían constituir un tipo de censura de abajo arriba, dado que fueron más allá de lo que se había establecido desde el punto de vista político⁵³.

La circunstancia expuesta se torna aún más complicada, si tenemos en cuenta el sistema de divisiones llevado a cabo por el nazismo, que en las provincias duplicó los órganos administrativos con estructuras del partido, por medio de los *Gaue*. Además aparecieron otras demarcaciones de carácter geográfico como las unidades territoriales de las SA, que no coincidían con los *Gaue* ni con las provincias, las SS, las Juventudes Hitlerianas, etc.⁵⁴ Teniendo todo ello en cuenta, no es de extrañar que se pudieran dar situaciones de tremenda descoordinación, que nos presentan a las SA y las SS llevando a cabo acciones que no se habían establecido desde la Cámara de Música del Reich (como quitar los saxofones a intérpretes de bandas de baile o prohibir el uso

⁵⁰ A. E. STEINWEIS, *Art, Ideology, & Economics...*, cit., p. 141; R. GRIFFIN, *Modernismo y fascismo*. cit., p. 411.

⁵¹ I. HAUSSER, "Dossier", en H. et S. SCHOLL, *Lettres et carnets*, Tallandier, [s. l.], 1984, p. 422; R. J. EVANS, *El III Reich en el poder*, cit., p. 208.

⁵² A. E. STEINWEIS, *Art, Ideology, & Economics...*, cit., p. 141; M. PITNER, "Popular Music...", cit., p. 150.

⁵³ A. E. STEINWEIS, *Art, Ideology, & Economics...*, cit., p. 141; M. PITNER, "Popular Music...", cit., p. 150; R. J. EVANS, *El III Reich en el poder*, cit., p. 207 (que se refiere también a intimidaciones por parte de la Gestapo).

⁵⁴ H. ARENDT, *Los orígenes del totalitarismo*. Vol. 3. *Totalitarismo*, Alianza Editorial, 2ª reimpresión, Madrid, 2003, p. 602.

de instrumentos), a la policía local maltratando arbitrariamente a intérpretes de jazz, o a la Gestapo cerrando cafés por iniciativa propia, simplemente por haber escuchado algún compás de *A-Tisket, A-Tasket*⁵⁵. Sin embargo, y aunque pudiera parecer paradójico, también tuvieron lugar acciones en sentido contrario, es decir, a favor del jazz. Podemos referirnos, por ejemplo, al permiso dado por parte de oficiales alemanes a quienes interpretaban jazz en el local *La Cigale* de París; una circunstancia que, no obstante, no fue aislada, si bien el ejemplo más paradigmático de ello probablemente sea el del guitarrista Django Reinhardt, que se convirtió en intocable tras la ocupación⁵⁶.

En términos jurídicos, pensamos que en casos como los expuestos nos encontramos principalmente ante órdenes procedentes de diferentes instancias. El hecho de que tengan lugar en nada impide reconocer la existencia del derecho⁵⁷. Lo objetable de la cuestión es que aquellas parecen tener carácter primario, no complementario o auxiliar, si adoptamos la terminología hartiana⁵⁸, o bien, siguiendo a Kelsen, que dichos actos jurídico-ejecutivos no se encontraban determinados por una norma general⁵⁹. No sin razón, se ha dicho que después de Weimar desapareció la idea de norma general, para dar paso a un derecho de “crecimiento libre y autónomo, en todos los campos de la vida pública”⁶⁰; o, más concretamente, que la cultura se pretendió moldear no tanto por el derecho, sino por la presión indirecta⁶¹. Nos encontramos, en definitiva, en el ámbito del ‘decisionismo’, que concibe el derecho como decisiones individuales *ac hoc*, que emanan del poder y surgen de manera imprevisible, y que no están determinadas por pautas previas⁶². La circunstancia remite casi ineludiblemente a la propuesta schmittiana que apuesta por la solución caso por caso mediante ‘medidas’, en vez de por leyes⁶³. En estas

⁵⁵ M. H. KATER, *Different Drummers*, cit., p. 46.

⁵⁶ C. LUSANE, *Hitler's Black Victims*, cit., p. 208; M. ZWERIN, *Swing under the Nazis*, cit., pp. 40, 88, 151.

⁵⁷ Puede verse N. BOBBIO, *Teoría General del Derecho*, Editorial Temis, Bogotá, 2005, p. 131.

⁵⁸ H. L. A. HART, *El Concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, segunda edición, Buenos Aires, 2004, p. 27.

⁵⁹ H. KELSEN, *Compendio de teoría general del Estado*, Blume, tercera edición, Barcelona, 1979, p. 203.

⁶⁰ M. KAUFMANN, *¿Derecho Sin Reglas?*, cit., p. 182.

⁶¹ Testimonio recogido en D. SNOWBALL, “Controlling Degenerate Music Jazz in the Third Reich”, en M. J. BUDDS, *Jazz and the Germans. Essays on the Influence of “Hot” American Idioms on 20th-Century German Music*, Pendragon Press, Hillsdale, 2002, p. 164.

⁶² F. LAPORTA, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007, p. 107.

⁶³ F. LAPORTA, *El imperio de la ley*, cit., pp. 110, 115.

circunstancias ni siquiera cabría hablar de iguales soluciones para iguales casos, dado que el hecho de plantear un caso en un momento temporal distinto, incluso frente a la misma autoridad, sería suficiente para fundamentar una solución diferente⁶⁴. Desde esta perspectiva el principio *nulla poena sine lege* quedaba sustituido por el de ningún crimen sin castigo. Ello suponía dar la espalda al sistema normativo, al Estado de Derecho que quedaba sustituido por “Estado de la Justicia”⁶⁵, es decir, el que permitía que las autoridades pudieran actuar al margen del derecho, bajo pretexto de hacer posible la pretendida justicia.

2.4. Fracasos en la publicación, generalidad y estabilidad

Además de las cuestiones señaladas en los apartados precedentes, pensamos que puede ser interesante dedicar este espacio a otras relacionadas con la legalidad, que también se vieron afectadas. En primer lugar, nos referimos a la publicidad. Es cierto que conocemos casos en los que las publicaciones se llevaron a cabo en diarios oficiales⁶⁶, pero no parece que siempre fuera así. Representativa de ello es la prohibición de Hadamovsky, citada en las referencias como un *Comunicado –Mitteilungen– de la Compañía Alemana de Radiodifusión*⁶⁷, o bien como un pronunciamiento en Munich, durante una sesión para las jefaturas de las estaciones de radio⁶⁸. Estos datos invitan a pensar que se trató de una mera declaración verbal, aunque tiempo después saldría a la luz, pero en una publicación titulada *Der Tanz* en noviembre de 1935⁶⁹ (algo parecido pensamos que pudiera decirse sobre un intento de prohibición anterior en el contexto berlinés, que no parece que tuviera mucho éxito)⁷⁰.

⁶⁴ F. LAPORTA, *El imperio de la ley*, cit., p. 11.

⁶⁵ M. A. CATTANEO, “Carl Schmitt y Roland Freisler...”, cit., pp. 148, 149.

⁶⁶ Un ejemplo de ello pensamos que es la siguiente referencia: “Erlaß IV C II/771, Nr. 53 Wider die Negerkultur für deutsches Volkstum (April 1930)”, cit., pp. 144-146. Según la interpretación que hacemos de la localización del documento, el decreto se publicó en el Diario Oficial de Turingia.

⁶⁷ H. J. P. BERGMEIER, R. E. LOTZ, *Hitler’s Airwaves*, cit., p. 243.

⁶⁸ M. KANT, “The Nazi Attempt to Suppress Jazz and Swing”, cit., p. 187.

⁶⁹ M. KANT, “The Nazi Attempt to Suppress Jazz and Swing”, cit., pp. 179, 187.

⁷⁰ Dos años antes del pronunciamiento de Hadamovsky, en marzo de 1933, la *Compañía Alemana de Radiodifusión (Reichs Rundfunk GmbH)* informaba a la prensa de que en el programa de Berlín se prohibirían todos los estilos de baile que la sana opinión pública llamaba *Nigger music*. La fuente que informa de ello toma los datos de la siguiente referencia: “*Funk-Stunde Presse Information, 8 March 1933*” (H. J. P. BERGMEIER, R. E. LOTZ, *Hitler’s Airwaves*, cit., pp. 138, 243). Entendemos, por tanto que se trataba de una información para la prensa

También a propósito de la cuestión de la publicación, resulta muy interesante recordar la manera en la que se gestionó el tema de la juventud del swing (jóvenes que se negaron a aceptar las prohibiciones⁷¹). Al parecer, Himmler mandó a Heydrich un informe de Axmann, líder de las Juventudes Hitlerianas, y una carta de presentación en la que decía que la juventud del swing debía ser exterminada de forma radical⁷². Cabe suponer que todo aquel material no se publicó, y ello descubre de nuevo un perjuicio en el ámbito de la publicidad. En este caso, no obstante, parece que más bien hemos de ver el origen del problema en un nuevo recurso a las órdenes en detrimento de las reglas que, evidentemente, conlleva como consecuencia el déficit que nos está ocupando.

Otro aspecto relativo a la legalidad que nos interesa tratar es el de la generalidad normativa. En un primer acercamiento, no parece que la característica en la que ahora nos centramos se contraviniese, dado que no se trataba de normas particulares dirigidas a una persona; aun cuando, no obstante, determinadas acciones dieran lugar a este resultado. Sin embargo, el hecho de que no existiese una normativa general sobre la cuestión, extensible a todo el país y a todos los ámbitos que tenían que ver con el jazz, supone a nuestro juicio una afectación a la generalidad⁷³. En este sentido, cabría señalar que no se estaba tratando de la misma manera a todas las personas desde el punto de vista normativo, dado que, al menos en un determinado periodo de tiempo, algunas podían escuchar y practicar jazz en locales públicos (en los ámbitos regionales donde no estaba prohibido), y otras no (donde sí estaba prohibido). Frente a este argumento podría contraponerse el principio de competencia jurisdiccional de cada región, pero sobre ello convendría hacer las siguientes apreciaciones. Por una parte, hay que decir que la Constitución de Weimar establecía una división en Estados y provincias. Sin embargo, como ya se ha señalado, con la llegada del nazismo aquella estructura se duplicó con el sistema de los *Gaue*. De hecho,

que debió emanar de una compañía de radiodifusión de Berlín (*Funk-Stunde*). Ello se deduce claramente de la lectura de R. AITKEN and E. ROSENHAFT, *Black Germany: The Making and Unmaking of a Diaspora Community, 1884–1960*, Cambridge University Press, New York, 2013, p. 246.

⁷¹ Sobre ello puede consultarse, por ejemplo, D. HORN, "Youth resistance in the Third Reich: A social portrait", *Journal of Social History*, núm. 7/1, 1973, pp. 39 y ss.

⁷² M. H. KATER, *Different Drummers*, cit., p. 159; M. ZWERIN, *Swing under the Nazis*, cit., p. 58.

⁷³ Sobre estas cuestiones en un sentido general N. BOBBIO, *Teoría General del Derecho*, cit., pp. 130-132.

de este ámbito procedieron buena parte de las prohibiciones a las que antes nos referíamos. Conviene señalar además que en este caso las fronteras no coincidían, de tal manera que por ejemplo, una localidad podía perfectamente pertenecer a dos unidades administrativas diferentes⁷⁴. También debe tenerse en cuenta que aun reconociendo el principio de jurisdicción en este enrevesado sistema, aquel debería contar con determinados límites. Analizado el problema desde esta perspectiva, se trataría más bien de una cuestión que tiene que ver con un mal ejercicio de la normativa, que entra a regular un aspecto básico que debería abordarse a nivel estatal⁷⁵. Estas reflexiones se confirman con un estudio detenido de determinadas circunstancias. A partir de 1938, momento en el cual el jazz se estaba propagando de forma importante, desde numerosos contextos regionales se solicitó una prohibición completa de aquella música y de su baile. Por una parte, en algunas ciudades había ordenanzas que prohibían el swing, que no parece que se estuvieran cumpliendo⁷⁶. Por otra parte, en determinados *Gaues* existían órdenes policiales, en otros lugares se cuestionaba si aquellas podían tomarse como modelo, y en otros simplemente no se sabía cómo proceder. A consecuencia de todo ello, se solicitó una regulación unificada para todo el Reich, pero el Ministerio de propaganda evitó pronunciarse. De este modo, las prohibiciones locales se multiplicaron de forma asistemática, resultando de todo ello irregularidades y un tremendo desorden⁷⁷.

Para concluir este apartado quisiéramos hacer referencia a la inestabilidad que puede apreciarse en la regulación de determinados ámbitos. A propósito de esta cuestión, podemos en primer lugar retomar aquel episodio que tuvo lugar en 1936, en el que se reconsideró la prohibición de 1935 permitiéndose el jazz⁷⁸. Por otra parte, creemos que es muy interesante hacer referencia a la prohibición de los bailes de swing a partir de 1939, que fue rectificada o modificada en numerosas ocasiones y con diferentes matices⁷⁹.

⁷⁴ H. ARENDT, *Los orígenes del totalitarismo*, cit., p. 598.

⁷⁵ Sobre esta cuestión L. L. FULLER, *La moral del Derecho*, cit., pp. 57, 58. Convendría señalar, no obstante, que la regulación estatal existió, pues la Constitución de Weimar establecía que la censura no existía (M. WALTER, "El jazz y la música ligera", cit., p. 172). Sin embargo, por medio de argucias más que cuestionables, las prohibiciones hicieron acto de presencia. No es de extrañar, por otra parte, si se tiene en cuenta el juego de "doble legalidad" que venimos considerando en este estudio.

⁷⁶ M. KANT, "The Nazi Attempt to Suppress Jazz and Swing", cit., p. 174.

⁷⁷ M. KANT, "The Nazi Attempt to Suppress Jazz and Swing", cit., pp. 174-175.

⁷⁸ M. PITNER, "Popular Music...", cit., p. 150.

⁷⁹ KATER, M. H. *Different Drummers*, cit., p. 136; C. LUSANE, *Hitler's Black Victims*, cit., p. 204. Sobre ello también M. KANT, "The Nazi Attempt to Suppress Jazz and Swing", cit., pp.

3. LOS FRACASOS EN LA JUSTICIA

3.1. Justicia formal

Los fracasos en los aspectos desarrollados hasta el momento suponen importantes afectaciones en diferentes ámbitos de la justicia. Uno de ellos es el de la seguridad jurídica. Si la concebimos como cualidad del derecho⁸⁰, el diagnóstico planteado hasta este punto descubre la vulneración de numerosas parcelas del valor en cuestión. Una de ellas es la certeza de existencia, que hace referencia a la conciencia que se tiene de la existencia y vigencia de las normas. Hacen posible todo ello aspectos tales como la publicación, la jerarquía de fuentes, la ausencia de antinomias, etc. Como hemos visto, las normas no se publicaron en todo caso como fuera deseable y en numerosas ocasiones no nos encontramos ante reglas, sino con órdenes que tenían carácter primario y no se correspondían con lo que establecían las normas. Por otra parte, no debe olvidarse que las medidas en relación al jazz emanaron de diferentes instancias, y que ello debió suscitar el problema de establecer el grado de relevancia de aquellas con vistas a su seguimiento. En este sentido, podríamos por ejemplo plantearnos preguntas como ¿qué debía tenerse en cuenta, la prohibición de Hadamovsky o la permisón de Goebbels?, o ¿qué pautas debían seguir quienes interpretaban música, la oficial que no estableció nada al respecto, al menos en un determinado momento, las de la Cámara de Música del Reich, las de las SS? La respuesta a estas cuestiones debió ser tremendamente compleja. Cabría suponer que debía tenerse en cuenta lo que decía el Ministerio de propaganda, pero ello no debió ser garantía de nada. A propósito de esta cuestión, quizá sea interesante reparar en el dato de que el Ministerio del Interior estaba bajo la autoridad de Himmler, el jefe de la policía⁸¹. En tal caso, cabría entender que las acciones de las SS que ya consideramos debían prevalecer sobre el silencio oficial en relación a la interpretación del jazz. Ello, sin embargo, probablemente tampoco facilitó

183, 184 (en esta referencia, que ve en los continuos cambios resultados de intereses bélicos, encontramos algunos detalles diferentes); y las palabras de J. GOEBBELS, *Die Tagebücher*, teil I, band 8, cit., p. 273.

⁸⁰ En lo que sigue, sobre las manifestaciones de este ámbito de la seguridad tenemos en cuenta a V. ZAPATERO, M.ª I. GARRIDO GÓMEZ, F. ARCOS RAMÍREZ, *El Derecho como proceso normativo. Lecciones de Teoría del Derecho*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, 2ª edición, Alcalá de Henares, 2010, pp. 217, 218.

⁸¹ H. ARENDT, *Los orígenes del totalitarismo*, cit., p. 598.

un nivel de fiabilidad apropiado, pues podría darse la circunstancia de que alguien de las SS simpatizase con el jazz⁸².

Sin duda, lo anterior debió contribuir a aportar niveles importantes de incertidumbre, pero no se trata de los únicos aspectos a tener en cuenta. La consecución de seguridad jurídica pasa también por obtener grados aceptables en cuanto a la certeza de orientación, que hace referencia al conocimiento del contenido de las normas sin dudas. Desde este punto de vista el protagonismo lo acapara el papel del lenguaje normativo. Como hemos visto, en las prohibiciones son varios los aspectos cuestionables que podrían considerarse desde esta perspectiva. Sirva para ello recordar que no quedó claro a qué se estaba haciendo referencia con la palabra *jazz*, o que los intentos por concretar dejaron bastante que desear. En este punto nos encontramos con una serie de expresiones o términos vagos, en los que su intensión (características esenciales del concepto) impide determinar su extensión (a lo que se aplica el concepto) con un grado de certidumbre relativo. Es decir, la circunstancia que nos ocupa probablemente suscitó incertidumbres acerca de si determinada música pudiera quedar o no excluida de los términos o expresiones utilizadas⁸³.

La afectación de las parcelas anteriores conlleva importantes consecuencias en el ámbito de la previsibilidad del derecho, pero el análisis sobre el valor que estamos tratando no se agota en todo ello. Cabría además señalar que también quedan afectados otros dos aspectos que contribuyen a la consecución de la seguridad jurídica como cualidad del derecho. Nos referimos a la firmeza de las normas y a la certeza en cuanto a su eficacia, que debería ser regular. Como ya vimos, en ocasiones las prohibiciones se reconsideraron en plazos cortos de tiempo. Por otra parte, debemos recordar también aquí que a menudo, aquellas no se cumplieron, ni por parte de quienes interpretaban *jazz*⁸⁴, ni por las autoridades encargadas de que se hicieran cumplir las normas. No se trata precisamente de la circunstancia óptima para hacer posible la certidumbre. Ante situaciones como las señaladas resulta perfectamente entendible que, por ejemplo, quien tuviese la intención de tocar *jazz*, se preguntase acerca de cuál sería la respuesta de las autoridades ante su acción.

⁸² Puede, por ejemplo, verse el caso de Baldauf en M. ZWERIN, *Swing under the Nazis*, cit., pp. 85-92.

⁸³ Utilizamos los argumentos de L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, 9ª edición, Madrid, 2009, pp. 119, 120.

⁸⁴ F. CENTENERA, "Las intervenciones del Tercer Reich...", cit., pp. 497, 498, 499.

Los fracasos en la seguridad dan lugar también a la afectación de otros valores. De este modo, los problemas que consideramos a propósito de las aplicaciones arbitrarias de las normas suponen un perjuicio para el valor de la igualdad⁸⁵. Nos referimos, concretamente, a la igualdad ante la ley, que nos remite a la idea de que la interpretación y aplicación de aquella ha de ser igual para todas las personas. Concebido así el valor se identifica con la legalidad, que supone que en casos sustancialmente iguales, la aplicación de la ley debe ser la misma, sin incurrir en arbitrariedad⁸⁶. Lo cierto es que la aparición de esta última no ha de extrañar en las circunstancias que nos ocupan, no debe olvidarse que la igualdad en la aplicación del derecho se complica cuando se hacen necesarias determinadas pautas para tratar de concretar los conceptos valorativamente abiertos⁸⁷. Ello además se ve agravado por el hecho de que se careciese de los conocimientos necesarios, o bien de que se optase por el 'decisionismo'; algo que, por ejemplo, dio lugar a la proscripción de trabajos de Duke Ellington (negro) o Benny Goodman (judío), pero no de otros de Billie Holiday (negra), o Artie Shaw (judío). La circunstancia es más grave si en vez de centrar la atención en la aplicación de las normas, consideramos las órdenes sin respaldo normativo.

Algo parecido podría decirse sobre el valor de la libertad, que también acusa los problemas diagnosticados en cuanto a la seguridad. Aspectos tales como la oscuridad en el lenguaje normativo, la no aplicación o incumplimiento de las prohibiciones que nos ocupan, no únicamente debieron generar una situación de incertidumbre, sino también de falta de libertad⁸⁸. La audiencia de las normas no contaba con pautas suficientes para plantear sus planes de vida, bien por deficiencias en la racionalidad lingüística de las regulaciones, bien a consecuencia de las decisiones *ac hoc*, que hacían imposible predecir lo que se establecería en cada caso por parte de quienes decidían⁸⁹. Arend llevaba mucha razón al señalar, a propósito de circunstancias como las que nos ocupan, que debía desarrollarse un sentido especial para determinar cómo actuar⁹⁰.

⁸⁵ M.^a I. GARRIDO GÓMEZ, *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 140.

⁸⁶ V. ZAPATERO, M.^a I. GARRIDO GÓMEZ, F. ARCOS RAMÍREZ, *El Derecho como proceso normativo*, cit., p. 199.

⁸⁷ R. ALEXI, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 348.

⁸⁸ M.^a I. GARRIDO GÓMEZ, *La igualdad en el contenido...*, cit., p. 139.

⁸⁹ Sobre estos argumentos F. LAPORTA, *El imperio de la ley*, cit., pp. 107, 108, 111, 116.

⁹⁰ H. ARENDT, *Los orígenes del totalitarismo*, cit., p. 602.

3.2. Justicia material

Pero además de los problemas constatados existen otros que pueden abordarse desde el punto de vista de la justicia material, y que también reflejan importantes afectaciones en los valores de la igualdad y la libertad. En relación al primero de ellos, resulta obligada la mención del fracaso en relación a la igualdad en la ley, que hace referencia a tratar igual a iguales y desigual a desiguales, aunque no únicamente, pues de otro modo las normas nazis serían conformes a este valor⁹¹. Como es sabido, las relaciones triádicas sobre igualdad no resuelven la cuestión de si debe ordenarse o no un trato desigual. Es necesario recurrir a la igualdad material, un contexto en el que debe superarse el test razonabilidad suficiente, que prohíbe un tratamiento desigual para colectivos o personas sin razones para ello, es decir, de forma arbitraria⁹². Las causas de las prohibiciones no superan el test, pues en su origen se encuentra la idea de supremacía de lo alemán, algo que lleva consigo un tratamiento desigual para el colectivo negro y judío⁹³.

Debe señalarse además que las prohibiciones supusieron una afectación a la libertad material. En su conferencia sobre la libertad de la modernidad y la de la antigüedad, Constant aboga principalmente por la promoción de la primera, con el fin de enfrentar su discurso a planteamientos como el defendido por Rousseau⁹⁴. Las circunstancias que venimos considerando suponen precisamente la negación de la propuesta constantiana, y con ello, en algún sentido, cierto acercamiento al planteamiento rousseauiano. En la democracia de este último la voluntad del pueblo no tiene límites, y no reconoce pilares como los derechos individuales lockeanos⁹⁵. En nuestro caso el totalitarismo no se localiza en la democracia, sino en el partido nazi que sacrificó la individualidad de las personas a un sistema de carácter organicista; y que, en términos schmittianos, tampoco reconocía como límites los derechos indi-

⁹¹ R. ALEXI, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 351, 352.

⁹² V. ZAPATERO, M.^a I. GARRIDO GÓMEZ, F. ARCOS RAMÍREZ, *El Derecho como proceso normativo*, cit., pp. 200, 201; R. ALEXI, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 352, 353, 360-364.

⁹³ F. CENTENERA, "Las intervenciones del Tercer Reich...", cit., pp. 490 y ss.

⁹⁴ B. CONSTANT, "De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos (Conferencia pronunciada en el Ateneo de París. Febrero de 1819)", en *Escritos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 273, 274.

⁹⁵ L. GARCÍA SAN MIGUEL, *Los fundamentos del derecho (Penúltimos apuntes)*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 251.

viduales⁹⁶. Desde esta perspectiva el individuo no significaba nada, y debería aceptar su insignificancia para integrarse en un poder superior. El texto de *Mein Kampf* resulta muy explícito en este sentido, así como la acepción que tenía Goebbels de socialismo: “el sacrificio del individuo al todo”⁹⁷.

A propósito del desarrollo precedente podría decirse que las prohibiciones no llegaron a la esfera propiamente privada de las personas, en la que se refugiaban⁹⁸ a consecuencia de las situaciones que se estaban viviendo. Sin embargo, a nuestro modo de ver este argumento no puede generalizarse. Podemos señalar, por ejemplo, que el hecho de escuchar emisoras de radio ‘enemigas’, que emitían jazz –añadimos por nuestra parte–, estaba castigado con penas graves⁹⁹. Es representativa también la prohibición de bailes, que relegó esta actividad al ámbito privado donde, no obstante, también se llevaron a cabo detenciones¹⁰⁰. Sin embargo, cabría considerar que no en todo caso las prohibiciones alcanzaron a la parcela más privada (o a todos los aspectos de aquella). Podríamos pensar por ejemplo que, al menos en algún momento, aunque quienes tocaban jazz sufrieron acoso desde diferentes contextos, podían interpretarlo en privado. Sin embargo, ello no supone una ausencia de afectación en el ámbito de la libertad. En este sentido, puede resultar interesante recordar la doctrina de las esferas, donde además de las concernientes al ámbito privado, encontramos la esfera social, cuya afectación también requiere razones¹⁰¹. Sin embargo, como sabemos, la justificación en este punto no es aceptable.

De otro lado, podría decirse que al menos en determinados momentos, los perjuicios en el ámbito de la libertad no tuvieron una intensidad fuerte. La prohibición de comerciar con discos no arios, por ejemplo, podría considerarse una medida de disuasión para la ciudadanía. Sin embargo, a nuestro

⁹⁶ M. KAUFMANN, *¿Derecho Sin Reglas?*, cit., p. 182.

