D O X A

EDICIÓN ESPECIAL:
HOMENAJE A FRANCISCO LAPORTA Y LIBORIO L. HIERRO

CUADERNOS DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO

http://doxa.ua.es

DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho ha sido reconocida con el Sello de Calidad de la Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología (FECYT) y está recogida e indexada en *ANEP, CARHUS PLUS+, Dialnet, DICE, ESCI, IN-RECJ, ISOC, Latindex, MIAR y PIO.*

«Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho» es una publicación de carácter anual que, desde 1984, trata de servir como vehículo de comunicación e intercambio entre los filósofos del Derecho latinoamericanos y los de Europa latina.

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© DEPARTAMENTO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO
UNIVERSIDAD DE ALICANTE

© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ (91) 304 33 03
www.marcialpons.es

ISBN.: 978-84-16724-77-2

Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.

Impresión: ELECÉ, Industria Gráfica, S. L.
Polígono El Nogal - Río Tiétar, 24 - 28110 Algete (Madrid)
MADRID, 2017

Printed in Spain

Departamento de Filosofía
del Derecho
Universidad de
Alicante

Alicante, 2017

Homenaje a Francisco Laporta y Liborio Hierro. Universidad Autónoma de Madrid, 25 de noviembre de 2016

ÍNDICE

Pág.

FRANCISCO LAPORTA Y LIBORIO HIERRO EN SU JUBILACIÓN. (A MODO DE PRESENTACIÓN), por Alfonso Ruiz Miguel 15

FRANCISCO LAPORTA, LIBORIO HIERRO Y LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS, por Josep Aguiló Regla 23

FRANCISCO LAPORTA, LIBORIO HIERRO Y LA VIGENCIA UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, por Macario Alemany 29

EL IMPERIO DE LA LEY Y EL PROBLEMA DE LA LEGISLACIÓN, por Joaquín Almoguera Carreres 35

UNA INVITACIÓN A SEGUIR PENSANDO SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS, por Silvina Álvarez 41

EL SENTIDO MORAL DEL IMPERIO DE LA LEY: TESIS Y CONSECUENCIAS, por Francisco Javier Ansuategui Roig..... 47

HIERRO Y LAPORTA SOBRE LOS DERECHOS, por Manuel Atienza 53

EL PAPEL DE LA IGUALDAD EN LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES DE FRANCISCO LAPORTA, por Borja Barragué... 59

EL IMPERIO DE LA LEY Y LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO: DOS VISIONES , por Juan Carlos Bayón 67

LA DIGNIDAD HUMANA: ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL, por Elena Beltrán..... 73

AUTONOMÍA PERSONAL, DERECHOS HUMANOS Y DEMOCRACIA: ¿UN TRIÁNGULO DEMASIADO FELIZ?, por José Luis Colomer 79

PODER JUDICIAL Y PODERES IRRESTRICTOS: CONTRA EL IMPERIO DE LA ARBITRARIEDAD, por Ricardo Cueva Fernández 85

¿QUIÉNES SON TITULARES DE DERECHOS HUMANOS? LIBORIO HIERRO Y EL PREJUICIO ESPECIEÍSTA, por Pablo de Lora 91

Pág.

CUESTIONES SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL, por Rafael Escudero Alday 97

NECESIDADES HUMANAS Y DERECHOS ABSOLUTOS. UNA PAREJA INESTABLE, por Eusebio Fernández García..... 103

¿NORMAS PRECISAS O NORMAS PRECIOSAS? UN FALSO DILEMA, por Alfonso García Figueroa 109

UN POCO DE LUZ SOBRE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS:EL CASO DE LOS DERECHOS SOCIALES, por Ricardo García Manrique..... 115

ORDEN GLOBAL JUSTO Y DERECHO INTERNACIONAL EN TRANSFORMACIÓN, por Cristina García Pascual..... 121

A LA SOMBRA DE HOBBES. SOBRE LA IDEOLOGÍA DE LA SEPARACIÓN DE PODERES, por Andrea Greppi 127

¿CONCEPCIÓN–LIBRO DE REGLAS O CONCEPCIÓN-ORQUESTA DE NORMAS?, por Marisa Iglesias Vila..... 133

QUESTIONI SUL LEGALISMO, por Massimo La Torre 139

LA RELEVANCIA DE LA PREVISIBILIDAD JURÍDICA. ALGUNAS CONSIDERACIONES A PARTIR DE FRANCISCO LAPORTA Y LIBORIO HIERRO, por Isabel Lifante Vidal..... 145

DEONTOLOGÍA PROFESIONAL Y LA PROFESIÓN DE ABOGADO, por Jorge F. Malem Seña..... 153

LA NOCIÓN DE IMPERIO DE LA LEY EN FRANCISCO LAPORTA Y LIBORIO HIERRO, por Gema Marcilla Córdoba..... 159

LA APARENTE MODESTIA DEL IMPERIO DE LA LEY, por Mariano C. Melero de la Torre..... 165

NEOCONSTITUCIONALISMO Y CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO FRENTE AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA, por Agustín Menéndez 171

SOBRE LA GENERALIDAD DE LAS LEYES: LIBORIO HIERRO Y FRANCISCO LAPORTA, por José Juan Moreso..... 179

¿ES FRANCISCO LAPORTA, UN NACIONALISTA BANAL?, por Félix Ovejero 187

DOS CONTRIBUCIONES AL ESTUDIO DE LOS DERECHOS HUMANOS DEBIDAS A FRANCISCO LAPORTA Y LIBORIO HIERRO, por Antonio Enrique Pérez Luño 193

Pág.

AUTONOMÍA Y DESCONFIANZA EN «EL IMPERIO DE LA LEY» DEL PROFESOR LAPORTA, por Juan Manuel Pérez Bermejo 199

EL CONCEPTO DE LAPORTA DE DERECHOS HUMANOS: MATICES Y DESACUERDOS, por Jahel Queralt Lange..... 205

¿SON ABSOLUTOS LOS DERECHOS HUMANOS? EL DESAFÍO DE LOS PRINCIPIOS INSTITUCIONALES, por Ángeles Ródenas..... 211

SOBRE POSITIVISMO JURÍDICO, UNA VEZ MÁS, por Miguel Ángel Rodilla 217

LA PREOCUPANTE DELGADEZ DEL IMPERIO DE LA LEY, LA LIBERTAD PERDIDA Y OTRAS DUDAS FILOSÓFICAS, por Luis Rodríguez Abascal..... 223

DEBERES Y RESPONSABILIDADES HACIA OTROS, por Cristina Sánchez Muñoz..... 229

LA LECTURA DE LIBORIO HIERRO Y FRANCISCO LAPORTA DE LOS CLÁSICOS: EL VALOR DE LA HISTORIA, por Julián Sauquillo..... 235

JUSTICIA GLOBAL, JUSTICIA LEGAL E IMPERIO DE LA LEY, por Isabel Turégano..... 241

EL VALOR EPISTÉMICO DE LAS BUENAS COMPAÑÍAS, por Ramón Vargas-Machuca Ortega..... 247

FORMALISMO Y ANTIFORMALISMO EN *EL IMPERIO DE LA LEY* DE FRANCISCO LAPORTA, por Jesús Vega..... 253

ENSEÑANZA DEL DERECHO Y PROFESIONES JURÍDICAS, por Josep M. Vilajosana 259

UNA CONVERSACIÓN INTERMINABLE. (COMENTARIO SOBRE LOS AMISTOSOS, COMENTARIOS DE NUESTROS COLEGAS), por Liborio L. Hierro 265

RECONOCIMIENTOS, RESPUESTAS Y GLOSAS, por Francisco Laporta... 283

FILOSOFÍA DEL DERECHO EN LA UAM. (GÉNESIS, CONFLICTOS, NORMALIZACIÓN), por Elías Díaz 327

FRANCISCO LAPORTA Y LIBORIO HIERRO EN SU JUBILACIÓN (A MODO DE PRESENTACIÓN)

Alfonso Ruiz Miguel

Universidad Autónoma de Madrid

Liborio HIERRO y Francisco LAPORTA se jubilaron el curso pasado. Con ese motivo, en el Área de Filosofía del Derecho de la Autónoma de Madrid pensamos que la mejor manera de mostrar nuestra especial consideración hacia ellos era organizar una Jornada de debate sobre sus escritos[1]. El formato de la Jornada no había de ser novedoso, pues se había ya probado con éxito en el homenaje por el 80.º cumpleaños de Ernesto GARZÓN VALDÉS, celebrado en junio de 2007 en Alicante y publicado en el núm. 30 de *Doxa*. Se trataría de propiciar la exposición por cada participante de un breve comentario sobre algún punto más bien específico de los escritos de Paco o de Curro (que así es como le llamamos los amigos desde siempre) que permitiera un debate sobre su obra.

La pretensión de concentrar el homenaje en un solo día, debida sobre todo a limitaciones de financiación, nos inclinó desde el principio a una cierta restricción en la convocatoria de invitados mediante dos criterios que consideramos, además de sensatos, fáciles de explicar y de aplicar con coherencia: que participaran colegas de universidades españolas y que hubieran tenido un significativo grado de proximidad con los dos protagonistas (un tercer criterio, mantenido para la Jornada pero no para esta publicación, fue que los compañeros de la Autónoma no intervendríamos salvo para resumir las ponencias de quienes no pudieran asistir y para participar en los dos debates generales previstos, que, sin embargo, y a pesar de la rigurosa contención de los ponentes a los tiempos marcados, no hubo tiempo de llevar a cabo).

La Jornada, que se celebró el 25 de noviembre de 2016, fue un éxito tanto desde el punto de vista interno a los filósofos del Derecho que participamos como del de los colegas de la Facultad que asistieron como observadores interesados. Junto a los estimulantes escritos de Liborio y Paco, el éxito de nuestra convocatoria se debe a los participantes y a la alta calidad de la filosofía del Derecho española representada, en directo o en diferido, aquel día y en esta publicación.

Las dos sesiones en que se dividió la Jornada —teoría del Derecho por un lado y filosofía política y derechos humanos por otro— son los dos grandes temas a los que

[1] Las tareas de organización, asumidas por Juan Carlos BAYÓN, José Luis COLOMER, Luis RODRÍGUEZ ABASCAL y Borja BARRAGUÉ, merecen aquí especial mención y agradecimiento.

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.01

DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, edición especial (2017) ISSN: 0214-8676 pp. 15-22

LAPORTA y HIERRO han dedicado su vida académica. Pero, sin prescindir de esa distinción, tampoco hay que tomarla demasiado en serio, pues es mucho menos nítida de lo que sugiere la diferencia entre la política y el Derecho. No se trata solo de que los «derechos humanos» puedan, suelan y deban ser tratados desde la teoría del Derecho y de filosofía política, sino que una buena filosofía jurídica, en cuanto reflexión sobre la justicia, ha de mirar siempre al Derecho tanto desde sus rasgos y complejidades conceptuales como desde sus justificaciones éticas y políticas. Que esa ha sido la manera de entender la filosofía del Derecho por parte de nuestros dos autores está claro en la semblanza bio-bibliográfica que esbozo a continuación.

Tanto Paco como Liborio, que es apenas dos meses más joven, coincidieron en los mismos cursos de Derecho en la Universidad Complutense a mediados de los años sesenta. Y ambos comenzaron su carrera académica en 1968 en el Departamento de Filosofía del Derecho que allí encabezaba Joaquín RUIZ-GIMÉNEZ, desde 1963 comprometido promotor de la revista *Cuadernos para el Diálogo.* Don Joaquín, como en el mundo académico se le llamaba siempre, ya tenía como «adjuntos» a Elías DÍAZ y a Gregorio PECES-BARBA. Fue con Elías con quien nuestros dos homenajeados decidieron hacer sus tesis, la primera más jurídica y la otra más histórico-política, pero ambas con un propósito idéntico de renovación de la filosofía jurídica en la España de la época.

La tesis de Paco, sobre el jurista y sociólogo ovetense Adolfo POSADA (1974), se inscribía en la línea propiciada y cultivada por el mismo Elías de «recuperación» del mejor pensamiento contemporáneo español, brotado entre finales del siglo XIX y principios del XX alrededor del regeneracionismo krausista y la Institución Libre de Enseñanza y fructificado también en autores defensores de un socialismo liberal o democrático: las tesis de Emilio LAMO DE ESPINOSA y de Virgilio ZAPATERO sobre Julián BESTEIRO y Fernando DE LOS RÍOS, como el libro del propio Elías sobre el krausismo español, que se publicaron entre 1973 y 1974, dan testimonio de todo ello. En el caso de LAPORTA, junto al libro sobre POSADA, la relación con la ILE se iría estrechando con los años, institucional y académicamente, entre otros con nuevos estudios sobre GINER DE LOS RÍOS (1977) y una extensa investigación sobre la Junta para Ampliación de Estudios, en la que colaboramos también Virgilio ZAPATERO, Javier SOLANA y yo mismo, y de la que se publicó solo una síntesis parcial (1987a). Todo ello señala una clara influencia del liberalismo institucionista, especialmente en su visión de la educación, que, como causa y como efecto, me parece decisiva en el desarrollo intelectual y personal de Paco.

La tesis de Curro, en cambio, se orientó hacia el realismo jurídico escandinavo (1981) y vino a desarrollar la revisión crítica que el mismo Elías DÍAZ había comenzado a proponer frente a la mixtura de iusnaturalismo católico declamatorio y positivismo formalista efectivo que tendía a caracterizar la enseñanza del Derecho en el franquismo. Elías, especialmente en su curso *Sociología y Filosofía del Derecho* (1971, 2.ª ed. de 1980) había dirigido la atención a la línea de KELSEN, HART, BOBBIO y, aunque no tan centralmente, ROSS como la visión positivista crítica más prometedora para una renovación de la teoría jurídica. La tesis de Liborio, como la mía sobre BOBBIO de poco tiempo después, se inscriben en ese marco, que es, dicho en síntesis, el del positivismo hartiano, en el que también se ha situado Paco. Aunque DWORKIN ya había publicado sus principales textos de crítica al positivismo de HART, entonces estábamos todavía

algo lejos de la polémica sobre el constitucionalismo y el positivismo incluyente o excluyente que arreciaría ya entrado el presente siglo.

De momento, con la llegada de los socialistas al gobierno, dentro de las décadas de los ochenta y los noventa hay un cierto hueco en la bibliografía de nuestros dos homenajeados. En el caso de Liborio, debido a su participación política en los gobiernos de Felipe González como subsecretario del Ministerio de Justicia entre 1982 y 1990, actividad extraacadémica que amplió dos años más como presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia; luego, entre 1993 y 2014, fue vocal y presidente del Comité Español de Disciplina Deportiva, pero ahora compatibilizando esa tarea tan poco filosófica, aunque sí jurídica, con su vuelta a la Universidad en 1992, donde tras obtener la cátedra desempeñó un decanato de cuatro años (el máximo *de facto* en nuestra Facultad por una costumbre intacta hasta hoy) que ha dejado una inmejorable memoria. En el caso de LAPORTA, su incursión, o excursión, a los aledaños de la política, más breve y más relacionada con la academia, le llevó a la dirección del entonces llamado Centro de Estudios Constitucionales de 1987 a 1993, donde ha quedado una apreciable huella de su paso tanto en el área de las publicaciones como en la de los estudios de posgrado.

Tras las tesis doctorales, lo más llamativo del currículum académico de Curro y Paco es la gran similitud de sus temas y enfoques. Los dos grandes temas sobre los que se desenvuelven sus publicaciones giran en torno a los derechos humanos y sus valores justificativos y al Estado de Derecho y el imperio de la ley, que por lo demás tienen evidentes conexiones entre sí (las naturales e inevitables desviaciones de los anteriores temas no son numerosas, pudiendo citarse HIERRO, 1989, 1997, 2003a y 2011b; y LAPORTA, 1987a 1997b 2003b).

El tema de los derechos humanos atraviesa el recorrido de uno y otro. En la bibliografía de Paco, deben registrarse aquí sus artículos sobre los principios de libertad (1983) y de igualdad (1985 y 1994) y los dedicados al concepto de derechos humanos (1987b) y, en desarrollo de él, al problema de la protección jurídica de los derechos sociales (2004a). Todos ellos han sido y siguen siendo profusamente citados en la abundante literatura en lengua española que ha seguido discurriendo sobre tales cuestiones. Aparte del método claro y analítico y de su cercanía política con el pensamiento socialdemócrata, quizá pueda destacarse en todos ellos su inclinación a no sortear las dificultades conceptuales y prácticas de intentar combinar los ideales en una totalidad acabada y sin fisuras: puede ejemplificarlo bien la idea, tan deliberadamente provocativa como todavía hoy discutida, de la incompatibilidad entre las demandas de extensión en el elenco de los derechos y de profundización en su protección.

Por su parte, los escritos de Liborio sobre los derechos humanos han atendido con similar peso argumentativo tanto a los aspectos conceptuales o teórico-jurídicos —así ocurre en el estudio dedicado a las modalidades deónticas de derecho y deber (2000), pero también en sus análisis más amplios sobre el concepto de justicia (2002a y 2002b)— como a la perspectiva más filosófica de su justificación ético-política. Ambas líneas están presentes en varios de los anteriores estudios pero tienen un especial protagonismo en el artículo en discusión sobre los derechos sociales en ALEXY (2007), en el dedicado al problema de los titulares de los derechos humanos (2013) y, sobre todo, en los que tratan sobre la autonomía individual como fundamento de esos derechos

(2014a) y sobre el reto pendiente de su extensión a nivel global (2014b). Ambas perspectivas, por lo demás, se encuentran bien ensambladas en su recién publicado libro sobre los derechos humanos (2016), que hace una recuperación sistematizada, ampliada y revisada de muchos de los textos anteriores. Se trata de una obra que, más allá de su propósito didáctico, cubre un nicho algo abandonado y ya necesitado de renovación después de los cursos sobre derechos fundamentales de Gregorio PECES-BARBA, que fueron los pioneros en España.

El tema del Estado de Derecho y el imperio de la ley se puede distinguir del anterior, aun solo relativamente, por proponer de manera más directa la ardua cuestión de las relaciones entre Derecho, poder y moral y, por tanto, por apelar al cabo de las tormentas de las actuales discusiones a propósito del (neo)constitucionalismo, con sus dos derivaciones distintas pero igualmente debatidas e importantes: la crisis del positivismo jurídico y la concepción de la democracia que subyace a los controles de constitucionalidad. De todos esos temas hay abundante testimonio en las publicaciones de nuestros dos autores, desde el libro recopilatorio de Liborio, *Estado de Derecho. Problemas actuales* (2001) hasta la obra de mayor impulso e impacto de Paco, *El imperio de la ley. Una visión actual* (2007a), pasando por diversos artículos de uno y otro sobre la democracia constitucional (HIERRO, 1994, 2011a; y LAPORTA, 1989, 2000, 2001, 2003a), por los importantes estudios de Liborio sobre el positivismo jurídico, la crisis de la ley o el realismo jurídico genovés (2002c, 2003b y 2014c) y, en fin, por los dos polémicos textos de Paco a propósito del nacionalismo y de los derechos históricos en nuestra Constitución (1990 y 2007b).

El paralelismo en las vidas y en las obras de Paco y Liborio se confirma en sus profundas coincidencias de fondo, teóricas e ideológicas. Es cierto que el imperio de la ley, para Paco identificable con los ocho rasgos del Derecho según Lon FULLER, propone un concepto deliberadamente más restringido que el de Estado de Derecho en la visión de Liborio, tributaria de la liminar advertencia de Elías DÍAZ de que «no todo Estado es Estado de Derecho». Sin embargo, esa diferencia entre nuestros dos autores se desvanece en cuanto se cae en la cuenta de que en la concepción general de LAPORTA sobre la justicia el imperio de la ley es una condición necesaria pero no suficiente, que debe ser completada con las exigencias de la legitimidad popular del poder legislativo y la garantía de los demás derechos básicos. No es extraño que, compartiendo también una común fundamentación ética última esencialmente monista en el valor de la autonomía individual, ambos terminen confluyendo en la defensa de la democracia liberal.

Tampoco hay diferencias sustanciales sobre el positivismo jurídico, en el que no solo ellos sino el conjunto del Área de Filosofía del Derecho de la Autónoma de Madrid pasamos por ser el último fortín de esa corriente en el país, de manera similar a como al Área de Alicante se le tiene por la punta de lanza del postpositivismo hispánico o a los genoveses, del realismo jurídico contemporáneo. Ferlosio, sin duda con literaria y atrabiliaria voluntad de exageración, sentenció en una ocasión que «nunca se convence a nadie de nada». Creo que la experiencia de nuestro Área permite desmentir tamaña universalización temporal, personal y material. Si, más allá de nuestros ineludibles versos libres, hubiéramos en efecto llegado a coincidir en muchos aspectos sustantivos, habría sido desde nuestras divergencias de partida y por una especie de ósmosis común generada sobre todo en tantas conversaciones y discusiones, siempre *in*

re y nunca *ad hominem*, muchas de ellas a la bendita hora del café; al igual que también se ha podido producir en algún momento el fenómeno inverso de la revisión y apartamiento de algunas de esas coincidencias osmóticas por parte de algunos de nosotros: como tengo muy cerca un ejemplo de esas idas y venidas, lo que yo mismo mantengo ahora del positivismo jurídico es apenas el positivismo interpretativo, que considero fundamentable dentro de la concepción dworkiniana de la mejor interpretación posible del material jurídico.

Pero si las coincidencias entre Curro y Paco son intensas y extensas en temas y en fundamentación, creo que mantienen diferencias significativas en el método. En la conocida división de Arquíloco-Berlin, mientras Curro es un claro caso de erizo que, aun con grandes cualidades analíticas, busca la síntesis en un principio unificador, Paco me parece un igualmente claro caso de zorra que, aun partiendo de una voluntad unificadora, ama más bien entretenerse en los complejos vericuetos del análisis. Y de las respectivas virtudes de una y otra actitud surgen a veces los correspondientes defectos, que me voy a permitir ejemplificar en dos puntos concretos para ir cerrando esta doble *laudatio* con un mínimo apunte crítico.

Los dos puntos atañen al mismo problema teórico: el concepto de democracia. En Paco es proverbial la defensa de la democracia representativa frente a la democracia directa, en la que ve los mil problemas que un buen zorro sabe detectar cuando busca bien, hasta el punto de hacer dudar de si lo malo de la democracia no será el propio pueblo y, por tanto, de correr el riesgo (como comentaba Luis RODRÍGUEZ ABASCAL a propósito de LAPORTA, 2016, en uno de nuestros cafés) de tirar el agua sucia con el niño. Mi crítica interna a esa posición es que su desconfianza hacia la participación popular no termina de casar bien con el valor privilegiado que atribuye a la autonomía individual como fundamento último tanto del imperio de la ley como de la legitimidad del sistema político.

Por su parte, Liborio defiende la democracia enmendando la que considera confusa disociación berliniana entre la libertad negativa y la positiva para afirmar, como buen erizo, no solo que ambas son manifestaciones de la misma autonomía individual según se ejerza en el ámbito estrictamente personal o en condiciones de interdependencia, sino también que una y otra pueden ser acordadas entre sí conforme al «principio de conservación de la libertad general», según el cual «no ha de someterse al escenario de la libertad positiva ningún ámbito de la acción de una persona que no requiera decisiones interdependientes» (2002b: 44; y 2016: 164). Sin objetar nada a este criterio sustantivo, no tengo claro el alcance que para HIERRO debe tener el criterio procedimental que también es imprescindible para resolver las metadecisiones a propósito de qué decisiones son o no interdependientes, que es el espacio de conflicto natural entre las dos formas de libertad en cuestión. En un modelo de democracia deliberativa y de constitucionalismo débil como el defendido por Liborio (2016: 109-203), parece que el procedimiento legítimo en último término para adoptar dichas metadecisiones es la decisión colectiva por mayoría, pero ese procedimiento puede poner en riesgo la libertad negativa. Cabe formular el problema recordando a ROUSSEAU: «Es cosa convenida que aquello que en virtud del pacto social enajena cada uno de su poder, de sus bienes y de su libertad es solo la parte de todo ello cuyo uso importa a la comunidad, *pero es preciso convenir también que solo el soberano puede juzgar esa importancia*» (*Del*

contrato social, II.iv; cursiva mía). El «pero» de la frase de ROUSSEAU deja claro que la decisión del soberano (esto es, el criterio procedimental) es el criterio de legitimidad que domina sobre el criterio sustantivo de los derechos, dejando abierto el riesgo de que la mayoría nos obligue a ser libres. ¿Ocurre lo mismo en la concepción de Liborio?

Termino ya como terminé en la presentación de la Jornada de noviembre pasado, recordando que en una ocasión similar, en su conferencia de despedida en la Autónoma, Francisco MURILLO FERROL, con la falta de complacencia que es de fama en los granadinos, comenzó diciendo: «Jubilarse viene de júbilo, pero el júbilo no es del que se va, es de los que se quedan». En el caso de Paco y Curro no podemos decir lo mismo, porque siguen siendo profesores eméritos y la Facultad les ha asignado un despacho que comparten con Elías en el que esperamos seguir viéndoles a los tres por mucho tiempo.

BIBLIOGRAFÍAS SELECCIONADAS[2]

Liborio L. Hierro Sánchez-Pescador

1981: *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, Valencia: Fernando Torres; 2.ª ed., revisada y abreviada, Madrid: Iustel, 2009.

1989: «Libertad y responsabilidad penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. XLII.

1994: «Ross y Bobbio sobre la Democracia. El racionalismo de dos emotivistas», en Á. LLAMAS (ed.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, Madrid: Universidad Carlos III-BOE.

1997: «Las profesiones jurídicas. Una visión de conjunto», *Sistema*, núm. 137.

1998: *Estado de derecho. Problemas actuales*, México: Fontamara; 2.ª ed., 2001.

2000: «Conceptos jurídicos fundamentales. (I) De las modalidades deónticas a los conceptos de derecho y deber», *Revista Jurídica. Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 3.

2002a: *Justicia, igualdad y eficiencia*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

2002b: «El concepto de justicia y la teoría de los derechos», en E. DÍAZ y J. L. COLOMER (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Madrid: Alianza.

2002c: «¿Por qué ser positivista?», *Doxa*, núm. 25.

2003a: *La eficacia de las normas jurídicas*, Barcelona: Ariel; 2.ª ed., México: Fontamara, 2010.

2003b: «Igualdad, generalidad, razonabilidad y crisis de la ley», *Doxa*, núm. 26.

2007: «Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy», en R. GARCÍA MANRIQUE (ed.), *Robert Alexy. Derechos sociales y ponderación*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo (también en *Doxa*, núm. 30).

2010: «Deontología de las profesiones jurídicas. Una discusión académica», *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 8 [también en C. GARCÍA PASCUAL (ed.), *El buen jurista. Deontología del Derecho*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013].

2011a: «Derechos, democracia y justicia constitucional», *Jurisdicción constitucional y democracia*, Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

[2] Esta selección bibliográfica fue realizada por cada uno de los dos autores como base para los comentarios de la Jornada de homenaje, pero me he permitido añadir algún título más al que hago referencia en mi presentación (nota de A. RUIZ MIGUEL).

2011b: «Sobre el modesto principio de que la ignorancia del derecho no excusa de su cumplimiento», en P. BRUNET y F. J. ARENA (eds.), *Cuestiones contemporáneas de teoría analítica del derecho*, Madrid: Marcial Pons.

2013: «¿Quién tiene derechos humanos?», *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 14.

2014a: «Autonomía y derechos humanos. ¿Para qué se inventaron los derechos humanos?», en L. L. HIERRO (ed.), *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*, Madrid: Marcial Pons, 27-52.

2014b: «Justicia global y justicia legal. ¿Tenemos derecho a un mundo justo?», en A. RUIZ MIGUEL (ed.), *Entre Estado y Cosmópolis, Derecho y Justicia en un mundo global*, Madrid: Trotta.

2014c: «El realismo jurídico ¿ciencia o cultura?», *Analisi e Diritto*.

2016: *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*, Madrid: Marcial Pons.

Francisco J. Laporta San Miguel

1974: *Adolfo Posada: Política y sociología en la crisis del liberalismo español*, Madrid: Editorial Cuadernos para el Diálogo.

1977: *Antología pedagógica de Francisco Giner de los Ríos*, selección y estudio preliminar de F. LAPORTA, Madrid: Santillana.

1983: «Sobre el uso del término libertad en el lenguaje político», *Sistema*, núm. 52.

1985: «El principio de igualdad: introducción a su análisis», *Sistema*, núm. 67.

1987a (y RUIZ MIGUEL, A., ZAPATERO, V., y SOLANA, J.): «Los orígenes culturales de la Junta para Ampliación de Estudios», *Arbor*, núm. 493, CXXVI, enero 1987, 17-87; 2.ª parte, núms. 499-500, CXXVII, julio-agosto, 9-137.

1987b: «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa*, núm. 4.

1989: «Sobre la teoría de la democracia y el concepto de representación política», *Doxa*, núm. 6.

1990: «La quimera del nacionalismo», en *Claves de Razón Práctica*, núm. 14.

1993: *Entre el Derecho y la moral*, México: Fontamara (varias reediciones).

1994: «Problemas de la igualdad», en A. VALCÁRCEL (ed.), *El concepto de igualdad*, Madrid: Fundación Pablo Iglesias.

1996: «Poder y Derecho», en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. 11.

1997a: «Vindicación del Precedente Judicial en España», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid,* núm. 1.

1997b: «El derecho a informar y sus enemigos», *Claves de Razón Práctica*, núm. 72; reeditado en E. BONETE PERALES (ed.), Madrid: Tecnos.

2000: «El cansancio de la democracia», *Claves de Razón Práctica*, núm. 99.

2001: «Los problemas de la democracia deliberativa», *Claves de Razón Práctica*, núm. 109.

2003a: «Filosofía del derecho y norma constitucional», en F. J. LAPORTA (ed.), *Constitución: problemas filosóficos,* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

2003b: «A modo de introducción: La naturaleza de las reflexiones sobre la enseñanza del derecho», en F. J. LAPORTA (ed.), *La Enseñanza del Derecho, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid,* núm. 6.

2004a: «Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema», en J. BETEGÓN, F. J. LAPORTA, J. R. DE PÁRAMO y L. PRIETO SANCHÍS (eds.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

2004b: «Las dos vías para la reforma de la Constitución», *Claves de Razón Práctica*, núm. 145.
2007a: *El Imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid: Trotta.
2007b (y SAIZ ARNAIZ, A.): *Los derechos históricos en la Constitución,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
2008: «Los vecinos de Kitty Genovese», en *En el umbral del tercer milenio*, Exposición Universal de Sevilla, 1992, también aparecido en *Tiempo de Paz*, núm. 88.
2010: «Algunas incógnitas del principio de autonomía personal en tratamientos médicos», en B. MENDOZA BUERGO (ed.), *Autonomía personal y decisiones médicas. Cuestiones éticas y jurídicas*, Madrid: Civitas-Thompson Reuters-UAM.
2016: «Contra el referéndum», *El País*, 31 de octubre.

FRANCISCO LAPORTA, LIBORIO HIERRO Y LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

Josep Aguiló Regla
Universidad de Alicante

1. UNA AMBIGÜEDAD MUY «SUYA»

Francisco LAPORTA y Liborio HIERRO son probablemente los dos autores de teoría del Derecho en lengua española que más y mejor han escrito en defensa del imperio de la ley. Su defensa ha sido rica y valorativamente comprometida. Así, LAPORTA ha insistido en sostener que el concepto de «Estado de Derecho» no es solo un concepto descriptivo-clasificatorio, es también —y de manera muy relevante— un concepto valorativo. El Estado de Derecho no nace —sostiene— de la simple juridicidad. Si así fuera, todo Estado moderno sería un Estado de Derecho, pues ningún Estado puede prescindir del Derecho (la ley) como instrumento. Es, pues, un concepto normativo cuya función no es describir una mera propiedad del Derecho moderno. Es un concepto normativo/valorativo, resultado de la asunción de ciertas exigencias ético/políticas, que sirve para evaluar los diferentes sistemas jurídicos positivos. En el Estado de Derecho como imperio de la ley lo relevante es, en consecuencia, el compromiso moral de hacer de la ley (y de su correcta aplicación) el elemento central de la garantía de la autonomía y/o la libertad de los ciudadanos. Por su parte, Liborio HIERRO no solo participa del planteamiento anterior sino que además lo ha vinculado con una defensa de lo que se suele conocer como positivismo ético. Escribe Liborio HIERRO: «Lo que [...] he pretendido subrayar es que la adhesión al positivismo metodológico no es solo, ni principalmente, una opción de motivaciones y consecuencias epistemológicas y/u ontológicas sino que tiene, también y principalmente, motivaciones y consecuencias axiológicas». Del carácter de estas motivaciones fue perfectamente consciente SCARPELLI: «Es verdad que la separación entre el derecho y la moral, entre el derecho y los valores a la luz de los cuales se evalúa el derecho, es esencial en el positivismo jurídico; sin embargo, es preciso ver que tal separación hunde sus raíces en un acto moral, en un acto político, en una valoración [...]. En una palabra, es la moral lo que separa el derecho de la moral, es la moral a nivel de una elección general la que separa el derecho, la ciencia y la práctica del derecho, de la moral a nivel de las elecciones particulares frente a los contenidos del derecho»[1].

A partir de lo anterior y sin necesidad de matizar mucho más sus respectivas posturas, pretendo dirigir a Francisco LAPORTA y Liborio HIERRO algunas preguntas que

[1] L. L. HIERRO, «¿Por qué ser positivista?», en *Doxa*, núm. 25, 2002, 299.

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.02
DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, edición especial (2017) ISSN: 0214-8676 pp. 23-27

tienen que ver con el papel que juegan los principios jurídicos en el Derecho y en el razonamiento judicial. El propósito de las mismas es tratar de plantear una ambigüedad que, en mi opinión, recorre la obra de estos dos autores; ambigüedad que hace difícil, si no imposible, su ubicación dentro de la alternativa teórica positivismo/post-positivismo[2]. ¿Cuál es esta ambigüedad? ¿En qué consiste? Por un lado, ambos autores hacen una defensa muy enfática del modelo de las reglas entendido a la manera «formalista» (sin necesidad ahora de precisar demasiado este término); pero, por otro lado, parecen tener muy claro que el valor de las reglas proviene no solo de la mera forma de las propias reglas; tiene que ver también con compromisos valorativos y/o sustantivos fuertes. La ambigüedad gira en torno a la cuestión de las relaciones entre Derecho y moral; y se concreta en la alternativa entre la tesis de la separación fuerte y la tesis del valor moral de las reglas.

2. SOBRE LAS RELACIONES ENTRE PONDERACIÓN Y SUBSUNCIÓN

¿Qué lugar ocupa la ponderación en relación con la subsunción? ¿Es marginal respecto de ella o, por el contrario, toda subsunción presupone ya una ponderación? La cuestión es de método: cuando un juez aplica las reglas ¿cómo «debe» entenderlas? ¿Cómo debe interpretarlas? ¿Debe tomarlas a la manera formalista, es decir, como expresión de una voluntad (de un querer) o, por el contrario, a la manera sustantivista, como expresión de una ponderación (de una valoración)? Naturalmente, la cuestión no es de hecho (el problema no es si de hecho el legislador ha ponderado o no), es —como digo— de método. Y su respuesta traza, me parece, una de las fronteras teóricas entre una concepción positivista del Derecho y otra post-positivista. La relevancia teórica de estas cuestiones es manifiesta porque su respuesta acaba afectando a todas las operaciones del método jurídico; a todas las operaciones implicadas en la idea de una «correcta aplicación del Derecho (de las reglas)». Todo aplicador de reglas con pretensiones de corrección tiene que preguntarse por la noción de «lealtad a las reglas», de «aplicación leal de las reglas»: ¿Ser leal a una regla es serlo a su expresión lingüística o serlo a la ponderación que la justifica? O la misma distinción entre casos fáciles y casos difíciles se ve afectada por la alternativa anterior: ¿la facilidad/dificultad de un caso depende esencialmente de cuestiones semánticas o de cuestiones valorativas? ¿La facilidad de un caso depende de la claridad semántica de la regla a aplicar, o de la nitidez de su justificación para el caso a resolver?

Aunque de maneras diferentes y con múltiples matices que ahora se pueden obviar, los autores post-positivistas presuponen que toda regla expresa ya una ponderación de principios (y/o de derechos) y que, por tanto, ser leal a las reglas en su aplicación consiste esencialmente en ser leal a aquello que las convierte en un instrumento dotado de un sentido protector y/o promocional de ciertos bienes. Es decir, el presupuesto más o menos compartido por todos los autores post-positivistas es que la autoridad recurre a la «forma de regla» para estabilizar la expectativa de «algo» ya considerado valioso;

[2] Voy a usar esta oposición conceptual en los términos recogidos en J. Aguiló Regla, «Positivismo y post-positivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 30, 2007.

y ese «algo» de por sí valioso no puede ser ignorado por el método jurídico. Por ello, la alternativa facilidad/dificultad de un caso proviene esencialmente de los ajustes/desajustes entre las expectativas formales (semánticas y deónticas) y las expectativas justificativas (valorativas y de corrección). Pues bien, ¿cuál es la postura de nuestros autores al respecto? No lo sé o, mejor dicho, no estoy seguro. Y creo que no estoy seguro porque más allá de algunas afirmaciones retóricamente muy enfáticas no han sido suficientemente claros.

3. SOBRE LA RESPUESTA CORRECTA Y LA TESIS DE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

Resulta una obviedad difícilmente objetable la afirmación de que puede haber casos respecto de los cuales el Derecho establece como «permitida» más de una respuesta; esto es, casos respecto de los cuales el sistema jurídico no es unitario porque las reglas admiten más de una respuesta. Negar esta posibilidad sería tanto como ignorar todas las contribuciones que la filosofía analítica ha hecho a la comprensión de los lenguajes normativos. Por tanto, la tesis de la discrecionalidad en un nivel puramente convencional está fuera de toda duda y nadie —creo— la discute. La cuestión importante aquí es si tiene sentido o no hablar de un nivel post-convencional en el Derecho. Por decirlo de algún modo: la tesis post-convencional de la respuesta correcta tiene sentido porque se acepta que en el nivel estrictamente convencional están permitidas diversas respuestas alternativas. Lo que significa que la tesis post-convencional de la única respuesta correcta (lenguaje justificativo) presupone la concurrencia de diversas respuestas permitidas (lenguaje directivo) en el nivel convencional[3].

Asumido lo anterior, hay que preguntar ahora por dos implicaciones teóricas que tiene la negación de la tesis de la respuesta correcta. En primer lugar, supondría considerar que habría que abandonar por espuria y engañosa la distinción típicamente post-convencional que opone caso fácil a caso difícil; y, en su lugar, habría que asumir que la clasificación teóricamente relevante y «no ideológica» es la típicamente convencional que opone los «casos regulados» (aquellos respecto de los cuales el sistema de reglas permite una única respuesta) y los «casos no regulados» (aquellos respecto de los cuales el sistema de reglas permite más de una respuesta). Naturalmente, tanto los casos regulados como los no regulados tienen que ser decididos, de ello no hay duda. La cuestión importante es nuevamente de método: ¿cómo deben ser abordados para poder ser resueltos los casos «no regulados»? Y ahora va la segunda implicación de la negación de la tesis de la única respuesta correcta a la que quería llegar. Para exponerla consideremos el debate que tiene lugar en el seno de un tribunal colegiado que tiene que resolver un caso «no regulado». ¿Tiene sentido generar en torno a un caso no regulado una genuina deliberación (es decir, un debate cooperativo y temático)[4] o,

[3] No puedo detenerme ahora a explicarlo, pero lo que trato de expresar recurriendo a la distinción (utilizada por HABERMAS y tomada de L. KOHLBERG) entre un nivel convencional y otro post-convencional aplicado a la comprensión de las reglas, bien podría haberlo expresado recurriendo a la distinción dworkiniana que separa entre una fase interpretativa y otra post-interpretativa en la aplicación del Derecho.

[4] En otro lugar he procurado distinguir cuatro modos diferentes de debatir y vincularlos con la noción de acuerdo jurídico (decisión jurídica). Los cuatro modos son las disputas («debatir es combatir», debate

por el contrario, solo hay espacio para enfrentar una controversia (debate conflictivo y temático)?[5]. La «cooperación» deliberativa presupone la idea de que la «cooperación» tiene que poder rendir sus frutos. ¿Y qué frutos pueden ser estos? Pues aclarar cuál es la mejor respuesta de entre las alternativas convencionalmente permitidas, es decir, cuál es la respuesta correcta.

Ilustremos lo que se acaba de decir. Conforme al diseño institucional previsto, cuando un tribunal colegiado tiene que debatir y decidir un caso «problemático» debe ocurrir algo semejante a esto: los magistrados entablan una deliberación («debatir es diagnosticar»: debate cooperativo y temático) con el fin de resolver la cuestión difícil; es decir, todos se embarcan en la tarea cooperativa de tratar de hallar la mejor respuesta posible. Si no hay acuerdo entre ellos, es decir, si no todos se adhieren a la misma solución, el diseño institucional ordena transitar de la deliberación a la controversia (a «debatir es competir»: debate conflictivo y temático) y a decidir el caso por votación. Ello queda institucionalmente reflejado en la publicación de una «sentencia mayoritaria» y de unos «votos particulares»; es decir, los diversos participantes fijan claramente sus respectivas posiciones encontradas para que la ciudadanía y/o otros órganos jurisdiccionales superiores «juzguen» la cuestión que en origen era *difícil* y que ahora, tras el debate y la votación, ha pasado a ser *controvertida*. Lo interesante de lo anterior es que la institución del voto particular o en disidencia no contradice la tesis de la única respuesta correcta, sino que más bien la presupone. La institución responde a una controversia cuyo objeto es precisamente la respuesta correcta.

4. CINCO PÁGINAS NO DAN PARA MUCHO

Al comienzo dije que LAPORTA y HIERRO eran portadores de una ambigüedad «muy suya». Pues bien, según la respuesta que dieran a las cuestiones aquí planteadas caerían de un lado o de otro. Si sostienen que la función de la ponderación es, en realidad, la de negar las reglas (o escaparse de ellas), que ser leal a las reglas es serlo solo a su expresión, que ciertamente no hay casos difíciles sino solo casos controvertidos, que ante un caso «no regulado» no tiene sentido la genuina deliberación porque no hay una respuesta correcta que buscar cooperativamente, entonces caerán

---

conflictivo y actoral), las controversias («debatir es competir», debate conflictivo y temático); las deliberaciones («debatir es diagnosticar», debate cooperativo y temático») y el debate consensual («debatir es construir», debate cooperativo y actoral). *Cfr.* J. AGUILÓ REGLA, *Acuerdos jurídicos y debate*, México, Fontamara, en prensa.

[5] Cuando en un debate temático (es decir, no actoral) se habla de conflicto y de cooperación no solo debe tenerse en cuenta el hecho de que los interlocutores tengan objetivos incompatibles (conflicto) o complementarios (cooperación), sino también la actitud *abierta* o *cerrada* con la que los sujetos se aproximan al problema (la cuestión) que es objeto de debate. Si cada interlocutor considera que el problema en cuestión tiene una respuesta *fácil* (y, en consecuencia, adopta una actitud *cerrada* en relación con el mismo), pero resulta que las respectivas respuestas son incompatibles entre sí, el debate adoptará una forma conflictiva, la de una controversia. Si, por el contrario, todos los interlocutores consideran que la cuestión es *difícil* y que no tienen una respuesta clara (y, en consecuencia, todos ellos adoptan una actitud abierta), el debate en cuestión adoptará la forma cooperativa de una deliberación. Lo importante de esto, para el problema que aquí estamos abordando, radica en que quien niega la tesis de la única respuesta correcta está negando que haya una oportunidad para una genuina deliberación; solo queda espacio para la controversia.

inevitablemente del lado positivista. Si aceptan las afirmaciones anteriores pero introducen muchos matices, seguirán instalados en la ambigüedad. Y si definitivamente las abandonan por considerarlas reduccionistas e inaceptables, habrán entrado de lleno en el post-positivismo. No hace falta explicitar qué desearía yo que ocurriera, pues muchos de sus escritos están en el origen de mi post-positivismo y del de mi entorno próximo.

FRANCISCO LAPORTA, LIBORIO HIERRO Y LA VIGENCIA UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Macario Alemany
Universidad de Alicante

En mi aportación al homenaje a los profesores Francisco LAPORTA y Liborio HIERRO voy a comentar brevemente un aspecto de su posición sobre la vigencia universal de los derechos humanos: me referiré a la cuestión del alcance de los derechos humanos desde el punto de vista de los obligados y, en particular, a la necesidad de afirmar la existencia de deberes positivos generales de ayuda mutua para realizar los derechos de igualdad. A mi juicio, con algunas diferencias de matiz, la posición de ambos autores es similar y puede ser tratada conjuntamente.

Francisco LAPORTA, en su artículo «Sobre el concepto de derechos humanos», nos propone construir una definición por género y diferencia específica. El género, la noción de derecho subjetivo tendría, a su juicio, los siguientes componentes: «*a)* La adscripción a todos y cada uno de los miembros individuales de una clase de... *b)* una posición, situación, aspecto, estado de cosas, etc. *c)* que se considera por el sistema normativo un bien tal que constituye una razón fuerte... *d)* para articular una protección normativa en su favor a través de la imposición de deberes u obligaciones, la atribución de poderes e inmunidades, la puesta a disposición de técnicas reclamatorias, etc.» (LAPORTA, 1987: 31). La diferencia específica, la noción de «derechos humanos», vendría establecida por las propiedades de universalidad, inalienabilidad y carácter absoluto.

Con respecto a la universalidad, LAPORTA nos recuerda que la universalidad predicada de los derechos humanos no puede ser la «lógico-formal» puesto que sería irrelevante, sino que debe ser la universalidad material o de contenido, si bien se toma en consideración una única propiedad: la de ser «ser humano». Si ninguna circunstancia o condición de un «ser humano» puede ser relevante para negarle un derecho humano, entonces hay que situar fuera del ámbito del sistema jurídico positivo a estos derechos puesto que ningún sistema es universal en este sentido y —dice LAPORTA— «por lo que a mí respecta tal empresa parece imposible» (LAPORTA, 1987: 33). Por ello, nuestro autor opta por situarlos en el ámbito de la moralidad. Ahora bien, la teoría ética ha vinculado tradicionalmente el surgimiento de los derechos a situaciones institucionales (por ejemplo, las promesas) o posicionales (los derechos y obligaciones de rol), de modo que la introducción de la noción de derechos humanos universales supone una «mutación», una «superación» paulatina de una moralidad «local» en favor de una universal. LAPORTA destaca dos implicaciones de esta transformación: primera, que el diseño de

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.03
DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, edición especial (2017) ISSN: 0214-8676 pp. 29-34

los derechos debe ser de una gran abstracción, «porque un catálogo excesivamente minucioso y concreto corre el peligro inmediato de ser inaplicado en determinados contextos culturales» (LAPORTA, 1987: 34); y, segunda, que la universalidad se proyecta también sobre los obligados, de manera que se fundamentan obligaciones generales y, también, deberes positivos generales. La «decisiva mutación» de la ética reside precisamente en el cambio de interpretación del principio de solidaridad: de un principio de «caridad» a uno de «exigencia ética fuerte»; de una ética de la beneficencia a una ética de la justicia. En este nuevo marco moral, en el que todos estamos obligados a actuar en defensa de los derechos de todos, LAPORTA se pregunta: «¿Estamos seguros de que puede, entonces, seguir ampliándose ilimitadamente el catálogo de derechos humanos? ¿Estamos seguros de que puede seguir postulándose su fuerza especial?» (LAPORTA, 1987: 36).

Liborio HIERRO, en su artículo «Justicia global y justicia legal. ¿Tenemos derecho a un mundo justo?», defiende una vinculación conceptual entre la exigencia de justicia global y la universalidad de los derechos humanos. A su juicio, esta vinculación permite interpretar el art. 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos[1] como un derecho moral de todos a un orden global justo. La teoría de la justicia cosmopolita estaría, de este modo, fundamentada en la teoría de los derechos humanos como derechos universales y en una plausible interpretación del mencionado art. 28.

HIERRO evalúa este punto de vista en relación con lo que considera los tres principales problemas para la justicia global: la guerra, el hambre y la extrema pobreza y, en tercer lugar, la degradación medioambiental. En relación con los mismos, habría tres respuestas posibles: 1) de acuerdo con la tradicional concepción hobbesiana de las relaciones internacionales, las comunidades políticas están en una suerte de estado de naturaleza y no se deben nada moralmente entre sí; la solidaridad es un acto siempre supererogatorio; 2) se pueden dar obligaciones de respeto y ayuda mutua entre los Estados pero, a falta de una autoridad política superior, dichas obligaciones tienen carácter moral y no jurídico; como mucho, pueden juridificarse como consecuencia de la propia autonomía de los Estados para vincularse por medio de acuerdos *voluntarios, y* 3) «todas las personas tienen un derecho a vivir en paz y/o un derecho a disfrutar de los medios necesarios para subsistir y/o un derecho a la conservación del medio ambiente» (HIERRO, 351); se trata de «derechos universales», lo cual implica «que su contenido es un bien que es de todas y cada una de las personas, es decir que forma parte de lo que es suyo y que, por ello, la justicia —entendida como dar a cada uno lo suyo— exige satisfacer estos derechos» (*ibid.*). Esta tercera respuesta defendida por HIERRO, asume, al igual que LAPORTA, que los derechos humanos, universales y absolutos, no solo demandan el cumplimiento de obligaciones negativas sino también de obligaciones positivas.

Tanto para HIERRO como para LAPORTA, las obligaciones generales positivas, vinculadas de forma especial al derecho a la igualdad, plantean un problema especial. Las obligaciones generales negativas podrían cumplirse con una coordinación mínima. En este sentido, HIERRO, que aboga por un orden mundial federal, poliárquico, descentra-

[1] «Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos».

lizado y democrático, señala que si todas las Constituciones de los Estados, en el marco de ese orden legal mundial, reconocieran el derecho constitucional a la seguridad y a la libertad de sus ciudadanos, entonces dicho derecho habría obtenido una efectividad universal. Por el contrario, la vigencia de una igualdad universal parece requerir de una coordinación fuerte que solo cabe alcanzar en el contexto de instituciones globales.

A este respecto, LAPORTA considera que el cumplimiento de los deberes positivos generales de ayuda mutua, más allá de los ejemplos sencillos como el del rescate del niño que se ahoga en el estanque, solo es exigible, cuando gravitan sobre todo un colectivo, como deberes positivos y *especiales* de ayuda en el seno del colectivo (LAPORTA, 1986). Para LAPORTA, las exigencias morales derivadas de la universalidad de los derechos y, en particular, del derecho a la igualdad únicamente son realizables en el contexto de las instituciones, llamadas a transformar estas demandas morales en un orden legal que debe ser, además, global. Pero nuestro autor, como hemos visto, no cree posible generar un orden legal global; desde luego, no le parece posible tal cosa, siempre que se siga tomando como ideal para tal orden global el ideal jurídico del imperio de la ley.

En este punto de las obligaciones de ayuda, HIERRO coincide plenamente con LAPORTA, a quien recurre para afirmar que «lo que estas demandas suponen, en términos morales, es que necesitamos una organización política para "posibilitar el cumplimiento" de un deber positivo general de ayuda, un deber que resulta la condición necesaria para que el ideal de igualdad rompa su estrecha y discriminadora construcción constitucional estatal» (HIERRO, 368). Para HIERRO, la cuestión de la posibilidad de tal orden global es difícil y cita a KELSEN para señalar que si bien el proyecto de un Estado mundial es «punto menos que un proyecto utópico» cabe pensar en su realización «después de un largo y lento desarrollo, sobre todo si se fomenta ese desarrollo por medio de una labor política consciente en el campo ideológico» (KELSEN, 1974: 50 y 175).

En resumen, nuestros autores coinciden en afirmar que la universalidad de los derechos humanos implica obligaciones morales generales que, cuando se trata de derechos de igualdad, son de carácter positivo (obligaciones de ayuda y no solo de abstenerse de dañar), pero que tales obligaciones solo pueden ser cumplidas en el contexto de instituciones que las transforman en deberes positivos especiales de cada individuo. Para LAPORTA, además, la universalidad de los derechos humanos aconseja una lista corta de derechos, puesto que cada ampliación hace más difícil su realización. HIERRO, finalmente, en el estado actual de las cosas, considera prioritario afirmar la existencia de un deber moral básico de todos a que exista una institución político-jurídica con poder coercitivo que asegure un orden legal en el que los otros derechos sean realizables, un derecho a un mundo justo.

A partir de aquí quisiera plantear un interrogante que me suscita la posición de estos autores. Me pregunto si su posición sobre la posibilidad de vigencia universal de los derechos humanos no pone de manifiesto una valoración exagerada del principio del imperio de la ley, al que, se diría, se le termina otorgando una prioridad lexicográfica sobre otros valores como, por ejemplo, el valor de la igualdad. En primer lugar, cabe preguntarse por el alcance de la transformación radical de la ética que, como señala LAPORTA, supone el universalismo de los derechos humanos. Ambos autores sostienen que la medida de las obligaciones que entraña dicho universalismo (obligaciones de

todos para con todos) solo la pueden concretar instituciones: por ejemplo, mediante un sistema impositivo redistributivo o, en el orden global, mediante un tribunal penal internacional, etc. Pero se diría que dicha transformación radical afecta también a la idea misma de las instituciones y, en particular, la cuestión que quiero plantear es si la afirmación de una ética universalista no debería producir una transformación misma en la idea de Derecho.

HIERRO se hace eco, en el artículo que vengo comentando, de la propuesta de BULL de adoptar un modelo neo-medieval para orientar la extraordinaria complejidad de un orden legal universal. La calificación de medieval sigue teniendo una fuerte emotividad desfavorable, pero lo cierto es que hay una evidente base para la analogía. Desde el punto de vista historiográfico, la idea clave para entender el tránsito del Medioevo a la Edad Moderna es la del *surgimiento de la soberanía estatal,* del mismo modo que la idea clave para interpretar la realidad político-jurídica de nuestro tiempo es la de la *crisis de la soberanía estatal;* la simetría es evidente. Esta crisis se debe en gran medida, como sabemos, al fenómeno de la globalización: CAPELLA, FERRAJOLI, ATIENZA o el propio LAPORTA han descrito con lucidez el impacto de la misma. Pero no hay que olvidar que la pérdida de la soberanía estatal está lógicamente presupuesta en la afirmación de la prioridad de los derechos humanos. De algún modo, la crisis del derecho estatal y de la comprensión del mismo en términos positivistas (el derecho con cualquier contenido de KELSEN) comienza al término de la Segunda Guerra Mundial, cuando arranca significativamente, como han señalado PERELMAN o ATIENZA, una nueva concepción, argumentativa, del Derecho. En mi opinión, algunos fenómenos actuales como el diálogo entre Cortes estatales que ejercen control judicial de constitucionalidad para interpretar sus respectivas constituciones, la proliferación del denominado «*soft-law*», la importancia creciente de los principios en el Derecho o, en general, la extensión de la ideología del constitucionalismo y la crisis del positivismo, son, entre otras cosas, manifestaciones de la pretensión de vigencia universal de los derechos humanos.

En uno de sus ensayos sobre HOBBES, sostiene BOBBIO que la idea dominante de la teoría política de HOBBES es la de la conservación de la unidad frente a la anarquía: «el mal al que más teme —dice BOBBIO— y contra el cual se siente llamado a erigir la suprema e insuperable defensa de su sistema filosófico, no es la opresión que deriva del exceso de poder, sino la inseguridad, que por el contrario deriva del defecto de poder» (BOBBIO, 53). Esta tesis de BOBBIO se apoya en las circunstancias históricas de la vida de HOBBES y en que su sistema filosófico no puede ser aceptado si no se asume una jerarquía de valores de acuerdo con la cual es peor la anarquía, por defecto de poder, a la opresión, por exceso. A mi juicio, nuestros dos autores comparten «un mal al que más temen» y este no es otro que el de la sustitución del poder de las legislaturas democráticas por el de jueces o funcionarios, legitimados no por la voluntad popular sino por la pretendida racionalidad de sus decisiones. Frente al cuestionamiento de las estructuras político-jurídicas de la modernidad, su respuesta es la reafirmación del valor del imperio de la ley como condición necesaria de la justicia, a pesar de que ello suponga admitir la imposibilidad de su realización universal. HIERRO es, a mi juicio, más optimista que LAPORTA sobre la posibilidad de un orden legal mundial y parece más abierto a considerar configuraciones complejas del poder compatibles con un ideal democrático del imperio de la ley, también se diría que es más proclive a creer

en una «punto menos que utópica» realización universal de los derechos de igualdad. Sin embargo, se trata de una cuestión de énfasis y ambos autores coinciden en una misma concepción del Derecho fundamentalmente positivista que parece haber sido desbordada por la historia.

No estoy defendiendo un punto de vista ingenuo sobre la globalización tal y como se está desarrollando. Tampoco quiero despreciar el miedo a un activismo irresponsable de los derechos humanos, que colabora inadvertidamente con las ideologías «liberticidas» en destruir las condiciones de posibilidad de los mismos (por ejemplo, despreciando la importancia de la seguridad jurídica). Creo que hay muchas razones para el pesimismo. De hecho, resulta paradójico pensar en el problema de la extensión de los ideales igualitarios de la socialdemocracia más allá de los límites de las fronteras estatales, al tiempo que no se sabe poner freno a la destrucción de ese mismo ideal también dentro de los Estados. La ideología neoliberal parece extenderse ya casi sin oposición por todos lados. Pero, en conclusión, me parece que también por razones morales hay que, utilizando una expresión de ATIENZA y RUIZ MANERO, dejar atrás el positivismo jurídico; si se quiere, se trataría de afirmar un postpositivismo ético.

No quisiera terminar estas líneas sin mostrar mi agradecimiento personal a LAPORTA y HIERRO. Ambos son miembros de una generación que ha contribuido significativamente a cuatro décadas consecutivas de progreso en nuestro país, a partir de una exitosa transición política. No creo que sea exagerado decir que jamás hubo en España una situación de respeto por los derechos de tal amplitud, por el número de beneficiados, ni tan duradera. Igualmente, han sido protagonistas de una modernización radical de la Universidad pública y, en particular, de la filosofía del Derecho española, que ahora mismo está reconocida mundialmente como de primer nivel. Personalmente me he beneficiado de su magisterio a través de sus escritos y participación frecuente en las actividades académicas en el departamento de filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante. Liborio HIERRO ha estado muy presente, además, en mi carrera académica participando en los tribunales de mi tesis de licenciatura y, posteriormente, de mi tesis doctoral. Ahora, cuando parece que los tiempos están cambiando para peor, cuando nos encontramos ante unas amenazas cada vez más serias a la cultura de los derechos, como son el populismo, el nacionalismo, las nuevas formas de autoritarismo, la crisis del cuarto poder, etc., cuando también se invierte la tendencia a la mejora en la Universidad pública, me parece que el papel más digno que puede desempeñar mi generación es el de tratar de preservar lo máximo del legado de la que nos antecede y en la que Liborio HIERRO y Francisco LAPORTA han destacado especialmente.

BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA, M., 1991: *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

— 2013: «Constitucionalismo, globalización y Derecho», en *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*, Madrid: Pasos perdidos.

BOBBIO, N., 1991: *Thomas Hobbes*, Barcelona: Paradigma.

BULL, H., 2005: *La sociedad anárquica. Un estudio sobre el orden en la política mundial,* Madrid: Los libros de la catarata.

CAPELLA, J. R., 2005: *La globalización: ante una encrucijada político-jurídica*, en M. ESCAMILLA y M. SAAVEDRA (eds.), *Law and Justice in a Global Society,* Granada: Anales de la Cátedra Francisco Suárez.

FERRAJOLI, L., 2005: *La crisis de la democracia en la era de la globalización*, en M. ESCAMILLA y M. SAAVEDRA (eds.), *Law and Justice in a Global Society*, Granada: Anales de la Cátedra Francisco Suárez.

HIERRO, L. L., 2009: «Justicia global y justicia legal. ¿Tenemos derecho a un mundo justo?», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* vol. 32: 341-374.

KELSEN, H., 1974: *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, México: Editora Nacional.

LAPORTA, F., 1986. «Algunos problemas de los deberes positivos generales. Observaciones a un artículo de Ernesto Garzón Valdés», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* vol. 3: 55-63.

— 1987: «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 4: 23-46.

— 2005: «Globalización e imperio de la ley. Un texto provisional para el debate con algunas dudas y perplejidades de un viejo westfaliano», en M. ESCAMILLA y M. SAAVEDRA (eds.), *Law and Justice in a Global Society*, Granada: Anales de la Cátedra Francisco Suárez.

PERELMAN, Ch., 1979: *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid: Civitas.

EL IMPERIO DE LA LEY Y EL PROBLEMA DE LA LEGISLACIÓN

Joaquín Almoguera Carreres
Universidad Pontificia Comillas

En cierta ocasión, un conocido, con experiencia en cuestiones académicas, me comentó que uno de los medios más seguros para quedar mal con un amigo consistía en participar en alguno de los actos organizados para celebrar su jubilación o algún otro acontecimiento de importancia. Sobre todo, si se trata de una aportación escrita para un futuro libro homenaje. Y ello, no tanto porque muestren su desagrado ante la contribución, o hagan una crítica excesiva, ya que, al fin y al cabo, como amigos, suelen ser considerados y, en todo caso, les bastaría con mostrar un distante agradecimiento. El problema no viene tanto del homenajeado como del participante en el acto, pues por regla general es difícil que uno mismo quede satisfecho de su trabajo y le parezca a la altura de las personas a las que se pretende celebrar; es decir, que uno siempre piensa que se ha quedado corto, comparado con los consejos, aclaraciones, atenciones, que ha recibido de aquellos a lo largo de su vida profesional.

Me temo que este es el caso de las líneas que siguen a continuación. Hecha esta cautela y como el que avisa no es traidor, permítaseme iniciar esta modesta aportación.

No me parece que tenga demasiado interés investigar el origen del término «izquierda» en política. Es posible que venga utilizándose hace dos siglos o siglo y medio, en España al menos. Parecen más relevantes los contenidos a los que ha estado vinculado. Sin pretender un análisis o un estudio exhaustivo, que podría ser interesante pero que creo ya está hecho, la palabra «izquierda» se ha conectado con el liberalismo, el progresismo (sea lo que sea), la democracia. En el siglo XIX se vinculó al socialismo, especialmente con el científico, separándose así del anarquismo, y dentro de aquel, con los intérpretes de su creador: MARX; dado que la doctrina se había construido con la pretensión de sintetizar teoría y práctica, siguiendo la huella de la doctrina hegeliana, aparecieron el leninismo, el trotskismo, el estalinismo, el maoísmo. Todo lo cual era expresión de las dudas que suscitaba su cientificidad y las consecuencias de su realización. Pero en la segunda posguerra, el panorama se complica aún más, aunque con interpretaciones más heterodoxas del marxismo anterior. Los marcusianos, althuserianos (que eran lo más cuando entré en el Departamento de la Universidad Autónoma, en ese momento dirigido por Paco LAPORTA a la espera de la incorporación de Elías DÍAZ), habermasianos...

Este panorama, prolijo e insuficientemente recogido aquí, me resulta cercano al de la reflexión de la teoría jurídica. Tal vez podría haberse abordado la cuestión desde

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.04
DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, edición especial (2017) ISSN: 0214-8676 pp. 35-40

otro ángulo distinto del de «las izquierdas», pero este ofrece dos características que me interesa resaltar (y tampoco es que valga cualquier cosa): su carácter reductivo y exclusivista: la vida es poder y solo poder; es una estructura histórica material impersonal, es producción de plusvalor..., y su carácter combativo: siempre hay un rival, un polo al que enfrentarse y desautorizar, sea, en este caso, el Derecho natural o el formalismo. De manera que nos encontramos en un panorama igualmente complejo: el iusnaturalismo, el positivismo, con diferentes versiones, incluso con una teoría jurídica marxista, que reproduce muchas de las interpretaciones mencionadas.

El objetivo, ahora, tampoco es entrar en el análisis, inevitablemente apresurado, de estas concepciones jurídicas, sino señalar un tercer factor de familiaridad entre estos dos planteamientos generales: el afán metodológico, que en buena medida es también aquí el objetivo: dotar de carácter científico al Derecho. No es el momento de discutir aquí la metodología científico natural que se tomó como base (también se ha hecho en numerosas ocasiones, desde KIRCHMANN); pero sí el de subrayar las exigencias básicas que comportaba, como la regularidad o la previsibilidad. Desde este ángulo, puede decirse que la historia de la jurisprudencia desde el siglo XIX alemán, fue la lucha contra la contingencia; contenidos materiales, circunstancias histórico-sociales, valores, debían ser controlados o, en su caso, eliminados. Formalismos jurídicos de diferentes facturas descoyuntaron el Derecho en un contenido variable y unas formas constantes, lo que, como ha advertido GONZÁLEZ VICÉN, recordaba demasiado a la versión racionalista del Derecho natural.

El verdadero punto de inflexión en esta línea fue KELSEN. El normativismo, en efecto, representa el intento más completo de superar la epistemología anterior; en lugar de pensar la forma jurídica como originalmente separada, centrándose en formas abstractas capaces de reprimir la materialidad del Derecho (como IHERING), KELSEN se propone pensar la forma jurídica como una existencia objetiva, de manera que la norma constituiría un conjunto objetivo de significados. En el marco general del positivismo, convierte el Derecho en un sistema de cualificaciones normativas cuya objetividad depende de las condiciones formales de su producción. Como la objetividad no es, entonces, material, la obligatoriedad es solo hipotético-deductiva, derivando la objetividad de la cualificación, o sea, la validez, de una existencia específica: «Ser producido en cierta forma». El inconveniente es que, aunque objetivo, el valor es relativo, en cuanto puesto; la ventaja es que una vez puesto es objetivo.

En esta conquista del positivismo radica un aspecto del problema de la legislación que motiva, en el fondo, estas líneas. La norma es una obligación, un deber ser, un valor; pero un valor que adquiere validez objetiva gracias a un proceso de atribución formal que hace que un valor subjetivo de justicia se cualifique como objetivo. Así, la justicia solo puede conocerse como legalidad. KELSEN legitima la contingencia normativa. Si me queda un número suficiente de palabras, volveré sobre este tema.

Ahora es preciso insistir en la pluralidad de las teorías jurídicas. Ante la imposibilidad de formular un modelo epistemológico alternativo al kelseniano, el análisis lingüístico ofrece un modelo practicable, en el que, en cuanto análisis del lenguaje, no prejuzga la existencia de prácticas no teóricas sobre el derecho cuyo empirismo sostiene el positivismo: elimina el temor al positivismo desde el positivismo mismo.

Pero nos situamos ya en la segunda posguerra. Siempre me ha parecido que la cuestión de la contribución del positivismo a los horrores de la guerra y de los regímenes que la provocaron es más ideológica que real. Pero es cierto que este periodo trajo importantes novedades. Las nuevas constituciones introdujeron, junto a las garantías liberales tradicionales, otros derechos que ya no se satisfacían con la no abstención y la protección, sino que suponían la realización de prestaciones concretas para los ciudadanos, y por tanto, la intervención del Estado en su vida real. De esta manera, el positivismo se vio rodeado de valores y principios. De modo que así como desde la izquierda, el cierto momento «todo era poder», en el Derecho, «todo son valores».

Y no se trataba de valores externos al Derecho, cuya existencia todos los positivistas admitían, sino de valores que se instalaban en el corazón mismo de lo jurídico. No son declaraciones programáticas formuladas con buenas intenciones, junto al núcleo duro de la constitución que es la organización del poder y sus competencias, sino de verdadero «Derecho». Porque, además, se cae en la cuenta de que las constituciones son normas, y todo su contenido, por ideal y bienintencionado que nos parezca, exigible y obligatorio. Los valores, convertidos en principios, exigen su satisfacción cada vez en mayor número y contenidos más novedosos (como los derechos de «últimas generaciones»). Independientemente de que algunos celebraran la situación como un nuevo retorno del Derecho natural (otro más), imponía nuevos retos a los juristas, muchos de ellos de formación positivista. El constitucionalismo o neoconstitucionalismo planteaba problemas que requerían nuevos instrumentos.

Se suscitaban dos clases de grandes problemas: el de la interpretación y el de la aplicación del Derecho. El concepto mismo de lo jurídico dependía de cómo se entendieran las nociones de «valor» o «principio». Así que se multiplicaron los trabajos en esta dirección: desde la reformulación de la regla jurídica en términos de optimización, o la conceptualización de los nuevos derechos, hasta las particularidades de la interpretación constitucional frente a la legal, pasando por la centralidad de la labor judicial y sus dificultades. Y en cuanto a la lista de autores, sería inmensa: prácticamente, hoy no falta nadie que no haya tratado esta cuestión en algún momento y bajo alguna perspectiva (de modo que mejor no intentar reproducirla, pues siempre se me pasará alguno sin querer). Pero un grupo ha puesto el acento en los principios originales del Derecho moderno (el Estado de Derecho, la división de poderes...).

En fin, alguien tenía que poner las cosas en su sitio, pues, como decía ATIENZA (en diálogo con LAPORTA, *Isonomía*, 31, 2009): «Las nuevas constituciones sí cambian el Derecho de forma sustancial». Y, en esta situación, se retoma, desde varias instancias, la noción que planteara en su momento Elías DÍAZ del imperio de la ley. Liborio HIERRO lo justificaba por lo que llamaba la crisis de la ley, esto es, la proliferación y variabilidad de las leyes, las normas paralegales, el carácter expansivo de las constituciones, y el valor de los principios («El imperio de la ley y la crisis de la ley», *Doxa*, 19, 1996). Por su parte, LAPORTA publica *El imperio de la ley: una visión actual* (Madrid, 2007), haciendo la noción equivalente a las de *rule of law* o Estado de Derecho, y, por tanto, como un principio de defensa frente a la arbitrariedad y la inseguridad, y relacionándola con el control del poder por el Derecho. De esta manera, y creo que este es el núcleo de su tesis, el imperio de la ley tiene una carga ética que va más allá

de la cualidad formal de la existencia del Derecho: es un principio moral que no se identifica con la legalidad; mejor dicho, es la legalidad en cuanto conjunto de exigencias morales.

El fundamento moral del principio se sitúa en la autonomía de la persona, en la dignidad del hombre como ideal moral, que se expresa con fuerza en la Ilustración. LAPORTA no ignora que esta concepción choca con la existencia de normas que se nos imponen y nos someten, y es lo que, precisamente, exige justificar el poder político-jurídico, algo que se ha hecho, bien por motivos prudenciales, que convierten al Derecho en un monopolio de la fuerza, o bien por razones éticas, fundadas en las consecuencias indeseables del mecanismo totalizador del poder. Dichas razones, siempre según LAPORTA, se resumen en el imperio de la ley, los derechos del hombre y el principio democrático, teniendo el primero un sentido particularmente importante, al afectar al comportamiento y planes de vida (tanto para facilitarlos como para obstaculizar algunos). En resumen, o bien tomamos el Derecho como un objeto fijo, de donde viene el gobierno de las leyes, o como contingente, de donde deriva el decisionismo.

Así concebido, el imperio de la ley, que tiene en cuenta esa moralidad interna (FULLER) que se especifica en la normatividad, generalidad, publicidad..., pero también la aplicación del derecho según procedimientos establecidos (imparcialidad, la necesidad de argumentación...), constituye un horizonte conceptual diferente del de las doctrinas constitucionalistas. En su opinión, estas últimas no alteran la concepción positivista construida en el siglo XX, aunque introduzcan nuevos elementos, como el lenguaje de los valores y su aplicabilidad directa. Pues la constitución no ha inventado el Derecho, y constituye un grave error rechazar el legalismo positivista (acusado de rígido y formalista), para sustituirlo por un constitucionalismo también positivista, centrado en la no menos rígida sumisión a la misma. Así que el imperio de la ley trata de poner en sus justos términos los ingredientes valorativos, el garantismo, y otros postulados morales. Pero también evita que el sometimiento del juez a la norma, uno de los factores capitales del imperio de la ley, se relaje excesivamente, en la medida en que el juez Hércules crea más problemas de los que soluciona. Y, por último, el descrédito de que la ley es la emanación de la voluntad general no se arregla considerando que la constitución es la que nos obliga a cambiar nuestras teorías sobre el Derecho; es más bien al revés: el alto nivel de la teoría jurídica lleva a una nueva visión de la constitución. Pero en modo alguno, podría concluirse, el imperio de la ley es una alternativa al constitucionalismo. Solo pone el acento, cabría añadir, en que la ley no está para lograr cualquier cosa, ya que las razones para actuar de manera solo conforme, no se reducen a la simple satisfacción de deseos e intereses (L. HIERRO, *La eficacia de las normas jurídicas*, Barcelona, 2003).

Estamos ante un problema que se viene arrastrando desde tiempo atrás, como se ha advertido, desde la propia formación del positivismo. Suele ser cierto aquello de «eso ya lo habían dicho»; pero también es cierto que en estos casos se nos remonta a momentos y contenidos que no suelen tener nada que ver con el tema. Pero en este caso es cierto también que hay pensadores, fundadores, que sí habían visto el problema de cómo la ley podía provenir de la libertad (autonomía) del individuo y, al mismo tiempo, constituir su limitación: la ley debía ser algo prodigioso. No es casual que un tema recurrente en la Ilustración y en su puesta en práctica sea, precisamente, el de la

legislación: SAVIGNY (era «la vocación de nuestro tiempo»), BENTHAM... O que ATIENZA comente que el Estado de Derecho parezca haber tenido más fortuna en diseñar las instituciones judiciales que las legislativas (cit.) El problema, tal y como lo conocemos fue diseñado por ROUSSEAU y KANT originalmente.

Teniendo en cuenta que me quedan 768 palabras para concluir esta contribución, me limitaré a una breve consideración del problema solo en ROUSSEAU y no en KANT. Tal vez haya otra ocasión para entrar en ambos. Moviéndonos en el terreno fronterizo de la filosofía jurídica y política, el centro del problema lo ocupa, evidentemente, la noción de contrato social. El hombre, había advertido ROUSSEAU, solo debe obedecerse a sí mismo, pero no en cuanto individuo aislado, sino como dependiente de instituciones en las que él mismo se reconoce, En ellas, no puede haber elementos personales, de manera que únicamente el acuerdo colectivo puede conseguir esta impersonalidad: la institución depende de la norma general ante la que todos son iguales. Al contrario que en KANT, que concibe la dependencia de las instituciones desde la distinción entre política y moral, ROUSSEAU admite que la persona vive regulada por el Derecho, pero que esta constituye la más alta regulación del sujeto, siendo también ética. La vida del hombre, pues, no será sentimental, sino republicana: la de la colectividad basada en la virtud.

Esto llevará a ROUSSEAU a entender el querer como saber de sí mismo, de modo que el objeto del querer significará quererse a sí mismo en el mundo: el yo en su universalidad. La voluntad se universaliza, y así, no contradice la voluntad absoluta propia de la voluntad general. El sujeto colectivo realiza esta totalidad: el pueblo, con lo que el pacto es un acto de voluntad que se disuelve en la generalidad del querer. Esto es, gracias al pacto, cada uno se enajena en la comunidad al poner su persona (y bienes) en común, bajo la voluntad general (por cierto que KANT transformará esta unión de voluntades, como condición *a priori* de la sociedad, en principio trascendental).

La sociedad surge del pacto, que es producto de la voluntad. Pero el resultado es el consenso, que proviene, a su vez, de la unidad y la concordia. Así, el pacto es una obligación de cada uno frente a todos, y de todos frente a cada uno. Aunque ROUSSEAU no habla de consenso, sino de convención, para subrayar la aceptación de las consecuencias del acuerdo. Esto permite comprender que el cuerpo social se funda sobre derechos que la voluntad general tiene, es decir, en la obligación que vincula indisolublemente al sujeto con el cuerpo colectivo, y no en una voluntad anterior a la unión.

Así, el cuerpo es una persona, y no una máscara superpuesta, como en HOBBES. El acto creador es el pacto, no la ley; esta se limita a animar un cuerpo que ya existe, dándole movimiento y voluntad, pues el acto inicial no determina qué debe hacer para conservarse. KANT mismo dirá que dicho pacto podría considerarse como ley fundamental, del Estado, pero no como una constitución en el sentido de una ley moderna. El pacto, pues, crea al pueblo sin obligar ni ordenar a nada, porque el pueblo ya está dotado de una voluntad.

En la ejecución de Luis XVI se pone de manifiesto que el rey no puede ser juzgado, como un ciudadano, al estar fuera de la comunidad. Esto revela que ROUSSEAU no puede considerarse iusnaturalista: el Derecho natural ni vincula ni juega ningún papel,

al ser la sociedad completamente nueva. Pero el problema está, entonces, en la construcción del legislador, pues al coincidir con la voluntad general, no es materializable, de modo que (y este es el apresurado punto al que quería llegar) el legislador es parte, como uno de los poderes, y todo, como voluntad general, a la vez. Queridos HIERRO y LAPORTA, no me quedan más palabras; en algún otro momento y lugar intentaré ampliar y cerrar el discurso.

UNA INVITACIÓN A SEGUIR PENSANDO SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS

Silvina Álvarez
Universidad Autónoma de Madrid

Una de las importantes contribuciones de L. HIERRO y F. LAPORTA ha sido en el ámbito de los derechos humanos. Ambos se han ocupado del concepto, de su justificación, del contenido y de la titularidad de estos derechos, así como de los procesos históricos que contribuyeron a fraguar la idea; y su trabajo ha sido para mí un estímulo, una motivación, una invitación a seguir pensando sobre los derechos humanos. A partir de sus escritos sobre estas cuestiones, propongo aquí una reflexión sobre las posibilidades de una perspectiva que sin apartarse de los logros conseguidos en el ámbito del concepto y la justificación, nos permita avanzar hacia una noción más incluyente de los derechos humanos.

La teoría de los derechos humanos ha prestado en los últimos años, a través de diversos autores, una mayor atención a las prácticas sociales y políticas que intervienen en la configuración e institucionalización de los derechos. La propuesta apunta a tomar en cuenta el papel que juegan los derechos humanos en la vida política y jurídica, para dotar de eficacia las reivindicaciones que entrañan[1]. Siguiendo esta estela creo que resulta importante poner en relación las herramientas jurídicas con los sujetos a los que ellas se refieren, sus rasgos relevantes, su ámbito de relación y su contexto de actuación. Así, señalaré en lo que sigue la necesidad de revisar la perspectiva desde la que se presentan los derechos humanos de las mujeres, y de hacerlo pensando en el lugar desde el cual las mujeres plantean sus demandas de protección jurídica. A menudo se ha optado por un patrón o molde común, que sería válido para todos, por un lado, y desarrollos específicos, válidos para algunos titulares, entre ellos las mujeres[2]. Señalaré que esta forma de aproximación a los derechos humanos de las mujeres tergiversa a veces el enfoque y, en consecuencia, equivoca la caracterización de los mismos. Me inclinaré por la necesidad de una propuesta de actualización del contenido y la protección de los derechos humanos de las mujeres, lo cual no implica un nuevo modelo de los derechos humanos.

Aunque repensar el contenido de los derechos a menudo puede llevarnos a repensar algunos de los elementos del concepto, no creo que este ejercicio tenga que ponernos en la tesitura de abandonar el concepto original sino, más bien, de redimen-

[1] Sobre este punto *vid.* J. MONTERO, 2016: 285-288.
[2] Sobre «la tradición democrática de la especificación», *vid.* S. MECKLED-GARCÍA, 2015: 301.

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.05
DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, edición especial (2017) ISSN: 0214-8676 pp. 41-46

sionar su alcance. Desde una perspectiva liberal-igualitaria, a menudo se entendió que la forma de corregir las distorsiones que el derecho podía reflejar en relación con los intereses específicamente femeninos, podía provenir de un tratamiento diferente para los casos que revelaban diferencias entre varones y mujeres. Sin embargo, a menudo esta concepción solo ha servido para plantear excepciones al modelo original, evitando una reflexión más amplia sobre el tipo de soluciones jurídicas adecuadas para casos singularmente distintos. En lo que sigue haré una breve referencia a la teoría relacional, marco desde el cual volver a pensar los derechos humanos.