⁹⁷ E. FROMM, *El miedo a la libertad*, Paidós, Barcelona, 2007, p. 239.

⁹⁸ Sobre la mirada a la vida privada D. J. K. PEUKERT, *Inside Nazi Germany. Conformity, Opposition and Racism in Every Life*, Penguin Books, London, 1993, p. 78.

⁹⁹ D. J. K. PEUKERT, *Inside Nazi Germany*, cit., p. 78; R. J. EVANS, *El Tercer Reich en guerra (1939-1945)*, Península, Barcelona, 2011, p. 727.

¹⁰⁰ R. J. EVANS, *El Tercer Reich en guerra*, cit., p. 730; R. GRIFFIN, *Modernismo y fascismo*, cit., p. 422. A propósito de lo que decimos, puede resultar muy interesante constatar que en REICH MINISTRY OF JUSTICE. “Report...”, p. 4, se señala que después de la prohibición de los bailes públicos la juventud del swing organizó otros en casas particulares, donde había mucha promiscuidad. Incluso alguna fuente cita un decreto que prohibía bailes en “organizaciones semiprivadas”. M. H. KATER, *Different Drummers*, cit., p. 153.

¹⁰¹ Sobre ello R. ALEXI, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 316-319.

modo de ver el análisis sobre este tipo de intervenciones debe ser más detallado. Podemos entender la libertad como poder para decidir de manera libre el comportamiento y actuar sin obstáculos o coacción¹⁰². Más concretamente, es posible considerar obstaculizaciones de acciones, cuando estas pueden quedar impedidas a consecuencia de la creación de determinadas circunstancias, e impedimentos de acciones, cuando estas se hacen fácticamente imposibles¹⁰³. Así, la prohibición de poner a la venta discos no arios suponía por una parte un impedimento, dado que a las personas que vendían discos les era imposible comercializar los de jazz, y por otra parte una obstaculización, puesto que la medida en cuestión podía impedir que la audiencia aficionada escuchase aquella música. No obstante, esta obstaculización podría considerarse de intensidad fuerte, ya que aun cuando fuera posible solicitar discos a otros países, o incluso viajar a ellos para comprarlos¹⁰⁴, aquellas gestiones debieron sin duda suponer una importante complejidad, y tampoco puede decirse que entraran dentro de lo legal con toda seguridad, si tenemos en cuenta lo dicho sobre la compra de discos en Alemania.

3.3. La libertad en la interpretación musical

Además de todo lo dicho, pensamos que las intervenciones que nos están ocupando son también susceptibles de análisis desde la perspectiva musical. A nuestro modo de ver, con las medidas contra el jazz no solo se estaba afectando la esfera de libertad individual de las personas, entendida según la hemos considerado recientemente, sino también una manifestación de aquella desarrollada en el plano musical, abiertamente enfrentada con el régimen nazi. No nos referimos a la idea de jazz como signo de libertad o igualdad racial¹⁰⁵, o a los detalles sociológicos que pudieran derivarse de aquella

¹⁰² G. PECES-BARBA, "Legitimidad del poder y Justicia del Derecho", en G. PECES-BARBA, E. FERNÁNDEZ, R. DE ASÍS, *Curso de Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 335.

¹⁰³ Sobre ello R. ALEXU, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 166.

¹⁰⁴ M. H. KATER, *Different Drummers*, cit., p. 50.

¹⁰⁵ El jazz fue considerado, además de un símbolo de la cultura estadounidense, un signo de libertad o igualdad racial. I. IGLESIAS, "(Re)construyendo la identidad musical Española: el jazz y el discurso cultural del franquismo durante la segunda guerra mundial", *Historia Actual Online*, núm. 23, 2010, p. 125. Sin embargo, pensamos que tal afirmación no debería llevar a pensar que en el lugar de procedencia del jazz existían aquellos valores desde el punto de vista político. Sirva para ello recordar la denuncia plasmada en *Strange Fruit* de Billie Holiday. Tal circunstancia, no obstante, no impide reconocer que el jazz, como movi-

que, por lo demás, probablemente fueron desconocidos para el nazismo. Pensamos ahora en el jazz desde el punto de vista estrictamente musical, como categoría que probablemente otorga mayor libertad en este ámbito a través de la improvisación. Nada más contrario al sistema totalitario, que pretendía robar a las personas su libre voluntad mediante manipulaciones que tendían a metas imperialistas¹⁰⁶.

La reflexión expuesta pensamos que puede apreciarse –aun cuando no sea generalizable a todas las interpretaciones– si planteamos un estudio comparativo de temas¹⁰⁷ interpretados, por ejemplo, por las formaciones de Benny Goodman (trío y cuarteto), y Charlie y su Orquesta, agrupación que como adelantamos, fue planeada por el propio Goebbels. Una comparación de temas como *After You've Gone*, *Dinah*, o *Saint Louis Blues*, descubre que en el primer caso las interpretaciones son ricas en improvisaciones por parte de todos los intérpretes de la formación¹⁰⁸. En estas versiones, además, los músicos desarrollan una intercomunicación impecable en el ámbito señalado¹⁰⁹. Esta característica no se aprecia –quizá sea más preciso decir que apenas se da– en las grabaciones de Charlie y su Orquesta. En este caso que, por cierto, presenta composiciones repletas de letras de carácter bélico y antisemita, las improvisaciones o no aparecen, o bien suelen correr a cargo de un único instrumento durante un espacio reducido de tiempo¹¹⁰. Podríamos también

miento social, sí que contribuyó al acercamiento de razas (aun cuando en este ámbito tampoco es conveniente hablar de homogeneidad). No debe olvidarse, por ejemplo, que Benny Goodman hizo historia al ser la primera persona de raza blanca que contrató a otra de raza negra, el impecable Teddy Wilson. E. SOUTHERN, *The Music of Black Americans. A History*, W. W. Norton & Company, New York, 1971, p. 395.

¹⁰⁶ M. H. KATER, "Forbidden Fruit?... ", cit., p. 13. Sobre la idea de libertad en el jazz también C. LUSANE, *Hitler's Black Victims*, cit., p. 200; D. SNOWBALL, "Controlling Degenerate Music...", cit., p. 161.

¹⁰⁷ En el texto y en las notas a pie citamos el título de los temas. Los recursos sonoros que hemos consultado para este desarrollo se recogen en el último apartado de este trabajo dedicado a la discografía.

¹⁰⁸ Características de la improvisación de algunos miembros de la formación (principalmente de Teddy Wilson, aunque también de Benny Goodman, quizá menos innovadoras en ocasiones), pueden localizarse en J. C. ZAGALAZ, "La metamorfosis de la música popular americana: El estilo de Teddy Wilson: 1935-1940", *ENSAYOS. Revista de la Facultad de Educación de Albacete*, núm. 25, 2010, pp. 125-140.

¹⁰⁹ J. C. ZAGALAZ, "La metamorfosis de la música ", cit., p. 132.

¹¹⁰ En H. J. P. BERGMEIER, R. E. LOTZ, *Hitler's Airwaves*, cit., p. 157, referencia interesante para estudiar la composición que consideramos, se constata que aquella dejaba poco lugar para la improvisación, aun cuando de vez en cuando sí que se aprecia algún solo. Su

referirnos a otros aspectos como las diferencias en el *tempo*, vertiginoso en ocasiones en el primer caso, y uniforme en términos generales en el segundo. Ciertamente, la música de Benny Goodman y de otras muchas personas se prohibió, como sabemos, por razones de raza, pero pensamos que en medidas de este tipo debieron considerarse otras cuestiones (la circunstancia, como ya vimos, incluso se hizo explícita en alguna ocasión). No sin razón se ha dicho que aun cuando Goebbels hizo posible agrupaciones como la de Charlie y su Orquesta, catalogada dentro del swing, rechazaba las manifestaciones más abstractas y frenéticas de dicho estilo; o que la depuración del ámbito musical se llevó a cabo desde la perspectiva genética, pero también desde la estética¹¹¹. La circunstancia expuesta podría explicar a nuestro juicio, al menos en alguna medida, el hecho de que, como ya señalamos, en el catálogo de discos *Brunswick* de 1939 apareciesen las orquestas de Billie Holiday y Teddy Wilson. Los temas de estas composiciones incluidos en la lista no son especialmente ricos en improvisación¹¹².

resultado, por tanto –continúa la fuente que seguimos–, era aquel que obtenían bandas como la de Benny Goodman. Por nuestra parte, compartimos este testimonio salvo su última parte (al menos si se toma con carácter general), como puede deducirse de lo que decimos en el texto. Podría objetarse que nuestro desarrollo se ha conformado en buena parte teniendo en cuenta las agrupaciones pequeñas de Benny Goodman (tríos o cuartetos), y que estos contextos dan más lugar a improvisar que aquellos que ofrecen las formaciones grandes. Pensamos que ello es cierto, pero también que buen número de los temas interpretados por las formaciones grandes de Benny Goodman, participan de las características desarrolladas en el texto, si bien, en términos generales, no hasta el punto en el que se desarrollaron en las agrupaciones pequeñas. Prueba de ello son las interpretaciones de *St. Louis Blues* o *After You've Gone* por parte de las orquestas de Benny Goodman (para este caso hemos consultado el primer tema en el álbum *Benny Goodman. Birth of a Big Band*, y el segundo en el álbum *All The Cats Join In*). En cualquier caso, una de las demostraciones más paradigmáticas de lo que decimos es el concierto de Benny Goodman en el *Carnegie Hall*.

¹¹¹ R. GRIFFIN, *Modernismo y fascismo*, cit., pp. 352, 411. La idea se refuerza si tenemos en cuenta que que hacia 1943, la Cámara de Cultura del Reich hizo que quienes lideraban bandas firmasen una declaración por la cual desistían de cualquier *hot-playing* y *hot-improvisation*. D. HORN, "Youth resistance in the Third Reich...", cit., p. 42. La reflexión que venimos planteando queda subrayada si entendemos *hot* como "ejecución en que la improvisación colectiva e individual es elemento primordial". N. HENTOFF y A. J. MCCARTY, *Jazz, psicología y sociología*, cit., p. 419. Sobre ello también E. K. ELLINGTON, *Duke Ellington*, cit., p. 461.

¹¹² Los temas en concreto son, en el caso de Billie Holiday, *I've Got A Date With A Dream* y *You Can't Be Mine (And Someone Else's Too)*, y por parte de Teddy Wilson (interpretados también por Billie Holiday) *Let's Dream In The Moonlight* y *You're So Desirable*. Quizá sea interesante reseñar que en estos casos los detalles de improvisación aparecen cuando los temas están ya avanzados. Por lo demás, a propósito de los catálogos discográficos, no debería olvidarse que también debieron estar en juego determinados intereses comerciales.

Probablemente, detrás de planteamientos de este tipo, con los que de algún modo se parece limitar el nivel de improvisación, deba verse un ataque a la libertad en el plano musical. Will Marion Cook recomendó a Duke Ellington que no intentase ser otra persona que él mismo¹¹³. El individualismo que refleja esta frase, genuino del jazz, se enfrenta abiertamente a la idea de Goebbels de unificar los sentimientos con la música¹¹⁴, y reta, en definitiva, a los ideales colectivistas del nazismo¹¹⁵; se trataba de algo que podía tener una interpretación más allá de lo meramente musical. A fin de cuentas, improvisar significa tomar decisiones propias¹¹⁶, escoger opciones que emanan de la personalidad de quien improvisa, siendo así posibles tantas variaciones de estilo como personalidades¹¹⁷. Sin duda había consciencia, si quiera quizá de forma instintiva, de hasta qué punto el jazz significaba libertad, y en qué medida aquello suponía una amenaza para el poder nazi¹¹⁸. No obstante, en coherencia con lo dicho en este estudio debe apuntarse que el planteamiento expuesto no podría extrapolarse a cualquier caso. Podemos, por ejemplo citar las interpretaciones de *ABC o Belleville* durante la ocupación de París por parte de la formación de Django Reinhardt, merecedoras de las características que consideramos anteriormente sobre la improvisación. Como señalamos, sin embargo, el guitarrista fue respetado. Quizá ello pueda considerarse un reflejo más, en esta ocasión desde el plano musical, de las deficiencias constatadas en este trabajo.

FUENTES

AITKEN, R. and ROSENHAFT, E., *Black Germany: The Making and Unmaking of a Diaspora Community, 1884–1960*, Cambridge University Press, New York, 2013.

ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

ARENDDT, H., *Los orígenes del totalitarismo. Vol. 3. Totalitarismo*, Alianza Editorial, 2ª reimpresión, Madrid, 2003.

¹¹³ A. ROSS, *El ruido eterno*, cit., pp. 198, 199.

¹¹⁴ A. DÜMLING, "Norma y discriminación: las Jornadas Musicales del Reich y la exposición «Música degenerada»", en VV.AA., *La música y el III Reich. De Bayreuth a Terezín*, Fundació Caixa Catalunya, Barcelona, 2007, p. 121; R. J. EVANS, *El III Reich en el poder*, cit., p. 210.

¹¹⁵ M. H. KATER, "Forbidden Fruit?... ", cit., p. 13.

¹¹⁶ M. ZWERIN, *Swing under the Nazis*, cit., p. 51.

¹¹⁷ M. ZWERIN, *Swing under the Nazis*, cit., p. 150.

¹¹⁸ M. ZWERIN, *Swing under the Nazis*, cit., p. 51.

- BERGMEIER, H. J. P. LOTZ, R. E., *Hitler's Airwaves. The Inside Story of Nazi Radio Broadcasting and Propaganda Swing*, Yale University press, New Haven & London, 1997.
- BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, Editorial Temis, Bogotá, 2005.
- BRONFMAN, M., *El jazz en la Alemania nazi*. Consultado en <http://miguelbronfman.homestead.com/ALEMANIANAZI.html>. Fecha de consulta: 11/02/2016.
- BURNS, K., "Swing. La velocidad de la celebración", en *Jazz. La historia*, Divisa Home Vídeo, Valladolid, 2012 [documental].
- CATTANEO, M. A., "Carl Schmitt y Roland Freisler: La doctrina penal del nacional-socialismo", en A. NIETO MARTÍN (coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001.
- CENTENERA, F., "Las intervenciones del Tercer Reich en relación al jazz: de los 'fundamentos' a las críticas", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 19, 2015, pp. 483-508.
- COLEMAN, A., *Diversions & Animadversions. Essays from The New Criterion*, New Brunswick, London, 2005.
- CONSTANT, B., "De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos (Conferencia pronunciada en el Ateneo de París. Febrero de 1819)", en *Escritos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- DÜMLING, A., "Norma y discriminación: las Jornadas Musicales del Reich y la exposición «Música degenerada»", en VV.AA., *La música y el III Reich. De Bayreuth a Terezin*, Fundació Caixa Catalunya, Barcelona, 2007.
- ELLINGTON, E. K., *Duke Ellington. La música es mi amante*, Global Rhythm Press, Barcelona, 2009.
- ENDICOTT, T. A. O., *La vaguedad en el derecho*, Dykinson, Madrid, 2006.
- "Erlaß IV C II/771, Nr. 53 Wider die Negerkultur für deutsches Volkstum (April 1930)", en T. NEUMANN (ed.), *Quellen zur Geschichte Thüringens. Kultur in Thüringen. 1919-1949*, Thüringen, 1998. Consultado en: http://www.lzt-thueringen.de/files/huerkultur_19-49_1.pdf. Fecha de consulta: 25/07/2015.
 - "Erste Liste unerwünschter musikalischer Werke", *German Propaganda Archive*. Consultado en <http://research.calvin.edu/german-propaganda-archive/banned.htm>. Fecha de consulta: 08/10/2015.
- EVANS, R. J., *El III Reich en el poder*, Ediciones Península, Barcelona, 2007.
- EVANS, R. J., *El Tercer Reich en guerra (1939-1945)*, Península, Barcelona, 2011.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, 9ª edición, Madrid, 2009.
- FERRERES COMELLA, V., *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*, Civitas Ediciones, Madrid, 2002.
- FROMM, E., *El miedo a la libertad*, Paidós, Barcelona, 2007.

- FULLER, L. L., *La moral del Derecho*, Editorial F. Trillas, México, 1967.
- GARCÍA SAN MIGUEL, L., *Los fundamentos del derecho (Penúltimos apuntes)*, Dykinson, Madrid, 2004.
- GARRIDO GÓMEZ, M.^a I., *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*, Dykinson, Madrid, 2009.
- GLUSMAN, J., "Josef Skvorecky, The Art of Fiction", *The Paris Review*, 112, 1989. Consultado en <http://www.theparisreview.org/interviews/2392/the-art-of-fiction-no-112-josef-skvorecky>. Fecha de consulta: 15/01/2015.
- GOEBBELS, J., *Diaries 1939-41*, Hamish Hamilton, London, 1982.
- J. GOEBBELS, *Die Tagebücher*, teil I, band 5, K. G. Saur, München, 2000.
- *Die Tagebücher*, teil I, band 8, K. G. Saur, München, 1998.
 - *Die Tagebücher*, teil I, band 9, K. G. Saur, München, 1998.
 - *Michael: un ideal noble: el destino de un joven nacionalsocialista*, Ediciones Ojeda, segunda edición en castellano, Barcelona, 2011.
- GRIFFIN, R., *Modernismo y fascismo. La sensación de comienzo bajo Mussolini y Hitler*, Ediciones Akal, Madrid, 2010.
- HADAMOVSKY, E., "Verbot des Niggerjazz". Consultado en https://www.lmz-bw.de/fileadmin/user_upload/Medienbildung_MCO/fileadmin/bibliothek/hadamovsky_jazz/hadamovsky_jazz.pdf. Fecha de consulta: 09/10/2015.
- HART, H. L. A., *Derecho, Libertad y Moralidad. Las conferencias Harry Camp en la universidad de Stanford (1962)*, Dykinson, Madrid, 2006.
- *El Concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, segunda edición, Buenos Aires, 2004.
- HAUSSER, I., "Dossier", en H. et S. SCHOLL, *Lettres et carnets*, Tallandier, [s. l.], 1984.
- HENTOFF N., y MCCARTY, A. J., *Jazz, psicología y sociología*, Paidós, Buenos Aires, 1968.
- HORN, D., "Youth resistance in the Third Reich: A social portrait", *Journal of Social History*, núm. 7/1, 1973, pp. 26-50.
- IGLESIAS, I., "(Re)construyendo la identidad musical Española: el jazz y el discurso cultural del franquismo durante la segunda guerra mundial", *Historia Actual Online*, núm. 23, 2010, pp. 119-135.
- KANT, M., "The nazi attempt to suppress jazz and swing: a case study", en L. KARINA, M. KANT, *Hitler's Dancers. German Modern Dance and the Third Reich* (trad. J. Steinberg), Berghahn Books, New York - Oxford, 2004.
- KATER, M. H. *Diferent Drummers*, Oxford University Press, Oxford, 2003.
- "Forbidden Fruit? Jazz in the Third Reich", *The American Historical Review*, núm. 94, núm. 1, 1989, pp. 11-43.
- KAUFMAN, M. T., "Josef Skvorecky, Czech-Born Writer Oppressed by Right and Left, Dies at 87", *The New York Times*, January 5, 2012. Consultado en http://www.nytimes.com/2012/01/05/arts/josef-skvorecky-czech-born-writer-dies-at-87.html?pagewanted=all&_r=0. Fecha de consulta 15/01/2015.

- ¿Derecho Sin Reglas? Los principios filosóficos de la teoría del Estado y del Derecho de Carl Schmitt, Fontamara, 3ª edición, México, 1999.
- KELSEN, H., *Compendio de teoría general del Estado*, Blume, tercera edición, Barcelona, 1979.
- KÖNIG, H., "Labelliste von 'Brunswick (D)'. (1937-1940)". Consultado en http://www.musiktitelddb.de/Label/Br_A82.html. Fecha de consulta: 12/10/2015.
- LAPORTA, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007.
- LUSANE, C., *Hitler's Black Victims. The Historical Experiences of Afro-Germans, European Blacks, Africans, and African Americans in the Nazi Era*, Routledge, New York, 2003.
- MARTIN, D.-C., *El gospel afroamericano*, Akal, Madrid, 2001.
- *Meldungen aus dem Reich. 1938-1945*, band 5, Pawlak Verlag, Herrsching, 1984.
- *Meldungen aus dem Reich. 1938-1945*, band 7, Pawlak Verlag, Herrsching, 1984.
- "Odeon-Swing - Music - Series: Discographie A 286.000er - Series". Consultado en http://www.swingtime.de/swings/odsw/odsw_katen.html. Fecha de consulta 06/02/2016.
- "Order concerning the Utilization of Jewish Property of 3 December 1938", en *Nazi Conspiracy and Aggression*, vol. IV, United States Government Printing Office, Washington, 1946. Consultado en http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_Nazi_Vol-IV.pdf. Fecha de consulta: 16/10/2015.
- OVERY, R., *Dictadores: la Alemania de Hitler y la Unión Soviética de Stalin*, Tusquets Edotires, Barcelona, 2006.
- PECES-BARBA, G., "Legitimidad del poder y Justicia del Derecho", en G. PECES-BARBA, E. FERNÁNDEZ, R. DE ASÍS, *Curso de Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- PEUKERT, D. J. K., *Inside Nazi Germany. Conformity, Opposition and Racism in Every Life*, Penguin Books, London, 1993.
- PITNER, M., "Popular Music in the Nazi Weltanschauung", *International Multilingual Journal of Contemporary Research*, núm. 2/2, 2014, pp. 149-156.
- REICH MINISTRY OF JUSTICE, "Report on the Emergence of "Youth Clagues and Gangs" and the Struggle against Them (early 1944)". Consultado en: http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/pdf/eng/English77_Exeter.pdf. Fecha de consulta: 09/10/2015.
- ROSS, A., *El ruido eterno. Escuchar al siglo XX a través de su música*, Seix Barral, Barcelona, 2010.
- SKVORECKY, J., *El Saxofón bajo*, Alianza Editorial, Madrid, 1988.
- SNOWBALL, D., "Controlling Degenerate Music Jazz in the Third Reich", en M. J. BUDDS, *Jazz and the Germans. Essays on the Influence of "Hot" American Idioms on 20th-Century German Music*, Pendragon Press, Hillsdale, 2002.
- SOUTHERN, E., *The Music of Black Americans. A History*, W. W. Norton & Company, New York, 1971.

- STEINWEIS, A. E., *Art, Ideology, & Economics in Nazi Germany. The Reich Chambers of Music, Theater, and the Visual Arts*, The University of North Carolina Press, [Carolina], 1993.
- “Thuringia Puts Ban Upon American Jazz”, *Schenectady Gazette*, June 20, 1930. Consultado en <https://news.google.com/newspapers?nid=1917&dat=19300619&id=wFohAAAAIbAJ&sjid=0oUFAAAAiBAJ&pg=887,6747998&hl=es>. Fecha de consulta: 04/02/2016.
 - “Thuringia Repels Ban on Jazz Danzing”, *Pittsburgh Post-Gazette*, May 28, 1931. Consultado en <https://news.google.com/newspapers?nid=1129&dat=19310528&id=ILhRAAAAiBAJ&sjid=RGkDAAAiBAJ&pg=5418,2020961&hl=es>. Fecha de consulta: 08/10/2015.
- WALTER, M., “El jazz y la música ligera como instrumentos de la propaganda nazi”, VV.AA., *La música y el III Reich. De Bayreuth a Terezin*, Fundació Caixa Catalunya, Barcelona, 2007.
- WILSON, O., “The Heterogeneous Sound Ideal in African-American Music”, en G. DAGEL CAPONI (ed.), *Signifyin(g), Sanctifyin’, & Slam Dunking. A Reader in African American Expressive Culture*, The University of Massachusetts Press, [s. l.], 1999.
- ZAGALAZ, J. C., “La metamorfosis de la música popular americana: El estilo de Teddy Wilson: 1935-1940”, *ENSAYOS. Revista de la Facultad de Educación de Albacete*, núm. 25, 2010.
- ZAPATERO, V., *El arte de legislar*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2009.
- ZAPATERO, V., GARRIDO GÓMEZ, M.^a I., ARCOS RAMÍREZ, F., *El Derecho como proceso normativo. Lecciones de Teoría del Derecho*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, 2^a edición, Alcalá de Henares, 2010.
- ZWERIN, M., *Swing under the Nazis. Jazz as a Metaphor for Freedom*, Cooper Square Press, New York, 2000.

DISCOGRAFÍA

- C. AND HIS ORCHESTRA, “After You’ve Gone”, *Swing tanzen verboten! Charlie and his Orchestra: Nazi Propaganda Swing*, Proper Records, late 1941.
- “Dinah”, *Swing tanzen verboten! Charlie and his Orchestra: Nazi Propaganda Swing*, Proper Records, circa mid – [sic.]1941.
 - “St. Louis Blues”, *Swing tanzen verboten! Charlie and his Orchestra: Nazi Propaganda Swing*, Proper Records, late 1940.
- GOODMAN, B., “After You’ve Gone”, *All The Cats Join In*, Columbia, 27/7/1942.
- *Live at Carnegie Hall*, CBS, 1/16/38.
- GOODMAN B., AND HIS ORCHESTRA, “St. Louis Blues”, *Benny Goodman. Birth of a Big Band*, vols. 1/2, RCA, 21/8/1936.

- GOODMAN B., QUARTET, "Dinah", Benny Goodman. *The Complete Small Combinations*, vols. 1/2, RCA, 26/8/1936.
- GOODMAN B., TRIO, "After You've Gone", Benny Goodman. *The Complete Small Combinations*, vols. 1/2, RCA, 13/7/1935.
- HOLIDAY B. & HER ORCHESTRA, "I've Got A Date With A Dream", *The Complete Billie Holiday on Columbia (1933-1944)*, Columbia, 1938.
- "You Can't Be Mine", *The Complete Billie Holiday on Columbia (1933-1944)*, Columbia, 1938.
- REINHARDT, D., "ABC", *Swing tanzen verboten! Swing in Belgium and France 1940-1944*, Proper Records, March 12, 1943.
- "Belleville", *Swing tanzen verboten! Swing in Belgium and France 1940-1944*, Proper Records, March 12, 1943.
- WILSON T., & HIS ORCHESTRA, "Let's Dream In The Moonlight", *The Complete Billie Holiday on Columbia (1933-1944)*, Columbia, 1938.
- "You're So Desirable", *The Complete Billie Holiday on Columbia (1933-1944)*, Columbia, 1938.