1. LOS DERECHOS DESDE LA PERSPECTIVA RELACIONAL

HIERRO ha identificado los derechos humanos con «intereses o necesidades básicas» (1982) y LAPORTA se ha referido a su carácter absoluto en relación con la importancia de los bienes que protegen (1987: 37). Para lograr una noción de bien, necesidad o interés que sea receptiva a las demandas —genuinas y normativamente plausibles— de los titulares de derechos, resulta fundamental la aproximación a los sujetos-titulares. Este punto es importante porque a veces la construcción jurídica se presenta como el producto de un razonamiento imparcial que expresa sus enunciados sin atender a peculiaridades de ningún tipo, incluidas las del género. Esta perspectiva ha hecho que ese ideal, ese modelo abstracto o abstraído de las características reales de los sujetos, no tomara en cuenta rasgos constitutivos de los individuos-mujeres, rasgos sin los cuales no son tales individuos. La investigación jurídica feminista se ha ocupado de ver qué efectos producen normas pensadas en términos neutrales —o aparentemente neutrales— en relación con el género, cuando se aplican a situaciones de la vida —familiar, laboral, reproductiva, política, sexual— en las que ser varón o ser mujer ubica a las personas en escenarios de significado diferentes. Como señala Katharine BARTLETT en un conocido trabajo sobre metodología jurídica feminista, se puede rastrear una línea de trabajo feminista que no ha cesado de plantear «la pregunta sobre las mujeres»[3], es decir, sobre las consecuencias que las normas, las prácticas consuetudinarias, las decisiones judiciales, las elaboraciones doctrinales, tienen para las mujeres.

En resumen, la propuesta es volver a pensar cuáles son los términos de lo universalizable teniendo en cuenta en quiénes recae la titularidad de los derechos[4]. En una mirada retrospectiva, vemos que la realización de la igualdad fue planteando la necesidad de reconocer no solo las semejanzas sino también las diferencias entre varones y mujeres, con vistas a alcanzar una tutela efectiva de la libertad. Como señala HIERRO, en las distintas fases de consolidación de los derechos humanos, se fueron asentando «derechos específicos de la mujer» (2016: 97). Con el tiempo, surgieron disposiciones legales específicas, como respuesta a situaciones singularmente femeninas. En el ámbito del trabajo, por ejemplo, se hizo necesario introducir salvaguardias con el objeto de

[3] Sobre la metodología jurídica feminista y *«the woman question», vid.* BARLETT, 1991.

[4] Sobre feminismo y universalismo, *vid.* MULLALLY, 2006: xxxii-xxxiii. Como afirma Niamh REILLY, la actualización de los derechos de las mujeres puede hacerse en la línea de autoras que reivindican el compromiso normativo con la universalidad, tales como OKIN, PHILLIPS, NUSSBAUM, entre otras (2009: 7). Sobre abstracción e idealización en relación con la propuesta de O. O'NEILL, *vid.* BELTRÁN, 2001: 194. Sobre la abstracción y la pretensión de neutralidad de las leyes, *vid.* también AÑÓN y MESTRE, 2005: 46-49.

intentar impedir que el embarazo y la maternidad fueran causas de menoscabo en la vida laboral de las mujeres. En el ámbito penal, se fueron incorporando tipos penales que recogieran la especificidad de las agresiones perpetradas contra las mujeres, como la violación, el acoso sexual o la violencia de género.

Esta perspectiva tiene en cuenta como titular de derechos a un sujeto que carece de las llamadas «especificidades» y, de este modo, no llega a percibir que las características que encierra esa especificidad, no son apéndices o agregados al modelo inicial, sino notas centrales de sus titulares, sin las cuales difícilmente se pueda entender el tipo de protección jurídica que demandan. Lo específico forma parte, en realidad, de aquello que está en la base de la titularidad y, por tanto, convendría incorporarlo a la formulación original.

Jennifer NEDELSKY retoma estos temas para analizarlos desde la perspectiva relacional. Para lograr un derecho más incluyente, que recoja los aspectos que la singularidad de las mujeres presenta en la realidad (en relación con la reproducción, la sexualidad, la maternidad, la vida laboral y familiar, las relaciones de pareja, la integridad física, la conciliación, la dependencia), debemos partir de una reflexión sobre la igualdad moral y cómo el derecho puede contribuir a propiciarla. Desde esta perspectiva, tal vez la neutralidad deje de ser un valor central del sistema jurídico para pasar a ser un principio dependiente de la igualdad, cuya pertinencia deberá evaluarse en función de esta última. NEDELSKY propone pensar en los derechos a partir de las relaciones entre las personas, para poner en el centro del análisis el tipo de valores que las normas jurídicas pueden promover (2011: 65-68). Así, por ejemplo, en el derecho de familia, las leyes sobre el matrimonio promueven un tipo de relaciones íntimas al tiempo que desincentivan otros tipos de dichas relaciones (2011: 68), o en el derecho de obligaciones y contratos, las normas que regulan los derechos y obligaciones de arrendadores y arrendatarios han ido configurando, de manera progresiva a través de la historia, un escenario de mayores garantías y seguridad para los segundos (2011: 66).

De manera similar, la autora se detiene a analizar desde la perspectiva relacional, la configuración jurídica de la violencia entre varones y mujeres[5]. El enfoque de la autora parte de estudiar qué formas de intervención jurídica podrían propiciar un cambio de los patrones violentos de relación —antes que detenerse en el enfoque jurídico disuasorio que intenta solo frenar la violencia—. En este sentido, NEDELSKY propone pensar categorías nuevas tanto para el diagnóstico de la situación social sobre la que el derecho debe intervenir, como para diseñar instituciones jurídicas para la protección de las víctimas (2011: 204, 217). Por ejemplo, la autora estudia el consentimiento, noción nuclear del derecho penal para desentrañar la existencia de delitos contra la libertad sexual, a través de la legislación canadiense en la materia, que propone un estándar objetivo en contraposición con la construcción de la defensa basada en la creencia de que existía consentimiento (2011: 218-219). Conforme a dicha legislación, «no es eximente [...] que el acusado creyese que la demandante había consentido la actividad que constituye el objeto de los cargos formulados, cuando (a) la creencia del acusado haya surgido de (i) la intoxicación del acusado por él mismo inducida, o (ii) la falta de percepción de los

[5] Siempre desde la perspectiva relacional, la autora se ocupa también de analizar cuestiones del ámbito constitucional, administrativo y otros. *Vid.* NEDELSKY, 2011.

hechos por imprudencia o propia voluntad; o (b) *el acusado no haya seguido los pasos razonables, en las circunstancias conocidas por el acusado en ese momento, para determinar que la demandante estaba consintiendo*»[6]. NEDELSKY presenta esta legislación para ilustrar un tipo de construcción legal que incorpora la dimensión relacional, en la medida en que propugna a través de la configuración del delito de violación, una intervención jurídica atenta a los elementos contextuales que sirven de marco para construir las distintas opciones y posibilidades de acción, que desestima disposiciones negligentes o carentes de receptividad en las relaciones íntimas (2011: 220-221).

Otro ejemplo sobre el derecho y su capacidad para crear relaciones valorativamente comprometidas lo encontramos en las leyes que regulan la reproducción; estas marcan pautas y modelos de comportamiento, al tiempo que propician posiciones valorativas sobre ellos. En una materia como el aborto, tan sensible en numerosas sociedades, el derecho ha jugado un papel importante para reforzar estereotipos de mujer, de sexualidad y de maternidad; como afirma Robin WEST «necesitamos entender cómo las leyes que criminalizan el aborto construyen "la maternidad"» (2000: 169).

En relación con el embarazo como aspecto de la vida de las mujeres que requiere recepción jurídica, es interesante el itinerario de la jurisprudencia norteamericana en las primeras decisiones sobre subvenciones por embarazo, casos *Geduldig v. Aiello* (417 U.S. 484, 496-497, n. 20, 1974, *equal protection*) y *General Electric Co. V. Gilbert* (429 U.S. 125, 136-140, 1976, *Title VII*), en las que se negaba la universalidad de la prestación sanitaria por embarazo. El argumento entonces utilizado apelaba al hecho que el universo de quienes no se quedan embarazadas no es solo masculino, también hay mujeres que no se quedan embarazadas y, por tanto, no se trataría de una condición universalizable. En un caso posterior (*California Federal Savings and Loan Association v. Guerra*, 107 S. Ct. 683, 1987) en el que la Corte Suprema norteamericana concedió a una mujer embarazada una baja no pagada de cuatro meses, el razonamiento de la Corte consistió en centrarse en los costes que en términos de discriminación podía tener validar los acuerdos sociales existentes[7].

Estos tortuosos desarrollos en torno al embarazo ponen de manifiesto las dificultades de los sistemas jurídicos para incorporar las peculiaridades de la titularidad femenina en la configuración tradicional de los derechos, y señalan la necesidad de revisitar los derechos humanos para intentar un contenido, una interpretación y una aplicación acordes con las demandas de intervención jurídica que plantea la posición de las mujeres en la sociedad.

2. UNA REFLEXIÓN JURÍDICA ORIGINARIA

Desde esta perspectiva, he querido apuntar la necesidad de pensar los derechos humanos de las mujeres teniendo en cuenta sus preocupaciones y contexto de relaciones[8].

---

[6] *Canadian Criminal Code, R.S.C., 1985 chap. C-46, sec. 273.2*, citado en NEDELSKY, 2011: 219.

[7] *Vid.* MINOW, 1991: 364.

[8] Carol GOULD señala seis temas que aparecen de manera recurrente cada vez que se discuten los derechos humanos de las mujeres desde la perspectiva de esas preocupaciones, y que, según la autora, formarían el núcleo de las cuestiones a debatir: 1) las relaciones de responsabilidad y los vínculos de cuidado con otras per-

Esta tarea nos aboca a lo que podríamos llamar una reflexión jurídica originaria. Esto no quiere decir que tengamos que prescindir ni de las bases de fundamentación que proporciona la concepción de los derechos humanos como derechos morales, ni de los elementos conceptuales generales que nos ayudan a definir el contenido de los derechos. Por el contrario, creo que la teoría moral, política y jurídica de los derechos humanos es un recurso indispensable para este ejercicio. Entiendo, en cambio, por «originaria» una reflexión no vinculada por concepciones jurídicas o constricciones dogmáticas que nos impidan hallar nuevas propuestas legales o interpretativas.

Tanto LAPORTA (2000) como HIERRO (2016) han destacado cómo la historia de los derechos humanos se configura a través de la elaboración de conceptos fundamentales (derecho subjetivo, individualismo moral, autonomía, propiedad) que permitieron hacer frente a los abusos de poder. Como afirma HIERRO, «los derechos humanos se inventaron para proteger un ámbito de soberanía individual frente al poder físico o normativo de otros» (2016: 155). Si pensamos en la configuración de los primeros derechos humanos, los derechos civiles y políticos, nos encontramos con que en la génesis y evolución de estos derechos los individuos buscaron fórmulas para poder proteger sus espacios de libertad, salvaguardar su propiedad, realizar sus planes de vida, participar en el ámbito público, expresar sus ideas políticas, etc. Y en la búsqueda de las fórmulas para proteger su voluntad y a través de esta, sus intereses, se configuraron los derechos humanos de esta primera etapa como derechos contra el Soberano, ya que era precisamente del poder político de quien aquellos individuos querían protegerse[9].

Siguiendo esta pauta, podemos volver a pensar, sin constricciones, cómo se constituye el ámbito de soberanía individual de las mujeres, y frente a quiénes y con qué diseño jurídico se puede proteger mejor. Reflexionar sobre los ámbitos en los que las mujeres se sienten especialmente desprotegidas cuando tienen que ejercer su capacidad de elección, trazar su plan de vida o salvaguardar aquello que consideran valioso. Se trataría entonces de desvelar cuáles son las situaciones personales, sociales y culturales respecto de las cuales las mujeres se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad y, por tanto, demandan protección jurídica. Algunas de tales situaciones son ampliamente conocidas: el tráfico y trata de mujeres y niñas, la violencia sexual, el maltrato y la violencia doméstica, la prostitución, la pornografía, el acoso sexual, la violencia reproductiva, las esterilizaciones forzosas, los matrimonios forzosos, la mutilación genital, etc. Estos ejemplos vienen a señalar espacios de la vida de las mujeres —sexualidad, contexto doméstico, relaciones familiares, reproducción— en los que se hace especialmente necesaria la intervención del Estado a través de un sistema de derechos y garantías.

Una reflexión jurídica originaria sobre el contenido de los derechos humanos de las mujeres y sobre los medios adecuados para su protección jurídica nos brinda a su vez la oportunidad de repensar el concepto desde la perspectiva relacional, confrontando voluntades e intereses. Como lo expresara Alda FACIO, las cuestiones que preocupan en relación con las mujeres y el derecho no solo tienen que ver con la discriminación

---

sonas; 2) la distinción público-privado; 3) la conexión fuerte entre derechos de las mujeres y derechos sociales y económicos; 4) la viabilidad de la noción de derechos específicos para las mujeres; 5) los desafíos de la diversidad cultural, y 6) la globalización y la regionalización en relación con los derechos de las mujeres (2002: 4-5).

[9] *Vid.* H. CHARLESWORTH, 1994: 71.

en la aplicación de las normas, sino que «se deben también a las leyes que no existen, a todas las instituciones que no se han creado» (1999: 108).

BIBLIOGRAFÍA

AÑÓN ROIG, M. J., y MESTRE I MESTRE, R., 2005: «Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y Derecho», en J. BOIX REIG y E. MARTÍNEZ GARCÍA (coords.), *La nueva Ley contra la Violencia de Género,* Madrid: Iustel.

BARTLETT, K. T., 1991: «Feminist Legal Methods», en K. BARTLETT y R. KENNEDY (eds.), *Feminist Legal Theory. Readings in Law and Gender*, Boulder: Westview Press.

BELTRÁN, E., 2001: «Justicia, democracia y ciudadanía: las vías hacia la igualdad», en E. BELTRÁN y V. MAQUIEIRA, *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Madrid: Alianza.

CHARLESWORTH, H., 1994: «What are 'Women's International Human Rights'?», en R. J. COOK (ed.), *Human Rights of Women. National and International Perspectives*, Philadelpia: University of Pennsylvania Press.

FACIO, A., y FRIES, L. (eds.), 1999: *Género y Derecho*, La Morada, Santiago de Chile: American University, Lom Ediciones.

GOULD, C. C., 2002: «Conceptualizing Women's Human Rights», *Working Paper,* RSC núm. 2002/40, San Domenico, Firenze: European University Institute, Badia Fiesolana. También en C. C., *Globalizing Democracy and Human Rights*, Cambridge University Press, 2004, 139-155.

HIERRO, L., 1982: «Derechos humanos o necesidades humanos. Problemas de un concepto», *Sistema,* núm. 46.

— 2016: *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia,* Madrid: Marcial Pons.

LAPORTA, F., 1987: «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa,* núm. 4.

— 2000: «El concepto de los derechos humanos», en R. SORIANO DÍAZ, C. ALARCÓN CABRERA y J. J. MORA MOLINA (eds.), *Diccionario Crítico de los Derechos Humanos*, Universidad Internacional de Andalucía.

MECKLED-GARCÍA, S., 2015: «Specifying Human Rights», en CRUFT, LIAO y RENZO (eds.), *Philosophical Foundations of Human Rights*, Oxford University Press.

MINOW, M., 1991: «Feminist Reason: Getting It and Losing It», en K. T. BARTLETT y R. KENNEDY (eds.), *Feminist Legal Theory. Readings in Law and Gender*, Boulder: Westview Press.

MONTERO, J., 2016: «Una metodología para pensar sobre los derechos humanos», en G. LARIGUET (comp.), *Metodología de la investigación jurídica*, Argentina: Brujas.

MULLALLY, S., 2006: *Gender, Culture and Human Rights. Reclaiming Universalism*, Oxford: Hart Publishing.

NEDELSKY, J., 2011: *Law's Relations. A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*, Oxford University Press.

REILLY, N., 2009: *Women's Human Rights. Seeking Gender Justice in a Globalizing Age*, Cambridge, UK: Polity Press.

WEST, R., 1988: «Jurisprudence and Gender», *University of Chicago Law Review*, vol. 55, núm. 1, 1-70. Traducción al castellano de P. LAMA LAMA, *Género y teoría del derecho*, Bogotá: Ediciones Uniandes.

EL SENTIDO MORAL DEL IMPERIO DE LA LEY: TESIS Y CONSECUENCIAS

Francisco Javier Ansuategui Roig
Universidad Carlos III

Abordaré algunos aspectos de la argumentación que Francisco LAPORTA ha desarrollado sobre la noción de imperio de la ley, de la que se pueden extraer consecuencias que afectan a la relación entre el Derecho y la moral. Con ello subrayaré —entre otras cosas— la centralidad, en el panorama de los problemas iusfilosóficos, de los temas sobre los que LAPORTA se ha interesado.

1. La manifestación más importante de la preocupación de LAPORTA por el tema es el libro *El imperio de la ley. Una visión actual* (2007) en donde se retoman argumentos desarrollados anteriormente. Cada cual tiene sus preferencias a la hora de identificar temas en los que centrar la atención investigadora en el amplio marco de la filosofía del Derecho. Hay cuestiones más periféricas que otras, que ocupan por el contrario un lugar central. Más allá de las «modas» que en ocasiones pueden centrar la atención del gremio iusfilosófico, hay cuestiones que ocupan un lugar fundamental en nuestra materia. Así, la centralidad de la relación entre la razón y la voluntad, expresión de dos dimensiones del Derecho que aparecen constantemente, con perfiles en ocasiones novedosos, en los problemas principales que nos planteamos en nuestro ámbito (ANSUATEGUI ROIG, 2013). Dos cuestiones se derivan de ahí: la relación entre el Derecho y el Poder y la relación entre el Derecho y la moral. Son ámbitos que centran la atención de aquel que se aproxima al Derecho en perspectiva filosófica y que condicionan la forma de conceptualizar y justificar el Derecho.

La reflexión sobre el imperio de la ley implica plantearse el tema del control jurídico del Poder e invita a asumir una posición respecto a la relación entre el Derecho y la moral. Quien se ocupa durante su carrera académica del tema no ha centrado su atención precisamente en cuestiones que se pudieran considerar periféricas o parroquiales.

2. La noción de imperio de la ley puede ser entendida de diferentes maneras. Cabe un concepto estricto y un concepto amplio. El primero, hace referencia a la reivindicación del valor y de la posición de una norma específica —la ley— que ocupa una posición determinada en el sistema y que es expresión de la voluntad política del legislador. El segundo, supone una reivindicación del valor del Derecho como modelo de organización de las conductas que recurre a las reglas como estrategia normativa. Optar por alguna de estas dos posibilidades no es intrascendente a la hora de interpretar la relación —en términos de semejanzas o diferencias— entre el Estado de Derecho y el Estado constitucional. Frente al «cambio genético» al que se refiere ZAGREBELSKY

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.06
DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, edición especial (2017) ISSN: 0214-8676 pp. 47-52

para caracterizar la superación del Estado (legislativo) de Derecho por parte del Estado constitucional, cabe defender que este es un modelo evolucionado y complejo de aquel (con una profundización de las estrategias limitativas del Poder), conservándose la idea principal, el imperio del Derecho, que ahora se presenta en forma de imperio de la Constitución.

Creo que LAPORTA asume un planteamiento respecto al sentido del imperio de la ley más cercano al concepto estricto, presentándose como un «legalista», quizás no perfecto (LAPORTA, 2007: 14). En tiempos de constitucionalismo como los que corren, dicha caracterización puede ser problemática para algunos. Pero se trata de entender qué se quiere decir cuando se hace referencia al legalismo. Puede parecer problemático un legalismo que nos propone abandonar la «explicable obsesión por la Constitución» (LAPORTA, 2007: 14), o la excesiva «condescendencia» de algunos respecto a «ciertos ingredientes que se estiman novedosos de los órdenes jurídicos presididos por una Constitución» (LAPORTA, 2008: 148). Condescendencia y obsesión entendidos como rasgos del ambiente jurídico y doctrinal de nuestros días. Es problemático si supone desconocer las consecuencias e implicaciones —jurídicas y políticas— que para la teoría de la producción normativa, la teoría de la norma, de la interpretación y aplicación del Derecho, por ejemplo, derivan de la naturaleza constitucional de nuestros sistemas. Pero es diferente reivindicar la centralidad —que no supremacía o superioridad— de la ley, su legitimidad, su potencialidad como elemento regulador de las conductas humanas, con una capacidad de responder a demandas de carácter ético en una superación de un discurso estrictamente formalista (LAPORTA, 2007: 167). Reivindicar el valor de la ley como estrategia de regulación del comportamiento frente a otras posibilidades, atribuyendo valor a esta forma de entender el Derecho, puede ser una buena presentación del legalismo.

3. LAPORTA considera que la idea de imperio de la ley está basada en una teoría de la autonomía personal, fundamento moral del imperio de la ley, y constituida por cuatro componentes: la libertad negativa para llevar a cabo acciones, el control racional de la satisfacción de preferencias de acuerdo con su jerarquía estratificada, la proyección de las decisiones reflexivas en el tiempo y la conformación de planes de vida generales y abstractos interrelacionados (LAPORTA, 2007: 17-37).

La idea de autonomía supone el reconocimiento del sujeto como protagonista cuando planifica y proyecta sus acciones y su trayectoria, e implica capacidad de autogobierno, entendida como un ideal regulativo, «en el sentido de que toda nuestra comprensión de la cultura descansa en la presuposición de que es deseable que los seres humanos se definan a sí mismos a través de su propia capacidad de decisión» (LAPORTA, 2007: 37). Somos «criaturas planificadoras» (LAPORTA, 2007: 32). Esta dimensión planificadora se puede ver dificultada por el carácter social del individuo, inserto en una sociedad en la que hay un gobierno que produce normas coactivas: «Cuando estoy sujeto a normas [...] *no soy* un agente moral autónomo, porque ser un agente con esas características parece excluir, por definición, la acción del poder político sobre mi conducta» (LAPORTA, 1994: 137). Si el principio de autonomía es una exigencia moral, la inclusión en una sociedad parece también algo inevitable. Es la tensión entre algo exigido y algo inevitable, a la que se ha referido Ernesto GARZÓN VALDÉS: «El gran desafío teórico con el que se encuentra la teoría moral y política del liberalismo es cómo

armonizar su suposición básica según la cual los individuos, en tanto seres autónomos, procuran formular sus planes de vida privilegiando la realización de sus propios intereses, con el establecimiento necesario de un orden social heterónomo que preserve esta autonomía» (GARZÓN VALDÉS, 2000: 10).

Esta tensión se pretende gestionar a través de la articulación del poder político y del Derecho de un modo prudencial; constatada la existencia de conflictos de intereses en el grupo humano, es necesaria la institución de una autoridad que pueda actuar disuasoriamente y que pueda ejercer la coacción y el monopolio en el uso legítimo de la fuerza. Pero de la existencia de esa autoridad también se pueden derivar peligros para la autonomía personal: «La suerte de los propósitos y proyectos de los seres humanos bajo un poder ilimitado de estas características no sería, desde luego, muy envidiable y la dignidad del hombre entendida como autonomía individual estaría supeditada nuevamente a los excesos de un mecanismo tan veleidoso, insaciable e impredecible como el que más» (LAPORTA, 1994: 137). Para evitar estos peligros existen tres ideales básicos, de carácter moral: el imperio de la ley, los derechos del hombre y el principio democrático.

¿Cómo explica LAPORTA la relación que existe entre imperio de la ley y autonomía personal? Para él, el imperio de la ley constituye un «universo ético»; no es algo consustancial a la existencia del Derecho, sino un «postulado metajurídico»: «Una exigencia ético-política o un complejo principio moral que está más allá del puro derecho positivo»; en definitiva, su ámbito no es el del Derecho que es, sino el del Derecho que debe ser (LAPORTA, 1994: 135).

Para comprender la vida cotidiana y las decisiones que los individuos toman de manera ordinaria es necesario tener en cuenta el condicionamiento derivado de la existencia de normas jurídicas. El Derecho puede facilitar esas decisiones o dificultarlas. LAPORTA asume la distinción —apoyada en la diferenciación entre tipos de racionalidad desarrollada por ELSTER— entre dos contextos en los que se adoptan decisiones: el paramétrico (estable, constante, fijo) y el estratégico (cuyos componentes están sometidos a variaciones). El primero asegura la predecibilidad en mayor medida. El Derecho tiene mucho que decir a la hora de la configuración de los contextos de decisión como paramétricos o estratégicos. El imperio de la ley permite que el Derecho constituya contextos paramétricos de decisión, creando condiciones de estabilidad que permiten al individuo adoptar decisiones en un marco de certeza, previsibilidad y predecibilidad. Se tienen en cuenta los elementos del contexto y sino las consecuencias de sus decisiones y acciones. Desde el momento en que los contextos de decisión dejan de ser estratégicos para convertirse en paramétricos, podemos generar expectativas basadas en la probabilidad y en la regularidad.

Para que la constitución de dichos contextos paramétricos pueda tener lugar a través del imperio de la ley, el Derecho debe constituirse de cierta manera: 1) debe estar constituido por un conjunto de normas, entendidas como reglas, ya que solo así se pueden crear condiciones de regularidad en el marco de la cuales los individuos puedan adoptar decisiones en contextos paramétricos; 2) las normas deben tener una determinada estructura: deben ser emitidas por una autoridad reconocida y ser generales, prospectivas, estables, claras y ciertas; 3) en relación con la interpretación y aplicación del Derecho, el imperio de la ley exige determinados requisitos institucionales, condi-

ciones de imparcialidad, teniendo en cuenta determinadas exigencias argumentativas. El principal requisito institucional es el de la separación de poderes, que garantiza la existencia de una institución independiente a la que acudir cuando se producen casos de violación del Derecho o problemas en la interpretación del mismo, pudiendo asegurar la autonomía individual desde el momento en que se sabe que nadie va a poder «establecer limitaciones, atribuir responsabilidades ni acordar sanciones que no estuvieran previstas de antemano por la norma» (LAPORTA, 1994: 143). Las condiciones de imparcialidad se identifican con los denominados «principios de justicia natural», tendentes a asegurar la imparcialidad del juez en el proceso y la igualdad de las partes. Las exigencias de argumentación tienen que ver con la primacía del razonamiento deductivo, que toma como premisa básica a las normas jurídicas, entendidas como reglas generales y ciertas, excluyendo preferencias personales y premisas fácticas apoyadas en hechos no probados.

Frente a una concepción instrumental del imperio de la ley (para RAZ el imperio de la ley es un requisito para que el Derecho cumpla sus fines —guiar las conductas— para lo cual debe estar configurado de manera que pueda efectivamente guiar esas conductas, sin que ello implique la calificación moral de esos fines) (RAZ, 1982), LAPORTA no presta atención a esta concepción instrumental, aunque reconoce que la satisfacción de las exigencias del imperio de la ley es compatible con grandes dosis de injusticia (LAPORTA, 2002: 127). Para él, el imperio de la ley constituye un universo ético: es un instrumento de garantía de la autonomía y de la dignidad humanas. La garantía de la dignidad es una consecuencia del imperio de la ley: el Derecho debe configurarse de acuerdo con sus exigencias porque ello es imprescindible para lograr su objetivo (la guía de las conductas), y como consecuencia de ello se garantiza la dignidad. De lo contrario, se podría estar afirmando que la finalidad directa del Derecho es garantizar la dignidad. Desde un punto de vista normativo puede ser así, pero no desde un punto de vista descriptivo. Para LAPORTA el Derecho debe garantizar la dignidad y la autonomía; pero para ello es necesario que esté configurado de determinada manera.

4. La teoría del imperio de la ley presentada por LAPORTA tiene connotaciones que afectan al problema de la relación entre Derecho y Moral, en concreto a la tesis de la separación. De ella se pueden derivar consecuencias respecto a la adscripción iusnaturalista o positivista de sus postulados.

Se afirma, de una parte, que los requisitos del imperio de la ley, y la misma idea de imperio de la ley, son una condición necesaria de la juridicidad: un determinado grado de cumplimiento de las exigencias del imperio de la ley es imprescindible no para la justicia del Derecho, sino para su misma existencia. El imperio de la ley es el de las reglas: aquí se constata la contradicción entre el concepto de Derecho y la idea de arbitrariedad. Por otra, se presenta una lectura moral del imperio de la ley, merecedor de valoración moral positiva a partir de su estatus de condición necesaria de la satisfacción de las exigencias de la autonomía personal. Si se afirma el sentido moral del imperio de la ley, y al mismo tiempo su relación necesaria con el concepto de Derecho, surge la pregunta sobre la relación entre el Derecho y la moral que se está defendiendo. Si el imperio de la ley tiene un valor moral y su existencia es imprescindible en el Derecho, que se distingue de la arbitrariedad, entonces el Derecho tiene un rasgo necesario

que tiene que ver con su valor moral: estaríamos afirmando la relación necesaria entre el Derecho y la moral.

En este punto es posible referirse a la interpretación de la tesis de la separación y a la distinción entre diversas acepciones del iusnaturalismo. Creo que la adecuada interpretación de la tesis de la separación conceptual es aquella que afirma la no necesaria conexión conceptual entre el Derecho y la moral *considerada correcta*. ALEXY diferencia dos versiones de la tesis de la conexión necesaria (ALEXY, 1994: 79): la *débil* (la «tesis moral»), señala que existe una relación necesaria entre el Derecho y *alguna* moral, y la *fuerte* afirma la relación necesaria entre el Derecho y la moral *correcta*. La tesis débil no supone la negación de la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral, siempre que estemos hablando de moral correcta. De la misma manera, no creo que la tesis débil sirva para demostrar la conexión necesaria entre el Derecho y la moral, por lo menos en el sentido que a dicha propuesta le ha dado el iusnaturalismo, vinculado a la afirmación de la necesaria evaluación moral positiva que merece el Ordenamiento a partir de su concurrencia con la moral, identificada con el Derecho natural. Así, no habría contradicción entre la afirmación de la conexión entre el Derecho y la moral y la tesis débil. Afirmar que en un Ordenamiento siempre vamos a encontrar planteamientos morales no implica afirmar: 1) que esos planteamientos morales deben ser necesariamente unos concretos y no otros, y 2) que esos planteamientos morales son correctos desde el punto de vista de una moral crítica o esclarecida. La existencia de dimensiones morales en el Derecho no implica necesariamente corrección moral.

Podemos hacer referencia también a la distinción entre iusnaturalismo débil e iusnaturalismo fuerte, que en realidad es una manifestación de la distinción entre iusnaturalismo deontológico y ontológico (PASSERIN D'ENTREVES, 1962: 161 y ss.). El primero establece una conexión necesaria entre el Derecho y la moral ya que aquel es un medio para alcanzar fines u objetivos (paz, seguridad, certeza) que merecen una valoración moral positiva. Son estos los que tienen un carácter moral que, a través de la relación medio-fin que se establece con el Derecho, repercutiría en este; el segundo predica el valor moral del Derecho, en cuanto vinculado por el Derecho natural, sin depender de su carácter instrumental.

Las exigencias del imperio de la ley tienen carácter moral en la perspectiva del iusnaturalismo débil, pues son requisitos necesarios para alcanzar objetivos apreciables moralmente. Un Derecho que cumpla con las exigencias del imperio de la ley puede tener unos contenidos que merezcan una evaluación moral negativa. Nada excluye la posibilidad de que un sistema cree condiciones de seguridad y certeza en el marco de los cuales un grupo étnico va a ser discriminado. Sus miembros disponen, con el suficiente grado de certeza, de la información sobre las consecuencias de sus actos o de su pertenencia al grupo. ¿Cómo se puede calificar lo anterior a partir de la propuesta de comprensión del Derecho presentada por el iusnaturalismo en sentido débil? Estaríamos obligados a emitir dos juicios morales: uno referido a la estructura del Ordenamiento, y otro a su contenido. En el ejemplo anterior, estaríamos ante un sistema jurídico que satisface los criterios de la moral interna del Derecho propuestos por FULLER. El juicio moral sería *prima facie* positivo, ya que el Derecho desarrolla una función de información, permite saber (CALAMANDREI, 2016: 33); ese juicio positivo no sería posible en el caso de los contenidos normativos.

Un Ordenamiento que satisfaga las exigencias del imperio de la ley puede ser considerado injusto o inmoral. Entre un iusnaturalismo débil y un positivismo que afirme la no necesaria relación entre el Derecho y la moral correcta existen diferencias que tienden a difuminarse. Esto puede ser un indicio de que, realmente, en la Filosofía del Derecho las etiquetas no son tan importantes como las tesis que se esconden tras las mismas. No creo que Francisco LAPORTA tenga reparos frente a esta afirmación.

REFERENCIAS

ALEXY, R., 1994: *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona: Gedisa.

ANSUATEGUI ROIG, F. J., 2013: *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Madrid: Dykinson.

CALAMANDREI, P., 2016: *Sin legalidad no hay libertad*, Madrid: Trotta.

GARZÓN VALDÉS, E., 2000: «Hipocresía, simpatía y Estado de Derecho», *Claves de razón práctica*, núm. 101.

LAPORTA, F. J., 1994: «Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz», *Doxa,* I/15-16.

— 2002: «Imperio de la ley y seguridad jurídica», en E. DÍAZ y J. L. COLOMER (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Madrid: Alianza.

— 2007: *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid: Trotta.

— 2008: «Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Iustel, núm. 0.

PASSERIN D'ENTREVES, A., 1962: *La dottrina del diritto naturale*, Milano: Edizioni di Comunità.

RAZ, J., 1982: «El Estado de Derecho y su virtud», en *id., La autoridad del Derecho*, trad. y notas de R. Tamayo Salmorán, México: UNAM.

HIERRO Y LAPORTA SOBRE LOS DERECHOS

Manuel Atienza
Universidad de Alicante

1. Francisco LAPORTA y Liborio HIERRO han sido para mí, desde que los conocí a mediados de los setenta, dos hermanos mayores en el oficio iusfilosófico. Uso la expresión «hermanos mayores» aproximadamente en el mismo sentido en el que recientemente lo ha hecho uno de ellos —LAPORTA— para referirse a sus tres hermanos mayores (Elías DÍAZ, Javier MUGUERZA y Salvador GINER), aunque variando un poco la connotación del concepto: pues HIERRO y LAPORTA han influido mucho sobre mi manera de ver la filosofía del Derecho, he aprendido también mucho de los dos, pero la verdad es que no recuerdo (quizás por la distancia geográfica en la que hemos vivido) que nunca me hayan impacientado o irritado[1]. Pues bien, una de esas cosas importantes que he aprendido de ellos, y que creo haber transmitido a otros, es a entender adecuadamente lo que significa tener un derecho humano. En efecto, ellos dos, cada uno por separado, escribieron en la década de los ochenta sendos artículos destinados a esclarecer la noción de derechos humanos que, en mi opinión (y en la de muchos otros), constituyen una aportación fundamental en la elaboración de ese concepto, verdaderamente central para la concepción contemporánea del Derecho. Me refiero al artículo de HIERRO publicado en 1982, «¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto»[2], y al de LAPORTA, en 1987, «El concepto de derechos humanos»[3]. A pesar de ser, como digo, dos trabajos ampliamente conocidos e influyentes entre los iusfilósofos españoles, empezaré por hacer una breve presentación de cada uno de ellos, para luego añadir dos comentarios o, quizás mejor, dos preguntas.

2. HIERRO parte de lo insatisfactorio que resultaba (escribe a comienzos de los ochenta) que el lenguaje de los derechos, ampliamente usado en el debate político, no tuviera una adecuada réplica en el plano teórico. Esa insatisfacción teórica se debería, básicamente, a estos dos factores: a la tendencia a considerar los derechos como algo derivado de los deberes (de manera que el concepto que habría que tomarse en serio sería este último, el de deber); y a que la noción de «derecho subjetivo» a la que había acudido como instrumento teórico el pensamiento jurídico no sólo resulta inadecuada

[1] LAPORTA («Javier Muguerza y los peldaños hacia los derechos humanos», en VVAA, *Diálogos con Javier Muguerza,* Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2016) afirma que los hermanos mayores (refiriéndose, sin duda, a los tres mencionados, pero no queda claro si a toda la clase de los «hermanos mayores») «tienen como tales, además de la característica de influirnos y enseñarnos mucho, también la de impacientarnos algunas veces y hasta la de irritarnos de vez en cuando» (p. 323).

[2] Se publicó en la revista *Sistema,* núm. 46, enero de 1982.

[3] En *Doxa,* núm. 4.

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.07

para dar cuenta de ciertos derechos humanos, sino que «se ha convertido —decía— en un obstáculo teórico contra cualquier intento de formular una teoría nueva de los derechos» (p. 46).

En relación con esto último, HIERRO se ocupa entonces (y ha seguido haciéndolo después) de analizar las dos teorías clásicas sobre los derechos, la de la voluntad o de la elección y la del interés o del beneficiario. Señala cuáles son las ventajas e inconvenientes de cada una de ellas, en sus diversas variantes. Y opta por una versión de la segunda de esas dos teorías (la teoría del beneficiario de MACCORMICK) que pone en primer plano la noción de necesidad (de ahí el título de su artículo). Lo que a mí me parece más importante del análisis de HIERRO es el haber señalado que el concepto de derechos humanos tiene una dimensión moral inesquivable. Lo que permite distinguir, según él, un simple deber de hacer algo a favor de alguien, de un deber basado en un derecho es precisamente una «diferencia moral»: «Cuando afirmamos que algo debe hacerse a favor de alguien porque tiene derecho a ello, queremos probablemente decir que es bueno hacerle tal cosa y que sería malo dejar de hacerlo. O sea, que se trata de una necesidad, interés o deseo de un sujeto ante la cual se obra bien *si y sólo si* se la satisface» (p. 54). El que la mayor parte de los derechos tengan la estructura de una libertad significa para él que la «libertad es una, y probablemente la principal, necesidad que entendemos debe ser satisfecha» (p. 57). Y de todo ello concluía esta definición de lo que supone tener un derecho: «Es tener una necesidad cuya satisfacción hay razones suficientes para exigir en todo caso; consecuentemente, tener un derecho es, jurídicamente hablando, tener una necesidad que las normas del sistema jurídico exigen satisfacer en todo caso» (p. 57).

Esa concepción de los derechos tendiente a considerarlos como razones, como necesidades o como valores le lleva a defender la tesis de la correlatividad entre los derechos y los deberes, pero otorgando prioridad a los primeros, a los derechos:

> La conclusión es, por tanto, que los derechos implican siempre deberes correlativos y que cuando no haya razones suficientes para imponer sobre nadie tales deberes, es que no hay razones suficientes para afirmar el derecho que, con ellos, se habría de satisfacer. Pero, al mismo tiempo, el punto de vista aquí sostenido supone que los derechos son lógica y axiológicamente anteriores a los deberes. Establecida una necesidad que consideramos exige ser satisfecha en todo caso, por su importancia y por la existencia de posibilidades para hacerlo, podemos *luego* establecer sobre quién recae el deber correlativo. La existencia del derecho puede, además, sostenerse una vez desaparecido el obligado, estableciéndose entonces el deber sobre otro. En términos de razonamiento moral esto significa que los derechos sirven como justificación de los deberes (p. 60).

Pues bien, lo que llevó a LAPORTA a escribir el artículo antes recordado fue también su insatisfacción ante la falta de precisión teórica con que se manejaba el concepto de derechos humanos. En particular, a él le parecía intuitivamente incompatible la tendencia a aumentar la nómina de los derechos humanos con la idea de que estos constituyen las exigencias de carácter más básico —más fuertes— de los sistemas morales, políticos y jurídicos. Y la ratificación de esa intuición, su conversión en una tesis teóricamente fundada, tiene lugar, en el artículo de LAPORTA, a través de una concepción de los derechos humanos que se puede articular en dos pasos.

En el primero, se trata de aclarar qué significa una expresión del tipo «A tiene derecho a X». La respuesta de LAPORTA es que esa noción, la de tener derecho, es relativa a un sistema normativo, pero no exclusivamente de carácter jurídico, de ma-

nera que los derechos pueden ser también derechos morales. Pero además, y esto es lo fundamental, los derechos no hacen referencia, en su opinión, tanto a las normas como a las razones que justifican la existencia de esas normas; o sea, que una cosa son los derechos, y otra las técnicas de protección de los derechos: «Los derechos son, por así decirlo, la expresión de una especial consideración que los sistemas normativos atribuyen a ciertas situaciones o estados de cosas relativos a los individuos de una cierta clase. En realidad estas parecen ser siempre las dos dimensiones básicas de la noción de "derecho": El valor especial que atribuye a un cierto estado de cosas como digno de protección y la adscripción "individualizada" (en sentido amplio) de ese bien o beneficio y su protección» (p. 29). Y LAPORTA presenta una definición de la noción de derecho también inspirada (como la de HIERRO) en MACCORMICK y cuyos componentes serían:

> *a)* La adscripción a todos y cada uno de los miembros individuales de una clase de [...].
>
> *b)* [...] una posición, situación, aspecto, estados de cosas, etc.
>
> *c)* [...] que se considera por el sistema normativo un *bien* tal que constituye una razón fuerte [...].
>
> *d)* [...] para articular una protección normativa en su favor a través de la imposición de deberes u obligaciones, la atribución de poderes e inmunidades, la puesta a disposición de técnicas reclamatorias, etc. (p. 31).

El segundo paso que LAPORTA da en su artículo consiste en señalar cuáles son los rasgos formales y estructurales de la noción de derechos humanos. De acuerdo con él, se trataría de la universalidad (se adscriben a todos los seres humanos), el carácter absoluto (las razones que proveen son las que tienen un carácter más fuerte) y la inalienabilidad (son atribuidos a cada uno ineludiblemente, al margen de su consentimiento o contra él). Lo que significa que «los derechos humanos tratan de configurarse como una forma de expresión de los propios rasgos constitutivos de la moralidad interindividual, o, para utilizar un lenguaje kantianizado, de las condiciones de posibilidad del mundo moral» (p. 44).

3. El primero de mis comentarios proviene de una comparación entre esos dos trabajos y, más en general, entre la concepción de cada uno de nuestros autores sobre los derechos humanos. Y lo que hay que decir al respecto es que se trata de dos visiones de los derechos no únicamente compatibles entre sí, sino coincidentes en lo esencial. En realidad, las contribuciones de HIERRO y de LAPORTA son la expresión, en el campo de la iusfilosofía española, del cambio que por aquella época (a partir de finales de los setenta) estaba teniendo lugar en la iusfilosofía analítica anglosajona: el paso de una concepción puramente normativista de los derechos (a la manera de HOHFELD o de HART) a otra que los concebía más bien en términos de valores, de bienes o de razones (como es el caso de MACCORMICK o de RAZ). Además, LAPORTA y HIERRO tienen concepciones muy parecidas en materia de ética y de metaética. Ambos son no-cognoscitivistas, pero sólo en la medida en que no creen que exista algo así como hechos morales y, por ello, los juicios morales —en opinión de ambos— no pueden ser calificados como verdaderos o falsos[4]. Ahora bien, los dos están muy lejos

[4] *Vid.,* al respecto, el reciente libro de HIERRO, *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia,* Madrid, Marcial Pons, 2016; o la entrevista a Francisco LAPORTA publicada también recientemente en *Doxa* (núm. 38, 2015).

del emotivismo ético: LAPORTA, por ejemplo, considera que la reflexión de carácter moral ha alcanzado una alta cota «de racionalidad y objetividad» (2015: 563); y HIERRO se ha decantado por un constructivismo ético, en la línea de RAWLS, de ALEXY o de DWORKIN (2016: 132-133).

Esa esencial coincidencia es compatible, sin embargo, con alguna diferencia de énfasis o de matiz. Así, mientras que el planteamiento de HIERRO, a la hora de configurar el concepto de derechos humanos, parece estar volcado sobre todo hacia los problemas de positivización, el de LAPORTA apunta más bien hacia la fundamentación moral de los derechos. Puede parecer sólo una cuestión de acento, pues ni HIERRO desconoce la importancia de la fundamentación [y de ahí su alejamiento en este punto de BOBBIO (*vid.* HIERRO, 2016: 131-132)], ni para LAPORTA es indiferente la cuestión de la positivización (recuérdese cuál había sido la motivación de su artículo). Pero sí podría marcar alguna diferencia el hecho de que lo que estaba detrás del artículo de HIERRO era la necesidad de incorporar derechos humanos (los económicos y sociales o los de los niños) que caían fuera de la concepción tradicional, mientras que el objetivo de LAPORTA iba en el sentido opuesto, o sea, lo que él buscaba era mostrar la necesidad de no ampliar, o de restringir, el elenco de los derechos. Insisto en que se trata únicamente de una cuestión de acentos, pero me pregunto (y pregunto a los autores) si esa posible diferencia[5] tiene que ver con sus discrepancias en relación con la interpretación de la noción de Estado de Derecho y, en particular, del imperio de la ley: la de HIERRO —según sus propias palabras— sería una interpretación «fuerte», al introducir el elemento democrático, y la de LAPORTA, «débil», pues sólo tomaría en cuenta «criterios estructurales en la formulación y aplicación de las normas jurídicas»[6].

Y el segundo y último comentario tiene directamente la forma de una pregunta que, en realidad, ya les he hecho, en alguna ocasión, a ambos: ¿Por qué su empeño en seguir considerándose como autores iuspositivistas cuando sus concepciones de los derechos tendrían que llevarles más bien hacia lo que hoy solemos llamar «postpositivismo»? No puedo obviamente entrar en detalles sobre esas dos concepciones del pensamiento jurídico, y me limito a señalar lo siguiente. Si aceptamos la caracterización usual del positivismo jurídico, es obvio que ellos dos suscriben la tesis de las fuentes sociales, pero no es menos obvio que lo mismo hacen los autores postpositivistas e incluso los iusnaturalistas que hoy cuentan [como ha señalado recientemente el propio LAPORTA (2015: 564)]; de manera que ese, simplemente, ha dejado de ser un rasgo a tener en cuenta para caracterizar una concepción del Derecho. Mientras que no es fácil advertir en qué sentido su concepción de los derechos (la de cada uno de ellos) es compatible con alguna interpretación plausible de la tesis de la separación entre el Derecho y la moral, tal y como tradicionalmente la ha entendido el positivismo jurídico. Quizás no sea casual el hecho de que su (de ambos) concepción de los derechos es prácticamente la antítesis de la de KELSEN y claramente distinta de la de HART; y que en sus últimos trabajos, MACCORMICK reconoció que el positivismo jurídico no era una

[5] HIERRO se ha referido a esa tesis de la escasez de los derechos de LAPORTA (en HIERRO: 158-159) pero en términos, yo diría, un tanto elusivos.

[6] *Vid.* L. HIERRO, «El imperio de la ley y la crisis de la ley», en *Doxa,* núm. 19, 1996, 4; y F. LAPORTA, «Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz», en *Doxa,* núms. 15-16, vol. II, 1994.

concepción sostenible en ninguna de sus versiones. En resumen, y a riesgo de simplificar mucho una cuestión compleja, lo que yo quiero plantearles es cómo pueden hacer compatibles estas tres tesis que los dos parecen suscribir: la defensa del positivismo jurídico; la asunción de que los derechos humanos juegan un papel central en nuestros ordenamientos jurídicos; y la configuración de estos últimos en términos de valores, bienes o razones morales.

EL PAPEL DE LA IGUALDAD EN LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES DE FRANCISCO LAPORTA

Borja Barragué
Universidad Autónoma de Madrid

1. INTRODUCCIÓN

Me alegra mucho que se me haya dado la posibilidad de participar en este homenaje. Tanto Liborio HIERRO como Francisco LAPORTA se han ocupado de los derechos sociales en alguno de sus trabajos[1]. Y como no podía ser de otra manera, comparto el 99,99 por 100 de lo que dicen. Pero, parafraseando a Jahel QUERALT en su artículo para este homenaje, a los filósofos (analíticos) nos pagan por discutir. Así que intentaré ganarme el sueldo.

El objeto de estas páginas es analizar y discutir el lugar que ocupa la (des)igualdad en la concepción de los derechos sociales que Francisco LAPORTA presenta en *Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema* (LAPORTA, 2004). En el apartado de ese artículo que titula «Un apunte sobre fundamentación», LAPORTA afirma que si bien el principio más habitualmente invocado en la justificación de los derechos sociales es el principio de igualdad, «esta es una idea discutible. Y ello porque la mera distribución igualitaria de bienes y recursos no solo parece falta de justificación independiente, sino que en muchas circunstancias podría incluso ser considerada injusta. Por lo que a mí respecta creo que la igualdad material es solo un valor instrumental. La idea de detraer recursos o bienes de una persona para transferirlos a otra simplemente para que ambos reciban una idéntica cantidad carece de justificación alguna. Si esa redistribución no tiene como objetivo algo que vaya más allá de la mera igualdad de recursos no se sostiene» (LAPORTA, 2004: 307). Y abundando en esta misma idea, un poco más adelante concluye que «[e]n realidad, la naturaleza instrumental del valor de la igualdad material se demuestra claramente cuando vemos que no se trata de un valor que se "persiga", sino más bien de un valor que se "tropieza", que no se puede eludir cuando se persiguen otros valores ulteriores» (*ibid.:* 308).

En estas páginas no voy a discutir los méritos de la igualdad como patrón distributivo —*i. e.* no voy a entrar en el debate sobre los principios de la justicia distributiva—, ni cuál debe ser el objeto de la (re)distribución —tampoco voy a entrar en el debate

[1] HIERRO (2007) y LAPORTA (2004).

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.08
DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, edición especial (2017) ISSN: 0214-8676 pp. 59-65

sobre la métrica—. Aquí me voy a limitar a discutir las afirmaciones laportianas de que «la igualdad material es solo un valor instrumental» (secciones 2 y 3), así como la de que la igualdad no es un valor que «se persiga» sino con el que «se tropieza» (sección 4). El apartado 5 concluye.

2. NO ES LA IGUALDAD, SINO LA SUFICIENCIA

Harry FRANKFURT abre su *On Inequality* observando que en los últimos años no solo ha habido un debate importante —estimulado al menos parcialmente por la publicación de los trabajos empíricos de Thomas PIKETTY— acerca del aumento de la desigualdad económica (material) en nuestras sociedades[2], sino que además esa evolución de la (des)igualdad económica es considerada por mucha gente como algo indeseable[3]. Y piensa por tanto que las medidas tendentes a garantizar cierta igualdad económica deberían tener (alguna) prioridad. FRANKFURT cree que esto es un error. Para FRANKFURT, la igualdad económica no tiene ningún valor moral intrínseco, por lo que la desigualdad económica no es objetable en términos morales. El argumento de FRANKFURT discurre más o menos así.

Supongamos que en Lazkao viven 1.000 personas y que cada una necesita al menos 10 unidades alimentarias al día para sobrevivir. Imaginemos, además, que nuestro *stock* diario de alimentos es de solo 9.000 unidades alimentarias, de forma que tenemos lo suficiente para que algunos pero no todos los habitantes de Lazkao sobrevivan. ¿Qué hacer? Tenemos básicamente dos opciones:

a) Aplicar un principio de igualdad estricta, de forma que todos los habitantes de Lazkao reciben nueve unidades alimentarias cada uno. Resultado: 1.000 lazkaotarras muertos.

b) Aplicar, como nos recomienda FRANKFURT, un criterio de maximización de la suficiencia, lo que en nuestro caso implica que 900 lazkaotarras deben recibir 10 unidades alimentarias y 100 no reciben nada. Resultado: 100 lazkaotarras muertos.

Casos de tanatofilia aparte, nadie pensaría que la *a)* es la mejor opción para los lazkaotarras. Esto le lleva a FRANKFURT a afirmar que la intuición, compartida hoy por mucha gente —la moda de la desigualdad no es solo académica—, de que hay algo moralmente objetable en la desigualdad en realidad no responde a (los incrementos recientes de) la desigualdad, sino a otra característica de las situaciones que contemplan: la carencia material. Lo que la gente encuentra objetable no es que los beasaindarras

---

[2] El libro de FRANKFURT lo componen dos artículos previamente publicados (FRANKFURT, 1987; 1997), con algunas ligeras modificaciones —más en la versión que se presenta ahora de «Equality as a Moral Ideal», apenas ninguna en la de «Equality and Respect»—, y el prólogo donde se menciona el trabajo de PIKETTY. Uno se pregunta si su publicación obedece más a la intención de vender libros aprovechando la moda (académica) de la desigualdad o a la de decir algo nuevo.

[3] En un discurso pronunciado el 4 de diciembre de 2013, OBAMA dijo que «[d]esde 1979, el producto de nuestra se ha más que duplicado, pero la mayoría del crecimiento ha ido a parar a unos pocos afortunados [...]. La desigualdad es el reto que define nuestra época». Por su parte, en su discurso para los *Annual Meetings* del FMI y el Banco Mundial de 2012, Christine LAGARDE habló de un «tercer hito: la desigualdad y la calidad del crecimiento en el futuro», añadiendo que «investigaciones recientes del FMI nos dicen que menores niveles de desigualdad están asociados a mayor estabilidad macroeconómica y un crecimiento más sostenible».

tengan mucho *en comparación* con los lazkaotarras, sino que estos tienen demasiado poco en términos absolutos. Lo que encuentran moralmente censurable es que los lazkaotarras son pobres.

¿Es esto lo que sostiene LAPORTA con su eslogan de que la igualdad económica es solo un valor instrumental? Lo dudo. Por dos razones. Primero, porque LAPORTA esgrime las concepciones de la justicia social de dos igualitarios como Ronald DWORKIN (2003) y Amartya SEN (1992) en apoyo de su afirmación de que la igualdad es solo un valor instrumental. Si lo que LAPORTA afirmara es que la igualdad es irrelevante desde un punto de vista moral porque lo importante es garantizar que todo el mundo tenga lo suficiente, es improbable que invocara las visiones de la justicia distributiva de dos igualitarios en su apoyo. Sería algo así como aseverar que la escuela soviética de ajedrez es la mejor del mundo y a continuación decir: «No hay más que ver las partidas de Fischer y Capablanca».

Segundo, porque la suficiencia es un patrón distributivo muy problemático que todo lo que consigue demostrar es «la tesis positiva» (CASAL, 2007: 297) de que es importante que la gente tenga lo suficiente (de ciertos bienes) para satisfacer al menos sus necesidades más fundamentales. Pero volvamos a Lazkao y supongamos ahora que el primer premio de la lotería de Navidad ha caído íntegramente allí, de forma que ahora todos los lazkaotarras tienen lo suficiente para cubrir al menos sus necesidades básicas (y seguramente algo más). ¿Cómo repartir el *stock* de bienes que había acumulado el gobierno de Lazkao —a través de su sistema tributario— para hacer frente a las situaciones de privación y carencia material pre-Gordo-de-Navidad?

De acuerdo con la «tesis negativa» (CASAL, 2007) del suficientismo *à la* FRANKFURT, da igual que la distribución de ese excedente se realice de acuerdo con el principio de mérito, o con el de necesidad, o lo sorteemos en una rifa, o lo entreguemos íntegramente al vecino más rico de Lazkao «porque la empresa que heredó de sus padres crea muchos puestos de trabajo». Una vez la gente alcanza el umbral de suficiencia, es moralmente irrelevante que haya vecinos o clases de vecinos que tengan unas condiciones de vida muy superiores a las del resto.

No hace falta haber trabajado treinta años en Cáritas para sospechar que hay algo que no termina de funcionar en un argumento que sostiene que es igual de valioso invertir el excedente en políticas de educación infantil o de erradicación de la pobreza (relativa), que entregárselo sin más al 0,001 por 100 más rico de la sociedad u organizar un torneo de mus y destinarlo como premio a la pareja ganadora, porque más allá del umbral de suficiencia las cuestiones distributivas son moralmente irrelevantes.

3. ES LA IGUALDAD (PERO NO POR RAZONES INTRÍNSECAS)

De acuerdo con una conocidísima —y oscurísima— clasificación de Derek PARFIT, podemos distinguir dos versiones dentro de las nociones igualitarias de la justicia social (PARFIT, 1997: 205-207):

a) El igualitarismo teleológico, según el cual es en sí mismo malo que unas personas estén peor que otras.

b) El igualitarismo deontólogico, de acuerdo con el cual deberíamos promover la igualdad no por sus resultados, sino porque tenemos motivos morales para hacerlo.

La verdad es que no es fácil desentrañar la idea de PARFIT expresada en *a)*. Pero siguiendo la afirmación de LAPORTA de que la igualdad es solo un valor instrumental, seguramente deberíamos rechazar también *b),* pues no necesitamos invocar ninguna otra razón moral aparte del resultado de una situación para justificar nuestro interés por corregir una desigualdad injusta [4]. En la línea de lo sugerido por RAWLS (2001) y SCANLON (1996), por ejemplo, podríamos decir que la desigualdad material es objetable porque: 1) en el ámbito social, la desigualdad reduce la movilidad social (CORAK, 2013) y tiene efectos adversos sobre los determinantes sociales de la salud (WILKINSON y PICKETT, 2009); 2) en el plano económico, la desigualdad entorpece el crecimiento sostenible (OSTRY *et al.,* 2014) y favorece la transmisión intergeneracional de la pobreza (SMEEDING, 2013); y 3) en lo político, la desigualad está positivamente correlacionada con la sobrerrepresentación de las preferencias del extremo superior de la distribución en el proceso democrático [5]. Según O'NEILL, esta visión instrumental-y-no-intrínseca del igualitarismo permite que «los igualitarios no tengan que verse a sí mismos enfrentados a una estricta dicotomía entre ideales de igualdad social e ideales de justicia distributiva» (O'NEILL, 2008: 130).

¿Es esto lo que sostiene LAPORTA cuando asegura que la (des)igualdad económica es solo un valor instrumental? A mí esta me parece una interpretación más plausible que la de LAPORTA-el-suficientario-à-la-FRANKFURT. Porque además, como observa Tony ATKINSON (2015: 10), quienes piensan que la (des)igualdad económica no debería ser la aspiración de nuestras políticas sociales, tienden a ver la (des)igualdad de resultados como un objetivo ilegítimo de la intervención pública. Con sus políticas, concluye el argumento, el *policy maker* debería buscar equilibrar el terreno de juego *ex ante,* no igualar los resultados *ex post.*

Pero esto no es del todo así. Incluso si lo que nos preocupa es la igualdad de oportunidades para convertir los recursos en capacidades para funcionar (SEN) o la igualdad en dignidad y respeto (DWORKIN), esto no significa que (re)distribuir con el objetivo de igualar los recursos económicos de los agentes no se «sostenga» o carezca de toda justificación. Seamos dworkinianos, roemerianos o senianos, una razón para preocuparnos por la (des)igualdad material es que esta tiene un impacto directo sobre la (des)igualdad de oportunidades. Dicho de otra forma: las (des)igualdades materiales de hoy modelan los (des)equilibrios del terreno de juego de mañana [6]. Si nos preocupa

---

[4] En el mismo sentido, O'NEILL (2008). La idea de O'NEILL es que «la igualdad distributiva es valiosa por sus efectos, y específicamente por razón de que trae consigo estados de cosas que son intrínsecamente valiosos en sí mismos por razones igualitarias» (O'NEILL, 2008: 130).

[5] Una de las áreas de investigación más fértiles en los últimos años en el ámbito de la ciencia política empírica ha sido el de las implicaciones políticas del incremento de la desigualdad en las tres o cuatro últimas décadas. Para el caso estadounidense, *vid.* GILENS (2012); para el europeo, *vid.* GALLEGO (2007).

[6] La literatura empírica sobre movilidad social intergeneracional ha venido considerando que las ventajas socioeconómicas heredades de nuestros antepasados desaparecen al cabo aproximadamente de tres generaciones. Sin embargo, en un trabajo empírico reciente BARONE y MOCETTI (2016) encuentran una persistencia significativa de las posiciones socioeconómicas a lo largo de siete siglos (1427-2011) en Florencia.

la (des)igualdad de oportunidades de nuestros hijos, nos tiene que preocupar la (des) igualdad material de sus padres.

4. ES LA IGUALDAD (PERO NO SE PERSIGUE AL ESTILO DE ROBIN HOOD)

Pero LAPORTA no afirma solo que la igualdad económica es un valor instrumental, sino que añade además que esa naturaleza instrumental de la igualdad material «se demuestra claramente cuando vemos que no se trata de un valor que se "persiga", sino más bien de un valor que se "tropieza", que no se puede eludir cuando se persiguen otros valores ulteriores» (LAPORTA, 2004: 308). Según Víctor LAPUENTE (2015), a Bo ROTHSTEIN le suele gustar decir que la igualdad es como el amor: objetos de deseo que no se consiguen cuando los perseguimos directamente. Las personas que se obcecan en encontrar el amor y para ello se dan de alta en todas las redes sociales de buscar pareja, pocas veces la encuentran. Según ROTHSTEIN, lo mismo ocurre con los países que se dedican a freír a impuestos al extremo superior de la distribución en persecución de la igualdad: que rara vez la alcanzan. Es la paradoja de comportarse como Robin Hood: si (con nuestros impuestos) apuntamos solo a los ricos, el tiro termina saliendo por la culata. ¿Pero esto no es mucho más que un símil ingenioso o tenemos alguna evidencia de los efectos perversos de buscar la igualdad a lo Robin Hood?

En un documento de trabajo de su departamento de Economía, la OCDE (2012) encontró evidencia de la paradoja de Robin Hood apuntada por ROTHSTEIN[7]. Esto es, que cuanto mayor es la progresividad fiscal en un país, menor es su Estado de bienestar. Si lo que persigue la izquierda igualitaria arremolinada alrededor de los partidos socialdemócratas es simplemente ganar las próximas elecciones —o como mínimo no hacer el ridículo—, entonces el eslogan de «Tax the 1%» o «Friamos a impuestos a Amancio Ortega» está bien. Si, por el contrario, su objetivo es un Estado de bienestar más potente y una sociedad más igualitaria, la estrategia Robin Hood no parece, como apunta LAPORTA en su artículo, la más inteligente.

5. CONCLUSIÓN

En estas páginas he discutido el lugar que ocupa la (des)igualdad material en la concepción de los derechos sociales de Francisco LAPORTA. En particular, sus ideas de que: 1) la igualdad material es solo un valor instrumental, y 2) la igualdad no es un valor que debamos perseguir, sino con el que nos debemos terminar tropezando. Pueden extraerse dos conclusiones tentativas:

1) Existen razones instrumentales (no intrínsecas) a favor de la igualdad distributiva. Pero esto no significa que perseguir cierta igualdad material carezca de justifica-

[7] *Vid.* en particular la Figura 5 («*The redistributive impact, size and progressivity of household taxes*»), Panel B («*High tax countries tend to have less progressive household taxes*»).

ción, porque la desigualdad de resultados de hoy es la desigualdad de oportunidades de mañana.

2) Si nuestro objetivo es una sociedad más igualitaria y un Estado de bienestar con más potencia redistributiva, la estrategia Robin Hood no parece la más inteligente. La igualdad, en efecto, no es un valor que se «persigue» a base de amenazas (fiscales), sino con el que terminan «tropezando» las sociedades que invitan a sus clases más altas a participar en sus sistemas de bienestar.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATKINSON, A. B., 2015: *Inequality. What can Be Done?*, Cambridge (MA): Harvard University Press.

BARONE, G., y MOCETTI, S., 2016: «Intergenerational mobility in the very long run: Florence 1427-2011», *Bank of Italy working papers,* 1060. Disponible en *https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/temi-discussione/2016/2016-1060/en_tema_1060.pdf*.

CASAL, P., 2007: «Why Sufficiency is not Enough», *Ethics*, vol. 117, núm. 2, 296-326.

CORAK, M., 2013: «Inequality from generation to generation: The United States in comparison», en R. S. RYCROFT (ed.), *The Economics of Inequality, Poverty, and Discrimination in the 21st Century*, Santa Barbara (CA): ABC-CLIO, 107-126.

DWORKIN, R., 2003: *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad,* Madrid: Paidós.

FRANKFURT, H., 1987: «Equality as a Moral Ideal», *Ethics*, vol. 98, núm. 1, 21-43.

— 1997: «Equality and Respect», *Social Research*, vol. 64, núm. 1, 3-15.

GALLEGO, A., 2007: «Unequal Political Participation in Europe», *International Journal of Sociology*, vol. 37, núm. 4, 10-25.

GILENS, M., 2012: *Affluence and Influence: Economic Inequality and Political Power in America*, Princeton: Princeton University Press.

HIERRO, L., 2007: «Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy», en R. GARCÍA MANRIQUE (ed.), *Derechos sociales y ponderación,* Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 163-222.

LAPORTA, F. J., 2004: «Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema», en J. BETEGÓN CARRILLO, F. J. LAPORTA SAN MIGUEL, L. PRIETO SANCHÍS y J. R. DE PÁRAMO ARGÜELLES (coords.), *Constitución y derechos fundamentales,* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 297-325.

LAPUENTE, V., 2015: *El retorno de los chamanes,* Barcelona: Península.

OCDE, 2012: «Income inequality and growth: The role of taxes and transfers», *OECD Economics Department Policy Notes,* núm. 9. Disponible en *https://www.oecd.org/tax/public-finance/49417295.pdf*.

O'NEILL, M., 2008: «What Should Egalitarians Believe?», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 36, núm. 2, 119-156.

OSTRY, J. D.; BERG, A., y TSANGARIDES, C. G., 2014: «Redistribution, Inequality, and Growth», *IMF Staff Discussion Note,* núm. 14/02. Disponible en *http://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2014/sdn1402.pdf*.

PARFIT, D., 1997: «Equality or Priority», *Ratio*, vol. 10, núm. 3, 202-221.

RAWLS, J., 2001: *Justice as Fairness. A Restatement*, Cambridge (MA): Belknap Press.

SCANLON, T. M., 1996: «The Diversity of Objections to Inequality», *The Lindley Lecture*, University of Kansas, 22 de febrero. Disponible *online* enlazando desde *https://kuscholarworks.ku.edu/handle/1808/12409*.

SEN, A., 1992: *Inequality reexamined*, Oxford: Clarendon Press.

SMEEDING, T. M., 2013: «On the relationship between income inequality and intergenerational mobility», *GINI Discussion Paper,* núm. 89. Disponible en *http://gini-research.org/system/uploads/589/original/89.pdf?1385131374*.

WILKINSON, R., y PICKETT, K., 2009: *The Spirit Level. Why More Equal Societies Almost Always Do Better*, London: Allen Lane.

EL IMPERIO DE LA LEY Y LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO: DOS VISIONES

Juan Carlos Bayón
Universidad Autónoma de Madrid

Francisco LAPORTA ha sostenido que «la mejor visión» de los procesos de interpretación y aplicación del derecho, dadas las «exigencias implícitas en el ideal regulativo del imperio de la ley», es la que reivindica «el textualismo y el literalismo formalista» (LAPORTA, 2007: 192). En estas páginas me propongo sugerir dos cosas. En primer lugar, que a esa visión cabe contraponerle otra que en mi opinión resulta preferible. Y, en segundo lugar, que en realidad esa visión alternativa no debería considerarse completamente ajena al pensamiento de Francisco LAPORTA ni al de Liborio HIERRO. Avanzando por el camino que nos abrió Elías DÍAZ, HIERRO y LAPORTA han ido elaborando en las últimas décadas las mejores reflexiones producidas entre nosotros acerca del ideal del imperio de la ley y su trascendencia para nuestra concepción del derecho y su aplicación, con un notable grado de coincidencia y también, cuando esa coincidencia no es plena, de provechosa complementariedad. Y como digo, creo que en sus escritos cabe rastrear las piezas que permitirían articular esa visión alternativa, que, no obstante, queda en ellos ensombrecida por aquella otra que se defiende de manera expresa.

1. El itinerario argumental que sigue LAPORTA en su reivindicación del literalismo formalista es bien conocido. El imperio de la ley, como ideal, tendría su fundamento en el valor de la autonomía. Pero la autonomía personal, la capacidad de trazar y seguir planes de vida, no es posible sin expectativas sólidas acerca de la conducta de los demás (incluidas sus reacciones a nuestras conductas), así que la autonomía requiere predecibilidad. Y lo que hace posible la predecibilidad es la existencia de normas y singularmente de normas jurídicas, pero no de cualquier tipo, ni interpretadas y aplicadas de cualquier modo. La predecibilidad requeriría normas formuladas como reglas (que correlacionen casos genéricos —configurados mediante una combinación de propiedades— con soluciones igualmente genéricas), dotadas de autonomía semántica (que no configuren el caso genérico ni su solución normativa —la acción modalizada deónticamente— mediante propiedades valorativas), interpretadas literalmente (de acuerdo con el significado ordinario de las formulaciones normativas, que es determinado por convenciones lingüísticas y no atribuido por el intérprete ni dependiente de la intención del emisor) y aplicadas de manera formalista (subsumiendo sin más los casos individuales en el caso genérico regulado, sin entrar a considerar las razones subyacentes a las reglas para corregir posibles casos de supra-inclusión o infra-inclusión). Porque, de lo contrario, entre las normas y

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.09
DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, edición especial (2017) ISSN: 0214-8676 pp. 67-72

las decisiones de los aplicadores podría haber tantas interferencias que difícilmente podría decirse que las segundas están gobernadas realmente por las primeras. Y con ello quedaría comprometida la predecibilidad, requerida por el valor fundamental de la autonomía[1].

Lo que ocurre —como ya han señalado distintas voces críticas— es que ese razonamiento encierra dos pasos problemáticos. Simplificado al extremo, el argumento sostiene que la autonomía requiere predecibilidad y que la predecibilidad requiere un derecho de reglas aplicadas de manera formalista. Para empezar, puede que el segundo de estos pasos no sea tan seguro, si se acepta que un derecho de reglas aplicadas de manera formalista no es realmente condición necesaria ni suficiente de la predecibilidad[2]. Creo que en rigor efectivamente es así, aunque también me parece difícil negar que, si todo lo que importara fuese la predecibilidad, entre las distintas opciones imaginables la que casi siempre la aseguraría en mayor medida sería la aplicación formalista de reglas.

Por eso me parece mucho más decisivo discutir el primero de aquellos dos pasos. Si el imperio de la ley es solo un ingrediente del ideal más complejo del Estado de Derecho[3], o solo uno de los componentes que integran la idea de justicia[4], entonces otros aspectos del Estado de Derecho o de la justicia podrían requerir, para asegurar otros objetivos distintos de la predecibilidad pero igualmente valiosos y potencialmente en conflicto con ella, que no todas las normas jurídicas se formulen como reglas o que las formuladas como tales no siempre se apliquen de manera formalista[5]. En realidad la propia idea de autonomía requiere, sin duda, más cosas que la predecibilidad, de manera que si en algún sentido el valor de la autonomía personal exige la aplicación formalista de reglas, en otros puede exigir precisamente apartarse de ese modelo. Porque no hay autonomía si ciertas esferas de mi vida, ciertos intereses fundamentales para mí, no están protegidos frente a la acción o la inacción de terceros, esto es, sin el reconocimiento de derechos[6], cuya efectividad requerirá la imposición sobre los de-

---

[1] Este núcleo argumental, desarrollado minuciosamente en LAPORTA, 2007, aparece ya desde LAPORTA, 1994. Por supuesto, la predecibilidad requeriría además que esas normas fuesen relativamente estables, no retroactivas, etcétera.

[2] *Vid.* LIFANTE, 2013. Partiendo de que la previsibilidad puede alcanzarse en distintos grados, no sería condición *necesaria* porque la forma en que se vayan a ponderar principios, a interpretar conceptos valorativos o a llevar a cabo interpretaciones amplificadoras o restrictivas de reglas en atención a las razones subyacentes, no tendría por qué ser —si existen convenciones asentadas al respecto— del todo imprevisible. Y tampoco sería condición *suficiente*, porque si la regulación de cierto ámbito de conducta toma la forma de un número muy elevado de reglas sumamente prolijas, podría suceder que lo que realmente permita predecir con mayor éxito el contenido de las decisiones de los órganos aplicadores sea el conocimiento de los principios subyacentes a esa esfera de regulación y una expectativa fundada de que en todo caso esa masa de reglas se interpretaría y aplicaría de manera congruente con aquellos.

[3] LAPORTA, 1994: 138; 2002: 127; 2012: 88.

[4] LAPORTA, 2002: 127; 2007: 83.

[5] Tras la publicación de *El imperio de la ley* lo apuntaron enseguida FERRERES, 2009: 418-419; RODILLA, 2009: 41-43; o RUIZ MANERO, 2009: 109-116. Recientemente —desarrollando ideas defendidas en trabajos precedentes— y en sentido similar, *vid.* MORESO, 2016. MORESO muestra persuasivamente que, al no poder considerar ningún legislador todas las combinaciones posibles de propiedades relevantes, la aplicación formalista de reglas entrañará en algunos casos el sacrificio de la justicia formal (tratar del mismo modo los casos iguales en los aspectos relevantes); y que también la justicia formal es una exigencia del ideal del Estado de Derecho y apartarse de ella una forma más de arbitrariedad.

[6] Lo que, naturalmente, siempre han enfatizado LAPORTA (2007: 24 y ss.; 2012: 99) y HIERRO (2016a: 54).

más de prohibiciones y obligaciones[7]. Pero no parece fácil concretar exhaustivamente en forma de reglas (con autonomía semántica y llamadas a ser aplicadas de manera formalista) el contenido, alcance y límites de esos derechos. E incluso formular y aplicar de esa manera aquellas prohibiciones y obligaciones que han de pesar sobre los demás puede, en ciertos casos, ser contraproducente, si lo que pretendemos es que sus conductas acaben ajustándose tanto como sea posible a lo que realmente exigiría el respeto de aquellas esferas protegidas[8]. Así que, si nos importa la autonomía, la predecibilidad que favorece la aplicación formalista de reglas tiene un valor, pero también unos costes. Y parece que un balance apropiado entre ellos[9] requeriría más bien un derecho con reglas, pero no solo de reglas, y en el que no todas las reglas se apliquen necesariamente de manera formalista.

2. No creo, sin embargo, que la única alternativa a un juez formalista sea esa clase de «juez principialista» que LAPORTA no ha dudado en calificar de «peligro público» (LAPORTA, 2011: 178). En mi opinión, lo que requiere el imperio de la ley es un juez deferente. Pero para aclarar qué habría que entender por tal y en qué se diferenciaría ese tipo de juez del formalista y el principialista conviene reconsiderar qué valores subyacen al ideal poliédrico del imperio de la ley.

HIERRO (1996: 288-289) distinguió tempranamente dos interpretaciones del mismo: una débil —que atribuía a LAPORTA, 1994—, según la cual la sujeción a la ley de los órganos aplicadores sería importante, esencialmente, para que sus decisiones no resultaran impredecibles; y otra fuerte —que él suscribía— que, poniendo en primer plano las cuestiones de legitimidad y distribución del poder y mirando por tanto hacia el origen de la ley y no meramente hacia su forma, entendería que la sujeción a la ley de los órganos aplicadores es importante, esencialmente, para que el contenido de sus decisiones sea reconducible a la voluntad de quien ostenta la autoridad legítima. En el desarrollo ulterior de sus ideas la diferencia entre HIERRO y LAPORTA resulta ser solo de acento, puesto que ambos reconocen el valor inherente a cada una de esas interpretaciones del imperio de la ley[10]. Pero creo que de una y otra pueden derivarse visiones diferenciadas de la interpretación y aplicación del derecho o, si se quiere, distintos modelos de juez[11].

Para un juez formalista, una regla soluciona normativamente todos los casos individuales subsumibles en su supuesto de hecho, sin resquicio para abrir el razonamiento aplicativo a la consideración de las razones subyacentes ni por tanto para resolver, ape-

---

[7] O, lo que viene a ser igual, la introducción de excepciones a lo que otras normas les permitirían hacer o dejar de hacer.

[8] *Vid.* ENDICOTT, 2011: 27; WALDRON, 2011: 75-81. Como los comportamientos que deberían evitarse no pueden ser concretados exhaustivamente en forma de reglas, formular de ese modo los correspondientes deberes —y aplicar esas reglas de manera formalista— permitiría a sus destinatarios explotar las lagunas de regulación en perjuicio de los derechos de los demás. En cambio, una regulación menos precisa (mediante cláusulas generales que recurran a conceptos valorativos), existiendo indicadores incompletos pero suficientes del sentido en que se aplicaría, alcanzaría el efecto inhibidor óptimo de los comportamientos indeseados precisamente por ser solo parcial la previsibilidad. Lo ilustra espléndidamente PAZ-ARES, 2015, con referencia al modo en que la Ley 31/2014 regula los deberes de lealtad de los administradores de las sociedades de capitales.

[9] *Vid.* SHAPIRO, 2011: 258; ENDICOTT, 2011: 28 y 30.

[10] *Vid.* HIERRO, 1996: 289; 2016b: 190; y LAPORTA, 1999: 323, 328; 2002: 106-107; 2007: 144-147, 151.

[11] Me refiero siempre al juez ordinario.

lando a dichas razones, ninguno de aquellos casos de manera diferente a lo dispuesto literalmente en su formulación. Las reglas son para el formalista generalizaciones estrictamente atrincheradas. Por el contrario, el juez principialista que nos dibujan HIERRO y LAPORTA —para denostarlo con razón— no solo no ve nunca en la ley una pauta llamada a controlar de manera concluyente sus decisiones, que para él han de resultar directamente de la ponderación —*su* ponderación— de las razones en juego, sino que además no toma en serio que dichas razones hayan de ser *las del legislador*, las que este haya tenido en cuenta y con el peso que haya pretendido darles. Más bien, alzando la mirada por encima de la ley, pretende recabarlas de *su* lectura de la constitución (indistinguible con frecuencia de su idea de justicia), con lo que en definitiva sustituye lo que el legislador ha decidido por lo que él estima que debería haber decidido. Que al hacerlo comprometa también la predecibilidad puede ser solo un modo más —y no el más grave— en el que ofende el ideal del imperio de la ley.

El juez deferente profesa la lealtad a la ley, pero no la entiende como el formalista. Si la aplicación estricta de las reglas lleva a resultados contrarios a sus razones subyacentes, entiende que el legislador no ha querido dichos resultados y que la auténtica fidelidad a la ley consiste en decidir atendiendo a esas razones. Pero si va a hacer tal cosa, a diferencia del principialista se toma muy en serio que le incumbe la carga de justificar en qué sentido podría afirmarse que esas son las razones del legislador y no meramente las suyas. Y acepta también que, sin serlo, tendrá que aplicar algunas reglas como lo haría un formalista: siempre que quepa sostener que entre las razones del legislador está precisamente la consideración de que para esa clase de casos la certeza de la decisión es más importante que su perfecto ajuste a las razones sustantivas subyacentes; o la de que, para esa clase de casos, a la larga las decisiones de los órganos aplicadores se aproximarán más a lo que realmente justificarían aquellas razones sustantivas si aplican mecánicamente la regla que si intentan determinar por sí mismos caso por caso qué sería acorde con dichas razones[12].

Creo que el modelo del juez deferente es el que mejor se ajusta a las distintas dimensiones del ideal del imperio de la ley, tal y como nos las presentan los propios HIERRO y LAPORTA. Que a la luz de ellas reivindiquen en cambio el formalismo[13] se debe fundamentalmente a que se pone en duda que pueda hablarse con sentido de la intención del legislador o que sea viable la identificación objetiva de las razones subyacentes a las reglas que ha dictado[14]. Y si no caben tales cosas, un juez que se dice deferente sería en realidad indistinguible de un juez principialista. Este es un punto crucial que aquí solo es posible abordar apresurada y superficialmente. Por supuesto una comprensión ingenua de la noción de «intención del legislador» (como el contenido de un estado mental de una suerte de mente colectiva) es descartable sin más al estar viciada por insuperables problemas tanto ontológicos como epistémicos. Cosa distinta es que no quepa reconstruirla conceptualmente de otro modo, a partir, por

[12] Con terminología de SHAPIRO, lo que asumiría un juez deferente es en suma que debe actuar siendo fiel en cada caso a la «economía de la confianza» del sistema (SHAPIRO, 2011: 335-336, 355, 382, 398).

[13] Expresa y pormenorizadamente en LAPORTA, 2007; más brevemente y tal vez con matices, HIERRO, 1996: 301-303, 306; 2016b: 198-204.