FERNANDO CENTENERA SÁNCHEZ-SECO
Universidad de Alcalá
C/Libreros, 27, CP.
28801 Alcalá de Henares, Madrid
e-mail:fernando.centenera@uah.es

EL MODELO ORGÁNICO DE SOCIEDAD NO TOTALITARIO EN LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA DE GINER*

THE ORGANIC MODEL OF NON-TOTALITARIAN SOCIETY IN GINER'S LEGAL SOCIOLOGY

DELIA MANZANERO FERNÁNDEZ
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

Fecha de recepción: 6-7-15

Fecha de aceptación: 5-2-16

Resumen: *Este artículo pone gran cuidado en desligar las teorías organicistas relacionadas con la biología y las metáforas fisiológicas de autores que, como Schelling y Spencer, equiparaban la sociedad a un cuerpo físico o un sistema nervioso, del organicismo krausista de carácter metafísico, donde el hombre ocupa la clave de bóveda de todo su sistema. Se expone cómo el liberalismo krausista es una doctrina distante y contraria a toda imposición totalitaria que suponga una amenaza para la individualidad. Por último, se enseña cómo ese ideal político del organicismo armónico krausista representa una deseable contribución al desarrollo pleno de las capacidades del hombre y por qué el pensamiento político liberal debería interesarse en recuperar dicha noción de comunidad.*

Abstract: *This article puts great attention to separate the organicist theories related to biology, as well as the physiological metaphors of authors who, like Schelling and Spencer, equated society to a physical body or nervous system, from Krausist metaphysical organicism, where man occupies the keystone of the entire system. The article argues how Krausist liberalism is a distant doctrine*

* Esta investigación se realiza en el marco del proyecto de investigación: "Fundamentos y desarrollo de la idea krausista de Europa: universalismo, internacionalismo, educación y cultura" (Proyecto de investigación I+D+i: FFI2011-23682, 2012-2015) de la Universidad Pontificia Comillas, dirigido por Ricardo Pinilla Burgos y financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Asimismo, esta investigación se inscribe dentro de una Ayuda Juan de la Cierva - Formación Posdoctoral adscrita a la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid y financiada por el Ministerio de Economía y Competitividad (FPDI-2013-17242).

which is contrary to any totalitarian imposition that may pose a threat to individuality. Finally, it shows how the political ideal of the harmonious Krausist organicism represents a desirable contribution to the full development of human capacities, and why the liberal political thought should be interested in recovering such notion of community.

Palabras clave: organicismo, comunidad, totalitarismo, sociología, liberalismo
Keywords: organicism, community, totalitarianism, sociology, liberalism

1. POLISEMIA Y AMBIGÜEDAD DE LA METÁFORA ORGÁNICA

La idea que en rigor viene a dar unidad al pensamiento sociológico del krausismo español es su concepción orgánica y dinámica de la realidad como un todo, de la sociedad y de cada una de sus determinaciones como un *organismo*. Lo que interesa destacar de estos conceptos de Estado y Sociedad, tal y como han sido desenvueltos en varios de los textos krausistas, es la comprensión implícita de la «sociedad total humana» como compuesta de «sociedades parciales» relacionadas orgánicamente con el todo, con el ideal de la Humanidad. Un organicismo social que reconoce la pluralidad de fines del hombre, la asociación de los individuos para perseguir esos fines en distintos tipos de asociaciones y su relación con el cumplimiento del destino total de la humanidad. Esta tesis viene principalmente respaldada por la doctrina organicista de la sociedad formulada por la escuela armónica krausista, cuyo clave de bóveda es la propuesta de Krause de distintas alianzas o sociedades humanas, según la cual, toda sociedad es una auténtica persona y, en cuanto tal, es un verdadero Estado; véase al respecto el completo estudio sobre *Krause, educador de la humanidad. Una biografía* de Menéndez Ureña¹. Como expresa Adolfo Posada, uno de los más destacados discípulos de Francisco Giner de los Ríos, la ascendencia teórica del organismo puro y simple de Giner se encuentra «dentro de la tradición filosófica orgánica de Krause y Ahrens»²; un precedente doctrinal que alcanza en Giner un gran desarrollo facilitado, de un lado, por el movimiento positivista que permite la Sociología, y de otro, por la amplia consideración del carácter psicológico de las relaciones humanas, lo cual permite hacer una doble consideración y

¹ E. MENÉNDEZ UREÑA, *Krause, educador de la humanidad. Una biografía*, Universidad Comillas, Unión Editorial, Madrid, 1991.

² A. POSADA, “Sobre tendencias actuales de la Sociología”, *BILE [Boletín de la Institución Libre de Enseñanza]*, XXVI, t. II, 1902, p. 223.

distinción entre lo orgánico social (universal) y su diferencia con respecto a lo orgánico psicológico. Así lo hace ver Posada, para quien «la sociología abarca a la vez la consideración de la sociedad y de lo psíquico social, como ocurre con Espinas, Giner, Azcárate»³. Estos conceptos ginerianos del organicismo y de la persona social luego van a resultar centrales a los estudios de la psicología social, merced al doble (y heterogéneo) influjo de Schelling y Herbart, por una parte, y por otra, a los estudios de los protosociólogos franceses y alemanes, en particular, del «semi-krauseano» Schäffle, Spencer, Wundt, Tarde, etc.; una doctrina que fue también muy útil a los propagadores de las teorías organicistas de la sociedad tan en boga en los años finales del XIX.

A diferencia de muchas teorías organicistas de la época –que estaban más relacionadas con la biología y las metáforas fisiológicas de autores que, como Schelling y Spencer, equiparaban la sociedad a un cuerpo físico o un sistema nervioso donde la sociedad aparecía reconocida como entidad superior a los individuos–, por el contrario, el organicismo krausista tiene que ver más con un organicismo de carácter metafísico, donde el hombre ocupa la clave de bóveda de todo su sistema. Baste considerar la amplia significación que para Giner tiene la idea de organismo, y su consideración de la Sociedad como un *cuerpo social* (que Posada equipara al *corpus mysticum* suareciano); donde la sociedad es un organismo moral del cual, conviene recordar, el Estado es tan sólo un órgano social más:

“en otro lugar, Giner dice: “no sólo es el Estado social una comunidad, un todo, una persona, sino que por serlo es también un ‘organismo’ (Ídem [La persona social], I, pág. 33)”. En manera alguna un organismo físico, “que el concepto de organismo no implica la idea de organismo ‘material’, fisiológico”, es de orden metafísico. En Giner, la idea del organismo social es más vecina de la del “cuerpo místico” que de la de un Works o de un Lilienfeld”⁴.

En efecto, para Giner, la realidad social es un organismo o, mejor, es *orgánica* y persistente; pero no por ello se le debe confundir sin más con un adepto al *organicismo* biológico. En Giner hallamos un organicismo que entronca con la Metafísica de Krause y su sistema de alianzas, y –como muy

³ A. POSADA, “La Sociología. Fragmentos de un estudio por D. Adolfo Posada. Del libro, próximo a publicarse, *Sociología Contemporánea*”, *BILE*, XXVIII, t. I, 1904, pp. 191.

⁴ A. POSADA, “El ‘Cuerpo místico’ del P. Suárez y el ‘Organismo social’ del Maestro Giner”, *BILE*, LII, t. I, 1928, p. 120.

bien advierte el propio Giner-, se hace de todo punto conveniente y necesario distinguir entre el carácter biológico y el orgánico que se imprime a la sociedad, pues no son lo mismo:

“En Krause, por el contrario, –asevera Giner– el paralelismo entre ciertas formas del Espíritu y su vida y las de la Naturaleza viene de la unidad del Principio Absoluto. Y así, aquel concepto, que no pertenece a la ciencia natural, sino a la filosofía general, a la Metafísica (como reconoce el Sr. Santamaría de Paredes), se aplica luego con diverso carácter a cada una de esas esferas; sin tener por tanto que buscar, v. gr., cuál es la célula, o el tejido conjuntivo, o el cerebro, o el aparato secretor, en la sociedad como la sociología naturalista contemporánea, ni concluir con el Estado la serie de los tipos de la historia natural, como hacen Carus o Jäger”⁵.

Como puede apreciarse en este fragmento perteneciente a un relevante artículo de Francisco Giner sobre “La ciencia como función social”, en el que explica que su concepto de organicismo no pertenece a la biología sino a la metafísica, esta distinción se traza no de una manera arbitraria o casual, sino que Giner pone gran cuidado en desligarla de cualquier biologicismo naturalista como enfoque explicativo de las relaciones sociales. Y ello, porque quizá Giner ya atisbaba o empezaba a vislumbrar algunos de los problemas que podrían derivarse de este concepto biológico de la sociedad, en cuanto suponía una amenaza para la individualidad. Un problema que tomará su cariz más agresivo con las dictaduras totalitarias en la primera mitad del siglo XX que le tocó vivir a sus discípulos –magistralmente retratado en los estudios sobre la Gran Guerra de Adolfo Posada– y que fueron objeto de reflexión en varias de sus obras. Este último alcanzó a expresar su temor de que “en el supuesto paralelismo de la sociedad y el organismo natural, perezca la libertad ante la absorbente dictadura de los centros nerviosos, representados por el Gobierno”⁶. Son también interesantes sus reflexiones sobre los gobiernos totalitarios y la distinción con el modelo de organización social que propone el krausismo, que opone dos conceptos de Estado antagónicos:

“(…)el Estado dominador, potencia de imperio, máquina opresora dentro, para “su” pueblo, y absorbente, sin reparos jurídicos ni morales, en la expansión exterior; y de otro la del Estado comunidad moral, libre, autónoma, democracia expansiva, con anhelos sentimentales de fraternidad universal; un

⁵ F. GINER DE LOS RÍOS, “La Ciencia, como función social”, *BILE*, XXIII, t. I, 1899, p. 28.

⁶ A. POSADA, “Filosofía y Sociología en la obra de Giner”, *BILE*, LIII, t. I, 1929, p. 90.

Estado basado en el respeto a los derechos de la personalidad, tanto en el hombre como en las naciones."⁷.

Los krausistas españoles son pues conscientes del posible uso a que puede desembocar una teoría organicista de la sociedad que lleve a cabo este sincretismo malsano de lo sociológico y jurídico con lo biológico, y no dudan en criticar este sentido biológico o *animal* que dota al Estado del papel coactivo y represor de la vida de individuos y de diferentes colectivos. Por esta razón –aclara y enfatiza Posada– que su doctrina krausista parte

“de la concepción del organismo social, que no debe, sin embargo, equipararse al animal: la posición de las células en este implica una sumisión absoluta a la dirección unitaria del organismo, que no existe en la sociedad; “las partes del animal forman un todo concreto: las partes de una sociedad, las de una sociedad un todo discreto,... en el uno la conciencia está concentrada en una pequeña parte del agregado; en la sociedad, está difundida por todo el agregado””⁸.

No están demás estas aclaraciones que Giner y Posada hacen de su interpretación del término ‘organicismo’ en sus obras, pues la polisemia y ambigüedad del mismo es manifiesta. La metáfora orgánica apunta, en efecto, a la idea de un todo organizado, a una totalidad compuesta de órganos que persigue ciertos fines inherentes a su naturaleza. Por esta razón, y con mayor frecuencia de lo deseado, en la Filosofía social la doctrina del organicismo ha tenido habitualmente una aplicación y un uso que ha sido resultado de una interpretación más o menos biológica y literal de este término y, por eso, se le ha asociado casi siempre como más o menos sometida a un naturalismo que ha dado en concepciones autoritarias de la sociedad. Así pues, la metáfora orgánica apunta la idea de un todo organizado, de una totalidad compuesta de órganos que persigue ciertos fines inherentes a su naturaleza.

En este sentido, no han faltado autores que han reprochado a la filosofía de Krause su vinculación a estas corrientes de pensamiento de base biológica

⁷ A. POSADA, *Actitud Ética ante la Guerra y la Paz*, Caro Raggio Editor, Madrid, 1923, p. 14.

⁸ A. POSADA, “El fin del Estado”, *BILE*, XXXIX, t. I, 1915, pp. 140-141. [la cursiva es nuestra]; véase esta distinción entre el todo concreto y el todo discreto, con la distinción entre la sociedad como un órgano difuso y el Estado como un órgano intensivo o especial cuya legitimidad depende siempre del todo social en el artículo “El fin del Estado” de Adolfo Posada (pp. 138-145).

de la escuela organicista, y que han considerado como una asociación muy poco afortunada la relación de la filosofía krausista con cualquier intento de descripción organicista de la organización social:

“Dada la equivocidad de la filosofía de Krause, se verá siempre en él un precursor de todas las nuevas corrientes organicistas de base biológica o naturalista. Incluso se establecerá una relación entre la sustantividad del organismo social y la caracterización de la sociedad como un corpus mysticum, a la manera como, entre los escolásticos, lo hizo Francisco Suárez”⁹.

De acuerdo con Gil Cremades, se manifiesta en la concepción krauseana del derecho una ambigüedad y una indecisión muy grandes, algo que desde luego no es transferible a sus discípulos españoles, quienes no sólo distinguen perfectamente la teoría social de Krause de cualquier interpretación biologicista, sino que consideran que, si se hubiera seguido precisamente la interpretación moral y metafísica del organicismo de Krause y se hubieran evitado esos intentos de asimilación naturalista y mecanicista de Schelling y Spencer, se hubieran salvado esos peligros de amenazas totalitarias que se ya alumbraban para su época y que causarían graves estragos en las décadas siguientes. Así pues, sobre la conveniencia de seguir la doctrina armonicista de Krause, asevera Posada, recuperando aquí algunas expresiones de Giner:

“olvidando que el concepto de organismo no pertenece a la biología, sino a todos los órdenes, o sea a la metafísica; si en vez de seguir el camino de Schelling y su escuela se hubiera tomado otro, como el de Krause, no correría esa concepción los peligros que hoy corre, y de que ha dado harta muestra del Congreso de Sociología de París (el de 1897), donde se han dicho, según parece, cosas a veces peregrinas, tanto en pro como en contra de aquella concepción”¹⁰.

A pesar de esta crítica, incluso cuando estos desarrollos de las ciencias sociales impregnen las teorías de los autores europeos, Giner y los krausistas seguirán remarcando el carácter ético y metafísico de su pensamiento organicista, antes que, y más allá de cualquier organicismo puramente biológico. En la filosofía social krausista se distingue pues claramente entre el organicismo metafísico y místico de Krause como un «organismo para la libertad»,

⁹ J. J. GIL CREMADES, “El pensamiento jurídico español del siglo XIX: Francisco Giner de los Ríos”, en: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez, El pensamiento jurídico español del siglo XIX*, num. 11, fasc. 2º, Granada, 1971, p. 36.

¹⁰ A. POSADA, “Los estudios sociológicos en España”, *BILE*, XXIII, t. II, 1899, p. 248.

frente a otros modelos, como el organicismo “casi mecánico schellinguiano” o el organicismo de Spencer.

El aspecto diferencial con respecto a otras interpretaciones biologicistas y naturalistas, se encuentra quizá en la definición de Giner de “organismo”, no al modo naturalista como un «compuesto de órganos», sino como una pluralidad de funciones (*officium*) que convergen a un propósito común. Por esta razón, algunos autores han sugerido la conveniencia de intercambiar el término de “organicismo” por el de “sistema”. Sin embargo, la filosofía krausista prohíbe tal conclusión. Así se opone Giner expresamente a otros organicismos, como el de Paredes, que carecen de ese elemento vital:

“El Sr. Santamaría de Paredes, aunque reconoce que la sociedad es un organismo, (El concepto de organismo social), niega que sea un ser. [...] frente a estas direcciones, no son de desdeñar, la corriente general es favorable a la realidad de la sociedad, como un verdadero ὄντως ὄν, sea en sentido sustancialista, sea dinámico. El libro quizá más reciente que sostiene este realismo es el de A. Maestre, Las personas morales y el problema de su responsabilidad penal (Paris, 1899); entre nosotros, la teoría realista parece dominante (Maranges, Piernas, Azcárate, Comas, Gil Robles, Santamaría, Costa, Posada, Otero, etc.), gracias sobre todo, en los más, el influjo de Krause”¹¹.

La idea de *sistema* viene a equipararse en cierto sentido a la visión jerárquica que los hombres del doctrinarismo compartían del Estado formal como un mecanismo abstracto y anti igualitario, y ello entra en conflicto con el carácter vital y dinámico que el término ‘organismo ético’ adquiere en la obra de Giner, como una comunión inmanente y activa de los miembros que la componen, y con su consideración de “la vida” del Derecho como un “organismo moral”:

“El “organismo” se entiende muchas veces como un todo de órganos: v. gr., por Fouillé, el propio Sr. Santamaría, Stein y algunos oradores que en el Congreso del 97 discutieron sobre la legitimidad de su aplicación a la sociedad [...] Se olvida aquí: 1.º, que el órgano se define por su función, y ésta, como actividad para un fin, por su relación al todo a que sirve; y que decir que el organismo es “un conjunto de órganos” equivale a definir del todo como el conjunto de (sus) partes, cuando éstas no son tales partes, sino por su relación con él todo; 2.º, que, a menos de modificar toda la terminología de la ciencia natural, hay que seguir llamando “organismos” a aquellos individuos biológicos que ca-

¹¹ F. GINER DE LOS RÍOS, “La Ciencia, como función social”, cit., p. 27.

recen de órganos (todos los monocelulares, como, por ejemplo, las amebas); 3.º, que la característica del organismo biológico es la división del trabajo, o sea, la diferenciación de funciones, todas las cuales existen en esos seres, y de la cual, conforme se desenvuelven tipos de vida más compleja, nacen sus órganos específicos respectivos; o en otros términos, que “la función crea el órgano”, según la frase usual, más o menos perfecta (no al contrario, como pensaba la antigua concepción de la fisiología, como una anatomía animata, para la cual primero eran los órganos y luego las funciones, como mero ejercicio de las estructuras). La embriología y la teoría de la evolución lo han mostrado a tiempo claramente. Por ejemplo, en su estado inicial de óvulo fecundado, el hombre mismo carece de órganos: ¿deja por esto de ser un organismo? o hay que aguardar, para llamarlo, a que llegue al estado adulto? Y sin embargo, todavía De Greeff llama función social al “acto de cada órgano”; como si éste se existiese sin aquella”¹².

De acuerdo con esta definición no naturalista del organicismo que expone Giner, para que podamos hablar de organismo no necesitamos presencia de órganos, del mismo modo que para que podamos hablar de sociedad no precisamos la concreción del órgano especial de Estado. Piénsese aquí en el contrato de asociación original de Suárez por el que la sociedad se constituye como *corpus mysticum*, una doctrina que nos permite hablar de la existencia de un ser que realiza una o varias funciones sin órganos o disposiciones parciales o diferenciadas para cumplirlas, es decir, aplicando, indistinta e indiferenciadamente, su actividad –difusa, dice Giner, pero igualmente soberana– para su ejecución.

Lo que nos permite identificar al organismo, según Giner, no es pues el conjunto de órganos que lo componen, sino la pluralidad de funciones esenciales que lleva a cabo, por esta razón, un estudioso de la filosofía jurídica de Giner ha podido decir que en su filosofía social es concebible la existencia de organismos elementales que, partiendo de la unidad indivisa de su ser mismo, son capaces de llevar a cabo sus funciones esenciales sin necesidad de una organización especial en organismos especiales; es pues posible la existencia de “organismo sin órganos”¹³, pues la definición gineriana del organicismo (la función crea el órgano y no al revés) es dinámica y vital, no anatómica ni estructural. En definitiva, no se precisa hablar de grandes complicaciones biologicistas ni de órganos especiales, pues éstos son incapaces de suprimir

¹² F. GINER DE LOS RÍOS, “La Ciencia, como función social”, cit., pp. 27-28.

¹³ M. M. NAVARRO MONCAYO, “Función del legislador en la vida del derecho, según la doctrina de D. Francisco Giner de los Ríos”, *BILE*, XLIV, t. II, 1920, p. 282.

las funciones esenciales del organismo entero. Una vez más, lo que rezuma de toda esta doctrina de Giner, es que la sociedad posee una base irreductible de soberanía, a fuerza de salvaguardar la autonomía jurídico-política de los distintos órganos, cuya potestad no puede suplir ni absorber por completo el Estado ni ningún otro órgano especial, pues el Estado no es sino una parte integrante y subalterna del imperio de la Humanidad krausista.

“otro tanto acontece con la sociedad, con no ser un organismo fisiológico, sino psico-físico. También en ella el impulso y la orientación general nacen del fondo de la vida, no de sus órganos particulares (de una institución, un determinado individuo, etc.). La teoría que, por el contrario, explicaba las transformaciones sociales por la acción de los grandes hombres, de los “genios”, dejaba siempre un lado los problemas”¹⁴.

Si lo social como tal es elevado al rango de lo espiritual e integrado en el ideal moral, la sociedad real en general, fuera de toda relación con el Estado, no puede sino ser considerada como un soporte de valores positivos importantes. Ese sustrato que hace valer el elemento de la «Sociedad» por encima del Estado, evita la sustracción política de un todo menor respecto a otro todo menor, a condición de articular estos poderes y asociaciones en armonía libre con otras asociaciones en el *ordo universalis* que viene encarnado en la unidad del *corpus mysticum*, una totalidad que es inmanente a sus partes como un sistema concreto de generación recíproca entre la unidad del todo y la multiplicidad de sus miembros. Este *corpus mysticum* es el que mantiene en conexión simbólica y doctrinal a los diversos órganos entre sí y el que permite salvaguardar la unidad armónica del Ideal para la Humanidad.

Se trata pues de un pensamiento social un tanto paradójico pues plantea una variedad insustituible de los órganos sólo posible a través de la unión o articulación natural (*coherencia, ordo*) de sus miembros en el organismo; con otras palabras, permite mantener una poliarquía, a condición de que simbólicamente pueda entenderse esa organización plural como unidad simbólica; un pensamiento que, de forma más elaborada y complementado con las aportaciones del desarrollo de las ciencias sociales en el último cuarto del siglo XIX, condensaría Francisco Giner en su obra *La persona social*.

Gracias a esta explicación del *corpus mysticum* podemos comprender por qué un pensamiento tan denostado como el medieval, puede sin embargo sorprendernos al ser capaz de representar un modelo de organización y dis-

¹⁴ F. GINER DE LOS RÍOS, “La Ciencia, como función social”, *BILE*, XXIII, t. I, 1899, p. 29.

tribución social del poder de carácter *pluralista*, que no concentra el poder en un único polo de imputación, una idea que será muy fértil para la filosofía social krausista.

2. CONTRA EL ORGANICISMO BIOLÓGICO DEL ESTADO TOTALITARIO

La filosofía organicista krausista parte de la asunción del imprescindible respeto a la soberanía de cada persona y comulga pues con un concepto de libertad negativa que no anula la libertad individual, pues toda persona individual o colectiva tiene una independencia relativa, y exige que su personalidad se respete en su existencia y su actividad propia y no pueda ser absorbida en su comunidad social. La filosofía krausista impone así claros límites al Estado totalitario. Y, por otro lado, amplía la función del Derecho con un concepto de libertad positiva, que los krausistas recogen en la fórmula de *libertad racional*, cuyo principal objetivo es fomentar la realización de los bienes humanos de manera activa y crear oportunidades reales para que los hombres puedan hacer uso de sus derechos, por ejemplo:

“Las leyes obreras [...], las dedicadas al fomento de la previsión del ahorro, a la protección de la infancia desvalida por cualquier concepto [...], a proteger a los vagos y al mismo tiempo reprimir la vagancia, a elevar la condición de la mujer reconociéndole, v. gr., una personalidad que no tiene, la económica..., con otras más, tan abundantes, repito, en la vida de los pueblos civilizados modernos, pertenecen todas al grupo de las paternas y tutelares, en las que responden, no al principio, que dicen rigurosa y exclusivamente jurídico, del alterum non loedere, sino al del quantum potes juva, que presentan como característico de la vida mera y propiamente moral”¹⁵.

Sin embargo, esta pretensión paternal y tutelar presenta también algunos puntos confusos o, cuando menos, sombríos. Es bien conocida la paradoja producida por el concepto de libertad positiva, pues el camino que conduce a un ideal, también conduce a su contrario; ello puede verificarse en la historia, al comprobar cómo ese noble sueño iusnaturalista del ideal de libertad entendida como autodominio o autorrealización ha sido distorsionado y en ocasiones ha conllevado un peligro de autoritarismo, particularmente, por los dictadores totalitarios del siglo xx, por ejemplo, los de la

¹⁵ P. DORADO MONTERO, “Socialismo y justicia social”, *BILE*, XL, t. II, 1916, p. 376.

Unión Soviética, quienes se reivindicaban a sí mismos como los verdaderos paladines de la libertad frente a los liberales occidentales. La comprensión de esta misión positiva del Estado, de este *máximum ético*, viene pues dificultada según señala Adolfo Posada, por: “1.º, el espectáculo histórico de los Estados dominadores, con su acción represiva e injusta y 2.º, la falta de una adecuada distinción entre Estado y Gobierno, en la relación del cumplimiento del derecho”¹⁶. Por esta razón, la defensa de una concepción «positiva» de la libertad –en el sentido de *ser libre para* algo, para llevar una determinada forma prescrita de vida– es vista por los defensores de la idea de libertad negativa con gran recelo, pues en ocasiones no es sino un disfraz engañoso que sirve para ocultar el ejercicio de una brutal tiranía y la intervención de un Estado moralista. Son ya incontables los ejemplos históricos en que la mayoría ha sido y sigue siendo oprimida en nombre de la libertad, tal y como queda recogido en los argumentos clásicos en contra del paternalismo. En ocasiones, tratando de justificarse con enunciados aparentemente inocentes e inocuos como el siguiente:

“Yo no estoy de acuerdo con proceder de acuerdo con unas bases voluntaristas. Creo que un hombre debe ser obligado a ser mejor y no debe dejarse a su discreción si quiere ser más inteligente, más sano o más honesto. – General Hershey”¹⁷.