[14] Puede concederse sin dificultad que en ocasiones no será viable. Distinto es, naturalmente, sostener que nunca lo es.

un lado, de una reconsideración del papel de las intenciones en la determinación del significado (entendiendo que al decir algo no es posible «querer decir» con ello sino lo que se entendería normalmente que se ha dicho dado el conjunto de convenciones de todo tipo presupuestas en ese contexto) y, por otro, de una elaboración aceptable de la idea de agencia colectiva (que no presuponga «entes colectivos», sino entramados complejos de reglas de imputación)[15]. Pero ni siquiera hace falta avanzar más por esa vía. LAPORTA afirma expresamente que aunque no quepa hablar de «intención del legislador», sí cabe hacerlo de «propósito de la ley», que no sería sino la justificación subyacente a toda regla; y que, aunque su identificación puede no ser sencilla y hay que cuidarse de no confundirla con una mera proyección del intérprete, existen criterios —básicamente de coherencia— que la hacen controlable[16]. No creo que la idea de juez deferente necesite más para abrirse paso, haciendo a un lado al juez formalista que estaba ocupando inmerecidamente el primer plano.

* * *

Más de una vez le he oído a Francisco LAPORTA recordar el viejo dicho de GINER: «Lo que sabemos, lo sabemos entre todos». Siempre me gustó esa frase. Pero que de nadie provenga en exclusiva todo lo que entre todos sabemos no quiere decir, naturalmente, que todos hayamos podido contribuir a ese fondo común en igual medida. Quienes hemos tenido la suerte de convivir y trabajar con Curro y Paco, de aprender de ellos, somos muy conscientes de que gran parte de las ideas que hoy son nuestras fueron antes suyas. Y sabemos también que siempre quisieron a su lado compañeros críticos y nunca han dejado de estar dispuestos a hacer suya una idea nuestra si es que llegaba a parecerles convincente. Que siga siendo así por muchos años.

BIBLIOGRAFÍA

EKINS, R., 2012: *The Nature of Legislative Intent*, Oxford: Oxford University Press.

ENDICOTT, T., 2011: «The Value of Vagueness», en MARMOR y SOAMES (eds.), 14-30.

FERRERES, V., 2009: «El imperio de la ley y sus enemigos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 87: 413-426.

HIERRO, L., 1996: «El imperio de la ley y la crisis de la ley», *Doxa*, 19: 287-308.

— 2016a: *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*, Madrid: Marcial Pons.

— 2016b: «Seguridad jurídica, crisis de la ley y crisis de la aplicación de la ley», en L. PEÑA y T. AUSÍN (coords.), *Conceptos y valores constitucionales*, Madrid: Plaza y Valdés, 187-208.

LAPORTA, F. J., 1994: «Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz», *Doxa*, 15-16/I: 133-145.

— 1999: «Materiales para una reflexión sobre la racionalidad y la crisis de la ley», *Doxa*, 22: 321-330.

— 2002: «Imperio de la ley y seguridad jurídica», en E. DÍAZ y J. L. COLOMER (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Madrid: Alianza, 105-132.

[15] En esa línea, *vid.* EKINS, 2012.

[16] LAPORTA, 2007: 2016; 2012: 118. En realidad LAPORTA limita la apelación al propósito de la ley a los supuestos de indeterminación del derecho. Pero si cabe su identificación objetiva, no veo por qué habría de ser así.

— 2007: *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid: Trotta.
— 2011: «Sobre Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo», *Doxa*, 34: 167-181.
— 2012: «El imperio de la ley: un diálogo en Génova», *Analisi e Diritto*, 87-121.
LAPORTA, F. J.; RUIZ MANERO, J., y RODILLA, M. Á.: *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
LIFANTE, I., 2013: «Seguridad jurídica y previsibilidad», *Doxa*, 36: 85-105.
MARMOR, A., y SOAMES, S. (eds.), 2011: *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford: Oxford University Press.
MORESO, J. J., 2016: «Marry Me A Little. How Much Precision Is Enough In Law?», manuscrito, en *Academia.edu*.
PAZ-ARES, C., 2015: «Anatomía del deber de lealtad», *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*, 39: 43-65.
RODILLA, M. Á., 2009: «Imperio de la ley y principios. Presentación de un debate», en LAPORTA, RUIZ MANERO y RODILLA, 2009: 9-53.
RUIZ MANERO, J., 2009: «Las virtudes de las reglas y la necesidad de los principios. Algunas acotaciones a Francisco Laporta», en LAPORTA, RUIZ MANERO y RODILLA, 2009: 95-122.
SHAPIRO, S., 2011: *Legality*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
WALDRON, J., 2011: «Vagueness and the Guidance of Action», en MARMOR y SOAMES (eds.), 2011: 58-82.

LA DIGNIDAD HUMANA: ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL

Elena Beltrán
Universidad Autónoma de Madrid

En la obra de Liborio HIERRO y de Francisco LAPORTA es fácil encontrar muchos temas y problemas de primer orden dentro de la filosofía jurídica magníficamente tratados. Por ello, la Filosofía jurídica en español tiene una deuda impagable con ellos. La obra de ambos autores brinda grandes posibilidades de encontrar puntos de interés y de debate sobre los que podría centrarse este breve texto. Sin embargo, de todo el abanico de posibilidades para articular una contribución a este merecido homenaje, voy a elegir un tema menor en la obra de ambos autores, que podríamos entender que está implícito en gran parte de sus temas, pero que en muy pocas ocasiones se hace explícito. Me refiero al tema de la dignidad humana. Es un tema complejo y muy presente en las declaraciones de derechos y en la jurisprudencia, no tanto en las reflexiones teóricas, por ello creo que entablar un diálogo en torno al mismo puede tener interés.

Conocemos las excelentes páginas que HIERRO y LAPORTA han dedicado a los derechos humanos, también conocemos que en las declaraciones de derechos más influyentes y más relevantes aparece de modo destacado alguna alusión a la idea de dignidad humana, de manera que derechos humanos y dignidad humana parecen ir de la mano en el imaginario más habitual[1]. Aunque esto no es algo que se refleje a primera vista en los textos de los autores mencionados. Y de sus referencias a la idea de dignidad se desprenden algunos sobreentendidos y algunos interrogantes.

En el caso de Liborio HIERRO, aparecen alusiones a la dignidad humana vinculadas a la propuesta de Ronald DWORKIN, de la «vaga pero poderosa» idea de dignidad humana como el especial valor moral de que están dotados los seres humanos. Ese valor moral esencial está vinculado, nos dice HIERRO, a la posibilidad de elegir los propios fines (autonomía); llevarlos a cabo (libertad); y asumir las consecuencias (responsabilidad)[2].

La idea de dignidad humana en la obra de LAPORTA no aparece, o no la he encontrado, explícitamente mencionada en sus textos sobre derechos humanos sino en el capítulo primero de su libro sobre el imperio de la ley. Ahí plantea LAPORTA la

[1] El Preámbulo del Pacto Internacional de los Derechos Civiles dice que los derechos humanos derivan de la dignidad inherente a los seres humanos. La Convención de Ginebra también habla de dignidad personal, de trato digno, y así muchos otros textos y declaraciones.

[2] L. HIERRO, *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*, 2016, cap. III, 133; cap. IV, 139.

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.10
DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, edición especial (2017) ISSN: 0214-8676 pp. 73-78

concepción de autonomía que fundamenta su construcción de imperio de la ley. En el último punto del capítulo, antes de las precisiones finales, LAPORTA se apoya en PICO DELLA MIRANDOLA para mencionar una idea de dignidad humana que conduce a una idea de autonomía personal, de las personas como seres que se hacen a sí mismos «no es solo que *hoy* pueda *yo* prever *un* deseo o *un* interés de mi yo futuro y obrar en consecuencia para satisfacerlo, es que puedo ver y considerar qué clase de persona quiero *ser* y proceder paso a paso a constituir esa clase de persona»[3]. Pone el énfasis LAPORTA en la idea de los planes de vida como elemento esencial de la autonomía personal, en la capacidad de control de esos planes. La autonomía personal se presenta como un valor intrínseco vinculado inextricablemente a la idea de dignidad personal[4].

1. LA «VAGA Y PODEROSA» IDEA DE DIGNIDAD

Es posible que la razón de la ausencia de la idea de dignidad en los textos de LAPORTA y de HIERRO tenga que ver con los problemas que plantea esta idea y las cargas semánticas tan fuertes y a la vez contradictorias que acarrea. Está claro que no siempre se ha entendido la idea de dignidad del mismo modo, y a día de hoy, todavía encontramos divergencias en cuanto al significado de la misma. La idea que parece abrirse paso en paralelo al desarrollo de los derechos humanos es una concepción de la dignidad que se entiende como inherente al hecho de ser persona, que no se pierde ni siquiera cuando se actúa inmoralmente porque es un atributo de los seres que pertenecen al reino de los fines.

En esta primera aproximación a la idea de dignidad saltan a la vista algunas dualidades esenciales. De un lado, las declaraciones de derechos nos hablan de la dignidad inherente a los seres humanos a la vez que nos conminan a hacer todo lo posible para garantizar la dignidad de todas las personas. Stephen PINKER nos dice que «leemos que la esclavitud y la degradación son moralmente erróneas porque arrebatan la dignidad. Pero también leemos que nada que se haga a una persona, incluyendo su esclavitud o degradación puede arrebatarle su dignidad»[5]. Otra de las dualidades de la idea de dignidad estriba en considerarla la base de los derechos o el contenido de los mismos.

Históricamente la dignidad era un predicado que diferenciaba, destacaba a algunos, no se atribuía por igual a los seres humanos. Consistía en una idea de respeto asociada a una excelencia o virtud de algún tipo, por nacimiento o merecimiento. Dignidad era un término de separación, de jerarquización. Era un término social, dentro de una constelación de valores y virtudes morales. El cristianismo igualó a todas las personas en la consideración de hijos de Dios. Sin embargo, esa igualdad derivaba del respeto a las leyes procedentes de la divinidad. En los escritos de los teólogos católicos se pone mucho énfasis en la idea de dignidad como valor intrínseco. Así, TOMÁS DE

[3] F. LAPORTA, *El imperio de la ley: una visión actual*, 2007, 31, cursivas en el original.
[4] LAPORTA, *op. cit.,* 35.
[5] S. PINKER, «The Stupidity of Dignity»; *New Republic,* 28 de marzo de 2008, citado en J. WALDRON, «Dignity and Rank», en *Dignity, Rank and Rights, Tanner Lectures on Human Values,* 2009, 211, nota 5.

AQUINO deja claro en sus escritos que la dignidad es el valor de ocupar el lugar que a cada uno le corresponde dentro del diseño que Dios hizo en la creación y revelado por las Escrituras y por la ley natural. Este discurso de la dignidad como valor intrínseco permea toda la doctrina de la iglesia católica y está claramente vinculada a la desigualdad y al respeto a la jerarquía, teológica, eclesiástica y social, así se refleja con claridad en lo que se refiere a los roles de las mujeres, la asunción de un rol revestido de un discurso de excelencia que es en realidad subordinación, será lo que confiera a las mujeres su dignidad, su valor intrínseco como seres humanos[6].

El imperativo categórico kantiano define los límites de una esfera que ha de quedar fuera del alcance de los otros. La dignidad infinita de cada persona exige que los demás respeten la inviolabilidad de esa esfera de voluntad libre. El valor absoluto inherente a nuestra personalidad moral se configura como la base de nuestra autoestima, a la vez que es el pilar de la exigencia a los demás del respeto hacia uno mismo y la base de la igualdad entre todos.

El desafío consiste en superar la gran paradoja que nos plantean los ilustrados y los epígonos de la ilustración con la generalización de un concepto de dignidad procedente de las diferenciaciones de estatus de las sociedades jerárquicas, con la finalidad de igualar el estatus de las personas y de universalizar esa igualdad.

Podríamos interpretar con HABERMAS, que la nueva categoría de los derechos humanos reunifica dos elementos que se habían separado antes, en la desintegración del derecho natural cristiano y que se desarrollaron posteriormente en direcciones opuestas. Por un lado, la moral internalizada y justificada racionalmente, anclada en la conciencia individual, de cuño kantiano; por otro lado, los derechos positivos, promulgados, coactivos, que asientan las bases de las instituciones del estado moderno y de la sociedad de mercado. La idea de dignidad humana, para HABERMAS, se convierte en el eje conceptual que permite hacer la conexión entre estos dos elementos. Para llegar a este punto es necesario partir del medievo, de la individualización de los seres humanos, creados a imagen y semejanza de Dios y enfrentados a un juicio final que juzgará sus acciones como personas únicas e irreemplazables. Es el primer paso para un proceso que tiene un hito fundamental en la escolástica española y la subjetivación de los derechos naturales por contraposición al derecho natural objetivo. GROCIO y PUFENDORF son peldaños necesarios, KANT culmina este camino[7].

O tal vez el modo de lograr esa superación o ese puente que busca HABERMAS nos lo brinde el mismo KANT, como ocurre en la lectura e interpretación del mismo que presenta Stephen DARWALL, cuando encuentra en este autor una concepción de dignidad que tiene más que ver con la forma en que exigimos respeto de los demás a través de las demandas de la «segunda persona» que con una noción de valor inapreciable de nuestra capacidad moral.

---

[6] M. ROSEN, «Reply to Jeremy Waldron», en J. WALDRON, *Dignity, Rank and Rights,* 2012, 9, en donde menciona que estos discursos se encuentran en el fundamento del rechazo de muchos igualitaristas que conocen la tradición católica a la asunción de la idea de dignidad como idea clave.

[7] J. HABERMAS, *El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos,* 2010, 3-25.

2. DE LA DIGNIDAD COMO VALOR A LA DIGNIDAD COMO ESTATUS

La propuesta de Jeremy WALDRON de construir la idea de dignidad desde el propio marco jurídico, como un concepto iusfilosófico presenta ventajas interesantes en orden a una clarificación de un término con un especial relieve en los textos jurídicos y en las decisiones jurisprudenciales. De la necesidad de esta clarificación da cuenta la escandalizada cita de WALDRON en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo canadiense que decide en 2008 abandonar la idea de dignidad humana como referencia en su doctrina antidiscriminatoria por encontrarla «abstracta», «subjetiva», «confusa y difícil de aplicar»[8].

La definición de dignidad de WALDRON, que fundamenta su interesante propuesta, nos dice que se trata de «un término usado para indicar el rango más alto, jurídico, político y social, y la idea de *dignidad humana* sería la asignación del más alto rango de estatus a todas las personas»[9]. Entendiendo, con John AUSTIN, que cuando hablamos de estatus hacemos una elipsis para indicar un conjunto de derechos y deberes que están juntos por una razón subyacente que explica el conjunto y le da coherencia. Así, por ejemplo, el estatus de niño o de extranjero y el conjunto de derechos, obligaciones, deberes, asociados al mismo. Hemos de entender también, que la posición jurídica de niño, como la de extranjero, nunca está del todo cerrada, porque pueden presentarse nuevos incidentes o desaparecer los antiguos[10]. Por ello, la idea de dignidad como estatus va acompañada de una cierta flexibilidad.

Las declaraciones de derechos sugieren que la dignidad es la base de los derechos, pues los derechos «derivan de la dignidad inherente a las personas»[11]. La pregunta de WALDRON es si esto supone que el ideal moral de dignidad es un fundamento extralegal de los derechos humanos. Su respuesta pretende mostrarnos que no ha de serlo necesariamente. Para ello acude como hemos visto a la construcción de una idea de dignidad como estatus. Las implicaciones de esta propuesta van en la línea de articular una construcción jurídica y política de la dignidad en unos términos similares a los que llevan a la construcción de la idea de ciudadanía.

La dignidad dejaría de ser el objetivo o *telos* de los derechos humanos, sería un estatus normativo y muchos derechos humanos habrían de entenderse como incidentes de ese estatus. Si se configura la dignidad de este modo, existiría todavía una dualidad entre las normas generales que establecen ese estatus y las normas particulares que prohíben su degradación pero ya no sería la misma relación entre un objetivo y los principios subordinados que promueven ese objetivo[12].

No parece casual que WALDRON acuda a FULLER y a la idea de moralidad interna del derecho cuando defiende su idea de dignidad y enumera como ha de ser sustentada en los diferentes elementos esenciales de un ordenamiento jurídico, a saber: en la idea de autoaplicación, como el uso de reglas que implica la idea de contención o autocon-

---

[8] *R. v Kapp*, [2008] SCR 41, at sec. 22.

[9] WALDRON, *op. cit.,* 233.

[10] J. AUSTIN, *Lectures of Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law,* citado en WALDRON, 242, nota 112.

[11] *Declaración de Derechos Civiles y Políticos.*

[12] J. WALDRON, 2009, 212.

trol; en el uso de estándares; en las necesarias audiencias; en la argumentación; en la representación; o, finalmente en la coacción[13].

Sin embargo, lo fundamental en la propuesta de WALDRON es el elemento central sobre el que pivota su construcción de la idea de dignidad, porque se trata fundamentalmente de igualdad, de asumir un estatus que otorga un rango superior a las personas, que es el rango superior al que da acceso el reconocimiento de los derechos humanos, la novedad con respecto al significado tradicional de dignidad es que ese rango se otorga a todas las personas por igual.

3. IGUALDAD, DIGNIDAD Y DERECHOS HUMANOS: COMENTARIOS Y PREGUNTAS

En las citas de HIERRO y de LAPORTA mencionadas al principio, la idea de dignidad humana se nos presenta aparentemente como una idea moral inextricablemente unida a la idea de autonomía y fundamento de los derechos humanos, en definitiva, de una idea de dignidad como valor en el sentido habitualmente atribuido a KANT. Todo parece indicar que podríamos pensar en una interpretación en esa línea. Sin embargo, las referencias de las que parten ambos autores, aunque completamente diferentes entre sí, nos podrían llevar más cerca de la propuesta de WALDRON de lo que nos muestran las apariencias.

En el caso de Liborio HIERRO la vinculación de su idea a la concepción de dignidad que atribuye a Ronald DWORKIN nos presenta una idea de dignidad asociada a la autonomía, la libertad y la responsabilidad de los seres humanos con su propia vida. Es interesante la inclusión de la idea de responsabilidad, pues sugiere una concepción de autonomía matizada, no solo vinculada a la libertad de elección[14]. No menciona HIERRO la idea de igualdad, sin embargo, sí parece estar esta idea en alguna medida en las propuestas de DWORKIN. Basta recordar la relevancia de la idea de igualdad en las primeras formulaciones de su teoría, desde *Taking Rights Seriously*, cuando consideraba el eje de sus posiciones la idea de igualdad en contraposición a las ideas que denominaba kantianas, que incluían seguramente las ideas de dignidad como valor moral absoluto que hemos mencionado[15].

Si pensamos en las alusiones a la idea de dignidad en los textos de LAPORTA encontramos a PICO DE LA MIRANDOLA, pero también una sutil presencia de FULLER, como por otra parte, en todo el planteamiento de su idea de imperio de la ley[16]. En el caso de PICO DE LA MIRANDOLA, no faltaría quien defienda que podría ser interpretado en un sentido más cercano a la propuesta de WALDRON. La influencia de FULLER es, en mi opinión, una influencia compartida de WALDRON con LAPORTA. Es interesante también contrastar la idea de dignidad como estatus que presenta WALDRON con la idea de igualdad de LAPORTA. Encaja en muchos puntos. No es posible entrar aquí en más detalles.

---

[13] WALDRON, *op. cit.,* 237-253; L. FULLER, *The Morality of Law,* 1964, cap. 2.
[14] WALDRON, *op. cit.,* 141-142.
[15] DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, 1977.
[16] FULLER, *The Morality of Law*, 162.

No sé si HIERRO y LAPORTA suscribirían una interpretación de su idea de dignidad en los términos que he presentado en estas páginas, un tanto apresuradas, pero la vinculación de la dignidad a la igualdad me parece que insiste en la construcción de una mejor idea de derechos humanos. De manera que la idea de dignidad como estatus sería muy compatible con las concepciones de derechos defendidas por ambos autores. No se trata de colocar esta idea de dignidad como estatus en la categoría de fundamento único de los derechos humanos, sino de situarla entre una de las fundamentaciones posibles de los mismos.

No quiero terminar sin decir que los años compartidos con Liborio HIERRO y Francisco LAPORTA en la Universidad Autónoma han sido un privilegio y es difícil poner en palabras lo que han significado en mi formación intelectual.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DWORKIN, R., 1977: *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press. Trad. *Tomando los derechos en serio*, Barcelona: Ariel.

— 2006: *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*, Princeton University Press. Trad. *La democracia posible*, Barcelona: Paidós.

FULLER, L., 1977: *The Morality of Law,* Yale University Press [1964].

HABERMAS, J., 2010: «El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos», en *Dianoia*, vol. LV, 64, mayo, 3-25.

HIERRO, L., 2016: *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*, Madrid: Marcial Pons.

LAPORTA, F., 2007: *El imperio de la ley: una visión actual,* Madrid: Trotta.

WALDRON, J., 2012: *Dignity, Rank and Rights,* Oxford University Press (las citas de este texto son de una versión en *pdf* de las *Tanner Lectures on Human Values*).

AUTONOMÍA PERSONAL, DERECHOS HUMANOS Y DEMOCRACIA: ¿UN TRIÁNGULO DEMASIADO FELIZ?

José Luis Colomer
Universidad Autónoma de Madrid

Vuelvo a leer trabajos de Francisco LAPORTA y Liborio HIERRO con gran provecho y placer, y también con algo de melancolía. Y constato que los acuerdos intelectuales entre ambos van más allá de lo que pensaba. Una de esas coincidencias la encontramos en el papel primordial que ambos autores dan en sus teorías filosófico-jurídicas al valor de autonomía personal, al que LAPORTA presenta como fundamento de su admirable teoría del imperio de la ley y HIERRO convierte en fundamento único de su ambicioso y meritorio sistema de los derechos humanos, y de toda su teoría de la justicia.

A mi parecer, nuestros dos protagonistas son en exceso entusiastas sobre las virtudes teóricas del valor de autonomía personal. LAPORTA sostiene que «todo el complejo mundo de normas e instituciones que constituyen el imperio de la ley no es otra cosa que una apuesta moral implícita en favor de la autonomía personal» (2007: 18). Y Liborio HIERRO va aún más lejos cuando, tras proponer que se consideren como «derechos humanos» aquellos «que son condición necesaria para que una persona [...] pueda desenvolverse como agente moral en un contexto dado», afirma que «solo asumiendo que el primer valor moral se sitúa en la autonomía del individuo [...] los derechos humanos tienen un carácter fundamental (o legitimador) y ofrecen una respuesta teórica a los tres grandes problemas teóricos de la justicia: por qué es justo ordenar (la justicia como legalidad), quién está justificado para ordenar (la justicia como legitimidad en origen) y qué es lo que está justificado ordenar (la justicia como legitimidad en contenido)». Y especifica inmediatamente: «Los derechos humanos ofrecen una respuesta completa porque en base a un mismo principio resuelven las tres cuestiones: las normas son legítimas porque son necesarias para el desarrollo de la autonomía individual, la competencia normativa es legítima si y solo si deriva del ejercicio de la autonomía por los destinatarios [...] y las normas son justas si y solo si tienen como contenido la protección y la promoción de esa misma autonomía» (HIERRO, 2002: 39-40; 2014: 50; 2016: 55, 131).

En este comentario voy a detenerme en tres aspectos de sus propuestas: el propio concepto de autonomía que ambos autores manejan, el valor literalmente «fundamental» que le otorgan y el vínculo inmediato que establecen entre autonomía personal y teoría política democrática. Y debo decir que lo hago con cierta incomodidad ante la ligereza o injusticia que supone objetar en menos de tres mil palabras a propuestas

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.11
DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, edición especial (2017) ISSN: 0214-8676 pp. 79-84

filosóficas que demuestran la capacidad y seriedad intelectual excepcionales de sus autores.

1. AUTONOMÍA PERSONAL Y AGENCIA MORAL

Desde mi punto de vista, HIERRO y LAPORTA manejan un concepto de autonomía personal excesivamente amplio, en el que se juntan elementos de ideas diferentes y de muy distinto alcance, como la idea de agencia moral, o la idea kantiana de autonomía o libertad de la voluntad racional y el valor o principio liberal de autonomía personal. Aunque doy por supuesto que ninguno de ellos intenta presentar una concepción detenida de la idea de autonomía, y que estamos ante una idea particularmente compleja y polifacética[1], pienso que ambos se apresuran en su uso con resultados que no añaden claridad a las tesis que defienden. Más en concreto, no me parece acertado confundir o identificar la idea («kantiana») de la voluntad libre o «autónoma» en tanto no determinada por «fuerzas» o impulsos, deseos o intereses y, por tanto, como capacidad para actuar por razones, esto es, por principios morales «universales» —que nos convertiría en «agentes morales»— con el principio de la moral política que exige respetar la independencia del juicio de cada individuo en el gobierno de la propia vida y prescribe no obstaculizar las elecciones del propio individuo, e incluso facilitar a este conjuntos de opciones valiosas para dichas elecciones.

Es cierto que entre ambas ideas hay elementos comunes pero también que tienen diferentes sentidos, alcance, y orígenes doctrinales. La primera se afirma de los seres humanos en general (con excepciones) y es, como bien insisten nuestros autores, condición de posibilidad de la idea de responsabilidad, e incluso de las de norma, imperativo, e incluso de la de «obligación basada en la fuerza» (LAPORTA, 2007: 18-21). O, como ambos autores reiteran, condición de la consideración del ser humano como «agente moral», o también «prerrequisito del discurso moral» (HIERRO, 2002: 42-43; 2016: 55, 131). Pero nada de esto parece propio del valor de autonomía personal como el valor moral y político que se da, en algunas concepciones o teorías morales, al control de la propia vida, esto es, a la libre elección, no obstaculizada por otros, de pautas de acción, planes de vida o concepciones del bien (RAZ, 1986: 369; NINO, 1989: 204). En este caso estamos ante un valor o principio de justicia que, lejos de ser condición de la acción o del discurso moral, es apreciado más o menos en distintas concepciones morales y políticas y cuya realización depende, en gran medida, de condiciones legales, políticas y sociales favorables.

2. LA AUTONOMÍA PERSONAL COMO «FUNDAMENTO» DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DEL IMPERIO DE LA LEY

Es al segundo concepto, el del valor moral y político del libre gobierno de la propia vida (y no a la idea metafísica de la libertad de la voluntad racional) al que cabe proponer, con nuestros autores, como fundamento último o primordial de los derechos hu-

[1] *Vid.,* entre otros, L. HAWORTH, 1986; J. RAZ, 1983; G. DWORKIN, 1988; C. S. NINO, 1989.

manos, de la teoría de la justicia en general o de «las normas e instituciones del imperio de la ley». Pero pienso que una cosa es defender que dicho valor tenga un alto rango o importancia política, y otra convertirlo en fundamento y criterio único y suficiente de los derechos humanos en general, y de las teorías de la de legalidad, justicia y legitimidad democrática (HIERRO), o en la primordial justificación subyacente al imperio de la ley (LAPORTA).

La capacidad y vocación por la ordenación sistemática que Liborio HIERRO muestra en su obra, le conducen a esbozar «teorías generales» de algunos conceptos y principios básicos de la filosofía del derecho[2]; en este caso, a ofrecer «una respuesta completa a los tres grandes problemas teóricos de la justicia». El principio de autonomía de la voluntad constituiría el fundamento «completo», necesario y suficiente, de esa respuesta a través de la teoría de los derechos humanos. Los tres pilares básicos de esta comparten el mismo fundamento: «El derecho a la seguridad jurídica es una necesidad básica derivada de la autonomía», «todo ser humano tiene derechos a las libertades necesarias para desenvolverse como agente moral» y «el respeto a la autonomía moral [o personal] nos obliga a adoptar un principio de igualdad de oportunidades» (2016: 160, 165-166).

No creo, sin embargo, que ese intento de sistema pueda culminarse con éxito. De hecho, no termino de ver, en este caso, sus ventajas reales, teóricas o prácticas. Pues una teoría de la justicia, o una filosofía política, de tipo *monista* —esto es, que hace derivar todos los principios o valores de la moral política de un único fundamento o valor último, como en este caso el de autonomía— debería tener, frente a sus alternativas *pluralistas,* dos virtudes teóricas principales: el valor o principio último proporcionaría la justificación de los demás principios o valores, y además serviría como parámetro para resolver los conflictos entre los principios o valores «derivados». Pero, desde mi punto de vista, ninguna de esas ventajas se obtiene en este caso.

De un lado, no me parece verosímil sostener que los diversos intereses, necesidades o valores que subyacen a los distintos derechos humanos puedan ser explicados como derivados o dependientes de su contribución al valor de autonomía personal, o que concebirlos como medios para la autonomía personal o exigencias de esta contribuya a una mejor comprensión de su significado, contenido o importancia. No quiero decir que no exista relación entre autonomía y, por ejemplo, seguridad, igualdad o bienestar (el caso del valor y los derechos de libertad es, obviamente distinto), o que la presencia o ausencia de estos no incida en la autonomía de las personas. Pero está lejos de ser claro que aquel sea su único o principal valor o que no tengan un valor independiente o intrínseco, es decir, que no constituyan por sí mismos «necesidades», «intereses básicos» o valores de la vida personal o de una sociedad justa que justifiquen suficientemente su consideración como fundamentos de derechos humanos. Por eso cabe pensar en tensiones o conflictos entre los valores de seguridad, igualdad o bienestar y el de autonomía personal, y la consiguiente necesidad de ponderar entre ellos en ciertos casos, lo que no tendría sentido si los primeros derivasen su valor solo a partir del segundo.

---

[2] Este rasgo lo comparte HIERRO con su admirado Norberto BOBBIO, que, sin embargo, fue precisamente aquí mucho más descreído o prudente, al descartar, creo que con acierto, que pudiera formularse un fundamento único para los derechos humanos.

En segundo lugar, no veo que el principio de autonomía cumpla o pueda cumplir el papel de principio o valor superior desde el que se resuelvan las contradicciones o conflictos entre derechos, como ocurriría si aquel fuera el fundamento y criterio último de los derechos humanos. No se me ocurre cómo se apelaría a esa instancia superior en muchos conflictos usuales entre derechos humanos o fundamentales, como los que se suscitan entre, por ejemplo, los derechos a la libertad de expresión y la intimidad, o entre el derecho a la igualdad como no discriminación y la libertad de asociación, o entre el derecho a la intimidad y el derecho o valor de la seguridad personal o pública, o entre algunos derechos de libertad e importantes derechos sociales o económicos, o tantos otros. En todos estos casos, el principio de autonomía personal podría servir como un argumento más en un sentido u otro, pero no parece que como criterio o principio superior dé la solución en su supuesta calidad de fundamento moral de los derechos.

Tampoco la gran apuesta teórica de Francisco LAPORTA de hacer de la autonomía personal el fundamento primordial del conjunto de «normas e instituciones que constituyen el imperio de la ley» me parece suficientemente convincente, al menos con el alcance que su autor quiere darle.

El núcleo del argumento de LAPORTA sostiene que «un componente esencial de la autonomía personal es que las personas puedan trazar y seguir proyectos o planes de vida, que unifican y dan sentido a esas vidas a la largo del tiempo, y permiten hablar de "control" por uno mismo de su vida y sus proyectos» (2007: 32). Esto requiere que las consecuencias de nuestras acciones sean predecibles, lo que solo es posible si, en lo que al control de conductas por el derecho se refiere, el sistema jurídico se configura según el denominado «modelo de las reglas».

Ahora bien, y aunque, una vez más, la brevedad y ligereza de mi comentario no hace justicia a la riqueza del trabajo de LAPORTA, creo que la conexión no deja de ser un tanto forzada y a costa de unir dimensiones o medidas de la previsibilidad que el propio LAPORTA reconoce como diferentes. Y es que hay una distancia importante entre la necesidad de regularidades de conductas, y así de normas y reglas, y sistemas normativos sociales y jurídicos, que nos permitan albergar expectativas razonables de comportamiento mutuo, y la de la decisiones judiciales uniformes que posibilitaría el modelo positivista de aplicación de reglas como razones excluyentes. Y también hay una diferencia importante entre la exigencia de la autonomía personal de poder trazar planes y proyectos de vida generales [como «crear una familia estable o realizar una vocación profesional» (2007: 33)] y la planificación minuciosa de nuestro futuro que impliquen el cálculo preciso de consecuencias de acciones y, por tanto, de escenarios sociales muy definidos y precisos a medio y largo plazo. Y me parece que LAPORTA da un salto argumental excesivo al pasar de aquella condición de la autonomía personal (los planes de vida en sentido rawlsiano) a la exigencia más estricta de predecibilidad que justificaría excluir del derecho cualquier patrón de decisión judicial que no sea el del modelo estricto de las reglas.

Por descontado que no pretendo entrar aquí en la discusión de fondo entre las concepciones del derecho conforme al «modelo de reglas» y sus oponentes «principialistas» o «neoconstitucionalistas». Intento solo apuntar que, desde mi punto de vista, los mejores argumentos normativos o políticos en favor del primero son otros

distintos al de autonomía personal, como el propio LAPORTA muestra cuando se ocupa del propio valor de la previsibilidad de los efectos de nuestras acciones, de la seguridad jurídica, de la satisfacción de preferencias o de la distribución del poder y la legitimidad democrática.

3. AUTONOMÍA PERSONAL Y DEMOCRACIA

Aunque soy, de nuevo, consciente de la ligereza en que incurro al meterme en pocas líneas en cuestiones de mucho calado y especialmente complejas, apuntaré un tercer desacuerdo con las esperanzas que LAPORTA y HIERRO depositan en el valor de autonomía personal, en este caso en lo que se refiere a la tesis que la convierte en fundamento de la democracia. Liborio HIERRO es, de nuevo, categórico en su réplica a Isaiah BERLIN: la «libertad positiva», como decisión democrática en «ámbitos en que las decisiones son interdependientes», no es algo distinto a la autonomía individual (y, por tanto, a la «libertad negativa en la vida personal»), sino que cuando, en vez de atribuir la decisión a una autoridad o al azar «decidimos por mayoría, entonces hemos permitido el mayor ejercicio posible de la autonomía individual [...] en esa situación de interdependencia». Así, «la libertad positiva no es, por tanto, otra cosa que el ejercicio de la autonomía personal en condiciones de interdependencia» (2016: 163-164). Y, para LAPORTA, «el mismo fundamento, la autonomía personal», que exige que la convivencia sea guiada por «pautas con la estructura de reglas», da también respuesta a la pregunta sobre «quién debe producir» esas reglas: «El acuerdo entre agentes autónomos» (2007: 146 y 147). Pero con esa tesis compartida ocurre, en mi opinión, lo mismo que en el punto anterior: que el valor o la utilidad de la idea de autonomía personal como fundamento o principio básico de la teoría de la democracia es escaso o muy limitado, y que más bien son otros los principios o valores básicos de la moral política que pueden desempeñar ese papel.

Es cierto que hablamos inteligiblemente de «autogobierno» o «autonomía» colectiva, y que las instituciones que canalizan las opciones o preferencias de las mayorías nos permiten hablar con sentido del «consentimiento» de los ciudadanos a la autoridad o a la ley, porque el voto implica elección o expresión de las propias preferencias por cada ciudadano. Pero la diferencia entre los dos ámbitos —el de la autonomía individual y la colectiva— es tan importante que, a mi entender, distancia o separa las cuestiones teóricas de una y otra, hasta el punto de que no solo no existe la «conexión necesaria» entre ellas que HIERRO busca, sino que no veo el papel de «fundamentación» que la primera pueda desempeñar en la segunda.

Pensemos en algunas de las cuestiones centrales en la teoría de la democracia —como el «ámbito» de esta, o el nivel o extensión de los grupos que han de constituir las unidades de decisión, o las relaciones entre mayorías y minorías, o el valor que deba darse al pluralismo étnico, religioso, geográfico o social, o los límites a la decisión democrática, esto es, al alcance o poder de las decisiones colectivas frente a los derechos o intereses de los individuos—; o examinemos las discusiones entre quienes defienden versiones distintas de la democracia, como la democracia directa o plebiscitaria frente a la representativa o electiva, o los que proponen formas de democracia deliberativa,

participativa, elitista, populista, etc. No llego realmente a ver cómo los contenidos y dimensiones de la idea de autonomía personal puedan servir para contestar a aquellas preguntas o argumentar satisfactoriamente en esas discusiones; salvo, tal vez, para plantear objeciones muy serias a las formas de democracia indirecta o electiva, que presumo es la que los propios HIERRO y LAPORTA consideran preferible.

Me parece que para esos empeños teóricos es más interesante o prometedor acudir a valores de la moral política como la igualdad de consideración y respeto, la igualdad de poder o de influencia en las elecciones colectivas o en las decisiones y asuntos públicos, o la igualdad en la expresión y peso de los propios valores, elecciones o preferencias en lo que afecta a todos o configura el marco social compartido. O a valores como el respeto al pluralismo y a las minorías de diversa índole, la promoción del bien común o de los intereses generales, o la maximización de la satisfacción de preferencias, entre otros.

Es cierto que la propuesta de nuestros autores conduce a una teoría más sistemática de la moral política, y que podría ser ventajosa en su fuerza motivadora en favor de los sistemas democráticos de gobierno, pero no me parece satisfactoria teóricamente o desde las exigencias de la precisión y el rigor analítico que LAPORTA y HIERRO valoran y que tan sobradamente han demostrado a lo largo de su obra.

OBRAS CITADAS

DWORKIN, G., 1988: *The Theory and Practice of Autonomy,* CUP.

HAWORTH, L., 1986: *Autonomy,* Yale UP.

HIERRO, L., 2002: «El concepto de justicia y la teoría de los derechos», en E. DÍAZ y J. L. COLOMER, *Estado, justicia, derechos,* Madrid: Alianza Editorial.

— 2016: *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia,* Madrid: Marcial Pons.

LAPORTA, F., 2007: *El imperio de la ley,* Madrid: Trotta.

NINO, C. S., 1989: *Ética y derechos humanos,* Barcelona: Ariel.

RAZ, J., 1983: *The Morality of Freedom,* Oxford: Clarendon Press.

PODER JUDICIAL Y PODERES IRRESTRICTOS: CONTRA EL IMPERIO DE LA ARBITRARIEDAD

Ricardo Cueva Fernández
Universidad Autónoma de Madrid

Los trabajos de Liborio HIERRO y Francisco Javier LAPORTA han formado parte habitualmente de la teoría y de la filosofía del Derecho. En este sentido, es claro que sus incursiones en la pura filosofía política han sido menos amplias, y su preocupación por mecanismos institucionales se ha centrado en la indagación sobre el papel de jueces y tribunales en la *aplicación* del Derecho. De otra parte, su noción acerca de la democracia, a pesar de ser muy robusta, sin embargo tampoco ha implicado estudios empíricos o sociológicos sobre su alcance: para ser exactos, digamos que sus aproximaciones a la teoría democrática han sido más que suficientes para formular sus ideas sobre el Derecho. Y por todo ello entiendo que ambos profesores han logrado mantener una grandísima coherencia en todos sus planteamientos sin tener que sumergirse en tediosos ejercicios de detalle. Estas líneas, sin embargo, tratan de recuperar cierto problema en la teoría política pero también en la filosofía del Derecho contemporáneas que no deberíamos obviar si queremos extraer lecciones adecuadas de sus escritos.

Quizás la mejor manera de exponer el asunto sea el artículo de Liborio HIERRO, más tarde publicado en *Estado de Derecho: Problemas actuales*, y titulado «Democracia y poder judicial». En este texto su autor venía a recuperar el concepto de democracia de la mano de BOBBIO y se centraba en la de tipo político, omitiendo la actitud humana y la dimensión económica que pudiera tener el término, con el fin de aposentar su tema de estudio en aquellas líneas (47). Recordemos a tales efectos que BOBBIO citaba como las seis reglas características de la democracia: *a)* la igualdad, en el sentido de que *todos* los mayores de edad gozan de los derechos políticos, como el de expresar con el voto la opinión propia y/o designar a quien la exprese por ellos; *b)* la regla del voto según el mismo peso; *c)* la de la libertad en sentido de ser libres para votar según su propia opinión, conformada en el mayor grado posible de manera libre; *d)* pluralidad (deben existir alternativas reales para elegir); *e)* regla de la mayoría numérica para tomar las decisiones, y *f)* la de protección de minorías (ninguna resolución de la mayoría puede limitar los derechos de la minoría y de modo particular el de convertirse en mayoría).

También ahí mismo el profesor HIERRO se hacía eco de Alf ROSS, cuando el autor danés afirmaba en uno de sus trabajos de 1958 que «el poder político pertenece en derecho a la población toda y no meramente a una persona singular o grupo específico y limitado de gentes» (cit. por HIERRO, 47). Esto a su vez supondría que el poder de hacer leyes provendría de un órgano supremo, a saber, de una *asamblea representativa*.

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.12
DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, edición especial (2017) ISSN: 0214-8676 pp. 85-90

A continuación el académico español afirma que el sistema judicial es «un *subsistema* dentro del propio sistema normativo» (49, las cursivas de aquí en adelante son propias, excepto indicación contraria), poseyendo las siguientes características: *a)* carácter regulador, es decir, los conflictos sociales se resuelven de acuerdo a normas previamente reconocida; *b)* carácter institucional, porque la adjudicación de esas normas corresponde a un individuo (juzgador) o grupo de individuos (tribunal) que están institucionalmente preestablecidos y resultan ser independientes de las partes en conflicto; *c)* carácter contencioso, en tanto en cuanto las partes en conflicto tiene la posibilidad de manifestar su posición sobre hechos y normas aplicables; *d)* carácter rogado, porque el juez debe decidir solo sobre lo alegado al respecto y, por último, y *e)* carácter motivado, porque el órgano judicial debe fundamentar su decisión (50).

A su vez, el profesor HIERRO explica que estos rasgos implicarían referirse también a un rol que podría denominarse «judicial». «Esa exclusiva vinculación a la Ley es, al mismo tiempo, descriptiva *y normativa*: define el rol judicial y justifica su poder» (50). En consecuencia, el poder judicial no sería tal «poder», no estaría atribuido a un presunto colectivo de jueces y magistrados, sino a sus órganos individualizados y en tercer y último lugar, la independencia judicial sería la condición necesaria para garantizar el sometimiento de los Juzgados y Tribunales a la Ley, de modo que no tendría una legitimación política *distinta* a los otros «poderes» ni configuraría una exigencia para una compensación o equilibrio entre poderes políticos de distinto origen o composición (como puede serlo el reparto de competencias (51) en un estado federal o autonómico, o como lo es hoy el poder de control del Parlamento sobre el ejecutivo (52). La actividad judicial no es independencia *de* la actividad normativa del Gobierno y tampoco es exclusivamente independencia *frente* al Gobierno. El poder judicial independiente no es teóricamente incompatible con un sistema no democrático, y garantizaría la seguridad jurídica. «La independencia judicial no es en definitiva la garantía de la Democracia, sino una consecuencia necesaria de ella», aunque no sea concebible una democracia sin poder judicial independiente (53) y la democracia legitime al poder judicial (54). El poder judicial no aporta legitimación específica alguna, pero «se contagia de la legitimidad democrática de la ley» (54), y «un poder judicial independiente es *el* instrumento adecuado para combatir el abuso, la desviación o la corrupción de cualquier detentador del poder» (56).

Por su parte, el profesor LAPORTA apunta a conclusiones parecidas en el libro *El imperio de la ley*. En el volumen, concretamente en su capítulo X, y tras varias páginas en las que se refiere a las objeciones democráticas a la Constitución, parece mostrarse favorable al atrincheramiento de ciertas cláusulas sobre derechos. Para ello procede a «establecer una distinción clara entre lo que pueden llamarse *principios* o exigencias ético-políticas y lo que llamaré *mecanismos* institucionales». De esta forma, y de seguido, el profesor LAPORTA señala que aunque se hable con frecuencia del principio de separación de poderes o del federal «como si se tratara de exigencias éticas o políticas», en realidad «estamos simplemente ante dos construcciones institucionales, ante dos mecanismos». Su incorporación constitucional obedece a que «son articulaciones normativas que desarrollan o sirven de vehículo a la realización de principios». Así que «las razones para el precompromiso constitucional justificarían los *mecanismos* de precompromiso, de forma tal que las construcciones institucionales y su protección

constitucional tuvieran que exhibir las *razones* que los apoyan» (233, las cursivas son aquí del autor).

Así, continúa LAPORTA, «si nos preguntáramos, por ejemplo, por la justificación del mecanismo normativo de las separación de poderes podríamos aducir con cierta plausibilidad la exigencia de independencia judicial para la protección de los derechos individuales frente al poder ejecutivo, pero ni nos interrogásemos sobre la conveniencia de constitucionalizar, por ejemplo, el déficit cero o al independencia del banco emisor, seguramente no nos sentiríamos satisfechos porque algunos economistas nos dijeran que las mayoría toman sus decisiones con tendenciosidad o con miopía de futuro» (233 y 234). En consecuencia, la conclusión del profesor es clara: «solo los principios o razones que recogen derechos individuales básicos o descansan en ellos son lo suficientemente poderosos como para medirse con la objeción contramayoritaria» (234).

Por otra parte, el modelo de juez que el autor de *El imperio de la ley* defiende, a su vez, es muy similar al sostenido por Liborio HIERRO. Así, tiene el deber de «aplicar el Derecho», de resolver los conflictos; pero además ha de hacerlo recurriendo a los «ingredientes del ordenamiento jurídico», *ateniéndose* a su sistema de fuentes establecido por los criterios de identificación de las normas jurídicas y motivar las sentencias, justificándolas con *razones* (de nuevo, 194, también en 212). En esta dimensión el Derecho no sería algo radicalmente indeterminado, al contrario de lo que aseveran los seguidores de los *Critical Legal Studies* y otros (196 y 197). El razonamiento moral, sin embargo, no es arbitrario ni particularista, sino que quedaría circunscrito mediante controles de racionalidad y sustentado en enunciados generales (199), lo cual no le impediría al juez emprender cierta discreción (debido a lagunas y antinomias principalmente) e incluso la creación de normas (207-214), siempre merced a cierta coherencia con el ordenamiento (214-218).

Las diferencias y similitudes entre ambos profesores aquí son evidentes, aunque yo diría que el balance señala cierta complementariedad. Mientras que los uno y otro abogan por un juez que no se despegue de la ley (en el caso de LAPORTA, particularmente de la coherencia del ordenamiento como un todo), HIERRO hace hincapié en la legitimidad democrática de las normas y desmenuza los presupuestos habituales de la separación de poderes en torno a jueces y tribunales, pero se puede afirmar sin lugar a dudas que ninguno de ellos concede papel preeminente al poder judicial y que por tanto no siguen la lectura clásica de la división de poder ejecutivo, legislativo y judicial, que durante tantos años se ha enseñado en las asignaturas de Derecho político o Constitucional de las Universidades españolas.

Ahora bien, cabe destacar en primer término, el gran equívoco de la exposición tradicional. En primer lugar, porque la famosa exposición de MONTESQUIEU pertenece a una sociedad de carácter estamental, en la cual el poder judicial correspondía a la denominada «nobleza de toga». Es más, su pensamiento contemplaba diversos regímenes de gobierno (democracia, aristocracia y monarquía) a la manera clásica de ARISTÓTELES y en medio de ordenamientos que todavía se estaban abriendo a la Ilustración. Por no hablar de su versión de la «constitución inglesa», que venía a acoger precisamente un artefacto jurídico-político no adoptado en general luego por ninguna de las naciones europeas ni del mundo en general, por mucho que todas hayan sido o sean «democracias constitucionales».

El equívoco prosigue bastante después de MONTESQUIEU, incluso, y fue alimentado por KANT (cit. en la p. 48 de la obra de HIERRO). Concretamente merced al ejemplo de la revolución norteamericana y las sucesivas constituciones con las que se dotaron los trece estados dimanados de las trece colonias de la antigua metrópolis británica. En realidad, y si nos fijamos en ellas observaremos que tan solo en algunas se erigió un bicameralismo que por los demás no tenía las connotaciones nobiliarias de Europa. Es más, el poder judicial no asoma en casi ninguna de ellas como independiente propiamente dicho y el jurado en cambio está presente en todas partes (CUEVA, 2011: 321 y 322, 331).

El gran giro se produce en realidad con la Constitución federal de 1787, cuando en su art. VI afirma que «esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, aun cuando se encuentre en la Constitución o en las leyes de cualquier Estado alguna disposición que lo contradiga». Tal precepto, en combinación con la identificación del «poder judicial» con el Tribunal Supremo del país (sec. 1 del art. III), pretendía otorgar seguridad jurídica a propietarios, acreedores y el general a comerciantes extranjeros frente a las decisiones que a veces tomaban individualmente los Estados para ignorar contratos, testamentos o inmuebles que habían pertenecido, por ejemplo, a lealistas durante la guerra con la metrópoli británica (CUEVA, 2011: 338 y 339, y 2015: 291). Aprovechando esa urgencia, al tiempo, se intenta erigir un árbitro que permita conservar la Unión sin riesgos secesionistas. *El Federalista* fue claro al respecto: «el departamento judicial es, sin comparación, el más débil de los tres departamentos del poder», de modo que «nunca podrá atacar con éxito a ninguno de los otros dos», y «son precisas toda suerte de precauciones para capacitarlo a fin de que pueda defenderse de los ataques de aquellos». Y «la independencia completa de los tribunales de justicia es particularmente esencial en una Constitución limitada», siendo su deber el de «declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución» (*El Federalista,* núm. 78: 331 y 332).

Lo que permaneció erigido, pues, y eso lo detectan muy bien los profesores HIERRO y LAPORTA, como vemos fue la idea de un «poder moderador» (HIERRO, *op. cit.,* 49) que evitara colisiones, por ejemplo, entre los distintos Estados, pero también entre ciudadanos o corporaciones y gobierno, tal y como demuestran los primeros casos que se plantearon ante aquel. Ambos autores observan así que el poder judicial se debe al «imperio del derecho» (en palabras de LAPORTA, *op. cit.,* 218), o a su «función pública» de administrar justicia (en términos de HIERRO, *op. cit.,* 51) o «exclusiva dependencia de la ley» (*ibid.,* 52), que permite la seguridad jurídica merced a la imparcialidad desplegada. Este discurso es posible verterlo, sin mayores problemas, en el ámbito de la aplicación del Derecho si entendemos que este resulta legítimo. Ahora bien, ¿cuándo lo es realmente? HIERRO afronta esta pregunta con rotundidad al señalar que los jueces *añaden* legitimidad pero que no la suministran propiamente (53), o cuando (y en esto, al contrario que LAPORTA) se refiere al reparto competencial entre territorios. Y otra más robusta cuando nos referimos al requisito de la pluralidad mencionado por BOBBIO en su teoría de la democracia.

En efecto, recordemos que uno de los rasgos que el pensador italiano atribuía a la democracia era la posibilidad de que existieran realmente alternativas, una pluralidad de *opciones*, así como que los ciudadanos pudieran conformar sus opiniones con la mayor libertad posible. Lo cual nos conduce a considerar cuál es esa garantía. Quizás no se trate más que de una cuestión baladí, pero no acabo de verlo de este modo. A los profesores LAPORTA y HIERRO les preocupa mucho, y dígase tal cosa como elogio a su favor, el respeto a la ley de jueces y tribunales, así como la legitimación democrática de aquella (en el supuesto del segundo, extendida a la esfera local o territorial con mayor querencia). Pero lo que aquí mantengo es que tales premisas no serán nunca respetadas *si no existe una división del poder que lo permita*. Una condición *necesaria*, aunque no suficiente (quizás ningún lote de instituciones resulte satisfactorio del todo, en este sentido) para apuntalar el autogobierno democrático, pero en cualquier caso, *constitutiva*. Un requisito indispensable con el fin de alimentar los variados canales de la opinión pública y la vigilancia mutua entre detentadores del poder en distintas residencias. El carácter sólido del republicanismo proviene de este entendimiento. Los jueces y tribunales *pensarán* que aplican la ley de manera estricta y sin extralimitarse (¿quién *vigilará* que cumplan su «rol»?), el gobierno podrá quedar muy satisfecho con hacer cumplir sus mandatos (¿qué asamblea *a salvo de la corrupción* lo controlará?) y la paz social parecerá algo similar a la seguridad jurídica aunque una minoría atrinchere prebendas y fugue capitales. Y es que aunque esta seguridad pueda fundamentar unos supuestos «planes de vida» individuales, ninguno de ellos podrá afianzarse sin una *garantía colectiva*. Si tal aseguramiento no se produce el ciudadano estará sometido a la más siniestra arbitrariedad, desprovisto de la defensa necesaria para comprenderse *socialmente*. Lo que preocupaba la fórmula republicana política cuyo sendero durante mucho tiempo fue paralelo al de la democracia es este *principio* (que no *mecanismo*).

Otra cosa es que la separación de poderes habitual en la teoría política y jurídica de cierto cuño resulte insuficiente hoy en día. El poder judicial es *un* instrumento adecuado para combatir la corrupción, pero no (y quizás nunca lo haya sido antes) *el* instrumento por excelencia. La independencia judicial no resulta ser la garantía de la democracia, ciertamente, pero todo sistema democrático *exige* división del poder (territorial o de otros tipos, lo cual requiere preguntarse sobre la naturaleza y el despliegue de los poderes que realmente actúan hoy en la sociedad de manera intensa). Y tal descubrimiento no debería conducirnos a abandonar esa dispersión saludable, sino a reforzar antiguas instituciones y recrear otras nuevas que impidan la arbitrariedad, es decir, que eviten el gobierno de la *facción*, de un grupo hegemónico de intereses que socave el bien común.

En este sentido, de todas formas, la cura escéptica que ofrece HIERRO y la desconfianza frente a la discrecionalidad judicial de LAPORTA son poderosas herramientas para emprender ese diseño institucional necesario para la democracia. La división de poderes contribuye a la legitimidad del sistema, a impedir su corrupción por el domino de una facción determinada que impida la pluralidad y la posibilidad de elegir alternativas *reales*.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BOBBIO, N., 1977: «Democracia representativa y teoría marxista del Estado», *Sistema,* núm. 16: 3-30.

CUEVA FERNÁNDEZ, R., 2011: *De los niveladores a Marbury vs. Madison: los orígenes de la democracia constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

— 2015: «¿Qué federalismo? La república estadounidense originaria y las tribulaciones de Publius», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* 49: 281-309.

HAMILTON, A.; JAY, J., y MADISON, J., 2011: *The Federalist Papers* (1787-1788); trad. cast. de Gustavo R. Velasco, por donde se cita, *El Federalista*, 2.ª ed. (1.ª ed. de 1943), México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

HIERRO SÁNCHEZ PESCADOR, L., 2001: *Estado de Derecho. Problemas actuales*, 2.ª ed. (1.ª ed. de 1998), México D.F.: Fontamara.

LAPORTA SAN MIGUEL, F. J., 2007: *El imperio de la ley. Una visión actual,* Madrid: Trotta.

ROSS, A., 1958: *On Law and Justice*, London: Steven & Sons.

¿QUIÉNES SON TITULARES DE DERECHOS HUMANOS? LIBORIO HIERRO Y EL PREJUICIO ESPECIEÍSTA

Pablo de Lora
Universidad Autónoma de Madrid

1. INTRODUCCIÓN

De la vasta producción intelectual de Liborio HIERRO destacan sin duda sus trabajos sobre derechos humanos, desde su artículo de 1982 «¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto»[1] hasta su reciente libro[2] en el que desgrana una concepción completa y sistemática de la justicia articulada en torno al ideal de los derechos humanos[3].

Uno de los cimientos de ese edificio es el relativo a la titularidad de los derechos, y más específicamente la posible consideración de los niños como sujetos de derechos humanos, otra preocupación característica del quehacer filosófico-jurídico de Liborio HIERRO[4]. HIERRO defiende, dicho de manera muy sumaria, que el respeto a los derechos humanos es una condición necesaria de la existencia de un orden político justo, pues de otro modo se niega la dignidad que tienen por igual todos los seres humanos en su condición de agentes morales[5].

Una caracterización tal, sin embargo, suscita la pregunta de si la propiedad misma de la agencia moral —ser capaces de tener preferencias de segundo orden—[6] es una condición igualmente necesaria para ser titular de tales derechos. Si lo es —como han sostenido tradicionalmente los partidarios de la llamada «teoría de la voluntad»[7]— se

---

[1] Publicado en la revista *Sistema* (núm. 46 de 1982). Merece también destacarse su compilación de textos junto con G. PECES-BARBA, *Textos básicos sobre derechos humanos* (Madrid, Universidad Complutense, 1973).

[2] *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*, Marcial Pons, 2016.

[3] Esta construcción ya se atisbaba en su contribución «El concepto de justicia y la teoría de los derechos», en J. L. COLOMER y E. DÍAZ (dirs.), *Estado, justicia, derechos* (Madrid, Alianza, 2002).

[4] «¿Tienen los niños derechos? Comentario a la Convención sobre los Derechos del Niño», *Revista de Educación*, núm. 294, 221-233.

[5] Los derechos humanos son derechos morales subjetivos, esto es, posiciones normativas que permiten al individuo desplegar su autonomía, pero tienen carácter especial como derechos morales en tanto en cuanto requieren protección jurídica y sirven de criterio de legitimidad del orden jurídico-político.

[6] De acuerdo con la caracterización de BAYÓN que HIERRO asume (cit., 153). La propiedad de la agencia moral, como es bien sabido, se cifra en la idea de «personalidad» que HIERRO a su vez desagrega en tres atributos: autonomía, responsabilidad y autoconciencia; *vid. Los derechos humanos*, *op. cit.,* 139.

[7] *Ibid*., 142-145.

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.13

DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, edición especial (2017) ISSN: 0214-8676 pp. 91-96

produce la, en términos de Carl WELLMAN, «conclusión monstruosa» de que los niños no tendrían derechos humanos[8]. La evitación de ese indeseable corolario pasa, como se sabe, por suscribir la llamada «teoría del interés o del beneficiario». Pero entonces, advierte HIERRO, se genera un problema inverso de sobre-inclusión. En sus propias palabras: «Si nuestra teoría [del interés] permite atribuir derechos morales a individuos que carecen de agencia moral, porque se trata de garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas para subsistir y realizarse [...] entonces ¿por qué no reconocer esos derechos en favor de entidades o individuos que pueden llegar a ser humanos (los fetos) o que han sido humanos (los muertos) o que se componen de seres humanos (los grupos) o que simplemente no son humanos (los animales, las plantas, la naturaleza)? Podríamos hacerlo en el ámbito de la moral, como lo hace el legislador en el ámbito del derecho. ¿Por qué damos tanta importancia moral a los derechos "humanos" y no a los derechos morales de cualquier cosa? Sin duda alguna en eso consiste el "prejuicio de especie"»[9].

En lo que sigue voy a discutir sucintamente el modo en el que Liborio HIERRO ha abordado ese prejuicio en su última obra para lo cual dividiré mi ensayo en tres apartados. En la sección 2 argüiré que el prejuicio de especie, tal y como es expuesto por HIERRO, no está bien caracterizado y que su propuesta puede ser mejor entendida a la luz del «personismo» defendido por Shelly KAGAN (sección 3). En la sección 4 analizaré su tesis de acuerdo con la cual la extensión del lenguaje de los derechos a los animales no humanos (en adelante ANH) es contraproducente e inadecuada en tanto en cuanto no les debemos «justicia», y me preguntaré si no cabría concebir a algunas de las especies animales como miembros de nuestra comunidad política al igual que hacemos con los miembros «no paradigmáticos» de nuestra especie.

2. ESPECIEÍSMO: EL PREJUICIO SOBRE EL «PREJUICIO DE ESPECIE»

Hay un cierto prejuicio en el modo en el que Liborio HIERRO identifica el prejuicio de especie. No en la acepción atribuida por el diccionario de la RAE a la acción de prejuzgar, sino en el de no haber deslindado más cuidadosamente los distintos «sujetos problemáticos» de derechos humanos a la luz de la teoría del interés. El prejuicio de especie, dicho lisa y llanamente, se suscita en relación con todos aquellos entes de los que se pueda predicar que tienen intereses pero no pertenecen a la especie humana y solo por esta última razón son excluidos del círculo de sujetos de derechos humanos (cuando resulta que tener intereses es el factor moralmente relevante para la atribución de aquellos)[10].

El resto de los candidatos a formar parte del universo de los titulares de derechos humanos que menciona HIERRO, y a los que comúnmente se niega tal condición, no sufren por la exclusión prejuicio de especie alguno. Es claro que ni los grupos (hu-

[8] *Ibid*., 149.
[9] *Ibid*., 150.
[10] Se incurre, entonces, en el vicio del «especieísmo». Para un tratamiento profundo e iluminador del mismo, *vid.* Ó. HORTA, «What is Speciesism?», *Journal of Agricultural and Environmental Ethics*, vol. 23, 2010, 243-266.

manos), ni los muertos (humanos), ni los fetos (humanos) al menos en sus primeros estadios de desarrollo, tienen intereses ni necesidades y es por ello por lo que no son sujetos de derechos. ¿Qué nos permitiría afirmar tal cosa?

En este punto —la dilucidación de las nociones de interés y necesidad— Liborio HIERRO es ambiguo. En algún momento señala que de algunos primates superiores se puede discutir «[1] si cabe predicar [de ellos] las mismas características de agencia [que los seres humanos]»[11]; o [2] que algunos animales hayan llegado o puedan llegar a adquirir «el mínimo grado de autoconciencia necesario como para considerarlos agentes morales y reconocerles derechos morales fundamentales de idéntico peso a los derechos humanos»[12]. Sin embargo, en otro pasaje, criticando a Peter SINGER y Tom REGAN, sostiene que ambos habrían errado al «manejar una noción de interés» que no está ligada a la conciencia de ese interés. En esa carencia, sostiene HIERRO, los animales se parecen mucho a las plantas[13].

La idea de «necesidad» remite tanto al medio causalmente eficaz para el logro de un fin, cuanto a la forma de satisfacer un interés o un deseo. Así, en el primer caso, podemos decir con sentido que «la planta necesita agua», y, en el segundo, que «necesito que me llames cuanto antes». En el primer supuesto no hay compromiso alguno con la existencia de estados mentales por parte del ente «necesitado», de la misma manera que afirmamos sensatamente la «necesidad de limpiar los filtros del aire acondicionado» (si queremos que funcione correctamente). La necesidad de recibir una llamada, sin embargo, sí entronca con la existencia de un deseo o interés que puede verse satisfecho o frustrado. Si este sentido de necesidad vinculado a la posesión de estados mentales es plausible, las plantas, como sostiene HIERRO, carecen de intereses porque, hasta donde sabemos, carecen de estados mentales[14]. De muchísimas especies animales, sin embargo, sí cabe predicar la existencia de esos estados[15] y solo de muy pocos de ellos, por lo que sabemos, se podría decir, además, que tienen autoconciencia[16]. Bajo estos presupuestos, la teoría del interés bien podría caracterizar como titulares de de-

---

[11] *Los derechos humanos*, *op. cit.,* 152.

[12] *Ibid*., 155.

[13] *Ibid*., 153-154.

[14] S. KAGAN («What's Wrong With Speciesism?», *Journal of Applied Philosophy*, vol. 33, núm. 1, febrero de 2016, 1-21, 7) y M. KRAMER («Do Animals and Dead People Have Legal Rights?», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 14, núm. 1, enero de 2001, 29-54, 33) entre otros, han defendido, por el contrario, que es plausible sostener que las plantas tienen intereses, y el segundo, incluso, que también tienen intereses los seres inanimados. Aunque sería interesante pormenorizar y discutir sus razones, excedería de los límites de este ensayo hacerlo. Es, por otro lado, innecesario dados los modestos objetivos que persigo.

[15] El proceso cognitivo primario que, de acuerdo con los etólogos, caracteriza la sentencia implica *«awareness»* o «cognición consciente» de los estímulos internos y externos, es decir, la «capacidad de generar una escena mental en la que la información diversa se integra con el propósito de dirigir la conducta [...] la conciencia o sentiencia en los animales es un fenómeno que puede inferirse mediante el examen de las capacidades cognitivas y las características neuroanatómicas que un animal posee» (K. P. CHANDROO, I. J. H. DUNCAN y R. D. MOCCIA, «Can fish suffer?: perspectives on sentience, pain, fear and stress», *Applied Animal Behaviour Science*, vol. 86, 2004, 225-250, esp. 226-227).

[16] Y de ninguno de ellos, ni siquiera de los grandes simios, que se acerquen al nivel de sofisticación cognitiva que atribuimos a quienes caracterizamos como agentes morales, esto es, aquellos que son capaces de tener preferencias sobre las propias preferencias. De la vasta literatura científica más reciente sobre toda esta materia *vid.* F. DE WAAL quien, en «The Tower of Morality», señala: «El deseo de un marco moral internamente consistente es singularmente humano. Somos los únicos a quienes nos preocupa por qué pensamos lo que pensamos [...]. Todo esto es mucho más abstracto que el concreto nivel conductual al que otros animales parecen operar»

rechos a muchos ANH, pero en ningún caso a las plantas, los artificios o la naturaleza en su conjunto.

3. ANIMALES Y PERSONAS: CÓMO NO SER ESPECIEÍSTA

Cuestión distinta es que esa forma de discriminación de los ANH —el especieísmo— equivalga a otras formas tradicionales y oprobiosas de discriminación, señaladamente al sexismo o al racismo. HIERRO lo niega puesto que al fijar como «presupuesto necesario para fundamentar los derechos humanos» la condición de ser agente moral no se está produciendo una desigualdad en función de un rasgo moralmente irrelevante (lo que hace, ahora sí, odioso al racismo o sexismo)[17].

En una línea parecida se ha manifestado recientemente Shelly KAGAN: incluso aceptando la condición de pacientes morales (capaces de sentiencia) de los ANH, no es prejuiciosamente especieísta afirmar que el sufrimiento de los seres humanos «cuenta más»[18].

Pero en realidad sí se produce tal discriminación, porque los intereses de los seres humanos, independientemente de su condición, *cuentan siempre más que los intereses de los ANH*[19]. La discriminación se evita si la membrecía en la especie humana deja de considerarse relevante, manteniéndose, en cambio, la condición de ser persona (agente moral). De ese modo la posición no sería ya especieísta sino justificadamente «personista» como ha defendido KAGAN[20]. Pero, entonces, la «conclusión monstruosa» se nos cuela por la ventana: los bonobos y E. T. serían sujetos de derechos humanos, pero no los seres humanos con discapacidades cognitivas muy severas. La solución, para KAGAN, radica en adoptar una forma «modal» de personismo de acuerdo con la cual lo importante es la pertenencia a una especie en la que sus miembros son típicamente agentes morales: el individuo con una severa discapacidad cognitiva que le impide la agencia moral *podría haber sido persona*[21]. Tal personismo no incurriría en especieísmo porque atribuiría esa condición también a los que, no siendo seres humanos, pertenecen a una categoría en la que lo «normal» es ser persona. Supongamos, nos sugiere KAGAN, que los perros fueran originalmente de Marte y que allí se desarrollarán como personas pero no así en la Tierra porque, pongamos, la diferente fuerza de la gravedad

---

[en S. MACEDO y J. OBER (eds.), *Primates and Philosophers. How Morality Evolved*, Princeton University Press, 2006, 161-181, 174].

[17] HIERRO, *Los derechos humanos*, *op. cit.,* 152.

[18] Esa preferencia puede revelar además una muy «humana» (*i. e.* justificada) parcialidad hacia los miembros de nuestra propia especie, como sostuvo póstumamente B. WILLIAMS; *vid.* «The Human Prejudice», en A. W. MOORE (ed.), *Philosophy as a Humanistic Discipline*, Princeton-Oxford: Princeton University Press, 2006, 149-152.

[19] El especieísmo también podría darse en el sentido inverso, esto es, la mera circunstancia de no ser miembros de nuestra especie habría de impedir ingresar en el club de los titulares de derechos humanos a entes con iguales o superiores capacidades cognitivas a nosotros.

[20] Cit., 9-11.

[21] Un argumento semejante puede ser rastreado, al menos, hasta un trabajo de C. COHEN, «The Case for the Use of Animals in Biomedical Research», en R. M. BAIRD y S. E. ROSENBAUM (eds.), *Animal Experimentation. The Moral Issues*, Amherst, NY, Prometheus Books, 1991, 103-114, 106, y más recientemente M. S. LIAO, «The Basis of Human Moral Status», *Journal of Moral Philosophy*, vol. 7, núm. 2, 2010, 159-179.

lo impide. Así y todo les deberíamos tratar como personas, de la misma manera que hacemos con los humanos con cognición severamente limitada[22]. No obstante, hay casos no-paradigmáticos de individuos que pertenecen a la especie humana que, no por accidente sino por «esencia», nunca hubieran podido llegar a ser persona, como ocurre típicamente con los anencefálicos, con lo que no les alcanzaría la protección del «personismo modal» defendido por KAGAN[23].

4. DERECHOS HUMANOS, ANIMALES NO HUMANOS Y COMUNIDAD

La no pertenencia a la especie humana, por tanto, no parece una buena razón para negar la condición de sujeto de derechos básicos a los ANH. Sin embargo, uno podría preguntarse para qué tenemos que incluir a dichos individuos en el seno de la comunidad de los titulares de derechos básicos. La pregunta es relevante, sobre todo, porque muchos de los que sostienen la teoría de la voluntad, o la teoría del interés en su versión no inclusiva, pueden perfectamente acoger un buen número de restricciones a las acciones que implican maltrato a los que no gozan ni de agencia moral ni de la pertenencia a la especie humana. Sobre ese presupuesto se ha de leer a HIERRO cuando afirma que: «No es ni necesario ni conveniente extender la titularidad de derechos morales de este tipo, fundamento de un orden justo, a ningún tipo de entidad individual o colectiva que no sea un agente moral o pertenezca a la misma especie que los agentes morales. La razón de esta conclusión se apoya simplemente en la función que el invento de los derechos humanos trataba, y sigue tratando, de cumplir»[24]. Y esa función es, como se apuntaba antes, proteger un ámbito de soberanía individual frente al poder físico o normativo de otros, y, paradigmáticamente, frente al orden político: los derechos son *trumps* (DWORKIN) o *moral side-constraints* (NOZICK). Por ello, prosigue HIERRO, los derechos humanos no constituyen ni tienen porque constituir una teoría moral completa. Los animales, el planeta, el patrimonio histórico-artístico deben ser protegidos y cuidados pero para ello: «No necesitamos devaluar el lenguaje de los derechos hasta hacerle perder su sentido y, lo que sería peor, su función en el diseño de un orden político justo»[25].

Los derechos humanos, en la concepción de HIERRO, son la mejor forma de «dar a cada uno lo suyo», un desiderátum de la justicia y están vinculados a la conformación de un «orden» que permita la interacción mutuamente provechosa entre los individuos. Nuestros tratos con los ANH pertenecerían, en cambio, a una sucursal moral distinta: la del respeto, la compasión o la «reverencia», si acaso. Y ello no meramente, o no fundamentalmente, porque los ANH no sean «uno de los nuestros», sino porque con ellos no conformamos una, parafraseando a John RAWLS, «sociedad bien ordenada».

---

[22] KAGAN, cit., 13-14.

[23] J. MCMAHAN, «On Modal Personism», *The Journal of Applied Philosophy*, vol. 33, núm. 1, febrero de 2016, 26-30, esp. 27-28. Por supuesto hay quienes, como David DEGRAZIA rechazan como criterio moralmente relevante el haber podido ser persona si resulta que sus capacidades son finalmente —ya sea por esencia o accidente— las mismas; *vid.* «Modal Personhood and Moral Status: A Reply to Kagan's Proposal», *The Journal of Applied Philosophy*, vol. 33, núm. 1, febrero de 2016, 22-25, esp. 24.

[24] HIERRO, *Los derechos humanos*, *op. cit.,* 155.

[25] *Ibid*., 156.

¿Es eso ciertamente así? De nuevo aquí podríamos hacer preguntas semejantes a las de los anteriores apartados: de las comunidades humanas no solo forman parte sujetos racionales y razonables —por seguir con el imaginario rawlsiano— sino también humanos no paradigmáticos. De los niños se podría decir que su inclusión deriva del hecho de que serán miembros plenamente cooperantes de la sociedad[26]. ¿Pero y los que en ningún caso llegarán a serlo por su condición de extrema discapacidad cognitiva? Esa circunstancia no les impide «estar entre nosotros» —solo entre nosotros pueden encontrar un mínimo florecimiento «humano»— aunque no sea en la condición de ciudadanía plena. Del mismo modo —y con esto no estoy estableciendo ninguna relación de semejanza sino una semejanza de relaciones— se encuentran los animales de compañía, los amansados, o los que, de maneras muy variadas —desde los perros-guía de los ciegos hasta los llamados «animales terapéuticos»— nos permiten vivir una vida mejor como seres humanos. ¿Es una excentricidad pensarles como miembros de nuestras sociedades políticas?[27]. Estoy inclinado a pensar que no, aunque nadie como Liborio HIERRO para sacarme de ese, y algún que otro, tropiezo filosófico-jurídico que haya podido cometer en este comentario.

[26] Los derechos, como expresión de la justicia, no actúan bajo el presupuesto de una comunidad estática, sino que la sociedad política se ordena con la vocación de perdurar en el tiempo.

[27] Esta es la tesis desarrollada por W. KYMLICKA y S. DONALDSON en *Zoopolis. A Political Theory of Animal Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2011. De la «ciudadanía animal» quedan excluidos, eso sí, los animales salvajes.

CUESTIONES SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Rafael Escudero Alday
Universidad Carlos III de Madrid

1. LAS DOS VÍAS PARA LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

La reforma constitucional es un tema de moda en España[1]. Tanto en sede política como académica se suceden debates acerca de la necesidad o no de reformar la Constitución de 1978 y, en su caso, en qué materias y a través de qué procedimiento. Pero el debate no es nuevo, ni propio de estos tiempos de la llamada «nueva política». Ya se planteó con cierta intensidad durante los primeros años de este siglo. En 2005 el entonces Gobierno socialista solicitó un informe al Consejo de Estado sobre la posibilidad de realizar algunas modificaciones a la Constitución. En aquel momento, el marco de una hipotética revisión constitucional se circunscribió a los siguientes temas: la supresión de la preferencia del varón en la sucesión a la Corona, la recepción en el texto del proceso de construcción de la Unión Europea, la inclusión de la denominación de las Comunidades Autónomas y la reforma del Senado[2]. La coyuntura política de aquellos años, caracterizada por la imposibilidad de pactos y acuerdos entre el Gobierno y la oposición, cercenó cualquier paso en esta dirección. Hoy, las reformas constitucionales que se demandan desde diferentes sectores parecen ser de mucho mayor calado. Algunas afectan a materias tan relevantes como la estructura territorial del Estado o la protección de derechos sociales; materias que forman parte del núcleo definitorio del texto constitucional vigente y que, de llegar a reformarse, podrían suponer una rectificación de lo aprobado en 1978.

A la dificultad que en términos políticos supone toda reforma constitucional, en el caso español debe sumarse la poca fortuna que tuvo el constituyente de 1978 a la hora de regular su procedimiento. La característica principal es que esta cuestión se aborda en dos artículos (en vez de hacerlo en un único artículo), estableciéndose así dos vías de reforma (en vez de una única vía). Por un lado, la del art. 167, para la reforma parcial del texto, que requiere una mayoría cualificada de tres quintos en Congreso y Senado (si en este no se obtiene la mayoría cualificada, sino tan solo mayoría absoluta,

[1] Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de I+D+I del Ministerio de Economía y Competitividad titulado «Reforma constitucional: problemas filosóficos y jurídicos» (DER2015-69712-C2-2-R) (MINECO/FEDER, UE).

[2] El informe se encuentra disponible en *http://www.consejo-estado.es/pdf/modificaciones%20constitucion%20esp.pdf* (fecha de consulta: 6 de septiembre de 2016).

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.14

entonces sería necesaria una mayoría de dos tercios en el primero), más su aprobación en referéndum si así lo solicita la décima parte de los miembros de cualquiera de las dos cámaras. Por otro lado, la del art. 168, para la revisión total o del «núcleo duro» del texto constitucional (título preliminar, derechos fundamentales y Corona), que requiere la aprobación del principio de reforma por dos tercios de cada Cámara, la inmediata disolución de las Cortes y celebración de elecciones, la ratificación de la reforma por las nuevas Cámaras, la aprobación del nuevo texto por dos tercios de ambas y, finalmente, su ratificación mediante referéndum ciudadano.

Además de generar problemas de carácter lógico (la famosa «paradoja de ROSS») y filosófico-político (hacer residir el poder de reforma constitucional en dos artículos), este doble procedimiento impide la consideración de la Constitución como un todo. En efecto, pareciera que existen compartimentos estancos dentro de ella, de manera que resulta posible la reforma concreta de alguno de aquellos sin que ello afecte al resto. Así sucedió, sin ir mas lejos, en la reforma del art. 135: fue realizada por la vía del art. 167, cuando hay argumentos para sostener la tesis de que la introducción en el citado art. 135 del principio de estabilidad presupuestaria y la regla de prioridad absoluta del pago de la deuda y sus intereses afecta de forma decisiva a la cláusula del Estado social, contenida en el art. 1 de la Constitución. Cláusula cuya reforma requeriría la vía agravada del art. 168.

2. LA PROPUESTA DE FRANCISCO LAPORTA

Otro problema detectado por la doctrina consiste en la excesiva complejidad del procedimiento de reforma diseñado en el art. 168. Ciertamente justificada cuando se trata de modificar cuestiones centrales en el diseño constitucional —como por ejemplo la forma de Estado— o de iniciar una revisión total del texto, esta complejidad se convierte en un auténtico obstáculo a la hora de acometer reformas que no suponen un cuestionamiento de sus pilares centrales y que, de existir acuerdo político al respecto, podrían acometerse con relativa sencillez. Pero el tenor literal del art. 168 impide esto último. Este podría ser el caso de reformas puntuales como aquellas sobre las que se consultó al Consejo de Estado (por ejemplo, la destinada a eliminar esa discriminación por razón de sexo presente en el art. 57.1, el que regula la sucesión a la Corona). De no tener que aplicarse este procedimiento, quizá resultaría más sencillo realizar reformas de este tipo.

Sobre este punto LAPORTA —quien se suma a la opinión doctrinal mayoritaria a la hora de considerar la fórmula del art. 168 como «engorrosa» e «innecesaria»— elaboró ya en 2004 una propuesta para evitar o aligerar tal complejidad[3]. En su opinión, el art. 168 puede y debe ser interpretado en el sentido de que solo se requeriría seguir la vía trazada por él cuando se revise *toda* la Constitución, o cuando la reforma afecte

[3] *Vid.* «Las dos vías para la reforma de la Constitución», *Claves de Razón Práctica*, núm. 145, 2004, 14-23. En realidad, son dos las propuestas formuladas por LAPORTA, pero una de ellas quedará al margen de estas líneas, dado que su propio autor parece haber renunciado a ella por su excesivo formalismo. Se trata de la propuesta de reformar el art. 168 —con el objeto de crear un nuevo procedimiento menos «engorroso»— por la vía del art. 167, dado que el tenor literal de ambos artículos no lo impediría.

a *todo* el título preliminar, o a *toda* la sección primera del capítulo segundo del título primero (los derechos fundamentales), o a *todo* el título segundo. Es decir, cuando la revisión afecte a los títulos o secciones *completas* mencionadas en el art. 168. Por el contrario, cuando se trate de reformas parciales o puntuales de dichos títulos o secciones, bastará con seguir la vía ordinaria fijada en el art. 167.

Dos son los argumentos esgrimidos en apoyo de esta interpretación. En primer lugar, que al tratarse de un procedimiento extraordinario, frente al ordinario del art. 167, debe ser interpretado restrictivamente. Y la de LAPORTA es una forma de hacerlo así. En segundo término, que no fue voluntad del constituyente introducir cláusulas de intangibilidad en el texto constitucional y una interpretación no restrictiva del art. 168 convierte *de facto* a este artículo en una de ellas. Como advierte LAPORTA, inicialmente no había dos procedimientos de reforma en el anteproyecto de Constitución presentado por la ponencia, sino que fueron las exigencias y vericuetos del tan traído y llevado «consenso» constitucional los causantes de una solución final tan defectuosa técnicamente como problemática la hora de ser aplicada.