Sin embargo, la consecuencia práctica que se deriva de la aplicación de ese principio puede derivar en un gran despotismo en el que se trate a los hombres como si no fuesen libres, y en el que el benevolente reformador trate de amoldarles a unos fines orgánicos supuestamente «naturales», que el legislador ha adoptado libremente sin tener en cuenta los propios fines de los hombres a los que tal derecho organiza y compele, haciéndoles ver que sus fines son menos últimos, menos humanos o sagrados que los promulgados por la ley.

En efecto, fueron Kant y los primeros utilitaristas entre los que se encontraría Bentham, los encargados de hacer ver el error de manipular a los hombres y lanzarles hacia fines que el reformador social ve con meridiana

¹⁶ A. POSADA, “El fin del Estado”, *BILE*, XXXIX, t. I, 1915, p. 142.

¹⁷ Traducción propia del original: “*I do not want to go along with a volunteer basis. I think a fellow should be compelled to become better and not let him use his discretion whether he wants to get smarter, more healthy or more honest. – General Hershey*”. Citado en: G. DWORKIN, “Paternalism”, en FEINBERG, J. & COLEMAN, J. (eds.). *Philosophy of Law*. 8th edition, Thomson Higher Education, Belmont, USA, 2008, p. 281.

claridad (aunque ellos no lo vean o no sepan apreciarlos). Este despotismo supone una negación de lo que constituye a los hombres como tales, a saber, les niega el principio de ser tratados como fines en sí mismos, al tratarlos como objetos sin voluntad propia y, por tanto, degradarlos a ser usados como medios para los fines que el legislador ha concebido independientemente a su voluntad. Las más habituales de estas críticas son las que se han dirigido a diferentes formas de autoritarismo, por ejemplo, a los modelos de ciertas concepciones orgánicas de la sociedad donde el cuerpo de la población debía someterse al cerebro del organismo, esto es, a sus sabios gobernantes que son la parte racional que debe regir a todas las demás partes. Sirviéndose pues de esta argumentación se han encubierto muchos gobiernos autoritarios, tal y como denuncia muy lúcidamente Berlin, quien también se ocupó de hacer ver la fragilidad que anida en este concepto de libertad positiva para un modelo organicista de sociedad:

“No parece probable que esta extrema exigencia de libertad haya sido nunca hecha más que por una pequeña minoría de seres humanos, muy civilizados y conscientes de sí mismos. La mayoría de la humanidad ha estado dispuesta la mayoría de las veces a sacrificar esto a otros fines: la seguridad, el status, la prosperidad, el poder, la virtud, las recompensas en el otro mundo, o la justicia, la igualdad, la fraternidad y muchos honores que parecen ser incompatibles por completo, o en parte, con el logro del máximo de libertad individual, y que desde luego no la necesitan a ésta como condición previa a su propia realización”¹⁸.

En efecto, los krausistas no desconocían estas posibles objeciones al concepto de libertad racional que defendían en el marco de su organicismo armónico, y fueron prudentes a la hora de considerar estos posibles riesgos que podrían derivarse de su aplicación del derecho. Así ha sido señalado por estudios muy bien documentados como el de Elías Díaz, quien señala, en efecto, cómo el liberalismo krausista es una doctrina distante –e incluso contraria– o toda imposición totalitaria:

“El pensamiento krausista aparece de manera coherente en esta perspectiva como filosofía política de carácter profunda y eminentemente liberal. Se trata, dentro de ese esquema, de un pensamiento liberal progresista que se diferencia con claridad, primero, del mínimo liberalismo de los llamados, hasta

¹⁸ I. BERLIN, “Dos conceptos de libertad”, en I. BERLIN, *Libertad y necesidad en la historia*, traducido al español por Julio Bayón, Ediciones de la Revista de Occidente, Madrid, 1974, p. 173.

*mediados del XIX, “moderados”, y, después, de los liberales doctrinarios de la Restauración. Y fuera de ese contexto, dicha concepción liberal krausista se enfrentará sobre todo con la doctrina política del tradicionalismo, posición expresa y profundamente antiliberal. También, claro está, contra todas las formas de absolutismo y despotismo”*¹⁹.

De este modo, no dudan en añadir y reforzar su tesis inicial de un concepto de libertad –no ya abstracto– sino racional, el cual se traduce de manera inmediata en libertades concretas de carácter político, cultural, social,... pues para los krausistas, sería igualmente injustificable un derecho cuyo principio de *coexistencia* no vaya al mismo tiempo acompañado de un principio de *asistencia* para garantizar unos ciertos mínimos éticos. Dicho en términos krausistas: tan importante es mantener el orden y la seguridad legal –que reivindicaban los teóricos de la libertad negativa para protegernos de los peligros del paternalismo y autoritarismo que Bentham percibía–, como el cuidado de la realización de la condición humana, que para los krausistas, es el fundamento y objetivo último del derecho. De hecho, el desarrollo lógico e histórico de este problema ha ido evolucionando desde las reivindicaciones meramente negativas de la *libertad de* la interferencia del Estado, a este concepto krausista de la *libertad para*, entendida como una reivindicación social positiva y substantiva de los recursos estatales. Ello puede comprobarse en el proceso de paulatino reconocimiento de conceptos substanciales sobre la naturaleza humana, el bien común o los diferentes bienes sociales que hay presentes en el Estado Constitucional. Veamos a continuación algunas de las enmiendas y revisiones que el krausismo hace al individualismo de la tradición liberal moderna.

3. VUELTA A LA COMUNIDAD

Una de las críticas krausistas a los modelos totalitarios o abstractos de derecho consiste en mostrar los riesgos y las insuficiencias del diseño social neutralista que nace de la Ilustración, en el cual se había perdido toda referencia a las ideas morales. En esta misma línea crítica, Benjamin Constant,

¹⁹ E. DÍAZ, “Krausismo e Institución Libre de Enseñanza: Pensamiento Social y Político”, en P. F. ÁLVAREZ LÁZARO Y E. MENÉNDEZ UREÑA (eds. lit.), *La actualidad del krausismo en su contexto europeo*. 16, Editorial Parteluz, Fundación Duques de Soria, Universidad Pontificia Comillas, Colección del Instituto de Investigación sobre Liberalismo, Krausismo y Masonería, Madrid, 1999, pp. 230-231.

tras distinguir entre la libertad política y republicana de los antiguos de la libertad civil de los modernos, había indicado también que ésta última supone una importante conquista civilizatoria con la protección de los derechos individuales y la constitución de un entramado de leyes, instituciones y garantías jurídicas que permiten el ejercicio pacífico de tales derechos. Sin embargo –advierte inmediatamente Constant– no debemos olvidar que esta disminución de la dependencia del individuo respecto a la comunidad que ha constituido la nueva garantía del hombre moderno, traía consigo una amenaza. A ella se refiere Constant como la «garantía de la oscuridad» por cuanto los individuos quedan comprometidos como individuos ignorados y borrosos en su participación política:

“el peligro de la libertad moderna puede consistir en que, absorbiéndonos demasiado en el costo de nuestra independencia privada y en procurar nuestros intereses particulares, no renunciemos con mucha facilidad al derecho de tomar parte en el gobierno”²⁰.

El mérito de la filosofía krausista consiste en hacernos ver ese peligro de aceptar de manera acrítica el concepto moderno de una libertad negativa, la cual, centrándose únicamente en salvaguardar nuestra independencia (autarquía) y nuestros deseos particulares, puede tener como consecuencia que olvidemos o renunciemos con demasiada ligereza a nuestro derecho a participar en lo público. Así lo denunciaron Francisco Giner y, muy especialmente Gumersindo de Azcárate en su ensayo sobre “La indiferencia en política”²¹ publicado en un contexto histórico crítico, que no era otro sino el de la frustración con la Restauración canovista (1875.1902). Los autores de esta época dedicaron sus escritos a denunciar el fenómeno lamentable de la corrupción de la vida política engendrado por el olvido en que se había dejado el estudio de las cuestiones jurídicas fundamentales y el mecanicismo a que había dado lugar la teoría formalista del Derecho; una problemática que no se restringe al contexto histórico-cultural del krausismo, sino que sigue conservando su actualidad y vigencia, quizá aún más apremiante a la vista de las últimas elecciones al parlamento europeo y al turbulento desarrollo de la Unión Europea que se augura para el siglo XXI.

²⁰ B. CONSTANT, *Sobre el espíritu de conquista / Sobre la libertad en los antiguos y en los modernos*, estudio preliminar de María Luisa Sánchez Mejía, trad. de Marcial Antonio López y M. Magdalena Truyol Wintrich, Tecnos, Clásicos del pensamiento, España, 2002, pp. 88 y 90.

²¹ G. AZCÁRATE, “La indiferencia en política”, *BILE*, XVIII, t. I, 1894, 79-86.

Ciertamente, los gobernantes pueden estar dispuestos a librarnos de la carga de trabajo y esfuerzo de tener que decidir sobre los asuntos públicos, e incluso, algunos depositarios de la autoridad no dejarán de exhortarnos a que así suceda. Pero, por grande que sea el interés que los poderes públicos tomen en liberarnos de ese esfuerzo, la ciudadanía debería siempre cuidar y no perder nunca de vista ese bien común, para que se contengan en sus límites. Así nos lo recordaba Benjamin Constant, quien consagraba las últimas palabras de su discurso sobre la libertad a recordar la imposibilidad de que exista libertad negativa o individual cuando la libertad positiva se encuentra amenazada:

“de estar nosotros muchas veces más distraídos de lo que podían estar los antiguos acerca de la libertad política, y menos apasionados por ella, puede seguirse que alguna vez despreciamos equivocadamente las garantías que ella nos asegura. [...] si la libertad individual es “la verdadera libertad moderna, la libertad política es la garantía y, por consecuencia, es indispensable”²².

El interés de la filosofía del derecho krausista tiene pues largo alcance, pues esa desafección por las formas políticas de representación que los krausistas veían en su época, llega hasta nuestros días. Ello ha conducido a algunos autores a decir que nos encontramos en una *época pos-heroica* de la política, donde la política ha perdido toda su fuerza para el cambio social. Un tiempo de desconfianza en la política que coincide con un gran optimismo por lo individual. La sociedad de hoy en día, se ha dicho muchas veces, puede ser descrita como un conjunto de consumidores individualistas. Pero la crisis de legitimidad del Estado y la política generan también un movimiento de cambio, que lleva a creer en la fuerza de las agrupaciones de la sociedad. En tal sentido creemos importante vindicar el alegato krausista que nos recuerda la conveniencia de que el individuo no se aleje de la vida pública y no se limite a refugiarse en su vida privada y el solitario disfrute de sus bienes materiales y de sus capacidades, sino que se muestre participativo, abierto de manera solidaria a la sociedad y, sobre todo, preocupado por el interés general. En esta línea de recuperación de la tradición clásica, quizá sea interesante recordar la etimología del término ‘idiotés’, que era como en griego clásico se referían a los que vivían en una privacidad negativa, ocupados

²² B. CONSTANT, *Sobre el espíritu de conquista / Sobre la libertad en los antiguos y en los modernos*, cit., 2002, p. 76.

sólo de sus particulares cuitas e infortunios, de sus intereses individuales, sin relación con nadie y sin preocuparse por los asuntos públicos.

La solución que proponen los krausistas a este estado de desafección colectiva es la de seguir creyendo en la dimensión política de los seres humanos, en el derecho de consentir en las leyes, de deliberar sobre nuestros intereses y de formar parte integrante del cuerpo social del que somos miembros, en definitiva, en creer en el camino que aún tenemos que recorrer, y en el futuro de la justicia. De no hacerlo así, no sólo hablaremos del fin de la política, sino también del fin de los bienes humanos. Por esta razón, para los krausistas la educación constituye un elemento clave para que los ciudadanos conozcan las razones de la solidaridad, así como los motivos fundados, tanto para obedecer, como para rebelarse en la necesaria intervención frente a los acontecimientos sociales.

Lejos pues de la intención de Giner de los Ríos renunciar a uno de los tipos de libertad, al revés, lo que trató –según expresara con sus propias palabras en el artículo “La política antigua y la política nueva”– fue de “aunar la libertad civil con la política”²³. Tanto en su filosofía práctica como en su vida, apostó por aprender a combinar los intereses individuales con los políticos, haciendo el énfasis, eso sí, en ese ideal político del organicismo armónico y de la libertad positiva, pues ésta representa no sólo un medio para poder alcanzar una verdadera libertad negativa o individual, sino que representa un fin en sí misma, una deseable contribución al desarrollo pleno de las capacidades del hombre y, por tanto, al de su comunidad.

La actualidad de esta problemática y del enfoque krausista es manifiesta. Así, hoy en día vemos cómo hay un esfuerzo entre los filósofos contemporáneos, por exponer cómo y por qué el pensamiento político liberal se ha interesado o debería interesarse en recuperar la noción de comunidad; un pensamiento cuya continuidad puede verse proyectado y reasumido en la visión de varios autores relevantes:

“el liberalismo político no puede no ser, en cierto sentido, republicano; o dicho de otra manera, un republicanismo democrático no puede no ser, por su parte, heredero transmutado de la herencia liberal. [...] la oposición entre el liberalismo y los valores humanistas, por ejemplo, es de una enceguecedora

²³ F. GINER DE LOS RÍOS, “La política antigua y la política nueva”, [obra escrita entre 1868-1872 y publicada en *Revista de España*, t. 10, num. 38, 1869, pp. 192-197], citamos por la reimpresión en: *Estudios jurídicos y políticos*, OO.CC., t. V., Imprenta de Julio Cosano, Madrid, 1921, p. 65.

pereza mental. [...] En términos de teoría política, parecería que ni los liberales pueden dejar de pensar en republicano a la hora de entender, incluso normativamente, los procesos políticos –y, señaladamente, los procesos constituyentes– ni los comunitarios pueden dejar, por su parte, de reconocer en ese terreno tanto motivos de cercanía como razones para modificar o precisar sus análisis de los derechos políticos de participación”²⁴.

4. CONCLUSIONES

En este artículo hemos tratado de mostrar cómo los elementos sociológicos esenciales para una teoría política estuvieron presentes desde los orígenes mismos del desarrollo de la filosofía krausista en España, en la filosofía krauseana en general, y en la filosofía del derecho y la filosofía social de Francisco Giner en particular, en la que se sentaron las bases fundamentales del posterior desarrollo de una Ciencia política gineriana que, como se ha indicado, se caracteriza, en primer lugar, por una apreciación filosófica de los trabajos de los juristas y sociólogos corporativistas clásicos del pensamiento político escolástico (Suárez) y moderno (Krause, Gierke) para plantear mejoras al liberalismo abstracto individual²⁵. Se trata pues de una vía intermedia entre el gremialismo y el individualismo, pues para Giner, «ambas propenden a desestimar el propio valor del individuo en sí mismo, prescindiendo del que tiene por su participación en los diversos círculos sociales»²⁶. Se da así un énfasis en el tránsito continuado de una concepción individualista personalista –en reacción contra el individualismo del siglo XVIII del cual Giner decía que era “anti-crítico y anti-histórico, abstracto, revolucionario, y sueña con poder construir *a priori* las instituciones”²⁷–, hacia una concepción socializadora o transpersonalista.

En segundo lugar, una contribución a la elaboración de la concepción moderna de la sociedad como una realidad sustantiva, en la que lo individual y lo social deben correr parejos en una teoría social y jurídica del Estado,

²⁴ C. THIEBAUT, *Vindicación del ciudadano. Un sujeto reflexivo en una sociedad compleja*, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 1998, pp. 30-32.

²⁵ Vide. D. J. GARCÍA LÓPEZ, *Organicismo silente. Rastros de una metáfora en la ciencia jurídica*, Granada, Comares, 2013; J. SAUQUILLO, “Arte y ciencia en la teología política de Émile Durkheim”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 11, 1992, pp. 239-276.

²⁶ F. GINER DE LOS RÍOS, “El Estado Nacional”, *BILE*, IV, t. I, 1880, p. 155.

²⁷ F. GINER DE LOS RÍOS, “La Ciencia, como función social”, cit., p. 69.

basada en dos pilares fundamentales: por un lado, la concepción jurídico-política de Giner del respeto a la dignidad, autonomía y libertad de la persona humana y, por otro lado, la necesidad de una interdependencia social o solidaridad, que trata de armonizar aquellos derechos de la persona humana en el seno de la sociedad en un régimen de igualdad y bajo la función simplemente tutelar del Estado, dándose así un ensayo de reconstitución del ideal y de la base real de las formas sociales en un paisaje políticamente pluralista y democrático. Se plantea así en la filosofía jurídica krausista una teoría del Estado que se distingue: a) por el reconocimiento de la existencia de una personalidad jurídica –de un Estado– en el individuo y en las sociedades; b) por la afirmación del carácter ético, interno, del Estado, como expresión dinámica que define la condición jurídica de toda persona, en virtud del movimiento reflexivo director y ordenador de la conciencia individual o social de la misma, de cada persona por sí y para sí.

Y, por último, pero no menos importante, el reconocimiento de que cada una de las esferas de la vida debe ser autónoma y ser reconocida como tal –según se ha visto en su amplio concepto gineriano de Estado, del *Selfgovernment* y en propuestas políticas reformadoras y sindicalistas– aspectos todos ellos determinantes de una manera peculiar de interpretar la vida social, la conformación de los pueblos y los modelos particulares como éstos debían regir sus destinos, que está completamente desligada de una interpretación biologicista o naturalista de las relaciones sociales.

DELIA MANZANERO FERNÁNDEZ
Universidad Rey Juan Carlos
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas
Departamento de Derecho Público II / Filosofía del Derecho
Campus de Vicálvaro, Universidad Rey Juan Carlos.
Paseo de Artilleros S/N,
28032 Madrid.
e-mail: delia.manzanero@urjc.es

RECENSIONES

Hans KELSEN, *Religión secular.*
Una polémica contra la malinterpretación de la filosofía social,
la ciencia y la política modernas como “nuevas religiones” (2012),
Prólogo de Massimo La Torre, Cristina García Pascual,
Traducción de Manuel Abella, editorial Trotta, Madrid 2015¹

FRANCESCO BIONDO
Università di Palermo

Palabras clave: religión secular, emotivismo metaético, secularización, democracia
Keywords: secular religion, emotivism, secularization, democracy

La traducción castellana de *Religión secular* nos brinda la oportunidad de disfrutar de un libro que Kelsen retiró de la publicación justo cuando estaba corrigiendo las pruebas de imprenta. Su retirada constituye un punto oscuro de la biografía del “más importante jurista del siglo XX” que ni siquiera las escuetas afirmaciones de su biógrafo oficial –Alfred Métall, a quien por cierto el libro estaba dedicado– pudo aclarar². El libro, de hecho, es el punto final de una investigación de más de un decenio acerca de las interpretaciones “teológicas” de doctrinas filosóficas y políticas de corte antimetafísico y secular que se ofrecían a lo largo del siglo XX, empezando por el pensamiento de Eric Voegelin. A diferencia de la enorme reseña de 1954 acerca del volumen de Eric Voegelin “La nueva ciencia de la política”³, que por cierto tampoco Kelsen decidió publicar, con este libro el autor pretendía ampliar

¹ Agradezco Pilar Valor por revisar mi castellano.

² Métall hace referencia a este episodio afirmando que Kelsen, que rechazaba la idea de una religión sin Dios, “se dejó influir por las opiniones divergentes de Aldous Huxley [se trata, como se dará cuenta el lector del libro, de Julian Huxley, y no de Aldous] y Bertand Russell, según los cuales podían darse sentimientos religiosos intensivos sin una creencia metafísica en Dios (o en dioses)”. R. A. MÉTALL, *Kelsen. Vida y Obra*, UNAM, México 1976, p. 96.

³ H. KELSEN, *Una nueva ciencia de la política? Réplica a Eric Voegelin* (2004), Katz, Buenos Aires 2006.

su mirada polémica hacia otros autores que con diferentes planteamientos –desde Löwith, Taubes, Cassirer, Aron, hacia Heidegger, pasando sin embargo también por autores anglosajones como Brinton, Tucker, y llegando a Bertrand Russel y Julian Huxley– se habían decantado por considerar (algunas de) las doctrinas sociales y políticas desde la Ilustración, y en particular el marxismo, en términos de “teologías seculares”. Por ello, el volumen que aquí reseñamos tiene un alcance crítico más amplio y, aunque la crítica a Voegelin ocupa un lugar privilegiado, no se puede reducir a una polémica hacia un autor particular⁴.

La edición castellana además se enriquece con una inestimable introducción por parte de Massimo La Torre y Cristina García Pascual que analizan como las argumentaciones de Kelsen, y las dudas que los llevaron finalmente a retirar el libro, tienen en la actualidad un especial interés, para el filósofo del derecho, dado que “a más de seis décadas de las posibles vacilaciones de Kelsen seguimos ahí, en la discusión en torno a una muerte de Dios que no implica la muerte del sentimiento religioso” (27), y ponen de relieve “una coincidencia muy sugerente, que el último libro de Ronald Dworkin (...) en un cierto sentido el “anti-Kelsen”, tenga precisamente el título de Religión sin Dios [*Religion without God*]⁵, el mismo título que dio Kelsen a una de las versiones de Religión secular” (Ivi). En este sentido, La Torre y García Pascual sugieren al lector que la decisión de Kelsen no se debe simplemente al miedo a una reacción represiva de corte “maccartista” por el hecho, como veremos, de defender a Marx de las diversas alegaciones de ser el creador de una forma de “religión secular” o un “gnóstico moderno”, ni que se trata sólo, como parece afirmar Métall, de una duda acerca de los características del sentimiento religioso. Por el contrario, la duda concierne la posibilidad de que se pueda atribuir a los valores una forma de existencia diferente de las entidades empíricas, o que los valores no tengan solo un sentido subjetivo o relativo a una comunidad determinada. “Dworkin va más allá de todo esto; mientras Kelsen no está dispuesto a dar ese paso. Pero quizás vacila, quizás se pregunta si es justo no darlo. Y retrasa la publicación del libro indefinidamente” (28).

⁴ Como por ejemplo parece afirmar F. RICCOBONO “Kelsen e la religione”, *Rivista di Filosofia del diritto*, 2013 numero speciale, p. 122 cuándo justifica su decisión de no analizar las dos obras antes mencionadas por el hecho de caracterizarse por su “vis polémica” hacia sobretudo Eric Voegelin más que por su originalidad, y afirma que se siente en esta decisión “confortado por el hecho de que Kelsen en su vida no quiso publicar estos escritos”.

⁵ R. DWORKIN, *Religion without God*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 2013.

En esta reseña intentaremos, después de ofrecer un resumen rápido de las tesis del libro, poner de relieve algunos límites de la argumentación de Kelsen que: 1) afectan a la validez de su interpretación de algunos autores, en especial de Hume, de Saint Simon y, sobre todo, de Marx; 2) sugieren la naturaleza prescriptiva, y no descriptiva, de su definición de religión como creencia en un ser sobrenatural personal (Dios) frente a propuestas más flexibles, como la de Russell, y de Weber, que hacen hincapié, como veremos, más en las funciones, en las actitudes y los sentimientos que se acompañan a las experiencias religiosas, que en el objeto de la creencia; 3) y muestran como precisamente el emotivismo metaético puede reducir el compromiso político hacia la democracia a una forma de religión secular. Son estos límites los que podrían explicar hipotéticamente la razón por la cual Kelsen decidió no publicar esta obra y, al mismo tiempo, permitirían contextualizar este silencio justo en un momento en el que el autor intentaba superar el dualismo entre ser y deber ser como objetos irreducibles de dos diversas ciencias a favor de un monismo epistemológico empirista.

1. UN RÁPIDO RECORRIDO SOBRE LA OBRA

El texto de Kelsen viene introducido de una útil nota de edición que explica la compleja historia editorial del texto antes y después la muerte de su autor. En particular se aclara como en 1989 el patronato del Hans Kelsen Institut rechazó la publicación del manuscrito a pesar de las opiniones favorables de la hija de Kelsen, de Lewis Feuer –lector del manuscrito para la California University Press– y de Max Knight, traductor al inglés de la *Teoría pura del derecho*. La motivación era doble. La polémica de Kelsen no iba a ninguna parte y no ofrecía una respuesta a la cuestión de qué fueran los sistemas totalitarios (36). Por lo tanto las incertidumbres acerca de la importancia de este trabajo sobrevivieron al mismo autor. Sin embargo, estas dudas fueron objeto de revisión en 2006 al adquirir el libro una nueva relevancia ante el avance en las sociedades occidentales de un proceso de “de-secularización”, por la amenaza también de movimientos fundamentalistas, y por lo tanto resultaba preciso denunciar el riesgo de derivas totalitarias de cada forma de “teologización” de la política (36-37).

El libro consta de una introducción y catorce capítulos. La introducción y los dos primeros capítulos ofrecen los argumentos teóricos que Kelsen aplicará a su análisis polémico de los intentos de transformar filósofos ateos,

antireligiosos, antimetafísicos en autores religiosos, metafísicos o partidarios de formas de religión secular. Para Kelsen estas tentativas tienen una finalidad: justificar un regreso de la filosofía a la metafísica y de la política a la teología (41). Queda en evidencia, por lo tanto, el peligro que se corre: “si hay algún criterio que permita distinguir el mundo moderno del Medioevo, ese es, en la civilización occidental, la existencia de una ciencia independiente y objetiva. Un retroceso de la ciencia a la metafísica y a la teología significa el regreso al espíritu de la Edad Media” (42). Esta pretensión se fundamenta a través, 1) de la búsqueda de paralelismos (y la eliminación de las diferencias) entre dos fenómenos, como son, por una parte, la especulación metafísica y las creencias teológicas, y, por otra, la política o el derecho, 2) del uso del mismo término “religión” con significados diferentes (cómo en el caso de términos cómo “libertad”, “progreso”, “revolución”) (55). La comparación entre fenómenos se reduce consecuentemente a “verbalismo”. Ejemplos de esta actitud son aquellas posiciones que consideran hechos políticos, como los estados fascistas o comunistas, como “religiones seculares” (Aron) o que, como Löwith, elaboran la idea de una “secularización de un paradigma escatológico” e interpretan la “filosofía de la historia” de autores seculares y antimetafísicos, en el caso de Marx, como la búsqueda del “sentido último” de los acontecimientos. Se trata en todos estos casos de “una contradicción en los términos, porque secularizar una institución o una doctrina significa excluir de ella todo elemento religioso” (59).

No tiene tampoco sentido hablar de escatología eliminando la idea de Dios (es decir “escatología secular”), en cuanto que se confunde la idea de redención con la de progreso histórico determinado solo a través de la acción del hombre o de la acción de un conjunto de causas naturales (60). Tampoco se puede reducir el fenómeno religioso a una simple cuestión de “intensidad” de la creencia acerca un estadio futuro o un valor moral o político, como hacen Aron y Brinton. En este último caso se incurre en una “falacia lógica”: “a partir de la intensidad de los sentimientos con que los hombres se adhieren a determinadas ideas, nada [se puede concluir] referente a la naturaleza de dichas ideas. (...) En tal caso, hasta una doctrina científica que rechazara cualquier supuesto en torno a un poder trascendente, sobrenatural, podría presentarse como una religión” (63). Y ni siquiera se puede afirmar que existen religiones, como el budismo, que no tienen alguna creencia en Dios, en cuanto que una definición que incluye bajo el término “religión” creencias opuestas “no tiene algún valor”; el budismo no es religión sino una

“filosofía” o una “ética atea” (63 n. 18). Ni tampoco se puede justificar la idea de una religión secular a partir de la identidad de una función entre religión y doctrinas políticas como el marxismo: la de establecer valores supremos. Esta posición olvida el hecho de que los valores supremos del marxismo no son puestos por Dios, aunque puedan ser el resultado de otras formas de ilusión, sino por el hombre mismo, a diferencia de la religión que considera los valores morales como dogmas, es decir verdades reveladas por Dio: “no hay verdad revelada por Dios, ni verdad alguna que los marxistas estén “obligados” a creer” (65).

Sin embargo, Kelsen reconoce que autores de indudable corte empirista, antimetafísico y ateo hablan de “religiones seculares” –como Russel y Huxley– en un sentido idéntico a aquel utilizado por Aron. Esta parte es seguramente la más interesante en cuanto fue, si el relato de Métaill es cierto, la que más dudas generó a Kelsen, dudas que lo empujarían al retirar la obra. Russell habla de religión también como creencia en verdades eternas y absolutas, independientemente de la existencia de una autoridad suprema y trascendente. Sin embargo, así según Kelsen se confunde el elemento secundario de la religión (confiar en verdades eternas) con el primario (creer en Dios). Por esto un credo religioso difiere de la ciencia: porque esta última se niega a afirmar la existencia de un ser que no puede ser objeto de observación y razonamiento, “y por tanto, si es consecuente, no puede pretender llegar a la verdad absoluta” (73).

No se pueden además aceptar las consecuencias de la idea de Russel de considerar la religión un “sentimiento” y no una creencia en Dios. En primer lugar, se debe reconocer que siendo un sentimiento la religión no puede ser objeto de crítica científica, por lo tanto no existiría ningún conflicto entre creencias religiosas y científicas. En segundo lugar, si la religión se define como una actitud agresiva o hostil contra quien no comparte unas creencias, o unos valores, entonces también cualquier sistema político es una religión, en cuanto que también en una democracia liberal que admite el principio de tolerancia “aquellas personas que manifiesten sus convicciones antidemocráticas quedarán sometidas a algún tipo de tratamiento discriminatorio, por ejemplo no siendo admitidas a puestos de gobierno”. Por lo tanto, “la eliminación de la creencia en Dios en el concepto de religión borra casi por completo la diferencia entre religión y política” (75).

Julian Huxley, con una argumentación que nos recuerda el Dworkin de *Religion without God*, afirma que la religión no se puede reducir a la creen-

cia en Dios, sino que su característica principal es la capacidad humana de “pavor y reverencia” y, por lo tanto, los objetos religiosos son los que suscitan el sentimiento de lo “sagrado”. Kelsen replica, nuevamente, acusando a Huxley de confundir los planos: la capacidad de percibir algo sagrado brota de la creencia en un Dios (o en una entidad sobrenatural) o en algo consagrado a él y no al revés; un ateo puede considerar el matrimonio como una institución válida, justa o útil, pero no sagrada, como solo la considera el creyente. Otra vez, se obtiene así el resultado de salvar la religión de los ataques de la ciencia y consiguientemente se hace “una gran favor a la teología que, como científico, [Huxley] rechaza” (79).

En el capítulo dos Kelsen ataca las doctrinas, especialmente de Brinton y Voegelin, que tachan de “cristianos” o “escatologías encubiertas” los planteamientos modernos desde los ilustrados hasta los marxistas y los positivistas que intentan encontrar tendencias del desarrollo histórico. Estas doctrinas se basan en un error histórico, considerar que la idea de progreso humano sea de origen cristiano, mientras que ya los griegos tenían una doctrina del desarrollo de la humanidad, y, sobre todo, conceptual (debido a la búsqueda de paralelismo e identidades). Se afirma que toda filosofía de la historia, es decir búsqueda de causas y tendencias naturales de desarrollo de la humanidad, sea una forma de teología de la historia, es decir de especulación acerca de la existencia de una finalidad última, de un sentido trascendente.

En los capítulos tres y cuatro Kelsen se centra en el autor que para Voegelin constituye el modelo encubierto seguido por los autores antes mencionados que abogan por encontrar una idea secular, no religiosa, de desarrollo histórico: Joaquin da Fiore, considerado como un precursor de los modernos movimientos revolucionarios. En particular, Kelsen muestra la contradictoria interpretación ofrecida por parte de Voegelin de Joaquin como un pensador gnóstico y, al mismo tiempo, revolucionario en cuanto: 1) no se entiende como es posible creer al mismo tiempo en un proceso de “inmanentización” de Dios en el mundo y ser gnóstico, es decir una persona que rechaza el mundo en cuanto entidad opuesta a Dios; 2) y no se puede confundir redención gnóstica, que es un proceso individual, con la revolución (como fenómeno político) o con el mesianismo joaquinita y su creencia en una sociedad perfecta en el futuro (117-119). La razón para considerar movimientos doctrinales de corte secular (especialmente el marxismo) como formas de religiones gnósticas es simple: degradarlos a nuevas formas de herejías, es decir amenazas a los dogmas expresados por la Iglesia (129).

A estos primeros cuatro capítulos, siguen ocho dedicados a otros tantos ejercicios de “malinterpretación” religiosa o metafísica de diversos autores, o planteamientos, seculares, ateos, antimetafísicos. Se trata en orden: de Hobbes; de la filosofía de la Ilustración; de Hume (y Kant); de Saint Simon (junto a Proudhon); de Comte; de Marx; de Nietzsche (a quien Kelsen dedica dos capítulos a rechazar su interpretación como filósofo cristiano ofrecida por parte de Jasper, de Löwith y de Voegelin y como autor de una filosofía metafísica según Heidegger, respectivamente). Se trata a nuestro parecer de la parte del libro donde más se aprecia la pasión del Kelsen filósofo, o mejor dicho historiador de la filosofía, que consigue rebatir a algunas interpretaciones de estos autores, y de estas corrientes de pensamiento, que por otra parte han tenido bastante éxito (como prueba el hecho de que muchas de estas obras han sido traducidas al castellano). En consecuencia es una lástima que este libro no haya sido publicado antes, pues que hubiera constituido una réplica, desde un planteamiento racionalista y antimetafísico, a una dilatadísima literatura que ha tenido una influencia, quizás desmesurada, en el debate filosófico de la segunda mitad de siglo XX. Por ejemplo, las alegaciones a las interpretaciones de Nietzsche ofrecidas por Voegelin y Heidegger constituyen una muestra de cómo a través de un análisis respetuoso de los textos y de la voluntad de su autor se pueden rebatir tesis que se fundamentan exclusivamente en prejuicios que rozan el mal gusto (como en el caso de Voegelin que imputa a un presunto gnosticismo los trastornos de que Nietzsche sufrió) (278) o se basan en “el presupuesto de que [Heidegger] entiende a Nietzsche mejor de lo que el filósofo se entendía a sí mismo, y de cómo quería ser entendido” (309).

Los dos últimos capítulos del libro están dedicados a las (mal)interpretaciones de la ciencia y de la políticas modernas como religiones encubiertas. La ciencia no tiene nada a que ver con la religión, no pretende establecer un culto “gnóstico”, ni procura ofrecer “verdades reveladas” a sus adeptos sino creencias que pueden, con el desarrollo de las disciplinas y de los instrumentos de verificación, ser falsificadas. La política, por su parte, es un fenómeno que escapa a la reducción a motivaciones religiosas; interpretar los acontecimientos como las guerras y las revoluciones del siglo XX como fenómenos “gnósticos” “no es simplemente emplear una terminología abstrusa. (...) Se da la sensación de que la Edad Media aún no ha terminado” (323). Y esto es precisamente lo que está en juego, y que se debe combatir: la idea de que las instituciones políticas modernas, y entre ellas las democracias, no se hayan emancipado de la

influencia de las creencias religiosas y de las iglesias que organizan las formas del culto. Un proceso de emancipación sobre el que Kelsen parece tener una total confianza: “poca duda puede haber de que, en la época moderna, el democratismo va de la mano de la emancipación respecto de la religión. Y lo mismo vale para el nacionalismo, que es difícil de reconciliar con la creencia en un Dios que ama a todos los hombres sin tener en cuenta su nacionalidad” (330).

2. LÍMITES DE LA ARGUMENTACIÓN KELSENIANA

2.1. Las interpretaciones *ad hoc* de algunos autores y el cambio de actitud frente al marxismo

No obstante la erudición y la pasión polémica que caracteriza la obra, la argumentación no escapa a varias críticas, que pueden tener algo que ver con la decisión final de Kelsen de no publicar el libro.

Hay algunos puntos en los que Kelsen parece ofrecer una interpretación *ad hoc* de los autores que defiende, es decir una interpretación favorable a su planteamiento, pero contestable. Nos referimos a dos casos en particular.

En primer lugar, en el caso de Hume y su obra *Diálogos sobre la religión natural*, Kelsen reconoce que hay una contradicción entre esta obra y el planteamiento empirista del autor. Sin embargo, concluye que cualquiera que fuera la razón que empujó a Hume a escribir aquella obra (una falta de certidumbre o el recurrir por razones estratégicas a la “doble verdad”) “en la historia de las ideas Hume ocupa un lugar prominente no como ser humano concreto, con las debilidades de sus deseos y temores, con su tendencia a compromisos de circunstancias, sino como representante clásico del empirismo escéptico y, por lo tanto, de una filosofía atea” (186). Esta referencia, casi hegeliana, a la historia como supremo intérprete de una obra es sin embargo contradictoria con un planteamiento de rigurosa investigación histórica, y, por lo tanto, atenta a un autor tomado en su totalidad, es decir también con sus dudas y deseos. Una actitud similar, poco respetuosa con el autor, parece evidenciarse en los juicios acerca de la última obra de Saint Simon *Nouveau Cristianisme* que se reduce alternativamente o a un ejemplo de “doble verdad” o a “la conversión de un agonizante, que no debe influir en la interpretación de sus obras precedentes” (191). En el caso de Comte, finalmente, su *Catecismo positivista*, que se puede considerar un ejemplo de religión secular, es reducido a un ejercicio de voluntario uso ambiguo del lenguaje: el objeto de la fe positiva parece análogo al

de otras creencias religiosas, sin embargo se trata simple y llanamente de una moral positiva, y, por lo tanto, la analogía se restringe a un ejercicio de persuasión y engaño (215). Así, sin embargo, la interpretación de Kelsen se presta a la crítica de ser “ideológica”, más que “descriptiva”. Se escogen los textos que confirman la interpretación que el autor presenta y se descalifican las obras que no coinciden con este planteamiento interpretativo.

Pero hay más. En el caso del marxismo, Kelsen parece ofrecer una interpretación que no coincide con sus antiguas posiciones acerca de esta doctrina. El pensamiento de Marx y su “interpretación económica de la historia” son expuestos como una teoría científica y antimetafísica, y como una doctrina moral secular y por lo tanto Kelsen rechaza los intentos de considerarlo como una “religión secular”, tal y como piensan Aron, Talmon y Russell. Afirma Kelsen: “en la medida en que el materialismo dialéctico es una explicación causal de la realidad social –y ese es su principal objetivo– es ciertamente una teoría científica” (222). Sin embargo, en su obra *Socialismo y Estado* Kelsen afirmaba que “puesto que Marx no era personalmente religioso (...) él se aferró a la «ciencia» que, por lo demás, bajo otros muchos puntos de vista, funcionaba como sustituta de la religión”⁶. Y añadía “cuando el marxismo presenta su fin político como el resultado naturalmente necesario de un desarrollo que corre en base a una ley causal, se sirve, en esto, de una ficción análoga a aquella de la ética religiosa que afirma la realización definitiva del bien como el resultado necesario de la omnipotencia de Dios”⁷. En este caso, el precio que paga Kelsen no es tanto de ofrecer una interpretación *ad hoc* de un autor o de una doctrina, sino de modificar, en buena medida, un juicio acerca de una corriente de pensamiento. Un cambio tan profundo que no se entiende si el autor considera el marxismo en su conjunto como un intento de ofrecer una ciencia de la sociedad o simplemente una doctrina política que se disfraza de “ciencia” y que tiene una función análoga a la de la religión.

2.2. La rigidez de una definición “esencialista” de religión

Estas anotaciones confirman la duda de que Kelsen, aunque no esconda el carácter ilusorio de la teoría de la ilustración o de la doctrina marxista (“La creencia en la razón como base de la ley natural era, qué duda cabe, una ilu-

⁶ H. KELSEN, *Socialismo y estado. Una investigación sobre la teoría política del marxismo*, EDERSA, Madrid 1985, p. 33.

⁷ KELSEN, *Socialismo y estado*, cit., p. 35.

sión; pero era una ilusión distinta de la que servía de fundamento a la versión religiosa”, 242), acaba sin ofrecer ningún argumento más a la tesis nominalista o definitoria de que una religión secular –es decir, un conjunto de creencias que tienen una función análoga a las creencias religiosas– sea una contradicción en los términos y no un útil concepto para interpretar doctrinas modernas como el marxismo. No basta, a nuestro parecer, sostener que los marxistas creen en la liberación en la vida mientras que cualquier religión, si es una religión y no una moral, mira a la beatitud más allá de esta vida (217). En este caso quien considera una cierta ideología una religión secular no necesariamente se siente incómodo con esta conclusión, es decir de considerar como religión un conjunto de creencias que en realidad son una doctrina moral. A él le basta afirmar que el religioso secular tiene una confianza análoga al cristiano, o al religioso, de realizar un estado de felicidad máxima, o de realización plena de los valores que esta religión secular, o ideología, expresa. Que el concepto en sí no pueda distinguir entre religión y moral (la primera basada en creencias acerca de un Dios, la segunda que en la modernidad aspira a ser secular) podría ser de poca importancia, si buscamos una explicación (o la permanencia de algunos rasgos) de unos comportamientos o actitudes a lo largo de diversas civilizaciones, tiempos o lugares, es decir si intentamos construir unos “ideal-tipos”. Además, si asumimos que: a) al final la religión y la moral tienen no solo una parte de sus objetos en común, es decir unas normas de comportamiento, sino también una actitud favorable hacia unos objetos, –en el primer caso, la divinidad y, en el segundo, los valores o las normas; b) y ambas actitudes son “irracionales” o determinadas por relaciones de causa y efecto que están encubiertas a través de referencias a objetos metafísicos como Dios, en el caso de la religión, o proyecciones de nuestros deseos, los valores en el caso de la moral y de la política, entonces las analogías entre estos campos de la vida humana parecen más que las diferencias.

Recordamos que Kelsen considera necesario que las disciplinas que intentan hacer comparaciones, y por lo tanto parece hablar de las ciencias sociales en primer lugar la sociología de la política y de la religión, deben evitar el “verbalismo”, es decir usar términos ambiguos que puedan significar muchas cosas. Sin embargo, la propuesta de Kelsen intenta evitar el verbalismo pagando el precio de negar las similitudes frente a la política y la moral y asumiendo una definición de religión donde el objeto de la creencia (la existencia de un Dios que tiene los rasgos del cristianismo) determina por sí solo su distinción de otras prácticas análogas. Se trata, por lo tanto, de una

definición “esencialista”, donde la función de la religión de gobierno de las acciones radica en la creencia en un ente metafísico personal⁸. Y si no se sigue este orden (como hemos visto en el caso de Russell y Huxley), que va desde la creencia en un Dios hasta las normas, se confunden los planos y se termina ayudando a la teología frente a la ciencia y reduciendo la política a teología. Sin embargo, una definición similar de religión no parece ser necesaria, o mejor dicho parece demasiado rígida y puede no ser aceptada aunque se comparta el compromiso hacia la objetividad de las ciencias sociales. Nos referimos a M. Weber (autor bien conocido por Kelsen, y sin embargo aquí no citado) que en su obra *Ensayos sobre sociología de la religión*⁹, como es bien sabido, deja de lado la cuestión si el budismo es una religión aunque no tenga una creencia en Dios (la define “una religión de salvación, si se quiere dar el nombre de religión a una ética sin dios”, vol. II, 218), y explica como el concepto de Dios, en el confucianismo, sea siempre más “impersonal”, a diferencia del Dios de Israel, a causa de la falta de amenazas políticas externas del imperio chino (I, 293-296). Contrariamente a la posición de Kelsen que asume que los valores vienen después y son productos de la creencia en un ente personal sobrenatural, Dios, la permanencia sin amenaza externa de un conjunto de valores y de un orden político, que por lo tanto tendería a estabilizarse por su cuenta, podría explicar la existencia de un culto sin una creencia en un Dios personal. Por lo tanto, la definición de religión de Kelsen, que recordamos refuta la posibilidad de que se hable de religión sin una creencia en un Dios personal, no parece un útil instrumento de análisis comparativo, sino una petición de principio justificada por el temor ético-político de que el proceso de secularización se interrumpa y con ello se vuelva a una edad en la que todas cuestiones científicas y prácticas se resuelven a través de argumentaciones teológicas e irracionales.

2.3. El emotivismo y el compromiso hacia la democracia como forma de religión secular

Llegamos así a una pregunta que nos lleva a otro punto, más allá de la cuestión de si Kelsen ofrece sólo unos argumentos terminológicos. Y preci-

⁸ Tomamos la distinción entre definición esencialista (o substantiva) y funcionalista de religión de P. BEYER, “Social forms of Religion and Religions in Contemporary Global Society”, en M. DILLON, *Handbook of the sociology of religion*, Cambridge, Cambridge University Press 2003.

⁹ M. WEBER, *Ensayos sobre sociología de la Religión* (1920), Taurus, Madrid 1984.

samente: ¿el expresivismo moral, o el emotivismo (al que por cierto Russell aboga en su *Religión y ciencia*), es una doctrina metaética compatible con las religiones seculares? Recordamos que frente al planteamiento de Aron y de Russell que hablan de religión secular en base a la intensidad de una emoción positiva hacia una institución, la respuesta de Kelsen es tajante. Si la intensidad y la persistencia de una emoción hacia una institución social hace que se pueda hablar de religión secular, entonces cualquiera institución política, en las que las relaciones entre opositores conlleva actitudes hostiles, llega a ser objeto de una religión secular, confundiendo así religión y política. Pero así parece que Kelsen admita que el expresivismo y el emotivismo son compatible con el concepto de religión secular. Y además el emotivismo y el expresivismo podrían explicar la razón por la que el debate público en las democracias se transforma en una dinámica de hostilidad hacia quien no comparte los ideales que algunos grupos presentan. Si los valores son objeto solo de emociones, son proyecciones de deseos que no pueden ser objeto de argumentación racional, entonces no se puede pedir que los ciudadanos no tengan una particular emoción intensa hacia un valor. Y esto es precisamente lo que pasa también en las democracias más tolerantes hacia quien “manifieste convicciones antidemocráticas”, tal y como afirma Kelsen. Pero así se llega a una encrucijada, bien conocida por parte de los que consideran contradictorio el non cognitivismo o expresivismo ético de Kelsen con su teoría de la democracia¹⁰. O la democracia es una forma de gobierno que selecciona las emociones de los ciudadanos, las “administra” a través de procedimientos transparentes; y las modifica en argumentos que otros ciudadanos puedan compartir, discutir y votar (análogamente a lo que ahora argumentan los teóricos de la democracia deliberativa). O la aceptación de ésta se funda en una preferencia revisable según los gustos de los ciudadanos (y por lo tanto una institución inestable que no ofrece razones a quién no comparte las convicciones democráticas), o peor en un acto de fe hacia una institución, es decir “una religión secular”¹¹. Por lo tanto, si Kelsen quería defender el ideal

¹⁰ Véase Juan RUIZ MANERO, “Teoría de la democracia y crítica del marxismo en Kelsen”, en H. KELSEN, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Editorial Debate, Madrid, 1988, pp. 24-25.

¹¹ Por esta razón, creemos que hay que matizar el análisis de quien afirma que el libro pueda leerse como un intento de salvar el compromiso democrático, y su actitud tolerante hacia los valores. Véase I. STEWART, “Kelsen, the Enlightenment and modern premodernist”, *Australian Journal of Legal Philosophy*, num. 37, 2012 pp. 277-278. Ésta seguramente es la intención de Kelsen, sin embargo hemos argumentado que no lo logra.

democrático frente al ataque de interpretaciones teológicas de la política, hubiera tenido que revisar su metaética, al menos en parte. Pero esto le habría empujado hacia un camino contradictorio no solo con todo lo sostenido anteriormente¹², sino también con el desarrollo que su teoría había tomado justo en aquellos años. Nos referimos al intento de superar el dualismo entre ciencia de las normas y ciencia de los hechos, dualismo del que no sufría ciertamente un autor como Russell que precisamente en la aceptación del empirismo como modelo de ciencia basaba su emotivismo¹³ (emotivismo de que sin embargo no parecía tan convencido¹⁴). Esta puede ser una posible razón de su silencio. En este caso, no estamos frente a un “accidente” de su incansable obra, generado por una influencia sobre un asunto determinado tal y como sostiene Métall, sino a un doloroso sacrificio de un trabajo de una década al ideal de una ciencia exclusivamente de hechos o de relaciones lógicas entre proposiciones. Y esto refuerza nuestra intuición: que esta obra no se puede quedar al margen de una interpretación general del pensamiento de Kelsen,

¹² Aunque hay que notar una cierta tensión entre la descripción realista de la democracia en la que se expresan también emociones hostiles frente a los opositores y la posición más “idealista” de “¿Que es la justicia” p. 62 cuando afirma, precisamente acerca de la tolerancia de los que tienen actitudes o creencias antidemocráticas: “Si la democracia es una forma justa de gobierno, lo es porque supone libertad, y la libertad significa tolerancia. Cuando la democracia deja de ser tolerante, deja de ser democracia. (...) En algunas ocasiones puede resultar difícil delimitar claramente la línea fronteriza entre la libre expresión de las ideas y los preparativos para el uso de la fuerza. Pero el mantenimiento de la democracia depende de esta delimitación. Es posible que esta línea de demarcación traiga consigo cierto riesgo. Pero el honor y la esencia de la democracia exigen correr este riesgo, y si esta no puede correrlo no merece ser defendida”. H. KELSEN, *¿Que es la justicia?* (1971), Ariel, Barcelona, 1982 p. 62. Hay quien, por cierto, interpreta esta tensión entre aspecto trascendental y aspecto real de la democracia como la prueba de que el concepto de religión secular, en el sentido propio de Rousseau, está presente en la teoría de la democracia de Kelsen. Véase B. van ROERMUND, “Kelsen, Secular Religion and the Problem of Transcendence”, *Netherland Journal of Legal Philosophy*, num. 44, 2015, 2, pp. 112-113.

¹³ B. RUSSELL, *Religión y ciencia*, Fondo de cultura económica, México, 1951, cap. IX. Véase sobre la afinidad entre Kelsen y Russell, a la luz del proceso de abandono del dualismo entre ser y deber ser, G. RIDOLFI, “Religioni secolari e religioni senza Dio”, *Rivista di Filosofia del diritto*, vol. I, num. 2, 2012, pp. 445-447.

¹⁴ Russell mismo afirma acerca de la relación entre moral y verdades de la ciencia lo siguiente: “no es fácil pensar claramente sobre la cuestión y mis propias opiniones son diferentes de lo que eran hace treinta años”, *Religión y ciencia*, cit., p. 153. Sobre las incertidumbres de la metaética de Russell, véase C. PIGDEN, “Russell Moral Philosophy” en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, URL <http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/russell-moral/>

aunque con sus dudas y continuos replanteamientos de las cuestiones en juego, sobre las que ha reflexionado toda su vida¹⁵.

FRANCESCO BIONDO
Università di Palermo
e-mail:francesco.biondo@unipa.it

¹⁵ Se confirmaría así la diagnóstico de Albert Calsamiglia que ya en 1982 afirmaba: “La doctrina del emotivismo ético ha sido un auténtico “tribunal de la inquisición” que ha prohibido reflexionar sobre la Justicia y ha impedido la racionalización en el tema de los valores. Probablemente el conocimiento, en dicho tema, puede progresar si existen actitudes abiertas que permiten plantear problemas sin descalificarlos como pseudoproblemas por razones en el fondo escolásticas. Esta actitud abierta no se dio en el jurista vienés, quien negó racionalidad al tema de la Justicia, siendo en este punto coherente con sus presupuestos decimonónicos”. A. CALSAMIGLIA, “Estudio Preliminar”, en H. KELSEN, *¿Qué es justicia*, cit., p. 22.

**Enrico FERRI, *Armenians - Aryans. The "Blood Myth",
the Race Laws of 1938 and the Armenians in Italy*,
Nova Science Publishers, New York, 2016, XXIV-123 pp.**

RAFAEL DE ASÍS ROIG
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: armenios, genocidio, racismo
Keywords: Armenians, genocide, racism

Enrico Ferri, profesor de Filosofía del Derecho y de Historia de los Países Islámicos en la Universidad Niccolò Cusano de Roma, es el autor de esta obra que nos narra un momento de la historia italiana y del pueblo armenio.

El recuerdo del genocidio del pueblo armenio es algo que debemos tener siempre presente. Y es habitual que en los libros sobre la comunidad armenia este sea el tema protagonista. En lengua castellana se han publicado importantes y conocidos libros, que van desde *Armenios. El genocidio olvidado*, de Jose Antonio Gurriarán (Espasa, 2008), hasta *La memoria de Ararat. Viaje en busca de las raíces de Armenia*, de Xavier Moret (Península, 2015), pasando por el internacionalmente conocido libro de Varujan Vosganian, publicado en Pre-Textos, en 2011, *El libro de los susurros*.