En suma, una interpretación como la diseñada por LAPORTA tendría la virtud de —dicho en sus propios términos— «desactivar el cerrojo que supone el artículo 168». La otra supondría, de hecho, arrastrar toda reforma constitucional al procedimiento rígido, dado que siempre podría argüirse que «afecta» a derechos fundamentales, a principios constitucionales centrales o a cuestiones referidas en el título preliminar, como por ejemplo a la cláusula del Estado social contenida en el art. 1. Como el propio LAPORTA señala, la tesis de la interpretación restrictiva encuentra apoyo en el Tribunal Constitucional cuando, en su Declaración de 1 de julio de 1992, convalidó la reforma del art. 13.2 de la Constitución por la vía del art. 167. Téngase en cuenta que la reforma afectaba directamente al art. 23, que es uno de los sometidos a la vía del art. 168 (derecho de sufragio activo y pasivo). Aun así, el TC rechazó que la reforma debiera haberse llevado a cabo por el procedimiento agravado. Más recientemente, el Tribunal ha vuelto a pronunciarse en defensa de la interpretación restrictiva, volviendo a dar la razón a las tesis de LAPORTA. En su Auto 9/2012, de 13 de enero, consideró ajustada a la Constitución la reforma del art. 135 por la vía del art. 167, al rechazar toda conexión entre el contenido de aquel artículo y la cláusula del Estado social del título preliminar de la Constitución, cuya reforma requeriría la vía del art. 168. Es, como sostiene LAPORTA, una forma de entender restrictivamente lo dispuesto en este último artículo.

Además de ser muy rigurosa desde el punto de vista teórico, la propuesta de LAPORTA tiene el acierto de situar el centro de la cuestión en el terreno interpretativo. Como todas las disposiciones normativas, las constitucionales requieren de la labor del intérprete a la hora de dotarlas de contenido. En esta labor entran en juego aspectos subjetivos, como por ejemplo la ideología y los «anteojos epistemológicos» del intérprete, y aspectos convencionales como el sentir o concepción mayoritaria de la cultura jurídica. Todos estos elementos entrarán en juego a la hora de dotar de significado o interpretar la disposición constitucional del art. 168, es decir, en el momento de responder a la pregunta sobre qué significa «afectar a». Pero lo harán también a la hora de determinar cuándo se trata de una reforma puntual o concreta de la Constitución, aquella que no compromete su núcleo central, y cuándo por el contrario se está ante

una reforma que va más allá, cuestionando o rectificando el sentido general del texto de 1978.

Surge pues una cuestión de tipo interpretativo, relativa a la posibilidad de conocer cuáles son los elementos que conformarían esa identidad, espíritu o núcleo central de la Constitución de 1978. Elementos cuya modificación, eliminación o sustitución por otros supondría una alteración sustantiva del texto constitucional. En mi opinión, hay buenas razones para pensar que estos elementos son los señalados en el art. 168. Por ello los colocó ahí el constituyente y los rodeó de una rigidez máxima como protección frente a su reforma. Tanto el Tribunal Constitucional como la cultura jurídica mayoritaria vendrían a corroborar esta respuesta. En consecuencia, la modificación de cualquiera de los puntos señalados en el art. 168 requiere la vía agravada contemplada en este artículo.

En este sentido, la respuesta de LAPORTA a esta cuestión parece estar muy condicionada por el tenor de los elementos que se pretendían reformar en 2004. Aspectos que, sin dejar de ser importantes, no comprometían el «espíritu» de la Constitución y, además, contaban con un cierto consenso político y académico. Bajo tales circunstancias, se entiende con claridad una propuesta como la de LAPORTA, que buscaba evitar el «engorroso» procedimiento del art. 168 para cuestiones tan puntuales y consensuadas como las ya citadas. Además, tampoco cabe olvidar que una de ellas incumbe a una cuestión tan delicada en nuestra historia moderna como es la de la monarquía. Si para eliminar la discriminación que actualmente contempla el art. 57.1 entre otros requisitos hay que ratificar su reforma mediante referéndum ciudadano, podría volver a abrirse la caja de los truenos que supone la reivindicación republicana. En tal caso, ¿conviene preguntar al pueblo cuando no se tiene la certeza de lo que va a responder?

En consecuencia, y debido a su cariz profundamente interpretativo, el reto de la propuesta de LAPORTA consiste en determinar hasta dónde estaría dispuesto a aplicarla, es decir, qué reformas —además de la ya citadas— serían susceptibles de la interpretación restrictiva y cuáles, en cambio, requerirían del procedimiento agravado del art. 168 en toda su literalidad. Veámoslo con un ejemplo concreto. Una de las demandas que están encima de la mesa es la de dotar de mayor protección constitucional al derecho a la vivienda, hoy fuera del «núcleo duro» de la vigente Constitución. Su entrada al mismo requeriría su inclusión en la sección primera del capítulo segundo del título primero del texto, es decir, una reforma por la vía agravada del art. 168. ¿Aceptaría LAPORTA que este supuesto no compromete la identidad del texto constitucional y que, por tanto, podría ser objeto de su interpretación restrictiva de este artículo? O, en cambio, ¿sostendría que equiparar en cuanto a su protección el derecho a la vivienda a otros como el derecho a la vida y la libertad de expresión supone una rectificación sustancial de lo decidido por el constituyente y que, así pues, se requiere la puesta en marcha de la vía del art. 168 en su interpretación no restrictiva?

Sin embargo, en un trabajo publicado más de diez años después del analizado en estas líneas, LAPORTA parece dejar de lado este debate interpretativo[4]. En su opinión, el deterioro y desconfianza institucional sufridos durante estos años hacen necesaria una reforma constitucional profunda y de calado, porque de lo contrario la Constitu-

[4] *Vid.* «La encrucijada constitucional», *Claves de Razón Práctica*, núm. 241, 2015, 29-37.

ción o «empezará a deslizarse hacia la condición de papel mojado», o será objeto de «sucesivas mutaciones mediante interpretaciones constructivas» por parte del Tribunal Constitucional. Para evitar las negativas consecuencias de ambas posibilidades, solo existe una solución: «Convocar nuevamente un gran acuerdo entre todos».

De esta nueva propuesta lanzada por LAPORTA surge con toda su intensidad un problema adicional, esta vez de índole conceptual o dogmático, ya esbozado en estas líneas. Esta reforma de calado, ¿ha de entenderse como una reforma constitucional o más bien como la instauración de una nueva Constitución? Responder de una u otra forma no es algo exento de consecuencias. Si la respuesta es la segunda, es decir, si se sostiene que alterar los elementos centrales de la Constitución de 1978 (como por ejemplo configurar un Estado federal frente al actual Estado de las autonomías) significa crear una nueva Constitución, entonces de poco valdrían la rigidez y cautelas establecidas en el vigente texto constitucional, dado que estaríamos ante un acto no de reforma del mismo, sino de auténtica ruptura constitucional. Y en este caso, ¿tendría sentido alegar en toda su literalidad el art. 168 cuando es el tenor general del texto constitucional el que se impugna?

3. UNA PREGUNTA FINAL A LIBORIO HIERRO

Sobre la cuestión de la reforma constitucional también se ha pronunciado HIERRO. En su último libro afirma explícitamente la necesidad de llevar a cabo una reforma del art. 168 con el objeto de aliviar la rigidez del texto constitucional español[5]. Esta propuesta se enmarca en el alegato que el autor hace en favor del llamado «constitucionalismo débil», caracterizado —entre otros aspectos— por defender una mayor facilidad para la reforma de la Constitución, estableciendo mecanismos que permitan que la última palabra al respecto la tenga la mayoría parlamentaria y/o la ciudadanía tras un debate público. En su opinión, las cuestiones controvertidas —y las relativas a la interpretación de las disposiciones constitucionales sin duda lo son— deben quedar sometidas, además de a un control jurisdiccional caracterizado por el principio de autorestricción judicial que se deriva de la presunción de constitucionalidad de las leyes, a que la última palabra corresponda siempre a la mayoría democrática. Y de ahí, en definitiva, la necesidad de articular la necesaria rigidez constitucional de una forma tal que no impida esto último.

Por tanto, HIERRO coincide con LAPORTA en el diagnóstico sobre el actual art. 168 y en la necesidad de establecer mecanismos que faciliten la reforma constitucional. Pero, en principio, su tesis no deja traslucir opinión ni valoración alguna sobre la propuesta interpretativa de LAPORTA. De la necesidad de reformar el art. 168 no se deduce ni que admita la interpretación restrictiva de este artículo ni que la rechace. Entonces, ¿cuál es su posición al respecto?

En mi opinión, su adhesión al llamado positivismo ético o normativo ofrecería alguna pista[6]. Como es de sobra conocido, HIERRO es el mayor defensor en nuestra cul-

[5] *Vid. Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*, Madrid, Marcial Pons, 2016, 202-203.

[6] En este sentido, *vid.* su artículo «¿Por qué ser positivista?», *Doxa*, núm. 25, 2002, 263-302 (esp. 294-299).

tura iusfilosófica de este tipo de positivismo, el cual avanza un paso más con relación a la clásica tesis positivista de la separación conceptual entre el Derecho y la moral. Arguye HIERRO que la inclusión de principios morales en nuestros sistemas constitucionales supone el riesgo de conceder a poderes constituidos la capacidad de imponer sus valores y creencias morales a la hora de identificar lo dispuesto en las disposiciones constitucionales (algo que ya KELSEN había señalado en los años veinte del siglo pasado). Así pues, separar Derecho y moral es necesario por razones morales: por un lado, para que opciones morales particulares no se impongan a la colectividad por la vía de la interpretación; y por otro, para evitar que el Derecho reemplace a la moral como criterio final de valoración de conductas.

Sin duda, la redacción del art. 168 de la Constitución no contribuye a minimizar estos riesgos. Pero la propuesta de LAPORTA tampoco, porque deja al criterio de órganos como el Parlamento y el Tribunal Constitucional —que son, recuérdese, poderes constituidos— la decisión sobre cuándo una reforma podría ser objeto de la interpretación restrictiva y, por tanto, no someterse a todo el procedimiento detallado en tal artículo. Creo que el poder que tal interpretación concede a tales órganos vendría a ser «insoportable» en términos políticos y morales. Así, en tanto en cuanto no se reforme, el principio de seguridad jurídica aconseja una interpretación rigurosa y no restrictiva de lo dispuesto en el debatido art. 168. Por defender este principio también merece la pena seguir siendo positivista.

NECESIDADES HUMANAS Y DERECHOS ABSOLUTOS. UNA PAREJA INESTABLE

Eusebio Fernández García
Universidad Carlos III de Madrid

Si deseamos hoy hacer una rápida descripción de las cuestiones que ocupan el trabajo teórico de los filósofos del derecho y de los filósofos de la política es fácil reparar que una de ellas tiene que ver con el concepto y el fundamento de los derechos humanos. Y, de la misma manera, una teoría de los derechos humanos aparece como una candidata especial para convertirse en una teoría de la justicia. Que esto sea así no significa que los problemas filosóficos en torno a la idea de que los seres humanos, por el hecho de serlo, tienen una serie de derechos fundamentales, básicos e imprescindibles, que deben ser reconocidos por el poder político, el ordenamiento jurídico y, en general, la comunidad propia y la sociedad internacional, hayan sido ya solucionados y gocen de una vida pacífica. No obstante, los desacuerdos ideológicos, políticos y teóricos son inferiores al acuerdo social producido por el impacto que crea la referencia a la defensa o a la violación de los derechos humanos. Lo que quiere decir que, al menos intuitivamente, nos sentimos bastante próximos a reconocer el contenido y el alcance de una declaración universal de derechos humanos. Y ya existe una: la de la ONU de 1948.

Mientras los desacuerdos ideológicos pueden girar en torno a «qué derechos humanos tenemos» y «qué prioridades se dan entre ellos» (única forma de solucionar los conflictos que plantea su ejercicio), los desacuerdos teóricos suelen responder a las preguntas sobre «cómo fundamentarlos» o «qué significa tener un derecho». Conviene no olvidar, al respecto, que la frontera entre los desacuerdos ideológicos y los desacuerdos teóricos no está totalmente cerrada.

Tampoco debemos dejar de tener en cuenta que la existencia de desacuerdos teóricos en torno a los derechos humanos no tiene por qué interpretarse como un dato negativo. Todo lo contrario. Significa que el concepto en cuestión es objeto de discusión y debate. Y que la argumentación racional ha sustituido a la simple creencia y a su invocación emotiva. La bibliografía existente en cualquier biblioteca universitaria de nuestro entorno es enorme. Alguna vez se ha señalado que los derechos humanos son el tema de nuestro tiempo o que nos encontramos en la edad de los derechos, y lo cierto es que, además, este fenómeno ha enraizado, también, en el trabajo académico, hasta lograr, a veces, un nivel de sofisticación importante. Creo que los trabajos sobre derechos humanos, elaborados y publicados por Liborio Hierro y Francisco Laporta, y sobre los que (una mínima selección de ellos) voy a sustentar las opiniones que

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.15
DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, edición especial (2017) ISSN: 0214-8676 pp. 103-107

siguen, son una buena prueba de que el nivel teórico alcanzado en nuestra comunidad es alto. Conviene hacer la advertencia de que es difícil evitar que alguien nos objete que esa señal de mejora teórica es insuficiente, e incluso que puede tener un efecto paralizador (y, yendo más allá en la crítica, cómplice) frente a la cruda realidad de la violación de los derechos humanos más básicos, desde la merma en la representación democrática, a la situación de los refugiados o el aumento de las desigualdades económicas. Dada la singularidad y la complejidad de la «vocación» práctica de los derechos humanos es conveniente hacerse a la idea de que hay que estar preparados ante la opinión crítica de que la tarea prioritaria en derechos humanos (una vez que se cuenta con el consenso suficiente expresado en la Declaración de 1948) es garantizarlos. Pues bien, esta versión simplificada de la tesis (exagerada) sustentada por N. BOBBIO, en los años sesenta del pasado siglo, en torno al fundamento de los derechos humanos se basa en dos supuestos falsos: 1) que la invocación a la Declaración Universal de Derechos Humanos sea la respuesta suficiente a los problemas teóricos de la fundamentación de los derechos humanos, y 2) que esta respuesta sea la solución definitiva. Los trabajos de Liborio HIERRO y Francisco LAPORTA sobre los derechos humanos (los aquí citados y los demás) vienen en ayuda de la tesis de la necesidad y pertinencia de plantearse las cuestiones relativas al concepto y al fundamento de los derechos humanos. Y su aportación es muy relevante.

Y una tercera idea que sirve, además, para apuntalar la tesis de que también una buena fundamentación de los derechos ayuda a establecer mejores garantías para su ejercicio: ninguno de los dos profesores ha olvidado nunca el ámbito práctico de los derechos humanos: ni en sus trabajos académicos, ni en sus cargos institucionales ni en la vida cotidiana.

Hasta aquí he mencionado tres características que comparten Liborio HIERRO y Francisco LAPORTA. Recordemos: su notable aportación al estudio de los derechos humanos, su interés especial por el asunto del concepto y el fundamento de los derechos humanos y su no olvido de los aspectos prácticos que conllevan los derechos humanos, tanto los relativos a su reconocimiento y garantías en el marco del Estado de Derecho (imperio de la ley, tema bien estudiado por ambos) y de un régimen de democracia liberal y constitucional (abierto a los postulados de un socialismo liberal y democrático) como los que tienen que ver con el ejercicio de los derechos humanos en la conducta diaria y en las elecciones y decisiones del ciudadano corriente.

A partir de ahora, deseo referirme a los puntos en los que creo que existen desacuerdos, más o menos significativos, entre ambos. El primero de ellos se dirige directamente al núcleo de la idea de tener un derecho o concepto de derecho humano. Valdría tanto para el ámbito moral como para el ámbito jurídico, aunque me interesa más el segundo. Las razones son dos: primera, porque, aunque el concepto de derechos humanos pertenece a los conceptos morales, su desarrollo completo precisa de su extensión al campo político y jurídico (reconocimiento jurídico, es decir, positivación y creación de garantías jurídicas para su normal ejercicio); segunda, porque en el fundamento o justificación de una norma jurídica receptora de un derecho siempre se encuentra un valor moral (*v. gr.* seguridad, libertad, igualdad), es decir, toda fundamentación de los derechos humanos es una fundamentación ética.

En un trabajo de Liborio HIERRO, relativamente temprano en cuanto a su producción intelectual y pionero, entre nosotros, en cuanto al tema objeto de estudio, titulado «¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto», publicado en el núm. 46 de la revista *Sistema* (enero de 1982) nos encontramos con dos ideas que sirven para analizar el concepto y el alcance moral y jurídico de los derechos humanos y que, salvo error mío, se mantienen hasta la actualidad. Se trata de la relación entre derechos humanos y necesidades humanas y de la correspondiente al nexo entre derechos humanos y deberes morales y jurídicos. En el primer caso, mantendrá la tesis de que «tener un derecho es tener una necesidad cuya satisfacción hay razones suficientes para exigir en todo caso; consecuentemente, tener un derecho es, jurídicamente hablando, tener una necesidad que las normas del sistema jurídico exigen satisfacer en todo caso» (p. 57). En el segundo supuesto, nos encontramos ante el requisito de que existan medios para satisfacer la necesidad requerida por el derecho y, en ese caso, se podría cumplir la exigencia de que los derechos sirvan para justificar los deberes. El nexo derechos-deberes quedaría planteado así: «Solo podemos sostener como derechos aquellas necesidades humanas que exigen su satisfacción de forma incondicional, cual si se tratara de un fin en sí mismo, y solo cuando existan posibilidades de satisfacerlas, cuando podamos imponer sobre otros los correlativos deberes *según sus posibilidades*» (p. 61).

De lo resumido y expuesto anteriormente podemos derivar dos conclusiones. Primera: un concepto de derechos humanos que contiene las ideas de necesidades humanas a satisfacer, los valores morales que los fundamentan y los deberes jurídicos a imponer para su realización. Segunda: la tesis de que tenemos tantos derechos humanos básicos o fundamentales como necesidades humanas a satisfacer de manera inexcusable. De todas maneras, falta en Liborio HIERRO una teoría explicativa de cómo se pasa de las necesidades humanas inexcusables a los valores fundamentadores de los derechos humanos: libertad, igualdad y seguridad.

En el núm. 4 de la revista *Doxa* (Alicante, 1987) aparece un artículo de Francisco LAPORTA titulado «Sobre el concepto de derechos humanos», que había constituido la ponencia presentada por él en las X Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social, celebradas en Alicante en diciembre de 1987. En ella se trata sobre todo de analizar tres características que irían conectadas a la idea de «tener un derecho...», o «que se suelen adscribir a ellos en el lenguaje ético, jurídico y político». La primera es la universalidad, la segunda señala el carácter de «absolutos», referida a su importancia o a que contienen una «exigencia moral fuerte», la tercera añadiría el carácter de inalienables o no renunciables.

Por razones de espacio no puedo entrar en la argumentación de F. LAPORTA y en las posibles matizaciones que cabría hacer. Me parece que no hay un desacuerdo básico con el concepto de derechos humanos antes señalado. Pues tanto Liborio HIERRO como Francisco LAPORTA coincidirían en la idea de la importancia fundamental que adquieren los derechos humanos en el ámbito moral, político y jurídico. Tan básicos que sería difícil hoy pensar en una sociedad buena, decente o justa sin garantizar esas exigencias derivadas de reconocer a los seres humanos su dignidad y autonomía. Lo que no estoy seguro es de que Liborio HIERRO pueda aceptar, sin añadidos o matices, el sentido literal del carácter absoluto de los derechos humanos. Quizá se lo impida

la conexión exigida y propiciada por él entre las necesidades humanas y los derechos humanos. Y teniendo en cuenta que las necesidades humanas, salvo las propias de la especie, tienen mucho de cultural e histórico, es difícil buscar derechos absolutos en un campo tan minado de relativismo histórico (no necesariamente relativismo moral).

Tampoco Liborio HIERRO admite, y esto de manera explícita, como se indicará más tarde, una tesis que F. LAPORTA defiende en su trabajo: que «ampliar más y más los catálogos de derechos humanos es incompatible con la mayoría de los rasgos que se predican de ellos» (p. 44).

Esos rasgos de los derechos humanos son mantenidos y revalorizados en un trabajo posterior de F. LAPORTA que aparece en el tercer tomo de la *Historia de la Ética* (*3. La Ética contemporánea,* Barcelona, Crítica, 1989), editada por V. CAMPS, con el título «Ética y derecho en el pensamiento contemporáneo». Allí se presentan los derechos humanos como derechos «básicos» y «derechos morales anteriores al sistema de normas jurídicas», al que dan legitimidad o justificación (p. 292). Y esos derechos cuentan con los tres rasgos que les confieren «una especial fuerza moral»: se trata de derechos universales, absolutos e inalienables. Pero a Francisco LAPORTA no se le escapa, y nos lo recuerda, el dato de que al adornar el concepto de derechos humanos de rasgos tan importantes, exigentes y fuertes, «no parece que pueda afirmarse fácilmente que son tan numerosos y complejos como dan a entender los catálogos internacionales y constitucionales al uso. Más bien habría que pensar en dos o tres derechos básicos, a partir de los cuales se derivarían derechos constitucionales más específicos en función de los contextos sociales y las circunstancias históricas» (p. 293). Al leer este párrafo cabe preguntarse si los dos o tres derechos básicos permanecen ajenos o están por encima de los contextos sociales y las circunstancias históricas. Pregunta que difícilmente se puede responder ya que (salvo error de conocimiento mío) F. LAPORTA nunca ha indicado cuáles son esos dos o tres derechos básicos. Quizá la lectura de su libro sobre «El imperativo de la ley» nos permita concluir que está pensando, al menos, en la autonomía.

Posteriormente en un capítulo [el primero «El concepto de justicia y la teoría de los derechos» del libro «Estado, justicia, derechos», Elías DÍAZ y José Luis COLOMER (eds.), Alianza Editorial, 2002] Liborio HIERRO explicita dos desacuerdos con la teoría de los derechos humanos de F. LAPORTA, que me parecen dignos de señalar. El primero es una crítica a su idea reflejada al comienzo y al final del trabajo «Sobre el concepto de derechos humanos». Con sus palabras: «Cuanto más se multiplique la nómina de los derechos humanos menos fuerza tendrán como exigencia, y cuanto más fuerza moral o jurídica se les suponga más limitada ha de ser la lista de derechos que la justifiquen adecuadamente» (p. 23). A esta postura Liborio HIERRO la denomina «prejuicio elitista que diría algo así como *si son pocos, son mejores*» (pp. 37 y 64). Estoy del lado de los reparos y cuidados de F. LAPORTA por las mismas razones que él expresa en el texto anterior y que no voy a repetir. Simplemente añadir que cada vez nos encontramos más la situación en la que cualquier reivindicación social de interés se quiere vestir de derecho humano fundamental y ello suele tener como consecuencia que se debilita la fuerza de la reivindicación de los que son auténticos derechos humanos fundamentales. El trabajo de Liborio HIERRO «El concepto de justicia y la teoría de los derechos» nos aporta pistas para poder distinguir entre las reivindicaciones interesadas, oportunistas y par-

ciales y los derechos humanos (y también para descubrir un segundo desacuerdo entre ellos). Una vez más la inclusión de la idea de necesidades humanas imprescindibles, fundamentales o básicas es aquí muy oportuna a la hora de establecer la nómina de los derechos morales básicos, llamados a convertirse en derechos humanos fundamentales, y no cerrarla, como si fuera intemporal. Pues habría que tener en cuenta siempre que las «necesidades del sujeto para desenvolverse como agente moral son necesidades relativas al contexto» (p. 50).

Es decir, sería beneficioso para la teoría o filosofía de los derechos humanos que tomemos en consideración algo parecido a lo que en filosofía de la ciencia se viene denominando el contexto de descubrimiento, aunque tuviéramos que aparcar algunas sutilezas y sofisticaciones tan caras a algunos filósofos analíticos que no se parecen a Liborio HIERRO y Francisco LAPORTA (aunque, por decirlo demasiado rápidamente, todos deberíamos ser, desde el punto de vista metodológico, bastante analíticos).

¿NORMAS PRECISAS O NORMAS PRECIOSAS? UN FALSO DILEMA
Algunas consideraciones críticas sobre el *Imperio de la ley. Una visión actual*

Alfonso García Figueroa
Universidad de Castilla-La Mancha

«Un juez principialista es, sin duda, un peligro público».
Francisco LAPORTA

Creo que el filosofema de LAPORTA que encabeza estas líneas —rotundo y tremendista como a veces lo es su autor— jamás será extensible a los filósofos del Derecho principialistas, que somos seres más bien inofensivos; pero en todo caso nos infunde la duda de si esa doctrina, el principialismo o el neoconstitucionalismo en general, es bien entendida. Con esta inquietud, desearía examinar la posición de LAPORTA en su libro *El imperio de la ley* y lo haré desde una posición neoconstitucionalista, cuya clarificación y defensa apenas puede desarrollarse aquí[1]. Sin embargo, debo decir que, por más que intentara yo ser exhaustivo en mi contribución al homenaje a Liborio HIERRO y Paco LAPORTA, las siguientes reflexiones críticas seguirían siendo incompletas de faltar la expresión de mi admiración por sus obras y, sobre todo, mi honda simpatía por unos maestros que desde hace tanto nos han inspirado las mejores virtudes académicas a varias generaciones de jusfilósofos.

I.

Dos hombres primitivos se adentran solos en la sabana armados con lanzas. De pronto, se encuentran con un fiero león[2]. Estas son sus opciones:

1. Si ambos hacen frente al león cooperativamente, entonces cada uno tendrá una probabilidad *alta* de salvarse.
2. Si uno huye y el otro se queda, entonces el primero tendrá *altísimas* probabilidades de salvarse a costa de las *mínimas* posibilidades que le restarán al segundo en su lucha cuerpo a cuerpo con el león.

---

[1] Aunque lo haya intentado en otros lugares (*e. g. Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009, esp. 75 y ss.), debemos una certera caracterización a L. PRIETO, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica,* Madrid, Trotta, 2013, cap. I.

[2] Tomo el ejemplo de F. LAPORTA, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007, 46 y ss. En lo sucesivo, las páginas indicadas en el cuerpo del texto se referirán a este libro.

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.16
DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, edición especial (2017) ISSN: 0214-8676 pp. 109-114

3. Si los dos huyen, entonces ambos tendrán una probabilidad *media* de salvarse.

¿Qué hacer? Si uno de ellos decidiera quedarse (considerando las ventajas del escenario 1); entonces el otro saldría corriendo persuadido por los beneficios que le procurará la opción 2. ¿Qué podría hacer entonces la tribu para evitar estos dilemas y no perder más miembros útiles para la comunidad? La respuesta para resolver este tipo de situaciones a la que la teoría de los juegos nos tiene ya habituados con el dilema del prisionero es el Derecho. Por ejemplo, el Derecho establece que se sancione con pena de muerte a quien abandone al otro en esos trances. Excluyendo 2 con semejante amenaza legal, es de esperar que cualquiera se inclinaría por la decisión 1 con el resultado de incrementar en el futuro las posibilidades de supervivencia de los miembros de la tribu. Esta es la génesis del Derecho que nos sugiere persuasivamente Paco LAPORTA en su libro *El imperio de la ley. Una visión actual* (p. 50).

II.

Ahora bien, ¿por qué *debemos* excluir 2 mediante el Derecho? En un contexto de justificación y en cumplimiento de la ley de HUME, no basta con decir que el Derecho sirve para excluir ciertas opciones cuando nos encontramos con un león por la sabana. Entre otras cosas, es necesario *justificar* por qué *debemos* promover ciertas opciones (la opción 1) en perjuicio de otras (singularmente la opción 2) y aquí se diría que el libro de LAPORTA tiene dos almas: una hobbesiana, que acabamos de ver y se afana por *explicar* la génesis y naturaleza del Derecho; y otra kantiana, que pretende *justificar* su necesidad y la aspiración hacia un ideal más alto: el imperio de la ley. El principio hobbesiano que *explica* la génesis del Derecho es una antropología basada en el egoísmo de seres racionales. A partir de la constatación de ese *hecho* dado, *debería* imponerse *normativamente* el principio kantiano de la autonomía personal (pp. 17 ss.), que ciertamente LAPORTA se encarga de matizar en su individualismo (pp. 52 ss.). En suma, con su declaración a favor de la autonomía personal, LAPORTA consuma la justificación de la necesidad de *algún* sistema normativo como corolario a un silogismo práctico que cabría reconstruir así: la kantiana premisa mayor o normativa dice que debemos proteger la autonomía personal; la hobbesiana premisa menor o fáctica dice que la existencia de *un* sistema normativo es una condición necesaria para la autonomía personal (p. 52). Y aquí surge a mi modo de ver un problema central del planteamiento de LAPORTA. Me parece que la nítida separación de ambas premisas, la antropología hobbesiana y la razón práctica kantiana, no es clara. Y en realidad, nunca es del todo sencillo mantener separada la antropología de la axiología y cuando en este caso se tocan, saltan chispas entre dos orientaciones irreconciliables de la razón práctica: la hobbesiana y la kantiana.

III.

En efecto, si la explicación hobbesiana del origen del Derecho representa una *mera* explicación del *proceso* de formación del Derecho, ¿por qué debería importarnos tanto a la hora de considerar el *producto* final, el Derecho mismo? ¿Por qué mirar tanto al contexto de descubrimiento, si lo que del Derecho nos interesa es el contexto de

justificación? En algunos pueblos de Andalucía es costumbre inmemorial limpiar la casa a fondo los sábados de tal manera que los vecinos reparen en ello. Aparentemente, el origen lejano de esa práctica era dejar bien claro que la familia no era judía porque no respetaba el *sabbath*. Actualmente la práctica subsiste intacta, pero totalmente emancipada de sus orígenes históricos. Es decir, se sigue limpiando la casa *ostentosamente* cada sábado, pero a nadie se le ocurriría pensar que estamos ante una práctica antisemita porque ya nadie limpia su casa en sábado por ese motivo, sino por otras razones prácticas. En otras palabras, el *proceso* y el origen de la práctica puede llegar a ser irrelevante a la hora de definir una práctica social y evaluarla normativamente. Sin embargo, la explicación de los orígenes hobbesianos en LAPORTA no se refiere al fin de la práctica (no parecer judíos en mi ejemplo) sino a un elemento técnico o anankástico persistente en el Derecho: si queremos conseguir ciertos fines (autonomía personal), entonces es necesario disponer de un Derecho de tales y cuales características. Así funciona el modelo de LAPORTA. ¿Pero entonces hasta qué punto la premisa fáctica hobbesiana de LAPORTA refiere puramente un *ananké*, una regla técnica desprovista de todo carácter normativo? La experiencia nos enseña que «cuanto más violento y anárquico es [el estado de naturaleza], mayores serán los poderes atribuidos al Estado resultante del contrato social»[3]. Así pues, la hobbesiana no suele ser una ingenua premisa fáctica anankástica de un silogismo práctico, sino mucho más que eso: una *justificación* para sobreponderar la seguridad jurídica en perjuicio de la justicia. Si la premisa hobbesiana es algo más que una premisa fáctica y entonces presenta naturaleza normativa, entonces el choque entre HOBBES y KANT es más que inminente. Veamos por dónde se produce.

IV.

Una vez hayamos convenido con el lado hobbesiano de LAPORTA en la necesidad (digamos, técnica) de *algún* sistema de normas en un contexto estratégico, cada individuo tenderá a incumplir las normas específicas para así beneficiarse no solo de las ventajas de vivir en un contexto de seguridad creado por el sistema, sino también de las ventajas que nos procura incumplir sus normas específicas dentro de ese mismo contexto. La razón, nos dice LAPORTA, sería que el principio *moral* de universalizabilidad escapa de la lógica de HOBBES (p. 59) y el imperio de la ley es, por cierto, «una apuesta moral» (p. 18), en cuya defensa el Derecho desplegaría toda su *coactividad*:

> La solución al dilema del prisionero es entonces la que intuyó Hobbes: crear una agencia de reforzamiento coactivo del acuerdo que pueda imponerse violentamente sobre cualquiera de los miembros que pretendan ignorarlo. *Eso y nada más que eso, es el orden jurídico* (p. 66).

Hasta ahora LAPORTA reconoce que, siendo condición necesaria, la mera existencia de *algún* sistema normativo y *coactivo,* no es una condición *suficiente* para la autonomía personal (p. 52). Y como LAPORTA no es autor que se deje amedrentar por cierta corrección político-académica, él asume gustoso que se le (*des*)califique como «legalista» o «formalista» (p. 14), aunque, ya puestos, tampoco debería desagradarle la

[3] B. DE SOUSA SANTOS, *El milenio huérfano*, Madrid, Trotta, 2005, 339.

etiqueta de «positivista», «voluntarista» e «imperativista». Imbuido así de la «ética del legalismo», el Derecho ideal de LAPORTA es aquel que devuelve a la Ley el esplendor que la Constitución habría ensombrecido; aquel que se expresa centralmente a partir de reglas y no de principios; aquel, en fin, que concibe a los jueces como contenidos aplicadores del Derecho; y todo ello por el bien de la autonomía personal:

> El núcleo más importante y decisivo del ordenamiento jurídico *debe* estar integrado por un cuerpo coherente de leyes generales y abstractas a las que se ha de tributar una deferencia privilegiada, y que frente a esa exageración tan de moda de adscribirle todas las tareas normativas a la Constitución y a sus innumerables intérpretes, y de reclamar su presencia en todos y cada uno de los pequeños y grandes conflictos que se suscitan cotidianamente, es preciso volver a reafirmar la confianza en el legislador y a plantearse con seriedad los términos de su reconstrucción y presencia. El mensaje para la reflexión sería, pues, este: *menos neoconstitucionalismo y más neocodificación* (p. 167, cursivas mías).

LAPORTA concentra así todos sus esfuerzos en la defensa del imperio de la Ley como un elemento central de nuestro ordenamiento del que aparentemente nos habríamos ido olvidando poco a poco en las últimas décadas (de ahí su íntima sensación de estar abogando por algo «obvio», por cosas «muy sabidas»). En todo caso, el responsable máximo de esa *amnesia* de lo obvio en la «pleamar» de la Constitución (*cfr.* p. 238), sería la teoría antipositivista del neoconstitucionalismo que algunos defendemos a partir de las contribuciones de ALEXY, DWORKIN, NINO o el propio ZAGREBELSKY al que LAPORTA alude críticamente en su libro.

Por decirlo con bíblica contundencia, LAPORTA viene a sugerirnos que las reglas (y no los principios) nos harán libres. Desde este punto de vista, su libro nos ofrece, por encima de todo, una elevada pieza de ciencia de la legislación benthamiana que presupone no tanto «una visión actual» —como anuncia el subtítulo— sino más bien una *visión clásica* del principio de legalidad. Pues bien, conviene recordar ahora que, a diferencia de KANT, BENTHAM afirmaba mordaz que los derechos humanos eran un sinsentido (y sobre zancos). Al mismo tiempo, BENTHAM abominaba del *Common Law*, la invocación de la equidad y el judicialismo en general. Por el contrario, la tradición kantiana ha seguido significativamente otro camino muy distinto del de LAPORTA cuando pensamos en cómo el constructivismo kantiano ha servido de base al neoconstitucionalismo actual. Es decir, creo que es muy difícil hacer ciencia de la legislación benthamiana con principios kantianos y creo que es muy difícil armonizar una antropología hobbesiana con una filosofía jurídica kantiana o con cualquier teoría fuerte sobre los derechos humanos. Cuando de trazar un ideal se trata, es muy importante tener claro *para quién* lo invocamos. No puede ser lo mismo erigírselo a una «criatura de poder» (p. 71) (como considera LAPORTA el Derecho) que a una «criatura de la moralidad», como llama DWORKIN a nuestros derechos fundamentales. El disenso antropológico irreconciliable tiene consecuencias en este nivel normativo.

V.

En tan breve espacio, me es difícil articular mi posición al respecto más sólidamente, pero desearía al menos fijarme ahora en un apunte autobiográfico de LAPORTA que bien pudiera procurarnos una clave intuitiva para comprender su legalismo de raíces

hobbesianas y benthamianas. Igual que la leyenda cuenta que el amor incondicional de Thomas HOBBES por la seguridad jurídica prendió en él estando todavía dentro del seno de su madre aterrorizada por la inminencia del ataque de la Grande y Felicísima Armada, así LAPORTA explica el origen de sus desvelos por el imperio de la Ley por haber crecido bajo el franquismo (p. 12). Sin embargo, bien pensado, el más valioso tesoro de nuestra democracia fue justamente la Constitución y sus principios jusfundamentales y creo que ni siquiera el propio LAPORTA pondría en cuestión esta afirmación por muy mejorable que sea el ulterior desarrollo del ordenamiento jurídico y su aplicación a partir de 1978. Esta es una primera puntualización importante. *Todos* debemos aceptar un quiasmo del que difícilmente podemos escapar si respetamos el sistema de fuentes: *Ni las normas más preciosas son las más precisas, ni las más precisas son las más preciosa*s. De lo primero es buena prueba nuestra Constitución; de lo segundo (en sarcástico ejemplo de ALEXY)[4] cualquier prolija Directiva europea sobre el empaquetado de salchichas. Desde este punto de vista, creo que las discrepancias con LAPORTA no pueden ser todo-o-nada, sino solo de matiz.

VI.

Y en efecto, LAPORTA no lamenta que tengamos una Constitución con derechos fundamentales. Solo desaprueba el grado y el modo en que la hayamos aplicado. Si embargo, no debemos confundir la validez de una teoría con el uso, más o menos afortunado, que de ella hagamos. El apunte autobiográfico y la beligerancia de LAPORTA con el principialismo me recuerdan un chiste gráfico y levemente siniestro que recorría la red ante la inminencia de terceras elecciones generales. En él aparecía la efigie del general Franco diciendo «¿No queríais votar? ¡Pues os vais a hartar!». Evaluar una institución (ya sea la democracia o los principios constitucionales) por los fallos o los excesos en su aplicación es siempre una estrategia injusta, a menudo contraproducente y de insospechados beneficiarios, que ninguna teoría puede resistir. Planteamientos como el de LAPORTA bien podrían llevar a alguien a sustituir el lema imputable a Franco por este otro imputable a los críticos del neoconstitucionalismo (pero que bien podría suscribir cualquier dictador): «¿No queríais principios jusfundamentales? Pues os vais a hartar». En otras palabras, es muy importante ser consciente de que nuestras teorías no pueden definirse reactivamente por su oposición a un estado indeseable derivado de su mal uso. Incluso la mejor teoría normativa que podamos imaginar está expuesta al abuso y el exceso.

VII.

Por lo demás, hay una asunción en el *hobessianismo* y el *benthamianismo* de LAPORTA que tiene algo de inquietante. ¿Por qué considera que la aplicación de normas *preciosas* (principios jusfundamentales) supone la puerta abierta a la arbitrariedad

[4] R. ALEXY, «Los derechos fundamentales en el Estado social democrático», A. GARCÍA FIGUEROA (trad.), en M. CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s),* Madrid, Trotta, 2003, 35.

mientras que la aplicación de normas *precisas* (reglas) nos brindará seguridad necesariamente? Personalmente, confío en que ello obedecerá a que LAPORTA, como probo ciudadano que es, no habrá debido afrontar muchos procesos judiciales. Por más precisas que sean las reglas y por más que el «legalismo [sea], sobre todo, el aspecto operativo de la profesión legal»[5], cualquiera que haya debido ir a los tribunales (como yo mismo en más de una ocasión, nunca delitos de sangre) sabe que las decisiones de los actuales jueces (y de otros *officials*, como los tipos de la ANECA, por cierto) son extremadamente impredecibles e inciertas al punto de que cualquier abogado, igualmente instruido en el formalismo y el legalismo, una vez preguntado por su cliente por el resultado previsible del proceso responderá: «Eso nadie lo sabe a ciencia cierta». Pensar que las reglas, que hasta ahora habían dominado el sistema de fuentes en el imaginario de los juristas, nos harán más libres no es *realista* («realista» en el sentido amplio y en el estricto de nuestra disciplina). Pensar que el legalismo preservará el rigor de los jueces y evitará que se conviertan en «castas sacerdotales» como teme LAPORTA (p. 166) es ilusorio. Sucede justo lo contrario, pues el legalismo es precisamente la forma más económica de legitimar el activismo judicial. La solución a la realidad de que cada caso es único y escapa tozudamente al corsé de las reglas (*i. e.* la respuesta a la realidad del particularismo jurídico) consiste en exigir de los jueces buenos argumentos firmemente arraigados a buenos principios jusfundamentales y prácticos en general. La solución no es evitar el recurso a nuestras normas más preciosas, sino exigir mayor actividad argumentativa en su uso y ello requiere distinguir claramente entre *actividad* y *activismo* judiciales, que son cosas que nunca deberían confundirse. Los jueces harían bien en saturar sus argumentos con principios jusfundamentales y prácticos cuando sea necesario y no en revestir ciertas arbitrariedades con «silogismos perfectos» que ya nadie se cree del todo. En otras palabras, mientras que la aplicación de normas precisas puede servir para revestir el activismo con una presunta falta de actividad, la aplicación de normas preciosas exige de los jueces más actividad (argumentativa) sin caer en el activismo.

Mi razonamiento me devuelve al filosofema laportiano del comienzo para hacerle más justicia, pues en realidad dice así: «*Dada la formación que tienen los jueces, y la que seguimos dando en nuestras Facultades*, un juez principialista es, sin duda, un peligro público» [6] (cursivas mías). Y esa es, en efecto, la cuestión. No podemos negar ni la realidad del particularismo, ni la constitucionalización del sistema de fuentes. Lo que sí podemos y debemos hacer es transformar la formación de los jueces y, desde luego, la que damos en nuestras Facultades probablemente en el sentido reiteradamente reivindicado por los *Critical Legal Studies* cuando subrayan una formación más orientada hacia disciplinas que, como la filosofía jurídica, tienen mucho que decir en este aspecto.

[5] Se trata de una advertencia vigente de J. SHKLAR, *Legalismo,* I. GIMÉNEZ BUSTAMANTE (trad.), Buenos Aires, Omeba, 1968, 22

[6] F. LAPORTA, «Sobre Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo», en *Doxa,* núm. 34, 2011, 167-181, aquí 178.

UN POCO DE LUZ SOBRE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS: EL CASO DE LOS DERECHOS SOCIALES
(Homenaje a Francisco Laporta y Liborio Herrero)

Ricardo García Manrique
Universidad de Barcelona

Es un honor y una satisfacción poder participar en el merecido homenaje a Francisco LAPORTA y Liborio HIERRO con motivo de su jubilación. Siguiendo las indicaciones de los organizadores, he elegido como tema el del concepto de los derechos sociales, uno que ambos han tratado de manera monográfica en sendos artículos[1]. Lo he hecho así por dos razones: la primera es que yo mismo me he venido ocupando del asunto de los derechos sociales en los últimos años y en cierto modo eso me obligaba; la segunda, y más importante, es que creo que esos escritos suyos permiten poner de relieve un rasgo genérico, significativo y compartido de su trabajo académico: su vocación de contribuir a la clarificación de los conceptos jurídicos. No hubiera costado mucho elegir otro: el más amplio de los derechos humanos o el todavía más de los derechos, o bien el del imperio de la ley o el del Estado de derecho; pero estoy convencido de que otros habrán optado por ellos; en todo caso, los textos seleccionados permiten observar de qué manera han concebido y laborado el campo de la filosofía del derecho los dos profesores de la Universidad Autónoma de Madrid.

El concepto de los derechos sociales ni ha sido ni es un concepto claro. Durante mucho tiempo se los ha concebido como derechos radicalmente distintos de los demás (digamos de los derechos liberales, para simplificar, aunque la expresión no sea del todo precisa), a pesar de que los indicios de su parentesco eran evidentes: su presencia conjunta ya en textos tan lejanos como la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* (a la de 1793 me refiero), su común vinculación con el valor de la libertad; o su reivindicación indiferenciada por parte de los movimientos sociales y políticos más ilustrados. La evidencia de estos indicios no impidió que muchos los dejaran de lado durante largo tiempo, construyendo una historia falsa de los derechos, en la que los

[1] Me refiero a F. LAPORTA, «Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema», incluido en J. BETEGÓN, F. LAPORTA, J. R. DE PÁRAMO y L. PRIETO (eds.), *Constitución y derechos fundamentales,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, 297-325; y a L. HIERRO, «Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy», incluido en R. GARCÍA MANRIQUE (ed.), *Derechos sociales y ponderación,* Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, 163-222. Los citaré solo por el nombre del autor y el número de la página.

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.17

derechos sociales aparecían mucho después de cuando realmente lo hicieron; y vinculando a los derechos sociales con un valor distinto y subordinado, el de la igualdad, en un ejercicio de notable inconsistencia, puesto que resulta palmario que la atribución de cualquier derecho fundamental (y no solo de los sociales) iguala la condición jurídica de las personas, y que no puede haber libertad sin el disfrute de los bienes que garantizan los derechos sociales. El resultado fue una imagen distorsionada de estos derechos, que contribuyó a su relegación al plano de lo pseudojurídico, o de lo infraconstitucional, o de lo ajeno a los tribunales o, en fin, a un plano alejado del de los fines primarios de la comunidad política.

Eso fue hace tiempo. En cambio, hoy la cosa es muy distinta, por lo menos si uno atiende a la literatura más comprometida con la causa de los derechos sociales. En ella lo que se observa es el esfuerzo por mostrar que los derechos sociales son iguales a los derechos liberales. Si antes se diferenciaban *en todo*, ahora resulta que no se diferencian *en nada*. Se han recuperado esos indicios que he calificado como evidentes de su semejanza o cercanía y se han reforzado con otros, como el de que todos los derechos son costosos, o que todos los derechos requieren desarrollo normativo, o que las medidas de protección y promoción de cualquier derecho, del tipo que sea, son muy diversas e incluyen, desde luego, tanto acciones como omisiones. Como consecuencia, se acaba reclamando la satisfacción simultánea de todos los derechos, y por los mismos medios.

Ahora, si los derechos sociales no se diferencian en nada de los derechos liberales, ¿qué sentido tiene seguir manteniendo la categoría? ¿No habría que renunciar a ella, dado que no parece quedar ningún rasgo característico de estos derechos? ¿No será, simplemente, un residuo del pasado que se mantiene solo por inercia o, peor, por deformación ideológica?

Mi impresión es que, siendo muy cierto que los derechos sociales no eran *tan* distintos de los liberales como se nos quiso hacer creer, también lo es que hay algo en ellos que los identifica o caracteriza como derechos diferentes, esto es, que no son *tan* iguales a los derechos liberales como sostienen algunos de sus partidarios. De esta manera, la imagen de la radical identidad puede oscurecer o distorsionar el concepto tanto como la imagen de la radical diferencia. Por eso, creo que la misión de la filosofía del derecho en este punto es la de arrojar algo de luz sobre la categoría, de manera que podamos comprender correctamente lo que designa y sacar las consecuencias prácticas que se siguen de ello.

Pues bien, a esta labor de clarificación conceptual contribuyen los dos artículos de Francisco LAPORTA y Liborio HIERRO, ayudando a disipar esas «densas neblinas emocionales que [...] inducen con frecuencia a la confusión» (LAPORTA: 297). En ambos trabajos puede detectarse una estructura argumentativa común, aunque se articule de manera diferente. Esa estructura se sustenta en dos ideas fundamentales: la primera, destinada a contrarrestar la vieja creencia de la diferencia cualitativa y radical, es que los derechos sociales «no son de una naturaleza necesariamente distinta a los derechos llamados civiles o políticos» (LAPORTA: 301), de manera que «hemos de abandonar la distinción histórico-ideológica entre derechos individuales, civiles y políticos, de un lado, y derechos económicos, sociales y culturales, del otro» (HIERRO: 222).

Para ello, tanto LAPORTA como HIERRO llevan a cabo un trabajo de demolición del andamiaje en que se sustenta la distinción. LAPORTA analiza críticamente la supuesta naturaleza prestacional de los derechos sociales, que es contradicha por la amplia variedad de posiciones normativas que designan tales derechos; sostiene que su mejor fundamento se encuentra en la autonomía y no en la igualdad; y recuerda la posibilidad de violar los derechos no solo por acción, sino por omisión. Por su parte, HIERRO, en un artículo que va mucho más allá de lo que sugiere su título (puesto que no se ocupa solo de la teoría de ALEXY)[2], identifica cinco pretendidas diferencias entre los derechos sociales y los derechos liberales, basadas en los caracteres particular, relativo, *prima facie*, costoso y programático de los primeros, que se opondrían a los caracteres universal, absoluto, definitivo, barato y justiciable de los segundos. Las identifica primero para deshacerlas después.

Este trabajo de demolición de la diferencia se ejecuta de manera concienzuda y convincente y no me detendré más en él. Me interesa en cambio atender a la segunda idea que considero fundamental en ambos artículos. Es la de que sigue habiendo algo relevante que permite dotar de sentido a la categoría de los derechos sociales y que nos advierte de que su realización, a fecha de hoy, requiere de acciones distintas de las requeridas por los derechos liberales. La cuestión, por supuesto, tiene que ver con el sentido y alcance de la justiciabilidad de los derechos sociales: un sentido y un alcance que, parece, habrían de equivaler al de la justiciabilidad de los derechos liberales si resultase que, en efecto, unos y otros derechos no se diferenciasen *en nada*. En este punto, el modo en que desarrollan la idea LAPORTA y HIERRO difiere, aunque la conclusión a la que llegan es seguramente la misma.

La base del argumento de LAPORTA es que la satisfacción de los derechos sociales de prestación requiere «un programa amplio de política social y económica», sin cuya previa existencia «la atribución de una acción jurisdiccional individual traslada a los tribunales tareas imposibles de realizar» (LAPORTA: 315 y 316), esto es, tareas de diseño institucional, distribución de responsabilidades y asignación de recursos que no son las propias de la función jurisdiccional, sino de la función legislativa y ejecutiva, y no solo por razones técnicas (que también) sino una razón de filosofía política: atribuir esas tareas a los jueces, si acaso fuera imaginable, supondría una restricción excesiva del principio democrático. Es cierto que esta ineptitud judicial para satisfacer los derechos sociales, cuando ese programa de política social y económica no está vigente todavía, se extiende también a «aquellos derechos civiles o políticos que descansan en una organización pública previa que presta servicios» (LAPORTA: 316). ¿Cuál es la diferencia, pues? No se enuncia de manera explícita, pero hay que suponer que radica en el distinto grado de desarrollo de la organización pública de cara a la satisfacción de unos y otros derechos, que es mayor en el caso de los derechos liberales y menor en el caso de los derechos sociales. Desde luego, se trata de una diferencia coyuntural, porque depende del tiempo y del lugar de referencia; pero el hecho de que sea coyuntural no

[2] No me ocuparé, por razones de espacio, de las consideraciones críticas que HIERRO dirige al modo en que ALEXY justifica y configura los derechos sociales como derechos «mínimos». He de limitarme aquí a constatar que son muy atinadas, y me permito remitir a mi propio análisis de este punto, creo que débil, de la teoría de los derechos fundamentales del profesor alemán (en *La libertad de todos: una defensa de los derechos sociales*, Barcelona, El Viejo Topo, 2013, 229 y ss.).

implica que sea poco importante: al contrario, conlleva esa consecuencia básica para la configuración de un derecho: si las condiciones institucionales y normativas que requiere la satisfacción de un derecho no están puestas, ese derecho no será (por razones técnicas) o no deberá ser (por razones políticas) accionable jurisdiccionalmente en los términos característicos en que lo es un derecho subjetivo.

La misma idea se encuentra en el artículo de HIERRO, aquí de manera más explícita:

> La principal diferencia entre los derechos individuales y los derechos sociales no estriba, a efectos de su justiciabilidad, en que los primeros no requieran la mediación del legislador y los segundos sí, sino en que la mediación legislativa para configurar los derechos individuales ya estaba, en gran medida, satisfecha en la tradición jurídica occidental [...] mientras que tal mediación legislativa para configurar los derechos sociales se inicia, básica y tímidamente, en el siglo XX y está todavía haciéndose (HIERRO: 197-198).

No resulta trivial, muy al contrario, el modo particular en que HIERRO equipara los derechos liberales y los sociales: no es que los derechos sociales sean como los derechos liberales, sino que los derechos liberales son como los sociales. Es decir, los derechos liberales *también* requieren esa mediación legislativa (y cabe añadir: ejecutiva) que supuestamente caracteriza a los derechos sociales. Que los derechos liberales sean efectivamente accionables ante la jurisdicción supone que tales mediaciones han tenido ya lugar; y, esto es lo importante, implica que los derechos sociales han de seguir un proceso histórico similar que aún no se ha completado. La diferencia, lo vemos de nuevo, es coyuntural, pero su relevancia para la configuración jurídica de los derechos sociales es mucha. Bien harán los partidarios de los derechos sociales en tomar nota y en comprender: que estos derechos *sí son diferentes* de los liberales; que lo son por la razón indicada; y que, por muy coyuntural o histórica que sea, de ahí se sigue que su satisfacción requiere una articulación compleja de soluciones políticas y jurídicas que los aleja, en la práctica o a fecha de hoy, de los derechos liberales.

1. DOS PREGUNTAS

No sería respetuoso con el estilo académico de Francisco LAPORTA y Liborio HIERRO quedarme en la mera exégesis de sus trabajos. Por eso, la completaré con dos preguntas que sugieren que su análisis podría completarse tomando en cuenta algún elemento adicional. La primera es: ¿no creen los profesores LAPORTA y HIERRO que la diferencia entre los derechos liberales y sociales va un poco más allá de lo coyuntural? Porque, como ya en su día sostuvo T. H. MARSHALL en su clásico ensayo sobre la ciudadanía y la clase social, los derechos sociales contienen expectativas muy amplias acerca de cómo han de organizarse procesos comunitarios básicos (a saber, y por lo menos: la educación, la asistencia y el trabajo, esto es, las actividades cotidianas principales de las personas), procesos que se mantienen abiertos indefinidamente y que no pueden consistir solo en la aplicación de normas jurídicas preestablecidas. Por eso, nunca pueden precipitar en derechos subjetivos plenamente accionables jurisdiccionalmente. Así podríamos enunciar la diferencia: los derechos sociales más característicos tienen un sentido político especial del que carece la mayoría de los derechos liberales.

La segunda pregunta es: desde luego, todo derecho fundamental supone, por definición, una restricción del alcance del mecanismo mercantil de distribución de los bienes o recursos, en favor de una distribución ciudadana (igualitaria y desmercantilizada) del bien o recurso de que se trate; pero, ¿no es cierto que la afectación al mercado que conlleva la vigencia de los derechos sociales es sensiblemente superior a la que conlleva la vigencia de los derechos liberales? La sociedad de mercado se ha mostrado compatible con la vigencia de estos últimos, pero ¿podrá serlo con la plena vigencia de los derechos sociales? Aquí la piedra de toque es el derecho al trabajo más que ningún otro: si un derecho fundamental implica optar por un mecanismo no mercantil de distribución, y si el trabajo es un derecho fundamental, ¿no habríamos de desmercantilizarlo? Pero esto... ¿no supone una alteración *esencial* de la economía de mercado, que se basa precisamente en la consideración del trabajo como una mercancía? Y, en fin, ¿acaso no es relevante esta distinta afectación de la sociedad capitalista a la hora de establecer la distancia que separa a los derechos liberales de los derechos sociales?

Para concluir, dejo aparte el interés intrínseco que tiene la cuestión de los derechos sociales. Prefiero, en cambio, destacar lo que simbolizan o ejemplifican los trabajos de Francisco LAPORTA y Liborio HIERRO sobre esa cuestión (ya he dicho que muchos otros también hubieran servido): una manera de comprender la filosofía del derecho como una tarea (ante todo, o por lo menos) de clarificación conceptual y, con ella, de afinamiento crítico de la cultura jurídica, siempre al servicio del progreso y mejora de esa práctica social impregnada de carácter moral que llamamos derecho. Modesta como pueda parecer esta labor por contraste con otras funciones políticas y jurídicas, o con otros empeños filosóficos supuestamente más ambiciosos, yo me siento muy a gusto contribuyendo a ella; sé que ello se debe en buena medida a la doble fortuna de haber podido aprender de maestros como ellos la manera de hacer las cosas en la universidad, y de haber podido disfrutar de su compañía un trecho del camino, que todavía no se acaba. Gracias y felicidades.

ORDEN GLOBAL JUSTO Y DERECHO INTERNACIONAL EN TRANSFORMACIÓN

Cristina García Pascual
Universidad de Valencia

I.

Francisco LAPORTA y Liborio HIERRO constituyen dos referentes para los estudiosos de la filosofía del derecho de mi generación. Un ejemplo de rigor científico y dedicación al estudio en una Universidad que en unos tiempos pudo ser mejor pero tal vez también, en otros, de mayor incertidumbre y precariedad que la actual. Para quienes seguimos atentos a sus publicaciones resultan especialmente interesantes algunos de sus últimos escritos en los que ambos autores dirigen la mirada hacia el orden jurídico internacional, hacia el fenómeno de la globalización y las tensiones que esta plantea al jurista. ¿Qué podrá decir quien reivindica el gobierno de las leyes generales y abstractas de la norma internacional?, ¿qué valoración le podrá merecer la incesante producción de normas en ese espacio donde no existe ni representación, ni instituciones que impongan sanciones centralizadas, allí donde la fragmentación de los ordenes normativos es la regla? O ¿cómo podrá responder un jurista positivista preocupado por los problemas de la igualdad y por la protección de los derechos sociales a la pregunta acerca de un posible derecho a un mundo justo?

Medir la propias ideas pensadas para el espacio estatal trasladándolas al contexto supraestatal fue lo que hizo hace muchas décadas Hans KELSEN en lo que podríamos denominar la construcción de una «teoría pura del derecho internacional» y también Herbert HART en el capítulo décimo de *El concepto de derecho* donde sostuvo que el entramado de costumbres, reglas o principios que se conocen bajo el nombre de derecho internacional no tienen carácter jurídico. Hoy tal vez ese ejercicio parezca más necesario todavía, porque nunca como hoy sentimos las limitaciones de las soberanías estatales, el avance del pluralismo jurídico, la fuerza expansiva del capitalismo y la necesidad, y a la vez la dificultad de aprehender o reducir a conceptos y categorías claras las estructuras y pautas de funcionamiento de la globalización.

En esta difícil empresa se embarca Francisco LAPORTA en dos excelentes trabajos, uno sobre «El imperio de la ley y la globalización» que constituye el capítulo once de su hermoso libro *El Imperio de la ley* y el otro sobre «Gobernanza y softlaw» que aparece en la obra colectiva *Entre Estado y Cosmopolis,* donde también Liborio HIERRO se enfrenta el problema de la justicia más allá de las fronteras estatales con un texto titulado «Justicia global y justicia legal. ¿Tenemos derecho a un mundo justo?». Y digo

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.18
DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, edición especial (2017) ISSN: 0214-8676 pp. 121-126

difícil empresa porque cuando el iusfilósofo se traslada con sus herramientas al escenario de la globalización el abanico de problemas básicos de la filosofía del derecho se plantea con una intensidad inusitada como si fueran acuciantes aporías que deben resolverse si pretendemos entender mínimamente el mundo en que vivimos. Estoy pensando en cuestiones tan básicas para el jurista como qué es el derecho o la ley, su identificación o reconocimiento, por ejemplo, a la hora de valorar el fenómeno del *soft-law* o cómo nacen y evolucionan los ordenes jurídicos frente a la crisis de la soberanía del Estado y la expansión del pluralismo jurídico, o más aún dónde queda en el mundo de la gobernanza la relación del derecho con el poder y la fuerza o el problema de la obediencia a las normas.

De alguna manera pensar en el lugar del derecho en el ámbito internacional o supranacional significa tanto como pensar en el orden del mundo, eso que en otro lugar he querido denominar la *norma mundi*, es decir, las posibilidades del derecho para gobernar a la humanidad, para establecer pautas de justicia universales o como mínimo para diseñar vías para la extensión del principio de legalidad más allá de las fronteras estatales. Estas tareas difícilmente se pueden emprender con éxito y solo pensarlas parece que nos desplazan del derecho a la utopía, allí donde imaginamos un mundo en el que sea posible vencer la pobreza, la guerra o la amenaza de desastres medioambientales o tal vez nos lleva al más crudo escepticismo cuando consideramos muerto o superado el derecho internacional por un entramado de relaciones económicas con capacidad de autogobernarse fuera de los cauces de ese derecho envejecido y derribado por los imperativos de la nueva realidad. El jurista se encontraría así atrapado en el conocido dilema que describe Martti KOSKENNIEMI: entre ser una apologeta del poder, de lo real, si no consigue ir mas allá de la descripción de los intereses en juego, o caer en la utopía y tal vez ser irrelevante, si por alejado de esos mismos intereses en juego no nos ofrece más que una ética. Atrapado entonces entre mantener el discurso descriptivo de quien se limita a dar cuenta del complejo del entramado de relaciones de poder a escala mundial o mantener un discurso prescriptivo, carente de relación con la realidad, entre la apología de lo real y la utopía de lo imposible. Mantenerse alejado de ambos peligros navegando en el estrecho margen de agua brava que transcurre entre *Scila* y *Caribdi* es extremadamente difícil, imposible atendiendo a KOSKENNIEMI, pero ese es, sin embargo, el lugar del jurista que piensa el derecho fuera de las fronteras de Estado y es el lugar donde cabe situar las reflexiones de los profesores Francisco LAPORTA y Liborio HIERRO. Aprovecharé esta imagen para realizar algunos apuntes críticos a los planteamientos de ambos autores en lo que podría ser una vindicación del derecho internacional.

II.

Francisco LAPORTA se declara escéptico sobre las posibilidades del derecho global para una suficiente realización del ideal del imperio de la ley. ¿Y cómo no ser escépticos si ya en el ámbito estatal debemos dejar constancia de la crisis de la legalidad? Pero el escepticismo de LAPORTA resulta todavía más profundo que el que podría expresar cualquier jurista ante las posibilidades del derecho de revertir o someter a reglas los procesos de globalización porque en su análisis el derecho internacional público parece un orden normativo en cierta medida superado e insuficiente ante la nueva realidad

de un «derecho global» o «transfronterizo» que poco o nada tiene que ver con el derecho internacional en su versión westfaliana o incluso en su versión kelseniana. Nos dice nuestro autor que la globalización «en su dimensión jurídica, aspira a ir mas allá de las coordenadas que definen el derecho internacional». O que el derecho global pretende «ser algo más que un derecho internacional desarrollado»[1]. De manera que la nueva *lex mercatoria*, la OMC con sus principios, reglas o decisiones o el llamado *soft law* no serían variaciones sobre los mismos elementos (vieja *lex mercatoria*, tratados o normas programáticas), sino nuevas realidades y parte de un derecho diferente. Y más aún ese nuevo derecho, esa nueva realidad pondrían «en cuestión las herramientas teóricas y conceptuales que habían tratado de dar cuenta de la realidad del Derecho y del Estado concebidos desde el prisma territorial»[2].

Pero pretender deslindar de manera clara esa nueva categoría de un derecho global o transfronterizo diferente y separado del derecho internacional, o pensar que es posible entender la globalización sin las directrices del derecho internacional público me parece errado y peligrosamente cercano a una larga tradición de negación del derecho internacional que se remontan a tiempos muy anteriores al fenómeno de la globalización tal y como lo conocemos hoy en día.

LAPORTA se pregunta «si al lado del Derecho interno o doméstico y del derecho internacional, cabe pensar un Derecho transfronterizo, es decir, un modo característico y nuevo de regular esas interacciones actuales cuando no se da la existencia de gobiernos competentes, ni la vigencia global de normas jurídicas adecuadas, ni la posibilidad, ni siquiera remota, de acudir al respaldo coactivo para garantizar el cumplimiento de norma alguna»[3]. Pero la inexistencia de gobiernos competentes o la inexistencia de normas globales coactivas son los males que para muchos analistas aquejan al derecho internacional casi desde su nacimiento. De manera que no parece claro, en esa distinción entre derecho internacional y derecho global o transfronterizo, si se entiende que el derecho internacional ha superado ya esos males endémicos y ahora es un orden perfectamente formalizado pero reducido al campo de aplicación muy limitado de las relaciones interestatales (parecería que el sistema westfaliano sigue vivo) o justamente por no haberlos superado es un orden inoperante para hacer frente a las nuevas realidades de las que debería ocuparse el derecho global cuyas debilidades sin embargo parecen idénticas a las del derecho internacional.

Y justamente porque en el espacio internacional no existe un poder soberano capaz de imponer las normas por la fuerza algunos pensadores han sostenido a lo largo de la historia que el ideal del imperio de la ley o el principio de legalidad era ajeno al derecho internacional, es decir estaríamos ante un ideal que no puede extenderse más allá de las fronteras del Estado. En el espacio exterior la única posición admisible parecería la de realista o tal vez la del apologeta del poder, que abandona la especulación filosófica y nos traslada la constante imposición de la fuerza por encima de cualquier regla jurídica o moral.

---

[1] F. J. LAPORTA, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007, 255.

[2] F. J. LAPORTA, «Gobernanza y soflaw: nuevos perfiles jurídicos de la sociedad internacional», en A. RUIZ MIGUEL (ed.), *Entre Estado y cosmopolis. Derecho y justicia en un mundo global*, Madrid, Trotta, 2007, 42.

[3] *Ibid.,* 41.

Es verdad que para algunos representantes de esa tradición crítica o negadora del derecho internacional, como podrían ser SCHMITT o POSNER, el *rule of law* tampoco es un principio especialmente valioso en sí mismo ni siquiera en el ámbito estatal. Y que no cabe duda que esta no puede ser la posición de Francisco LAPORTA, antes al contrario podemos razonablemente pensar que su vindicación del imperio de la ley como condición necesaria del valor de la autonomía personal no puede quedar circunscrita al Estado, porque también fuera del Estado parece legítimo aspirar a la autonomía personal. Pues bien creo que la defensa del imperio de la ley fuera de las fronteras del Estado está unida conceptualmente a la defensa del derecho internacional así lo entendió el gran KELSEN, así lo entienden destacados internacionalistas en la actualidad.

En el año 2002 la Comisión de Derecho Internacional de la ONU nombró un grupo de estudio presidido por el propio KOSKENNIEMI sobre la fragmentación del derecho internacional, su diversificación y expansión. Se podría decir que en el nombramiento de un grupo de estudio a tal fin se esconde ese sentimiento de profunda desazón del jurista, que también se expresa en los textos de LAPORTA, ante la posibilidad de que la globalización haga inoperantes las categorías jurídicas que nos sirven para entender y actuar en nuestro mundo. En el informe final, sin embargo, no se separa el derecho internacional del llamado derecho global sino que se describe una única realidad, la del derecho internacional, fuertemente fragmentada, eso sí, en distintos regímenes[4] y se intenta responder a las preguntas que esta situación de fragmentación plantea: «¿Cuál es la naturaleza de los sistemas normativos especializadas? ¿Cómo se deben concebir las relaciones *inter se*? ¿Qué normas deben gobernar sus conflictos?»[5]. La respuesta a estas cuestiones se realiza desde una visión formalista del trabajo del jurista que tiene algunos puntos de unión con el formalismo de LAPORTA pero que desemboca en una clara defensa del derecho internacional como el único espacio sobre el que proyectar los ideales del gobierno de las leyes. Dice el informe:

> El esfuerzo mismo para sondear una técnica jurídica profesional coherente en un mundo fragmentado expresa la convicción de que los conflictos entre los regímenes especializados pueden ser superados por la ley [...] Siempre ha habido Estados que han considerado el derecho internacional incompatible con su soberanía. Del mismo modo, pueden existir hoy regímenes que consideren el derecho internacional una intrusión ajena. Hay pocas razones para ceder a la lógica de «aislamiento clínico» [...] Si se necesita el derecho internacional como una estructura de coordinación y cooperación entre Estados (soberanos), no menos se necesita con el fin de coordinar y organizar la cooperación de complejos de reglas y instituciones (autónomas)[6].

La práctica del derecho le exige al jurista una búsqueda de reglas comunes con las que resolver los conflictos, tanto entre Estados, entre órdenes de normas, como entre entramados de interacciones, y ciertamente no parece compatible el *jus congens* y la jerarquía de fuentes que implica con una perspectiva horizontal de todas esas realidades. Tampoco parece compatible trabajar con las normas jurídicas, situarnos en el punto

---

[4] M. KOSKENNIEMI, Report of the Study Group of the International Law Commission, «Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law», A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006, párr. 482.

[5] *Ibid.,* A/CN.4/L.682, párr. 483.

[6] *Ibid.,* A/CN.4/L.682, párr. 487.

de vista interno y pensar en clave de pluralismo jurídico, a no ser que entendamos este como reconducible en última instancia a un cierto monismo.

De manera que si defendemos el ideal del gobierno de las leyes generales y abstractas en el ámbito del Estado o incluso en el de las relaciones entre los Estados creo que deberíamos también defenderlo en el mundo globalizado y no parece que esto se pueda proyectar fuera de los márgenes del derecho internacional cuya naturaleza y características, sin duda, plantea grandes problemas al estudioso y todos ellos, y en esto coincido con LAPORTA, problemas filosóficos.

III.

También creo debemos partir de la estructura normativa que nos ofrece el derecho internacional para enfrentar la pregunta que Liborio HIERRO nos propone acerca de la posible existencia de un derecho a un mundo justo. En la respuesta deberemos evitar la formulación de utopías que se muestren incapaces de incidir en la realidad. Para el profesor HIERRO los problemas de justicia internacional serían la guerra, el hambre y la degradación del medio ambiente[7] y difícilmente de esos tres males podemos liberarnos sin abrazarnos, siguiendo a KELSEN, al ideal del lento y constante perfeccionamiento del derecho internacional. Nos proyectamos hacia un futuro mejor pero no desde el vacío normativo puesto que ya el Derecho internacional de nuestros días y sus grandes instituciones pueden entenderse como un diseño para disuadir la violencia, evitar la guerra y castigar las violaciones masivas de derechos humanos.

La filosofía política y moral actual se ocupa desde hace muchas décadas de los problemas de la justicia internacional y el profesor HIERRO da cuenta de algunas de las más interesantes posiciones que se enfrentan en el debate sobre la posibilidad de desarrollar o extender los criterios de justicia pensados para comunidades concretas al ámbito supranacional de la comunidad mundial. En este marco, como es sabido, las propuestas son variadas y extremadamente difíciles de implementar en la realidad y deben enfrentarse a todas aquellas teorías que directamente niegan la existencia político-jurídica de una comunidad más allá de la propia familia, pueblo, nación o Estado. Se discute en torno a la justificación de la preferencia para los con-nacionales o, por ejemplo, se buscan razones que sostengan una obligación de ayudar a terceros en países y culturas lejanas a la nuestra. Para SINGER, y desde el utilitarismo, el problema del hambre «utilitaristamente» nos interesa a todos y a todos nos «conviene» resolverlo. ¿Es posible, se pregunta el pensador australiano, hacer algo que nos cause un sufrimiento inferior al sufrimiento de la inacción? POGGE, por su parte, se muestra comprometido con el desarrollo de la *justicia como equidad* en el ámbito global ya antes incluso de que el propio Jonh RAWLS negara la posibilidad de trasladar su teoría fuera del ámbito de la comunidad estatal. Se desarrollan así argumentos que legitiman la deberes frente a las personas ajenas, a mi propia familia o a mi comunidad política y se debaten criterios para resolver los enormes desequilibrios socio-económicos del planeta.

---

[7] L. HIERRO, «Justicia global y justicia legal. ¿Tenemos derecho a un mundo justo?», en A. RUIZ MIGUEL (ed.), *Entre Estado y cosmopolis. Derecho y justicia en un mundo global*, Madrid, Trotta, 2007, 83 y ss.

Todo este ingente debate que ocupa gran parte de la discusión filosófico-política actual me parece que pone en cuestión presupuestos teóricos que en gran parte ya están implícitos en el desarrollo de algunas normativas internacionales o de algunas instituciones jurídicas que desde la Segunda Guerra Mundial se han desarrollado al amparo de la ONU. La discusión sobre la justicia cosmopolita da la impresión que camina un paso por detrás del debate estrictamente jurídico, discutiendo argumentos que fuera de discusión sirven a los juristas para perfilar nuevas estructuras de un orden jurídico internacional.

El derecho internacional de los derechos humanos, estrechamente vinculado al derecho internacional humanitario y al derecho penal internacional, dota de una base jurídica a la aspiración de una sociedad en paz, y cabe decir que tantas bolsas de pobreza y tantos desastres medioambientales están estrechamente relacionados, son causa y consecuencia, con los conflictos armados. Al amparo de tratados, convenciones o declaraciones de derechos hoy en día contamos con una red de tribunales internacionales que día a día resuelven controversias en materia de derechos humanos produciendo un bagaje jurisprudencial que tiene fuerza de precedente jurídico para muchos otros tribunales o, al menos, eso que podríamos denominar, fuerza simbólica. Cuando algunos filósofos morales se preguntan sobre la existencia de una comunidad mundial donde existan obligaciones para con los otros, parecen olvidar algo que la norma internacional ya implica o que los jueces internacionales ya asumen como un dato de hecho, puesto que si el proceso es internacional la comunidad moral que se afirma es la comunidad internacional. O citando a Hannah ARENDT, «la ley presupone precisamente que existe una comunidad en lo humano con aquellos a quienes acusamos, juzgamos y condenamos»[8].

En cierta medida la comunidad internacional que algunos filósofos de la moral buscan y quieren justificar para sobre la misma construir un mundo más justo, ya existe para los juristas. Es la comunidad, todavía frágil por supuesto, que gobierna el derecho internacional.

[8] H. ARENDT, *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*, trad. de C. RIBALTA, Barcelona, Lumen, 1999, 364.

A LA SOMBRA DE HOBBES
Sobre la ideología de la separación de poderes

Andrea Greppi
Universidad Carlos III de Madrid

«Una Sociedad en que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución», se lee en el art. 16 de la *Declaración de derechos del hombre y el ciudadano* de 1789. De los dos ingredientes de esta fórmula, que hemos de entender como dos piezas complementarias de un mismo engranaje, al segundo le ha tocado peor suerte que al primero. No se ha visto desmentido, pero sus logros han sido inciertos y a menudo controvertidos. Tanto es así que, al cabo de un complicado proceso de encaje, ha acabado quedando en un segundo plano.

Si me permito traer a este diálogo sobre la obra de Francisco LAPORTA y Liborio HIERRO un lugar común sobre el que no parece haber demasiadas cosas por descubrir es para sugerir que, a pesar de todo, no sería tan mala idea volver sobre este punto y valorar algunos aspectos del marco ideológico de fondo que suele darse por descontado en los debates sobre las perspectivas del constitucionalismo contemporáneo. Un marco —y anticipo así mi sospecha— que podría estar evolucionando rápidamente. En lo que sigue, por tanto, no voy a fijarme en ningún trabajo en particular de los autores que son objeto de nuestra admiración y de nuestro homenaje. Me tomaré la libertad de leer sus escritos desde fuera y desde lejos. Aludiendo a algunas de sus tesis más conocidas, me preguntaré cómo es que en los debates sobre las tensiones a las que están sometidas nuestras democracias, así como en las proyecciones sobre la constitucionalización del (des)orden post-nacional, el ideal de la separación de poderes ha dejado de ser tratado como una de las dos componentes esenciales de una constitución democrática, según afirmaban los revolucionarios del '89, y se ha convertido en una variable menor en un proceso centrado básicamente en el eje que va de los derechos fundamentales a la legitimidad. Con la brevedad del caso, comenzaré recordando algunos hitos que han producido este resultado.

Pese a su venerable genealogía, la trayectoria de la separación de poderes comenzó a torcerse desde el comienzo, en su primera y más prestigiosa afirmación histórica. Al tratar de la distribución de las partes constitutivas del gobierno de la Federación, MADISON descartaba con énfasis una interpretación demasiado estrecha de la «máxima política según la cual los departamentos legislativo, ejecutivo y judicial deben ser distintos y diferentes». Lo que la Constitución establece, a su juicio, es que los departamentos deben estar distribuidos y mezclados, sin comprometer la «simetría y belleza» del arreglo, pero asegurándose de que las «partes esenciales del edificio» no queden expuestas al peligro «de verse aplastadas por el peso desproporcionado de otras».

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.19
DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, edición especial (2017) ISSN: 0214-8676 pp. 127-132

El blanco de esta puntualización era evidentemente MONTESQUIEU, «el oráculo que siempre se cita y consulta». De un examen atento de la constitución británica —escribe MADISON— «es posible inferir con claridad que al decir: "No puede haber libertad donde los poderes legislativo y ejecutivo se hallan unidos en la misma persona o en el mismo cuerpo de magistrados", o "si el poder de juzgar no está separado de los poderes legislativo y ejecutivo", [MONTESQUIEU] no quería decir que estos departamentos no deberían tener una intervención parcial en los actos del otro o cierto dominio sobre ellos. Su idea, [...] no puede tener más alcance que este: que donde todo el poder de un departamento es ejercido por quienes poseen todo el poder de otro departamento, los principios fundamentales de una constitución libre se hallan subvertidos» (1788, XLVIII). Los Padres Fundadores nos legaron un problema del que no acabamos nunca de librarnos: tan importante es lograr que cada uno de los poderes pueda ejercer de contrapeso a los restantes, como establecer las garantías para su recíproca independencia. No basta, por tanto, separar los poderes, como se supone que dice la versión más esquemática de la fórmula. La relación entre poderes es bastante más complicada.

Cien años más tarde, la controversia sobre el capítulo XI del *Espíritu de las Leyes*, con sus equívocas concesiones estamentales, seguía sin haberse despejado. La contradicción era patente. «Para muchos bien intencionados —escribía Leon DUGUIT en 1893— la separación de poderes es la condición esencial de cualquier gobierno ponderado, el principio mismo de cualquier régimen representativo basado en la soberanía popular, la garantía necesaria y común de los intereses colectivos y de los derechos individuales; es, en definitiva, el ideal político que los pueblos y legisladores deben perseguir sin tregua». Pero es un ideal que encierra también «una singular ilusión». Y es que, desde el punto de vista teórico, una separación «absoluta» entre los poderes no puede concebirse. «El cumplimiento de cualquier función del Estado se traduce siempre en el dictado de una orden o en la adopción de un acuerdo, es decir, en un acto de voluntad, en una manifestación de su personalidad». Por eso el gobierno parlamentario, «la forma política mejor adaptada a la democracia representativa», la única forma política que, «hasta la fecha» y «a pesar de lo que se diga», garantiza «en un gran país» los derechos «de la colectividad y del individuo», «no reposa sobre la separación de poderes, sino, por el contrario, sobre su colaboración y su solidaridad» (1996: 3).

Pasados cien años más, la incomodidad ante las formulaciones más estrictas de la separación sigue tan viva como antes. En un texto de referencia de finales de los años sesenta, y en el epílogo redactado en el cambio de siglo, M. J. C. VILE no podía más que constatar la intensidad de las mutaciones que comprometen las premisas fundamentales de la separación. Aunque «la burocracia lleva acompañándonos más de doscientos años, el Estado administrativo contemporáneo muestra una complejidad estructural tan extremada y una proliferación de normas tal que el antiguo concepto del "ejecutivo" como un conjunto de funcionarios que ponen en ejercicio los mandatos del legislativo bajo la dirección de los ministros ya no tiene valor real». Los desajustes de la teoría tradicional, «que divide los poderes y funciones en tres categorías», son patentes. La cuestión está en identificar «los métodos apropiados para controlar cada una de las ramas», considerando «que no pued[e] confiarse una función única y exclusiva a cualquiera de ellas». Por supuesto, siempre cabe la posibilidad de identificar cuatro funciones *abstractas* —la creación de normas, la función discrecional, la aplicación de

normas y el arbitrio conforme a las normas—; pero la pretensión de «adjudicarlas en exclusiva» a poderes distintos, carece de sentido. De hecho, «toda muestra de comportamiento humano implica el ejercicio de las cuatro funciones en mayor o menor grado» (2007: 404-407).