Armenians - Aryans, sin dejar de citar y reconocer ese trágico momento en la historia de la humanidad, es un libro sobre las vicisitudes del pueblo armenio en la Italia fascista y, más concretamente, cuando se promulgan las leyes raciales (o mejor, como señala Ferri, racistas) en 1938.

Se trata de un fenómeno que tiene su primera plasmación en la Alemania nazi (1935) y que desde el presupuesto de la primacía de la raza aria promueve la discriminación de todos aquellos que no pertenecen a esta. El pueblo principalmente señalado por estas leyes fue el hebreo, que era considerado como algo patógeno y contaminante, prohibiéndole entrar en Italia, expulsando a buena parte de sus componentes y separando al resto, de la socie-

dad, de los colegios, de las profesiones, de la asistencia social, lo que de hecho produjo su salida.

La promulgación de estas leyes obligó a muchos pueblos a tener que elaborar una estrategia para que fueran reconocidos como arios y con ello, a que fueran reconocidos como seres humanos. Uno de estos pueblos fue el armenio, pueblo que algunos teóricos del racismo consideraron como un pueblo no ario y establecieron similitudes entre los armenios y los hebreos.

Tal y como nos cuenta Ferri, en 1933, cuando Hitler accede al poder, se publica *Rasse und Seele*, libro de Ludwig Ferdinand Clauss, uno de los principales teóricos del racismo. En este libro, aunque no de forma expresa, se relaciona a los armenios con los hebreos, en el sentido de que comparten una serie de rasgos supuestamente raciales. Y lo mismo hace otro importante teórico de estas doctrinas, Hans Günther, en su obra *Fromigkeit nordischer Artung. Ein Querschmitt durch das Indogermanentum von Benares bis Reykjavik*. En Italia, este planteamiento es seguido por el filósofo Julius Evola en *Il mito del sangue*.

Además, en la Alemania de la época, la visión de los armenios estaba fuertemente condicionada por el genocidio de 1915, y por el papel que desempeñó Alemania. El autor sostiene en el libro que la actitud de los alemanes frente a los armenios, reconocidos como “arios” por un Decreto ministerial de 1934, estuvo en parte determinada por el intento de dejar en un segundo plano el comportamiento del importante contingente militar del Imperio alemán presente en 1915 con un papel rector, que no se opuso en modo alguno al exterminio de los armenios, como lo demuestra posteriormente la sentencia de absolución tras el asesinato en Berlín de Talat Pashá (ministro de interior turco-otomano en 1915), por parte del armenio Soghomón Tehlirian.

En Italia el número de armenios, principalmente clérigos y estudiantes, era mucho menor que en otros lugares de la diáspora europea, como Francia e Italia. Los armenios eran considerados en Italia como una nación mártir y un pueblo heroico y luchador, llegando a tener incluso representación política. Aun así, la expansión de las teorías racistas provocó, como ya se ha señalado, la necesidad de los armenios de diferenciarse de los hebreos y de presentarse como un pueblo colaborador del fascismo e, incluso, como un pueblo ario. Las raíces cristianas de los armenios, los lazos culturales e históricos entre Roma y Armenia y la propia situación política de ésta última, singularizaron esta tarea. Así, los armenios se presentaron como los “europeos de oriente”, los cristianos de medio oriente, los occidentales de Asia...

En 1938, bajo el impulso de Lauro Mainardi, joven fascista simpatizante de la nación armenia, surge un proyecto consistente en dar a conocer la realidad armenia y su historia. Dicho proyecto culminará con la creación de una Editorial, HIM, cuya primera publicación será la traducción de un libro aparecido en Alemania en 1934, que se traduce como *Armeni-Ariani* en 1939. La versión italiana, nos cuenta Ferri, se abre con un texto en el que puede leerse: “este estudio sobre las características raciales del pueblo armenio ha sido publicado en Posdam, en su edición original en lengua alemana, por la Sociedad Alemana-Armenia de Berlín... En la publicación de esta obra han participado notables filósofos, valientes cultivadores de estudios raciales y expertos orientalistas. Está compuesto así por una serie de testimonios incontestables sobre el carácter ario del pueblo armenio, que ya ha sido inequívocamente declarado por el gobierno nacionalsocialista por el decreto de 3 de julio de 1933... en donde se decide que a los efectos de la ley para el restablecimiento de la burocracia de carrera, los armenios deben considerarse arios. Fdo. El perito para las investigaciones raciales del Ministerio del Interior del Reich”.

La editorial HIM publicó otras obras con el mismo objetivo algunas de las cuales son comentadas por Ferri. En todo caso, *Armenians - Aryans* de Ferri, además de narrar este suceso histórico es, sobre todo, un libro que aborda la problemática del racismo y sus bases teóricas. El racismo como ideología que defiende la superioridad de una raza frente a las demás, pretende apoyarse en unas bases científicas y culturales que Ferri desautoriza. La principal consecuencia del racismo es la anulación de los derechos y la discriminación, entendida esta como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.” (art. 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965)

En cierto sentido, el racismo ha acompañado la historia de la humanidad con el intento de demostrar la superioridad de un pueblo sobre otro y con el rechazo al extranjero (al extraño) y al diferente. La lucha contra el racismo se presenta en un primer momento como lucha contra el colonialismo (siglo XIX y comienzos del XX) si bien luego se proyecta hacia el interior de los Estados teniendo tres grandes hitos: el de la segregación racial de EEUU, el del nazismo y el del apartheid.

El primero de los hitos se produce, de manera manifiesta, entre los años 1870 y 1970, cuando los blancos nórdicos estadounidenses establecieron su supremacía sobre negros e hispanos. Por su parte, el apartheid, se origina formalmente en 1948 y se prolonga hasta finales del siglo XX, cuando la población negra, después de muchos años de sufrir la segregación y la anulación de sus derechos, ejerció por primera vez su derecho de sufragio. En ambos casos, se defendía la superioridad de una población sobre otra.

La doctrina racista de la Alemania nazi que luego es reproducida en Italia (y en otros lugares), partía de la existencia de un supuesto pueblo ario, cuya existencia se “deduce” a partir de una lengua común indoeuropea sobre la que existen muchas conjeturas y ninguna prueba. El presunto pueblo ario habría tenido características físicas, psicológicas y culturales (altos, ojos y piel claros, cabellos rubios, sentido del honor, espíritu guerrero, amor al riesgo, respeto a la jerarquía) comunes. Este pueblo luego se dividió en distintas etnias presentes por Europa. El corazón de esta doctrina, de toda teoría racista, señala Ferri, consiste así en defender que existen razas diferentes que pueden ordenarse jerárquicamente y que aquellas que son superiores (porque representan el ideal de lo humano) tienen el derecho de ordenar y organizar el mundo y a dominar al resto de los pueblos. Sobre estas bases se apoya la segregación racial, la esclavitud o el colonialismo.

Ferri dedica una serie de páginas a criticar la pretendida validez científica de la “doctrina de la raza”, partiendo de lo polémico del término indoeuropeo y de las contradicciones entre los rasgos físicos que se predicán de una supuesta raza aria y los pueblos que la originan. Se detiene a destapar las contradicciones internas entre los propios teóricos racistas de esta época.

Al hilo de su exposición, Enrico Ferri establece la relación entre al racismo y el antijudaísmo y analiza el papel de las religiones en el ámbito de las doctrinas racistas. También reflexiona sobre los rasgos que identifican a los pueblos, su tradición y su lengua.

En 1965, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Se trata de un texto que consta de 25 artículos que tienen como principal misión acabar con la discriminación que el racismo origina. Sin duda se trata de un gran hito en la historia de los derechos humanos. Sin embargo, el racismo todavía hoy existe, últimamente vinculado a la xenofobia o a la homofobia.

Por eso, sigue siendo necesario luchar contra el racismo desde la defensa de la dignidad y la diversidad humana. La obra de Ferri va en esta línea;

constituye un canto al valor universal de lo humano desde la constatación de su diversidad. La cita de Cicerón, que escoge como comienzo de su trabajo, es buena prueba de ello: *Itaque quaecumque est hominis definitio, una in omnis valet.*

RAFAEL DE ASÍS ROIG
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail: rarfid@der-pu.uc3m.es

Josep M^a VILAJOSANA,
Las razones de la pena,
Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 183 pp.

FRANCISCO M. MORA SIFUENTES
Universidad de Guanajuato, México

Palabras clave: penas, retribucionismo, utilitarismo, determinismo, equilibrio reflexivo
Keywords: punishment, retributionism, utilitarianism, determinism, reflective equilibrium

En este libro de amena claridad Josep María Vilajosana nos introduce en uno de los tópicos más interesantes para la filosofía del Derecho: las justificaciones de la pena. Escrito en el modo típicamente analítico, el profesor de la Universidad Pompeu Fabra va desgranando las posiciones teóricas desarrolladas con aquella finalidad. *Las razones de la pena* se compone de nueve breves capítulos articulados en base a un método definido; las distintas propuestas sobre la justificación de la pena; las implicaciones que la noción de libre albedrío –y, sobre todo, su ausencia– tiene para la anterior empresa y concluye ensayando una vía de conciliación entre las propuestas mencionadas. En mi opinión, estamos ante un trabajo muy bien logrado puesto que nos introduce de manera sencilla en cuestiones complejas, tanto desde el punto de vista moral como político, además de intercalar sobriamente su estructura general con ejemplos iluminadores. En lo sucesivo procederé de conformidad con la propia estructura del libro: en primer lugar, me referiré al método, luego daré un repaso a las razones de la pena y concluiré con el problema del libre albedrío así como con un comentario a la propuesta de conciliación del autor.

Es conocido que la filosofía o, mejor, el método analítico se caracteriza por la precisión conceptual que pone énfasis en el lenguaje, la claridad de pensamiento, la coherencia, la argumentación, etc. En esta misma línea, para Vilajosana el análisis filosófico descansa “en su capacidad de ofrecer una

concepción de nuestra red conceptual en determinado campo que pueda explicar nuestras intuiciones conceptuales”; intuiciones entendidas, y esto es relevante, no de forma irracional sino en tanto “ideas que tenemos de una determinada cuestión antes de haberlas sometido a una reflexión ordenada, sistemática y coherente” (p. 21). Ello explica su preferencia por el método del equilibrio reflexivo rawlsiano toda vez que permite aplicar un test de coherencia a diversas creencias abstractas *prima facie* contradictorias que se patentizan al abordar alguna cuestión. En una suerte de ir y venir reflexivo, la finalidad de dicho método no es otra sino encontrar un esquema o “reconstrucción” donde intuiciones conceptuales se ajusten entre sí de la mejor manera posible. En el caso del libro que nos ocupa, básicamente, el autor aplica tal método para analizar argumentos normativos sobre la práctica de imponer penas; para comparar las distintas teorías sobre sus justificaciones disponibles y, por último, para proponer un “ajuste” entre aquellas. Su reconstrucción gira en torno a lo que denomina “lógica interna” de la pena; compuesta por su determinación, su modalidad y el sujeto pasivo (pp. 22-3).

La imposición institucional de penas es, sin género de dudas, uno de los rasgos distintivos del Estado contemporáneo. Y aunque con el paso del tiempo se han ido conquistando garantías, límites o derechos en esa práctica, no es menos cierto que el Derecho Penal en general, y la imposición de sanciones en particular, reviste, como se nos recuerda con L. Ferrajoli, una “intrínseca brutalidad”. Ahora, ¿qué entiende Vilajosana por pena? Retomando una definición de H. L. A. Hart nos dice: “pena es un acto que ocasiona un daño, impuesto como consecuencia del incumplimiento de una norma jurídica, que se inflige al responsable del incumplimiento, es administrado intencionalmente por seres humanos distintos a la víctima, y cuya imposición y regulación vienen determinadas por el sistema jurídico, cuyas normas han sido incumplidas” (pág. 17). En la definición del profesor de Oxford, además de la nota del carácter institucionalizado y de su aplicación a cargo de un tercero imparcial, ocupan un lugar central las normas jurídicas –reglas *stricto sensu* en la teoría contemporánea de la norma jurídica–. Las reglas, debemos destacar, son indispensables para dar cumplimiento a los conocidos principios de estricta legalidad o taxatividad en materia penal¹. Dicho esto, repasemos las cinco justificaciones identificadas por el autor.

¹ Pero véase: J. J. MORESO, “Principio de legalidad y causas de justificación. (Sobre el alcance de la taxatividad), *Doxa*, núm. 24, 2011, pp. 525-546.

En primer lugar tenemos el *retribucionismo*. Orientada hacia el pasado, esta justificación se fija en la idea de que la pena es el precio que el delincuente tiene que pagar por sus actos, ni más ni menos –“ojo por ojo, diente por diente”, como reza la cita bíblica–. Existe otra justificación referida al desequilibrio social vinculado al principio hartiano del *fair play*. Aquí es el incumplimiento de las normas en beneficio propio, faltando a su deber de reciprocidad con quienes sí las cumplen y violentando con ello el equilibrio social, lo que justifica la imposición. El retribucionismo se basa en la premisa fundamental de que los seres humanos somos responsables de nuestros actos; o, lo que es lo mismo, que podemos actuar de manera distinta. Por tanto, sólo puede ser sancionado desde esta perspectiva aquél que haya cometido un acto tipificado como delito. Esta justificación se caracteriza, asimismo, por defender los principios de igualdad y proporcionalidad para su determinación. No obstante, el autor apunta algunos problemas para satisfacer a cabalidad esos principios (¿es proporcionado “marcar” a violadores en serie?; ¿qué pena debe imponerse al delito de falsificación de documentos?). Otra cuestión interesante de este capítulo, que Vilajosana retoma de R. Nozick, son las diferencias que nos ayudan a distinguir entre retribucionismo y simple venganza. La venganza, efectivamente, es algo que quizá esté inscrito en nuestra concepción llana de justicia; pero ello no significa que esté justificada, mucho menos que se equipare al retribucionismo. Los argumentos brindados en esta parte nos ayudan a comprender el porqué (p. 38 y ss.).

Las teorías de la *prevención*, en su vertiente especial –dirigida al infractor– y general –dirigida a la sociedad en su conjunto–, se abordan en el siguiente capítulo. La finalidad de la pena desde este punto de vista es *disuadir* la comisión de nuevos delitos, por lo que la mirada aquí está puesta en el futuro. Se hace notar, con el grueso de la doctrina, que si el objetivo de la pena está fuera de sí misma podría imponerse por razones utilitarias, es decir, imponerse inclusive contra aquellos que no hayan cometido acto delictivo alguno, siempre que ello contribuya a la consecución del fin mencionado. Múltiples son los factores que inciden para la eventual efectividad de la disuasión: la dureza del castigo, la certeza de que la pena se aplicará así como la celeridad en la imposición del mismo. El cálculo o probabilidad de ser sancionado –o mejor, la *percepción* que tenga el potencial delincuente–, relacionada con la aversión al riesgo, es lo que lleva al autor a sostener que se disuadirá más con penas pequeñas pero de aplicación segura que con penas grandes que sólo se aplicasen ocasionalmente. Se dedica una parte de este

capítulo a analizar la importancia del principio de dignidad humana para la imposición de las penas o a preguntarse si es posible imponer penas a inocentes². Señala Vilajosana que desde esta perspectiva no es necesaria una defensa de los principios de igualdad o proporcionalidad sino que, por el contrario, bien podría defenderse desde sus premisas la imposición de penas más duras. La modalidad de la pena, asimismo, también tiene que ser desagradable en el coste que le supone al autor infligir las normas para que ello sea susceptible de incidir en su conducta futura. Finalmente, y por lo que hace al sujeto pasivo, esta posición no se compromete necesariamente con la sanción al sujeto responsable pues bien podría justificarse la sanción a un inocente, incluso a sabiendas de que lo es (pp. 64-5).

Otra de las justificaciones de la pena tiene que ver con *incapacitar* y aislar al delincuente. Lo fundamental es privarle de la oportunidad de que vuelva a cometer futuros crímenes protegiendo a la sociedad en su conjunto –si bien es cierto que en ocasiones se olvida que el recluso puede seguir causando daño a sus compañeros o cometiendo delitos desde el centro penitenciario, como sucede en Latinoamérica–. La incapacitación puede ir desde la ya aludida reclusión, pasando por la mutilación de miembros hasta la pena de muerte. Acompaña a este punto de vista una presunción de que aquella persona que ha delinquido es muy probable que reincida en su conducta. En los Estados Unidos³, por ejemplo, este enfoque tiene cierto predicamento y se ha querido relacionar causalmente la disminución de índices delictivos con la promulgación de leyes parcialmente inocuizantes (del tipo “*three strikes and you are out*”). Sin embargo, explica Vilajosana que la disminución no se debió a ello sino a “una disminución en la franja de edad proclive a cometer delitos que sucedió durante el periodo que va desde los años de 1990 a finales del año 2010” (pág. 68). Por lo que hace a la determinación de la pena, debe decirse que aquí no se precisa que el entorno sea desagradable pues la finalidad de la pena podría cumplirse recluyendo al infractor en entornos paradisíacos.

² Advierte nuestro autor que si la pena tiene entre sus rasgos definitorios “infligir un daño al responsable de la vulneración de una norma jurídica”, entonces cuando se castiga a un inocente se hace una cosa distinta a la imposición de una pena. Dicho en otros términos *la penalización del inocente será una imposibilidad lógica*, como lo sería sostener la existencia de un soltero casado (p. 57).

³ Algunos datos sobre reincidencia en Estados Unidos pueden verse en el reporte: *Recidivism of Prisoners Released in 30 States in 2005: Patterns from 2005 to 2010*, US Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, (abril de 2014). Visible en: <http://www.bjs.gov/content/pub/pdf/rprts05p0510.pdf> [última consulta 13/03/2016].

cos. Asimismo, si la posibilidad de reincidir es relevante, desde este punto de vista pueden revestir importancia estudios genéticos.

La pena como medio para *rehabilitar* al delincuente es la cuarta justificación expuesta. El centro de atención y preocupación recae en el delincuente así como en tratar de indagar en las causas o factores –sean biológicos, psicológicos o sociales– que expliquen su actuar. Ahora bien, ¿qué tan legítimo resulta centrarnos en modificar el proceder de alguien a fin de que tenga una vida más digna y exitosa? ¿No supone ello una suerte de perfeccionismo moral? El profesor catalán dedica parte de este capítulo a sostener que esta justificación no se basa en el perfeccionismo o en el elitismo moral; pero sí en un paternalismo justificado en la medida en que se trata a las personas como incompetentes básicos con un fin benevolente (p. 78 y ss). Puede apreciarse entonces que el delincuente es considerado un enfermo que necesita tratamiento, con la esperanza de que, una vez se haya “sanado”, pueda reincorporarse a la sociedad sin causar mal a nadie. Y precisamente por eso se hace difícil fijar la pena desde esta perspectiva puesto que, por un lado, no todas las personas reaccionan de igual forma al tratamiento –lo que podría dar lugar a su indeterminación– y, por otro, no sería un juez sino un psicólogo, médico o sociólogo quien estaría en mejores condiciones de hacerlo. Los más grandes escollos tienen que ver con el sujeto pasivo puesto que se precisa conceptualmente que *todos sean* susceptibles de recibir un tratamiento eficaz, lo que podría quedar desmentido en casos como los de violadores compulsivos; o incluso presentar problemas con la legitimidad del propio tratamiento: ¿aceptaríamos como remedio eficaz la castración química en esos mismos casos?

La *justicia restaurativa* o reparadora como “proceso a través del cual las partes que se han visto involucradas en un delito resuelven de manera colectiva la forma de tratar sus consecuencias inmediatas y sus repercusiones futuras” (pág. 105), es la última justificación analizada. Esta perspectiva supone una revuelta contra la “neutralización de la víctima”, así como un severa crítica a los fines y prácticas tradicionales de imposición de la pena al considerarlos “deshonestos al declarar sus intenciones”, “brutales”, por no decir que son un rotundo fracaso. La centralidad en el proceso aquí, por tanto, la pasa a ocupar la víctima frente al delincuente. Vilajosana señala que pueden encontrarse tres tesis que fundamentan esta posición así como tres modelos de la misma. En el primer supuesto, las tesis civilizatoria, comunitarista y del discurso moral; en el segundo, los modelos del encuentro, reparador o trans-

formador (p. 108 y ss.). Esta perspectiva se ha mostrado particularmente útil en el caso de la justicia para adolescentes; delitos menores entre adultos o, inclusive delitos graves en determinadas condiciones; así como delitos cometidos por personas jurídico-colectivas. Por lo que hace a la modalidad de la pena, la justicia restaurativa se enfrenta a la imparcialidad pues su determinación depende del acuerdo deliberado entre partes (comunidad incluida) además de contraponerse al retribucionismo. Aquí la finalidad no es infligir un mal. La posibilidad de la pena está supeditada a la capacidad de perdonar de la víctima como de la buena disposición del delincuente.

Una de las partes más interesantes del libro es cuando Vilajosana hace frente al desafío del determinismo. Un sujeto pasivo responsable es, en efecto, el presupuesto necesario de la imposición de todo castigo; pero ¿somos realmente “responsables” de nuestros actos? Una idea central para la filosofía moral es la de responsabilidad. De ella dependen conceptos tales como mérito, reproche, elogio o culpa. Pues bien, existe un cuerpo de doctrina asociado al “determinismo”, o a la negación del libre albedrío, que va desde la literatura mitológica para la que los individuos no éramos sino “juguetes” en manos de unos dioses vanidosos o caprichosos; o bien, desde el campo de la física, que sostiene que el universo está determinado causalmente desde su origen. Nada puede ser de otra manera. Lo que sucede forma parte de un guión abocado fatalmente a cumplirse. Si no está a nuestro alcance hacer otra cosa que lo que de hecho hacemos, ¿tiene sentido asignar culpa a alguien? El autor nos invita en el capítulo séptimo (pág. 125 y ss.) a pensar qué pasaría si descubriéramos que los delincuentes poseen características genéticas particulares que los *predisponen* a la comisión de actos violentos; o que pensemos en quienes sostienen que condiciones socioeconómicas predisponen la conducta antisocial o la delincuencia. ¿Podríamos considerarlos merecedores de castigo, en el primer caso? ¿No supondría, en el caso de los marginados socialmente, que éstos merecen ser castigados en menor medida que los más favorecidos? Pero las consecuencias que tendría el determinismo, más que devastadoras, incluso, nos parecen ajenas a nuestras prácticas sociales. La vía “compatibilista” adoptada por el autor de *Las razones de la pena* toma parte de la verdad tanto del determinismo como del libre albedrío.

Retomando un argumento de P. Strawson en *Freedom and Resentment*, Vilajosana sostiene que nuestras actitudes de gratitud o resentimiento, o la que Strawson llama “actitud objetiva”, son las que sostienen nuestros impulsos de asignar responsabilidad, y por tanto retribuir o censurar por sus actos,

a las personas (p. 137). En el primer caso, se trata de “actitudes participativas”, esto es, reacciones que tenemos cuando entramos en contacto con otros agentes; materializadas al recibir la buena voluntad o ayuda de una persona o al ser heridos o dañados, respectivamente. En el segundo de los casos, la reacción es la que se deriva cuando tratamos con personas psicológicamente anormales, donde las reacciones anteriormente descritas no parecen apropiadas: podemos verles –dice Vilajosana– como objeto de estrategia social o de tratamiento, quizás, pero no como personas que producen en nosotros las reacciones propias del compromiso y participación mutua (pág. 138). El núcleo del argumento de Strawson es que si fuese verdadero el determinismo miraríamos a todas las personas desde el punto de vista “objetivo”. Sin embargo, es casi imposible –incluso ahondando en un mayor conocimiento de nosotros mismos– que nos reconozcamos en nuestras relaciones humanas sin la actitud participativa señalada (p. 139). No podemos concebirnos sin un cierto “sentido de justicia”.

Por último, ¿podemos compatibilizar todas las intuiciones presentes en nuestra práctica de imponer penas con sus distintas finalidades? A esta pregunta dedica el autor la parte final de su trabajo (pág. 143 y ss). Las incompatibilidades parecen manifiestas; sobre todo, si pensamos en el retribucionismo y otras propuestas de justificación. Con todo, existen varias estrategias conciliatorias. En primer lugar, se destaca el carácter también normativo, y no meramente causal, de la relación entre víctima y delincuente, entre lo que el primero siente y debe sentir. Si tenemos presente lo anterior, la distancia entre el retribucionismo y la justicia restaurativa se reduce puesto que –por ese componente normativo– debemos preguntarnos sobre lo que tenemos que hacer para restaurar aquella relación o para compensar el daño causado. Hay procesos de justicia restaurativa que, en definitiva, pueden ser vistos como ejemplos de lo que las penas deben ser. En segundo lugar, señala Vilajosana la idea de “pirámide regulatoria” propuesta por J. Braithwaite, según la cual el sistema penal debe asemejarse a una pirámide en cuya base se encuentre la aplicación de medidas restaurativas hasta llegar a la incapacitación o encarcelamiento para delincuentes recalcitrantes (p. 148). Adviértase que no se *uniformiza* ni tampoco se *jerarquiza* el tratamiento sino que deja a la mano el amplio abanico de penas y sus posibilidades. Sin embargo, esta propuesta adolece del inconveniente de dejar de lado el aspecto retribucionista que difícilmente podemos separar de nuestras intuiciones.

En el caso de retribucionismo y las propuestas disuasorias de corte utilitarista la conciliación se ha intentado bien a través del merecimiento limitado por la utilidad (*v. gr.* el juez debe respetar los principios de proporcionalidad e igualdad, a menos que exista un intolerable incremento en la delincuencia); o bien, por una visión utilitarista limitada por el merecimiento (*v. gr.* prevalece la utilidad de la sanción a menos que el resultado sea intolerablemente injusto desde el punto de vista retributivo). Interesante es la aplicación de la teoría de J. Rawls para ofrecer una retribución en la distribución sin utilitarismo. Desde los postulados rawlsianos, nos dice Vilajosana, es posible preferir un tipo especial de sociedad donde se castigue a las personas correctas e impere el principio de culpabilidad vía elección racional. En este caso el fundamento no es ni utilitarista ni retribucionista (p. 159 y ss). La aplicación del equilibrio reflexivo en la obra del profesor de la Pompeu Fabra, finalmente, nos ofrece un cuadro bastante completo y sugerente sobre la viabilidad de compatibilizar algunas de nuestras intuiciones en esta materia; así como la imposibilidad, en otros casos, de sostener lo anterior en puntos particulares. Por ello podemos concluir que quien se acerque a este “pequeño-gran” libro encontrará una guía sólida para entender la complejidad que se esconde tras la práctica de imponer penas –así como en los fines que perseguimos– en nuestras sociedades. Y ello, en sí mismo, ya es motivo de agradecimiento.