Esta última idea, que podríamos formular como la tesis del *solapamiento fisiológico* de las funciones, cuestiona el núcleo mismo de la separación. Su repercusión es amplísima. Recuérdese por ejemplo un conocido ensayo sobre *la nueva división de poderes* en el que Bruce ACKERMAN propone una diversificación de los equilibrios, acorde a las exigencias funcionales de una estructura institucional mucho más compleja que la existente en el pasado. En el modelo del «parlamentarismo acotado» habría un poder central —una cámara legislativa electa— «contrapesado por un conjunto de poderes específicos», entre los que habría un sistema de «referéndum en serie», con el aval de un tribunal constitucional, un «senado federal subordinado», un «poder supervisor de la autoridad burocrática», que vigila actividad del gobierno, un «poder supervisor de la regulación», que contra la burocracia, un «poder supervisor de la democracia», que vela por la participación, y un «poder de justicia distributiva» centrado, por si todo lo anterior no fuera todavía suficiente, «en la provisión económica mínima para aquellos ciudadanos capaces de defender sus derechos políticamente» (2007: 124-135). Más allá de la evidente provocación, ACKERMAN está reconociendo que la experiencia constitucional estadounidense, la más cercana al proyecto de la separación tripartita, pudo ser adecuada en aquel tiempo y lugar, bajo determinadas condiciones contextuales, pero puede haber dejado de serlo en un contexto distinto. No será, por tanto, demasiado prudente empeñarse en reproducirlo a toda costa.

Vayamos entonces, sin dilatar este recorrido, al caso que nos interesa. Porque, como se sugería al comienzo, el propósito de esta nota no es otro que el de intentar poner en perspectiva algunos compromisos ideológicos de fondo que respaldan la obstinada insistencia, que algunos considerarán incluso intempestiva, en las técnicas diseñadas para la distribución y control recíproco entre los poderes. Una opción que suele asociarse —no hace falta decirlo— a la defensa de ciertos aspectos de una concepción iuspositivista del derecho. Reconocemos en esta actitud la tenaz desconfianza ante las *pleamares racionalizadoras* del constitucionalismo más vanguardista, o ante el sueño de quienes pretenden ampliar sin tregua las lindes del *coto vedado* de los principios y los derechos. Una opción que explica las ventajas de decantarse por un enfoque parsimonioso en el debate sobre los contenidos morales de una constitución democrática, que esquiva la referencia permanente a sus ingredientes más densos, y que busca el apoyo de las modestas cualidades formales de un derecho de reglas: la estabilidad, la publicidad, la no retroactividad. Es la disposición de quienes prefieren no dejarse seducir por los embrujos del *elixir constitucional*, la poderosísima pócima que proporciona una justificación exhaustiva para todas y cada una de las decisiones que conforman el ordenamiento, y ponen el foco en la previsibilidad de la conducta de «las agencias que han de proceder a aplicar por la fuerza las pautas contenidas en las reglas» (LAPORTA, 2007: 70).

Por supuesto, no es el lugar para hacer pronósticos sobre el efecto de las estrategias constitucionales que se desprenden de estas actitudes. En concreto, no merece la pena especular sobre cuál de estos distintos enfoques sobre el núcleo del constitucio-

nalismo promoverá una mejora en la calidad de las decisiones, sea cual sea el criterio que utilicemos para distinguir entre decisiones «buenas» y «malas». Esta será, en gran parte, una cuestión empírica. El punto está en saber si contamos con indicios que avalen nuestra «intuición embrionaria» sobre la situación presente (LAPORTA, 2007: 14). Porque, como antes decía, buena parte del debate sobre las perspectivas del constitucionalismo nuevo y viejo, se ventila en el plano de los diagnósticos preliminares. Y es aquí donde se sitúa precisamente, frente al nuevo sentido común, que tiende a desplazarlas, la invitación a reconsiderar el valor de las reglas que distribuyen poderes. Mi impresión, al respecto, es que deberíamos tener presente que la marea de los contenidos *sustanciales* del constitucionalismo puede subir o bajar dependiendo de determinadas circunstancias del contexto y que, en función de esas oscilaciones, y en previsión de la próxima bajamar, nuestro problema principal no puede ser más que el de saber si en un futuro más o menos lejanos tendremos calado suficiente para que el barco quede a flote. En otros términos, y por razones que merecería la pena reconstruir en detalle, creo que el debate sobre la *fisiológica confusión* de las funciones, que sostiene la hipótesis de la feliz cooperación entre los poderes, se ha vuelto inaplazable.

Valga como ejemplo de este cambio de perspectiva —uno de tantos que vendrían a cuento— un escrito de Joseph WEILER sobre ciertas tendencias del fondo que han llevado a un enquistamiento en los problemas de legitimación en la Unión Europea. Tres fueron los canales por los que se pensaba que habría debido discurrir el proceso de integración y todos ellos —apunta WEILER (2012)— están aproximándose a un punto crítico. El primero de ellos se alimentaba de las tradicionales fuentes de legitimidad procedimental, de donde provenían los *inputs* del proceso democrático. El problema actual, en este ámbito, ya no está tanto en la creciente desafección de la ciudadanía respecto de las políticas europeas, sino más bien en el hecho de que, desmintiendo las previsiones iniciales, la Unión encuentra fuertes dificultares a la hora de «desarrollar estructuras y procesos que repliquen adecuadamente, o "traduzcan", [...] los todavía imperfectos hábitos de control gubernamental, rendición de cuentas ante el Parlamento y responsabilidad administrativa que tienen lugar, en modalidades distintas, en los Estados-miembro». A estas alturas, la pregunta más acuciante es si será suficiente fabricar una voluntad política más sólida que la existente para conseguir invertir la tendencia, o si la falta de voluntad no es más que el producto de unas condiciones objetivas en las que una voluntad semejante no tiene visos de llegar a formarse. La segunda fuente histórica de legitimación estaba relacionada con la capacidad de la Unión para proveer prosperidad, estabilidad y seguridad, entre otros bienes que constituyen los principales *output* del proceso político. Independientemente de los muchos desarrollos teóricos que se han producido en esta materia, la dinámica de integración se ha visto profundamente afectada desde el momento en que la Unión dejó de ser percibida por legos y expertos como el resultado de un juego en el que todos ganan y se convirtió, por las razones que fueran, en baluarte al servicio de las políticas de la austeridad, y de otros desastres similares. El proyecto de integración contaba, además, con una tercera fuente de legitimación, aparentemente secundaria respecto de las anteriores, pero que tenía la máxima importancia no solo para construir un relato histórico creíble de la unificación, sino también —subraya WEILER— para avalar opciones específicas de diseño institucional. El ideal de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos se presentaba como la mejor herramienta para la realización de la Visión,

el Proyecto, la Promesa —fatalmente con mayúsculas— de una Europa pacífica y próspera, el faro que habría iluminado el camino de los pueblos civilizados, como se lee en la *Declaración* de SCHUMAN, un documento profético que prefiguraba las esencias del método comunitario. Esta componente teleológica, y en último término mesiánica, fue depositándose en el código genético de un proceso instituyente que nunca se llegaría a cerrarse definitivamente. Supuestamente, es ahí donde radicaba su fuerza. No hace falta detenerse en mostrar que un enfoque como este, en los tiempos que corren, ha quedado gravemente dañado.

Salvando las distancias, e intentando reconstruir de la forma más sintética las intuiciones que acabaron descabalgando la apuesta del '89 por el doble engranaje de los derechos y la separación de poderes se podría aventurar la hipótesis de una convergencia entre estas tres dimensiones de legitimación. Durante décadas estuvo vigente en cierta subterránea creencia en que la dinámica del proceso político habría acabado orientándose, por caminos a veces inescrutables, pero atendiendo a una fuerza inexorable, hacia el descubrimiento de las soluciones «correctas», que a su vez no podían sino impulsar un consenso integrador. En particular, se creía que bastaba aumentar la participación y la capacidad para que los *inputs* de los actores sociales confluyeran armónicamente, aumentando la confianza de los ciudadanos en el sistema; que bastaba elevar la calidad argumentativa del proceso de toma de decisiones para obtener una mejora equivalente en la calidad epistémica de los *outputs*, la cual, a su vez, sería inmediatamente aplaudida por extensas mayorías sociales; y, finalmente, que bastaba reforzar los mecanismos de identificación colectiva en torno a la promesa de que algún día llegaran a cumplirse los ideales que decimos compartir, para asegurar en el largo plazo la estabilidad del sistema. La erosión de los postulados epistémicos que están en la base estas creencias —es un punto con amplias repercusiones filosóficas, que solamente puedo mencionar— deja el terreno despejado para que el péndulo del constitucionalismo pueda tomar el camino inverso, moviéndose de la sustancia a la forma, si se me permite el uso de una terminología tan burda, y vuelva a poner sobre la mesa la pregunta por la distribución de los poderes.

Podrá replicarse enseguida que la reflexión de WEILER se refiere a cosas que suceden en lugares remotos, que nada tienen que ver con el terreno firme en que hunden sus raíces las constituciones nacionales, donde los legisladores son soberanos y los jueces argumentan a conciencia. Utilizándola para otros fines, estaríamos incurriendo en una suerte de *domestic fallacy* invertida, que pasa por alto mil diferencias. La sospecha, sin embargo, es que la epidemia exterior sea una anticipación de lo que pudiera suceder de puertas adentro si el virus se extendiera y acabara contagiando, con las inevitables adaptaciones, los supuestos tácitos que impulsaron la marea constitucionalista. No sería extraño que, con tanto viaje, el virus experimentara una mutación ulterior, que lo hiciera inmune a los antibióticos disponibles. Constatada la volatilidad de los *inputs* y la incertidumbre de los *outputs*, y finiquitada la promesa mesiánica, deberíamos centrarnos en indagar si es razonable esperar que las vías exploradas por el nuevo constitucionalismo sigan trayendo en el futuro una «inyección de racionalidad» en el sistema jurídico y político comparable a la que produjeron en el pasado reciente (ATIENZA, LAPORTA, 2008: 53). Volveríamos a plantearnos entonces, en un contexto de discusión diferente, la conveniencia de reivindicar un derecho de reglas, que aspire a

establecer, en lo posible, limites ciertos en el ejercicio de la autoridad. Nos ubicaríamos, una vez más, en compañía de LAPORTA, y con las modulaciones liberales del caso, «a la sombra de Hobbes» (2005: 265).

BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, B., 2007: *La nueva división de poderes*, México: FCE.

ATIENZA, M., y LAPORTA, F., 2008: «Imperio de la ley y constitucionalismo», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 0, 307-326.

DUGUIT, L., 1996: *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales (ed. orig. 1893).

LAPORTA, F., 2005: «Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas westfalianas», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 39, 243-265.

— 2007: *Imperio de la ley*, Madrid: Trotta.

MADISON, J.; HAMILTON, A., y JAY, J., 1788: *Federalist Papers*, ed. esp. *El Federalista*, México: FCE, ²2001.

VILE, M. J. C., 2007: *Constitucionalismo y separación de poderes*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

WEILER, J., 2012: «In the face of crisis. Input legitimacy, output legitimacy and the political messianism of European integration», *Journal of European Integration,* 34, 7, 825-841.

¿CONCEPCIÓN-LIBRO DE REGLAS O CONCEPCIÓN-ORQUESTA DE NORMAS?

Marisa Iglesias Vila
Universidad Pompeu Fabra

En la obra *El imperio de la ley*, una de las mejores contribuciones en español a los fundamentos de la legalidad, Francisco LAPORTA articula una aproximación al valor de la legalidad como rasgo identificativo del dominio de lo jurídico, que trata de explicar no solo por qué el Derecho está unido a este valor sino, también, por qué es un buen ideal para el Derecho.

Este ideal podría ser concretado de diversas formas; la suya consiste en defender, por una parte, que el imperio de la ley significa «imperio de las reglas» y, por otra parte, que ceñirnos a un gobierno de reglas es mejor si nos importan la autonomía personal, la previsibilidad y la voluntad democrática.

La claridad y profundidad de la trayectoria justificativa que LAPORTA despliega a lo largo del libro, así como su agudeza para identificar los nuevos desafíos que la filosofía del Derecho enfrenta, merecerían mucho más que este breve comentario. Me contentaré con apuntar algunas razones generales por las que creo que su construcción ética del imperio de la ley resultaría más convincente si desembocara en una concepción-orquesta de normas en vez de una concepción-libro de reglas.

Frente a los que entienden que hay una tensión básica entre autoridad y autonomía personal, LAPORTA defiende que el predominio de las reglas resulta necesario para hacer efectivo el valor de la autonomía personal. Su tesis es que predecir *ex ante* las consecuencias jurídicas de un cierto curso de acción es una condición necesaria para realizar este valor «en la mayor medida posible» (p. 34). El recorrido para justificar esta tesis empieza con un exhaustivo análisis del concepto de autonomía personal. LAPORTA lo presenta como un concepto gradual y complejo, que combina cuatro ingredientes: «La libertad negativa para realizar acciones, control racional de la satisfacción de preferencias de acuerdo a su jerarquía estratificada, proyección de las decisiones reflexivas en el tiempo y conformación de planes generales y abstractos interrelacionados» (pp. 33-34).

En el momento de conectar este concepto complejo con las estructuras normativas, sin embargo, el libro sostiene dos tesis separables. La primera es que dado que nos movemos en contextos de interacción mutua, la posibilidad de realizar nuestros proyectos autónomos a lo largo del tiempo requiere la existencia de normas sociales. Este juicio está muy bien fundamentado y su conclusión es difícil de objetar. Otra tesis distinta es que son las reglas el tipo de normas sociales necesarias para el desarrollo de

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.20
DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, edición especial (2017) ISSN: 0214-8676 pp. 133-138

la autonomía, ya que por su naturaleza aseguran la previsibilidad, y la previsibilidad es necesaria para que podamos ser agentes autónomos. Este juicio ya no me parece tan bien fundamentado. Para seguir el razonamiento de LAPORTA debemos primero aceptar que el imperio de las reglas es condición necesaria para la previsibilidad jurídica. Aunque no entraré en este punto, Isabel LIFANTE ha aportado ejemplos convincentes para mostrar que no hay una conexión ni necesaria ni suficiente entre la regulación por reglas y esta previsibilidad jurídica[1].

Asimismo, la relación entre la previsibilidad y la autonomía se complica porque ambos conceptos son graduales y multidimensionales, lo que resiste una conexión simple entre ellos[2]. Para trazar un panorama claro de sus vínculos debemos preguntarnos, entre otros extremos, qué dimensión de la previsibilidad es necesaria para qué dimensión de la autonomía, y dentro de cada dimensión, y también combinándolas, qué grado de previsibilidad es necesario para qué grado de autonomía. Aunque el libro se adentra en esta discusión, no acaba de desentrañar la dinámica de relaciones dentro de esta red conceptual. LAPORTA se concentra en la idea de que la previsibilidad que otorgan las reglas es necesaria para realizar el valor de la autonomía personal «en la mayor medida posible». A pesar de ello, no siempre clarifica qué grado de previsibilidad resulta necesario. A veces nos habla de que la autonomía requiere un grado «mínimo» de previsibilidad (p. 142). En otras, en cambio, asume que es el alto grado de previsibilidad que las reglas en su opinión garantizan por naturaleza lo que hace posible una autonomía amplia. Dado que el concepto de autonomía combina varios ingredientes, mantener una cosa u otra marca una diferencia importante.

LAPORTA usa en varias ocasiones el ejemplo de los problemas de género para asumir que la previsibilidad puede convivir perfectamente con un entorno jurídico donde las mujeres carecen del nivel mínimo de autonomía, y dejan entonces de ser tratadas como agentes morales con capacidad de decisión para definir sus propios proyectos de vida a lo largo del tiempo. Siguiendo con este ejemplo, pensemos en la situación que se plantea en la película *Yentl*, cuya protagonista es una chica judía que quería estudiar el Talmud en un contexto donde una regla de la comunidad prohibía este tipo de estudio a las mujeres. Aquí podríamos preguntarnos de qué le servía la previsibilidad a *Yentl* para poder desarrollar su propio proyecto de vida dedicado al estudio. Para reivindicar su autonomía, necesitó primero la flexibilidad de su padre y tuvo que vulnerar luego las reglas de su comunidad. Si esas normas hubieran sido menos claras, más flexibles o menos predecibles ¿habría sido ella menos autónoma o, por el contrario, le hubiera sido más fácil reivindicar su autonomía? Para LAPORTA, un ejemplo como este sirve para reconocer que el imperio de la ley no es «suficiente» para respetar la autonomía personal. Pero este ejemplo también parece mostrar que no es «necesario».

Una ética de la legalidad anclada en el valor complejo de la autonomía personal debe poder armonizar dos variables: el rango de opciones que la ley deja abiertas y el grado en que estas opciones pueden ser conocidas de antemano. Mi opinión es que una previsibilidad alta solo podría ser condición necesaria para desarrollar la autonomía, vista ahora desde el plano individual, si un alto nivel de conocimiento previo de

[1] *Vid.* LIFANTE, 2013: 97-102.

[2] Sobre el carácter graduable y complejo del concepto de previsibilidad, *vid.*, de nuevo, LIFANTE, 2013.

estas opciones contribuyera de algún modo a asegurar un rango razonable de opciones abiertas, quizá no en cada momento temporal, pero sí en el largo plazo de un proyecto de vida. En el ejemplo de *Yentl*, quizá cabría afirmar que una regulación con normas menos predecibles le hubiera facilitado un mayor rango inmediato de opciones abiertas, pero que solo una estructura normativa gobernada por reglas le permitiría desarrollar un proyecto de vida propio a largo plazo. Esta conclusión, sin embargo, no sería fácil de aceptar en el caso de *Yentl.* En comunidades cerradas y patriarcales como la suya, lo habitual sería que este tipo de reglas se mantuviera estable en el tiempo, con lo que su proyecto personal dedicado al estudio no podría prosperar. Si nos centramos en este ejemplo, aunque la posibilidad de desarrollar planes de vida requiere una estructura normativa que garantice un mínimo nivel de previsibilidad, nos acercamos más al valor multidimensional de la autonomía personal si el grado de previsibilidad no es tan alto como para impedir la flexibilidad normativa. Y esta combinación entre flexibilidad y una mínima previsibilidad la podemos obtener mucho mejor desde estructuras normativas que, al modo de una orquesta bien afinada, combinen reglas y principios que se apoyan y acomodan mutuamente[3].

Esta posible debilidad de aproximarse a la legalidad desde la concepción-libro de reglas se resolvería, en la argumentación de LAPORTA, cuando abandonamos el plano individual de la autonomía para centrarnos en el plano de la autonomía política que redunda en la voluntad democrática. En sus términos, «Sería paradójico que concediéramos a la persona la capacidad de diseñar su propia vida y le regateáramos al mismo tiempo la participación en las normas que han de configurar el marco de ese diseño vital» (p. 146), «no pretendo apoyarme en el argumento —seguramente artificioso— de que seamos nosotros los que nos impongamos la ley a nosotros mismos. Es algo mucho más limitado pero ineludible: que cualquiera que sea la autoridad encargada de elaborar la disposición jurídica en cuestión, tenga cada uno un derecho en su constitución y elección, y sea así tratado como un ser autónomo, y que ese derecho sea un derecho igual al de los demás, y sea así tratado como un igual» (p. 165).

Mi duda es, no obstante, si el concepto normativo de democracia, otra noción gradual y multidimensional [una vez hemos descartado, como LAPORTA hace, una visión estrictamente formal de democracia (p. 165)], puede entrar en tensión con un sistema de reglas que garantice un alto grado de previsibilidad. Pensemos en una de las objeciones democráticas a la Constitución que se mencionan en el capítulo diez del libro, «que una generación no tiene derecho a vincular a la generación siguiente ni a privar a sus individuos de su derecho pleno a participar» (p. 240). Esta objeción democrática

[3] Dejaré al margen otras normas que también podrían formar parte de esta orquesta. LAPORTA tiene una comprensión de los principios muy dependiente de su visión de las reglas como patrón ideal de normas jurídicas, lo que le conduce a percibirlos como pautas intratables, demasiado abstractas e imprecisas para limitar el decisionismo judicial (p. 124). Aunque no podré entrar en esta discusión, si percibimos los principios como normas diferentes a las reglas, con un funcionamiento propio, no tendremos dificultades en asumir que también hay casos fáciles de aplicación y ponderaciones fáciles entre principios. Es más, desde una visión de las reglas como generalizaciones atrincheradas, estas son el resultado de balances entre razones subyacentes, y su resistencia como reglas depende también de ponderaciones entre principios formales y sustantivos. Es la presencia de casos fáciles en la aplicación y balance entre todos estos principios lo que nos permite tener muchas de las reglas jurídicas que poseemos y confiar, al mismo tiempo, en que estas reglas no son arbitrarias. *Vid.*, p. ej., ATIENZA, 2006: cap. 4.

podría dirigirse a la mayoría de normas constitucionales, tanto reglas como principios, pero en particular a las reglas con las que una generación ha pre-comprometido a las generaciones posteriores petrificando contenidos. ¿Podríamos utilizar un argumento democrático parecido contra una visión del imperio de la ley centrada en la previsibilidad?

Todos asumimos que la ley, como producto deliberado de la legislación, es un reflejo de la voluntad democrática cotidiana por su pedigrí y porque puede ser modificada con mucha mayor facilidad que una Constitución. Pero las diferencias entre la ley y la Constitución son también de grado, y dependen de cada ordenamiento jurídico. Dejando al margen las categorías que manejamos, una Constitución fácilmente reformable podría no estar muy lejos de una ley orgánica exigente. Si esto es así, una ley que, gracias a su alto grado de previsibilidad, consigue petrificar hoy la solución normativa de situaciones que se darán en el futuro cuando: *a)* su reforma puede ser ardua, y *b)* encapsula realidades y circunstancias complejas o que pueden variar con rapidez, arrastraría en algún grado la objeción democrática, incluso siento la ley el producto de la representación democrática. En estas condiciones, cuando el ideal del imperio de la ley persigue, además de regular *ex ante*, la estabilidad de las leyes en el tiempo, la objeción democrática puede tornarse más fuerte. Por esta razón, al menos en contextos regulativos donde las circunstancias relevantes son múltiples y variables, el argumento democrático puede también aconsejar que regulemos a través de principios, estándares o reglas con conceptos valorativos, que se adaptan mejor a las necesidades del presente[4].

Podemos responder a esta objeción del mismo modo que hace LAPORTA respecto a la Constitución, afirmando que esta línea crítica conduce la objeción democrática demasiado lejos. Así, indica, «para respetar el derecho a participar de cada uno en los términos estrictos de la objeción sería necesario reabrir el debate decisorio. Y como todos los días habría algún ciudadano en esta situación, eso sería tanto como mantener permanentemente abierto ese proceso. [...] Al menos alguna decisión anterior ha de tener normalmente un periodo de vida en que regule las conductas de los ciudadanos sin que pueda ser puesta en cuestión por otra mayoría. [...] Las normas por las que se ordena la sociedad han de tener otras propiedades además de la de ser democráticas en origen: por ejemplo, deben disfrutar de una cierta estabilidad, ser públicas, no ser retroactivas, etc. [...] La objeción democrática va demasiado lejos. Y debe ser acompañada de una serie de medidas que "atrincheren" sus decisiones, incluso frente a sí misma» (pp. 241-242). Aunque estas apreciaciones sean acertadas, lo que me interesa destacar es que esta discusión muestra que la previsibilidad y la participación democracia no siempre se apoyan mutuamente. Por este motivo, de modo similar a lo que sucede con el valor de la autonomía personal, el argumento democrático no dirige necesariamente a una concepción del imperio de la ley como predominio exclusivo de las reglas.

Una forma de disminuir esta potencial aspereza entre la visión formalista del imperio de la ley y el argumento de la participación democrática es considerar que las reglas,

[4] Sobre los diferentes tipos de normas que se requieren en función de las diversas circunstancias regulativas *vid.*, en general, HART, 1961: cap. 7; ATIENZA y RUIZ MANERO, 1996.

como significados de disposiciones normativas, se van amoldando a las circunstancias del presente a través de la interpretación. Aunque LAPORTA no vincula democracia y modos de interpretación, su visión del significado podría servir a este propósito. En su opinión, ni el autor del texto ni el juez en el caso particular determinan el significado de las disposiciones normativas. El texto adquiere una vida independiente cuyo significado está ligado a las convenciones lingüísticas de la comunidad de hablantes competentes. Además de los problemas que LAPORTA plantea sobre la identificación del autor de las leyes, centrarse en la intención original para asignar significado irá resultando cada vez más problemático desde la lógica democrática a medida que se vayan distanciando en el tiempo la creación y la aplicación normativa. Atender a las convenciones lingüísticas en cada momento temporal de aplicación nos permite tener reglas actualizadas a pesar de que las disposiciones normativas sigan inalteradas, es decir, a pesar de que el legislador no haya decidido introducir un nuevo texto dotado de autoridad. Pero si las disposiciones normativas son estables y lo que puede variar es su significado, las reglas, suavizamos la objeción democrática al coste de renunciar a un alto grado de previsibilidad. Pensemos en el caso *Pinochet*, por ejemplo. La Audiencia Nacional defendió en 1998 la competencia de los tribunales españoles para juzgar a Pinochet alegando, entre otros extremos, que la convención semántica sobre el concepto de genocidio había cambiado. Para la posición de la Fiscalía del Estado, tener en cuenta este cambio en las convenciones ponía en peligro la seguridad jurídica. Un problema parecido lo hemos encontrado durante mucho tiempo con los conceptos de cónyuge o de familia. A falta de cambios legislativos en esta materia, adaptar las disposiciones normativas a las nuevas convenciones lingüísticas [interpretación evolutiva que LAPORTA parece ver con buenos ojos (p. 183)] resultaba más democrático, pero al coste de hacer menos previsible la regulación jurídica de las relaciones de pareja. Y todo ello en el supuesto de que consideremos que es posible identificar en cada momento temporal una única convención lingüística. Como se destaca a menudo, la trascendencia práctica de la aplicación del Derecho para la vida de los ciudadanos facilita que haya convenciones en conflicto o que las convenciones sean controvertidas, porque el lenguaje refleja nuestro modo de vida y, en definitiva, nuestros valores, necesidades e intereses[5]. Determinar cuál de ellas es la relevante, o en qué momento una asignación de significado está asentada lo suficiente para contar como «la convención semántica» de la comunidad competente de hablantes, requiere decisiones, con lo que la previsibilidad queda aquí todavía más lejos. Con independencia ahora de muchos otros problemas filosóficos, la variabilidad y el carácter controvertible de las convenciones lingüísticas genera dificultades a una ética formalista de la legalidad que pretenda vincular una concepción-libro de reglas con el convencionalismo semántico, confiando en que ello garantizará regulaciones *ex ante* y predecibles. Confiar (ingenuamente) en que los textos jurídicos tienen un autor y que su intención inicial determina su significado, es decir, que podemos conocer las reglas desde su origen, parece más fiel a este ideal del imperio de la ley pero, de nuevo, menos convincente desde el argumento democrático.

En conclusión, mis dudas con esta brillante defensa ética de la concepción-libro de reglas es que ni su fundamento en el valor de la autonomía personal ni su apoyo en los

[5] *Vid.*, p. ej., AARNIO, 1997: 101-102.

argumentos democráticos parecen dirigir a esta visión del imperio de la ley. Dirigen, más bien, a una noción menos formalista de la legalidad, menos previsible pero más flexible, que aboga por estructuras normativas híbridas. LAPORTA prefiere desplazar esta orquesta combinada de reglas y principios a los casos difíciles y al Derecho implícito, pero esta limitación tiene un aire de petición de principio porque es interna a su propia posición en torno al dominio de lo jurídico.

A mi juicio, esta orquesta afinada de normas es lo que da sentido al constitucionalismo democrático, y es lo que debería orientar la globalización jurídica si pretendemos asentar bases sólidas para ubicar el lugar del Derecho dentro de estructuras equitativas de cooperación social que trascienden el estrecho marco nacional. HART decía que en sociedades complejas el Derecho no puede ser otra cosa que una unión de reglas primarias y secundarias. Mi sospecha es que en sociedades constitucionalizadas y globalizadas el Derecho no puede ni debe ser otra cosa que una unión de reglas y principios.

BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, A., 1997: *Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, Dartmouth: Ashgate.

ATIENZA, M., 2006: *El Derecho como argumentación*, Barcelona: Ariel.

ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., 1996: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona: Ariel.

HART, H., 1961: *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press.

LAPORTA, F., 2007: *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid: Trotta.

LIFANTE, I., 2013: «Seguridad jurídica y previsibilidad», *Doxa*, 36, 85-105.

QUESTIONI SUL LEGALISMO

Massimo La Torre
Universidad «Magna Graecia» di Catanzaro

Di seguito pongo alcune questioni a partire dalla lettura del libro *El imperio de la ley* di Francisco LAPORTA.

La sua prima tesi mi pare essere questa. Che la autonomia personale, assunta come valore morale fondamentale, non possa darsi senza la *legge*, intesa come norma precettiva e coattiva di carattere generale. Questa tesi ricorda un argomento che, se non sbaglio, si ritrova nella *Stern von Erlösung* di ROSENZWEIG: la legge, qui la legge assoluta e formale del Decalogo, e poi delle disposizioni contenute nel Levitico, permette l'autonomia, in quanto rende evidente ed operativa la distinzione tra Essere e Dover essere, in quanto fa sì che ci si renda conto che la libertà risiede nella dimensione del Dover essere, non in quella dell'Essere. Si è liberi se si resiste all'impulso, all'«inclinazione», al dettato della natura, ai sensi, al piacere. Se si apprende cioè a non fare tutto ciò che ci piacerebbe fare, e ciò ce lo insegna la «legge». Ricordo un articolo di Joseph WEILER, di qualche anno fa, in cui si argomentava in maniera simile.

Ora, potrebbe plausibilmente sostenersi, contro tale argomento, e contro LAPORTA, che la legge, lungi dal favorirla, l'autonomia personale, la mette sotto scacco. Può dirsi, ed è stato detto ed argomentato, anche autorevolmente, che la legge nega l'autonomia personale in quanto pretende obbedienza incondizionata. Come direbbe Joseph RAZ il diritto (la legge) è una ragione di secondo grado che abroga la ragione di primo grado (che è quella del giudizio autonomo e individuale). Nella legge, come è visto bene dalla dottrina tedesca ottocentesca, da Paul LABAND per esempio, coesistono due «cose»: c'è il precetto, il comando, e c'è la generalità della fattispecie regolata e della classe di destinatari. Ma il comando è ciò che prevale. Constatazione che servirà a LABAND per affermare che la legge di bilancio può essere una prerogativa del sovrano, l'Imperatore, e non necessità di conferme parlamentari ulteriori. Ora il precetto, il comando, resulta fenomenologicamente quanto di più opposto e ostile possa darsi rispetto all'autonomia personale. Quanto meno deve giustificarsi rispetto ad essa, e questa può sempre chiedergli conto del fatto della sua emanazione, della sua «durezza», e della stessa idea di comando. L'anarchismo filosofico, solo faticosamente contestabile, ma anche in generale il liberalismo democratico, e la teoria del discorso (che si basa sul principio regolativo del *zwangloser Zwang*) si alimentano proprio della contraddizione esistenziale tra comando e autonomia individuale.

D'altra parte nella legge la generalità non si dà necessariamente come universalizzabilità in senso morale. È solo l'universalizzabilità formale che è richiesta, ma questa

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.21
DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, edición especial (2017) ISSN: 0214-8676 pp. 139-144

è soddisfatta da qualunque fattispecie astratta. Se prescrivo che tutti i Siciliani devono essere internati in un campo di concentramento, non mi sottraggo, come ci insegna Richard HARE, all'universalizzabilità formale. Se tale regola sia anche universalizzabile *moralmente* è però assai dubbio. Dubbio che poi spinge HARE a rivolgersi all'utilitarismo per dare forza e fondamento normativo forte (universale in senso morale) alla sua teoria metaetica prescrittivistiva universalistica.

Temo poi che LAPORTA, in ciò invero in buona compagnia (in quella di John FINNIS, per esempio), trascuri un fatto centrale della fenomenologia della regola. La regola fondamentale nella determinazione della condotta umana è quella *costitutiva*, non quella regolativa. Infatti il problema della condotta umana è innanzitutto il *senso*, non la coordinazione. I giocatori di una partita di calcio si coordinano intono al senso, al *Witz* direbbe WITTGENSTEIN, del loro «gioco». Per cui l'universalizzabilità rilevante qui non può essere un mero criterio logico, o un espediente solo pragmatico, e nemmeno un principio morale (ché questo a sua volta è un criterio fondamentalmente regolativo, non costitutivo). E la regola allora non può essere definita a partire dalla questione della coordinazione. Coordinazione *di che*? E *il che* che deve essere prima dotato di senso. E da dove traiamo il senso? Da quella regola o legge (norma «regolativa», non «costitutiva») che lo presuppone?

Se si vuole, le regole del gioco del calcio possono essere lette come criteri di coordinazione di condotte. Ma quelle condotte si coordinano una volta che si sia dato il quadro generale di riferimento, e di senso, dell' istituzione del gioco del calcio. Dunque, prima viene l'àmbito d'azione dotato di senso, l'*istituzione*, e solo dopo si può pensare ad una regola regolativa —qualcosa del genere dice Ota WEINBERGER, ma anche e inanzitutto il secondo WITTGENSTEIN, e poi John Langshaw AUSTIN.

Riproduco di seguito un passaggio dell'*Imperio de la ley*. «¿Puede limitarse jurídicamente el poder soberano haciendo con ello posible el imperio de la ley? Pues bien, si el llamado poder soberano no es sino un conjunto complejo de prácticas sociales de aceptación de reglas, entonces podemos decir aquello que ya afirmó con cierta obscuridad Robert VON MOHL, uno de los padres fundadores del *Rechtsstaat*: lo que puede limitar al poder soberano es una "norma racional de moralidad positiva"» (p. 81). Qui la tesi, detto altrimenti, è che la legge limita il potere ed è veramente capace di fare ciò. Ma, per affermare ciò, LAPORTA ci presenta una «legge» in versione sociologica. La legge razionale della morale positiva, si dice, non è la regola formale cui mi pare quasi sempre faccia riferimento LAPORTA, di certo non è quella del legalismo giuspositivista. È un'altra cosa qui, una *pratica sociale*. La tesi del vincolo alla legge del potere, sarebbe così quella secondo cui il potere è vincolato dalla sua pratica sociale. Un'affermazione che starebbe bene in bocca a Monsieur DE LAPALISSE, e che però vale sia per lo Stato di diritto sia per lo Stato autoritario, e forse più per questo che per quello.

Tra i grandi legalisti nella storia recente del pensiero giuridico se ne contano due che devono confrontarsi drammaticamente coll'auge del nazionalsocialismo in Germania. Parlo di Hermann HELLER e di Franz NEUMANN, entrambi socialdemocratici convinti e militanti. Il primo contrappone la legge come decisione del parlamento e dunque della rappresentanza popolare ad ogni ambizione costituzionalistica forte di organi esecutivi e giudiziari. La legge, afferma, è al di sopra della costituzione, una tesi difesa anche dallo stesso LAPORTA, mi pare.

Ma è la tesi di NEUMANN quella che qui ci interessa di più. Questi afferma, e lo argomenta a fondo nella sua tesi di dottorato londinese, che la regola generale, la legge, è un limite al potere politico, proprio per il suo carattere di generalità ed astrattezza. Tuttavia NEUMANN rivedrà questa tesi negli ultimi saggi. E lo farà perché si renderà conto in seguito che la regola, se resta pragmaticamente a disposizione del potere politico, nel senso che è modificabile da questo, è un argine assai debole, e basso, contro la forza e arbitrio del potere medesimo. D'altra parte, la generalità qui, risultando puramente formale, può essere allargata e ristretta più o meno a piacimento. Infine, la regola va applicata, e se l'esecuzione è ancora volta affare del potere politico, del governo, e questo non vuole, o non può applicarla, la regola non si applicherà. O si applicherà secondo l'interpretazione che l'esecutivo ne dà, o le possibilità che ne ha. Per NEUMANN allora è più la divisione istituzionale dei poteri che la «legge» la via per imbrigliare la forza potenzialmente egocentrica del potere politico, dell'esecutivo in special modo.

D'altra parte, nella storia dello Stato di diritto non c'è, mi pare, nessun colpo di Stato che sia stato contrastato efficacemente da una sentenza giudiziale o da una corte costituzionale. La domanda allora è: può una regola formale (astrazion fatta della pratica sociale e delle istituzioni che questa regola rendono viva ed operante) contrapporsi efficacemente al potere politico e pertanto tenerlo sotto scacco? Il legalismo potrebbe continuare a sostenerlo forse solo a condizione di presentarsi come espressione di un forte idealismo filosofico.

Nel capitolo quarto di *Imperio de la ley* LAPORTA ci presenta una serie articolata di caratteri strutturali e sostanziali distintivi della legge come regola generale. Molto bene. Ma ciò che lui ci offre è alla fine dei conti qualcosa di simile alla «morale interna» del diritto di cui parla Lon FULLER. Il che dovrebbe indurre LAPORTA a ripensare il suo giuspositivismo. O no? C'è una morale intrinseca alla legge: questo sembra sostenere LAPORTA. Ma allora probabilmente con questa sola tesi si fuoriesce dal positivismo giuridico e dal suo legalismo formalista, e ci si fa, *horribili dictu*, giusnaturalista. Non sarà che il legalismo (l'idea dell'«impero della legge») è una versione di giusnaturalismo?

L'interpretazione del diritto per essere tale deve operarsi come fatto ricognitivo o cognitivo, non ascrittivo o decisionistico. LAPORTA assai giustamente si rivolge criticamente contro certi eccessi del realismo giuridico, che crede di affermare che il significato di una norma è solo e tutto nel momento dell'interpretazione o dell'ascrizione di significato: questa tesi ovviamente è paradossale e conduce a conseguenze assurde con buona pace di Riccardo GUASTINI e di Michel TROPER, il quale ultimo deve poi metterci una pezza con la tesi delle *constraintes* sociologiche dell'interprete. LAPORTA cita David WIGGINS e l'idea che il linguaggio in un'orazione non può che essere trattato come preesistente all'orazione medesima. «La interpretación, por tanto, presupone siempre el significado, no lo atribuye» (p. 182). Da ciò però, facendo riferimento a Adrian VERMEULE, un giurista ultraconservatore della facoltà giuridica di Chicago, LAPORTA crede di potere affermare una teoria grosso modo testualista ed «esplicita» del diritto (un originalismo moderato, potrebbe dirsi). Il diritto della legge è esplicito, ed è ciò che conta; quello implicito, che pure LAPORTA non nega, si dà eminentemente nella forma di princìpi, che ci sono. Ma se ci sono i princìpi il legalismo si attenua necessariamente, e assai. E c'è un altro punto da sottolineare.

Non tutto il diritto è prescritto esplicitamente, né può esserlo. Si pensi alle leggi della logica, oppure al dizionario della lingua in cui una legge è data. Così che l'imperativista, che è un esplicitivista radicale, come l'ultimo KELSEN per intenderci, deve infine negare la vigenza nel diritto delle leggi della logica, laddove queste non siano state esplicitamente prescritte da legislatore. La potenza del diritto implicito è negata o è messa sotto tono al legalista. Ma ciò non si giustifica veramente né teoricamente né praticamente. Può il diritto esplicito, la legge, fare a meno del diritto implicito e funzionare senza questo? E se no, non è l'«*impero* della legge» solo e più modestamente una «repubblica», «*repubblica* della legge», un potere a sua volta limitato e condiviso?

Per LAPORTA la legge ha grosso modo la meglio idealmente sulla costituzione. «La objeción democrática formulada como una reivindicación de competencia para el legislador tiene que servir de aviso constante frente a las tentaciones de amparar bajo la rigidez constitucional aspectos de la vida colectiva que no merecen hurtarse a la voluntad de la mayoría» (p. 242). Come dargli torto? Soprattutto con la crisi finanziaria che affligge oggi l'Unione Europea, e specialmente l'Eurozona, e con il processo di integrazione europea che mediante la costituzionalizzazione (in via giurisprudenziale) dei Trattati e della politica economica che questi sanciscono rende i parlamenti degli Stati membri meri spettatori o ratificatori di decisioni prese altrove, in sedi non accessibili alla deliberazione democratica.

Dunque LAPORTA ha ragione: attenzione a fare della Costituzione una norma «obesa», ricolma di dettati sostanziali, che invece dovrebbero essere lasciati all'arena della sovranità popolare, della politica di partito e del gioco parlamentare. La legge non può diventare mera applicazione della Costituzione, altrimenti è la stessa democrazia a trasformarsi in oligarchia o tecnocrazia, e gli Stati in mere agenzie amministrative di applicazione di principi e standards. Ma per sostenere ciò, che è invero ampiamente condivisibile, presupponiamo della legge non la definizione di regola formale che è propria del legalismo. In questa critica del costituzionalismo «obeso» la «legge» che si rivendica non è quella di Paul LABAND o la regola universale di cui ci parla Richard HARE in *Freedom and Reason*, bensì qualcosa di ben più sostanziale.

Si presuppone l'idea della legge come luogo o dimensione della legislazione, e questa come pratica di partecipazione cittadina, «democrazia deliberativa», se si vuole. La «legge» in questo senso ha ben altri caratteri che solo quelli formali che elenca LAPORTA nel capitolo quarto di *Imperio de la ley*. È non tanto un'entità semantica, quanto una situazione pragmatica, una pratica per l'appunto. E questa pratica è quella discorsiva, definita dal chiedere e dare ragioni, e dal riconoscimento mutuo dei suoi partecipanti come titolari di diritti.

Per difendersi dal costituzionalismo «obeso» LAPORTA dovrebbe allora rivolgersi, più che alla tradizione del positivismo giuridico, o a VERMEULE, alla teoria del discorso, a HABERMAS, o al «political liberalism» rawlsiano. La nozione di «legge» messa in gioco sarà allora sostanziale, e il suo prodotto potrà allora pure, ma solo come risultato, soddisfare i requisiti della «morale interna» di FULLER e quelli assai più pallidi della regola generale di cui ci parla Franz NEUMANN o certa filosofia giuridica post-kantiana. La «legge» allora dovrà almeno presupporre l'uguale dignità di coloro che la deliberano e che sono soggetti ad essa, ed il principio per cui la legittimità di tale criterio normativo

le deriva dall'autoproduzione di coloro che sono poi chiamati ad osservarlo o implementarlo nella propria condotta. Tutto ciò, però, non ci conduce ben oltre il legalismo e il giuspositivismo?

Il legalismo trova di solito una applicazione tradizionale nella determinazione della deontologia delle professioni giuridiche, in particolare in quella dell'avvocato. Qui esso si manifesta nella cosidetta deontologia «standard», per cui l'avvocato sarebbe un attore parziale che con zelo difende gli interessi del suo cliente e solo questi. Si tratterebbe di quella «morale amoralità» che si è fatta valere da più di un teorico di *legal ethics* (da Stephen SPENDER, per esempio). In Italia per qualche tempo una simile tesi è stata difesa da Luigi FERRAJOLI, che poi però, anche reagendo a qualche mia obiezione in merito, ha rivisto tale posizione. In Spagna mi pare che questo sia l'atteggiamento teorico di Liborio HIERRO, ben in linea con la prospettiva legalista difesa dall'amico e collega LAPORTA.

HIERRO (vedi «Las profesiones jurídicas: una visión de conjunto», *Sistema,* n. 137, 1997: 27 ss.) ci dice che l'avvocato è e dev'essere parziale. E poi da ciò deriva un'etica sostanziale dell'avvocatura, la tolleranza. Se so di esser parziale, allora, questo è l'argomento, devo poter riconoscere all'avversario dignità di argomentazione e quindi concedergli una qualche possibile ragione. Devo dire che quest'argomento non mi convince, e mi pare afflitto da una fallacia, quella dell'*osservatore*. L'argomento potrebbe infatti valere solo dal punto di vista dell'osservatore (che è quello tipicamente assunto al giuspositivista).

Se sono un antropologo del pianeta Marte e arrivo sulla Terra, e vedo due avvocati contendersi torto e ragione, allora dovrò concludere che ciascuno è «parziale». Ognuno porta acqua al suo mulino; non c'è nessun tentivo di assumere una posizione generalizzante ed universalizzabile. L'osservatore allora non potrà che essere scettico sulle ragioni di ciascuna delle due parti, e potrà, e forse dovrà, essere tollerante rispetto alle pretese di entrambe. Ma ciò non vale né per la parte né tantomeno per l'avvocato, che non sono osservatori bensì *partecipanti*. Se, dal punto di vista del partecipante, si afferma che sono parziali, che ritengono cioè il loro interesse sia equivalente al loro buon diritto, non si potrà dire che per ciò stesso non devono riconoscere l'equivalenza tra il proprio interesse e il loro buon diritto (ciò in cui praticamente consisterebbe essere tolleranti in quel contesto). Se si è parziali dal punto di vista del partecipante, non si può anche essere tolleranti. Ma fortunatamente per noi, e per il processo, l'avvocato non è parziale in questo modo così forte. O almeno non lo è da un punto di vista «trascendentale».

L'avvocato afferma il buon diritto della sua parte, e questo è qualcosa di diverso dall'interesse della parte medesima. Ciò è riconosciuto in molti codici deontologici dell'avvocatura, che non a caso insistono sulla virtù della *indipendenza* dell'avvocato non solo dal giudice, e dalle autorità, ma anche e soprattutto *dal cliente*. L'avvocato afferma che il suo cliente è nel suo diritto, che ha ragione, e ciò dev'essere provato secondo criteri processuali ed anche di giustizia. Ma una siffatta affermazione, ovviamente, vale anche per la parte avversa. Quelle che si scontrano non sono due *parzialità brute*, ma due *parzialità imparziali*, due pretese di correttezza e di giustizia che si lasciano solo verificare e soddisfare mediante processi di argomentazione universalizzante. Le parti cioè si riconoscono mutuamente la dignità di soggetti di un discorso razionale, che

come tali hanno pari diritti. La tolleranza è già, qua, in questo mutuo riconoscimento, che invece nella lotta di parzialità brute, e di meri interessi, non potrebbe darsi.

Il legalismo risulta così fatale alla deontologia della professione legale. Per un verso la spinge e la schiaccia nella fattualità della razionalità strumentale, neutralizzandone la discorsività e la forte normatività. E d'altra parte, affermando, perché legalismo, che la deontologia è già data nella legge rende una deontologia *a latere* del diritto positivo del tutto superflua. Se all'avvocato nella sua attività profesionale è lecito tutto ciò che non gli è vietato dalla legge (tesi difesa fino a qualche anno fa da FERRAJOLI, per esempio), allora perché dovremmo dotarci di un'etica delle professioni legali?

Purtroppo, chi ha fatto, e fa l'avvocato, sa che la sua attività quotidiana è afflitta da questioni morali, cui la legge non dà risposta, né la potrebbe dare, giacché qui si opera entro l'àmbito dell'applicazione o dell'uso di questa, *a valle* della legge stessa per così dire. La regola, ahinoi, non regola esaustivamente la sua applicazione. È tesi antica in filosofia. Lo sanno già ARISTOTELE e KANT, che per risolvere la questione mettono in gioco ripettivamente la *phronesis* e l'*Urteilskraft*, facoltà del giudizio che precedono l'operatività d'ogni operazione sillogistica. Ma lo ripete Herbert HART: «Rules cannot provide for their own application» (*Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1984: 106). La legge pertanto non può risolvere tutte le questioni morali poste dalla sua applicazione. Un avvocato deontologicamente legalista sarà allora in più di un'occasione un avvocato amorale, tutt'altro che tollerante, il quale o nega o ignora le questioni morali che gli si presentano nell'esercizio della sua professione, oppure le risolve facilmente, e spesso cinicamente, badando solo a non infrangere il dettato formale della legge.

LA RELEVANCIA DE LA PREVISIBILIDAD JURÍDICA
Algunas consideraciones a partir de Francisco Laporta y Liborio Hierro*

Isabel Lifante Vidal
Universidad de Alicante

1. LA RELEVANCIA MORAL DEL IMPERIO DE LA LEY

Tanto Francisco LAPORTA como Liborio HIERRO han argumentado en numerosas ocasiones sobre la relevancia moral del imperio de la ley, considerándolo un ideal ético-político al servicio de la autonomía personal. Francisco LAPORTA ha señalado que la existencia de normas que nos proporcionan un cierto grado de previsibilidad de las relaciones sociales es una condición necesaria (aunque no suficiente)[1] para el desarrollo de la autonomía personal, entendida como la exigencia de que la vida del ser humano sea algo definido por él mismo en un marco de libertad personal y de racionalidad proyectiva. Y, en este sentido, afirma que «la fundamentación moral de todo el complejo mundo de normas e instituciones que constituyen lo que hoy designamos con el concepto de imperio de la ley no es otra que una apuesta moral implícita a favor de la autonomía personal» (LAPORTA, 2007: 18). Por su parte, Liborio HIERRO ha señalado, en un sentido muy similar, que la seguridad que un ordenamiento jurídico eficaz ofrece a sus destinatarios es el primer instrumento de la posibilidad de actuar libremente (HIERRO, 2003: 219).

Es difícil estar en desacuerdo con esta idea: la posibilidad de prever la conducta de otros sujetos, y en particular de los poderes públicos, es un requisito indispensable para poder desarrollar una vida autónoma. A partir de aquí, estos autores remarcan la importancia que, para la consecución de este ideal de previsibilidad, tienen lo que podemos considerar como rasgos formales del Derecho (el ideal de un Derecho compuesto por reglas generales y abstractas que puedan aplicarse a través de procedimientos subsuntivos). Las observaciones que a continuación realizo no pretenden ser una crítica a esta idea, sino una llamada de atención sobre la insuficiencia de estos rasgos formales para generar previsibilidad; no deben leerse por tanto como comentarios so-

* Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación «Desarrollo de una concepción argumentativa del Derecho» DER2013-42472-P, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad español.

[1] En este sentido, LAPORTA, 2007: 52, recuerda que puede incluso haber normas cuyo contenido sea directamente contrario a cualquier promoción de la autonomía.

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.22
DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, edición especial (2017) ISSN: 0214-8676 pp. 145-151

bre sus tesis, sino «a partir» de ellas. No estoy muy segura de si Francisco LAPORTA o Liborio HIERRO estarán de acuerdo con mis observaciones, pero pese a ello no tengo ninguna duda de que las mismas —como gran parte de mi pensamiento iusfilosófico— son deudoras de sus enseñanzas.

2. LA PREVISIBILIDAD: ¿DE QUÉ?, ¿PARA QUIÉN? Y ¿HASTA CUÁNDO?

Con el término «previsibilidad» hacemos referencia a la cualidad de aquello cuyo acontecimiento puede ser conocido o conjeturado anticipadamente. Y es usual caracterizarla como una propiedad graduable, es decir, que puede presentarse en mayor o menor medida[2]. Ahora bien, cuando decimos que un Derecho (o, mejor dicho, una determinada regulación jurídica) puede proporcionarnos mayor o menor grado de previsibilidad, ¿qué es lo que estamos comparando? Para contestar a esta cuestión, debemos ser conscientes de una segunda característica de la previsibilidad: se trata de una propiedad que se proyecta en diversas dimensiones, cada una de las cuales resulta a su vez graduable. En particular, creo que deben destacarse al menos tres dimensiones[3]: 1) una dimensión objetiva: ¿qué se puede prever?; 2) una dimensión subjetiva: ¿quién puede prever?, y 3) una dimensión temporal: ¿hasta cuándo se puede prever? Cada una de estas dimensiones justifica distintas exigencias: precisión, accesibilidad y estabilidad.

2.1. La exigencia de precisión

En la primera dimensión, una determinada normativa jurídica será tanto más previsible cuantas más cosas —o con mayor precisión— nos permita prever. De este modo, la gradualidad en esta primera dimensión dependerá de que se puedan conocer de antemano y con precisión tanto qué conductas son prohibidas, obligatorias o permitidas por el Derecho, como también las consecuencias jurídicas establecidas para ciertas conductas (o para ciertos estados de cosas), así como las condiciones para la generación de tales consecuencias (condiciones que pueden ser de índole procesal, temporal, económica, etc.).

Los análisis tanto de LAPORTA como de HIERRO parecen centrarse en esta primera dimensión, vinculando el grado de previsibilidad a la presencia de rasgos formales del Derecho: la formalidad en cuanto al origen, la formalidad en cuanto al contenido, la formalidad interpretativa y la formalidad perentoria[4]. Desde esta perspectiva, un De-

[2] Con ello no quiero decir que pueda adoptarse una métrica que nos permita cuantificar el grado de previsibilidad logrado, entre otras cosas porque en realidad cuando hablamos de previsibilidad no nos referimos exactamente a qué conductas o sus consecuencias hayan sido efectivamente previstas, sino que hayan podido serlo, es decir, que se den las condiciones para posibilitar dicho conocimiento anticipado.

[3] Podríamos añadir una cuarta dimensión: la fiabilidad de las previsiones. Vinculada a esta dimensión, aparecería la exigencia de eficacia del Derecho, sobre la que Liborio HIERRO ha llamado la atención con especial énfasis (HIERRO, 2003).

[4] *Cfr.* ATIYAH y SUMMERS, 1987: 11 y ss.

recho será tanto más previsible cuanto la aplicación de sus normas —que han de ser identificadas por su origen autoritativo— pueda realizarse de manera independiente de las razones sustantivas que las justifican (para lo que han de adoptar la forma de reglas de acción y gozar de una completa autonomía semántica), y su interpretación se limite a constatar su significado literal. La situación óptima parecería ser entonces aquella en la que, para la aplicación del Derecho, bastara con llevar a cabo un mero razonamiento deductivo[5]. Cualquier término valorativo, o cualquier atribución de un poder discrecional, o incluso cualquier actividad interpretativa menoscabaría la previsibilidad así entendida.

Pero hemos de ser conscientes de que hay ocasiones en las que la aplicación del Derecho solo exija un razonamiento deductivo a partir de premisas normativas preexistentes tampoco nos asegura poder prever las consecuencias de nuestra conducta. Pensemos en la concesión de ayudas a través de un baremo muy formalizado, pero en el que la cuantía a repartir sea fija, de modo que la ayuda a recibir por cada sujeto dependerá del número total de solicitantes (dato imprevisible para los solicitantes). Y, por otro lado, la exigencia de que todas las decisiones sean predecibles a través de procedimientos meramente subsuntivos, además de ser imposible de conseguir, ni siquiera parece ser un objetivo deseable. En muchos casos parece conveniente optar por cierta flexibilidad en la regulación jurídica (lo que implicaría un bajo grado de formalidad en cuanto al contenido). Pensemos en los supuestos en los que lo que resulta jurídicamente relevante prever es que un determinado interés (p. ej., el bienestar de un menor) resultará protegido y no tanto cómo lo será. En estos casos, el Derecho puede regular la conducta a través de la delegación de poderes discrecionales, para que sean los aplicadores los que —a la luz de las circunstancias de cada caso— adopten las medidas más adecuadas. Para ello habrá que llevar a cabo razonamientos de adecuación medio a fin y razonamientos ponderativos, que van más allá de la subsunción, pero que no están exentos de posibilidad de control racional y, en ese sentido, no excluyen cierto grado de previsibilidad.

2.2. La exigencia de accesibilidad

La segunda dimensión, la subjetiva, hace referencia a la «extensión» de la previsibilidad: qué sujetos están en situación de poder llevar a cabo las previsiones. Una normativa jurídica generará mayor grado de previsibilidad en este sentido cuanto más fácilmente los ciudadanos puedan realizar dichas previsiones a partir de ella. El primer requisito que aparece vinculado a esta dimensión es la exigencia de publicidad de las normas y su accesibilidad. Una norma secreta o de acceso restringido implicaría la negación absoluta de la previsibilidad en esta dimensión. Pero, por supuesto, la ac-

[5] LAPORTA considera que el objeto de la previsibilidad que interesa al Derecho no sería tanto hechos que van a ocurrir, como «corolarios que pueden ser inferidos y comprobados» (el contenido proposicional de la decisión judicial). A partir de aquí, señala que cuanto más seguro sea el razonamiento que dé lugar a la conclusión en que ha de consistir el contenido proposicional de la decisión judicial, más predecible será la misma, y esto ocurre —en su opinión— cuando nos encontramos ante razonamientos deductivos, pues si necesitan de otro tipo de razonamientos (evaluativos y/o ponderativos) el paso de las premisas a la conclusión ya no sería necesario (LAPORTA, 2007: 38 y ss.).

cesibilidad también es graduable, dependiendo de una serie de factores muy diversos que pueden facilitarla o dificultarla, pensemos en la publicación en medios de pago, o la publicación en tablones de anuncios ubicados en dependencias con horarios reducidos, o la publicación de convocatorias universitarias en periodo vacacional, etc. Pero junto a este aspecto «formal» de la accesibilidad de las normas nos encontramos con otra dimensión más sustantiva que es la que se refiere a que los ciudadanos puedan «efectivamente» conocer y comprender adecuadamente el Derecho aplicable. Los factores que aquí pueden influir son muy diversos. Pensemos en la claridad de la redacción, el nivel de complejidad técnica, las remisiones legislativas, la dispersión de competencias normativas (que implican la necesidad de conocer previamente qué administración pública es competente para una determinada materia), etc. Todos estos factores pueden llegar a hacer muy complejo —incluso prácticamente imposibilitar— al ciudadano lego (incluso al jurista no muy especializado) conocer o comprender al detalle la regulación aplicable.

Estas mismas razones que avalan la imposibilidad de conocer al detalle todo el Derecho, son las que hacen que revista especial importancia un factor generador de seguridad jurídica: la coherencia normativa que nos ofrecen los principios jurídicos. Si distinguimos entre la seguridad de los legos y la de los abogados, habría que admitir que la previsibilidad jurídica para el lego no depende tanto de una predeterminación total del contenido de las decisiones judiciales en reglas jurídicas preexistentes, sino que lo que permite orientarse a la población en general, y lo que por tanto contribuye a generar la previsibilidad necesaria para que puedan desarrollar satisfactoriamente sus planes de vida, es sobre todo el reconocimiento de los principios que subyacen a las reglas; y, en último término, la congruencia entre las normas jurídicas y los modos de vida o la proximidad entre las normas jurídicas y las normas sociales[6].

Si somos conscientes de esta relevancia de los principios, entenderemos que también las razones sustantivas, y no solo las formales, cumplen un papel fundamental en la generación de previsibilidad. Serían estas mismas razones las que nos llevan, por ejemplo, a aceptar los argumentos teleológicos y valorativos en la interpretación jurídica, justificando el desplazamiento de uno de los tipos de formalidad (la interpretativa); o las figuras de fraude de ley, abuso de derecho y desviación de poder (los denominados ilícitos «atípicos»), y que supondrían el desplazamiento de otro tipo de formalidad: la perentoria.

Hasta ahora hemos hablado de que una determinada regulación jurídica sería tanto más previsible cuantos más sujetos puedan realizar previsiones a partir de ella; pero en realidad lo importante no es el «número» de sujetos en abstracto, sino en relación con los sujetos potencialmente afectados por la regulación. Y en este sentido hay que tener en cuenta que hay regulaciones que afectan típicamente a «clases» de sujetos con intereses enfrentados y con distintas posibilidades de «acceso real» al conocimiento de la normativa: ciudadanos/administración, consumidores/proveedores. En ocasiones una misma normativa puede generar grados distintos de previsibilidad para cada una de las clases de sujetos afectados. Pensemos, por ejemplo, en el Derecho de los

[6] *Cfr.* Llewellyn, 1933: 58.

consumidores, que parece estar diseñado precisamente a partir de esta contraposición entre clases de sujetos que presentan una diferente accesibilidad tanto a la regulación, como a la información relevante para la determinación de las consecuencias de dicha regulación.

2.3. La exigencia de estabilidad

La tercera dimensión de la previsibilidad sería la temporal. Desde esta perspectiva una determinada normativa generará mayor previsibilidad cuanto mayor sea el lapso de tiempo para el que nos permite realizar previsiones. La retroactividad supondría, obviamente, la negación de la previsibilidad en esta dimensión; pero aquí se justifica también la exigencia de estabilidad normativa.

Ahora bien, podemos distinguir dos sentidos de estabilidad, conectados ambos con la previsibilidad. El primer sentido, más formal, entiende la estabilidad como ausencia de cambios: las normas jurídicas han de tener un mínimo de perdurabilidad en el tiempo, para que los destinatarios puedan planificar su conducta a medio o largo plazo. Desde esta perspectiva las transformaciones jurídicas frecuentes generan déficit de previsibilidad. Para el segundo sentido (ya no tan formal), la estabilidad se entiende como continuidad (coherencia), y no como mera ausencia de cambios. En este segundo sentido tendremos que entrar a valorar el contenido de los cambios realizados para determinar si los mismos implican o no inestabilidad y, por tanto, si afectan o no a la seguridad jurídica. Una determinada regulación puede ser más o menos estable en el primero y/o en el segundo de los sentidos. En ocasiones, ciertos cambios normativos (es decir, cierto déficit de estabilidad en el primer sentido) pueden no solo no afectar a la previsibilidad, sino incluso incrementarla. Supongamos que una regla tiene una formulación ambigua y que la reforma elimina dicha ambigüedad; o que la reforma consiste en eliminar una regla que resultaba incoherente con otras reglas o con algunos principios jurídicos.

Para dar cuenta de esta dimensión de la previsibilidad no basta con la incorporación de una perspectiva diacrónica del Derecho, según el cual se trataría de un sistema dinámico, es decir, un conjunto de elementos que cambia en el tiempo; sino que es imprescindible considerarlo como una práctica social que se desarrolla a lo largo del tiempo y que está dirigida a la persecución de ciertos objetivos considerados valiosos. Desde esta perspectiva, la práctica ha de presentar una cierta continuidad, al menos en sus principios fundamentales. Pues son precisamente los valores que pretende desarrollar la práctica los que nos permiten identificarla como un todo coherente dotado de sentido (es decir, dirigido a la persecución de ciertos fines).

3. ¿ES LA PREVISIBILIDAD DEPENDIENTE SOLO DE RASGOS FORMALES DEL DERECHO?

Como acabamos de ver, una determinada regulación puede resultar muy precisa (tener un alto grado de previsibilidad en la primera dimensión), pero sin embargo

ser muy poco accesible para sus destinatarios, o muy variable como para permitir hacer previsiones a largo plazo; o por el contrario, una regulación no tan precisa puede resultar más accesible y estable, etc. Lo que en ocasiones incrementa el nivel de previsibilidad en una de las dimensiones puede también incrementarla en las otras, pero también pueden existir relaciones de proporcionalidad inversa (a mayor precisión, menor accesibilidad, o menor estabilidad). Pero además estas dimensiones son a su vez complejas, y lo que —por ejemplo— genera previsibilidad para una clase de sujetos (digamos los proveedores), puede destruirla para otra clase de sujetos (los consumidores); o una formulación muy formal en cuanto al contenido puede generar incoherencias con otras normas que hagan necesario en alguna ocasión apartarse de la interpretación literal.

Por tanto, la cuestión crucial no será determinar si se ve afectada o no la previsibilidad en abstracto, sino cuál es la previsibilidad que consideramos jurídicamente valiosa. Necesitamos establecer cuáles son las expectativas que merecen ser jurídicamente protegidas; en este sentido podemos redefinir la seguridad jurídica en términos de protección de expectativas razonablemente fundadas de los ciudadanos (es decir, expectativas que han de ser consideradas legítimas a la luz de los principios y valores del propio Derecho). La previsibilidad que consideramos valiosa y la que por tanto el principio de seguridad jurídica nos obliga a maximizar sería entonces aquella que afecta a expectativas jurídicas razonablemente fundadas (es decir, al menos *prima facie* legítimas para el propio ordenamiento a la luz de los principios y valores reconocidos por el propio Derecho). Si esto es así, la previsibilidad jurídica no puede seguir siendo concebida como vinculada únicamente a los rasgos formales del Derecho, al margen de su contenido.

BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA, M., 1985: *Introducción al Derecho*, Barcelona: Barcanova.

— 2013: «Seguridad jurídica y formación judicial», ponencia presentada en el *I Congreso bienal. Seguridad jurídica y democracia en Latinoamérica*, Girona, 3-5 de junio de 2013.

— 2015: «Entrevista a Francisco Laporta», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 38, 557-577.

ATIYAH, P. S., y SUMMERS, R., 1987: *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford: Clarendon Press.

GOMETZ, G., 2012: *La certeza jurídica como previsibilidad*, trad. D. MORENO CRUZ y D. DEI VECCHI, Madrid: Marcial Pons.

HIERRO, L., 2003: *La eficacia de las normas jurídicas*, Barcelona: Ariel.

— 2016: «Seguridad jurídica, crisis de la ley y crisis de la aplicación de la ley», ponencia presentada en el *I Congreso de filosofía del Derecho para el mundo latino*, Alicante, mayo de 2016.

LAPORTA, F. J., 1994: «El imperio de la ley», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 15-16, 1994, 133-145.

— 2007: *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid: Trotta.

LIFANTE VIDAL, I., 2013: «Seguridad jurídica y previsibilidad», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 36, 85-105.

LLEWELLYN, K. N., 1933: *Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika, Eine Spruchauswahl mit Besprechung*, Leipzig: Weicher.

SUMMERS, R., 1993: «A Formal Theory of the Rule of Law», en *Ratio Iuris*, vol. 6, 2 de julio de 1993, 127-142.

— 2006: *Form and Function in a Legal System. A General Study*, New York: Cambridge University Press.

DEONTOLOGÍA PROFESIONAL Y LA PROFESIÓN DE ABOGADO

Jorge F. Malem Seña
Universidad Pompeu Fabra

Liborio HIERRO es un buen conocedor del derecho, de su filosofía y de las prácticas profesionales que lo utilizan como una de sus herramientas básicas. Tal vez su paso por el Ministerio de Justicia[1] le haya permitido tener una visión de conjunto de esas prácticas, y de los profesionales que las realizan, que no es nada común en nuestro entorno.

Que ese conocimiento no sea común se puede deber a varios factores. El primero, y al que prestaré atención, es la dificultad que existe al tratar de definir qué es una profesión y, por extensión, cuáles son las profesiones jurídicas. Como el propio Liborio HIERRO admite, el concepto mismo de profesión es ya controvertido[2]. Su caracterización depende muchas veces del punto de vista del cual se parte o de los objetivos a los que se quiere llegar. Y la delimitación de cómo ha de entenderse las profesiones jurídicas no ha resultado históricamente inmune a esta discusión. La cuestión se complica, aún más si cabe, si se toma en consideración que los juristas, entendidos en un sentido amplísimo como profesionales del derecho, han desarrollado una serie de actividades cuyo parecido entre sí es solo el de tener un cierto aire de familia. Todo esto, y otros elementos a los que no prestaré atención aquí, torna complicado hablar de las profesiones jurídicas sin más.

En cualquier caso, a los efectos de evitar disputas puramente verbales, entenderé que el concepto de profesión aplicable a la idea de profesión jurídica ejemplificada en la del abogado hace referencia a las siguientes diez características[3]:

1. La actividad profesional se basa en conocimientos científicos y técnicos. De hecho, el conocimiento y la formación de los profesionales se encuentra altamente estandarizado. Un profesional de la abogacía, como el resto de profesionales, trata de aplicar estructuras teóricas para resolver los problemas que se le plantean en el mundo real. De hecho, la superioridad de los profesionales para superar dificultades sobre quienes no lo son se basa en la posesión de un conocimiento técnico superior.

2. Por esa razón, las profesiones exigen cierto periodo de aprendizaje y de adiestramiento. Las profesiones clásicas como el derecho y la medicina requieren previo a

[1] Ocupó el cargo de subsecretario de Justicia entre los años 1982 y 1990.

[2] *Vid.* L. HIERRO, «Las profesiones jurídicas: una visión de conjunto», *Sistema*, núm. 37, 1997, 27 y ss.

[3] Me referí a estas cuestiones de un modo más extenso en *La profesionalidad judicial*, México, Fontamara, 2009.

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.23
DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, edición especial (2017) ISSN: 0214-8676 pp. 153-157

su ejercicio que se estudie durante cuatro, cinco o más años en un centro universitario y que se cumplimente un currículo muchas veces abultado.

3. En este sentido, las profesiones, como las jurídicas, son actividades que tienen un componente esencialmente intelectual. No es que un profesional haya de excluir por completo el trabajo manual o físico, piénsese en un médico cirujano, pero este ha de ser un instrumento del intelecto, no ha de constituir el centro de su actividad.

4. Las profesiones —los profesionales— prestan un servicio a la sociedad que es esencial y es único[4]. Dicho servicio es esencial porque ninguna sociedad desarrollada podría desprenderse de él sin grave pérdida. Basta pensar en lo que sucedería si no existiera la profesión médica, por ejemplo[5].

Es un servicio único, además, porque cada profesión reclama para sí la exclusividad de la práctica que sus miembros realizan. Cada profesión pretende detentar el monopolio sobre su propia actividad. Esto explicaría que en prácticamente todas las latitudes, el intrusismo profesional sea generalmente perseguido y reprimido.

5. Los profesionales ejercen su actividad con un alto grado de autonomía. Esto surge de las características 1 y 2 arriba mencionadas. La relación que existe entre el profesional y quien solicita sus servicios es de una clara asimetría producida por las diferentes habilidades, capacidades o competencias que el profesional tiene para analizar y solucionar los problemas planteados. Por ello, los profesionales deben seguir su propio juicio o criterio al resolver las cuestiones que llegan a su conocimiento. Si así no lo hicieran, ¿qué sentido tendría consultar a un profesional?[6].

6. Las profesiones implican que quienes las ejerzan asuman su responsabilidad por los actos que autónomamente decidieron realizar. Esto es, los profesionales siempre tienen que estar dispuestos a dar cuenta de sus acciones. En nuestras sociedades prácticamente nadie discute que los profesionales deben ser responsables tanto desde un punto de vista técnico como moral y jurídico.

7. El ejercicio de las profesiones constituye también una forma de obtener recursos pecuniarios, de modo tal que se transforma en un medio de vida. Esto ha servido para distinguir al profesional del aficionado. Ganar dinero es un aspecto del profesionalismo. Pero esto no ha de llevar al error de considerar que las profesiones son exclusivamente un instrumento para obtener ganancias económicas o para lograr estatus social.

8. Las profesiones deben ser ocupadas por personas con vocación. Esto es, por individuos que tienen la pretensión de hacer de su actividad su estilo de vida, con la intención de practicarla de un modo continuado en el tiempo, con un claro sentido de permanencia en ella. Esto permite diferenciar a los profesionales de aquellos que hacen una misma actividad pero de una forma aislada o puntual.

9. Las profesiones se estructuran a través de organizaciones o instituciones que establecen normas básicas para su ejercicio. La profesión organiza y disciplina a sus

---

[4] *Vid.* J. González Anleo, «Las profesiones en la sociedad corporativa», en J. L. Fernández Fernández y A. Hortal Alonso (comps.), *Ética de las profesiones*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 1994, 26.

[5] *Vid.* M. Bayles, *Professional Ethics*, Wadsworth Publishing Co., 2.ª ed., 1989, 8.

[6] *Ibid.,* 8.

miembros. La profesión establece, por ejemplo, qué criterios han de regir la práctica profesional, cuál debe ser la relación entre los diferentes profesionales y cuáles deberían ser las vinculaciones entre estos y quienes solicitan sus servicios o se someten a su competencia. Los colegios de abogados constituyen un claro ejemplo de cómo se disciplina a sus miembros. Y su deontología profesional asegura qué normas han de regir en el cometido de la tarea del abogado.

10. Por ese motivo, las profesiones exigen que sus miembros posean una cierta credencial donde se ponga de manifiesto su competencia; esto es, donde se le reconozca su capacidad para operar dentro de un determinado ámbito. A veces esta credencial consiste en un título universitario, en otras ocasiones en la certificación de un colegio profesional, etcétera[7].

La satisfacción, o no, de estas notas esenciales permitiría distinguir, tal como lo hace Michael BAYLES, entre las personas que son profesionales y aquellas que desarrollan simplemente una ocupación. Y entre los profesionales y quienes solo se comportan como técnicos. En el primer caso, bastaría con señalar que aquellas tareas que no requieren una preparación adecuada, que no exigen periodos de estudios específicos o no necesitan un título habilitante no podrían ser consideradas profesiones, tal como es el caso de una secretaria o de un comerciante. En el segundo caso, la diferencia radica en que el técnico carece de la autonomía propia de los profesionales, su tarea es meramente instrumental[8].

Naturalmente, los elementos mencionados son receptados en grados diversos en las distintas profesiones. Ello contribuye a la discusión acerca de si una determinada práctica puede o no ser considerada una profesión o a catalogar ciertas actividades como semiprofesionales. El abogado y la práctica de la abogacía cumplen sobradamente con todos estos requisitos y, por tanto, nadie debería dudar de que es un auténtico profesional.

Ahora bien, como adecuadamente señala Liborio HIERRO, la práctica de las profesiones jurídicas, y de la abogacía, se ha desarrollado alrededor de los conflictos, para evitarlos o para resolverlos. Esta práctica se estructura, básicamente, a través de su sometimiento estricto al derecho. Por ese motivo, es posible reconstruir sus funciones diciendo que un abogado hace propuestas para la elaboración de normas jurídicas dentro de los parámetros admitidos por el derecho, cuando redacta un contrato que otros firmarán, por ejemplo, o hace aplicación del derecho, verbigracia, en los procesos de judicialización del conflicto[9].

Esto supone que el abogado asume un compromiso institucional básico. Y es que está profesionalmente vinculado a la legalidad. Esto es, no debe realizar acciones ilegales, ni tampoco asesorar o recomendar a su cliente que actúe ilegalmente. Si así no

---

[7] *Vid.* E. HUGHES, «Professions», en J. CALLAHAM (ed.), *Ethical Issues in Professional Life,* Oxford, Oxford University Press, 1988, 31.

[8] *Vid.* M. BAYLES, *op. cit.,* 10 y ss.

[9] *Vid.* L. HIERRO, «Las profesiones jurídicas. Una visión de conjunto», *op. cit.,* 30. Según sus palabras, «diremos que son profesiones jurídicas aquellas cuya actividad habitual consiste en la elaboración técnica de normas jurídicas, su aplicación y la prevención y resolución de conflictos jurídicos. Ello significa que lo característico de las profesiones jurídicas sería la elaboración y aplicación de normas jurídicas».

lo hiciera, en cualquiera de los dos supuestos, quedaría fuera de los márgenes de su profesión. En cuanto a la aceptación de la legalidad, el abogado no se distingue del juez, ni de los fiscales. En este sentido, el ideal de la profesión de la abogacía exige que el abogado sea un seguidor de normas jurídicas.

Un tipo de esas normas jurídicas garantiza el derecho de defensa de los ciudadanos ante la intromisión que pretenden ilegítima del Estado, de otros conciudadanos, de empresas o de personas jurídicas. En estos supuestos, los ciudadanos tienen derecho a autodefenderse o bien a solicitar una defensa técnica que se incardine a través del abogado. Esto hace pensar que el abogado asume los intereses del cliente y pone sus conocimientos y habilidades a su disposición. El abogado se presentaría así como un partisano que apoya, patrocina y defiende los intereses de un tercero sin importar cuáles sean estos. Su parcialidad quedaría así justificada, a diferencia de la profesión de juez que exige imparcialidad[10]. La tarea del abogado sería verter en términos técnicos las preferencias, intereses, pretensiones o derechos de sus clientes[11].

Nada habría que reprochar, pues, si un abogado defiende un determinado punto de vista hoy y al día siguiente uno contrario o contradictorio. El abogado pone su ciencia, no su conciencia, al servicio del cliente. Y daría la impresión que las normas deontológicas de la abogacía, al menos en los países de nuestro entorno, receptan esta forma de presentar su actividad profesional.

Pero pensar que los abogados están vinculados exclusivamente a los intereses del cliente, aun en el ejercicio liberal de la profesión, es un error. Incluso en este contexto, los abogados asumen una serie de compromisos institucionales que deviene de su aceptación de la legalidad. Solo a efectos ejemplificativos y sin ningún ánimo de exhaustividad. Los abogados no deberían pleitear en todas las causas, tal como suelen hacerlo actualmente, sin tener al menos alguna pretensión con visos de plausibilidad, aunque así se lo pidiera su cliente. No deberían atentar contra la eficacia del proceso, tal como suelen hacerlo actualmente, interponiendo «chicanas» para dilatar el juicio, aunque de ese modo mejoraran la posición de su patrocinado. Y aún si se aceptara que el acusado, en un proceso penal, tiene el derecho constitucional a mentir, el abogado no debería enseñar a su defendido a mentir. La parcialidad del abogado que así constreñida por los límites impuestos por el derecho.

Alguien podría decir que estas acciones que he calificado deónticamente como prohibidas estarían permitidas o incluso serían obligatorias desde el punto de vista deontológico. Si la técnica enseña qué mecanismos son idóneos para alcanzar determinados fines y señala que pleitear indiscriminadamente, «chicanear» o mentir son medios adecuados para la defensa de sus patrocinados, no habría dudas acerca de la legitimidad de tales comportamientos. La moral profesional del abogado le eximiría no

---

[10] Esta idea de parcialidad del abogado frente a la exigencia de imparcialidad del juez es puesta de manifiesta repetidamente por L. HIERRO.

[11] En palabras de L. HIERRO, «Por lo que se refiere a los abogados es difícil sustraerse a la convicción dominante de que la relación del abogado con el cliente consiste, en cualquier orden de actividad, en optimizar los intereses del cliente dentro del marco de posibilidades legales». *Vid.* «¿Se puede pleitear? Platón, Garzón y la deontología de los abogados», *Doxa*, núm. 30, 125.

solo del cumplimiento de los mandatos de la moral crítica o esclarecida sino también de ciertos encorsetamientos procesales [12].

Esto supone que existe una moral profesional diferente y superior a la moral crítica y que al asumir una determinada profesión se está obligado a seguir las obligaciones profesionales y no las normas de la moral crítica. Las supuestas reglas técnicas involucradas oficiarían como razones operativas que activarían las normas profesionales. Lo «bueno técnico» superaría a lo «bueno moral» a través de las reglas deontológicas. No reproduciré aquí el debate sobre la naturaleza de las morales profesionales y sus relaciones con la moral crítica sobre las que existe una abundante bibliografía [13]. Asumiré dogmáticamente que los profesionales están constreñidos por la moral crítica y que su rol social no les excusa de su cumplimiento. Que sean responsables moralmente por lo que hacen y no únicamente en sentido técnico así parece mostrarlo.

El abogado como cualquier otro profesional es moralmente responsable por los casos que patrocina por una razón adicional. Admitido que escoge voluntariamente la defensa de determinados intereses mientras rechaza otros, y que su labor profesional, sobre todo en un proceso judicial, está vinculado con la posibilidad de apelar al uso de la violencia estatal para hacer valer los intereses patrocinados, debe dar cuenta de sus gestiones y no solo en sentido técnico. La afirmación de que el abogado no pone su conciencia, sino únicamente su ciencia, al servicio del cliente debería ser matizada en este punto.

Y por último, hay otra forma de rechazar la idea de que el vínculo fundamental del abogado en el ejercicio liberal de su profesión sea con la defensa irrestricta de los intereses de su cliente. Y es que no se puede asumir que la norma que le autoriza a representarlos legalmente siempre será superior a otras con las que pudiera colisionar. De ahí que también tenga límites jurídicos a su acción.

Como sostiene Liborio HIERRO, está permitido pleitear por otros, pero —yo agregaría— con muchos límites.

[12] Es verdad que un abogado con experiencia siempre puede presentar los casos que asume con ciertas dosis de plausibilidad, puede plantear incidentes procesales aprovechándose de los mecanismos legales a su disposición o puede asesorar a sus clientes o testigos acerca de las distintas consecuencias jurídicas que tiene para los implicados decir la verdad o asumir un relato no concordante con la realidad sin que parezca que su litigancia sea maliciosa, que colabora o provoca activamente dilaciones indebidas o que enseña a mentir. Pero estas apariencias no son suficientes para ocultar lo que realmente hacen.

[13] Liborio HIERRO se ha referido a estas cuestiones en diversos trabajos citados en esta sede.

LA NOCIÓN DE IMPERIO DE LA LEY EN FRANCISCO LAPORTA Y LIBORIO HIERRO

Gema Marcilla Córdoba
Universidad de Castilla-La Mancha

LAPORTA y HIERRO han realizado valiosísimas contribuciones a una noción tan central para la comprensión del Derecho como es la de *imperio de la ley*. Ello incluye el tratamiento sistemático de las manifestaciones de la crisis del Derecho legal y de las posibilidades y límites de una ciencia de la legislación. Coinciden ambos en una idea ilustrada, democrático-legalista y positivista del imperio de la ley, en confrontación con una visión constitucional-principialista y anti-positivista del concepto. Concisamente, a juicio de los autores, el Derecho autoriza al legislador a crear normas generales destinadas a ser lealmente aplicadas por los jueces, a fin de que el Derecho pueda garantizar principios y valores consensuados democráticamente; cuando menos, la igualdad formal y la certeza[1].

«Imperio de la ley» alude a un «deber ser», a un ideal regulativo sobre el ejercicio del poder. Contiene «un conjunto de exigencias éticas para el poder y para el Derecho»[2]. Es, pues, un concepto *normativo* que permite evaluar el orden jurídico vigente o una propuesta de organización jurídica[3]. Hay consenso, además, en que la legitimidad del poder político depende en primera instancia en su sumisión a una normatividad preconstituida, es decir, en «un gobierno de las leyes» por encima del «gobierno de los hombres».

Además de normativo, el concepto de imperio de la ley es de carácter *histórico*: la teoría del contrato social de los siglos XVII y XVIII introduce el aspecto definitorio de la *noci*ón moderna *de imperio de la ley*, la secularización del Derecho. Con ella, *la legitimidad del Estado y del Derecho se desvincula de toda fuente sobrenatural*, y se dota de un fundamento netamente humano: el consentimiento de los individuos. Sin embargo, son compatibles con el contractualismo moderno cuando menos tres versiones: HOBBES (1651) la identifica con el aseguramiento de la convivencia pacífica por el Leviathan a cambio de la renuncia incondicionada de los individuos a su libertad; LOCKE (1690), con un compromiso entre las instituciones y los individuos, que ceden solo limitadamente su libertad; y ROUSSEAU (1762), con la voluntad ge-

[1] La certeza es condición de la autonomía personal, LAPORTA, 2007: 17 y ss.

[2] *Ibid.,* 12.

[3] Para FERRAJOLI y PRIETO el «imperio de la ley» en el Estado constitucional posibilita reflexionar sobre las normas *válidas*, *vigentes* y *justas*. Es un enfoque no «legalista» pero «positivista» porque distingue entre los modelos político-jurídicos pre constituidos (validez) y las críticas y alternativas a dichos modelos (justicia). *Vid.* FERRAJOLI, 2011; PRIETO, 2013.

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.24

neral del pueblo. Bajo el imperio de la ley no hay enfrentamiento entre el poder del soberano y la libertad de los individuos. En la ley el pueblo entero expresa su consentimiento, de modo que, en esta noción democrática de imperio de la ley, la libertad individual se realiza a través de la libertad política. De las tres concepciones mencionadas, HIERRO y LAPORTA suscriben la *rousseaniana*, cuya racionalidad queda reforzada por las *cualidades formales* de la legislación: unicidad, claridad, sencillez, publicidad, y muy particularmente, generalidad y abstracción[4]. LAPORTA resalta que tras la noción de ley como norma general y abstracta se halla la exigencia kantiana de universalidad de la pauta moral: «La razón solo puede hablar con leyes generales en el sentido de que lo que se predica de algo tiene necesariamente que ser predicado de todo aquello que tenga las mismas propiedades que ese algo». Así, la generalidad sirve a la igualdad formal; es decir, a la imparcialidad y al fin de las diferencias. La abstracción, por su parte, es la generalidad en el tiempo; es decir, consiste en la «determinación, de una vez para siempre, de los efectos que el ordenamiento atribuye a un cierto tipo de acto o hecho», generando previsibilidad. La abstracción es contraria a las leyes poco estables y por supuesto a las retroactivas[5]. Por lo demás, la noción democrático-legalista de imperio de la ley no solo opera como ideal regulativo de la legislación, sino también como ideal regulativo de la jurisdicción, y condición de su legitimidad, fundamentada en su vinculación exclusiva a la ley. MONTESQUIEU (1748) o BECCARIA (1764) enfatizan la estrecha relación entre ambos polos del imperio de la ley.

La noción ilustrada del imperio de la ley tuvo una extraordinaria proyección práctica en el siglo XIX, con la diferencia de que en Norteamérica se prefirió la versión «lockeana», instaurándose el *judicial review*, mientras que en Europa prevaleció la «rousseaniana», con una jurisdicción encadenada a los preceptos de la ley para no incurrir en la restitución de antiguos privilegios. El primer positivismo jurídico refuerza el concepto democrático-legalista de imperio de la ley: el estatuto científico de la reflexión jurídica depende de poder delimitar netamente el *Derecho que es* (la ley, producto de la asamblea) y el *Derecho que debe ser* (principios constitucionales meramente programáticos).

La confianza ilustrada en la legislación da paso a su veneración decimonónica, y el mito se mantiene casi incólume pese a los constantes desmentidos de la realidad: la motorización legislativa característica de funciones estatales más complejas se traduce, de un lado, en el empeoramiento de la calidad formal de la legislación y, de otro lado, en el protagonismo del ejecutivo. La ley, destaca LAPORTA, se pierde «en una selva de normas jurídicas de una fuerza y un ámbito de validez equivalentes al de ella y que, sin embargo, no son producidas por ese órgano legislativo»[6]. Asimismo, el retroceso del Estado-nación «implica —afirma HIERRO— una nueva y distinta quiebra del imperio de la ley como expresión de la voluntad general porque las normas comunitarias (Reglamentos y Directivas) cuya vigencia se impone desplazando, en su ámbito de competencia, las leyes internas de cada Estado no son leyes que emanen de ningún poder soberano o representativo de un soberano, no son expresión de ninguna voluntad

[4] J. J. ROUSSEAU, 1762: 431-432.
[5] LAPORTA, 1999: 324.
[6] *Ibid.*

general»[7]. Y tan pernicioso como el deterioro de la calidad formal y el déficit democrático de las leyes lo es la ausencia de mecanismos institucionales que permitan —como resalta HIERRO— realizar análisis prospectivos y evaluativos de la *eficacia, efectividad* y *eficiencia de las leyes*[8].

La crisis de la ley desde el siglo XIX hasta nuestros días nada tiene que ver con el cáncer del imperio de la ley durante los totalitarismos del periodo de entreguerras: concentración de todos los poderes en el ejecutivo, desprecio al parlamento, judicialismo, habitualidad de los crímenes de estado y guerra con pretensiones imperialistas. El hecho es, sin embargo, que tras la Segunda Guerra Mundial se produce un giro a favor de una concepción constitucionalista del imperio de la ley. La concepción democrático-legalista fue culpabilizada —con escaso fundamento a juicio de HIERRO y LAPORTA[9]— de mixtificar la realidad; la ley se había presumido tan perfecta que ni se sospechaba que el poder pudiera usarla para cometer atrocidades[10]. Esta severa crítica al legalismo conduce al *constitucionalismo, como cultura jurídica contemporánea preeminente*: la garantía de los derechos de los individuos se realiza mejor a través de instituciones fundamentadas en la *noción lockeana de imperio de la ley*, con un sistema de *judicial review*[11].

HIERRO y LAPORTA coinciden en que *el constitucionalismo degrada a la ley*[12] y, en consecuencia, al reverso de la racionalidad legislativa, la racionalidad de la jurisdicción: «Si asumimos la indiscutible fuerza normativa de las constituciones; y si añadimos a ello la expansiva fuerza normativa de los principios, será obligado concluir que las leyes corren el riesgo de perder toda *perentoriedad* normativa, esto es, todo su imperio, para ceder paso al imperio del intérprete»[13]. Aunque el mayor problema, para LAPORTA, no es la discrecionalidad sino las contradicciones con la democracia de la propia filosofía del constitucionalismo; el plus de legitimidad democrática de la Constitución frente a la ley se argumenta con la *teoría de los dos momentos*: el constituyente, emparentado con la *original position*, y el legislativo, en el que los actores «se encenagan en sus estrechos intereses partidistas». Sin embargo, los padres constituyentes suelen ser los mismos representantes que legislan, sin velo de ignorancia, ni debate en situación ideal de diálogo. Desmitificado el momento constituyente —sostiene LAPORTA— cabría justificar la supremacía constitucional, bien afirmando que la Constitución es la norma democrática positiva superior del ordenamiento por-

---

[7] HIERRO, 1996: 34.

[8] HIERRO, 2001: 2003.

[9] «Hay partes enteras del Derecho nacionalsocialista que nunca llegaron a tener la categoría de Derecho válido [...] todas esas leyes que aplicaban un trato infrahumano o les negaban los derechos humanos a ciertos hombres», HIERRO, 2002: 283 y 288.

[10] La idea democrática de imperio de la ley sirve a KANT para justificar cualquier Derecho positivo, porque el contrato social no enuncia un *fundamento histórico* de la constitución civil, sino una *idea de razón práctica*: el deber de obedecer al poder legislativo existente, sea cual fuera en origen, KANT, 1797: 143 y 150.

[11] HIERRO, 2002: 283.

[12] LAPORTA, 2007: 219.

[13] HIERRO, 1996: 40. En todo caso, el autor coincide en la necesidad de aceptar cambios en el modo de identificación del Derecho en el Estado constitucional: «Nuestros sistemas jurídicos [...] han positivizado principios morales racionalmente fundados y de pretensión universal; [no] tengo ninguna duda de que ello tiene trascendencia en la identificación de lo que es Derecho válido y de que añade dimensiones éticas nuevas y más complejas en los procesos jurídicos de toma de decisiones», HIERRO, 2002: 298.

que ella misma así lo establece; bien diciendo que la Constitución es la norma suprema porque contiene valores y principios de justicia, de modo que los principios constitucionales «valen» no por ser jurídicos, sino por ser morales. Las derivadas son difíciles de asumir desde una perspectiva ilustrada: la primera afirmación supone sostener acríticamente la mayor legitimidad de la Constitución. La segunda, tendría dos consecuencias: «En primer lugar, que el origen democrático de la norma nos trae, en realidad, sin cuidado, y, en segundo lugar, que hemos abandonado la Constitución y navegamos ya en el mar abierto de la argumentación moral»[14], produciéndose una «sobreconstitucionalización»: «Una enorme cantidad de problemas que hasta ahora se planteaban y resolvían en el nivel de la legalidad, se proyectan ahora hacia la Constitución y apelan a ella [...] la ley está en permanente interinidad y en una posición subalterna, porque es interpretada y contemplada no por sí misma sino como una suerte de sospechosa permanente que hay que vigilar a la luz de la Constitución»[15]. En este sentido, es interesante reflexionar sobre el alcance y límites de las técnicas legislativas: la recuperación de una idea democrático-legalista del imperio de la ley requiere técnicas que reporten tanta claridad como sea posible para dificultar la elusión de la ley por los jueces en nombre de principios constitucionales. En otros términos, a mayor racionalidad de la ley en todas las fases (prelegislativa, legislativa y poslegislativa) más evidentes serán los supuestos de activismo judicial parapetados en una retórica tan grandilocuente como falaz.

Sin embargo, la calidad de las leyes no es la solución al problema de la discrecionalidad judicial, porque el paradigma de Estado Constitucional ha modificado el significado del imperio de la ley[16]. El concepto de imperio de la ley del constitucionalismo, pese al criterio general de LAPORTA y HIERRO, no es contradictorio con el ideal democrático-legalista de imperio de la ley. El legislador impone su visión política dentro de unos límites y el juez, una vez comprobado el respeto de la Constitución, se rige por la ley. El constitucionalismo no es incompatible con la regla de las mayorías; solo introduce el sistema de *checks and balances* entre los responsables de legislar y aplicar el Derecho. El propio LAPORTA no aboga por «prescindir pura y simplemente de la idea de Constitución». De lo que se trata tal vez es de reformular el ámbito propio (de ley y constitución) postulando una nueva «pleamar» de la ley, así como la correspondiente «bajamar» de la Constitución[17]. El constitucionalismo no postula que la jurisdicción degrade arbitrariamente a la ley, haciendo de la necesidad (ponderar en los casos difíciles) virtud (prescindir de las razones legales). Por lo demás, la tensión entre una noción democrático-legalista y una constitucionalista-principialista del imperio de la ley no es quizás tanto una cuestión relativa a la vigencia del Estado constitucional (aunque sí propiciada por este), sino relativa a la concepción del Derecho. Desde posiciones legalistas lo crucial para mantener los valores asociados al imperio de la ley (igualdad formal, seguridad jurídica, autonomía) es disponer de criterios para discriminar entre razones jurídicas y razones extrajurídicas[18]. Desde posiciones principialistas, los

[14] LAPORTA, 1999: 328-329.
[15] *Ibid.,* 322.
[16] PRIETO, 1998: 44.
[17] LAPORTA, 2001: 460 y 478 y ss.; LAPORTA, 2007.
[18] La importancia de mantenerse en el positivismo metodológico «reside, parafraseando a Kant, en limitar la Ciencia del Derecho, para reservar un sitio a la moral», HIERRO, 2002: 298.

mismos ideales asociados al imperio de la ley descansan en la prioridad, que no en la exclusividad, de las razones jurídicas, en una argumentación que respete una serie de requisitos de racionalidad.

En conclusión, en muchos de sus trabajos LAPORTA y HIERRO han resaltado el modelo ilustrado-rousseaniano de ley como un invento formidable con capacidad para realizar el postulado principal de la cultura jurídica moderna; es decir, la idea de imperio de la ley o de Estado de Derecho en sentido estricto a la que se refería Elías DÍAZ: democracia, separación de poderes y derechos individuales. En efecto, el imperio de la ley significa que *el poder político carece de otro fundamento que el consentimiento de individuos libres e iguales, que estiman que merece la pena consensuar por mayoría algunos límites a la libertad en aras de una convivencia pacífica*. En un escenario de separación de poderes, la ley, expresión de la voluntad del pueblo y dotada de una serie de características racionales como la generalidad y abstracción, es idónea para desempeñar ese significativo papel. De un lado, embrida a la maquinaria del poder ejecutivo, que debe poner en marcha el contenido legal y en ningún caso contravenirlo; asimismo, somete al poder judicial restringiendo su función a la solución de los casos particulares tomando a la ley general como única premisa mayor del razonamiento aplicativo. Reforzar la calidad de los procedimientos democráticos y la calidad formal e instrumental de las leyes es sin duda un reto para lograr una sociedad donde se cumplan efectivamente los valores anexos al imperio de la ley. Sin embargo, en sus últimos ensayos, los autores encuentran poco realista seguir confiando en la ley en sociedades globalizadas[19]. Más aún, ¿sugieren sus palabras que el propio ideal de imperio de la ley, ya sea en su versión legalista o constitucionalista, estando tan vinculado a concepto de Estado-nación, está próximo a caducar?[20].

BIBLIOGRAFÍA CITADA

FERRAJOLI, L., 2011: «Principia Iuris», *Teoría del Derecho y de la Democracia*, 3 vols., Madrid: Trotta.

HIERRO, L., 1996: «El imperio de la ley y la crisis de la ley», en *Estado de Derecho. Problemas actuales* (1998), 2.ª ed., 2001, México: Fontamara.

— 2001: *Justicia, igualdad y eficiencia*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

— 2002: «¿Por qué ser positivista?», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 25, 263-300.

— 2003: *La eficacia de las normas jurídicas*, Barcelona: Ariel.

— 2014: «Justicia global y justicia legal: ¿tenemos derecho a un mundo justo», en A. RUIZ MIGUEL (ed.), *Entre Estado y Cosmópolis. Derecho y justicia en un mundo global*, Madrid: Trotta.

KANT, I., 1797: *La metafísica de las costumbres*, A. CORTINA y J. CONILL (eds.), 1989, Madrid: Tecnos.

[19] LAPORTA, 2014: 41-79; HIERRO, 2014: 83-120.

[20] «Suavizar los conceptos, disminuir su fuerza, atemperar sus aristas, no evita, sino que por el contrario exacerba los grandes problemas que anidan en el Derecho, que son, aunque se sea tan poco consciente de ello, problemas filosóficos», LAPORTA, 2014: 79.

LAPORTA, F., 1999: «Materiales para una reflexión sobre la racionalidad y crisis de la ley», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 22, 321-330.

— 2001: «El ámbito de la Constitución», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 24, 459-484.

— 2007: *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid: Trotta.

— 2014: «Gobernanza y *soft law:* nuevos perfiles jurídicos de la sociedad internacional», en A. RUIZ MIGUEL (ed.), *Entre Estado y Cosmópolis. Derecho y justicia en un mundo global*, Madrid: Trotta.

PRIETO, L., 1998: «Del mito a la decadencia de la ley. La ley en el Estado constitucional», en *Ley, principios, derechos*, Madrid: Dykinson.

— 2013: *El constitucionalismo de los derechos,* Madrid: Trotta.

ROUSSEAU, J. J., 1762: «El contrato social», Libro II, Cap. IV, en *Escritos de combate*, trad. y notas de S. MASÓ, Introducción de G. BENREKASSA, Madrid: Alfaguara.

LA APARENTE MODESTIA DEL IMPERIO DE LA LEY

Mariano C. Melero de la Torre
Universidad Autónoma de Madrid

En su artículo «Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz», Francisco LAPORTA señala la «aparente modestia» con que aparece el ideal del imperio de la ley en la concepción del Estado de Derecho de Elías DÍAZ (LAPORTA, 1994: 133, 145). Dicho ideal exige el sometimiento y control del poder por medio del derecho, de modo que gobiernen las leyes por encima del capricho de los hombres. La aparente modestia de este ideal proviene de su condición de primario o básico. Según DÍAZ, no basta con la realización del imperio de la ley, puesto que «también las dictaduras modernas y los regímenes totalitarios, con doctos dóciles juristas a su servicio, podrían alegar el imperio (¡indiscutible imperio!) de la ley» (DÍAZ, 2002: 84). De ahí que se trate (aparentemente) de un ideal menesteroso, indigente, podríamos decir, en el sentido de que necesita ponerse al servicio de los otros ideales ético-políticos que conforman el Estado de Derecho. Para DÍAZ, el imperio de la ley debe ser el imperio de la ley democrática, «expresión de la voluntad popular», creada desde la libre participación de la ciudadanía en condiciones de igualdad. «Si la ley, el ordenamiento jurídico, no posee ese origen democrático, podrá haber después imperio de la ley (de esa ley no democrática), pero nunca Estado de Derecho» (*ibid.*).

La posición de DÍAZ coincide aquí con la de Herbert HART en su conocida polémica con Lon FULLER (HART, 1958): los requerimientos formales propios del imperio de la ley son compatibles con un sistema de iniquidad y opresión; es más, el cumplimiento de tales requerimientos en un Estado racista como el del *apartheid*, o tiránico como el franquista, no hacen sino empeorar las cosas, dando estabilidad y determinación a regímenes injustos. Detrás de esta posición está la conocida «tesis de la separación», según la cual el imperio a través del Derecho (legalidad) no implica necesariamente un Estado moralmente valioso, puesto que esto último depende enteramente del contenido de las normas jurídicas, de su adecuación a una concepción de la justicia bien fundada. La legalidad, según la concepción positivista de HART, es un conjunto de reglas primarias y secundarias cuya validez reposa en la práctica social de la «regla de reconocimiento». El valor moral de dicho orden depende en exclusiva del contenido de las normas jurídicas, es decir, de su adecuación a una moralidad crítica independiente de todo Derecho positivo.

Pues bien, en el mencionado artículo, LAPORTA presenta su propia reflexión a partir del punto en que (aparentemente) se separa de la teoría de DÍAZ: «Yo, por el con-

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.25
DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, edición especial (2017) ISSN: 0214-8676 pp. 165-170

trario, prefiero aislar [el imperio de la ley] asumiendo que puede tener *vida propia* al margen de los otros [ideales del Estado de Derecho] y reflexionar únicamente sobre él» (LAPORTA, 1994: 138, la cursiva es añadida). Estas reflexiones contienen ya el argumento básico que años más tarde desarrollaría el autor en un cuidadísimo volumen monográfico sobre este ideal ético-político (LAPORTA, 2007). Según dicho argumento, el imperio de la ley constituye un ideal independiente, cuya fundamentación descansa en el mismo valor sustantivo sobre el que se levantan los demás ideales del universo ético del Estado de Derecho: la idea de persona como agente autónomo responsable. Los requerimientos del imperio de la ley son parte imprescindible de las condiciones que hacen posible la realización efectiva de la agencia humana, puesto que, en la concepción de LAPORTA, dichos requerimientos exigen que al menos el núcleo central y más importante del ordenamiento jurídico esté compuesto por un sistema de reglas. «Reglas de conducta y reglas de competencia. No principios, ni estándares, ni valores, ni directivas de otro tipo, sino reglas [...] porque son las reglas y su vigencia en una sociedad las que logran establecer un contexto en el que la autonomía de las personas se hace posible» (*ibid.*, 84).

La posición de LAPORTA se podría definir, por tanto, como un tipo de positivismo «ético» o «normativo», una «ética del legalismo» (*ibid.*, 151): una reivindicación de la primacía de las leyes como vehículo de reglas jurídicas con el fin de recuperar los valores de seguridad jurídica y predecibilidad en un mundo con cada vez más principios y menos reglas. En este sentido, sería una posición similar a la teoría del derecho de Jeremy WALDRON (WALDRON, 2001). Evidentemente, desde este enfoque, habría que matizar mucho la idea de que el derecho puede ser el vehículo de cualquier contenido, por injusto que este sea. De entrada, podría decirse que para un positivismo ético consecuente la tesis de la separación carece de sentido. Cuando el poder se ejerce como una instancia de la producción o aplicación de normas jurídicas de acuerdo con los requisitos formales, estructurales y procesales del imperio de la ley, dicho ejercicio cobra dignidad y valor moral. Incluso un orden jurídico injusto y tiránico, en la medida que satisface los requerimientos del imperio de la ley, adquiere una autoridad o una fuerza que no depende de la coerción y la amenaza del uso de la violencia. Desde este enfoque, el imperio de la ley es «un punto de partida irrenunciable» (LAPORTA, 1994: 145), «un ingrediente de la idea de Justicia [...] uno de los ideales ético-políticos que nos dicen cómo "debe ser" el derecho positivo» (2007: 84).

Sin embargo, LAPORTA distingue el ideal del imperio de la ley de la «mera» legalidad. «La legalidad puede, sí, producir quizá una cierta "seguridad" —a veces solo una "seguridad del peligro y la inseguridad" como señaló el propio Elías DÍAZ—, pero la legalidad como tal tanto puede incorporar como traicionar las exigencias del imperio de la ley, porque este no aparece con la mera existencia de normas jurídicas, sino con la vigencia de unas normas que incorporen algunos rasgos muy particulares» (LAPORTA, 1994: 134). Pero, cabría preguntarse, ¿qué tipo de seguridad es la que proviene «del peligro y la inseguridad»?, ¿hasta qué punto cabe considerar seriamente un orden semejante como un orden jurídico?

La distinción que hace LAPORTA entre el «ser» y el «deber ser» del derecho presupone que la existencia del derecho (su validez) no depende de consideraciones morales, sino únicamente de hechos sociales. No estaríamos, por tanto, ante la tesis de

la separación entre el derecho y la moral, sino ante la tesis de «las fuentes sociales del derecho». John GARDNER, en este sentido, ha llegado a afirmar que la tesis de la separación es un «absurdo» que HART solo afirmó para dar mayor énfasis a su verdadero mensaje; en realidad, según este autor, la tesis fundamental del positivismo jurídico, en la que convergerían no solo HART, sino también BENTHAM y AUSTIN, se limitaría a afirmar que la validez de las normas jurídicas «depende de su origen, no de su mérito» (GARDNER, 2001: 201). Desde este enfoque, la legalidad, el orden jurídico en sí mismo, tiene un valor meramente instrumental, el de servir de vehículo de unas reglas con un contenido determinado. Según este enfoque, podemos considerar derecho cualquier sistema centralizado de órdenes que use prescripciones y prohibiciones, siempre que una élite de los participantes de dicho orden (fundamentalmente los jueces) pueda distinguir tales prescripciones y prohibiciones de otras normas que operen en la sociedad. La legalidad o el gobierno por medio de la ley (*rule by law*) puede no satisfacer los requerimientos del imperio de la ley (*rule of law*), sin que ello implique necesariamente negar a dicha legalidad su naturaleza jurídica. Según este positivismo jurídico «casual» (WALDRON, 2008: 14-15), los requisitos del imperio de la ley son contingentes, de modo que no nos permiten discriminar cuándo estamos ante un sistema jurídico y cuándo no. En este sentido, la modestia del imperio de la ley no solo sería aparente, sino también real.

Sin embargo, el positivismo «casual» no debería considerarse una descripción objetiva del ser del derecho. Presupone que podemos identificar el derecho únicamente mediante hechos sociales, pero esto es justamente lo que se discute en las controversias filosóficas sobre la naturaleza del derecho: ¿la validez jurídica depende únicamente de hechos sociales, o también de hechos morales? Los autores que defienden la tesis contraria a la de LAPORTA en cuanto a la identificación del derecho podrían replicar que una elaboración del ideal del imperio de la ley centrada en las propiedades que han de tener las normas como reglas jurídicas incurre en una petición de principio.

A mi juicio, cabría apreciar una conexión mucho más sustantiva entre la idea del derecho y la idea del imperio de la ley de la que LAPORTA desea reconocer. En la senda de FULLER, creo que el ideal normativo del imperio de la ley proviene de nuestro entendimiento de qué es el derecho y de cómo funciona. El ideal de fidelidad al derecho que deseemos defender dependerá en buena medida de nuestra concepción del derecho válido o, mejor, de nuestro conocimiento de cómo opera un sistema jurídico.

Lo que quiero decir puede apreciarse mejor si nos fijamos en el «ser» del derecho no como «orden estático de normas», sino como «orden dinámico de actos de aplicación de normas» a través de los tribunales y la argumentación jurídica. En la teoría de LAPORTA, el ideal regulativo del imperio de la ley conduce a una concepción formalista de los procesos de interpretación y aplicación del derecho, «puesto que la idea de que sean las reglas las que gobiernen la decisión tiene que suponer una teoría del significado del lenguaje jurídico que mantenga un razonable grado de objetividad y ello le acerca al literalismo» (2007: 191). Dicho literalismo «no es una descripción de cómo son los procedimientos de aplicación del derecho, sino una propuesta de cómo deben ser para ser coherentes con las exigencias del imperio de la ley» (*ibid.*). Ahora bien, esta determinación normativa de la aplicación del derecho presupone que

la existencia y el contenido de las normas jurídicas puede determinarse objetivamente mediante hechos sociales. En la concepción de LAPORTA, el concepto y el imperio de la ley van de la mano. De hecho, ambos se complementan y presuponen: dado que la existencia y el contenido de las normas jurídicas dependen únicamente de hechos sociales, el significado de los enunciados jurídicos puede identificarse con independencia de las posibles interpretaciones potencialmente concurrentes. Esta posición se podría denominar «positivismo jurídico del significado establecido», haciendo uso de los términos de Gerald POSTEMA en referencia a la teoría de HART (POSTEMA, 2010: 267). El significado objetivo de las palabras en que se enuncian las normas jurídicas depende «de la existencia empírica en una comunidad de un conjunto muy complejo de reglas y convenciones» (LAPORTA, 2007: 180), las cuales nos permiten comprender el significado de las oraciones sin recurrir a la evaluación moral subjetiva de dicho significado. El contenido de las normas jurídicas está (y debe estar) dentro de las cuatro esquinas del «texto» en que se enuncian, y puede (y debe) identificarse al margen de las interpretaciones potenciales en conflicto (*ibid.,* 174-182).

En el ideal del imperio de la ley de LAPORTA, los requisitos de la dimensión aplicativa del derecho solo adquieren relevancia en cuanto al resultado que se espera obtener de ellos. En palabras de Elías DÍAZ, la organización judicial (facultada no solo para resolver desacuerdos entre particulares, sino también para supervisar la legislación emanada del órgano parlamentario y la acción del poder ejecutivo y la Administración) tiene como principal función «restaurar el orden violado y reajustar la situación rota» por actos o disposiciones ilegales (DÍAZ, 1971: 45, citado en LAPORTA, 1994: 143). Precisamente porque su única función reside en el resultado, LAPORTA deja sin desarrollar los «principios de Justicia Natural», es decir, los principios que rigen el procedimiento específico por el que se logra dicho resultado y que hacen referencia a la «dimensión argumentativa» del derecho. Para él, las dos dimensiones del imperio de la ley (la dimensión formal o estructural y la dimensión argumentativa) se deben poner a contribución de la predecibilidad y la seguridad jurídica. En su elaboración monográfica, la argumentación y la interpretación jurídicas aparecen como remedios frente a las «lagunas» del derecho, es decir, como algo que solo se necesita en aquellos casos problemáticos en que se pone en riesgo el imperio de las reglas jurídicas como ideal regulativo. En la mayoría de los casos, por tanto, debemos suponer que será suficiente la identificación autoritativa de normas jurídicas mediante el uso de una regla de reconocimiento.

A mi juicio, sin embargo, la dimensión argumentativa de la aplicación del derecho exige una concepción filosófica del derecho distinta a la que presupone el ideal del sistema de reglas jurídicas de significado establecido. Desde esta concepción alternativa, la legalidad «en sí misma» supone un tipo de orden social que protege mejor que otros (como, por ejemplo, el gobierno gerencial o el gobierno por decreto) contra los abusos del poder político. Se trata, por tanto, de una concepción del derecho más rica y discriminante, que no se identifica simplemente con cualquier orden social en el que se gobierne «por medio del» derecho (*rule by law*). Diversos autores han denominado dicho orden con diferentes nombres: una «cultura de la argumentación» (WALDRON, 2008: 56) o un «*ethos* de la rendición de cuentas» («*an ethos of accountability*», POSTEMA, 2010: 1857). Como es evidente, esta concepción del derecho es plenamente valora-

tiva y no pretende reflejar de modo objetivo ninguna realidad empírica ya existente. El derecho, según esta concepción, define un modo específico de gobierno que es valioso tener y que es importante distinguir de otras formas de ordenación social. Los autores que, como Ronald DWORKIN, han puesto el énfasis en la dimensión argumentativa del derecho, parten de la tradición hermenéutica que considera la «interpretación» como la gran herramienta para conocer el sentido de las prácticas sociales. «Proyectada sobre el derecho», afirma el propio LAPORTA, «esa tradición trata de poner en pie más bien una auténtica teoría o concepción alternativa del derecho que un acercamiento al problema de la interpretación de las fuentes» (2007: 172). Para esta concepción alternativa del derecho, los desacuerdos en la determinación del derecho no son una patología ocasional de los sistemas jurídicos, sino un aspecto característico de la práctica jurídica.

LAPORTA fundamenta la dimensión argumentativa del imperio de ley en su contribución a la seguridad jurídica y, como consecuencia, a la autonomía personal, pero no ve en el «proceso debido» una de las condiciones indispensables para la efectiva realización de la agencia humana. Ahora bien, si el imperio de la ley es deseable porque bajo él se dan las condiciones en las que puede ejercerse la autonomía personal, es claro que entre tales condiciones no puede faltar la oportunidad de participar en la administración de la cosa pública a través del procedimiento judicial. Según la descripción que da el propio LAPORTA, el «proceso debido» exige que las partes de estos procedimientos dispongan «en condiciones equitativas, de medios de prueba y de posibilidades de presentar argumentos en la medida más amplia posible» (1994: 143). El problema es que esta dimensión argumentativa del imperio de la ley convive en tensión con las aspiraciones de determinación y certeza que se sustentan en la dimensión formal y estructural de dicho ideal. Pero no por ello deberíamos dejar de ver que las exigencias del «proceso debido» (es decir, del ideal que rige cómo deben ser los recursos y procedimientos de administración de justicia) nos ofrecen una idea fundamental acerca de qué es y cómo opera un sistema jurídico. En términos de WALDRON, en la dimensión argumentativa del imperio de la ley encontramos «que el derecho es una forma de gobierno que trata con respeto a las personas, como si estas tuvieran una visión propia que defender en la aplicación de una norma dada a su conducta o situación» (2008: 23). Los tribunales, el procedimiento judicial y la argumentación jurídica no son opciones ocasionales o contingentes de un sistema jurídico, sino una parte integral de cómo este opera y un aspecto indispensable de cómo el derecho respeta y promueve la agencia humana. De ahí que su investigación filosófica nos permita conocer también el deber ser del derecho, es decir, el ideal del imperio de la ley.

BIBLIOGRAFÍA

DÍAZ, E., 1971: *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid: Taurus.

— 2002: «Estado de Derecho y legitimidad democrática», en E. DÍAZ y J. L. COLOMER (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Madrid: Alianza.

GARDNER, J., 2001: «Legal Positivism: 5 1/2 Myths», *American Journal of Jurisprudence*, 46.

HART, H., 1958: «Positivism and the Separation of Law and Morals», *Harvard Law Review*, 71.

LAPORTA, F., 1994: «Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz», *Doxa*, 15-16.

— 2007: *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid: Trotta.

POSTEMA, G., 2010: «Positivism and the Separation of Realists from their Scepticism», en P. CANE (ed.), *The Hart-Fuller Debate in Twenty-First Century*, Oxford: Hart Publishing.

WALDRON, J., 2001: «Normative (or Ethical) Positivism», en J. COLEMAN (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to «The Concept of Law»*, Oxford: Oxford University Press.

— 2008: «The Concept and the Rule of Law», *Georgia Law Review*, 43/1.

NEOCONSTITUCIONALISMO Y CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO FRENTE AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Agustín Menéndez
Universidad de León

INTRODUCCIÓN

Es bien sabido que «neoconstitucionalistas» y «constitucionalistas democráticos» han debatido con notable intensidad acerca de cuál sea la concepción del derecho (y de constitución) con la que hayamos de afrontar la tarea de reconstruir, interpretar y aplicar las normas jurídicas. Este breve artículo se orienta a contribuir a ese debate mediante la «proyección» del mismo al derecho de la Unión Europea. Lo que sigue es en buena medida una defensa de la posición «legalista», caracterizada aquí como «constitucionalismo democrático» e identificada en gran medida con *El Imperio de la Ley* de Francisco LAPORTA[1]. Tal defensa deriva de la constatación de que la reconstrucción e interpretación del derecho de la Unión Europea actualmente vigente pone de relieve graves problemas estructurales del neoconstitucionalismo, menos visibles (al menos por el momento) cuando se aplica al derecho constitucional nacional. En particular, sostengo que la transformación reciente de la Unión Europea encaja de forma considerable en el paradigma neoconstitucionalista, al tiempo que conduce al desapoderamiento de las instituciones representativas y al divorcio entre voluntad democrática y contenido sustantivo del derecho. El «caso europeo» pone de relieve los graves riesgos estructurales asociados al neoconstitucionalismo, demostrando la estrecha relación entre concepción del derecho, concepción de la constitución, estructura institucional y grado de apertura normativa del ordenamiento.

1. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

1.1. La ambivalencia fundacional

Como es bien sabido, las Comunidades Europeas fueron establecidas sucesivamente en 1951 y 1957. Tanto las Comunidades en tanto que organización como el derecho comunitario en tanto que ordenamiento jurídico se caracterizaron por una

[1] Madrid, Trotta, 2007.

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.26
DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, edición especial (2017) ISSN: 0214-8676 pp. 171-177

profunda ambivalencia. Por una parte, las Comunidades nacieron con una identidad formal *internacional*: como organizaciones internacionales no solo regionales sino también *sectoriales* (solo a partir del Tratado de Fusión de 1965 la estructura institucional se unificó, dándose un primer paso formal hacia la constitución de una organización con fines y propósitos universales). Las normas jurídicas constitutivas de las Comunidades fueron consecuentemente tratados internacionales. A un mismo tiempo, sin embargo, las Comunidades Europeas se fijaban metas que trascendían netamente las características de las organizaciones internacionales al uso, lo que se reflejaba en la asignación de competencias a las instituciones de la Unión y la fijación de contenidos del derecho de la Unión que afectaban a cuestiones centrales en la configuración política y socio-económica de los Estados europeos.

Esta ambivalencia ha marcado la evolución posterior del derecho de la Unión Europea. No solo en la medida en la que dejó abierta la identidad del derecho comunitario, sino en tanto en cuanto dejó absolutamente abierto el proceso de determinación de tal identidad. En ese largo proceso de *transformación* del derecho de la Unión, a los efectos de la cuestión objeto de análisis en este artículo, cabe distinguir tres periodos.

1.2. Atisbos de un estado constitucional democrático supranacional

En una primera fase, la estructura institucional, el proceso de toma de decisiones y las políticas de las Comunidades Europeas se definieron en gran medida asumiendo que las Comunidades constituyen una organización estatal *en construcción*. Las instituciones europeas, y en cierta medida, aún con reservas constantes y divergencias ocasionales, las institucionales nacionales defendieron el carácter constitucional del derecho comunitario. En esa transformación desempeñó un papel central el poder normativo que compartían Comisión y Consejo de Ministros. Las reglas contenidas en los Tratados fueron objeto de desarrollo concreto y preciso en regulaciones y directivas. En esta fase, y en buena medida en contra de la narrativa al uso, el papel de los jueces fue limitado. Es cierto que los principios estructurales básicos en los que se sustentará posteriormente la caracterización del derecho comunitario como ordenamiento constitucional (el efecto directo y la primacía) fueron afirmados claramente por el Tribunal de Justicia en la primera mitad de los años sesenta. Sin embargo, las consecuencias sustantivas de los mismos fueron extremadamente limitadas hasta finales de los años setenta. Fue el legislador comunitario quien tomó las decisiones fundamentales que condujeron al pleno funcionamiento del mercado común en julio de 1968, al reconocimiento de los periodos de cotización a la seguridad social en todos los países de las Comunidades Europeas, a la armonización del Impuesto sobre el Valor Añadido o la elección por sufragio universal del Parlamento Europeo, entre otras.

El *pliegue* que tomó el derecho comunitario en esta primera fase explica la proclividad a caracterizar a las Comunidades Europeas y a su derecho como heraldos de la transformación de las relaciones internacionales y transnacionales en una dirección afín al constitucionalismo democrático. La *tendencia* del derecho comunitario hacía augurar su *transformación* en un ordenamiento supra-estatal modelado a imagen y se-

mejanza del Estado constitucional democrático[2]. El proceso distaba de ser completo o de preveerse sencillo. Pues si bien cabía hablar de una organización del poder que en términos puramente descriptivos podía caracterizarse como una constitución material, la legitimidad democrática de la Unión era *derivada* de la nacional, y por ello, una reconstrucción constitucional del derecho de la Unión no podía sino concluir que el derecho constitucional profundo de las Comunidades estaba formado por el colectivo de constitucionales nacionales, en tanto que dotadas de la legitimidad democrática *fuerte* propia de las constituciones en sentido normativo[3].

1.3. La transformación neoliberal y el giro neoconstitucionalista del derecho europeo

Sin embargo, la crisis monetaria de 1971 y las dos crisis económicas de 1973 y 1979 surtieron un profundo efecto desestabilizador. Los países miembros de las Comunidades Europeas habían avanzado considerablemente en el proceso de integración económica, pero carecían de una estructura institucional y de medios sustantivos con los que articular políticas que permitieran articular una respuesta colectiva al impacto marcadamente asimétrico de las citadas crisis. Al mismo tiempo, el grado de *consenso sustantivo* en torno a la estructura socio-económica comenzó a resquebrajarse. Paradigmático en tal sentido fue el *giro radical* en la política social y económica del Reino Unido, que se convirtió tras 1976, y de forma muy neta a partir de 1979, en ariete de lo que ha dado en denominarse neoliberalismo.

En este contexto, Comisión y Tribunal de Justicia impulsaron la recaracterización del modelo socio-económico al que se orientaba la integración europea. Mientras el ideal del *mercado común* característico del primer periodo se sustentaba en la *simetría* de integración política e integración económica, el nuevo ideal de *mercado único* asume que la integración económica precede a la integración política (actuando de "motor" del proceso de integración política). Esta transformación dio pie a dos decisiones fundamentales.

La primera consistió en la afirmación de las libertades económicas y del principio de competencia no distorsionada como *principios* fundamentales y fundacionales del derecho constitucional europeo, como *nuevo* meta-canon de constitucionalidad supranacional. Ello condujo a medio plazo a quebrar la concepción de los derechos fundamentales propia del constitucionalismo de posguerra (en particular, la indivisibilidad de los derechos fundamentales) al reafirmarse el carácter quasi-iusnatural del derecho a la propiedad privada y a la libertad de empresa, ahora «operacionalizados» a través de las cuatro libertades económicas, y muy especialmente, el derecho a la libre circulación de capitales.

La segunda fue la creación de una unión europea y económica sustentada en la doble premisa de la neutralidad de la moneda (en su carácter *apolítico*) y en la posibilidad de «divorciar» institucional, procesal y sustantivamente política monetaria y política

---

[2] LAPORTA, n. 2.

[3] L. HIERRO, *Estado de Derecho: Problemas Actuales,* México, Fontamara, 1998, 31-32.

fiscal. La fuerza constitucional del derecho no solo a la libre circulación de capitales, sino a la tenencia y acumulación de capitales se vieron reforzados no solo por la extensión de la libre circulación de capitales a países terceros, sino también por la sujeción de la imposición de la renuncia de los estados al control sobre los términos en los que los mismos se endeudan.

Es importante indicar que al mismo tiempo que la estructura y el contenido sustantivo del derecho de la Unión se alteraban sustancialmente, alejándose del modelo normativo del constitucionalismo democrático, las instituciones de la Unión Europea, con el Tribunal de Justicia y la Comisión a su cabeza, reivindicaban la fuerza y dignidad constitucionales del derecho de la Unión, y en particular, de los Tratados constitutivos (en concreto, de *algunas* partes de los mismos).

1.4. ¿El fin de la ambivalencia?

La mutación de la Unión Europea y de su derecho se ha radicalizado desde 2007. La necesidad «funcional» de un «gobierno» europeo de las sucesivas crisis que han golpeado a la Unión desde esa fecha explica en buena medida esta aceleración del proceso de transformación constitucional de la Unión.

En primer lugar, la Unión Europea se ha convertido definitivamente en un Estado, si bien en un Estado peculiar (y desde una perspectiva democrática, cuando menos deforme). No solo se han centralizado competencias claves en materia de política fiscal y macroeconómica, sino que se ha creado una guardia europea de fronteras (lo que implica la asignación a la Unión de poderes tangibles sobre el territorio y las personas). Tal centralización ha conducido al reforzamiento del poder bien de instituciones de limitada o nula representatividad democrática (Banco Central Europeo, Comisario de Asuntos Económicos y Sociales) bien de instituciones formalmente representativas pero que operan de forma escasamente transparente y sujetas a un fuerte desequilibrio interno (el Eurogrupo o la llamada Cumbre del Euro)[4].

En segundo lugar, se han producido cambios sustantivos. En particular, los que fueran tres *medios* con los que lograr los fines de la acción estatal en materia de política fiscal y macroeconómica (estabilidad financiera, integridad de la deuda pública, crecimiento económico) han sido recaracterizados como *fines* de la acción estatal y convertidos en meta-principios del derecho constitucional europeo, ahora redefinidos como liquidez financiera constante, equilibrio presupuestario y competitividad[5]. De este modo se ha hecho muy patente que el derecho de la Unión Europea no se corresponde al propio de un Estado Social sino al de lo que podríamos denominar un Estado Amortizador.

En tercer lugar, el gobierno de la crisis ha conducido a aumentar la *densidad normativa* de las reglas fiscales, al tiempo que el número de las mismas aumentaba. La

[4] A. J. Menéndez, «A European Union in Constitutional Mutation?», *European Law Journal*, 2014, 20, 127-141.

[5] A. J. Menéndez, «The Crisis of Law and the European Crises», *Journal of Law and Society*, 2017, en prensa.

disciplina y el control supranacionales se extienden desde la política fiscal al equilibrio macroeconómico (nacional) mediante la determinación de una serie de indicadores macroeconómicos. Es quizás pertinente añadir que se prevé introducir *reglas jurídicamente vinculantes* en lo que se refiere a las políticas sociales nacionales[6]. De este modo, el gobierno de la crisis parece haber conducido a la juridificación de ámbitos de toma de decisiones en los que predominaban la gobernanza como modo de configuración de la estructura institucional y el proceso de toma de decisiones y normas de acción comunes de limitada o dudosa juridicidad (*soft law*).

2. NEOCONSTITUCIONALISMO Y CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO A LA LUZ DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

La mutación sustantiva y estructural del Derecho de la Unión Europea sustenta una crítica estructural del neoconstitucionalismo.

En primer lugar, el «caso europeo» pone de relieve los límites estructurales del *neoconstitucionalismo*. La proporcionalidad es una mera gramática de la decisión, no una *alternativa* a la decisión. El contenido final de la decisión depende de las asunciones (fácticas y normativas) con las que se «cargue» al principio de proporcionalidad. Resultados bien distintos se derivan partiendo de la indivisibilidad de los derechos fundamentales (como han hecho tradicionalmente los tribunales constitucionales nacionales) o de la superioridad normativa del derecho a la propiedad privada y a la libertad de empresa, como hace el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Al mismo tiempo, la jurisprudencia europea pone de relieve que un giro *neoconstitucionalista* puede conducir a la reafirmación del derecho a la propiedad privada y a la libertad de empresa *decimonónicos*, lo que redunda no en la creación de mercados europeos, sino en *rentas* para específicos y concretos *capitalistas*[7]. De este modo, el *neoconstitucionalismo* se demuestra desde una perspectiva sustantiva una variante de *constitucionalismo clásico*, o lo que es lo mismo, de un pseudo-iusnaturalismo al servicio de una concepción del *terrible derecho* a la propiedad privada[8].

En segundo lugar, el «caso europeo» pone de relieve la afinidad estructural entre neoconstitucionalismo y cognitivismo moral «robusto». La afirmación de las libertades fundamentales como canon de constitucionalidad implica una ruptura del cordón umbilical entre derecho de la Unión y el colectivo de derechos constitucionales nacionales, a una *supremacía «*autónoma» del derecho de la Unión. Se pone así de relieve la medida en la que el giro neoconstitucional puede favorecer la ilusión de la trascendencia de la política democrática[9].

Al mismo tiempo, el «caso europeo» exige profundizar en la relación entre reglas y principios en el constitucionalismo democrático.

---

[6] *Completing Europe's Economic and Monetary Union,* Brussels, European Commission, 2015, 7.

[7] M. AMATO y L. FANTACCI, *The End of Finance*, Oxford, Polity, 2013; *Saving the Market from Capitalism,* Oxford, Polity, 2014.

[8] S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, Bologna, Il Mulino, 1981.

[9] Ch. JOERGES, «Between Jürgen Habermas and Carl Schmitt: Flaws, old and new, in the project of European integration», 23, *European Law Journal*, 2007, núm. 1, *forthcoming*.

En primer lugar, es necesario poner de relieve que las nuevas *reglas fiscales* se definen mediante referencia a un concepto radicalmente indeterminado: el de «déficit estructural». Definido como el déficit que resulta de «descontar» los efectos (positivos o negativos) del ciclo económico sobre el déficit «efectivo». De este modo, cuál sea el déficit estructural es algo que depende del modelo del «ciclo económico» por el que se opte[10]. Hay tantos posibles cálculos del déficit estructural como modelos del ciclo económico. A ello se añade que la *corrección* del modelo depende de la evolución futura de la economía. Todo ello implica que si bien el concepto de déficit estructural puede ser muy útil en lo que concierne al diseño de la política fiscal nacional, es un concepto absolutamente inadecuado cuando se trata de determinar la eventual responsabilidad de un estado, a resultas de la cual pueden acabar imponiéndose sanciones económicas. El uso de un concepto radicalmente indeterminado confiere a la Comisión *un vasto poder* no sujeto a límite y control, al ser la Comisión Europea quien *decide* el modelo económico en el que se basa el cálculo del déficit estructural.

En segundo lugar, el *fracaso* del modelo constitucional de Maastricht (sustentado en unas reglas destinadas a ser incumplidas) pone de manifiesto que la relación entre *estructura socio-económica* y estructura del derecho es compleja. Aunque cabría discutir hasta qué punto esto es cierto *incluso* en la concepción de capitalismo en Max WEBER[11], lo cierto es que ciertamente la realidad es más compleja en los sistemas capitalistas *realmente existentes*. A la necesidad de predicibilidad de las reglas se contrapone la necesidad de estabilización del sistema económico en su conjunto. Pese a que los pensadores neoliberales sostienen que el sistema capitalista tiende a la auto-estabilización, la historia económica pone de relieve que la historia del capitalismo es una sucesión de *desequilibrios*. Solo la acción política es capaz de estabilizar el sistema socio-económico, evitar que el mismo deje de ser funcional en términos sociales. Esa acción de *estabilización* debe consistir (y en ello llevan parcialmente razón los *ordoliberales*) en un adecuado diseño, mediante *reglas*, de las estructuras institucionales del sistema socio-económico. Pero esa *estabilización* no puede limitarse exclusivamente a *reglas*, sino que requiere la asignación de poderes discrecionales enmarcados por principios y sujetos a responsabilidad política, pero que no pueden *programarse* mediante reglas si se quiere retener la capacidad necesaria para hacer efectiva la acción de *estabilización*. La introducción de *reglas* en ámbitos donde es *necesaria la discrecionalidad* provoca la oscilación entre la inacción, la acción manifiestamente inadecuada (al buscarse medios alternativos con los que realizar los mismos fines) y la declaración de una situación de emergencia *desvinculada* de toda regla. De este modo, lejos de limitarse la discrecionalidad, se fomenta la arbitrariedad.

En tercer lugar, el caso europeo pone de relieve que el giro neoconstitucionalista puede no solo ser compatible con la proliferación de las reglas, sino que las mismas

---

[10] B. LEMOIN, *L'Ordre de la dette*, Paris, Découverte, 2016.

[11] WEBER distingue netamente el capitalismo «aventurero» (inclinado a la irracionalidad y la especulación) del genuino capitalismo que implica una organización racional-capitalista del trabajo (por ejemplo *La Ética Protestante y el Espíritu del Capitalismo,* Madrid, Biblioteca Nueva, 2002, 54-55, 59). Sobre el mito de las reglas del libre comercio, *vid.* J. ROBINSON, «What are the questions», *Journal of Economic Literature*, 1977, 15, 1318-1339. Sobre el mito de la relación entre reglas y el patrón oro, el sistema monetario del capitalismo clásico, *vid.* el fundamental M. DE CECCO, *Money and Empire*, Oxford, Blackwell, 1974.

pueden ser fundamentales en el mismo. No hay contraposición sino continuidad entre la proliferación de la *gobernanza* y el *soft law* en materia de política fiscal y social. Principios, reglas y *soft law* contribuyen a la pulverización del poder político, al limitar la posibilidad de la acción colectiva en pro de la realización efectiva de la igualdad material, al tiempo que *refuerzan* la capacidad de decisión de quienes pueden valerse del poder económico que resulta de la tenencia de capital (que es fundamentalmente una cuestión de *crédito* en el sistema socio-económico actual). Esa continuidad nos alerta acerca de lo fundamental que es el *propósito* y objetivo de las reglas, la relación en la que las mismas se encuentren con el ideal regulador de Estado Social y Democrático de Derecho. Y es que principios, reglas y *soft law pueden* servir para *sustraer* el poder de decisión sobre cuestiones socio-económicas fundamentales al proceso político, para *despolitizar* la política socio-económica. El *constitucionalismo democrático* debe ser vigilante y poner de relieve los riesgos de *judicialización* de la política. Pero ese riesgo es solo una de las posibles manifestaciones de la *despolitización*. No solo la judicialización, sino también la *pseudotecnocratización* presenta gravísimos riesgos, al enervar (en el sentido literal y no metafórico) la posibilidad de toma de decisiones democráticas, sujetando las mismas a *pseudo-reglas* como las reglas fiscales o las propuestas reglas sociales.

SOBRE LA GENERALIDAD DE LAS LEYES: LIBORIO HIERRO Y FRANCISCO LAPORTA

José Juan Moreso
Universidad Pompeu Fabra

> *The general law is opposed to any kind of individual command. The difference is a relative one [...] it is undoubtedly true that the execution of the any command leaves to the commanded person a certain kind of initiative.*
>
> NEUMANN (1986: 212)

> Porque el Derecho no es, ni puede siquiera ser aunque se pretendiese [...] el texto de la ley y nada más, sino la ley con toda su textura de principios y de conceptos capaces de una vida propia, vida propia que no la audacia del juez y su pretensión protagonista impulsan, sino que exige rigurosamente el funcionalismo de la sociedad y la inserción en él de preceptos generales y estables.
>
> GARCÍA DE ENTERRÍA (1981: 224)

1. INTRODUCCIÓN

En el grupo de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid la preocupación por el lugar del Estado de derecho y, en particular, del imperio de la ley, en nuestros enfoques conceptuales acerca del derecho y la democracia ha ocupado y ocupa un lugar central. Y es que es un asunto crucial para nuestra concepción del derecho. Ello se debe, en gran medida, me parece, a la importancia del libro de Elías DÍAZ (1966), *Estado de Derecho y sociedad democrática*, tal vez el libro más importante en la cultura jurídico-política del tardofranquismo. Después vendría la seminal contribución de GARCÍA DE ENTERRÍA (1981) sobre la Constitución como norma jurídica, pero este es un libro para la transición democrática, para la nueva democracia constitucional española, que el anterior solo podía atisbar en medio de la larga noche de la dictadura[1]. No es esta la única razón, pero es relevante, por la que me alegra participar en este seminario que celebra la jubilación de Liborio HIERRO y de Francisco LAPORTA, dos personas de las que tantas cosas aprendí cuando me formaba en filosofía del derecho y que, con el transcurrir del

[1] Para mí, y supongo que para los juristas de mi generación, ambas obras vienen juntas, las leímos con devoción durante los estudios de Derecho en la Facultad. De hecho, mi ejemplar del libro de Elías DÍAZ es de la 7.ª ed., de enero de 1979, con la Constitución de 1978 recién entrada en vigor, todavía publicada por la editorial *Cuadernos para el Diálogo.*

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.27
DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, edición especial (2017) ISSN: 0214-8676 pp. 179-185

tiempo, han devenido dos amigos entrañables. En esta Universidad, su casa, gracias a ellos y a los demás amigos del grupo, siempre me he sentido en casa.

He de referirme aquí a su noción de *imperio de la ley*[2]. LAPORTA la convirtió hace ya algunos años en otra de estas contribuciones cruciales a la cultura jurídico-política del presente en LAPORTA (2007). Y ese punto es uno de los rasgos formales que siempre se atribuye a la idea de *imperio de la ley*, a la idea de *rule of law*, me refiero a la *generalidad* de las normas.

2. EL CARÁCTER GENERAL Y ABSTRACTO DE LAS LEYES

En una de las más perspicuas presentaciones de la idea de *rule of law,* Lon FULLER (1969: cap. II) estableció los requisitos que, para su concepción, constituyen la moralidad interna del derecho. Pues bien, la generalidad constituye un rasgo crucial de dicha concepción. Y se supone que la generalidad tiene dos dimensiones, una referida a los sujetos normativos, los destinatarios de las prescripciones, y otra referida a las acciones ordenadas, al contenido de las prescripciones. Así lo expone, por ejemplo, Riccardo GUASTINI (1993: 22):

> En sentido estricto, se habla de «norma» para referirse a todo enunciado que expresa una regla de conducta, o más precisamente una regla de conducta general y/o abstracta. *General*: en el sentido de que los destinatarios de la norma no son un individuo singular, sino una clase de individuos. *Abstracta*: en el sentido de que la regla se aplica no a un supuesto de hecho singular, sino a una clase de supuestos de hecho.

Por tanto, las leyes son generales si se refieren a una clase universal de individuos, si no contienen —se añade a veces— ni nombres propios ni descripciones definidas (FULLER, 1969: 43, *vid.* también esta idea en HARE, 1953: 175-179). Y las leyes son abstractas si no se refieren a acciones individuales, como el atentado de las Torres Gemelas en Nueva York, sino a acciones genéricas, como las acciones terroristas (ALCHOURRÓN, BULYGIN, 1971: cap. I).

Las leyes generales muestran, de este modo, un compromiso con dos valores que la *rule of law* quiere servir: el valor de la predictibilidad y el valor de la equidad. Al ser generales, podemos averiguar previamente a su aplicación si nuestras acciones podrán o no ser subsumidas en ellas y, si son aplicadas consistentemente, tratarán los casos iguales —iguales con el parámetro de la ley— de manera igual. Como LAPORTA muestra con gran agudeza (2007: cap. I) solo así las leyes respetan nuestra autonomía personal, la capacidad de dirigir nuestras vidas como modo de alcanzar aquellos fines que pretendemos.

3. LAS LEYES Y LOS NOMBRES PROPIOS

Sin embargo, ambas dimensiones de la generalidad de las leyes deben ser matizadas. Referida a los sujetos normativos es necesario establecer una considerable

[2] *Vid*, p. ej., HIERRO (1996; 2002) y LAPORTA (2007).

cantidad de excepciones. Mientras es claramente exigible a las normas penales que tipifican los delitos y a las normas que establecen las obligaciones privadas contractuales, hay otras muchas leyes en donde esta exigencia no es tan razonable. Pensemos en la Ley de Presupuestos, mientras era rector en la Universidad Pompeu Fabra y durante los años previos a la crisis económica, el debate de los presupuestos y la presentación de enmiendas se convirtieron en la posibilidad de negociar determinadas partidas para intereses públicos diversos. Yo mismo procuré, con éxito en varias ocasiones, que se habilitaran partidas para subvencionar diversos aspectos de los centros de investigación vinculados con mi Universidad. Y, claro, aquí los nombres propios son necesarios, de hecho la Ley de Presupuestos está llena de nombres propios.

De hecho, merece la pena recordarlo aquí, fue la voluntad de Bismarck de no someter al Parlamento la aprobación de determinadas partidas económicas para sus empresas bélicas, la que condujo a la elaboración dogmática (obra de Paul LABAND, 1870, un jurista *orgánico*) de la distinción entre ley en sentido formal y ley en sentido material, dejando fuera de la competencia del Parlamento las leyes que solo lo son en sentido formal. Si no queremos regresar a esta «mendacidad intelectual, [...] sepulcro blanqueado, [...] orientación política criptoabsolutista, conforme a la cual la importancia de la Asamblea legislativa queda reducida a la nada», como la llamó Alf ROSS (1929: 459), habrá que dejar fuera del requisito de generalidad las leyes que confieren poderes institucionales o que establecen obligaciones de gasto a la Administración y otras muchas. HIERRO (1996) es bien consciente de este fenómeno y lo describe con claridad y agudeza y lo mismo vale para LAPORTA (2007: 156, explícitamente contra la construcción de LABAND).

4. TODAS LAS PRESCRIPCIONES SON ABSTRACTAS

Un problema de naturaleza conceptual —y más grave, por tanto— presenta, no obstante, la idea de que las leyes deben ser abstractas, en el sentido de que deben regular comportamientos descritos mediante acciones genéricas y no mediante acciones individuales. Dicho en pocas palabras: todas las prescripciones regulan el comportamiento mediante la descripción de acciones genéricas, porque no pueden hacerlo de otro modo. Incluso en la orden más individual que podamos imaginar, por ejemplo la orden del sargento de cocina al soldado Ticio (y en este sentido la regla no es general dado que no es referida a una clase de individuos), «¡lava los platos!», la acción ordenada es abstracta, y Ticio puede cumplirla de múltiples (de hecho de infinitas maneras): lavando primero los platos más grandes y después los más pequeños, o al revés, o ahora unos y después otros, etc. Todas las reglas prescriptivas son abstractas[3].

Sin embargo, en la literatura de la *rule of law*, se suele insistir en este rasgo de las leyes, como si pudiera estar ausente de ellas. En uno de los *loci classici*, HAYEK (1973: 86) sostiene: «Las reglas [...] deben ser abstractas en el sentido de referidas a un número

[3] El mismo argumento referido, sin embargo, a los enunciados de razones en ALCHOURRÓN (1996: 118).

limitado de circunstancias relevantes y de ser aplicables al margen de las consecuencias particulares que parecen ahora seguirse de su aplicación». Ahora bien, ¿qué sentido tiene decir que las reglas *deben* ser abstractas si no pueden no serlo?

Otros autores parecen atisbar este rasgo de las prescripciones. En su análisis de la generalidad de las leyes, FULLER (1969: 48) afirma:

> En los sistemas actuales de control y dirección de la conducta humana un fracaso completo a la hora de lograr algo como una regla general es raro. Alguna generalización está implícita incluso en el acto de comunicar un deseo singular. La orden a un perro, «dame la patita» exige algún poder de generalización tanto en el dueño como en el perro. Antes de cumplir la orden el perro ha de comprender qué rango de actos ligeramente diferentes serán aceptados como dar la patita.

Pero entre los clásicos de la *rule of law* tal vez fue Franz NEUMANN (1986: 212)[4] el que lo vio con mayor claridad:

> La ley general se opone a cualquier tipo de orden individual. La diferencia es relativa. Es cierto que todas las órdenes de una autoridad superior a un órgano inferior de realizar cierto acto son, en relación con el cumplimiento de la orden, siempre generales y abstractas [...]. Es indiscutiblemente verdad que el cumplimiento de cualquier orden deja a la persona a la que va dirigida un cierto margen de iniciativa. Desde este punto de vista, la orden individual puede ser contemplada como una orden general.

También GUASTINI (en GUASTINI, 2010: 15-17) distingue ahora dos sentidos del carácter abstracto de las leyes. Y aunque en un primer sentido sigue sosteniendo que «una prescripción *no* es abstracta cuando se refiere a un supuesto de hecho concreto y *singular* (pasado o futuro, poco importa), y no a una clase de supuestos de hecho», en un segundo sentido una ley es abstracta cuando no es *retroactiva*, «una prescripción no es abstracta cuando se refiere a un supuesto de hecho —un supuesto de hecho singular o una clase de supuestos de hecho, poco importa— *pasados*, ya verificados y por ello previamente identificados, o al menos, identificables».

Aquí parece que GUASTINI intuye, aunque no lo dice, que solo podemos referirnos a acciones individuales pasadas, claro también en el supuesto de hecho de la norma, pero no podemos prescribir acciones individuales, para el futuro, por razones lógicas.

También LAPORTA (2007: 86-87) atisba el problema cuando escribe: «Naturalmente, las normas jurídicas tienen en general como contenido actos genéricos, pues de lo contrario sería imposible para un legislador regular la vida en sociedad recurriendo a la prescripción de actos individuales hipotéticos». Pero más adelante (LAPORTA, 2007: 89) sostiene que las normas pueden ser generales acerca del contenido y no acerca de los destinatarios y al revés. Y afirma que una norma general respecto a los destinatarios pero no acerca del contenido podría ser aquella que ordena «a todos los vecinos de una localidad (norma general respecto de los destinatarios) que vayan a donar sangre a un hospital un día determinado y solo ese día, como consecuencia de que

[4] El libro de NEUMANN es su tesis doctoral defendida en 1936, dirigida por Harold LASKI, en la *London School of Economics*, donde se había refugiado huyendo del nazismo. Una obra no publicada hasta 1986, NEUMANN es más conocido por su *Behemoth* (1944), pero tal vez sea el mayor jurista de la Escuela de Frankfurt, desafortunadamente muerto en accidente en 1954.

se ha producido una catástrofe natural en la localidad». Sin darse cuenta, al parecer, de que esta orden es genérica, *abstracta*, acerca del contenido. Los vecinos pueden ir a donar sangre por la mañana o por la tarde, en bicicleta o en coche o paseando, vestidos de un modo o de otro, etc. Y más aún, parece que también cumplen con la norma los vecinos que donan sangre sabiendo que están enfermos de hepatitis o están infectados con el virus de inmunodeficiencia adquirida.

Hay un modo de mantener la distinción, sin embargo, entre normas generales o abstractas y normas particulares[5]. Se trata (siguiendo a VON WRIGHT, 1963: 79-81) de no referir la distinción al contenido de las normas, que —como hemos visto— siempre es general, sino a la *ocasión* de las normas, al lapso espacio-temporal en que deben ser cumplidas. Entonces, las normas son abstractas, respecto a la ocasión sino establecen lapso espacio-temporal ninguno, si establecen alguno son particulares. VON WRIGHT (1963: 79) lo dice así:

> Los contenidos de las prescripciones que son nuestro objeto de estudio son determinados actos u omisiones genéricos. Aquellos contenidos normativos son ordenados o permitidos a los sujetos normativos por las autoridades normativas para que los lleven a cabo mediante actos u omisiones individuales *en determinadas ocasiones*.

La ocasión se refiere a una localización, un lugar o un periodo de tiempo. Cuando la prescripción en cuestión va referida a una ocasión específica o a un número finito de ocasiones específicas, entonces es *particular*. Cuando la prescripción va referida a un número ilimitado de ocasiones entonces es *general*[6].

5. LA APLICACIÓN DE LAS LEYES

Y ahora es cuando nos enfrentamos con el problema de la aplicación de estas prescripciones generales. La concepción de las leyes como reglas generales supone que la generalización que contiene determina su aplicación. Los órganos jurisdiccionales deben decidir los casos individuales a la vista de estas generalizaciones. Estas generalizaciones aparecen, como dice — en el mejor de los libros contemporáneos al respecto— Frederick SCHAUER (1991: 23-24) «atrincheradas», *opacas* a la razón que las justifica. Lo que representa (SCHAUER, 1991: 31-34) que habrá casos incluidos en la regla que conforme a la razón que justifica tener la regla no deberían estar incluidos. Creo que es más que razonable —en el ejemplo de LAPORTA— que quien deba examinar el cumplimiento de dicha norma considere no incluidos en ella a los que con su sangre pueden dañar a otros, que no deben donarla, y también a los que, pudiendo donarla, pueden ser autorizados a no hacerlo: las mujeres embarazadas, los enfermos, los que tienen la tensión muy baja, los que se hallan fuera de la localidad ese día por razones de trabajo, tal vez también los testigos de Jehová por respeto a

---

[5] Percatarme de ello lo debo a sendas conversaciones con Ricardo CARACCIOLO en donde amablemente me presionó en esta dirección, en Barcelona y en Ciudad de México en el otoño de 2016.

[6] LAPORTA (2007: 85-94) sigue la caracterización de los elementos de las prescripciones de VON WRIGHT. Sin embargo, y a pesar de sus relevantes consideraciones sobre los aspectos temporales de la ocasión (referidos a la retroactividad de las prescripciones), no pone en relación el carácter abstracto de las normas con la ocasión.

sus confesiones religiosas[7]. Ello puede alcanzarse si quien aplica la norma, si la jurisdicción, está inspirada no solo por las reglas generales, sino también, como señala García de Enterría (1981: 224), por los principios y los conceptos que subyacen a ella.

Como nos recuerda Jeremy Waldron (2011: 82), matizando su anterior posición, Aristóteles, en un célebre pasaje de la *Ética a Nicómac*o (1984: 1137b: 83) nos dice que hay dimensiones de las acciones humanas que no pueden ser capturadas por reglas universales y para tratarlas debemos usar instrumentos no rígidos, y las reglas generales son rígidas, debemos usar reglas flexibles (reglas con *defeaters)* «como la regla de plomo de los arquitectos lesbios, que se adapta a la forma de la piedra y no es rígida».

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alchourrón, C. E., 1996: «Para una lógica de las razones prima facie», *Análisis Filosófico*, 16: 113-124.

Alchourrón, C. E., y Bulygin, E., 1971: *Normative Systems*, New York-Wien: Springer.

Aristóteles, 1984: *Ética a Nicómaco,* trad . de M. Araújo y J. Marías, Madrid: CEC.

Díaz, E., 1966: *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid: EDICUSA.

Fuller, L. L., 1969: *The Morality of Law*, New Haven: Yale University Press.

García de Enterría, E., 1981: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid: Civitas.

Guastini, R., 1993: *Le fonti del diritto e l'interpretazione,* Milano: Giuffrè.

— 2010: *Le fonti del diritto: Fondamenti teorici*, Milano: Giuffrè.

Hare, R. M., 1953: *The Language of Morals*, Oxford: Oxford University Press.

Hayek, F. A., 1973: *Law, Legislation and Liberty. Vol. I: Rules and Order*, Chicago: Chicago University Press.

Hierro, L., 1996: «El imperio de la ley y la crisis de la ley», *Doxa*, 19: 287-308.

— 2002: «¿Por qué ser positivista?», *Doxa,* 25: 263-302.

Laband, P., 1870: *Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der preußischen Verfassungsurkunde* (Berlin: Guttentag), trad. de J. Zamit, *Derecho presupuestario*, Madrid: Ministerio de Hacienda, 1979.

Laporta, F. J., 2007: *El imperio de la ley. Una vision actual*, Madrid: Trotta.

Moreso, J. J., 2016: «Con la plomada de Lesbos. Celano sobre *Rule of Law* y particularismo», manuscrito, en *academia.edu*.

Neumann, F., 1944: *Behemoth: The Structure and Practice of National Socialism 1933-1944*, expanded edition, New York: Harper & Row.

— 1986: *The Rule of Law. Political Theory and the Legal System in Modern Society*, Leamington Spa: Berg.

Ross, A., 1929: *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmengeschichtlicher Untersuchungen*, Leipzig: Franz Deuticke, trad. de J. L.

[7] Como he señalado en otro lugar (Moreso, 2016), precisamos de una teoría adecuada de los *defeaters* jurídicos, de su naturaleza, de cuándo, cómo y por quién se activan, y de su taxonomía. Es un punto que merece una indagación autónoma y que no puedo adelantar aquí.

MUÑOZ DE BAENA SIMÓN, A. DE PRADA GARCÍA, y P. LÓPEZ PIETSCH, *Teoría de las fuentes del derecho*, Madrid: CEPC, 1999.

SCHAUER, F., 1991: *Playing by the Rules*, Oxford: Oxford University Press.

VON WRIGHT, G. H., 1963: *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London: Routledge & Kegan Paul.

WALDRON, J., 2011: «Vagueness and the Guidance of Action», en A. MARMOR y S. SOAMES (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford: Oxford University Press, 58-82.

¿ES FRANCISCO LAPORTA, UN NACIONALISTA BANAL?

Félix Ovejero
Universidad de Barcelona

Era el verano de 2008. En Santander, en la Menéndez Pelayo. Al final de la tarde. No recuerdo quién más andaba por allí, aunque estábamos, seguro, Paco, Elías y yo. Paco nos propuso ir a tomar tapas o a cenar. Elías y yo nos miramos con perplejidad. ¿Qué le pasaba a este hombre? ¿No sabía que a esa misma hora jugaba la selección de fútbol, camino de la final, en la que «ganamos» a Alemania con un gol de Torres a pase de Xavi, la conexión Tarrasa-Fuenlabrada, la España plural, por así decir? Definitivamente, nuestro amigo no parecía un nacionalista.

Pero, amigos, los nacionalistas no soportan a gente como Paco LAPORTA. En realidad, les parece una anomalía, un bicho raro. Olvídense de lo de bípedo implume: para ellos, el ser humano es, inevitablemente, un ser para la patria, un ente nacido para ser nacional. A su entender, no cabe ser humano y no ser nacionalista. Como aquellos antipsiquiatras que sostenían que no había locos porque todos estábamos locos (es de suponer que salvo ellos, si había que confiar en su diagnóstico). Continuamente, a los que criticamos al nacionalismo los nacionalistas nos califican como «nacionalistas de otro signo». Nos descalifican, por ser más precisos. Algo que, bien pensando, no deja de resultar curioso en boca de un nacionalista. Parecen necesitar que los demás compartan su trastorno, [...] para reprochárselo. Nuestros entusiastas nacionalistas, dichosos de confundirnos con ellos, nos vendrían a decir —¡¡¡y criticar!!!—«sois como nosotros». Como el enfermo que se alegra de que su mal este extendido. Ya saben, mal de muchos...

Cuando alguien se resiste al diagnóstico, después de mirarlo con condescendencia, los nacionalistas le corrigen: sois nacionalistas, pero no lo sabéis; o, en otra variante, sois nacionalistas vergonzantes. Un ignorante o un blando, vamos. En fin, que ahora han descubierto que quienes, como LAPORTA, distinguen entre nacionalismo cívico y nacionalismo identitario están intentando confundirnos, que no hay tal distinción que, en realidad, son nacionalistas... banales. El punto de partida de la tesis, la teoría del nacionalismo banal, resulta poco discutible. Ningún Estado puede prescindir de una materialización simbólica. La construcción de identidades aflora, casi imperceptiblemente, en los documentos de identidad, las matrículas de coches, las monedas, la cartografía, el deporte, el servicio meteorológico, etc. Los ciudadanos, sin reparar en ello, con naturalidad, vinculan lengua, cultura, territorio y comunidad política. Un proceso casi inevitable, en tanto todo Estado se sostiene en un espacio de comunicación, de leyes, de flujos comerciales, de desplazamientos de gentes y mercancías, que requiere

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.28
DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, edición especial (2017) ISSN: 0214-8676 pp. 187-191

y propicia códigos compartidos y, también, porque, sin símbolos, banderas e himnos, nadie se reconocería con asuntos tan abstractos como los derechos o la Constitución.

A partir de lo anterior, nuestros nacionalistas extraen la moraleja de que ese nacionalismo, instrumentalmente simbólico, viene a ser como el otro, como el vocacionalmente simbólico. No habría lugar para distinguir entre los dos modelos de nación, la identitaria, la del *Volksgeist*, y la cívica, entre la comunidad-espacio de identificación y la comunidad-espacio de cooperación, para decirlo con un léxico de Michael SANDEL que LAPORTA ha utilizado en alguna ocasión[1]. La conclusión se impondría: como no hay posibilidad de ser no nacionalista, solo nos cabe escoger barricada. No cabe sentirse catalán y español, ni aún menos, no sentir nada en particular, que eso sería ya un caso clínico. Las naciones, como las especies, sin mestizaje. Cada cual en su nación y cada nación para cual. Una clasificación exhaustiva y excluyente. Todos nacionalistas y, además, cada uno en su casilla.

En realidad, la teoría del nacionalismo banal es más sofisticada que lo que nos cuentan sus circunstanciales entusiastas, cosa que, por lo demás, a nadie debe sorprender, dado el promedio de sofisticación de los circunstanciales entusiastas. Para estos, el nacionalismo no admitiría grados. Todos somos igualmente nacionalistas y si no todos parecemos igualmente nacionalistas es tan solo por falta de carácter o por algún otro tipo de insuficiencia. Todos variantes de Le Pen: unos el padre y otros la hija. Michael BILDING, muy lejos de sus banales apologistas, resulta mucho más cauto y refinado, cosa que, bien es verdad, tampoco requiere mucho esfuerzo: «Extender indiscriminadamente el término "nacionalismo" induciría a confusión: como es natural, hay diferencia entre la bandera que enarbolan quienes practican la limpieza étnica en Serbia y la que ondea discretamente en las puertas de una oficina de correos de Estados Unidos»[2].

Sí, las diferencias existen, como BILDING admite. Después de todo, si no existieran, la idea misma de nacionalismo banal perdería capacidad discriminatoria, «banal» añadiría tan poco a «nacionalismo» como «animal» a «perro»[3]. Voy únicamente a destacar tres diferencias importantes que impiden sostener que «todos somos nacionalistas»[4]. En realidad, se corresponden con serios problemas conceptuales de los argumentos de los banales defensores de la teoría del nacionalismo banal.

1. Identidades incompatibles/esenciales frente a identidades múltiples/mudadizas. Para nuestros nacionalistas las identidades son jaulas de hierro y, además, excluyentes. Estamos presos en una y solo podemos residir en una. Si sales de una es solo para entrar en otra. Por eso todos somos nacionalistas, porque no te queda otra que escoger —mejor, estar—en alguna. En ese sentido, como no cabe acumular ni superponer, ni, aún menos, prescindir, resulta compatible la vocación reductiva en la identificación de los rasgos identitarios y, por ende, de los «verdaderos» nacionales, de los

---

[1] «La quimera del nacionalismo», *Claves de razón práctica*, 1991, n. 114, 37.

[2] M. BILLIG, *Banal Nationalism*, London, Sage, 1999, 6-7.

[3] De todos modos, los nacionalistas no banales están muy sueltos en estos procedimientos. Así, si hemos de atenernos a sus escritos más habituales, «catalán fascista» sería una imposibilidad conceptual, mientras que «español» y «fascista» serían conceptos coextensivos.

[4] Con más extensión en F. OVEJERO, *La trama estéril*, Barcelona, Montesinos, 2011, 39 y ss.; *La seducción de la frontera*, Barcelona, Montesinos, 2016, 29 y ss.

portadores de las esencias patrias, de la genuina raíz, con el expansionismo geográfico, con la extensión de la nación hasta cualquier rincón del mundo por donde se encuentre —y siempre que se busca, se encuentra, no lo duden— algún germen de identidad. La función de las instituciones políticas, antes que la solución de los problemas colectivos, consiste en preservar y alentar las identidades (por favor, no me pregunten si tiene sentido «alentar la identidad», al menos mientras «identidad» se entienda en su sentido habitual, como equivalente a «lo que uno es»), lo que, ante todo, requiere combatir otras identidades competitivas, tóxicas respecto a la fetén.

El ejemplo de la lengua resulta ilustrativo. Para los nacionalistas, cada pueblo tiene una lengua propia, sostén de la identidad, que, por eso mismo, debe ser preservada por las instituciones. De ahí, el lamento «la lengua X está en peligro», que sirve de premisa a la conclusión «debemos asegurar hablantes a X». Las peculiares implicaciones resultan notorias. De manera inmediata porque, por ejemplo, el hecho de que el castellano se hable, entre otros lugares, en México y, por ello, «no esté en peligro», justifica que los catalanes no podamos escolarizarnos en nuestra lengua mayoritaria. Su función fundamental es preservar la identidad/lengua catalana. Siempre, claro, que no se descubran catalanoparlantes en otra parte del mundo o de la galaxia, lo que naturalmente, asegurada la persistencia de la identidad, invitaría a modificar nuestro sistema educativo. Y a medio plazo, pues peor. Una vez se asume que las identidades son competitivas y se reconoce, como hacen los lingüistas, que una lengua para sobrevivir necesita un mínimo de doscientos mil hablantes, es obligado concluir que, cuando varias lenguas compiten en un territorio limitado, con poblaciones no muy numerosas, la conservación de unas exige la desaparición de otras. En rigor, el problema no radica en el carácter competitivo del uso de las lenguas, innegable a medio plazo, al menos con nuestras actuales restricciones tecnológicas, sino en convertir la preservación de la identidad en un objetivo por sí mismo. El nacionalista banal, por supuesto, estará interesado en una lengua común, pero no para preservar la identidad, sino para entenderse. Ello puede conducirle a preferir incluso la segunda lengua de muchos a la mayoritaria (relacionada en algún sentido con la identidad), algo que hacemos en muchas reuniones sociales con el inglés y que también hicieron las repúblicas latinoamericanas, con el castellano, tras su independencia. Por cierto, también los nacionalistas no banales, vascos, gallegos y catalanes, cuando se reúnen. A su pesar, eso sí.