FRANCISCO M. MORA SIFUENTES
Universidad de Guanajuato, México
e-mail: fm.mora@ugto.mx

Carlos ALARCÓN CABRERA,
Creer en Hitler. El triunfo de la fe y la sumisión sobre la libertad.
Ediciones Aconcagua, Sevilla, 2016, 402 pp.

FERNANDO MARTÍNEZ CABEZUDO
Universidad Pablo de Olavide

Palabras clave: libertad, derechos humanos, democracia
Keywords: freedom, human rights, democracy

En *Creer en Hitler. El triunfo de la fe y la sumisión sobre la libertad*, Carlos Alarcón parte de una premisa explícita: Hitler no fue una lamentable excepción ni un accidente histórico. Las condiciones psicosociológicas que propiciaron su aparición son demasiado similares a las que se han presentado en muchos lugares en las décadas siguientes al fenómeno nazi, que continúan impulsando la emergencia de figuras políticas repletas de sadismo y masoquismo. Se trata de seres humanos angustiados y desbordados ante su imposibilidad psicológica de sostenerse como entes individuales que, detrás del pretexto ideológico de revoluciones nacionales, raciales o culturales, anhelan y necesitan evadirse sintiéndose capaces de provocar daño a los demás y a sí mismos, y de reprimir la libertad ajena y también la libertad propia.

Para el autor, lo que tienen en común estas derivaciones tanáticas e *inhumanas* de los humanos es la apelación religiosa, cuasireligiosa o seudoreligiosa a la fe en el líder como base para establecer un vínculo simbiótico entre gobernantes y gobernados, entre dominantes y dominados. En este sentido, considera que Hitler fue sólo, en tanto que *Fuhrer*, un transparente ejemplo de cómo guiar a un pueblo sumiso hacia la renuncia a la libertad y hacia la autodestrucción. Siguiendo a Erich Fromm, Alarcón considera la influencia luterana y calvinista como determinante no sólo para la irrupción del espíritu capitalista, tal como había subrayado Max Weber, sino también para la aparición de nuevas formas políticas caracterizadas por la sumisión abso-

luta de la ciudadanía al líder. En tanto que extensión terrenal de la autoridad divina, el poder político fue objeto de un particular tipo de apego por parte del pueblo alemán. Se constituyó así, sobre todo durante el siglo XIX, un entramado autoritario que representó un factor de inhibición que paralizó a la ciudadanía, instándola al sometimiento pasivo ante el emperador. Tras la derrota en la primera guerra mundial, ante la desaparición del Kaiser, las nuevas generaciones se mostraron dispuestas a entregar su libertad a un Führer que los guiaría hasta la gloria. Como analiza Alarcón, el vínculo que enlazó a Hitler con los alemanes derivó del vértigo que éstos sintieron como consecuencia de su conquista de la libertad política tras siglos de autocracia imperial, de una libertad que tras la derrota en la guerra y la desaparición del Imperio dio lugar a la amenazante revolución espartaquista, a la humillante rendición incondicional sellada en Versalles y a la dramática hiperinflación de los primeros años de la década de los veinte.

El autor trata por tanto de mostrar la naturaleza cuasireligiosa del vínculo que Hitler consiguió establecer con el pueblo alemán, y resaltar cómo a partir de este vínculo pretendió llevar a cabo una revolución cultural totalitaria forjadora de un nuevo hombre alemán. Alarcón profundiza en la tesis de Fromm según la cual este vínculo no sólo constituyó una insensata tabla de salvación para los alemanes, sino también para Hitler. Desde un punto de vista psicológico, fue un vínculo simbiótico que se desplegó a través de los componentes sádicos y masoquistas de la personalidad de Hitler, un ser angustiada ante la imposibilidad de encontrar un sentido a su vacía vida, desarraigada y desbordada en la Viena imperial de los años previos a la primera guerra mundial. Alarcón se centra en estudiar la naturaleza de los mecanismos de evasión mediante los cuales Hitler y los alemanes se encadenaron mutuamente como modo de tratar de compensar sus sensaciones de insignificancia, impotencia y pequeñez ante el entorno circundante. Las fracturas emocionales correspondientes favoreció la creación de una compleja red de relaciones de dominio y sumisión entre Hitler y los alemanes que se revistió de un particular tipo de religiosidad. La fe en el Führer encadenó al pueblo alemán acabando con su libertad precisamente en el momento histórico en el que la democracia empezaba a ser posible, en el que a priori había por fin una cierta libertad externa. De hecho, para Alarcón, la evolución final política y personal de Hitler es lógica, si se vislumbra desde el punto de vista de su sadomasoquismo. Su comportamiento supuso la culminación de un proceso patológico centrado en la necesidad obsesiva de comportarse de forma dañina, contra los demás o contra sí mismo.

Para el autor, no fue hasta los sesenta cuando se perdió del todo el miedo a estudiar a fondo la trayectoria vital de Hitler, quizás porque lo que ocurrió había sido tan impactante para sus contemporáneos que provocó que quedaran en cierto modo paralizados intelectualmente. Los primeros trabajos de finales de los cincuenta fueron de autores jóvenes, la mayoría no europeos, y en parte fomentados por la accesibilidad a documentos descatalogados tras la muerte de Stalin. En los sesenta Hitler empezó a *ponerse de moda*, y paulatinamente a *comprenderse* y *humanizarse*, no en el sentido de aplaudir alguna de sus acciones, sino en el de alertar ante las excesivas semejanzas entre el carácter vital de Hitler, marcado por su capacidad destructiva y por su angustia existencial, y el que potencialmente todos los seres humanos podemos llegar a tener. Por eso, como el propio Alarcón reconoce, su tesis puede resultar paradójica. Parte de la *humanidad* de Hitler, pero a la vez estudia cómo muchísimos alemanes llegaron a percibirle como una figura sobrehumana. La *humanidad* de Hitler consistió en una combinación de sadismo destructivo y de irracionalidad masoquista, que contagió a decenas de millones de alemanes que optaron por renunciar a su libertad para someterse a un nuevo dios político-religioso que cubriera el vacío dejado por el Kaiser y, en general, por la idea de *muerte de Dios* en la modernidad pronosticada por Nietzsche.

Hitler no fue sólo, como señala Alarcón, un sádico con un anhelo ilimitado de dominio y poder que disfrutaba con la aniquilación de seres humanos, ciudades y países, sino que a la vez sus impulsos autodestructivos determinaron en muchos aspectos su comportamiento, y se exacerbaron en los últimos años de su vida, cuando empezó a dar por perdida su *lucha* y tomó todo tipo de medidas contra las propias infraestructuras alemanas. Si Hitler sigue sin comprenderse del todo, es posiblemente porque se ha presupuesto equivocadamente su condición inhumana. Pero su fanatismo se impuso sobre la razón porque la mayoría del pueblo alemán ansiaba angustiado entregar la libertad recién obtenida a alguien situado a un nivel sobrehumano al que poder someterse irracionalmente. Y esa *sobrehumanidad* convivía en Hitler con una *infrahumanidad* derivada de su historia personal, la misma *infrahumanidad* que precisamente atribuyó arbitrariamente a los miembros de razas supuestamente inferiores.

El libro de Alarcón trata en suma de complementar y desarrollar el análisis que hiciera Fromm en *El miedo a la libertad*, tratando de tener presente los muchísimos acontecimientos de relevancia que han sucedido desde la época en la que vivió Hitler, los cuales han posibilitado alcanzar una me-

jor perspectiva para analizar las causas por las que es tan difícil el progreso en lo relativo a la libertad humana. Los principales escollos con los que se encuentra el individuo para ser libre no son exclusivamente externos, no provienen sólo de autoridades políticas o religiosas, sino que resultan de la combinación de estos factores externos con los que internamente ha ido creando según haya sido su relación con el entorno humano y natural desde sus primeros años de vida. Los diferentes modos de afrontar los inevitables dilemas existenciales relacionados con la libertad habían quedado marcados durante el siglo XIX por una tendencia desigual al liberalismo político y por el desarrollo del industrialismo. Pero en Alemania la cultura del luteranismo acentuó la importancia de la dedicación absoluta y frenética al trabajo como mejor forma de cumplimiento de los mandatos divinos, lo que contribuyó a construir seres sumisos ante Dios, y por extensión obedientes ante las autoridades políticas. Así se prepararon los alemanes para reaccionar ansiosa, neurótica e irracionalmente cuando, tras el hundimiento del imperio, un nuevo mesías les prometió un futuro glorioso.

Alarcón llega a afirmar que la evolución vital de Hitler es hasta cierto punto lógica. Su afán autodestructivo del último año supuso la culminación de un proceso patológico centrado en la necesidad obsesiva de comportarse violentamente, contra los demás o contra sí mismo. Siguiendo a Hawthorn y a su teoría de los contrafácticos, Alarcón defiende que lo que podía haber ocurrido y no ocurrió en la primera parte del siglo XX no nos lo dicen las teorías generales, sino los hechos particulares comparados entre sí. No se trata de aceptar la tesis holista de que la interrelación estructural entre las circunstancias de cada contexto histórico propicia una única opción alternativa, sino simplemente de constatar que la situación histórica podía haber sido diferente si determinados hechos hubieran sido distintos a como realmente fueron. La experiencia histórica de los años veinte, treinta y cuarenta ha consolidado el rechazo de la concepción teleológica de la historia y de la metodología deductiva que suponía por su condición de *ciencia del espíritu*. Más que ningún otro, el fenómeno del ascenso al poder de Hitler y de su despiadado ejercicio del mismo demuestra que ninguna teoría de la razón práctica puede desentenderse de los rasgos psicológicos de los actores históricos, y que por el contrario conlleva redefinir el concepto de *razón* incluyendo en él muchos aspectos subjetivos no racionales, y conectándolo para Alarcón con la noción de *forma de vida* que tan lúcidamente desplegó Wittgenstein. La comprensión pasa así a concebirse como una explicación no interpretativa de las

razones subjetivas de las acciones y de las causas objetivas de los hechos. Y en efecto la historia de Hitler y del nazismo ofrece bastantes ejemplos de cadenas argumentativas basadas en relaciones pluricausales. *Comprenderlas* implica analizar los contextos que fueron influyendo en el conjunto de tomas de decisión particulares, que a su vez construyeron los fenómenos históricos correspondientes.

A juicio de Alarcón, *El miedo a la libertad* de Fromm es un libro que a pesar de la distancia temporal continúa siendo útil para vincular la preponderancia del reformismo religioso en Alemania con la emergencia de Hitler como líder político. Fromm subrayó las consecuencias psicológicas del rigor e inflexibilidad del Dios luterano y calvinista: una vertiginosa sensación de soledad e impotencia en el ser humano, abandonado a su suerte hasta que es recogido por algún tipo de autoridad. Y el surgimiento del protestantismo religioso modeló al hombre preparándolo no sólo para la sociedad capitalista, sino sobre todo para la renuncia a la libertad recién conquistada tras el fin de las cadenas feudales. Este fenómeno representó una clara muestra de la tendencia humana a la sumisión y a la dominación como formas de evasión con las que se pretendía combatir la *angustiosa* libertad alcanzada.

La tesis de Fromm es aceptada por Alarcón. Detrás del totalitarismo y de las dictaduras hay personas totalitarias y dictatoriales que necesitan ordenar, dominar y reprimir la libertad ajena. Por ello la solución a la falta de libertad no se encuentra sólo en la transformación de las estructuras políticas, sino asimismo en el cambio educativo, cultural y emocional. Durante el siglo XIX los alemanes parecían desconfiar de las fórmulas democráticas, prefiriendo que las tímidas reformas se planificaran y tutelaran desde el poder. La sumisión que el hombre debía mostrar ante Dios suponía también sumisión ante los poderes económicos y políticos. Para gran parte de la clase media y baja alemana el trabajo no representaba sólo un medio para satisfacer sus necesidades, sino también un fin en sí mismo en tanto que forma de realizarse y de unirse a Dios. Esta autoalienación significaba la renuncia completa a la libertad *interna*, de tal modo que resultaban irrelevantes los avances sociales, políticos o jurídicos que pudieran tener lugar *externamente*. Más bien al contrario, el resentimiento de estas clases sociales por su condición sumisa y dependiente era una fuente de frustración y envidia contra quienes sí estaban alcanzando algún tipo de libertad. Y el resentimiento y la frustración provocaban grandes dosis de agresividad que se sentía sobre todo contra la alta burguesía y contra la parte del proletariado que empezaba a rebelarse.

La pseudoideología de Hitler fue sólo una hábil utilización de un conjunto de factores que coincidieron en los años de la posguerra, y que a la vez resultaban de la dinámica antilibertaria de las anteriores generaciones de alemanes. La derrota bélica, la desaparición del imperio, la revolución espartaquista, la humillación del Tratado de Versalles y la desestabilizadora hiperinflación prepararon a la desbordada sociedad alemana para creer en un providencial y salvador *Führer* que supo crear una atmósfera de fe ciega que a la vez sirvió para seducir y someter a las masas. Hitler fracasó en su intento de dominar el mundo, pero de algún modo triunfó, como incide Alarcón, en su misión de fanatizar a decenas de millones de alemanes, contagiando el odio que sentía hacia sí mismo de forma que sirviera para canalizar y dar rienda suelta a la agresividad contenida.

Las medidas autodestructivas que Hitler tomó en su último año de vida y de su guerra muestran como para él la principal lección histórica era la de que la única alternativa al éxito era el hundimiento total. Sólo así trascendería el mito que inmortalizaría su nombre. De hecho, estas medidas contribuían a ofrecer una imagen nacional muy paranoica, basada en la personificación de Alemania en el héroe medieval consecuente con sus principios que habitaba en un mundo dominado por la maldad y la corrupción. En este contexto sólo el odio a la vida y el deseo de muerte servían a Hitler de consuelo estético y daban sentido a su devenir histórico. Su propia extinción voluntaria como ser vivo fue, como recalca Alarcón, la última escena de una tragedia nacional que representó la culminación simbólica del proceso de autodestrucción de una sociedad neurótica. Desde hacía siglos el alemán medio se había estado sometiendo y humillando ante un Dios lejano e inflexible y ante un poder político opresivo, a la vez que expresaba la agresividad acumulada por la sumisión y la humillación contra los más débiles. Y lo que estaba ocurriendo en la última parte de la guerra constituyó el colofón de este inverosímil proceso histórico gracias a la aparición de la figura mítica y mesiánica del *Führer*. El pueblo alemán *creyó* en Hitler, subraya Alarcón. Tuvo fe en él, se sometió y de esta forma renunció completamente a su libertad.

En la parte final de su libro, Alarcón trata de explicar por qué la experiencia nazi no es sólo pasado. Subraya que Hitler no fue una excepción histórica, sino que por el contrario el panorama que nos muestra la segunda parte del siglo XX y el principio del siglo XXI está lamentablemente repleto de escenas de destrucción y sadismo generadas en mayor o menor medida por la necesidad de ser protegidos por figuras autoritarias, por dioses a los que se

les quiere porque se les teme, por su implacabilidad y por su capacidad de castigar y ajusticiar. La crisis económica actual ha acentuado y potenciado esta tendencia a renunciar a la *peligrosa* libertad que ha acompañado durante los últimos siglos a las sociedades modernas. Es para Alarcón innegable que en los últimos cien años el estilo de vida americano, inspirado en gran medida en los principios del protestantismo religioso, ha penetrado en el mundo entero. El *fin de la historia* con el triunfo de la economía de mercado, aparentemente incontestable desde la caída del muro, ha supuesto la implantación de una tabla de valores supeditada al propio sistema capitalista. El espíritu de sumisión ante este sistema económico ha impregnado las mentalidades individuales y sociales, sirviendo para que el ser humano pierda la confianza en su capacidad para sobrevivir psicológicamente sin renunciar a su propia integridad y diferenciación personal, por lo que ahora más que nunca es imprescindible volver a exaltar el valor de la libertad.

FERNANDO MARTÍNEZ CABEZUDO
Universidad Pablo de Olavide
e-mail: fmarcab@upo.es

NOTICIAS

*Jornada de Estudios dedicada a la presentación
del volumen de Gregorio Peces-Barba,
Etica pubblica e diritti fondamentali (FrancoAngeli, 2016)
Pisa, 29 de junio de 2016**

Entre las muchas iniciativas dedicadas a la celebración de la figura de Gregorio Peces-Barba Martínez, la jornada de estudios organizada a Pisa el 29 de junio de 2016 ha representado una ocasión no sólo para recordar el filósofo del derecho español recientemente fallecido sino también para promover la salida en Italia del volumen *Etica pubblica e diritti fondamentali* (FrancoAngeli, Milano 2016), un texto que recoge diversas y significativas contribuciones publicadas por Peces-Barba entre el 1986 y el 2000. La reunión, que tomó el título del volumen, fue organizado en el marco de las actividades del curso de Doctorado de investigación en *Scienze giuridiche* (currículo en '*Teoria dei diritti fondamentali*') en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa y vio la participación de estudiosos italianos y extranjeros, además de una nutrida plática de jóvenes doctorandos y doctores de investigación interesados a escuchar la voz de quien conoció directamente Gregorio Peces-Barba, la experiencia y el significado de su magisterio. Introducidos y coordinados por Tommaso Greco, filósofo del derecho de la Universidad de Pisa, animaron el debate docentes y estudiosos que fueron discípulos y amigos, además que colegas, del ilustre catedrático español: a partir de Francisco Javier Ansuátegui Roig, de la Universidad Carlos III de Madrid, discípulo directo de Peces-Barba, a Fernando Llano Alonso, de la Universidad de Sevilla, que benefició por mucho tiempo de las enseñanzas de Peces-Barba, pasando por Michele Zezza (que tradujo los textos contenidos en el volumen *Etica pubblica e diritti fondamentali*, cuidando la edición italiana), doctorando de la Universidad de Pisa, por acabar con Mario Giuseppe Losano, de la *Accademia delle Scienze di Torino*, amigo personal de Peces-Barba y promotor de la publicación del mismo volumen.

En particular, Francisco Javier Ansuátegui Roig, en una intervención muy sentida a raíz de la relación que lo vinculaba a su maestro, se detuvo sobre los

* Traducción de Michele Zezza

orígenes históricos y culturales del interés de Peces-Barba por el tema de los derechos fundamentales, haciendo emerger la combinación entre la acción política, el interés científico y el magisterio académico de un filósofo “de los derechos” cual ciertamente fue. Igualmente, habló Fernando Llano Alonso de una “auténtica pedagogía de la libertad” a propósito tan de la teoría como de la práctica universitaria y política de Peces-Barba, mientras que Michele Zezza ofreció una profundización de los temas afrontados en los ensayos contenidos dentro del volumen, estableciendo una comparación con la teoría de otro importante filósofo del derecho español, es decir la de Antonio Enrique Pérez Luño. Concluyó la mesa redonda Mario Giuseppe Losano con un recuerdo del “intelectual” Peces-Barba, el cual, igual que todos los verdaderos intelectuales, se comprometió no sólo a “trabajar con las ideas sino también a hacer cosas”. Entre estas, la sobre la cual se centró Losano en su intervención –además que en su prólogo escrito por el volumen *Etica pubblica e diritti fondamentali*– es la ideación, creación y dirección por parte de Peces-Barba de la Universidad Carlos III de Madrid.

La jornada, por cierto, fue una ocasión preciosa de encuentro y confrontación, a partir de lo que ya puede ser considerado un “clásico” de la filosofía del derecho contemporánea, entre escuelas y tradiciones de pensamiento cercanas como la italiana y española, vinculadas, en particular, por un planteamiento teórico común y por una perspectiva de estudios de tipo *histórico* al tema de los derechos, de la ética pública y de la democracia. Como por otra parte emergió por las ponencias presentadas a la mesa redonda –así como por la estrecha vinculación, una y otra vez recordada, entra la obra de Peces-Barba y Norberto Bobbio– es sobre esta obra compartida y a partir de dicha proximidad que (también) puede ser cultivada hoy la filosofía del derecho. Una disciplina, esta, que cada vez persigue más las “novedades” del momento, es decir las “modas” teóricas que animan el debate contemporáneo, siempre menos atenta a volverse detrás y a reconocer la propia identidad histórica. Precisamente orientados en esta dirección fueron los intentos de la jornada de estudios pisaná, animada por la conciencia que dicha identidad puede ser juntada y defendida sólo si se cuidará constantemente de salvar así como renovar, haciéndola siempre actual, la obra de quienes contribuyeron a construir la filosofía del derecho creando justamente una *disciplina*, dentro y fuera de las aulas universitarias, como indudablemente fue en el caso de Gregorio Peces-Barba.

ILARIO BELLONI

Seminario “La historia de la filosofía del derecho. Un recurso para la teoría jurídica contemporánea”, Facultad de Derecho, Universidad de Pisa, 30 de junio – 1 de julio de 2016*

El 30 de junio y el 1 de julio de 2016, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa, hubo un seminario intitulado “La storia della filosofia del diritto. Una risorsa per la teoria giuridica contemporanea”. Al Seminario – organizado por los docentes pisanos de Filosofía del derecho (Franco Bonsignori, Eugenio Ripepe, Tommaso Greco, Lorenzo Milazzo e Ilario Belloni) en el marco de un proyecto de investigación financiado por la Universidad de Pisa (PRA 2016) – participaron docentes de numerosas universidades (Bologna, Catania, Catanzaro, Firenze, Glasgow, Macerata, Madrid “Carlos III”, Milano, Modena-Reggio Emilia, Napoli “Federico II”, Napoli “Suor Orsola Benincasa”, Palermo, Parma, Piemonte Orientale, Salerno, Sevilla, UCLA-Los Angeles). Objetivo del seminario fue lo de reflexionar sobre una de las principales –la histórica– a la luz de la situación actual de la disciplina.

En la relación introductoria, Tommaso Greco, al principio, reconstruyó sintéticamente el panorama de la filosofía jurídica contemporánea, no sólo italiana, en el cual la historia de la filosofía del derecho resulta descuidada, mientras que los demás enfoques y perspectivas casi parecen querer agotar el cuadro de los estudios. Una situación que representa una novedad respecto al pasado, cuando los grandes maestros de la disciplina daban amplio espacio a los estudios jurídicos, y al contrario precisamente sobre éstos fundaban sus elaboraciones teóricas (baste con pensar, por limitarse al cuadro italiano, a los nombres de Norberto Bobbio, Guido Fasso y Giovanni Tarello). Sucesivamente, Greco se detuvo sobre las razones que militan a favor de un arranque de estos estudios, razones que pueden ser rápidamente sintetizadas en la utilidad (que destaca a varios niveles) de mantener el diálogo con los clásicos del pensamiento jurídico y político; en la necesidad de ser plenamente conscientes de las líneas de continuidad y fractura en las cuales se pone el pensamiento contemporáneo respecto al pasado; en la ineludible historicidad de los conceptos jurídicos, así como de las teorías que los elaboran y se sirven de éstos; en la capacidad de la tradición de ofrecer un terreno común de confrontación –además que de continua regeneración– para las teorías contemporáneas. La ponencia introductoria se concluyó con algunas propuestas concretas, cuyo objetivo es de contribuir a una recuperación de los estudios

* Traducción de Michele Zezza.

filosófico-jurídicos, en la convicción que las razones que se acaban de exponer mantengan intacta su validez. Dichas propuestas son sustancialmente dos: 1) tener un seminario anual, en el cual los estudiosos atentos a la tradición de los estudios históricos en la filosofía del derecho puedan confrontarse sobre temáticas consideradas relevantes para el debate contemporáneo; 2) cumplir los pasos necesarios para la fundación de una revista dedicada explícitamente a los estudios de historia del pensamiento filosófico-jurídico, que acompañe las revistas filosófico-jurídicas ya existentes y, sin sobreponerse a las ya autorizadas activas en el campo, vaya a ocupar un espacio importante en el panorama de los estudios jurídicos y filosóficos.

El debate fue amplio e intenso, con la intervención de todos los participantes. Además de subrayar la oportunidad de organizar ya a partir de ahora un seminario, que todo el mundo advierte como crucial, los estudiosos que intervinieron, en su generalidad, compartieron la idea de poner en marcha iniciativas adecuadas y proporcionaron contribuciones de pensamiento que constituyeron ya un punto de inicio para desarrollos sucesivos y para rellenar de contenido las iniciativas futuras. Fue también compartida la convicción de que dichos proyectos, por más que se basen en una reflexión amplia y profundizada sobre el método, no deban ser caracterizadas por la adhesión a opciones metodológicas unívocas, sino que deban dar cuenta –y ser expresión– de la pluralidad de las perspectivas que ya emergió en el debate de los dos días pisanos.

Constante fue, en el debate, la referencia a un ensayo de Antonio E. Pérez Luño, publicado en el número 1, 2016 de la “*Rivista di filosofia del diritto*” (revista oficial de la Società Italiana di Filosofia del diritto, editada por Il Mulino) y justamente dedicado a *La storia della filosofia del diritto e il suo significato attuale*. No es irrelevante recordar que este ensayo constituye el texto de una clase impartida por el Profesor Pérez Luño en 2012 justo en Pisa, en el marco de un ciclo de seminarios dedicado a la historia de la filosofía del derecho, cuyo título era “*Riflessioni sul metodo*”. Aquel ciclo se vincula ideal y directamente a la iniciativa del Seminario del cual se habla en esta nota: en su conjunto representan el punto de inicio de un camino que los estudiosos involucrados son intencionados a emprender, en la esperanza (más bien, con la convicción) de encontrar el interés de muchos otros colegas, deseosos de contribuir a la renovación de los estudios filosófico-jurídicos aprovechando la tradición y de los clásicos que la alimentaron.