2. Crítica como inconsistencia y crítica como deliberación. Para el nacionalismo, la crítica al nacionalismo es una imposibilidad conceptual. Si se asume, con los nacionalistas, que «solo se puede criticar al nacionalismo desde otro nacionalismo», la idea de criticar al nacionalismo sería tan insensata como criticar la razón: estamos instalados en ella. Hay una versión de mucho tráfico entre los filólogos catalanes, un gremio de múltiples saberes, que sirve para descalificar cualquier crítica a las llamadas «políticas de normalización lingüística» bajo la acusación de «hacer política con la lengua». Dichas políticas, como saben y —aunque quizá no lo saben—padecen, son aquellas *políticas destinadas a normalizar las lenguas propias de las comunidades históricas, las dotadas de identidad*. No me entretendré en mostrar los desatinos contenidos en la frase en cursiva, de la que solo se salvan las conjunciones y los artículos. En todo caso, resulta inmediato la extravagancia del sintagma «políticas de normalización», pues es cosa rara que lo normal deba ser normalizado. Hacer política supone, por definición,

intervenir en el estado del mundo, alterar lo normal: va de suyo que lo normal no hace falta normalizarlo y que si hay que normalizarlo, es que no es normal. En la práctica, tales políticas buscan modificar la realidad para reinstaurar otra anterior, en un momento en particular, pues a nadie se le ocurre reclamar la normalización del latín. Es un momento privilegiado en el tiempo, en que se fija la identidad esencial: ni un poco antes, que es solo preparación; ni un poco después, que es el principio de la decadencia. Es el momento fundante de la nación: una fórmula, por lo demás, paradógica, pues si una nación lo es por su historia, no puede ser nación desde el minuto cero, ni en rigor, más tarde: «Nunca podrá acumular puntos por antigüedad el que necesita tener alguno para empezar a acumularlos» (Javier AGUADO). Que ese momento realmente existiera es otro cantar. Así, por ejemplo, en Aragón, en las aulas de infantil de los valles de Hecho, Benasque y Panticosa se ha establecido el aragonés como lengua vehicular, una lengua que solo entienden el 3,3 por 100 de los aragoneses y, naturalmente, para ello, se ha apelado al peligro de pérdida de la identidad/lengua[5]. La paradoja es transparente: se hace política y, a la vez, se descalifica la actividad política. Detrás de ese punto de vista se esconden dos supuestos difíciles de sostener por ellos mismos y aun menos conjuntamente: *a)* que la acción de las autoridades por alterar la realidad (castellano parlante) no es política, y *b)* que la crítica a esas acciones sí que es política (lingüística). El primer supuesto, mientras las palabras mantengan su sentido habitual, es simplemente inconsistente. El segundo ignora, para decirlo con EINSTEIN, que el sabor de la sopa no tiene sabor a sopa, que criticar la guerra no es ser belicista, que descalificar el racismo no es ser «racista del otro lado»; confunde uso y mención, lenguaje objeto y metalenguaje, para decirlo a nuestra manera.

3. La identidad como objetivo frente a la identidad como subproducto. Las parejas se parecen, a veces, incluso se parecen a sus perros. Pero ese parecido, por lo normal, no es resultado de su empeño en parecerse, en ahogar sus diferencias, sino la consecuencia no pretendida de su trato continuo, que les lleva a mimetizar gestos y expresiones, en una suerte de economía comunicativa, de realizar las mismas actividades (tomar el sol, correr) o de una alimentación parecida, que también esa hipótesis manejan los estudiosos. Importa mucho el cómo. No es lo mismo que a X le obliguen a emparejarse con Y que que a X no le quede más remedio que intentar emparejarse con Y, cuando todos los demás ya se han emparejado previamente. No es lo mismo que todo acabemos en X (la misma lengua, senda, moneda, sistema de pesas y medidas) porque nos resulta ventajoso en algún sentido (nos permite comunicarnos con mayor número de personas, avanzar más rápidamente, realizar más intercambios) que porque se nos impone, porque nos identifica. Incluso puede suceder, sucedió en la Revolución Francesa, que se necesité un impulso inicial para consolidar un equilibrio (nadie tiene interés en comprar el primer teléfono, el conducir el primero por la derecha), pero, esa decisión inicial, para el nacionalista cívico, estará regida por la eficacia. A partir de ahí, establecido un equilibrio, la convergencia en una identidad será la consecuencia, agregada, de la elección de cada cual, que tendrá interés en mantenerlo, en usar una tecnología que le permite comunicarse con muchos otros, hacer intercambios o en no cambiarse de carril. Se consolidará un equilibrio de NASH. Si lo que importa es la

[5] *El Mundo*, 13 de septiembre de 2016.

identidad como objetivo, se buscará reinstaurar la que se juzga la identidad esencial, la deteriorada por el ruido de la historia, sin que importe el para qué.

El nacionalista banal intervendrá, pero no por forjar identidad, aunque produzca identidad, sino por afán racionalizador. Ese afán inspiró a los revolucionarios franceses en febrero de 1790 cuando diseñaron los departamentos atendiendo a referencias y criterios geográficos, sin huella alguna de identidad étnica, y más tarde, en octubre de 1793, a proponer en la Convención Nacional el calendario republicano, diseñado, entre otros, por el matemático LAPLACE[6]. No era la primera vez. Una inspiración parecida estaba detrás de la reforma territorial de Clístenes, demócrata radical, cuando, en Atenas, en el 508 a. C., buscó acabar con el poder de la nobleza, con su trama de intereses territoriales, gentilicios y familiares. Sí, lo nacional acabaría por llegar, pero se estaba en otra cosa. Como decía BORGES: «No hay que preocuparse de buscar lo nacional. Lo que estamos haciendo nosotros ahora será lo nacional más adelante».

De modo que sí, Paco LAPORTA es banalmente nacionalista, lo que sucede es que eso equivale, en realidad, a ser antinacionalista. No a-nacionalista, sino, insisto, antinacionalista. Pero eso habrá que argumentarlo en el siguiente homenaje.

[6] D. GUEDEJ ha descrito con mucha eficacia ese proceso en *El metro del mundo*, Barcelona, Anagrama, 2006.

DOS CONTRIBUCIONES AL ESTUDIO DE LOS DERECHOS HUMANOS DEBIDAS A FRANCISCO LAPORTA Y LIBORIO HIERRO

Antonio Enrique Pérez Luño
Universidad de Sevilla

1. UN DOBLE HOMENAJE CON UNIDAD DE MOTIVACIÓN

El curso inexorable del tiempo nos sitúa ante la conmemoración jubilar de dos profesores de denso prestigio y ejemplar trayectoria universitaria: Francisco LAPORTA y Liborio HIERRO. Al margen del dato puramente cronológico de la coincidencia de su edad, estimo que se dan en ambos profesores unas analogías vitales e intelectuales que invitan a proyectar sobre su ejecutoria el modelo de las «vidas paralelas de Plutarco». Sin pretensión alguna de exhaustividad, se pueden aducir algunos hechos y circunstancias que permiten avalar este enfoque.

En ambos concurre desde su juventud idéntica vocación universitaria, que se cifra en la investigación y la docencia de la Filosofía del Derecho.

En el inicio de su carrera académica ambos elaboraron sus tesis doctorales bajo la dirección del profesor Elías DÍAZ, que ha sido también maestro, ejemplo y guía de una entera generación de filósofos del derecho.

Ambos han desarrollado la mayor parte de su fecunda labor académica en la Universidad Autónoma de Madrid.

Ambos han desempeñado importantes responsabilidades cívicas y universitarias, con modélica solvencia y probidad. La Subsecretaría del Ministerio de Justicia, en el caso de Liborio HIERRO y el Vicerrectorado de la Universidad Autónoma de Madrid, así como la Dirección del Centro de Estudios Constitucionales, por parte de Francisco LAPORTA.

En el panorama actual de las distintas concepciones y orientaciones metodológicas de la Filosofía y la Teoría del Derecho, ambos se han decantado, decididamente, por la Filosofía analítica, a cuyo desarrollo han contribuido con su pensamiento y sus obras de forma relevante.

En cuanto atañe a su estilo universitario e intelectual, su opción analítica les ha impulsado a profesar el culto a la claridad. Para ellos, no ha bastado con hacerse entender, sino que han aspirado a que cuanto han dicho y escrito no pudiera dejar de ser entendido.

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.29
DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, edición especial (2017) ISSN: 0214-8676 pp. 193-198

También, en lo que se refiere a su compromiso político, en ambos se da la circunstancia de su adhesión al socialismo democrático español, a cuyo ideario han permanecido fieles desde la lealtad a sus convicciones.

Al examinar sus respectivos programas y temas de investigación, se evidencia el interés que ambos han prestado al análisis de la problemática de los derechos humanos y, precisamente, sobre ese capítulo de su obra científica versarán estas reflexiones sumarias.

2. EL CONCEPTO DE LOS DERECHOS HUMANOS SEGÚN FRANCISCO LAPORTA

En el año 1987 se celebraron en la Universidad de Alicante las X Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social. En ellas presentó una Ponencia titulada *Sobre el concepto de los derechos humanos* el profesor Francisco LAPORTA[1]. La tesis sustentada por LAPORTA, a partir de un riguroso análisis lógico-lingüístico del término «derechos humanos», sostuvo que no debían confundirse los derechos humanos con las técnicas de protección normativa.

Afirmaba LAPORTA, que, cuando se usa la noción de «derechos» no se hace referencia a las normas de un sistema normativo, sino a los títulos o razones que se aportan como justificación de la existencia de tales normas. De ello infería que esa confusión entre derechos y técnicas de protección de los derechos ha podido ser la causa de que se haya extendido tanto la idea de que los «derechos» son componentes privativos de los sistemas jurídicos que no aparecen en otros sistemas normativos.

Señalaba LAPORTA que en los derechos nos sale al paso algo que no es una norma ni parece el contenido de una norma, sino que está antes de esas normas, las cuales solo operarían como vehículos de protección de ese algo que está antes que ellas.

Francisco LAPORTA concluía definiendo a los derechos humanos como bienes morales de todos los seres humanos que entrañan razones fuertes para deber ser protegidos normativamente.

En aquellas Jornadas de Alicante me correspondió la grata y estimulante tarea intelectual de responder a la exposición del profesor LAPORTA con mis acotaciones a su Ponencia[2]. En esa ocasión, indicaba que en el conjunto de tesis de LAPORTA en su definición de los derechos humanos, parecía percibirse el eco de la voz de Antígona cuando oponía al derecho positivo de Creonte, un derecho constituido por «normas no escritas», o sea, por títulos o razones morales anteriores y superiores al derecho positivo. Esta concepción reflejaba, en suma, la multisecular problemática del Derecho Natural. Manifesté en mi comentario mi plena coincidencia con la aseveración del ponente de que los derechos humanos responden a instancias o valores éticos anteriores al derecho positivo, esto es, preliminares y básicos respecto a este.

---

[1] F. LAPORTA, «Sobre el concepto de los derechos humanos», en *Doxa*, núm. 4, 1987, 23 y ss.

[2] A. E. PÉREZ LUÑO, «Concepto y concepción de los derechos humanos (Acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta)», en *Doxa*, núm. 4, 1987, 47 y ss.

Mi principal crítica al planteamiento de la ponencia, se cifraba en que, a mi entender los derechos humanos aparecen, las más de las veces, como réplicas a situaciones previas de violación o carencia a cuyo remedio, precisamente, se dirigen. Por ello, su significación no puede ser captada solo desde premisas lógico-lingüísticas, sino que debe ser asumida desde la experiencia y la historia. Sostuve la opinión de que por más depurados que puedan ser los instrumentos de análisis lógico con los que se aborde la problemática de los derechos humanos, no se puede hacer abstracción de su trama real y concreta, es decir, contextualizada.

Esa afirmación de que los derechos humanos suponen una «categoría histórica», fue, a su vez, respondida por Francisco LAPORTA. Según él, si lo que se sugiere con esa expresión es que la historia suministra una demostración o justificación de su validez científica o moral, entonces no podía compartir semejante sugerencia. La validez de los enunciados se determina por argumentación racional, teórica y práctica, y el hecho de que se presenten en un momento histórico no añade nada a esa argumentación. La historia está llena de categorías erróneas. Para matizar con mayor nitidez su actitud contraria a una fundamentación historicista de los derechos humanos, LAPORTA argüía que no puede sostenerse concepción alguna de la historia, ni pesimista ni optimista, y al mismo tiempo defender un conjunto de postulados morales. La ética es, por naturaleza, contrafáctica, y una de sus preguntas fundamentales: ¿qué debo hacer?, presupone conceptualmente la existencia de un abanico contingente de opciones, lo que convive dificultosamente con la inevitabilidad de la historia[3].

3. LA INTIMIDAD DE LOS NIÑOS Y EL CONCEPTO DE LOS DERECHOS HUMANOS: UNA APORTACIÓN DE LIBORIO HIERRO

En junio del año 1993 el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III, organizó un Seminario Internacional sobre *Problemas actuales de los Derechos Fundamentales*[4]. A ese evento contribuyó el profesor Liborio HIERRO con un interesante ensayo sobre *La intimidad de los niños: un test para el derecho a la intimidad*[5].

En su estudio, el profesor Liborio HIERRO planteaba las dificultades que para las nociones tradicionales de los derechos humanos cifradas en la voluntad y el ejercicio de la libertad personal, suponía el reconocimiento de unos derechos humanos de los menores de edad. Como es notorio, los niños carecen en el ámbito jurídico, de capacidad de obrar y tienen limitados el ámbito de su autonomía, de su autodeterminación y poderes de decisión, lo que implica que su voluntad y el ejercicio de su libertad precisan de la representación de quienes se hallan a cargo de su tutela.

---

[3] F. LAPORTA, «Respuesta a Pérez Luño, Atienza y Ruiz Manero», en *Doxa*, núm. 4, 1987, 75 y ss.

[4] Los trabajos presentados a ese Seminario Internacional fueron publicados en el vol., col., a cargo de J. M.ª SAUCA, *Problemas actuales de los Derechos Fundamentales,* Madrid, Universidad Carlos III de Madrid & BOE, 1994.

[5] L. HIERRO, «La intimidad de los niños: un test para el derecho a la intimidad», en el vol., col., *Problemas actuales de los Derechos Fundamentales,* cit., 377 y ss.

En el desarrollo de su trabajo, HIERRO tomaba en consideración mi planteamiento expuesto en la ponencia, presentada en ese mismo evento, sobre *Dilemas actuales de la protección de la intimidad*[6]. En esa Ponencia planteaba cuatro grandes dilemas con los que hoy se enfrenta el ejercicio del derecho a la intimidad: 1) el *conceptual,* que se plantea entre la versión de la intimidad como la soledad y aislamiento del «fuero interno» o la cosificación del «fuero externo»; 2) el segundo, es el *socio-político,* que se plantea entre la necesidad de eficacia de la acción pública y de la eficiencia económica mediante el flujo de información, frente a la conservación de un ámbito de intimidad resistente al «suministro» de datos; 3) el tercer dilema es el dilema *normativo,* que enfrenta la libertad de información con el derecho a la intimidad, haciendo que el ámbito del uno se convierta en límite del otro, y viceversa, y 4) por último, el dilema *axiológico* que enfrenta la solidaridad, provocada por la visualización de determinados dramas o catástrofes con la defensa de la intimidad de quienes son víctimas de tales sucesos.

Liborio HIERRO reelaboró estos dilemas, al ponerlos en relación con la intimidad de los menores, para expresarlos en los siguientes términos:

1. Para él, el dilema *conceptual* hace referencia a si la intimidad de los niños es un poder de disposición, como lo es para los adultos, si bien en el caso de los niños sus tutores pueden suplir la voluntad (representarlos) y disponer de ella; pero si pensamos la intimidad del niño como un ámbito de garantía necesaria de su desarrollo como persona, del crecimiento de su dignidad, entonces podemos considerar del mismo modo su educación.
2. Para HIERRO, el dilema sociopolítico plantea si la intimidad de los niños, como ámbito de garantía necesaria de su desarrollo personal, legitima una intervención paternalista que lo sitúe fuera de, y frente a, cualquier otro bien o derecho, privado o público, y en particular del derecho a la información, de tal modo que la intimidad del niño solo podría abrirse en aras de su propio desarrollo moral.
3. Para Liborio HIERRO el dilema *normativo* consiste en si el interés superior del niño es un principio normativo de carácter fundamental, asumido en nuestro ordenamiento por la ratificación de la Convención de 1989. El interés superior del niño constituye un nuevo y distinto límite normativo al derecho a la información que, en todo caso, tendría que ceder ante él. Se enfrentan entonces, normativamente, un principio liberal y un principio paternalista.
4. Por lo que respecta al dilema *axiológico*, hace constar Liborio HIERRO, que quienes legitiman las informaciones que versan sobre esa galería de lo trágico y lo macabro, aduciendo que, con ello, fomentan la solidaridad entre las gentes, incurren en una contradicción. Para sostener una tesis radicalmente liberal (la libertad de información no tiene límites, o —al menos— no tiene límites en el sufrimiento) se invoca una tesis radicalmente paternalista (pues con ello promovemos determinadas nociones del bien). Y se admite, implícitamente, tratar a las personas como medio, y no como fin.

Liborio HIERRO concluía su ensayo afirmando que sigue manteniéndose una concepción de los derechos humanos que parte del derecho como facultad, como poder de disposición, como libertad, y luego va incorporando al modelo, mediante modificaciones *ad hoc*, nuevas generaciones de derechos. Una teoría de los derechos capaz

[6] A. E. PÉREZ LUÑO, «Dilemas actuales de la protección de la intimidad», en el vol., col., *Problemas actuales de los Derechos Fundamentales,* cit., 311 y ss.

de dar cuenta sistemáticamente de nuestras actuales intuiciones morales es una teoría que incluye la libertad, pero que no se basa en la libertad; se basa en la igual dignidad humana. Existen derechos cuya estructura no es un poder de disposición, no es una libertad. Esto no es nuevo: nunca se concibió que el derecho a un proceso debido o a la igualdad ante la ley fueran solo libertades subjetivas, ni tampoco derechos-deberes. Hay, junto a estos derechos obligatorios activos, otros derechos que son obligatorios (no discrecionales, no poderes de disposición) y no activos. Establecen una garantía externa a favor del titular, de la que el titular no puede disponer. HIERRO opina que muchos derechos que, en el adulto, asumen la estructura de un poder de disposición, en los menores de edad y en los incapaces asumen la estructura de un derecho obligatorio no activo, es decir, de un derecho a ser tratado de cierto modo.

4. BALANCE DE UN DEBATE INTELECTUAL

Las contribuciones de Francisco LAPORTA y Liborio HIERRO a la delimitación conceptual de los derechos humanos deben ser valoradas como solventes y fecundas. En los años transcurridos desde que fueron formuladas mantienen intacto su interés y siguen siendo de plena actualidad.

En lo que hace referencia a mi debate con LAPORTA, puntualizaré, para aquietar sus alarmas, que la calificación de los derechos humanos como categoría histórica nada tiene que ver con fundamentarlos en un historicismo holístico en el sentido popperiano. Concebir los derechos humanos históricamente significa solo, aunque es mucho, que la historia resulta imprescindible para *explicar,* no para *fundamentar,* el origen y evolución de las libertades, así como los principales rasgos y circunstancias que configuran su *status* ético y jurídico. La historia en sí misma no fundamenta nada, pero nos permite cimentar nuestras argumentaciones axiológicas sobre bases más solidas que los postulados ideales abstractos e intemporales. La consciencia histórica permite también evitar ese determinismo historicista que se desprende de la «inevitabilidad de la historia» denunciada por LAPORTA. Precisamente el conocimiento de la historia de los derechos humanos es una muestra elocuente del trabajoso esfuerzo de los seres humanos por hacer la historia, por ser dueños de su destino emancipatorio más allá de las fuerzas obscuras, misteriosas o inevitables invocadas por los enemigos de la libertad. No deseo regatear mi adhesión, por adjetivo o matiz de más o de menos, a las pertinentes advertencias de LAPORTA sobre la inevitabilidad de la argumentación racional para fundamentar los derechos humanos, y su consiguiente denuncia de determinadas falacias historicistas. Mis observaciones quisieron poner de relieve la posibilidad de conjugar razón e historia en la tarea definitoria de los derechos humanos y en la explicación del proceso evolutivo de las libertades. Porque el presente no se agota en el dato efímero de lo actual; se construye sobre el espesor del pasado y entraña la anticipación del futuro. Pudiera afirmarse de la historia que es como los coturnos de la razón, lo que permite a la racionalidad desplegarse con mayor intensidad de juicio y mayor extensión de perspectiva[7].

[7] *Cfr.* A. E. PÉREZ LUÑO, «Los derechos humanos revisados: críticas y autocrítica» en mi vol., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución,* Madrid, Tecnos, 10.ª ed., 2010, 567 y ss. *Vid.* también el comentario

En el ensayo de Liborio HIERRO destaca su fértil empeño intelectual por clarificar y explicar la expresión «interés superior del niño», como punto de referencia para establecer el significado y alcance de sus derechos. En este aspecto, estimo que cabe proponer una lectura en clave de garantía de los derechos de los niños del célebre principio *Maximin*, que representa el segundo principio de la concepción de la Justicia de John RAWLS. Tal principio se traduce en la exigencia del máximo grado de protección para los menos aventajados[8]. De modo análogo se podría predicar una versión especial del principio *Maximin,* enunciado en los siguientes términos: «Garantía de la máxima protección jurídica para los que tienen menos edad».

Coincido con Liborio HIERRO en advertir las aporías que el reconocimiento de los derechos del menor implican para los intentos de definir los derechos humanos en términos de voluntad o de poderes de disposición o del ejercicio de la libertad. Al propio tiempo, pienso que su propuesta de considerar que los derechos de los niños asumen la estructura de un derecho obligatorio no activo, es decir, de un derecho a ser tratado, de cierto modo, es compatible con algunas formulaciones recientes sobre el concepto de los derechos humanos. Así, por ejemplo, las teorías que los conciben como principios de optimización de los estatus cívicos subjetivos, tal como se desprende de las tesis de Ronald DWORKIN y Robert ALEXY, o las que los reputan garantías institucionales para la tutela de la dignidad, la libertad y la igualdad de los seres humanos, a tenor de las propuestas teóricas de Luigi FERRAGOLI y de Peter HÄBERLE.

En definitiva, las ideas de Francisco LAPORTA y Liborio HIERRO sobre la conceptuación de los derechos humanos merecerían una reflexión más demorada en pormenores, que aquí no procede. Quede, en todo caso, constancia mi personal reconocimiento a sus aportaciones en esa peculiar «búsqueda sin término», en la que el intento de definir y precisar la definición de los derechos consiste.

---

a esta polémica de M. ZEZZA, «Giusnaturalismo deontologico e pluralismo etico nella fondazione dei diritti umani di A. E. Pérez Luño», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, núm. 1, 2015, 55 y ss.

[8] J. RAWLS, *Teoría de la Justicia*, trad. cast. de M.ª D. GONZÁLEZ, México-Madrid-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1978, 340. *Cfr.* A. E. PÉREZ LUÑO, «La protección de los datos personales del menor en Internet», en su vol., *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica,* Madrid, Universitas, 2012, 113 y ss.

AUTONOMÍA Y DESCONFIANZA EN «EL IMPERIO DE LA LEY» DEL PROFESOR LAPORTA

Juan Manuel Pérez Bermejo
Universidad de Salamanca

Las siguientes líneas tratan de ser un homenaje y una reflexión acerca de «El imperio de la ley» de Francisco LAPORTA. Somos muchos los juristas y filósofos que podemos describir este libro como una de nuestras experiencias lectoras más sugestivas de los últimos años. A los juristas que simpatizamos con lo que se ha dado en llamar «principialismo» o «constitucionalismo», los escritos del profesor LAPORTA siempre nos han regalado momentos de sana provocación. Por concretar esta de algún modo, creo que los textos del profesor LAPORTA tienen la virtud de revelar una faz ineludible de la realidad jurídica, pero que, por distintas razones, ha sido habitualmente desdeñada o descuidada por el jurista más o menos dworkiniano. Ahora bien, constatada esta realidad, a este jurista le aguarda el desafío de integrarla dentro de una teoría o concepción del derecho muy distinta de la patrocinada por el profesor LAPORTA. Aquí es donde su provocación se revela como más saludable: ese deber de integrar las tesis del profesor LAPORTA que son correctas dentro de una concepción principialista constituye hoy uno de los desafíos teóricos más exigentes y aún no del todo satisfechos.

Sin duda, esta última idea despertaría en el profesor LAPORTA o en sus seguidores un gesto de escepticismo o de incredulidad: a su juicio, integrar cualquiera de sus tesis en una teoría principialista o constitucionalista no es un desafío o una tarea pendiente, sino una imposibilidad. El profesor LAPORTA suele identificar en el principialismo la mayor amenaza teórica que se cierne sobre sus aspiraciones acerca de cómo debería funcionar la práctica jurídica.

En estas líneas, sin embargo, no me ocupo de defender el modelo principialista de estos ataques, ni trato de demostrar por qué aquel es conciliable con los ideales de la «legalidad» que LAPORTA resume en la certeza, la seguridad y la primacía de las reglas: otros autores se han encargado ya de cumplir con estos propósitos mediante argumentos cuya formulación no podría mejorar[1]. En su lugar, insinuaré dos objeciones menos frecuentadas. La primera es relativa a las ideas regulativas de las que el profesor LAPORTA deduce sus conclusiones, y en concreto al valor fundacional atribuido a la

[1] A modo de ejemplo, pueden leerse las críticas a LAPORTA de M. A. RODILLA o J. RUIZ MANERO en *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.30

autonomía (1). La segunda versa sobre el diseño institucional que surge de las ideas y exigencias que plantea, y apunta al tratamiento fuertemente asimétrico que le merecen las instituciones de legislación y de aplicación (2). El único nexo que une ambas objeciones es que estas nos permiten comparar, aunque sea de modo balbuciente, «El imperio de la ley» del profesor LAPORTA con otra de las monografías más destacables de los últimos años: *Legality*, del profesor S. SHAPIRO; entre ambas se percibe una sintonía y un acuerdo muy profundo en torno a sus tesis fundamentales, pero también diferencias significativas.

(1) La idea regulativa sobre la que el profesor LAPORTA construye su razonamiento es el principio moral de autonomía. Desde el punto de vista moral, el derecho debe orientarse a la autodeterminación y autorrealización de los individuos, de modo que permita y facilite la libre elección de los diferentes planes de vida o concepciones del bien con los que decidan orientar sus vidas.

La elección de esta premisa moral parece, en principio, difícilmente cuestionable: ¿qué sistema jurídico que se reconozca heredero de la Ilustración y la modernidad puede desdeñarla? Sin embargo, un primer problema es que se trata de una premisa moral «comprehensiva» en el sentido de RAWLS, porque impone condiciones al tipo de planes de vida o concepciones del bien que los individuos profesen. Es cierto que no selecciona una concepción del bien material, porque no prejuzga cuál es el modo de vida o el conjunto de doctrinas o creencias que debemos observar; sin embargo, exige una concepción del bien procedimental o de segundo grado, porque nos dice cuál es el origen moralmente válido de las concepciones del bien que debemos observar: serán moralmente válidas únicamente las concepciones que hayan surgido de nuestra elección autónoma o de las instancias a las que hayamos delegado autónomamente dicha elección. Consecuencia de este carácter comprehensivo es la mayor dificultad de hacer constitucionalmente factible un modelo político liberal. Por lo pronto, en la filosofía liberal que se asienta sobre la autonomía la neutralidad estatal vive una existencia amenazada; un Estado inspirado por ella debería favorecer un determinado origen en la formación de los planes de vida, y reconocerse obligado a utilizar sus aparatos culturales y educativos para fomentar la auto-configuración de estos por los individuos[2].

Además de comprehensiva, la premisa moral de la autonomía es «fundacional». Si no interpreto mal al profesor LAPORTA, este otorga al principio de autonomía un papel axiomático o casi axiomático: es la inspiración suprema de la forma y del contenido del derecho o, como describe, «la percha» de la que cuelgan los demás conceptos normativos[3]. En otras palabras: LAPORTA no procede desde un conjunto de principios diversos que trate de poner en coherencia, sino que presume la existencia de un pilar fundacional seguro, como es la autonomía; otros principios como los de igualdad o trato igual poseen un estatus secundario en comparación con aquel. Sin embargo, proceder de este modo vuelve a introducir el discurso por una vía arriesgada. Por ejemplo, postular la autonomía como valor supremo impediría corregir las situaciones que atentan contra la equidad o la dignidad, pero en las que pudiera interpretarse la autorización de la supuesta víctima, como ocurriría en un hipotético consentimiento a un contrato de

[2] Una tesis similar se halla en B. BARRY, *Justicia como imparcialidad*, Barcelona, Paidós, 1997, 184 y ss.
[3] *El imperio de la ley*, Madrid, Trotta, 2007, 37.

esclavitud[4]. Por supuesto, no estoy tratando de impugnar el papel de la autonomía, ni de relegarlo a un papel secundario. Solo pretendo mostrar que la autonomía no puede ser juzgada como la piedra angular o el axioma único de la filosofía moral y jurídica. Es un principio que, en la esfera pública, debe ser interpretado junto con otros principios y valores no menos importantes. Como resultado, la autonomía en la esfera política no equivale al ideal ético de la autodeterminación, sino a una idea distinta y nutrida mediante otros principios, significativamente los de equidad e imparcialidad.

Por último, mucho se podría hablar sobre el ligamen lógico entre la autonomía y los ideales de certeza y seguridad en el derecho, con el consiguiente corolario de que el derecho debe integrarse mediante leyes o reglas generales. LAPORTA es consciente de que la certeza y seguridad de las reglas son condiciones necesarias, aunque no suficientes para garantizar la autodeterminación de los individuos[5]. No entraré a discutir si, aun asumiendo el carácter necesariamente contributivo de la certeza y seguridad de las reglas, este es comparable al que pueden desempeñar otras razones de contenido igualmente necesarias. En torno al ligamen entre el valor fundamental de la autonomía y las ideas de certeza y seguridad, mi observación es más bien descriptiva, y no crítica. Destacaré, simplemente, lo extraño que resulta que otras contribuciones de teoría del derecho también otorguen a estas aspiraciones de certeza y seguridad en las reglas un papel fundamental, pero no necesiten de un pedestal ético o normativo que las sustente. La obra de S. SHAPIRO *Legality* es un buen ejemplo. Para este autor, la preferencia por reglas generales estables y obligatorias es consecuencia de detectar dos hechos sociales: *a)* La necesidad humana de ordenación y coordinación de la conducta. *b)* El remedio sugerido por la razón humana, que es y ha sido siempre el diseño de planes de conducta. El ser humano, en frases que SHAPIRO parece tomar de LAPORTA, es una «criatura planificadora»[6], y, en consecuencia, el derecho es un conjunto de reglas ciertas y obligatorias que nos permiten prever y coordinar nuestra conducta. Es llamativo cuando menos que estas ideas estén en LAPORTA necesitadas de compromisos morales, pero sean las que permiten a SHAPIRO liberarse de tales compromisos. Podríamos incluso abrigar la sospecha de que alguno de estos dos autores no sigue en realidad el tipo de positivismo que dice observar: si el enfoque de SHAPIRO es el que da cuenta realmente de estas ideas de certeza o legalidad, LAPORTA viajaría con un billete de positivista ético o normativo, pero en el barco más clásico del positivismo metodológico pues, de otro modo, sobrecargadas de elementos morales y políticos, sus tesis habrían naufragado; si, por el contrario, es el enfoque de LAPORTA el que presupone las ideas fundamentales de la legalidad, la asepsia o el despojamiento moral de SHAPIRO serían más bien el *fotoshop* con el que este habría editado su verdadera imagen: la de un positivista normativo a su pesar. En estas líneas no es posible analizar con detalle cada posición o establecer conclusiones seguras, si bien, desde mi adscripción inicial al mo-

---

[4] Un ejemplo de aceptación de esta cláusula se halla en J. M. BUCHANAN, *The Collected Works of James M. Buchanan,* vol. VII, Indianapolis, Liberty Fund, 2000, 77 y 78. Podría incluso sugerirse que algunas de las causas liberales más justas, como la exigencia del sufragio universal y del voto femenino, habrían estado lejos de fortalecerse de haber basado sus reivindicaciones fundamentalmente en la autonomía: cuando KANT negaba el voto a mujeres y trabajadores, razonaba desde la autonomía, porque entendía que solo quien es «su propio señor» o *sui iuris* puede ser ciudadano activo. *Gemeinspruch* Ak-Ausg VIII, 295.

[5] *El imperio de la ley*, *op. cit.,* 52.

[6] *El imperio de la ley*, *op. cit.,* 32; S. SHAPIRO, *Legality*, Cambridge, Harvard U.P., 2011, 119.

delo principialista, resultará comprensible que atribuya a la segunda explicación una mayor plausibilidad que a la primera[7].

(2) El segundo comentario versa sobre la teoría de la interpretación, porque en este contexto también destacan sus diferencias con Shapiro. En realidad, en el problema de la interpretación gravitan otras diferencias importantes entre ambos autores, y que de nuevo alcanzan a la comprensión particular que tiene cada uno de lo que significa la etiqueta «positivista». Así, por ejemplo, LAPORTA llega a reconocerse en algún momento heredero del formalismo jurídico[8]. Para SHAPIRO, sin embargo, el matrimonio entre positivismo y formalismo fue efímero; el positivismo del siglo XX, sobre todo desde las lecciones de HART, es bien consciente de las limitaciones del lenguaje de la legislación, y admite que las normas y sus términos conducen en no pocos casos a la discreción judicial[9]; en realidad, el último superviviente del formalismo jurídico en nuestros días sería la teoría de DWORKIN[10], una compañía que no podemos presumir que LAPORTA acepte gustosamente. Podríamos extendernos sobre esta y otras diferencias que sirven de contexto a sus distintas teorías de la interpretación jurídica; es hora, sin embargo, de que concretemos por qué estas son distintas.

En la teoría de la interpretación de LAPORTA, la interpretación literal ostenta un papel hegemónico: si esta hace su trabajo y llega a una conclusión, la tarea interpretativa ha terminado. SHAPIRO, sin embargo, cree obedecer fielmente el punto de vista de HART, según el cual que cada ordenamiento sea más o menos textualista o se confíe más o menos a fines, principios y razones subyacentes es una cuestión empírica y contingente[11]. La pregunta que nos interroga por los métodos interpretativos que debemos cultivar en nuestra comunidad es una pregunta que nos pide una investigación de carácter meta-interpretativo, porque consistiría en una interpretación sobre los métodos de interpretación; además, nos demanda una investigación empírica, porque la respuesta a qué métodos son tenidos por correctos es relativa a una serie de hechos sociales contingentes. Ahora bien, ¿cuáles son estos hechos sociales? La respuesta de Shapiro es sencilla: el hecho social que ha de ser examinado es la confianza en las instituciones; más concretamente, debemos reconstruir la «economía de la confianza» vigente en cada comunidad, cómo se distribuye la confianza entre las distintas instituciones de dicho sistema jurídico y político. Por el hecho de asignar una serie más o menos amplia de tareas y de papeles a nuestras diversas instituciones, los diseñadores de cada sistema jurídico manifiestan una actitud distinta de confianza y de desconfianza entre, principalmente, los órganos legislativos y los órganos aplicadores del derecho. Si este diseño revela desconfianza en el poder judicial, los métodos de interpretación deben decantarse por el textualismo o literalismo; si, por el contrario, revela confianza en los

---

[7] Interpreta a SHAPIRO como un positivista normativo encubierto, por ejemplo, T. BUSTAMANTE, «Interpreting Plans: A Critical View of Scott's Shapiro Planning Theory of Law», *Australian Journal of Legal Philosophy*, vol. 37, 2012.

[8] F. LAPORTA, *El imperio de la ley*, *op. cit.,* 191.

[9] «Desde el punto de vista de HART, el pecado del formalista consiste en negar que los jueces crean a veces derecho», SHAPIRO, *op. cit.,* 250.

[10] DWORKIN resulta ser un formalista que le reprocha al positivismo su falta de formalismo, lo que evidencia su crítica a la discrecionalidad y su tesis de la respuesta correcta. SHAPIRO, *op. cit.,* 261.

[11] *Op. cit.,* 254.

órganos de aplicación o incluso desconfianza en el legislador, se aceptará el recurso a fines, valores, principios y razones subyacentes [12].

Creo que la teoría de la interpretación de «El imperio de la ley» resulta de un diseño institucional que se caracteriza por un reparto muy asimétrico de la confianza entre el legislador y el poder judicial. Como ya he dicho, para LAPORTA la interpretación literal es inobjetable desde el propósito o el fin de las leyes, es decir, apelando a principios o razones subyacentes. Puede que la comunidad tenga en mucho más aprecio las razones subyacentes que la interpretación literal, pero, en estos casos, no puede ceder a la tentación de permitir a sus órganos aplicadores que interpreten y apliquen sus principios de justicia, y, por servirme de una imagen que LAPORTA critica en otro contexto, debe encadenarse al mástil como Ulises frente a las sirenas [13]. Es preciso confiar en que un futuro legislador interprete y aplique correctamente los valores de la comunidad.

Detrás de este diseño y de este reparto de confianza subyacen cuestiones de teoría política que no puedo debatir [14]. En cualquier caso, creo que el diseño es extremo e incluso insólito. Que es insólito puede mostrarse históricamente si acudimos a uno de los momentos de mayor desconfianza teórica en el poder judicial: pensemos, por ejemplo, en la Francia de la primera mitad del XIX, en principio obediente a los dictados de la Escuela de la Exégesis. Sabemos, sin embargo, que la práctica jurisdiccional de aquel contexto reconstruyó numerosas figuras e instituciones al margen y a veces incluso en contra de las reglas. RECASENS, en su *Nueva filosofía de la interpretación del derecho,* enumeraba una lista considerable de instituciones que fueron diseñadas entonces jurisprudencialmente: el seguro de vida, la declaración de fallecimiento mediante presunción, el pago del salario a la esposa por el empresario, los deberes paternos de manutención de hijos fuera del matrimonio, etc. [15] Respecto a la confianza en el legislador, la sola existencia de una segunda cámara legislativa es una prueba de que nuestro diseño y el de otros muchos Estados alimenta una mayor desconfianza que la mostrada por *El imperio de la ley*. Por último, LAPORTA se sirve en ocasiones del análisis económico del derecho para justificar un derecho de reglas; sin embargo, esta metodología también nos ha informado de que las lagunas, antinomias y oscuridades son muchas veces un resultado deliberado de las instituciones legislativas y, con ello, de la necesidad de

---

[12] Paso aquí por alto los muchos problemas de la tesis de SHAPIRO. Citaré algunos a modo de ejemplo: *a)* la creencia ingenua en que es posible «extraer» estas actitudes de confianza o desconfianza mediante una investigación puramente empírica que no comprometa valoraciones; *b)* la ubicación de su teoría dentro del modelo de sistema jurídico que SHAPIRO considera habitual y ortodoxo —los sistemas «de autoridad» frente a los «oportunistas»—, pero que, a juzgar por su definición, es raramente obedecido en puridad; *c)* pese al empeño de SHAPIRO por distinguir entre «intérprete» y «meta-intérprete», la respuesta habitual a la pregunta «¿quién extrae el modelo de distribución de confianza del sistema jurídico y político?» solo puede atribuir esta competencia, en general, a los jueces; los jueces, de ese modo, realizarán labores constructivas, tal y como señalaba DWORKIN; *d)* SHAPIRO tiende a interpretar la distribución de la confianza como un plan rígido y dado de una vez por todas, como si la experiencia y los cambios en la interpretación de los principios y valores no contribuyeran en absoluto a modificarlo.

[13] *El imperio de la ley*, *op. cit.,* 223-224.

[14] A modo de ejemplo, bajo estas tesis subyace la atribución de una importancia fundamental al argumento mayoritario: las reglas emanan de instituciones elegidas democráticamente, pero los principios no, o no tanto; los diputados y senadores son elegidos mediante elecciones, pero los jueces no. *Vid.*, p. ej., *El imperio de la ley*, 12.

[15] L. RECASENS, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho,* México, Porrúa, 1973, 196 y ss.

atribuir una mayor responsabilidad a los órganos aplicadores[16]. Frente a este diseño, creo que el modelo principialista presume una distribución menos desequilibrada de la confianza: también defiende la aplicación *prima facie* de las reglas por razones de principio, pero confía en la posibilidad de que las instituciones aplicativas corrijan los errores más claros.

[16] Es lo que ocurre cuando la negociación parlamentaria llega a un acuerdo que deja sin resolver algunos puntos socialmente conflictivos, pero el acuerdo se considera ya suficientemente beneficioso como para ser traducido en ley. *Vid.* F. H. EASTERBROOK, «Text, History and Structure in Statutory Interpretation», *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 17, 63-64. Debe admitirse sin embargo que, en estas situaciones, EASTERBROOK recomienda que los jueces «enseñen al legislador a tomarse en serio sus palabras», y a interpretar sus leyes textualmente; el autor, sin embargo, no sugiere cómo solucionar los casos de lagunas, antinomias u oscuridades.

EL CONCEPTO DE LAPORTA DE DERECHOS HUMANOS: MATICES Y DESACUERDOS

Jahel Queralt Lange
Universidad Pompeu Fabra

Si en el título no aparece la palabra *acuerdos* es porque las cosas en las que Paco LAPORTA y yo coincidimos, las sabe explicar mejor él y también porque, para qué engañarnos, los filósofos —al menos los analíticos— parecemos estar más cómodos instalados en la crítica y el refinamiento, aunque sea sobre cuestiones menores. Los acuerdos no nos permiten ganarnos la vida. Me alegra mucho poder participar en este homenaje y alimentar la admiración y el vínculo fraterno que me une a los homenajeados y al resto de compañeros de la Universidad Autónoma de Madrid. El trabajo que voy a discutir, «El concepto de derechos humanos», fue publicado por LAPORTA hace casi treinta años[1]. Durante este tiempo la literatura sobre derechos humanos ha crecido a raudales. Y, sin embargo, seguimos a vueltas con algunos de los problemas que plantea LAPORTA —no solo por nuestro afán discutidor, sino porque algunos de ellos son tan centrales como peliagudos—.

El trabajo de LAPORTA está motivado por lo que se conoce como el *problema de la inflación* de los derechos humanos: la presión por expandir el listado de derechos humanos para conceder a ciertos bienes o intereses humanos la máxima importancia moral y jurídica con el consiguiente riesgo de que el instrumento de los derechos humanos quede devaluado[2]. El problema de la inflación —o incluso la hiperinflación— no es una cuestión baladí. Debe preocuparnos a todos los que consideramos que los derechos humanos son y deben seguir siendo la *lingua franca* de la justicia. Pero la solución al mismo no pasa por bunkerizar los derechos humanos existentes negando el reconocimiento de derechos adicionales por el mero hecho de no figurar en la lista inicial. Resulta bastante más razonable adoptar una de estas dos estrategias: *a)* incorporar cualificaciones muy exigentes en el concepto de derechos humanos; *b)* endurecer las condiciones de justificación de los derechos humanos (NICKEL, 2007)[3]. Ambas opciones nos dan la posibilidad de restringir, sin *a priori* cerrar, la lista de derechos humanos. LAPORTA opta por la primera estrategia. En su trabajo trata de mostrar que si nos tomamos en serio el carácter *universal*, *absoluto* e *inalienable* de los derechos humanos, debemos ser muy contenidos a la hora de confeccionar una lista de derechos

[1] F. LAPORTA, «El concepto de derechos humanos», *Doxa*, núm. 4, 1987, 22-46.

[2] M. CRANSTON, *What Are Human Rights?*, London, Bodley Head, 1973; C. WELLMAN, *Real Rights*, New York, Oxford University Press, 1995; J. GRIFFIN, *On Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

[3] J. NICKEL, *Making Sense of Human Rights*, 2.ª ed., Malden, MA, Blackwell Publishing, 2007.

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.31

humanos. De hecho, debemos contenernos tanto que nos vemos obligados a quitarles la etiqueta de humanos a muchos derechos oficialmente reconocidos como tales pero que no reúnen los tres atributos mencionados, según los entiende LAPORTA. Antes de analizar algunos de los problemas del *triple test* de LAPORTA, quisiera situar su concepción de los derechos humanos.

En este trabajo LAPORTA se compromete con tres posiciones que nos permiten esbozar su concepción de los derechos humanos. La primera es la *tesis de los derechos humanos como razones morales*. En este sentido, los derechos humanos son previos a las normas jurídicas que los reconocen. Son, en palabras de LAPORTA, *títulos* que exigen y justifican establecer ciertas técnicas de protección jurídica pero que existen con independencia de estas[4]. Para un positivista *à la* BENTHAM esta tesis es un disparate. Sin embargo, es necesario suscribirla para poder afirmar, sin inconsistencias, juicios tan poco controvertidos como que el *apartheid* de Sudáfrica violaba los derechos de los sudafricanos, a pesar de que no quebrantaba ninguna norma jurídica.

Una de las dificultades de ver los derechos humanos como razones morales es que necesitamos un criterio que nos diga qué tipo de razones son las que dan lugar a derechos humanos —es evidente que no todas lo hacen—. Para atajar este problema LAPORTA suscribe la *teoría del interés* según la cual la función principal de los derechos es proteger ciertos bienes o estados de cosas que son beneficiosos para el titular del mismo[5]. La combinación de esta tesis con la anterior nos lleva a sostener, que existe un derecho moral cuando un interés individual tiene importancia suficiente como para imponer sobre un agente (el sujeto obligado) el deber de respetar dicho interés[6]. Al afirmar que la noción de interés «no tiene por qué ser algo empíricamente constatable»[7], LAPORTA se inclina por una noción objetiva de este concepto. Sin embargo, en el texto se cuida mucho de posicionarse metaéticamente. La idea de que existen derechos morales que justifican reconocer derechos legales presupone una noción objetivista de la moralidad[8] pero es compatible tanto con una posición realista y constructivista.

La teoría del interés presupone que es posible identificar un umbral de importancia a partir del cual un cierto interés individual puede ser considerado básico o fundamental y, en consecuencia, generar un derecho. Como sucede con casi cualquier criterio que depende de un umbral, distinguir un interés básico de otro que no lo es no siempre resulta fácil. Debería resultar evidente que nuestro interés en poder elegir la pasta de dientes que usamos no es básico. Sin embargo, la cosa no está tan clara en relación con intereses más complejos como nuestro interés en vivir en una democracia, disfrutar de la paz o de un medio ambiente saludable. Algunos de estos intereses son los que han justificado la expansión del catálogo de derechos humanos que LAPORTA critica, dando lugar a lo que se conoce como la tercera generación de

---

[4] F. LAPORTA, «El concepto de derechos humanos», nota 1 *supra*, 27.
[5] F. LAPORTA, «El concepto de derechos humanos», nota 1 *supra*, 29.
[6] J. RAZ, «On the Nature of Rights», *Mind*, núm. 93, 1984, 194-214, esp. 195.
[7] F. LAPORTA, «El concepto de derechos humanos», nota 1 *supra*, 29.
[8] J. MORESO, «El reino de los derechos y la objetividad de la moral», *Análisis filosófico,* núm. 23, 2003, 117-150.

derechos humanos. LAPORTA no ofrece un criterio específico para fijar el umbral de relevancia pero su preocupación por la inflación nos lleva a pensar que, a su juicio, los tres intereses complejos mencionados —y otros que puedan motivar la pretensión de reconocimiento de nuevos derechos humanos como, por ejemplo, el interés en acceder a productos financieros básicos— carecen de la importancia suficiente. En este sentido, no creo arriesgarme demasiado al atribuir a LAPORTA la tesis *minimalista* sobre los derechos humanos que ancla tales derechos en una concepción «ligera» de lo que es correcto que se limita a especificar las condiciones mínimas de una vida decente[9].

Un asunto al que LAPORTA no le dedica demasiado tiempo pero que resulta central para poder terminar de situar su enfoque en la discusión filosófica sobre los derechos humanos es el de la relación que existe entre derechos humanos morales y legales. Respecto a esta cuestión el debate se divide en dos grandes enfoques. Por un lado están las concepciones *ortodoxas* o *humanistas* que sostienen la *tesis del espejo* según la cual el actual sistema de derechos humanos legales es un intento de cristalizar en normas jurídicas los derechos morales. Por el otro, encontramos lo que se conoce como *concepciones políticas* de los derechos humanos que niegan el estatus de estos derechos como derechos morales y los definen a partir del rol que cumplen en la práctica del sistema político internacional[10]. Al afirmar que los derechos humanos son, en esencia, derechos morales, LAPORTA se acerca a las concepciones ortodoxas pero sin solaparse del todo con ellas. Se desprende de su texto que aquellos derechos que los textos legales reconocen como humanos pero que no reúnen los requisitos para ser considerados derechos humanos morales, no son derechos humanos *en ningún sentido*. Los requisitos tan exigentes que fija LAPORTA le llevan a afirmar que los principales tratados sobre derechos humanos en realidad no hablan de derechos humanos y que los tribunales diseñados para aplicar tales instrumentos no deciden sobre derechos humanos[11]. La conclusión sorprenderá a más de uno y desde luego tiene muy mal encaje con la manera que tenemos de concebir nuestras prácticas en este ámbito. La tesis del espejo consigue evitarla distinguiendo entre derechos humanos legales —garantías jurídicas— y derechos humanos morales— títulos de carácter prejurídico—. Es posible —y criticable, según las concepciones ortodoxas— que algunos derechos humanos legales no tengan su correlato moral pero ello no necesariamente ha de llevarnos a afirmar que *no* son derechos humanos en absoluto. Son derechos humanos legales que carecen de la justificación requerida. A diferencia de la conceptualización de LAPORTA, esta distinción nos proporciona un estándar para evaluar críticamente el actual sistema de derechos humanos legales de un modo que es coherente con la interpretación de nuestras prácticas sobre derechos humanos.

Como anunciaba al principio, la estrategia de LAPORTA para abordar la inflación de los derechos humanos consiste en indagar en tres cualificaciones que tradicionalmente han formado parte de la definición de estos derechos, a saber, su carácter *universal*,

---

[9] J. RAWLS, *The Law of Peoples*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1999; J. COHEN, «Minimalism about Human Rights: The Most We Can Hope For?», *Journal of Political Philosophy*, núm. 12, 2004, 90-213.

[10] J. RAWLS, *The Law of Peoples*, nota 8 *supra*; C. BEITZ, *The Idea of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

[11] F. LAPORTA, «El concepto de derechos humanos», nota 1 *supra*, 41.

absoluto e *inalienable*. Veamos algunos de los problemas que afectan a cada una de ellas según las entiende LAPORTA.

Carácter Universal. LAPORTA se basa en este rasgo para ahondar en la idea de que los derechos humanos son derechos exclusivamente morales. Según dice, es imposible sostener que existen derechos humanos legales universales porque no podemos hablar de un sistema jurídico cuyas normas sean universales[12]. Es cierto que en la medida en que haya Estados que no han ratificado los tratados internacionales en materia de derechos humanos y los mecanismos de implementación de los mismos sean tan imperfectos como los actuales, estamos lejos de poder hablar de un sistema jurídico internacional. No obstante, a pesar de eso, podemos afirmar que los derechos humanos son universales en un sentido muy relevante. A diferencia de otros derechos individuales que emanan de los ordenamientos nacionales, los derechos humanos legales obligan a los estados —que los han incorporado en su ordenamiento— a garantizar su contenido a cualquier persona que se encuentre en su territorio. No tienen discreción para vincular la titularidad de estos derechos a la ciudadanía. Por ejemplo, el Decreto-ley 16/2012 mediante el que el gobierno del Partido Popular restringía la cobertura sanitaria de los inmigrantes en situación irregular fue criticado no solo porque vulneraba el derecho humano *moral* de los inmigrantes a la salud sino también su derecho humano legal reconocido en varios tratados suscritos por el Estado español[13].

Carácter absoluto. Según LAPORTA, los derechos humanos son derechos *prima facie* absolutos. En caso de entrar en conflicto con otras exigencias morales, prevalecen sobre estas. La única excepción es el supuesto en el que uno o más derechos humanos entran en conflicto entre sí, en cuyo caso habrá que ponderar entre ellos[14]. De nuevo, no parece que en la práctica los derechos humanos operen así. Los tribunales encargados de aplicar los derechos humanos, lo hacen teniendo en cuenta la llamada doctrina de la proporcionalidad que permite identificar en qué casos está justificado que el Estado interfiera en los derechos humanos de los ciudadanos para perseguir fines distintos a la protección de otros derechos humanos. Por ejemplo, en el caso *Hatton y otros v. Reino Unido* (STDEH 2001/567) el Tribunal Europeo de Derechos Humanos falló que las molestias que causaba el tráfico nocturno del aeropuerto de Heathrow a la señora Hatton —vecina del mismo— suponían una interferencia en su derecho a la vida privada, pero que dicha interferencia era proporcionada al fin del gobierno de promover el bienestar económico del país —y por tanto estaba justificada—. Si los derechos humanos son absolutos como sostiene LAPORTA, una de dos, o bien el derecho a la vida privada de Hatton debe poder paralizar Heathrow, o bien no debería poder hacerlo porque no es un derecho absoluto y, por tanto, no

[12] F. LAPORTA, «El concepto de derechos humanos», nota 1 *supra*, 33.

[13] Concretamente el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales; el art. 12 del Convenio sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; el art. 24 de la Convención de los Derechos del Niño; el art. 5 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; el art. 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; y el art. 11 de la Carta Social Europea.

[14] Aunque LAPORTA no apunta a ninguna regla de ponderación, parece sensato reconocer que entre los derechos humanos existen prioridades. El derecho humano a la vida, por ejemplo, es más importante que el derecho humano a la privacidad y, por tanto, siempre prevalecerá sobre este.

es un derecho humano. Si LAPORTA se inclina por la primera opción, los derechos humanos se convierten en un lastre del desarrollo y el progreso social. Prácticamente ningún derecho —excepto quizá el derecho a la vida— es absoluto en el sentido de LAPORTA. Los derechos humanos son más bien como los describe GRIFFIN: «resistentes a la ponderación, pero no excesivamente resistentes»[15]. La segunda opción también es problemática. Es importante mantener que existe un derecho humano a la vida privada para poder lamentar que en este caso se haya infringido —aunque sea justificadamente— y obligar al gobierno a poner los medios necesarios para tratar de evitar interferencias como esta en el futuro[16].

Carácter inalienable. La inalienabilidad de los derechos humanos implica su indisponibilidad por parte del propio titular de los mismos. A primera vista, algunos derechos humanos parecen claramente alienables. Por ejemplo, el derecho humano a la propiedad o el derecho humano al alimento. Tanto la propiedad como el alimento son susceptibles de ser vendidos, intercambiados o destruidos. No obstante, en estos casos podemos sostener que los derechos mencionados protegen otras cosas que sí serían inalienables como la *capacidad* de ser propietario y el *acceso* a los medios adecuados para proporcionarse alimento. Pero incluso haciendo esta maniobra interpretativa, no está claro que estos derechos sean inalienables. En realidad, como hemos visto que sucede con el carácter absoluto, es difícil encontrar derechos que posean esta cualidad. Parece razonable que los individuos puedan renunciar a su libertad de movimiento para ingresar en un monasterio o alistarse al ejercito. Tampoco es descabellado que cierto tipo de trabajos como el de agente de seguridad o guardaespaldas exijan limitaciones importantes de la libertad de expresión. LAPORTA acierta cuando señala la tensión entre la inalienabilidad de los derechos humanos y los postulados básicos del liberalismo. Pero su conclusión de limitar los derechos que merecen la consideración de humanos en aras de no agravar dicha tensión no es convincente ya que es difícil encontrar derechos cuya inalienabilidad sea compatible con el liberalismo. De hecho, para muchos liberales, hasta la propia vida debería ser alienable en supuestos en los que una enfermedad terminal grave conlleva dolor y sufrimiento. Probablemente solo sea inalienable el ámbito de la libertad individual que impide a un individuo venderse como esclavo. Siendo así las cosas, parece más sensato revisar el concepto de inalienabilidad y predicarla solo de derechos más abstractos que fundamentarían todo el sistema de derechos humanos como el derecho a ser tratado con igual consideración y respeto por parte del gobierno[17].

La amalgama de consideraciones hecha hasta aquí suscita una cuestión de carácter metodológico que me gustaría plantear antes de terminar y que tiene que ver con la función de una teoría de los derechos humanos y el rol que debe tener en ella la práctica sobre los derechos humanos. Una concepción que aspire, como parece razonable, a proporcionar un criterio para evaluar la práctica sobre derechos humanos debe distanciarse de dicha práctica pero seguir siendo reconocible como una teoría

---

[15] J. GRIFFIN, *On Human Rights,* Oxford, Oxford University Press, 2008, 37.

[16] G. LETSAS, «Rescuing Proportionality», en R. CRUFT, S. LIAO y M. RENZO (eds.), *Philosophical Foundations of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

[17] *Vid.* NICKEL, *Making Sense of Human Rights,* nota 3 *supra*; R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1977.

sobre la práctica de los derechos humanos. Debe tener en cuenta que dichos derechos han de ser estándares aplicables por nuestros tribunales. Parece que esta teoría se halla en algún lugar intermedio entre las concepciones políticas que se limitan a legitimar el *statu quo* y la concepción de LAPORTA que se erige totalmente de espaldas a la práctica.

¿SON ABSOLUTOS LOS DERECHOS HUMANOS? EL DESAFÍO DE LOS PRINCIPIOS INSTITUCIONALES

Ángeles Ródenas
Universidad de Alicante

Cuando estaba terminando la licenciatura llegó a mis manos —seguramente por recomendación de Manuel ATIENZA o de Juan RUIZ MANERO, ya no recuerdo bien— un artículo de un tal F. LAPORTA titulado «Sobre el concepto de derechos humanos»[1]. Si soy sincera, al principio no entendí gran cosa del mismo pero, como tengo un carácter empecinado, volví a releerlo una y otra vez hasta adquirir una comprensión aceptable de los problemas abordados en el texto. Ese artículo, que tanto me costó inicialmente de comprender, ha sido, sin embargo, uno de los trabajos de filosofía del Derecho a los que más debo y que más decisivamente ha estructurado mi pensamiento cada vez que he tenido que plantearme la compleja cuestión de las relaciones justificativas en el Derecho. Es por ello, y por la feliz coincidencia de que Liborio HIERRO termina de publicar un libro sobre los derechos humanos[2] —que estimo se va a convertir en un clásico sobre la materia— por lo que he escogido este aspecto de la obra de ambos autores para mi contribución a su homenaje.

Tomaré como punto de partida las reflexiones de LAPORTA respecto de uno de los rasgos que comúnmente se predican de los derechos humanos: su carácter absoluto. Seguidamente mostraré algunos casos paradigmáticos en los que asumimos que ciertos principios institucionales limitan justificadamente el ejercicio de derechos fundamentales, lo que me llevará a cuestionar la antedicha caracterización de los derechos humanos como derechos *absolutos*. Concluiré apuntando ciertas similitudes inquietantes entre alguna de las tesis que asumo en mi análisis y determinados postulados del comunitarismo y del consecuencialismo.

1. PLANTEAMIENTO: EL CARÁCTER ABSOLUTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

De acuerdo con el análisis de LAPORTA[3], cuando se afirma que los derechos humanos son absolutos, lo que se pretende subrayar es la idea de que constituyen una

[1] *Cfr.* F. LAPORTA, «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 4, 1987, 23-45.

[2] Cfr. L. HIERRO, *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*, Marcial Pons, 2016.

[3] *Cfr.* F. LAPORTA, *op. cit.,* 36-42.

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.32

exigencia moral particularmente fuerte. En concreto, los derechos humanos serían «enunciados morales incomparables con todos aquellos otros enunciados morales que no atribuyen derechos; es decir, que no pueden ser puestos en una balanza para ser contrapesados, y eventualmente desplazados, por consideraciones que no incorporen derechos, aunque sean considerados morales». Así pues, «los enunciados morales que describen y atribuyen derechos son requerimientos más fuertes que los demás enunciados morales y que, por tanto, en caso de conflicto, los desplazan necesariamente».

Siguiendo con el análisis de LAPORTA, que los derechos humanos sean concebidos como los requerimientos morales más fuertes que se dan en el discurso moral no significa que no puedan ser nunca desplazados: lo pueden ser por requerimientos morales equivalentes en conflicto con ellos, es decir, por otros derechos humanos. «Solo cuando nos encontramos frente a un conflicto de derechos humanos —señala LAPORTA— cabe pensar en el desplazamiento justificado de uno de ellos en favor del otro». En suma, «se dice que los derechos humanos son absolutos porque en caso de conflicto con demandas morales colectivas o con demandas individuales no constitutivas de derechos, logran imponerse a ambas, desplazándolas»[4].

2. EL DESAFÍO DE LOS PRINCIPIOS INSTITUCIONALES

A continuación me voy a plantear hasta qué punto esta caracterización de los derechos humanos como absolutos es compatible con la inclusión de razones institucionales en las deliberaciones prácticas. Partiré de algunos casos paradigmáticos procedentes de nuestras prácticas jurídicas en los que asumimos ciertas limitaciones a los derechos fundamentales por consideraciones institucionales. Para empezar, nos resultan familiares algunos supuestos en los que los jueces y tribunales se ven obligados a la hora de tomar decisiones a autorestringirse en su función de protección de los derechos fundamentales en virtud de principios institucionales como el de legalidad o el de deferencia al legislador. Así, por ejemplo, el principio de legalidad en materia tributaria impide que los jueces o tribunales puedan modificar o suprimir tributos, aun cuando estimen que estos pueden ser lesivos para el principio de igualdad tributaria[5].

---

[4] *Cfr.* L. LAPORTA, *op. cit.,* 42.

[5] De ahí el carácter tan polémico que tuvo la STC 45/1989 que declaró la inconstitucionalidad del sistema de acumulación de rentas entre los integrantes de la unidad familiar por ser incompatible con el principio de igualdad (art. 14 CE). Pese a que la sentencia restringió los efectos del fallo, negando que las liquidaciones efectuadas anteriormente con arreglo a ese sistema declarado inconstitucional pudieran ser revisadas, hubo bastante consenso entre la doctrina en el sentido de que el TC «habría superado los límites del juicio de igualdad, al que se considera ajeno el planteamiento propio del "control de adecuación", al entrar a valorar si la regulación adoptada es o no la más oportuna, olvidando con ello que el principio de proporcionalidad, especialmente en el ámbito económico, solo pone límites extremos a la libertad de apreciación y decisión del legislador, límites que únicamente pueden ser traspasados si sus consideraciones son tan abiertamente falsas que no pueden ofrecer ningún fundamento racional para decisiones legislativas» [*Cfr.* J. J. ZORNOZA, «Aspectos constitucionales del régimen de tributación conjunta en el IRPF (Comentario a la STC 45/1989, de 20 de febrero)», en *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 27, 1989, 175; J. JIMÉNEZ CAMPO, «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», en *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 9, 1983, 110 y ss.; C. PALAO TABOADA, «La unidad familiar ante el Tribunal Constitucional», en *RJE. La Ley,* núm. 2.139, 1989, 5, quien afirma sobre la sentencia que «incurre en el defecto de exceder los límites propios de la justicia

Pero, además, algunas instituciones jurídicas están diseñadas precisamente para hacer prevalecer en determinadas circunstancias consideraciones institucionales sobre derechos fundamentales[6]. Este sería el caso, por ejemplo, de la prisión provisional que limita —entre otras libertades básicas— la libertad de circulación de un individuo en aras a preservar la efectividad del proceso penal. Otro tanto cabría decir de los estados de excepción y sitio, que suspenden la garantía de derechos fundamentales en aras de la preservación de la estabilidad del sistema jurídico como un todo. También la presunción de validez que acompaña a los actos y a las normas jurídicas o el carácter definitivo de las decisiones de última instancia obedecerían a la necesidad de preservar la eficiencia de la maquinaria judicial, aún a costa de sacrificar determinados derechos fundamentales de carácter sustantivo[7].

Lo que tienen en común principios como el de legalidad o el de deferencia al legislador, instituciones como la prisión provisional, el estado de excepción o sitio, o la cosa juzgada, y presunciones como la de validez de los actos y las normas jurídicas es que todos ellos constituyen ejemplos de mecanismos jurídicos concebidos para la protección de la dimensión institucional del Derecho en caso de conflicto con derechos fundamentales.

No obstante, si abrimos la puerta del razonamiento práctico a razones institucionales, ¿no estaremos contraviniendo un presupuesto fundamental del liberalismo ético, cual es que solo los individuos son agentes morales? Habida cuenta de que si se le atribuye valor a la subsistencia del sistema jurídico o a su eficiencia es porque tales estados de cosas se consideran valiosos para la vida de los sujetos, no me parece que su protección por parte del Derecho tenga en principio porque ser incompatible con el liberalismo ético: la razón por la que el Derecho se blinda frente a consideraciones sustantivas o materiales que él mismo reconoce es garantizar la existencia y la estabilidad de un marco institucional necesario para la supervivencia de los individuos en sociedad.

Ahora bien, a diferencia de lo que sucede con los derechos fundamentales, los bienes o estados de cosas institucionales que se consideran valiosos para la vida de los sujetos no se adscriben a los individuos; no configuran derechos fundamentales que adscribamos a ningún individuo. Por tanto, la dimensión institucional del Derecho impone exigencias que limitan el logro de derechos fundamentales que el propio Derecho trata de realizar. Pero, entonces, ¿cómo puede algo que no es un derecho humano poner límites al ejercicio de derechos fundamentales? ¿No resulta esta idea incompatible con el carácter absoluto de los derechos humanos a la que antes me he referido?

Una forma de sortear esta cuestión consistiría en sostener que la moral no entiende de razones institucionales, sino solo de razones sustantivas: el discurso jurídico impondría exigencias institucionales que son ajenas al discurso moral. Tan pronto como en la deliberación práctica incorporamos consideraciones basadas en razones institucionales abandonamos el territorio del discurso moral e ingresamos en el del discurso

---

constitucional, invadiendo la esfera de la discrecionalidad legislativa», y H. P. SCHNEIDER, «Jurisdicción constitucional y separación de poderes», en *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 5, 1982, 51].

[6] *Cfr.* ATIENZA y RUIZ MANERO, «La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica», *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 24, 127.

[7] Sobre la presunción de validez que acompaña a los actos y a las normas jurídicas cfr. A. RÓDENAS, *Los intersticios del Derecho*, Marcial Pons, 2012, p. 61.

jurídico, con reglas de juego distintas[8]. Pero esta me parece una solución insatisfactoria: puesto que la preservación de la vigencia del sistema jurídico y de cierta eficiencia de su «maquinaria» es necesaria para la consecución de los derechos humanos de los individuos, un discurso moral incapaz de dar cuenta de las limitaciones impuestas por razones institucionales me parece un ejercicio argumentativo perfectamente inútil y gratuito; las razones institucionales me parecen tan necesarias para la arquitectura del razonamiento moral como lo son los derechos humanos. Otra cosa completamente diferente —y de la que no me puedo ocupar aquí— es que para determinar cómo se incardinan en el razonamiento moral tales razones necesitemos acudir a modelos de reflexión del tipo *lo segundo mejor*.

Ahora bien, asumir que las razones institucionales deben ser tenidas en cuenta en el discurso moral tampoco puede llevarnos al extremo opuesto, que consistiría en mantener que los principios institucionales deben derrotar siempre a los principios sustantivos. Afirmar algo así supondría incurrir en el mismo tipo de error que el positivismo ideológico: si se admite que la preservación de la dimensión institucional del Derecho es un estado de cosas valioso para los individuos, no se ve porque no pueda haber otros bienes o estados de cosas de carácter material o sustantivo cuya preservación deba ser, en ocasiones, más importante; es decir, la salvaguarda de la dimensión institucional del Derecho no puede ser el bien supremo o absoluto.

Por tanto, los principios institucionales forman parte, junto con los derechos fundamentales, del núcleo esencial de las razones justificatorias del Derecho: en abstracto vinculan con idéntica fuerza a los operadores jurídicos; no mantienen una relación ni de prevalencia ni de subordinación respecto de los derechos fundamentales o principios sustantivos. En muchos casos los principios institucionales no tendrán suficiente peso como para desplazar a la solución basada en la garantía de los derechos fundamentales, pero en algunos otros supuestos, sí tendrán peso suficiente como para imponerse sobre los principios sustantivos. Por cierto que asumir una tesis de estas características no tiene porqué llevarnos a suscribir el particularismo ético, siempre y cuando seamos capaces de expresar las relaciones de prioridad entre principios sustantivos e institucionales que afloran a la luz de los casos particulares mediante reglas con una vocación universal: la misma solución para los mismos casos genéricos.

3. DOS INQUIETUDES GENUINAS

Puesto que creo haber mostrado la plausibilidad de la tesis de que los principios institucionales prevalecen en algunos casos sobre los principios sustantivos, hay dos inquietudes que se me plantean y que no puedo más que dejar apuntadas aquí.

---

[8] Este podría ser el punto de vista sostenido por ATIENZA y RUIZ MANERO cuando señalan que «de entrada, el discurso moral ordinario está abierto a todas las razones relevantes, no está sujeto a plazos y la solución de las controversias no depende en él de órgano autoritativo alguno, sino del consenso unánime, por lo demás siempre revisable, de los afectados. Pero es precisamente por estas características por lo que el discurso moral es necesariamente deficitario o insuficiente como método de resolución de los conflictos. Podríamos decir que el carácter institucional del discurso jurídico —entendiendo ahora institucional en el sentido de «regimentado»— es condición necesaria de la superación de los déficits operativos del discurso moral» (*Cfr. op. cit.,* 129).

3.1. La deriva comunitarista

La primera de mis preocupaciones tiene que ver con el inquietante paralelismo entre alguna de las tesis que he suscrito y el postulado central del comunitarismo. Recordemos que el fundamento de los principios institucionales no se encuentra en ningún derecho fundamental o derecho humano; por el contrario, los principios institucionales se fundamentan en el valor singular o cualificado que le atribuimos al Derecho en su conjunto o a determinadas instituciones jurídicas. Esta diferencia en cuanto a su justificación parece sugerir la idea de que los derechos fundamentales y los principios institucionales presentan una morfología diferente: los primeros solo los atribuimos a los individuos; mientras que los segundos los atribuimos a otro tipo de entidades: el Derecho y las instituciones jurídicas.

Pues bien, como es sabido, el comunitarismo defiende que ciertas asociaciones de individuos son portadoras, en sí mismas, de intereses dignos de protección; intereses que pueden coincidir o no con los de los individuos que las componen. En caso de conflicto entre los intereses de la comunidad y los derechos fundamentales de los individuos, el comunitarismo mantiene que los intereses de la comunidad pueden prevalecer respecto de los de los individuos. Así, por ejemplo, puesto que la lengua es un elemento identitario de la comunidad, su protección puede ser impuesta a los sujetos que componen la comunidad con independencia de cuáles sean sus deseos o intereses. Para el comunitarismo menos radical esta prevalencia de los intereses comunitarios se fundamenta en la *vital importancia que para el desarrollo del plan de vida de los individuos* tiene su pertenencia a una comunidad.

Me parece turbador que este razonamiento guarde cierta similitud con el planteamiento expuesto en el epígrafe anterior, de acuerdo con el cual el juego de los principios institucionales en el razonamiento práctico se funda en la idea de que el Derecho y las instituciones jurídicas son *necesarias para el desarrollo de los planes de vida de los individuos*, lo que eventualmente puede suponer que sus derechos fundamentales cedan cuando el entramado institucional del Derecho pueda verse seriamente afectado.

No creo que la inquietud que estoy planteando sea imposible de resolver, pero solo puedo dejar aquí apuntado el problema como un reto al que habría que dar respuesta si no se quiere transitar por los populosos jardines del comunitarismo.

3.2. La deriva consecuencialista

La imposibilidad de fijar una jerarquía axiológica en abstracto entre principios sustantivos y principios institucionales me suscita una segunda inquietud: inevitablemente el cálculo racional de consecuencias formará parte del razonamiento que, ante cada caso concreto, será necesario llevar a cabo para determinar la prevalencia de uno u otro tipo de principios. El peso de los principios institucionales vendrá dado por la gravedad de los efectos que en cada caso concreto su inaplicación produzca en la dimensión institucional del Derecho que se pretenda proteger por medio de tales principios: la gravedad de tales efectos podría ordenarse en una escala, en uno de cuyos extremos estaría la completa inocuidad para la dimensión institucional del Derecho, y

en el otro su absoluto colapso, de manera que el orden en la escala de gravedad de los efectos vendrá dado por el cálculo de las consecuencias que en cada caso se sigan para la dimensión institucional del Derecho.

Tan pronto como reparamos en la importancia que el cálculo de consecuencias tiene para resolver los conflictos entre principios sustantivos y principios institucionales, surgen dos dificultades. La primera de ellas es si, al asumir que la resistencia de un derecho fundamental puede ser minada por un principio institucional, no estaremos haciendo una cesión inaceptable al consecuencialismo ético. Reparemos en que son cálculos de consecuencias basados en los efectos que se siguen para las instituciones jurídicas los que van a poner límites a principios sustantivos vinculados a derechos humanos. Cuando introducimos el contexto institucional en el razonamiento práctico, este deja de estar guiado solo por consideraciones morales deontológicas, puesto que abrimos la puerta de entrada en el razonamiento práctico a cálculos consecuencialistas; cálculos que pueden derrotar a las razones deontológicas aportadas por los derechos humanos.

El segundo problema al que voy a referirme es menos trascendental que el anterior, pero no deja de ser preocupante. Es usual achacarle al consecuencialismo ético la ausencia de un método fiable para medir las consecuencias de las acciones. El consecuencialismo institucional al que abocan los principios institucionales tampoco puede sustraerse a esta crítica. ¿Cómo calibrar fielmente la gravedad de las consecuencias que de la inaplicación de un principio institucional se derivan en cada caso concreto para la dimensión institucional del Derecho?

En suma, parece que la plausibilidad de que los principios institucionales puedan prevalecer en algunos casos sobre los principios sustantivos nos lleva a asumir algunos planteamientos que guardan inquietantes similitudes con ciertas tesis del comunitarismo y del consecuencialismo ético. Delimitar qué aspectos de ambas concepciones éticas son asumibles e identificar cuáles son los límites de la incorporación de tales planteamientos requiere una elaboración teórica mucho más sofisticada que la que aquí puedo permitirme, por lo que me he limitado dejar apuntadas ambas inquietudes.

5. CODA FINAL

Antes de concluir este trabajo es de estricta justicia destacar que nada de lo que con rigor se ha producido sobre los derechos humanos en las últimas décadas en nuestro ámbito cultural —y tanto menos esta modesta contribución— hubiera sido posible si previamente Paco LAPORTA y Liborio HIERRO no se hubieran aventurado en el selvático territorio de los derechos humanos, abriéndonos, a golpes de afinadas distinciones conceptuales, transitables senderos a los que hemos ido más atrás.

SOBRE POSITIVISMO JURÍDICO, UNA VEZ MÁS

Miguel Ángel Rodilla
Universidad de Salamanca

INTRODUCCIÓN

No es un secreto que desde hace décadas el positivismo jurídico ha entrado en una crisis de identidad. Tras la ofensiva liderada por Ronald DWORKIN, el reparto de la herencia de HART ha conducido a una situación en la que la multiplicación de variantes del positivismo ha ido acompañada de una difuminación de los contornos. Liborio HIERRO y Paco LAPORTA parecen adscribirse a la posición conocida como «positivismo normativo», que tiene en Tom CAMPBELL el representante más conspicuo. No puedo entrar a discutir esa posición ni la forma como HIERRO y LAPORTA se insertan en ella. Afortunadamente, en su instructivo trabajo «¿Por qué ser positivista?» (*Doxa* 25, 2002) HIERRO ha formulado de un modo directo y muy articulado su posición. Tomando pie en ese artículo volveré sobre la fatigada discusión en torno al positivismo. Ateniéndome a la caracterización que ofrece HIERRO, esbozaré unos pocos comentarios, no con la intención de rebatir sus argumentos sino más bien de continuar su reflexión hasta un punto en el que tal vez tenga sentido suscitar la pregunta ¿por qué seguir auto-etiquetándose como positivista?

1. TRES TESIS

«Positivismo jurídico» es el cómodo rótulo con el que designamos un conjunto variado de doctrinas que presentan diferencias importantes en presupuestos y tesis. Mediado su artículo (pp. 279 y ss.), HIERRO, con el fin de definir su objeto, formula en los siguientes términos tres tesis que él considera características del positivismo jurídico:

1. la «tesis social», conforme a la cual «el derecho es un fenómeno de origen social o, dicho de otro modo, [...] las fuentes del derecho son meramente convencionales»;
2. la «tesis de la identificación», conforme a la cual «las proposiciones sobre la existencia de un sistema jurídico y las proposiciones sobre la existencia de una norma jurídica son proposiciones meramente descriptivas y, por ello, veritativas»; y finalmente,
3. la «tesis de la separación», conforme a la cual entre derecho y moral solo puede haber a lo sumo una conexión contingente: «no hay ninguna conexión necesaria

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.33
DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, edición especial (2017) ISSN: 0214-8676 pp. 217-222

entre el derecho y la moral» de modo que «la afirmación de que algo es derecho no contiene necesariamente ningún juicio de valor».

HIERRO caracteriza la primera como una «tesis ontológica», la segunda como una «tesis gnoseológica» y la tercera como una «tesis axiológica».

2. TRES COMENTARIOS

No resulta enteramente claro si hemos de tomar esas tres tesis como tesis *características* del positivismo o más bien como tesis *mínimas* que una teoría necesita defender conjuntamente para poder ser catalogada como positivista. Más adelante volveré incidentalmente sobre este punto. Sin entrar de momento en él, voy a comentar brevemente cada una de esas tesis, añadiendo algunas puntualizaciones que, si son correctas, tal vez nos sitúen ante un horizonte teórico más allá del positivismo.

2.1. La tesis social

No tengo dificultad en aceptar la tesis de que el derecho es un fenómeno de origen social, una entidad convencional —siempre que se añada que no es un fenómeno *puramente* convencional, una convención *pura,* y que, aunque sus reglas son convencionales, no son (necesariamente) *convenidas*—.

Para aclarar este punto puede ser instructiva la comparación entre el derecho y los juegos. *Por una parte,* los juegos son convenciones puras, entidades puramente convencionales: sus reglas son enteramente arbitrarias y regulan actividades construidas por el juego mismo y que no existen fuera del universo del juego. Eso explica que la posibilidad de crear juegos sea virtualmente infinita; y que muy a menudo entre las reglas de diferentes juegos no haya semejanzas en cuanto al contenido. El derecho, en cambio, no puede ser concebido como una convención pura en este sentido, si por derecho entendemos el sistema normativo «supremo» de una sociedad (J. RAZ), con autoridad para regular todas los aspectos de la vida humana susceptibles de ser regulados por normas. Sin necesidad de afirmar que es una entidad natural, el derecho está muy estrechamente vinculado a las exigencias de la reproducción social de la vida humana, y eso parece imponerle ciertas exigencias en cuanto al contenido. La doctrina de HART sobre el «contenido mínimo del derecho natural», que tantos malentendidos ha suscitado, llama la atención sobre este punto. *Por otra parte,* la participación en los juegos es voluntaria, y el sometimiento a sus reglas está libremente asumido. En cambio, quienes están sujetos a un sistema jurídico lo están incluso contra su voluntad, aunque no acepten sus reglas.

Esta puntualización a la «tesis social» es casi trivial, pero no carece de consecuencias. El carácter puramente convencional y voluntario acoraza a las reglas de los juegos frente a la crítica moral: las reglas de los juegos pueden ser complejas o estúpidas, estimulantes o aburridas, pero carece de sentido preguntarse si son justas o injustas para los jugadores. Como es sabido, una caracterización del derecho como convención pura, precisamente como un juego, condujo a HOBBES a negar que la cuestión de la justicia sea aplicable a las normas jurídicas: «ninguna ley puede ser injusta. La ley es hecha por el poder soberano,

y todo cuanto hace tal poder está autorizado por cada uno de los que integran el pueblo, que lo toman como cosa suya; y nadie puede decir que es injusto lo que todos toman de este modo. Con las leyes de una república ocurre como con las leyes del juego: nada de lo que acuerden todos los jugadores es injusto para ninguno de ellos» (*Leviatán,* cap. 30). Pero a diferencia de los juegos el derecho no es una entidad puramente convencional, ni sus reglas son (necesariamente) asumidas de forma voluntaria por quienes están sometidos a ellas. Que ostente la pretensión de regular de forma comprehensiva la conducta humana y se imponga a las personas contra su voluntad explica que el derecho esté permanentemente sujeto a la cuestión de la justicia: determina de modo tan decisivo las expectativas vitales de las personas que le es inherente la pretensión de justicia y está crónicamente sujeto a la presión de la justificación moral. Pero aceptar esto no compromete en modo alguno a defender la tesis de que la justicia forma parte de las condiciones de validez del derecho, de modo que «derecho justo» sería una expresión redundante y «derecho injusto» una contradicción en los términos: «pretensión de justicia» no es «justicia».

2.2. La tesis de la identificación

Afirmar que las proposiciones sobre la existencia de las normas jurídicas son «meramente descriptivas y por ello veritativas» subestima el papel de la interpretación en el derecho.