TOMMASO GRECO

**“Pluralismo de las fuentes y metamorfosis
del derecho subjetivo en la historia de la cultura jurídica”.**
*Facultad de Derecho, Universidad de Pisa, 27 y 28 de junio de 2016**

El 27 y el 28 de junio de 2016 se reunieron en Pisa historiadores y filósofos del derecho de tres universidades europeas para reflexionar sobre algunas entre las más acreditadas genealogías del siglo XX en materia de derecho subjetivo y sobre los paradigmas teóricos que las mismas presuponen, a partir de la cuestión de las elecciones sobre el final de la vida.

El congreso tuvo lugar en el marco de un proyecto de investigación enteramente financiado por la Universidad de Pisa y orientado a cuestionar la idea, ampliamente compartida en literatura, que no exista “derecho subjetivo” afuera de las formas que habría asumido a partir del amanecer de una modernidad jurídica cuyo orden, al final, no sería otra cosa que la expresión de la potencia constituyente de un sujeto abstracto, universal y metahistórico. Al dudar de que la *potestas* en la que, según algunos autores, consiste el “derechos subjetivo” pueda reducirse a esa *potentia*, el grupo de investigación comprometido en este proyecto estimó que para poder indagar los distintos ámbitos de la experiencia jurídica europea a partir de los paradigmas más inclusivos y capaces de explicar su naturaleza plural, fuera necesario reabrir el campo semántico del derecho subjetivo, elaborando hipótesis que por otra parte era necesario averiguar.

El tema de las elecciones sobre el final de la vida pareció ofrecer un útil banco de prueba, tanto por qué en el debate contemporáneo la indisponibilidad del derecho a la vida demasiado a menudo se hace valer no sólo para excluir que su titular pueda disponer de esa, sino también que pueda ejercerlo; como por qué parece necesario que los derechos en juego, para ser efectivamente tales, pertenezcan a un contexto normativo que articule la estructura de posibilidad definiendo el “perímetro de obligaciones” (más o menos específicas) dentro de las cuales solamente dichas posibilidades pueden adquirir relevancia propiamente jurídica.

Aldo Petrucci, que dirige el proyecto, inauguró los trabajos del congreso recordando las razones por las cuales fue organizado y las exigencias teóricas e historiográficas que indujeron a elegir el tema.

* Traducción de Michele Zezza.

Francisco Javier Ansuátegui Roig, de la Universidad Carlos III de Madrid, introdujo la sesión del 27 de junio con una ponencia intitulada "L'autonomia presa sul serio". Tras haber llamado la atención sobre la naturaleza compleja del concepto de "derecho subjetivo", el autor amagó a sus orígenes y se detuvo sobre los nexos problemáticos que existen entre "derechos subjetivos" y "derechos fundamentales", para concluir que la elección de adscribir o menos el derecho de morir dignamente depende de la "mayor o menos seriedad con la que tomamos la autonomía individual". A su ponencia siguieron las más breves de Ilario Belloni, Tommaso Greco, Lorenzo Milazzo, Giorgio Ridolfi y Michele Zezza. A través de una relectura de unos pasos de Locke y de Hume, Belloni propuso distinguir entre derecho *a la vida* y *sobre la vida* para evitar contraponer inadvertidamente el uno al otro; Greco se detuvo sobre la "relación entre dolor y derechos, para subrayar la dificultad de proceder a una tipificación de las situaciones jurídicamente relevantes y la inevitabilidad de elecciones responsables"; Milazzo se preguntó qué clase de derecho de morir dignamente pueda descender de manera no problemática por el asunto liberal según el cual al ordenamiento jurídico pertenecería la tarea de asegurar a cada uno la posibilidad de vivir su vida y de llevarla a término en base a sus propios valores; Ridolfi reconstruyó el debate alemán actual llamando especialmente la atención sobre las tesis y los argumentos de quienes expresan reservas respecto a la oportunidad de atribuir al individuo el derecho de decidir el tiempo y e los modos de su propia muerte; Zezza se centró, por fin, sobre la "crisis" del "sujeto de los derechos" en los Estados constitucionales contemporáneos, afrontando la cuestión del final de vida (y más en particular de la eutanasia) en relación a los "fundamentos filosófico-antropológicos de los derechos de primera generación".

La sesión del 28 de junio fue abierta por Tiziana J. Chiusi, de la Universität des Saarlandes, con una relación intitulada "Diritti soggettivi e diritti della persona umana: sulla funzione del diritto privato per la definizione dei soggetti del diritto nell'ordinamento giuridico romano", en la cual propuso una amplia reconstrucción de la materia ofreciendo migajas significativas sobre las formas y los modo en los que la subjetividad jurídica se determinó en las diversas edades y en los varios ámbitos de la experiencia jurídica romana. Intervinieron luego Aldo Petrucci, Claudia Terreni. Alessandro Cassarino, Andrea Landi, Chiara Galligani, Marco Geri, Gabriele Nuzzo.

Tras haber analizado algunas fuentes literarias y jurídicas, entre las cuales, en particular, las relativas a la validez del testamento de quien, acusado

de crimines punibles con la pena capital, se hubiese matado antes de que la sentencia hubiese ejecutada, Petrucci cerró su ponencia observando que en los Romanos la elección de darse muerte “para substraerse a una enfermedad o incluso simplemente por tedio de la existencia” era considerada del todo lícita, y que por esta razón la solución de las cuestiones sobre el final de la vida era enteramente remitida a la relación de confianza entre el paciente y su médico; Terreni examinó “algunos casos en los que las fuentes, primariamente D. 48, 19, 3 y D. 1, 5, 18, se presentan orientadas a proteger el naciente no sólo en relación a los derechos destinados a responder a él en seno a la *familia* sino también, más en general, con referencia a su derecho al nacimiento”; Cassarino desplazó la atención sobre la “muerte civil” del fracasado, relejendo algunos pasos de la *Pro Quinctio* de Cicerón (15.49-50) sobre su “situación jurídica y moral”; Landi trató el tema del suicidio en el maduro derecho común, deteniéndose en particular sobre la experiencia jurídica castellana; Galligani relejó algunas de las fuentes que habían sido objeto del análisis de Petrucci para centrarse luego sobre los aspectos patrimoniales consiguientes al suicidio en la doctrina del derecho común, a partir de las elaboraciones de escuela hasta la praxis consultora; Geri se ocupó del problema del homicidio del consenciente en la cultura penalista italiana entre los siglos XIX y XX, hasta la entrada en vigor del Código Rocco; Nuzzo volvió sobre el tema del deudor insolvente para evidenciar, a través de un rápido *excursus* histórico y una amplia reconocimiento de las fuentes contemporáneas, “la progresiva disminución de la concepción aflictiva del fracaso”. Eugenio Ripepe cerró los trabajos del congreso subrayando los límites de cualquier especulación teórica que no extraiga de la historia su propio objeto y reiterando que la plena asunción de la centralidad del valor de la autonomía debe comportar el respecto incondicionado de las decisiones de cada uno respecto al final de su propia vida y la irrelevancia de cualquier evaluación de otro sobre su calidad.

LORENZO MILAZZO

**Curso de verano de la Universidad de Jaén,
“Los retos de la globalización:
los derechos humanos y los refugiados en la Europa actual”,
organizado por el Observatorio ‘Gregorio Peces-Barba’
de derechos humanos y democracia de la Universidad de Jaén,
21-22 de julio 2016**

Los días 21 y 22 de Julio de 2016 se celebró en Torres (Jaén) el Curso de Verano “*Los retos de la globalización: los derechos humanos y los refugiados en la Europa actual*”, organizado por el Observatorio ‘Gregorio Peces-Barba’ de Derechos Humanos y Democracia de la Universidad de Jaén, dirigido por el Profesor de Filosofía del Derecho de esta Universidad, Alberto del Real Alcalá.

El marco en el que se ha desarrollado este Curso de Verano son los derechos fundamentales y principios políticos que inspiran a los Estados de Derecho que forman parte de la Unión Europea y a la propia Unión Europea, los cuales parecen haber *quebrado* ante el enorme problema de los refugiados procedentes de Siria y países próximos, que en cientos de miles llegan a Europa y que, sin embargo, Europa no admite de buen grado.

Se trata del primer problema que hoy tenemos en Europa. Además de otras dimensiones, es un problema de principios y de derechos humanos. Y no es un problema coyuntural. El trato a los refugiados en la llamada ruta de los Balcanes, la falta de recursos para ayudarles, el cierre de fronteras y el olvido a sus derechos como personas son factores que vienen a reflejar el hecho de que los propios principios básicos que arman nuestra convivencia están siendo puestos en cuestión.

El Curso “Los retos de la globalización: los derechos humanos y los refugiados en la Europa actual” ha dado testimonio de todo lo anterior, con el objetivo de visibilizar estos problemas desde el punto de vista *humanitario* y analizarlos desde el *ámbito de los derechos*, pero también desde la perspectiva política-jurídica internacional y estratégica, con académicos expertos en derechos humanos, con actores cooperantes institucionales y con representantes de organizaciones de la sociedad civil que prestan ayuda humanitaria.

La Sesión de la mañana del jueves 21 de Julio se inició con la ponencia acerca de los derechos de solidaridad en el problema de los refugiados, que fue impartida por el Prof. Alberto del Real Alcalá (Universidad de Jaén). Esta ponencia de presentación dio paso a la de F. Javier Ansuátegui Roig,

Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, sobre derechos y fronteras, y la de Ramón Ruiz Ruiz (Universidad de Jaén) sobre el derecho de asilo hoy. La disertaciones de la *Comisión Española de Ayuda al Refugiado* acerca de la situación actual de los refugiados en España, y la del Prof. Juan Manuel de Faramiñán Gilbert (Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Jaén) con referencia a la crisis de valores en la UE y la necesidad de volver a los principios fundacionales, cerraron la sesión de la mañana.

La sesión de la tarde contó con la presencia de Rafael de Prado Pérez, Jefe del Departamento de Emergencia y Jefe de la Oficina de Acción Humanitaria de la *Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo* (AECID, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación), que abordó el conflicto sirio en origen y la situación humanitaria en el interior de Siria, en Jordania y Líbano. La investigadora Ana M. Jara Gómez, *Human Rights Officer* de la *Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa* (OSCE, Misión en Bosnia Herzegovina) analizó la situación de los derechos humanos en el postconflicto del Sureste de Europa. Cerrando la sesión de la tarde la Mesa Redonda “¿Cómo estamos tratando a los refugiados?”, presentada y moderada por el Prof. José Antonio López García (Universidad de Jaén), en la que intervinieron Nicolás Pérez Sola (“La condición de refugiado”), Profesor de Derecho Constitucional (Universidad de Jaén), el Fiscal Cristóbal Fábrega y David Ortiz Galván, Responsable del Área de Inmigrantes/Refugiados de la Cruz Roja en Málaga.

La sesión del viernes 22 de julio se inició con la ponencia del Prof. Rafael de Asís Roig, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, sobre los retos actuales de los derechos y el problema de los refugiados. A esta ponencia siguió la colaboración de Marta García, Responsable de la *Unidad de Protección* de la Delegación del ACNUR en España (Agencia de la ONU para los Refugiados), acerca de los refugiados y la Europa actual. El General Miguel Ángel Ballesteros Martín, Director del *Instituto Español de Estudios Estratégicos* (IEEE) del Ministerio de Defensa nos ilustró sobre las causas y los orígenes de los refugiados que llegan a Europa. Cerrando esta sesión y el Curso de Verano la Mesa Redonda “¿Qué alternativas hay a la gestión actual del problema de los refugiados?”, presentada y moderada por el Prof. Juan Manuel de Faramiñán Gilbert. En ésta intervinieron la *Fundación Internacional Baltasar Garzón*, la Profesora de Derecho Internacional Público de ICADE (Universidad Pontificia de Comillas), Irene

Claro Quintans, como experta en el derecho de las personas refugiadas y en representación de *Amnistía Internacional*, el Prof. José Antonio López García (Universidad de Jaén) dando testimonio del derecho de asilo en Alemania (¿excepción o ejemplo para la UE?), y Carmen Escalante, Delegada de *Médicos Sin Fronteras* en Andalucía y Extremadura, acerca de la experiencia de MSF con los refugiados.

ALBERTO DEL REAL ALCALÁ

**24º Congreso Mundial de Ciencia Política IPSA
“Politics in a world of inequality”,
Poznan, Polonia, 23-28 de julio 2016**

La Asociación Internacional de Ciencia Política –IPSA– celebró su Congreso mundial en la localidad polaca de Poznan a finales de este mes de julio. Una de sus protagonistas Congreso fue, sin duda, la situación política en Turquía. El Congreso estaba previsto inicialmente que iba a tener su sede en Estambul, pero meses antes se decidió cambiar debido a temas de seguridad frente a posibles atentados y a restricciones a la libertad de expresión por el gobierno turco. Después del golpe de Estado de este verano, estas restricciones incluyeron la prohibición de dejar el país y recibir correos electrónicos a los profesores universitarios, incluyendo a los participantes en este Congreso. Es por ello que, con consenso general, se aprobó en el plenario una Declaración a favor de la libertad académica.

De las diversas sesiones plenarias que tuvieron lugar, destaca la que tuvo por título “Inequality in the 21st Century: a problem for politics” donde a partir de un vídeo de Joseph Stiglitz, se dieron las respuestas de Phil Cerny, John Gaventa, Helen Milner y Lourdes Sola. También se puede resaltar la conferencia plenaria “Confusion in the debate about inequality” por Leszek Balcerowicz.

Un espacio como un Congreso Mundial es un lugar donde se dan simultáneamente muchas actividades como Worskshops temáticos, reuniones de los Research Committee, concesión de Premios, presentación de libros, exposiciones de Editoriales,... La variedad temática y pluralidad metodológica fueron importantes, como muestra la extensa lista de Workshops. Es un lugar adecuado para el intercambio académico y el contraste de puntos de vista. Este Congreso tuvo 2.587 participantes de 92 países con 633 paneles y donde se presentaron 2.271 *papers*.

OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE

PARTICIPANTES EN ESTE NÚMERO

MARIO CATERINI

Es Profesor de Derecho Penal de la Universidad de la Calabria (Italia). Como monografías ha publicado: *Reato impossibile e offensività* (2004); *Il reato eccessivo* (2008); así como, entre otros, los ensayos: "Reviviscenza normativa e legalità penale" (2003); "Il dolo eventuale e l'errore su norma extrapenale nei reati di falso ideologico" (2007); "Le origini del reato preterintenzionale" (2008); "I reati di falso nel procedimento di ammissione al patrocinio a spese dello Stato" (2009); "Sezioni unite versus offensività? Il falso impossibile in dichiarazione sostitutiva di certificazione" (2010); "Lo strabismo deeticizzante del legislatore penale economico: è forse vero che l'etica vale solo per i poveri e gli stupidi?" (2011); "Responsabilità penali in tema di rifiuti" (2011); "Imprenditori e 'contiguità mafiosa' tra impulsi repressivi ed esigenze personalistiche" (2012); "La proporzione nella dosimetria della pena da criterio di legiferazione a canone ermeneutico" (2012); "L'interpretazione favorevole come limite all'arbitrio giudiziale" (2012); "L'ambiente 'penalizzato'. Evoluzione e prospettive dell'antagonismo tra esigenze preventive e principio di offensività" (2013); "Criminalità, politica e mass media" (2013); "Riflessioni a margine di un caso di estorsione o truffa bancaria" (2014); "La legalità penal-mediatica. La mercificazione del 'prodotto' politico-criminale tra vecchi e nuovi mezzi di comunicazione" (2014); "Criminal Risk, Media Representation and Role of the Criminal Law Culture" (2015); "Dalla presunta innocenza dell'imputato alla presunta efficienza del sistema penale" (2015); "Il fenomeno giuridico nell'opera di Répaci" (2015); "Il diritto penale del nemico presunto" (2015); "Presunzione di elementi della fattispecie versus presunzione di non colpevolezza" (2016); "Legalidad y ofensividad en los delitos económicos" (2016); "La criminalización de lo diferente" (2016). Ha editado junto al Prof. Marcello Gallo el volumen *Persona, pena, processo* (2012), y, junto al Prof. Eugenio Raúl Zaffaroni, el volumen *La sovranità mediatica. Una riflessione tra etica, diritto ed economia* (2014).

JOSÉ MARÍA SECO MARTÍNEZ

Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Pablo de Olavide. Se licenció en Derecho con el grado de sobresaliente en la Universidad de Sevilla en el año 1993, adquiriendo el título de Doctor en 1998. Desde una perspectiva disciplinar ha proyectado su actividad en temas de Teoría Crítica del Derecho, Derechos Humanos, Filosofía Política, Argumentación jurídica, etc. En la actualidad su interés investigador se centra en la interpretación y argumentación jurídicas y en el análisis de los efectos que sobre las instituciones contrae la revolución digital. Ha formado parte del RCC James B. Conant Advanced Research Group de la Universidad de Harvard. Ha sido investigador de numerosos Proyectos del Programa Nacional de I+D, tales como "Censura Digital y Democracia", "Democracia y restricción de Derechos en Internet", "La Alianza de Civilizaciones como alternativa al orden internacional", "Fuentes intelectuales del pensamiento político de Obama", etc.... Amén de otras publicaciones en revistas científicas, es autor de monografías tales como *La persona como*

razón del Derecho, Esferas de democracia, Televisión digital, Democracia y Servicio público, ¿Porqué soy de izquierdas?, etc...

M^a OLGA SÁNCHEZ MARTÍNEZ

Es Doctora en Derecho, Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Cantabria, ha sido Directora del Área de Igualdad y Política Social de dicha Universidad, Premio a la Igualdad otorgado por el Consejo de la Mujer de Cantabria en 2011 y Premio a la Igualdad de la Universidad de Cantabria en 2014. Es autora de cuatro monografías, de diversos artículos y capítulos de libros y coautora del Informe sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad en la legislación de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PALOP

Profesora Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad Carlos III de Madrid. Investigadora en el Instituto de Estudios de Género y en el Instituto de derechos humanos “Bartolomé de las Casas” de la citada Universidad. Ha publicado las monografías *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación* (2001 y 2010) y *Claves para entender los nuevos derechos humanos* (2011), así como un buen número de libros en coautoría, artículos y trabajos sobre movimientos sociales, reivindicaciones y derechos emergentes, intereses colectivos y bienes comunes, ecología, feminismo, republicanism, el derecho al medio ambiente, al desarrollo y a la paz, los derechos de las mujeres, el terrorismo y sus víctimas, justicia restaurativa y justicia transicional.

MARÍA LUISA SORIANO GONZÁLEZ

Es profesora ayudante doctora en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla y está acreditada como profesora contratada doctora. Es autora de un libro, cinco capítulos de libro y una veintena de artículos de fondo publicados en revistas científicas indexadas, siendo su campo especial de investigación el pluralismo jurídico y los derechos indígenas. Ha participado en cuatro proyectos de investigación I+D de excelencia del Ministerio y de la Junta de Andalucía. Ha realizado estancias de investigación en universidades de Cagliari, Roma, Ginebra, Buenos Aires, San Luis (Argentina), Guatemala, Florencia (Instituto Europeo) e investigación de campo en comunidades indígenas zapatistas de Chiapas.

MICHELE ZEZZA

Grado magistral en “Scienze storiche” en la Universidad de Milán, grado en “Scienze filosofiche” en la Universidad de Milán, Master en *Civic education* en la Universidad de Asti, Master en Derechos fundamentales en la Universidad Carlos III de Madrid, estudiante de doctorado en las Universidades de Pisa y de Sevilla.

MIGUEL ÁNGEL SUÁREZ ROMERO

Es Licenciado en Derecho con *mención honorífica*, por la Universidad Nacional Autónoma de México (1997); y Doctor en Derecho, *sobresaliente “cum laude”*, en la Universidad Carlos III de Madrid, España (2004). Es Profesor de Carrera “Titular A”, medio tiempo, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (de enero de 2001 a la fecha);

Profesor por oposición de la Asignatura Garantías Constitucionales a partir de octubre de 2007 y Profesor de la División de Estudios de Posgrado en la misma Facultad. Es Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), con la distinción "Investigador Nacional Nivel I". Es autor del libro *Crisis de la Ley y Estado Constitucional* (2015) y coautor del libro *Argumentación Jurídica* en los Cuadernos del Seminario de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la UNAM (2012).

FERNANDO CENTENERA SÁNCHEZ-SECO

Licenciado en Derecho y doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá. Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Alcalá. Actualmente desarrolla su línea de investigación en el ámbito de la ciencia de la legislación y en cuestiones de género. Sobre todo ello ha impartido numerosas conferencias y ponencias, y tiene numerosos trabajos publicados. Ha participado en varios proyectos de investigación y ha realizado estancias en varios países.

DELIA MANZANERO FERNÁNDEZ

Obtuvo su Doctorado con Mención Internacional con la tesis "Actualidad de la Filosofía del Derecho de Francisco Giner y su ideal krausista de Europa" en la UAM. Ha realizado tres másteres en Filosofía de la Historia: Democracia y Orden Mundial, en Pensamiento Español e Iberoamericano y en Teoría y Crítica de la Cultura. Ha sido visitante académico en Oxford, NYU y Javeriana. Es presidenta de la AFBP y directora de *Bajo Palabra. Revista de Filosofía*. Actualmente imparte docencia en la URJC, donde se inscribe su investigación con un Contrato Juan de la Cierva.

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 125 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 en **soporte informático PC Word** a las direcciones electrónicas de la Revista (fcojavier.ansuategui@uc3m.es; derechosylibertades@uc3m.es). Para facilitar el **anonimato** en el informe externo, se deberá incluir una copia donde se deben omitir las referencias al autor del artículo y otra copia donde existan estas referencias. En un fichero 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 Derechos del hombre y del ciudadano*, edición de J. González Amuchástegui, Editora Nacional, Madrid, 1984, pp 57-120; L. FERRAJOLI, "La semantica della teoria del diritto" en U. SCARPELLI (ed.), *La teoria general del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Edizioni di Comunità, Milano, 1983, pp. 81-130.

Artículos contenidos en publicaciones periódicas: N. BOBBIO, "Presente y porvenir de los derechos humanos", *Anuario de derechos humanos*, núm. 1, 1981, pp. 2-28.

Con el fin de evitar la repetición de citas a pie de página se recomienda el empleo de expresión *cit.*. Como por ejemplo: M. WEBER, "La política como vocación", en Id., *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 150 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 Pc Word format to the Journal's e-mails (fcojavier.ansuategui@uc3m.es; derechosylibertades@uc3m.es). For facilitating the anonymity of the external referee, in one file author's details should be omitted. In a separated file, It should be included these details: author's name, University's address, author's e-mail address and a brief five-lines CV.

Authors of the published articles will receive an issue of the review and twenty copies of their own article.

Originals should be submitted in Spanish.

Derechos y Libertades establish the use of the following reference's rules as a condition for accepting the articles:

Books: E. DIAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, 9ª ed., Madrid, 1998.

Articles included in collective works: G. JELLINEK, "La declaración de derechos del hombre y el ciudadano", trad. de A.García Posada, en VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derecho del hombre y del ciudadano*, edición de J. González Amuchástegui, Editora Nacional, Madrid, 1984, pp 57-120; L. FERRAJOLI, "La semantica della teoria del diritto" en U. SCAPELLI (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.

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 Id., *El político y el científico*, *cit.*, nota 5).

DERECHOS Y LIBERTADES

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

Deseo suscribirme a “Derechos y Libertades” (Año 2017), 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 (IBAN incluido):

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.

DERECHOS Y LIBERTADES
Periodicidad semestral (enero-junio)

SUSCRIPCIONES (envío incluido)

Suscripción formato papel

2 números 36,00 €

Número suelto 20,00 €

Suscripción on-line

2 números 35,00 €

Número suelto 19,00 €

Artículo suelto 6,00 €

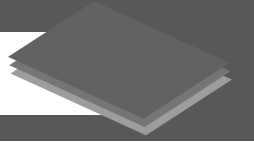


ÚLTIMOS TÍTULOS PUBLICADOS

- La difuminación institucional del objetivo del derecho a la educación *por Ara Pinilla, Ignacio*
- Razón y voluntad en el estado de derecho Un enfoque filosófico-jurídico *por Ansuátegui Roig, Francisco Javier*
- Reconstruir la ciudadanía *por Guichot Reina, Virginia*
- El derecho a la vivienda. Reflexiones en un contexto socioeconómico complejo *por González Ordovás, María José*
- Sobre discapacidad y derechos *por Asís Roig, Rafael de*
- El derecho y el poder. Realismo crítico y filosofía del derecho *por Díaz, Elías*
- Las víctimas del terrorismo en España *por Rodríguez Uribes, José Manuel*
- Democracia con motivos *por Jiménez Cano, Roberto M.*
- Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico *por Lloredo Alix, Luis M.*
- *Reconocimiento y protección de derechos emergentes en el sistema europeo de derechos humanos* *por Saura Estepà, Jaume (coord.)*
- *Jueces y leyes, entre el absolutismo y la codificación* *por Iglesias Garzón, Alberto*

CONSULTE TODOS LOS TÍTULOS DE LA COLECCIÓN EN
www.dykinson.com

CUADERNOS
"BARTOLOMÉ
DE LAS CASAS"



- Diversidad de género, minorías sexuales y teorías feministas. Superposiciones entre las teorías de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales y el feminismo en la reformulación de conceptos y estrategias político-jurídicas *por Monereo Atienza, Cristina*
- Una mirada a la robótica desde los derechos humanos *por Asís Roig, Rafael de*
- El papel (est)ético de la literatura en la conmemoración del holocausto *por Fernández Gil, María Jesús*
- La doctrina de la "guerra justa" en el pensamiento de John Rawls *por Garrán Martínez, José María*

Debates del Instituto Bartolomé de las Casas

- Los derechos sociales y su exigibilidad. Libres de temor y miseria *por Ribotta, Silvina y Rossetti, Andrés (eds.)*
- La Laicidad *por Pele, Antonio*
- Ética y medicina *por Ramiro Avilés, Miguel Ángel*
- Terrorismo, justicia transicional y grupos vulnerables *por Dorado Porras, Javier*
- VIH y accesibilidad en tiempos de crisis *por Ramiro Avilés, Miguel Ángel*

**CONSULTE TODOS LOS TÍTULOS DE LA COLECCIÓN EN
www.dykinson.com**