Tal como HIERRO la formula, su segunda tesis se ajusta a la distinción kelseniana entre *Rechtsnorm* y *Rechtssatz,* entre «norma jurídica» y «proposición jurídica»: las *normas* jurídicas, en cuanto oraciones deónticas, no son accesibles a la cuestión de la verdad; en cambio, las *proposiciones* jurídicas, que KELSEN concibe como aserciones sobre la existencia (validez) de las normas jurídicas, pueden, como todo enunciado asertórico, ser discutidas como verdaderas o falsas. Esta distinción tiene, entre otras, la función de asegurar la pretensión de verdad (y la sujeción a los principios lógicos) de la ciencia jurídica sin necesidad de trasladarla al sistema jurídico mismo. Ahora bien, entendida en estos términos, la tesis de la identificación es simplificadora, en la medida en que pasa por alto la distinción entre *disposición jurídica* y *norma jurídica*[1]. Las normas jurídicas no se leen inmediatamente en los textos legales, sino que son el resultado de procesos de interpretación de las disposiciones jurídicas emitidas por los órganos de producción del derecho. Entre los enunciados normativos producidos por el legislador y las normas jurídicas media, pues, un proceso de interpretación. Pero una vez que se admite esto, la concepción puramente descriptivista de las proposiciones jurídicas (y de la ciencia jurídica) se vuelve problemática.

Identificar los actos de producción de normas y las disposiciones jurídicas puede ser una tarea relativamente sencilla —una tarea que concluye, por cierto, en la formulación de proposiciones «meramente descriptivas y por ello veritativas». La presencia de desacuerdos teóricos a propósito del derecho vigente, que son moneda corriente entre los juristas, indica que identificar las *normas* que forman parte del sistema requiere poner

[1] *Vid.* R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme,* Torino, Giappichelli, 1990 (cap. 1) y *Distinguiendo,* Barcelona, Paidós, 1993 (cap. 2 de la segunda parte); sobre la relevancia de esa distinción para la teoría de la interpretación, *vid.* también *L'interpetazione dei documenti normativi,* Milano, Giuffrè, 2014 (espec. caps. V y VII).

en marcha un complejo proceso de interpretación en el que inevitablemente entran en juego razones justificatorias subyacentes. Las reflexiones de DWORKIN sobre la forma como los jueces resuelven los «casos difíciles» indican que de forma expresa o tácita ese proceso de interpretación está gobernado por principios que, incluso cuando han sido reconocidos por el legislador, no son propiamente convencionales. Y, frente a una opinión bastante extendida, creo que esto vale no solo para los casos difíciles y en el marco de sistemas jurídicos que explícitamente reconocen principios morales como normas superiores: por un lado, casos fáciles son aquellos en los que no se presenta conflicto entre las reglas y sus justificaciones implícitas y por eso los principios subyacentes pueden quedar latentes en el proceso de interpretación[2]; por otro, en los sistemas jurídicos en los que el legislador no reconoce explícitamente principios el recurso a principios implícitos es inevitable, si es que lagunas y antinomias han de resolverse en el marco del sistema.

En estas condiciones la tesis de la identificación, tal como la formula HIERRO, es vulnerable. Pero en realidad no resulta claro que HIERRO mismo la acepte. En efecto, examinando la posición del llamado «positivismo inclusivo» él mismo parece ponerla en duda: «creo que la validez de las normas *puede* presentar un carácter controvertido en cualquier sistema jurídico y no solo sobre la base de su confrontación con un punto de vista moral» (292); y más adelante afirma que es «dudosa» la «posibilidad de construir una Ciencia del Derecho meramente descriptiva y libre de valoraciones» (298). Si esto es así, se diría que podemos eliminar la tesis de la identificación del catálogo de tesis mínimas del positivismo.

2.3. La tesis de la separación

HIERRO considera la tesis de la separación entre derecho y moral como la tesis fundamental del positivismo: «constituye la base de las otras dos» (p. 280). De hecho es en ella en la que centra su atención. Pero es interesante señalar que la caracteriza como una tesis axiológica y no primariamente como una tesis ontológica: «la tesis de la separación se sostiene en un sentido ético normativo, que [...] formula un observador-crítico o un participante desde un punto de vista moral propio o crítico [...] La tesis de la separación es una tesis fundamentalmente axiológica y no, como con mucha frecuencia se entiende, una tesis ontológica» (p. 284). Esta afirmación resulta sorprendente, pues si no es una tesis ontológica sino axiológica, la tesis de la separación no nos dice nada sobre el derecho sino más bien sobre cómo debemos conducirnos en relación con él. Se diría, pues, que hemos de interpretarla como una tesis de teoría moral más que de teoría del derecho: hay razones morales para que en nuestro trato con el derecho (en particular, en los procesos de aplicación de normas) *debamos* concebirlo como independiente de la moral, *incluso si realmente no lo fuera.*

Ahora bien, si no fuera posible defender la tesis de la separación como tesis ontológica ¿puede ser aceptable como tesis axiológica?[3]. Y si, por el contrario, es acepta-

[2] *Vid.* M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, «Sobre principios y reglas», *Doxa,* núm. 10, 1991, 117.

[3] Por lo demás, si la tesis de la separación no es una tesis ontológica sino axiológica, y es «la base» de las otras dos tesis, ¿hemos de entender que en algún sentido la tesis social y la tesis de la identificación se fundamentan en consideraciones morales?

ble como tesis ontológica, ¿no resulta innecesario defenderla como tesis axiológica? No voy a ocuparme de estas preguntas. Más me interesa entender la posición de HIERRO. Al caracterizar la tesis como «tesis axiológica», HIERRO parece querer defender al mismo tiempo la conexión *y* la separación de derecho y moral. Para disolver la apariencia paradójica de esta formulación basta con introducir la distinción entre moral positiva y moral crítica. Y entonces la tesis reza: el derecho está conectado con la moral positiva y separado de la moral crítica (o, en una versión más débil, conectado solo contingentemente con ella). Como ya he dicho, a todo sistema jurídico le es inherente una pretensión de justicia. Esto no significa que encarne tales o cuales principios morales, sino que encarna *alguna* concepción moral particular. En este sentido el derecho está conectado a la moral —solo que a una moral *positiva.* HIERRO avala explícitamente esta conclusión[4]. Pero que el derecho positivo esté conectado a una moral positiva no impide que siga abierto a la crítica moral. En este sentido está separado de la moral —solo que de la moral *crítica* de quien observa el sistema sin comprometerse con él—. Así pues, si mi interpretación es correcta, al caracterizar la tesis de la separación como tesis axiológica HIERRO quiere preservar la separación entre el derecho y la moral *crítica,* aceptando en cambio la conexión entre el derecho y la moral *positiva.*

Para precisar un poco más hay que introducir una puntualización a propósito de la distinción, no poco confusa, entre moral positiva y moral crítica. Esa es más una distinción de perspectivas que de contenidos normativos. Al comienzo dije que el derecho positivo no es un conjunto de convenciones puras. Ahora he de añadir que tampoco lo es la moral positiva. Si entendemos la moral positiva precisamente como moral y no como una mera colección de convencionalismos sociales, le es inherente una pretensión de rectitud que actualizan continuamente quienes están sujetos a ella como participantes desde el punto de vista interno: a estos se impone con la fuerza de lo incondicional. Pero naturalmente la pretensión de rectitud de las normas de una moral positiva puede resultar injustificada desde el punto de vista de aquel que la considera críticamente.

Esto explica una peculiaridad de la situación normativa de los tribunales. Cuando aplican las normas jurídicas, los tribunales tienen que adoptar frente al derecho la actitud interna del participante-aceptante; en particular, tienen el deber institucional de tomarse en serio los principios internos del sistema en su condición de principios morales genuinos y no de meras convenciones. Y precisamente por eso, en el ejercicio de su función, quienes ocupan esos órganos han de dejar al margen los principios morales que ellos mismos, como ciudadanos, consideran correctos, y que desde la perspectiva del observador pueden esgrimir críticamente contra las normas vigentes. En este sentido los órganos de aplicación del derecho tienen que actualizar en su práctica institucional la conexión y al mismo la diferenciación entre derecho y moral.

---

[4] En pp. 280 y ss. considera contraintuitivas las tesis: (1) de que puede existir algún «sistema jurídico que no incluya entre sus normas ninguna creencia y/o regla de la moralidad positiva de esa sociedad» y (2) de que puede existir «algún sistema jurídico sin que exista alguna creencia y/o regla de la moralidad positiva de esa sociedad [...] que establezca la obligación moral [...] de obedecer las normas jurídicas». «Ambas afirmaciones —dice HIERRO— parecen contradecir toda la evidencia empírica disponible».

3. CODA

Como ya he señalado, en el abigarrado panorama del positivismo posthartiano Liborio HIERRO y Paco LAPORTA engrosan las filas de lo que conocemos como «positivismo normativo» o «positivismo ético». Pero, si no interpreto erróneamente, defienden el positivismo por razones ligeramente diferentes.

HIERRO lo defiende porque cree que mantener viva la conciencia sobre la separación del derecho y la moral facilita una actitud crítica frente al derecho positivo: «La gran virtualidad de la tesis de la separación no estriba, ni solo ni principalmente, en la dudosa posibilidad de construir una Ciencia del Derecho meramente descriptiva y libre de valoraciones, sino en la posibilidad de mantener un punto de vista moral frente al Derecho positivo libre de determinaciones fácticas» (298). LAPORTA, en cambio, ve en el positivismo jurídico una defensa contra una moralización espuria, no ya del derecho mismo sino de la práctica de aplicación del derecho, especialmente por los jueces —una moralización que en su opinión pone en peligro el principio del imperio de la ley, y con ello la seguridad jurídica y la predecibilidad de las consecuencias de las acciones de los individuos, dañando su autonomía; y bajo el rótulo de «ética del legalismo»[5], apoya su defensa del positivismo en los principios políticos de un Estado democrático de derecho, en particular en el principio de la soberanía popular y la división de poderes. En ambos casos en su defensa del positivismo, precisamente en su variante normativa, LAPORTA y HIERRO enlazan con los impulsos políticos y morales de la ilustración.

La pregunta que dejaré formulada, para terminar, es si en el contexto actual la invocación del positivismo es todavía necesaria como signo de fidelidad a los ideales de la ilustración. Desde finales del siglo XVIII el positivismo jurídico se autodefinió reactivamente por oposición al iusnaturalismo y su concepción metafísico-teológica del derecho. Entre tanto el panorama yusfilosófico se ha transformado de tal modo que es inevitable preguntarse si la alternativa «o iusnaturalismo o positivismo» está ya a la altura de la elaboración teórica alcanzada. Por lo demás, una vez que el iusnaturalismo está en franco retroceso, declararse positivista ¿frente a qué?, ¿frente a corrientes, como las denominadas «principialismo» y «(neo)constitucionalismo», que se mueven en un espacio que se encuentra más allá de la vieja alternativa? Cuando las tesis positivistas se han visto forzadas a reformularse una y otra vez, y han encarnado en tantas variantes enfrentadas entre sí, ¿tiene sentido seguir insistiendo en proclamarse positivista? ¿Por qué no discutir los problemas desentendiéndose de etiquetas que ya resultan simplificadoras?

[5] Incidentalmente LAPORTA ofrece una caracterización apretada de su posición como «positivismo normativo, positivismo ético, o [...] ética del legalismo» (*El imperio de la ley,* Madrid, Trotta, 2007, 151), haciendo equivalentes etiquetas que no apuntan exactamente en la misma dirección.

LA PREOCUPANTE DELGADEZ DEL IMPERIO DE LA LEY, LA LIBERTAD PERDIDA Y OTRAS DUDAS FILOSÓFICAS

Luis Rodríguez Abascal
Universidad Autónoma de Madrid

Hacia Paco y Liborio tengo mucho cariño, deudas de gratitud impagables, muchos acuerdos y algunas dudas sobre su obra. De un poco de cada cosa voy a hablar a continuación.

De Paco envidio su fabulosa capacidad, de la que carezco absolutamente, de aislar y describir en dos frases el núcleo de los problemas más complicados, la destreza de su escritura y el sentido del humor socarrón y provocador, que todavía hoy, recién jubilado, conserva la inocua malicia del niño travieso. Además, valoro extraordinariamente su crítica razonada al nacionalismo en condiciones de verdadero riesgo y en franca soledad en la universidad española. De Liborio, envidio sus conocimientos de práctica jurídica, su agudeza y rapidez dialécticas, la gravedad imponente, que modula y rompe a su antojo con una sonrisa o una buena broma, y admiro su eficacia, organización y coherencia personal e intelectual. También su capacidad de encontrar geometrías improbables donde los demás solo vemos desorden.

Sin el empujón de Paco, no me habría ido nunca por primera vez a los Estados Unidos, donde gracias a una carta suya llena de superlativos inverosímiles recibieron a aquel estudiante de doctorado apocado, justificadamente inseguro y con la tesis menos que a medias, tomándolo en serio, para mi pasmo y terror. Sin la generosidad de Liborio, me habría perdido dos experiencias formativas y de verdadero disfrute académico insustituibles: dos cursos suyos a los que me permitió asistir de oyente, uno de Ética y Derechos Humanos en 1998 y su último curso de Teoría del Derecho, en 2015.

La claridad, el rigor, el orden, la agudeza y la profundidad de los dos, en sus clases y en sus textos, son un modelo para mí. Aunque ambos han hecho lo posible por confundirme con su cercanía, afecto y disponibilidad, siempre he tenido muy presente la distancia intelectual que nos separa. De la relectura de sus trabajos para preparar este breve texto, esa convicción ha salido muy reforzada. Si para Manuel ATIENZA han sido dos hermanos mayores, para mí han sido más bien dos tíos cercanos a los que admiro y quiero mucho y de los que me habría gustado haber podido heredar siquiera un lejano parecido de familia.

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.34
DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, edición especial (2017) ISSN: 0214-8676 pp. 223-228

1. COMUNITARISMO Y NACIONALISMO

Releyendo a Paco en busca de ideas para esta contribución he descubierto que mi deuda intelectual con él es todavía mayor de lo que siempre había pensado. En su artículo en *Doxa* de 1995, titulado «Comunitarismo y nacionalismo», esbozó ideas que incorporé en mi tesis y luego en mi libro sobre nacionalismo sin ser muy consciente de ello y, por tanto, sin citarlo tanto como habría debido. Mi discrepancia con la tesis central de aquel artículo me ocultó durante demasiado tiempo que allí había leído ideas que comparto y que me han sido muy útiles para armar mi propia perspectiva.

En realidad, Paco formulaba su conclusión con suma cautela. Se limitaba a afirmar que algunos corolarios del nacionalismo podrían ser justificados desde la lógica interna comunitarista. Eso me habría parecido inobjetable si hubiese sido lo único que sostenía. Del mismo modo que en los aeropuertos se ha generalizado ahora un diseño por el que se hace atravesar al viajero un interminable laberinto de tiendas y otras posibilidades de consumo antes de llegar a la puerta de embarque, Paco hacía pasar al lector de ese artículo, antes de presentarle aquella conclusión final tan cautelosa, por toda una reflexión en la que mostraba anaqueles surtidos de brillantes razones y argumentos que apoyaban la tesis mucho más comprometida de que hay entre el comunitarismo y el nacionalismo paralelismos estructurales y coincidencias sustantivas fundamentales para las dos posiciones. El lector que, atraído por algunos de esos argumentos los metiese en la maleta, llegaría a la puerta de embarque persuadido de que hay algún tipo de conexión estable y de peso entre comunitarismo y nacionalismo y predispuesto a dejar en tierra las cautelas que se ofrecían en el último momento.

Dos razones me impiden apoyar esa tesis de fondo: la heterogeneidad interna de ambas corrientes y la disparidad de su objeto. Entre corrientes de pensamiento tan heterogéneas resulta muy difícil establecer conexiones estructurales y sustantivas importantes que sean verdaderas para todas sus versiones y vayan más allá de un parecido superficial. Además, no tienen el mismo objeto. El comunitarismo es una teoría moral y, por tanto, una teoría moralmente densa, que gira alrededor de las preguntas de cómo debemos construir la subjetividad moral y qué papel deben desempeñar las concepciones del bien o la vida buena en nuestra concepción de la justicia. En cambio, el nacionalismo no es una teoría moral, sino un movimiento político que puede ser moralmente muy delgado o incluso carente por completo de compromisos morales directos o de primer orden, aunque haya versiones tan cargadas moralmente como muchas de las versiones comunitaristas, por ejemplo, los nacionalismos liderados por algún fundamentalismo religioso. Hasta aquí, lo que recordaba de aquel artículo antes de releerlo.

Sin embargo, ahora veo que Paco identifica la línea divisoria entre el nacionalismo y sus alternativas con algunos trazos que yo también dibujaría pocos años después, muy en particular, la dicotomía entre naturaleza y artificio. En efecto, el nacionalismo y el comunitarismo se ubican en ese eje en el lado de la naturaleza (en eso tiene razón, ese es su principal parecido), pues, tal y como dice Paco, ambos pretenden «hablarnos de realidades que tienden a estar más allá de la inevitable artificiosidad de la cultura, es decir, realidades naturales o muy parecidas a las naturales, en el sentido de que son imposibles de "construir" deliberadamente» (LAPORTA, 1995: 54) Para el nacionalismo

«hay una suerte de división natural de la especie humana» que otorga «una especie de derecho natural a desarrollar una dimensión política institucional» (*ibid.* 64), y eso produce, por tanto, un concepto natural de pertenencia o de ciudadanía (*ibid.* 65).

Esa creencia naturalista, esa necesidad ontológica que el nacionalismo le atribuye a la nación, opuesta a la contingencia convencional de la comunidad política del no nacionalista, no es una idea menor, sino una de mis convicciones centrales. Tampoco es novedosa. El mismo contraste quizá esté ya delimitado desde TÖNNIES y lo señalan estudios sobre el nacionalismo que cito en mis trabajos. Sin embargo, puesto que se lo leí a Paco en 1995, con seguridad debió influirme o reforzar esa idea siquiera de forma inconsciente.

Ahora descubro además al Paco que no había leído y encuentro en un artículo de *Sistema* de 1980, «Estado y violencia», ideas similares. Allí defiende que el estado en tanto que artificio humano, en tanto que invención histórica y mudable, es necesariamente emancipador, y que tratar de reemplazarlo por otros paraísos, ya sea el de la sociedad sin estado o el de la nación, supone un regreso a la esclavitud.

> Para el hombre libre es mejor que no haya paraíso. Por duro que nos parezca hay que afirmarlo rotundamente: todo paraíso es inhumano; en él no hay tiempo porque no hay muerte, no hay muerte porque no hay violencia, y no hay violencia porque en su interior *ya* no se puede ser *malo*, es decir, ya no se puede ser *libre*. El uso de la libertad determina la expulsión irrevocable del paraíso porque es incompatible con él. Cuando el Estado «desaparece» preterido por uno u otro tipo de paraíso nos está esperando nuevamente el viejo mundo de los axiomas morales autoevidentes, o lo que es lo mismo, el mundo milenario de la represión (LAPORTA, 1980: 113).

En todos estos años, nunca me ha señalado que algunas de esas cosas que yo digo en mis escritos ya las había dicho él mucho antes, y mejor.

2. LA PREOCUPANTE DELGADEZ DEL IMPERIO DE LA LEY

Del espléndido último libro de Paco, *El imperio de la ley*, me inquieta la extremada delgadez de su concepto central, «imperio de la ley». Recordémoslo: la máxima densidad ética que le atribuye al imperio de la ley es «la exigencia compleja de que el ordenamiento jurídico esté configurado en su núcleo más importante por reglas generales y abstractas que administren un tratamiento formalmente igual a todos sus destinatarios, razonablemente estables, de fácil conocimiento público, carentes de efectos retroactivos y accionables ante los tribunales» (LAPORTA, 2007: 47).

Igual que a FULLER en su día, no cabe más remedio que preguntarle ahora a Paco qué clase de contenido ético mínimo es ese que enumera requisitos puramente formales compatibles con los contenidos materiales moralmente más atroces y casi con cualquier forma de gobierno. ¿No sería preferible llamar a esos requisitos «condiciones formales o funcionales» y evitar cualquier alusión a la ética? Flaco favor se le hace al individuo autónomo garantizándole un contexto de acción paramétrico en el que se le asegura la previsibilidad de que una dictadura lo esclavizará y torturará mediante reglas semánticamente autónomas generales, estables, públicas, no retroactivas, que tratan formalmente igual a todos los de su misma condición y son accionables ante los

tribunales. Si eso es el imperio de la ley, y nada más que eso, entonces no se merece el magnífico libro que le ha dedicado.

Me pregunto si Paco no se ha quedado corto al extraer las implicaciones últimas de su argumento. Si partimos del valor básico de la autonomía para agencia moral, y Liborio HIERRO tuviese razón, junto a KANT y el resto de la tradición liberal, cuando afirma la necesidad de los derechos humanos para la protección y el ejercicio de la autonomía, entonces para generar un contexto respetuoso con el individuo autónomo no basta con el Estado y la ley, sino que son imprescindibles los derechos humanos y la forma de gobierno que llevan aparejada. Así que debo preguntarle a Paco, ¿no sería coherente con el argumento de su libro pensar que cualquier imperio de la ley excesivamente delgado, ayuno de derechos humanos, quedaría lejos de la concepción de imperio de la ley que nos exige moralmente el valor capital que le otorgamos a la autonomía? ¿No exige su argumento engordar un poco al imperio de la ley?

3. LIBERTAD POSITIVA Y NEGATIVA

En su último libro, *Los derechos humanos: una teoría de la justicia*, Liborio HIERRO presenta un trabajo ambicioso, coherente y ameno, salpicado de ideas originales y valiosas, que se mueve con la misma solvencia por la historia de las ideas y la teoría del derecho, la ética y la filosofía política. Sin embargo, al leer su tratamiento de una de sus piedras angulares, la libertad, ya publicado antes, resurgen viejas dudas que ahora me fuerzo a ordenar y exponer.

En primer lugar, me parece que los conceptos de libertad positiva y negativa que maneja Liborio se acercan menos de lo que él piensa a los de Isaiah BERLIN. Para BERLIN la «libertad positiva» es sinónimo de «autonomía», la capacidad de gobernarse a uno mismo. "Libertad negativa", en cambio, es un ámbito de acción carente de impedimentos coactivos externos. La libertad positiva es «libertad para», y la negativa, «libertad respecto de».

En cambio, Liborio reduce la libertad positiva al ejercicio de la autonomía personal en condiciones de interdependencia» (HIERRO, 2016: 164). Lo hace sin llegar a explicar por qué y, a mi juicio, sin poder permitírselo: el concepto de autonomía individual en condiciones de *independencia* es una de las acepciones ineludibles del concepto de «libertad», con cuyo ejercicio escribió Liborio ese magnífico libro, y cimienta su teoría de la justicia. Tengo la impresión de que Liborio ha caído en la trampa de pensar que hay una correspondencia perfecta entre el binomio «liberad de los antiguos» y «libertad de los modernos» de CONSTANT y el de «libertad positiva» y «negativa» de BERLIN (HIERRO, 2016: 163), pero no la hay.

4. LOS LÍMITES A LA LIBERTAD

En opinión de Liborio, «solo y exclusivamente la compatibilidad de la igual libertad de todos y/o las decisiones necesariamente interdependientes justifican la limitación de la libertad» (HIERRO, 2016: 165). Llamemos a esos dos requisitos el requisito

de la compatibilidad de las libertades y el de la interdependencia. Me pregunto si los considera condiciones necesarias y suficientes para justificar toda limitación de la libertad. La cláusula inicial «solo y exclusivamente» parece indicar que sí. Entonces, queda desplazado el criterio clásico de la teoría liberal: el principio del daño. Sin duda, el requisito de la compatibilidad de las libertades forma parte del principio del daño: ninguna libertad debe dañar a las demás. Ahora bien, la acción humana irrestricta puede causar otros daños también injustificables moralmente.

Seguro que Liborio convendrá conmigo en que cabe limitar justificadamente la libertad cuando la acción libre choca con (causa daño a) la seguridad o a la igualdad. Eso puede ocurrir en acciones que se pueden decidir y realizar con independencia de los demás. Más aún, habida cuenta de que «los derechos humanos no abarcan ni pueden abarcar multitud de dimensiones del bien» (HIERRO, 2016: 156), cabe también pensar que la libertad debe estar limitada si causa daños injustificables a bienes valiosos más allá de la libertad, la igualdad y la seguridad, por ejemplo, al patrimonio cultural de la humanidad, a la diversidad biológica o a los recursos del planeta. Por eso me pregunto si las condiciones que establece Liborio para limitar la libertad son condiciones necesarias o, tal vez, solo suficientes, y en ese segundo caso, si no habría que aumentar entonces la complejidad de su enunciación del derecho a la libertad.

5. DERECHOS Y TÉCNICAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS

También quisiera pedirle a Liborio y a Paco una aclaración sobre su concepto de derechos humanos. En opinión de Liborio, nuestros derechos humanos entendidos en tanto que derechos morales básicos son el derecho a la seguridad, a la libertad y a la igualdad. Ahora bien, si esos son los derechos humanos, entonces la lista de la Declaración Universal, ¿qué contiene? Me confunde que llame «derechos humanos» tanto al derecho genérico a la libertad como a la libertad específica de expresión o a la libertad de reunión y asociación; tanto al derecho genérico a la seguridad como a los derechos específicos a la vida o no ser detenido arbitrariamente; tanto al derecho genérico a la igualdad como a los derechos específicos a no sufrir discriminaciones o a la igualdad ante la ley.

Si lo he entendido bien, los derechos de seguridad, libertad e igualdad son exigencias morales *necesarias*, mientras que los derechos específicos de la Declaración Universal y otras declaraciones son las técnicas de protección *contingentes* más adecuadas para un contexto dado. La estructura de fundamentación arbórea y dividida en niveles que propone Liborio tiene la gran virtud de explicar que la lista de los derechos sea indeterminada y especificable contextualmente manteniendo a la vez la universalidad de su fundamentación. Ahora bien ¿son «derechos humanos» todas las ramas del árbol? ¿Quizá podríamos decir, parafraseando a RAWLS, que en la teoría de Liborio la seguridad, la libertad y la igualdad son los *bienes morales primarios*, de cuya garantía y protección depende la agencia moral de los seres humanos, y que los derechos humanos de las declaraciones son el primer escalón de especificación contextual?

Sin embargo, me caben dudas de si esa posibilidad acaso no tropezaría con la opinión contraria de Paco LAPORTA, quien advertía hace años de que no hay que confundir a los derechos humanos con las técnicas de protección, es decir, que «cuando usamos

la noción de "derecho" no estamos haciendo referencia a ciertas normas primarias o secundarias de un sistema normativo, sino a la razón [...] que se presenta como justificación de tales normas» (LAPORTA, 1987: 27-28) Paco insistía en que los derechos son *algo* que está *detrás* de las normas, pero no ponía ejemplos, y eso dificultaba precisar en qué nivel de abstracción se estaba moviendo. Sea como fuere, parece difícil que a Paco no se le presente el mismo problema: si no llamamos «derechos» a la lista de la Declaración Universal, porque quizá debamos considerarlos «técnicas de protección» de los derechos, entonces ¿cómo debemos llamarlos?, ¿y qué derechos tenemos? Y si esos son los derechos humanos, entonces ¿dónde están o qué son las «técnicas de protección?».

6. INFLACIÓN DE DERECHOS

Hemos visto que Liborio sostiene que los derechos son especificables contextualmente manteniendo a la vez la universalidad de su fundamentación. Además, ofrece un criterio de especificación: las necesidades de la autonomía. Por ejemplo, dice que «en un contexto social con un alto grado de comunicación escrita, la pretensión de recibir una alfabetización que permita operar en condiciones básicas de competencia comunicativa se convierte en un derecho humano» (HIERRO, 2016: 130). Por tanto, cabe especificar el contenido del derecho a la educación contextualmente a partir del valor universal que le otorgamos a la autonomía. No es poca cosa. SEN y NUSSBAUM están muy próximos.

Ahora bien, entonces me parece que Liborio no puede denunciar la inflación de derechos humanos, tal y como hace, en sintonía con Paco (HIERRO, 2016: 157-159; LAPORTA, 1987: 23). En la teoría de Liborio puede haber tantos derechos como sean necesarios para proteger la agencia moral de los seres humanos. La lista es indeterminada, porque cada contexto pedirá unas técnicas de protección u otras, pero no arbitraria: no hay más derechos que aquellos justificables de ese modo. Sean muchos o pocos, no cabe hablar de inflación, sino de los derechos humanos que nos corresponden, ni más ni menos. Y si en nuestras listas se cuelan «derechos que no son derechos» (HIERRO, 2016: 217), o derechos humanos que son derechos, pero no son derechos humanos, entonces el problema no es que haya inflación, sino un error moral. Me pregunto si Paco y Liborio estarían de acuerdo en que la coherencia les exige reemplazar su tesis de la inflación por esa otra.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

HIERRO, L., 2016: *Los derechos humanos: una concepción de la justicia*, Madrid: Marcial Pons.
LAPORTA, F. J., 1980: «Estado y violencia», *Sistema*, núm. 38-39, 111-124.
— 1987: «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa*, núm. 4, 23-46.
— 1995: «Comunitarismo y nacionalismo», *Doxa*, núm. 17-18, 53-68.
— 2007: *El imperio de la ley*, Madrid: Trotta.

DEBERES Y RESPONSABILIDADES HACIA OTROS

Cristina Sánchez Muñoz
Universidad Autónoma de Madrid

A lo largo de las décadas que llevamos trabajando conjuntamente en el área de Filosofía del Derecho de la UAM, han sido muchos los temas tratados, desde la Teoría de la Justicia, hasta la Teoría del Derecho, desde la Filosofía Política hasta la Historia de la Filosofía Jurídica. Francisco LAPORTA y Liborio HIERRO nos han proporcionado muy valiosas reflexiones en muchos de estos terrenos, que han quedado ya consolidados como hitos en la Filosofía del Derecho de nuestro país. En ocasiones, ese trabajo conjunto ha ido ensamblando piezas que de otra manera hubiesen quedado aisladas y, sin duda, menos enriquecidas intelectualmente. El trabajo que presento en estas páginas pretende, en ese sentido, ensamblar alguna de las piezas menos conocidas de Francisco LAPORTA (pero no por ello menores) encontrando las líneas de continuidad entre ellas.

Esas piezas que aglutino responden a momentos distintos de su producción intelectual, pero en ellas podemos observar en realidad, como trataré hacer ver, una preocupación fundamental acerca de nuestros deberes y responsabilidades hacia otros. El primer texto es del año 1986 y lo encontramos en ese número tan relevante y seminal de la revista *Doxa*, dedicado a los deberes positivos generales, y lleva como título «Algunos problemas de los deberes positivos generales (Observaciones a un artículo de Ernesto Garzón Valdés». La segunda pieza es de 1992, «Los vecinos de Kitty Genovese: la responsabilidad moral de la solidaridad», donde aborda el conocido caso acaecido en Nueva York en 1964[1]. La última, muy reciente, es una reflexión sobre los deberes morales que brotan del acontecimiento del Holocausto, y lleva por título «Auschwitz y la justicia»[2]. Nos encontramos por tanto, como pueden ver, con una preocupación por lo que hacemos (y no hacemos) frente a los otros, por nuestros

[1] Publicado primero en el libro colectivo *En el Umbral del Tercer Milenio*, Exposición Universal de Sevilla, 1992, y posteriormente en la revista *Tiempo de Paz*, núm. 88, primavera 2008. Aquí haré referencia a esta última publicación.

[2] Publicado en A. GÓMEZ RAMOS y C. SÁNCHEZ MUÑOZ (eds.) *Confrontando el mal. Ensayos sobre violencia, memoria y democracia*, Madrid, Plaza y Valdés, 2017. La preocupación de LAPORTA por los problemas derivados del Holocausto viene plasmándose en su docencia desde comienzos del año 2000. Desde ese momento, Francisco LAPORTA, Evaristo PRIETO y yo misma, venimos impartiendo conjuntamente, bajo distintas fórmulas académicas, una asignatura que lleva por título «El Holocausto: Cuestiones éticas, jurídicas y políticas». Primero fue un curso de doctorado, posteriormente una asignatura de las llamadas «Oferta específica», y en los últimos años es una «Asignatura Transversal». Ha sido un largo y satisfactorio recorrido, en donde hemos podido poner en común cuestiones que nos preocupaban a los tres, como la responsabilidad colectiva, las políticas de la memoria o la relación entre comunidad popular y legislación. Han sido muchas las preguntas

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.35

deberes y responsabilidades, tanto en contextos democráticos (como sería en el caso de Genovese) así como en contextos de violencia totalitaria (la Alemania del Tercer Reich). Podríamos añadir, incluso, que hay una secuencialidad y unas escalas entre estas tres piezas: se parte de supuestos de escala «menor», o si se prefiere, *face to face* (el caso de la responsabilidad del que salva la vida de un menor que se está ahogando), a una escala global y transnacional (la responsabilidad frente al hambre o la pobreza). Y es en el tercer texto, relativo a Auschwitz, donde se plantea una recolocación de los problemas planteados con la responsabilidad y nuestras acciones y omisiones, en un contexto concreto, pero que tiene la virtualidad de apelar a «la humanidad en su conjunto en el cuerpo del pueblo judío», como dijese Hannah ARENDT a propósito del juicio a Adolf Eichmann[3]. Podríamos decir que el texto sobre Auschwitz nos permite pensar en el Holocausto como un «intensificador» de las cuestiones previas, esto es, nos pone frente a dilemas éticos en los que ya cualquier acción u omisión pueden adquirir el calificativo de supererogatorios dado el contexto en el que tienen lugar, y de otro lado, la cuestión de la responsabilidad colectiva aparece, como veremos, y como se ha encargado de recordar una ya larga bibliografía al respecto, como telón de fondo ineludible.

1. ACCIONES, OMISIONES Y RESPONSABILIDADES

Uno de los problemas que le plantea a LAPORTA la formulación de los deberes positivos generales (DPG) por parte de GARZÓN (y de SINGER) es la vinculación que establecen entre responsabilidad *moral* y responsabilidad *causal*, donde la omisión es causa de la responsabilidad moral. Por consiguiente, en los DPG, la omisión sería el elemento central para atribuir responsabilidades: «se adscribe esa responsabilidad moral a ciertos individuos o grupos de individuos porque causan con sus omisiones el estado de cosas que se pretende evitar» (LAPORTA, 1986: 56). Sin embargo, como señala LAPORTA, en los casos de interacción *face to face*, se podrían solventar los complejos problemas de determinar el valor de verdad de un condicional contrafáctico, pero no ocurre lo mismo cuando nos encontramos con supuestos en donde nos encontramos con estados de cosas masivos (el hambre, la pobreza...). En estos casos, el juego de interacciones entre acciones y omisiones se vuelve extremadamente complejo. Lo que echa en falta LAPORTA en la argumentación es, en cierta manera, lo que se ha dado en llamar responsabilidad *vicaria* (FEINBERG, 1968), esto es, un tipo de responsabilidad en donde el nexo causal es muy débil o está ausente. El que no haya un nexo causal claramente determinado, no significa que no podamos atribuir responsabilidad moral. En el caso de las omisiones en contextos donde se entrecruzan complejas cadenas de acciones (y omisiones), nos encontramos con serias dificultades para demostrar la causación (¿cuántas omisiones son necesarias?, ¿supone un sistema agregativo de omisiones individuales?), dificultades derivadas, entre otras cuestiones, precisamente de la atribución individual y causal de la responsabilidad.

---

que nos hemos formulado y, me temo, que pocas las respuestas. Algunas de ellas las encontrarán enunciadas en estos textos que estoy comentando.

[3] H. ARENDT, *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*, Barcelona, Lumen, 1999, 17.

Para LAPORTA, es necesario pensar en términos de acciones colectivas y *omisiones colectivas* para poder atribuir una *responsabilidad colectiva*, distinta de «las responsabilidades individuales por las omisiones específicas de los integrantes del colectivo» (LAPORTA, 1986: 61).

Pero si la responsabilidad colectiva no es la suma agregativa de las acciones individuales, entonces los problemas que brotan no son menos arduos, centrados fundamentalmente en la definición de *grupo* y en la intencionalidad del mismo. LAPORTA no utiliza la sin duda escurridiza noción de grupo, sino la de acciones u omisiones *coordinadas*: «una omisión colectiva se produce en el supuesto de un conjunto determinado de omitentes, cada uno de los cuales realiza una determinada omisión coordinada con las omisiones de los demás. La omisión resultante es un estado de cosas distinto del que se produce con cada una de las omisiones individuales» (LAPORTA, 1986: 61). Sin embargo, si tomamos ahora el caso de Kitty Genovese, en la omisión de los treinta y ocho vecinos que escucharon los gritos de auxilio de la víctima, no podemos mantener que hubiese una omisión concertada o cooperativa[4]. Tampoco había una relación entre los vecinos, ni la solidaridad de grupo que algunos autores reclaman para poder hablar precisamente de la responsabilidad colectiva atribuida a un grupo (FEINBERG, 1968). Quizás la interpretación de Virginia HELD a propósito de la responsabilidad de grupos, es la que mejor explica la responsabilidad en el caso Genovese. Para HELD, tendríamos lo que denomina una «aleatoria colección de individuos», conectados o relacionados precisamente en el proceso de producir un daño juntos, en este caso por la omisión colectiva (HELD, 1991). En palabras de GARZÓN VALDÉS, se habría producido una «unanimidad ineficaz», que no tendría por qué ser intencional (GARZÓN, 2011a). Más bien, lo que se habría dado es una dejación *individual* del deber de socorro, con un resultado *colectivo*.

En el caso Genovese, sin embargo, podemos decir que esa unanimidad en la omisión se encuentra limitada a un espacio y un momento temporal concreto, es decir, que el nexo causal es más fácil de determinar o rastrear. Sin embargo ¿Qué ocurre en aquellos casos en los que el nexo causal resulta mucho más complejo de determinar? Esto es, en las omisiones colectivas vicarias, donde no solo hay omisiones a gran escala, producidas de una manera masiva por grandes grupos de población, sino que además estas se suelen producir dentro de marcos políticos, sociales o ideológicos determinados. Sin duda, estos serían los casos de los que podríamos denominar «los vecinos globales de Kitty Genovese». Si ampliamos la escala globalmente, tendríamos los ejemplos del hambre en el mundo, la pobreza o situaciones similares. Si nos centramos a una escala no transnacional, sino nacional, tendríamos entonces la responsabilidad colectiva tanto en el caso del Holocausto, como el de otros genocidios. En ambos casos, podemos

[4] En 1964, en el barrio de Queens, Nueva York, la joven Genovese fue asaltada y apuñalada. Durante los cerca de treinta minutos que duraron los hechos, sus gritos fueron oídos por los vecinos del barrio, ninguno de los cuales hizo nada por evitarlo. Desde la sicología social, el caso ha representado lo que se ha llamado el «efecto espectador», esto es, cuando la concurrencia de la presencia de otros desactiva la iniciativa individual y fomenta la abstención. ¿Hasta qué punto las expectativas que podemos tener respecto a que otros hagan algo en nuestras mismas circunstancias exime o reduce nuestra responsabilidad? GARZÓN VALDÉS introduce aquí criterios de razonabilidad en dichas expectativas para graduar la responsabilidad individual. Qué consideramos «expectativas razonables» estaría modulado por la situación concreta, el momento social y político o el momento histórico (GARZÓN, 2011a: 168).

afirmar junto con LAPORTA: «Estamos inmersos de forma inevitable en el gran río de la *causalidad colectiva*. No podemos volverle la espalda» (2008: 8).

Respecto al primer supuesto —omisiones masivas a escala transnacional— encontramos entre otras, la idea de responsabilidad por las *injusticias estructurales* desarrollada por la filósofa Iris Marion YOUNG, desarrollada en su obra póstuma *Responsibility for Justice*. En ella, la autora plantea precisamente, «que todos los agentes que contribuyen con sus acciones a los procesos estructurales que producen injusticias, tienen responsabilidades para poner remedio a esas injusticias» (YOUNG, 2011). El resultado es un panorama de acciones que se entrecruzan, y en el que YOUNG apuesta por afirmar que: «Nuestra responsabilidad deriva de nuestra pertenencia común a un sistema de procesos interdependientes de cooperación y competición, a través de los cuales intentamos obtener beneficios y hacer realidad nuestros proyectos. Como parte de esos procesos, tenemos responsabilidades, incluso aunque no haya una cadena causal directa que nos permita seguir el rastro de un resultado que pueda hacer que nos lamentemos por nuestras acciones» (YOUNG, 2011)[5]. La injusticia estructural se produce entonces sin una intencionalidad causal, como resultado de acciones u omisiones colectivas que se encuadran dentro de procesos estructurales. Evidentemente, uno de los problemas que surgen de esta afirmación es el de la asimetría: los sujetos que realizan acciones interconectadas en un mundo globalizado no se encuentran en posiciones simétricas, sino que esas acciones se insertan en *estructuras sociales* que potencian la vulnerabilidad de unos a costa de la satisfacción y el resguardo de otros. Por ello, YOUNG señala que aquellos que están situados en una posición material e institucionalmente más propicia para tener influencia en las condiciones de vulnerabilidad, tienen un mayor número de obligaciones[6].

2. DEBERES Y RESPONSABILIDADES A PARTIR DE AUSCHWITZ

El segundo supuesto que hemos señalado antes —omisiones masivas a escala nacional, producidas dentro de marcos políticos e ideológicos determinados— nos conduciría al examen de la responsabilidad colectiva en el Holocausto. ¿Podríamos decir entonces que el Holocausto fue —salvando las necesarias distancias— un ejemplo del caso Genovese a gran escala? Y si no es así, ¿qué elementos le faltan? De nuevo, ¿qué es lo que hace o conforma el «grupo»? No podemos decir aquí, a diferencia del caso Genovese que estamos ante un grupo aleatorio. Por el contrario, en el contexto de la Alemania del Tercer Reich sí que serían relevantes el interés o la solidaridad compartida en el grupo, de la que hablaba FEINBERG, sostenida en este caso por la ideología antisemita. Estaríamos ante unas creencias compartidas y una estructura social y política también compartidas, que nos permitiría hablar de grupo, aun cuando dentro de ese grupo —la población alemana— también debiéramos distinguir distintos tipos de conductas.

[5] Uno de los ejemplos más utilizados por YOUNG es el de la producción textil a bajo coste en Asia o Centroamérica, donde el beneficio obtenido por los consumidores de los países desarrollados resulta a cambio de la explotación laboral de otros.

[6] Desarrollo con más detalle la propuesta de YOUNG en «Responsabilidades globales e injusticias estructurales. Una lectura de Iris Marion YOUNG», *Enrahonar. Quaderns de Filosofia*, núm. 51, 2013.

La bibliografía de las últimas décadas sobre el Holocausto y sobre los genocidios en general, ha puesto de manifiesto la relevancia de los *bystanders* (espectadores externos) en la consecución de los crímenes, en ocasiones menos pasivos de lo que cabría suponer, y partícipes en lo que Aurelio ARTETA ha denominado «el mal complaciente» (ARTETA, 2010: 67 y ss.). Perpetradores, víctimas y *bystanders* compondrían la escena de los genocidios, donde, en el caso de Alemania, los «alemanes corrientes» jugaron un papel decisivo al apoyar —con acciones y omisiones— las políticas de exterminio[7]. La dificultad radica en la *distribución* de esa responsabilidad colectiva. De acuerdo de nuevo con FEINBERG, cuando tratamos esta cuestión tendríamos que distinguir aquellos casos en los que *todos* los miembros de ese colectivo o grupo comparten la misma falta, y aquellos otros en los que todos los miembros del colectivo contribuyen al resultado, pero con *diferentes* niveles (FEINBERG, 1968). El primer supuesto correspondería realmente al caso Genovese, mientras que el segundo sí que reflejaría en mi opinión la responsabilidad colectiva de los «alemanes corrientes», donde tendríamos que diferenciar distintas conductas de aceptación del antisemitismo, desde aquellas entusiastas hasta otras más instrumentales para otros fines. Por ello, dentro del grupo o colectivo, hay que analizar también las conductas individuales, y adscribir no solo responsabilidades individuales y colectivas, sino también la culpa individual. Pero es esa «colectivización de la inmoralidad», en este caso, como señala LAPORTA, lo que hace posible hablar de una responsabilidad colectiva (LAPORTA, 2016).

No obstante, tenemos que incidir en la disociación entre responsabilidad colectiva y culpabilidad colectiva, algo que LAPORTA subraya, y que encontramos en autores como Karl JASPERS o Hannah ARENDT, al tratar la cuestión de la supuesta «culpabilidad colectiva» de Alemania tras la guerra. La culpa —lo mismo que la inocencia, mantienen estos autores— es siempre individual. La culpa, en este sentido, tiene una fuerte orientación solipsista (el individuo consigo mismo). No hay culpas vicarias ni colectivas, pero sí responsabilidades vicarias y colectivas (ARENDT, 2007). JASPERS señala, además, que el reconocimiento de esa responsabilidad colectiva es el primer paso para poder construir un nuevo futuro colectivo tras la violencia, y el punto de partida para asumir esa responsabilidad es «el restablecimiento de la disposición a reflexionar» (JASPERS, 1998).

Aunque Francisco LAPORTA no lo expresa así, creo que podemos interpretar esa disposición a reflexionar como el primer paso en la asunción de una responsabilidad colectiva ante el Holocausto para restañar la herida civilizatoria, un hacernos cargo vicariamente de lo ocurrido. Sería una responsabilidad que iría tanto al pasado, reflejada en la obligación de *reparar*, a nuestro presente —concretada en la obligación de *recordar* y también hacia el futuro, plasmada en la obligación de *impedir*—. Estas tres obligaciones serían el resultado de nuestra responsabilidad colectiva vicaria en el mantenimiento mismo de nuestro universo moral frente a la barbarie. Las tres obliga-

[7] Los análisis sobre la participación de la población alemana en el exterminio de los judíos son muy numerosos. Baste citar como muestra, además de la conocida —y polémica— obra de D. GOLDHAGEN, *Los verdugos voluntarios de Hitler. Los alemanes corrientes y el Holocausto*, Madrid, Taurus, 1997; las de R. GELLATELLY, *No solo Hitler. Consentimiento y represión en la Alemania nazi,* Barcelona, Crítica, 2002; E. JOHNSON, *El terror nazi: La Gestapo, los judíos y el pueblo alemán*, Barcelona, Paidós, 2002 y P. FRITZSCHE, *De alemanes a nazis, 1914-1933*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2006.

ciones son —y siguen siendo— objeto de numerosos debates: ¿Es el recuerdo un deber moral? Y si lo es ¿Para quién es esa obligación? Las políticas públicas de la memoria juegan sin duda aquí un papel central, con todas las dificultades que se plantean en la elaboración y gestión de una memoria pública tras la violencia. Las reparaciones, como han puesto de manifiesto los procesos de justicia transicional, se enfrentan también a serias complicaciones: ¿Son reparaciones colectivas o individuales? Qué papel juega lo simbólico en ellas? ¿Y el perdón? Por último, la obligación de impedir o evitar debería ser capaz de detectar —más allá de supuestos determinismos históricos— los peligros, los elementos pretotalitarios que pueden estar larvados en nuestras sociedades. «Todo depende de nosotros», como afirma LAPORTA (2016). Una sociedad civil robusta, el debate público abierto y el reconocimiento institucional de la igual dignidad de todos los seres humanos deberían ser parte ineludible de esa obligación de impedir.

BIBLIOGRAFÍA

ARENDT, H., 2007: «Responsabilidad colectiva», en *Responsabilidad y juicio*, Barcelona: Paidós.

ARTETA, A., 2010: *Mal consentido. La complicidad del espectador indiferente*, Madrid: Alianza Editorial.

FEINBERG, J., 1968: «Collective Responsibility», *Journal of Philosophy*, 65.

GARZÓN VALDÉS, E., 2011a: «El enunciado de responsabilidad», en *Propuestas*, Madrid: Trotta.

— 2011b: «Respuesta a la violencia extraordinaria», en *Propuestas*, Madrid: Trotta.

HELD, V., 1991: «Can a Collection of Individuals be Morally Responsible?», en L. MAY y S. HOFFMAN (eds.), *Collective Responsibility. Five Decades of Debate in Theorethical and Applied Ethics*, Oxford: Rowman and Littlefield.

JASPERS, K., 1998: *El problema de la culpa*, Madrid: Alianza Editorial.

MAY, L., 1992: *Sharing Responsibility*, Chicago, Chicago University Press.

MELLEMA, G., 1997: *Collective Responsibility*, Amsterdam: Rodopi Press.

YOUNG, I. M., 2011: *Responsibility for Justice*, Oxford, Oxford University Press.

LA LECTURA DE LIBORIO HIERRO Y FRANCISCO LAPORTA DE LOS CLÁSICOS: EL VALOR DE LA HISTORIA

Julián Sauquillo
Universidad Autónoma de Madrid

¿Qué diálogo sostienen Liborio HIERRO y Francisco LAPORTA con los clásicos? ¿Se trata de una relación complaciente o de un duelo? Ninguno de nuestros dos colegas y amigos se enfrenta a los clásicos. Sería impropio de dos grandes lectores contrariar a quienes siguen alumbrando nuestro incierto camino. Se confrontan, más bien, con quienes suponemos clásicos del pensamiento por haber superado el paso del tiempo. Como no tenemos ni idea de qué va a pasar en el futuro, solo me atrevo a decir que, muy probablemente, ellos también lleguen a ser dos clásicos de la filosofía del lenguaje aplicada al derecho y a los derechos humanos. Son ya dos maestros en sentido neto. De hecho, me centraré en sus dos últimas obras fundamentales a las que auguro muchos lectores y gran reconocimiento. Si les sitúo frente a los clásicos es porque ellos, bien seguro, no eludieron las relaciones especulares que tenemos con cierta escritura que se inscribe en el pasado. Saben que la historia que los clásicos políticos encierran es maestra de la vida. Sin embargo, creo que se han puesto frente a los clásicos de formas diferentes y en un grado que va del convencimiento y el entusiasmo al olvido o al desengaño. A veces para volver a ilusionarse.

Siempre me intrigó que Liborio HIERRO comenzara su jornada laboral en la universidad leyendo, constante y diariamente, a algún clásico, según oí, una vez, a Alfonso RUIZ MIGUEL. De hecho, sé que se ocupó mucho tiempo de *Las Leyes* de PLATÓN. También recuerdo que Francisco LAPORTA, a la vuelta de uno de sus viajes a Oxford, señalara que los contemporáneos de la filosofía analítica solían publicar una monografía sobre algún clásico del pensamiento que se convertía en obra de referencia inmediatamente. Aunque me pareció entender que lo decía como ejemplo de deslinde metodológico entre la argumentación filosófica y el escudriñamiento historiográfico. Me consta que le encantan los clásicos y su visión del pasado, tan útil para entender el presente. Pero, a veces, LAPORTA fue tajante a la hora de subtitular su obra con «una visión actual». Me chocó tal pulcritud respecto de la historia en su trabajo. Así es porque buscaba *La Constitución alemana* con perentoriedad un día y se trata de un clásico complejo. Es debido a quien ADORNO llamó «Hegel el oscuro». Su lectura suponía un «*tour de force*» para un filósofo analítico.

Como LAPORTA también se interesó juvenilmente en el «estructuralismo», me permito decir que nuestro colega suele situarse en el corte sincrónico y evitar el diacróni-

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.36
DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, edición especial (2017) ISSN: 0214-8676 pp. 235-240

co. Quizá porque somos historia y nadie puede trascender el presente para desentrañar con certeza el pasado. Pretender adentrarse en el túnel del tiempo con billete de regreso es tan difícil como saltar por encima de nuestra propia sombra. Si apareciera un heleno hoy, y entendiéramos su griego arcaico, tumbaría toneladas de anaqueles de historiografía antigua. Así que el deslinde de LAPORTA parece muy sensato. No podemos hacer sino «retroproyecciones» de nuestro presente en el pasado. Cierto, pero LAPORTA es heredero de Dracón de Tesalia. Así que no creo que a LAPORTA le dé igual la historia, como uno de nuestros más queridos maestros señalaba, en cambio, concluyentemente. Apuntaré que su «visión actual» del imperio de la ley tiene que tomar distancia de modelos de pensar pasados como si fueran depósitos de palabras muertas. Palabras fenecidas que se niegan, no obstante, a permanecer mudas hoy. Algo diré en este sentido.

El caso de Liborio HIERRO es, por el contrario, meridiano en favor de la historia. La historia no le es refractaria. Casi partió del análisis histórico —tras sus *Textos básicos sobre Derechos Humanos* (1973) con Gregorio PECES-BARBA— para internarse, después, en el realismo jurídico y la filosofía analítica. ¿Qué relación guarda entonces con los clásicos? Las referencias a PLATÓN, ARISTÓTELES, TOMÁS DE AQUINO, LOCKE, HUME, BENTHAM, TOCQUEVILLE, DURKHEIM, COSTA, MARX y ENGELS, VEBLEN o al propio RUSSELL enriquecen pero no forman el argumento central ni sobre los realistas escandinavos ni de su teoría del derecho. No se adentraba en el pasado y era manifiestamente actual. Sin embargo, vuelve, ahora, a la historia de los derechos humanos con un impulso mayoritario y muy sugestivo en su último libro. Mientras que la reflexión de LAPORTA es un arsenal formidable de argumentos actuales y puede resultar divertido buscarle su particular historia, como pequeña diablura, a HIERRO se le pueden hacer sesudas preguntas directamente historiográficas. Se apoya también, abiertamente, en el pasado. Alguna le haré.

Me atrevo a suponer que de las catorce razones que Italo CALVINO da para leer a los clásicos, HIERRO suscribiría la séptima («Los clásicos son esos libros que nos llegan trayendo impresa la huella de las lecturas que han precedido a la nuestra, y tras de sí la huella que han dejado en la cultura o en las culturas que han atravesado (o más sencillamente, en el lenguaje o en las costumbres)»); mientras que LAPORTA atiende, más bien, a la decimocuarta («Es clásico lo que persiste como ruido de fondo incluso allí donde la actualidad más incompatible se impone»). En todo caso, me imagino entrando con ellos a mi escritorio, quitándonos la ropa cotidiana para sustraernos de una jornada ordinaria, vistiéndonos con paños reales y curiales, para entrar juntos, de esta guisa, en las antiguas cortes de los nobles hombres y preguntarles a los clásicos por la razón de sus acciones. MAQUIAVELO sentía que había nacido para ellos, que formaban su alimento propio y que, por cuatro horas diarias, podía alimentarse amorosamente de ellos (*Epístola a Francesco Vettori*, Roma, 23 de noviembre de 1513). ¿Y nosotros? ¿Qué tiempo dedicamos a los clásicos?

El argumento de LIBORIO en *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia* (2016) sostiene una tesis fuerte: es errónea la concepción histórica de los derechos humanos que supone tres o cuatro oleadas de sucesivos derechos. Su exposición se basa en un relato histórico excelentemente documentado. Pero también en la prudencia o imprudencia de lo afirmado para la efectividad de las llamadas primera, segunda y ter-

cera generación de derechos. No comparte dos afirmaciones de las que previene: que los derechos civiles sean universales y efectivos, al garantizarse por su reconocimiento jurídico, mientras que las generaciones posteriores sean derechos en sentido impropio al albur de ideales difíciles de alcanzar; y que la primera generación de derechos sea hueca y baldía, mientras no se reconozcan los derechos económicos, sociales y culturales a todos. Si la primera me parece improcedente, tengo dudas sobre si la segunda es equivocada o no. La inexistencia de una vida cómoda y decente para todos los que viven en sociedad acucia el interés por los derechos económicos, sociales y culturales, a la vez que agudiza el descrédito por los derechos civiles en su forma actual. Mujeres, pensionistas, pobres, inmigrantes, gente sin casa, desempleados reivindican mayor bienestar y cuotas mejores de participación. ¿No languidece una «ciudadanía formal» y despunta una «ciudadanía sustantiva»?

Por ello, me preguntaré, más bien, qué pudo pasar realmente en el origen de los derechos humanos, aunque su repetido progreso —no sin fuertes zozobras y retrocesos, subrayados por la brillante exposición histórica de LIBORIO— lo haya podido borrar. ¿Acaso no existe una corriente autoritaria subyacente bajo el tránsito del Antiguo Régimen a la Revolución francesa que emerge palmaria en la Restauración en vez de sucesivos cambios de tercio históricos más o menos diáfanos? ¿No solemos afirmar las luminosas y celebrables rupturas históricas demasiado en vez de las sombrías y enojosas continuidades? Marcel GAUCHET trata de elaborar una genealogía de los derechos humanos. Su método filosófico con perspectiva histórica debe mucho al análisis crítico que TOCQUEVILLE realiza en *La Democracia en América* (1835, 1840) y *El Antiguo Régimen y la Revolución* (1855). El análisis de la revolución francesa, y sus carencias, aporta una desconfianza básica hacia los grandes cambios y transformaciones atribuidas habitualmente a la Revolución. Bajo las grandes trasformaciones revolucionarias, perdura una corriente autoritaria mucho más profunda que su efecto de superficie: el cambio de manos del poder de la monarquía y los nobles al tercer estado. Es indudable que hubo modificaciones de importancia: desaparecen las estructuras feudales, estamentales, y aparecen los individuos. Pero a un orden de dominación le sucede otro. Cambian las oligarquías: de los aristócratas y sus privilegios a los propietarios y sus beneficios. Entre la Monarquía, de una parte, y el Bonapartismo y la Restauración, de otra, permanece un continuo autoritario que abole las capacidades contestatarias. Se dio un repliegue de la Revolución sobre el ROUSSEAU práctico (trivial) que aconseja se ejerciten cosas fáciles y seguras para Polonia. Ponen los deberes por encima de los derechos, bajo el supuesto de que primero se cumplan aquellos y luego se arguyan estos. El contenido de la Revolución —en el argumento historiográfico de Marcel GAUCHET— había sido, poco a poco y definitivamente, mutilado.

Como somos hijos de ese sujeto maltrecho de la modernidad, los derechos humanos con su «capacidad volcánica» sufrirán —me parece— un letargo ilimitado —iniciado en sus orígenes— si solo son impulsados desde las cúspides administrativas y no lo son desde la sociedad civil. No habrá derechos humanos sin el impenitente ejercicio del «imperativo de la disidencia» —las «exigencias morales» del querido Javier MUGUERZA— frente a las maquinarias burocráticas que proclaman su existencia y promoción pero, frecuentemente, los agotan. El filósofo afronta —según PLATÓN en sus *Cartas*— peligros, entonces, en la vida política. Según SÉNECA, al filósofo solo le espera

la combustión en la actividad política. ¿Acaso le cundió excesivo pesimismo al filósofo estoico?

En su día celebré públicamente la edición de *El imperio de la ley una visión actual* (2007) en una revista de gran difusión[1]. Me complació sobre manera que a su autor le gustase mi comentario. Una de las circunstancias afortunadas de las que ahora podemos congratularnos es que entre HIERRO y LAPORTA, casualmente, han completado la concepción de la teoría de la justicia. Para LAPORTA no era suficiente la racionalidad jurídico-formal del imperio de la ley. Era necesario el reconocimiento de derechos para todos los ciudadanos (Ronald DWORKIN). Se limitaba, por el momento, a su comprensión como conjunto de reglas. La «concepción-derechos» y la «concepción-libro de reglas» son bien avenibles según demuestran en sus dos últimos libros. LAPORTA concebía su libro sobre el imperio de la ley como un primer paso, pues sin imperio de las reglas no caben ni concepto ideal de justicia ni catálogos constitucionales de derechos fundamentales. Su imperio de la ley era ideado como ingrediente necesario del ideal de justicia que nos indica cómo debiera ser el derecho. Contradice la preponderancia excesiva de la Constitución en todas las tareas normativas, casi excluyente de la legislación. Me llamaba la atención su aproximación a las críticas formuladas por Elías DÍAZ a la exacerbación del Estado Constitucional de Derecho y la entronización del papel de los jueces. El imperio de la ley es un retorno a la reivindicación de la codificación como neocodificación frente a la exageración neoconstitucionalista. Su opción en favor del normativismo va a contracorriente. La ley y la Constitución se ven agitadas por un «flujo y reflujo de mareas» y estamos en un tiempo deseable de «pleamar de las normas». El legislador racional recuperaba terreno así sobre el «judicialismo» rampante. Las reglas de conducta y las reglas de competencia eran el cimiento de una oceanografía jurídica calmada. Encierra una propuesta plausible de cómo debe ser creado, interpretado y aplicado el derecho positivo. Se sitúa en el positivismo normativista, positivismo ético o ética del legalismo. Su apuesta clara por la literalidad de la ley guarda resonancia del MONTESQUIEU de «el juez como boca de la ley». La predecibilidad de las decisiones judiciales aparece como un caso muy importante del cálculo racional deseable que debemos poder hacer sobre las posibles acciones de todos los agentes sociales. Sin instituciones sociales, como el derecho, construidas a partir de reglas, no cabe autonomía social. Según el argumento excelente de LAPORTA, sin predecibilidad de las acciones sociales a través de reglas no hay conocimiento del contexto social de actuación y, por tanto, la autonomía personal es imposible. Su método aparta rigurosamente las mediaciones psicológicas del comportamiento —a las ciencias sociales y humanas les compete tal estudio explicativo— para centrarse en el ámbito normativo de la previsibilidad. Ni su teoría del lenguaje ni su teoría de la acción son creacionistas. El rol (tanto de jueces como de ciudadanos) se justifica por los estándares de comportamiento, dados por la adhesión a reglas e independientes de los individuos. Sin embargo, las reglas pueden ser también un «Manual de Especuladores». LAPORTA deshace esta paradoja de la racionalidad de las normas al señalar cómo la justificación de una norma se da en el juicio moral universal. Un juicio que no aparece en el especulador legal o en

[1] J. SAUQUILLO, «La pleamar de las leyes», *Claves de Razón Práctica,* núm. 184, julio-agosto de 2008, 72-77.

el infractor que saca partido de un incumplimiento muy calculado en un contrario contexto general de obediencia a las normas.

Su sobresaliente conocimiento de la tradición soberanista —BODINO, HOBBES, AUSTIN, SCHMITT...— es un disolvente eficaz de los intentos de quiebra constitucional aducida, consciente o inconscientemente, por quienes revocan nuestra Transición política. Pero las materializaciones sociales de un «mundo sin reglas» abarcan también a la justicia del caso concreto o al escepticismo ante las reglas del *Critical Legal Studies Movement*, compatibles con un sistema democrático. Joseph RAZ y Friedrich SCHAUER le acompañaban en esta empresa. El mayor mérito de LAPORTA en su último libro es aclarar la confusión en que incurrimos cuando hablamos de discrecionalidad y creación judicial. Es firme en aclarar que el legislador, y no el intérprete judicial, es quien crea la ley. Su contundencia contra una concepción pragmática y «adanista» de la ley no deja dudas. La necesaria indeterminación y vaguedad del lenguaje jurídico, así como el conocimiento de los problemas de interpretación jurídica (sintácticos, lógicos, semánticos y pragmáticos) de la norma, en un sistema formado por otros textos («cotexto»), no le conduce a concebir la interpretación como un acto arbitrario. Concluía en una teoría y metodología de la interpretación como teoría de la argumentación. El caos normativo y la imprevisibilidad normativa acuciaban la oportunidad de la reflexión de LAPORTA.

Su «visión actual» convoca a muchos clásicos —PLATÓN, ARISTÓTELES, PICO DE LA MIRANDOLA, ROUSSEAU, KANT, BENTHAM, BRYCE, WEBER, O. W. HOLMES, KELSEN, RAWLS— pero con una llamativa predilección por sus contemporáneos y un cosmopolitismo notable. No me cabe duda de que poco podemos saber del pasado espiritual más que un manojo de datos fiables. Es más previsible el presente y, por su puesto, más afrontable en sus problemas. Sin embargo, una «visión actual» no puede evitar inscribirse en el tiempo y poseer un trasfondo histórico. Creo que LAPORTA encarna una concepción institucional y reformista que perdura, al menos, desde los inicios de la sociedad contemporánea. Es inevitable pensar en la dramática historia de España con sus debilidades organizativas en las instituciones. Pero reparemos en Inglaterra, donde Europa se miró favorablemente, por su fuerte tradición jurídica y política, centrada en el Parlamento. BENTHAM era un activista de la codificación. Toda neocodificación se inscribe en una historia de avances codificadores que refleja la lucha de la privilegiada casta de técnicos jurídicos —abogados, jueces—, aliados a oligarquías y cacicatos, frente a leales reformistas que desean acercar el conocimiento del derecho a todos los concernidos por las normas. Es la lucha de BENTHAM y, entre nosotros, de Costa por ensanchar el conocimiento jurídico. Este modelo de estudio y acción codificador es histórico —no es novedoso— y se levanta contra la imprevisibilidad de la reacción judicial amparada en costumbres pluriseculares. Emprende una batalla emocionante por el derecho escrito, claro, público y sistemático contra el despótico «¡Vuelva usted mañana!». LAPORTA se suma a estos leales reformadores contra el «Tyranus» arbitrario: el Nabucodonosor que ajusticiaba a sus súbditos por no adivinar sus sueños. La historiografía avanzada realizó una crítica sin paliativos de la supuesta encarnación del principio de publicidad de la ley, de su conocimiento extenso, que predominó en la tradición al analizar el liberalismo español del siglo XIX. Por ello, no dejo de ver en LAPORTA un espíritu histórico de reformador social. Un espíritu encantado de las

posibilidades institucionales y algo decepcionado de las posibilidades sociales. Como Francisco MURILLO FERROL dijo que «no hay mejor forma de guardar un secreto en España que publicarlo en una revista científica», no tengo reparo en recordar algo que LAPORTA me dijo ante los irracionales resultados electorales de nuestros días: «¡Julián... Tenemos que hacer algo con las mayorías!». Al principio me sentí halagado porque me hiciera participe de tan ambicioso proyecto. Pero pronto me vi sobrepasado por sus mayúsculas dimensiones. Algún adlátere de la Institución Libre de Enseñanza receló de una educación efectiva sobre los españoles. Deseó eficaces medidas políticas. Unas sensatas y otras disparatadas. Las educativas le parecieron extemporáneas. El negro panorama que LAPORTA le pintó a Josep M. VILAJOSANA, recientemente, me hace pensar que confía —de similar manera— en la fortaleza de las instituciones y no mucho en las reformas educativas en España. Observo mucho pesimismo en él. No es para menos, visto el panorama. Pero no sé si yerro con LAPORTA.

Una vez, Woody Allen —al que José Juan MORESO entregó el título de doctor «honoris causa» en la Pompeu Fabra— logró cenar con el gran Ingmar BERGMAN. No le cabía mayor satisfacción. Pero el judío americano se pasó, por lo visto, todo el tiempo expresando exclamaciones de admiración sin articular una sola oración. Así somos los tímidos y neuróticos. No nos relajamos ni con una banda de jazz. Paco y Liborio no son Ingmar y menos aún yo soy Woody. Pero tampoco he pasado de la onomatopeya con ellos. Lástima. Por poco, no hemos tenido más que comidas siempre amenizadas por un Elías DÍAZ irrefrenable. No fui asiduo a los cafés universitarios matutinos, que brindan una ocasión de sociabilidad. Así somos los tímidos. Podemos pasar, incluso, por soberbios. Tengo que mejorar esto. Nunca es tarde. ¡Va por ello!

JUSTICIA GLOBAL, JUSTICIA LEGAL E IMPERIO DE LA LEY

Isabel Turégano
Universidad de Castilla-la Mancha

1. UNA CONCEPCIÓN POLÍTICO-JURÍDICA DE LA JUSTICIA GLOBAL

La Teoría de la justicia sigue anclada en nuestro país, en gran medida, en los presupuestos de un limitante nacionalismo metodológico. No se escribe mucho en nuestra disciplina sobre justicia global ni sobre sus imbricaciones jurídicas, a pesar de la necesidad de ambas para actualizar nuestros conceptos e ideas heredados. Francisco LAPORTA y Liborio HIERRO, sin embargo, han formulado reflexiones relevantes y estimulantes sobre ellas. Sus planteamientos sobre la justicia global tienen el mérito añadido de plantear una concepción política de la misma, que resulta más adecuada para comprender la complejidad de problemas y traducirlos en los temas y conceptos de la iusfilosofía[1].

LAPORTA y HIERRO parten de un mismo presupuesto esencial: para la realización de los principios cosmopolitas es fundamental un orden jurídico global capaz de hacerlos efectivos. Ambos presuponen que ese orden jurídico no existe y que esta es una de las causas de las graves injusticias globales. En sus escritos, los problemas fundamentales de la justicia global se traducen, en último término, en problemas político-jurídicos relativos a la construcción y legitimación de ese orden. Liborio HIERRO habla de la fundamentación moral del derecho de todos a un orden institucional con poder coercitivo para garantizar los derechos humanos. Francisco LAPORTA plantea la necesidad de buscar modos de realizar el ideal del imperio de la ley en el contexto de interrelaciones globales.

Liborio HIERRO emplea específicamente el lenguaje de la justicia global. Entiende que los problemas globales suscitan auténticas demandas y pretensiones que deben ser comprendidas en términos de justicia y no solo humanitarias o morales, esto es, demandas cuyo cumplimiento es de tal relevancia moral para la convivencia social que generan obligaciones generales cuya imposición requiere una estructura coercitiva. Creo que las ideas que maneja HIERRO de riesgos comunes, daños y carencias generan, como él plantea, no tanto problemas de justicia conmutativa o distributiva cuanto un

[1] Estas páginas son una reflexión sobre dos trabajos de los profesores homenajeados: L. HIERRO, «Justicia global y justicia legal. ¿Tenemos derecho a un mundo justo?», en A. RUIZ MIGUEL (ed.), *Entre Estado y cosmópolis*, Madrid, Trotta, 2014, 83-120; y F. LAPORTA, «Imperio de la ley y globalización», en *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007, 243-265. Las páginas que aparecen en el texto entre paréntesis corresponden a estas obras.

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.37

deber general de actuar en favor de la reforma de las estructuras sociales y políticas que los han generado. Efectivamente, las obligaciones colectivas no pueden traducirse en actos ocasionales de rescate fundados en argumentos humanitarios, sino en la creación progresiva y coordinada de estructuras institucionales que garanticen el adecuado cumplimiento de los deberes positivos básicos. «En ausencia de instituciones justas», afirma Pablo GILABERT, «la prioridad primera es crearlas en lugar de reincidir en la asistencia informal»[2].

Las argumentaciones de LAPORTA y HIERRO se apoyan en exceso, sin embargo, en la dimensión formal de esta concepción política de la justicia, centrando su justificación en la necesidad de que se instaure formalmente un orden para la garantía de los derechos. De ahí su insistencia en que, también en la esfera global, deba existir un «monopolio institucional de la fuerza legítima en manos de una institución política supraestatal» (HIERRO: 97, 98-99, 116) y su común referencia a Thomas HOBBES como punto de partida. Pero interpretar la justicia global como esencialmente política tiene una dimensión subjetiva relevante que puede implicar consecuencias algo diferentes. La necesidad de crear instituciones supraestatales justas va necesariamente vinculada a la exigencia de que todos puedan participar en el proceso de su creación como individuos que se reconocen mutuamente igual dignidad[3].

La dimensión estructural o institucional de la injusticia no supone solo un problema de diseño de un orden legal sino también el reconocimiento de todo individuo como agente activo en su configuración, evitando considerar a los más desfavorecidos meros receptores de justicia. La situación actual de pobreza y privación de muchos seres humanos no obedece solo a que carezcan de los medios necesarios para la subsistencia o para una vida decente, sino que son privados de tales medios por una situación de injusticia política y económica generada por estructuras de poder en cuya configuración no tienen capacidad de influir[4].

HIERRO reconoce que la necesidad conceptual de un orden legal para poder hablar de justicia distributiva y conmutativa remite a un problema previo, el de la justificación moral del orden legal (p. 107) y apela a que «derive sus poderes legítimos del consentimiento de las personas y que tenga por objeto garantizar sus derechos morales básicos, los derechos humanos» (p. 108). Pero no llega a desarrollar esta idea central para su argumento. LAPORTA reconoce su escepticismo respecto de las posibilidades del Derecho global para realizar suficientemente el ideal del imperio de la ley (p. 254) y habla de la necesidad de crear unidades políticas y jurídicas supranacionales, de las que pone como ejemplo el de Europa, sin aludir al origen de su legitimidad ni si este sería el modelo para un orden global.

---

[2] P. GILABERT, *From Global Poverty to Global Equality. A Philosophical Exploration*, Oxford, OUP, 2012, 56.

[3] A. APPIAH, «Dignity and Global Duty», en *Boston University Law Review*, núm. 90, 2010, 671-672, 674.

[4] R. FORST, «Justice, Morality and Power in the Global Context», en A. FOLLESDAL y Th. POGGE (eds.). *Real World Justice*, Dordrecht, Springer, 2005, 32.

2. ALGUNOS DESACUERDOS: LA NECESIDAD DE UN INDIVIDUALISMO, UNIVERSALISMO Y RACIONALISMO REVISADOS

La idea central del planteamiento de ambos autores acerca de la necesidad de una legalidad global organizada y vinculante para la realización de la justicia queda reducida a una traslación de los modelos políticos y jurídicos liberales que interpretaron los principios morales universales para el contexto estatal. Esta propuesta encuentra, a mi juicio, algunas dificultades que condicionan la validez de aquella idea central.

En primer lugar, como escribe HIERRO, la idea de *justicia global* no se refiere a la moralidad que ha de regir las relaciones entre los Estados sino a aquella que toma a las personas, con independencia de su pertenencia a comunidades concretas, como el foco esencial de la justicia. No obstante, incurre en algunas contradicciones cuando habla de que la justicia global «regula idealmente las relaciones entre los individuos que son ciudadanos de Estados diferentes» (p. 86) o considera que los Estados han de abandonar el estado de naturaleza para que sus miembros tengan garantizados sus derechos frente a los individuos miembros de otro grupo (p. 88). Quizá el autor es consciente de la dificultad de adoptar una perspectiva estrictamente individual y abstracta como foco esencial de la justicia global.

Si, como plantea HIERRO, la reflexión sobre los principios de justicia debería comenzar por analizar el contexto actual de injusticia global es necesario reconocer que ese contexto está traspasado por múltiples relaciones mediadas por estructuras de poder que se entrecruzan y conectan. Quienes son objeto de injusticia están sujetos a relaciones de dominación diversas. Una teoría de la justicia tiene que afrontar esas relaciones de dominación plural en múltiples niveles[5]. Ha de ser no tanto una teoría de la justicia *global* como *transnacional*. Como tal debe proveer un principio de justificación o de legitimidad del poder que domina cada una de esas relaciones. Ese principio podría interpretarse en el sentido de que, en cualquier contexto de justicia, todas las relaciones deben estar igualmente sometidas a principios y normas que puedan ser recíproca y generalmente aceptadas por todos los afectados. Los diversos contextos de la justicia están igualmente sometidos a esta misma exigencia moral[6]. La justicia transnacional supone una exigencia de justificación tanto interna a cada contexto de relaciones de poder como externa respecto de las interrelaciones entre ellas.

LAPORTA asume esta transnacionalización de las interacciones globales, formales e informales, entre intereses y agentes en distintas posiciones y de las normas que las regulan, desbordando «con agilidad los límites de las fronteras» (p. 255). Como expone, el problema es que esa normatividad transnacional fluida y desterritorializada no logra satisfacer la función que corresponde al Derecho como límite al ejercicio arbitrario del poder. Los actores globales mejor situados se interesan solo por elegir bajo qué normas les resulta conveniente ampararse, sin cuestionar su legitimidad (p. 251). La consecuencia es que muchos de los regímenes normativos existentes se apartan de las exigencias del imperio de la ley pero son eficaces en la medida en que son propicias

[5] R. FORST, «Towards a Critical Theory of Transnational Justice», en *Metaphilosophy*, vol. 32, 2001, 166.
[6] *Ibid.,* 169.

para el desarrollo de las actividades requeridas por quienes están en una posición de dominio.

Pero la propia pluralidad de relaciones no es necesariamente negativa. Favorece la capacidad de reflexión y de acción de un mayor número de individuos. Un cosmopolitismo abstracto, estrictamente individualista, no tiene en cuenta el peso moral de la variedad de solidaridades que moldean las experiencias personales. El desarraigo al que conduce el debilitamiento de los vínculos políticos tradicionales perjudica a los menos favorecidos, porque obvia el hecho relevante de que quienes se encuentran peor situados en el proceso de la globalización pueden tener razones especiales para comprender su lugar en el mundo y organizar su acción a través de aquellas solidaridades[7]. El cosmopolitismo no puede ser ajeno a la diversidad de movimientos, redes, afiliaciones que ayudan a luchar contra la exclusión a millones de personas. Muchos pensadores identifican en nuestros días el cosmopolitismo con esos proyectos plurales de transformación desde problemas y solidaridades particulares. Se habla, así, de «cosmopolitismo vernáculo» (BHABHA), «cosmopolitismo subalterno» (SANTOS), «cosmopolitismo incrustado» (ERSKINE), «arraigado» (ACKERMAN, HOLLINGER), «parcial» (APPIAH), «contextual» (BECK), «situado» (ROBBINS).

Estos cosmopolitismos alternativos evidencian de un modo difícilmente resoluble la tensión entre la lealtad a los vínculos de solidaridad y la igualdad moral implícita a todo cosmopolitismo. Mientras el cosmopolitismo más individualista resuelve esta tensión interpretando que las obligaciones especiales se basan en consideraciones morales de orden general (reciprocidad, eficiencia en la consecución del bien universal...), muchos de los nuevos cosmopolitas estiman que esa interpretación pasa por alto el aspecto particular que confiere valor a las relaciones concretas. Es desde tales relaciones desde donde debe partirse en la búsqueda común de modelos normativos ampliados. Esto solo es posible desde la premisa cosmopolita de la «des-ontologización» del otro: la diferencia del otro no es una diferencia esencial y atemporal, sino contingente e histórica y, como tal, puede atravesarse para hacer posible el diálogo[8].

En segundo lugar, los planteamientos más abstractos de la justicia global no toman realmente en serio el valor de la igualdad de cada vida humana si la consideran al margen de las situaciones y circunstancias concretas que la dotan de sentido y desde las que el individuo actúa y ejerce su responsabilidad. En este sentido, no se puede aspirar a un consenso armónico universal sino a un proceso dialéctico y abierto a la diferencia y al conflicto desde los que resignificar el sentido de los valores universales. Seyla BENHABIB ha propuesto el concepto de «iteración democrática» para dar cuenta de este tipo de procesos. En ellos, las comunidades democráticas reinterpretan los principios morales, desafiándolos y rearticulándolos de acuerdo con circunstancias cambiantes con el objetivo de preservar y enriquecer su significado originario»[9]. En este proceso se constituye el propio sujeto de la democracia que amplía sus formas de participación más allá de las instituciones formales en ámbitos que expanden la ciudadanía y la desnacionalizan.

---

[7] C. CALHOUN, «Belonging in the Cosmopolitan Imaginary», *Ethnicities*, vol. 3 (4), 2003, 546.
[8] U. BECK, *Poder y contrapoder en la era global*, Barcelona, Paidós, 2004, 70.
[9] S. BENHABIB, *Another Cosmopolitanism,* Oxford, Oxford University Press, 60.

Desde estas premisas, los derechos no son el resultado de una elaboración abstracta y racional, sino respuestas normativas, histórico-concretas a situaciones de injusticia. La dimensión igualitaria de los derechos solo es realizable progresivamente y dentro de contextos sociales. El proceso de internacionalización de los derechos muestra que solo «tendencialmente» son universales[10]. Mediante ese proceso se realiza una labor progresiva de interpretación de los derechos que formula sus exigencias normativas para contextos cada vez más ampliados y susceptibles de generar consenso en cuanto percibidas generalmente como mejora para la legitimidad del orden transnacional en su conjunto[11].

En tercer lugar, la aspiración a un sentimiento humanista y universal (del que HIERRO habla en la p. 109) es insuficiente como base de una estructura política transnacional o global. HIERRO admitiría lealtades puramente cívicas o, incluso, prudenciales o autointeresadas. Pero un cosmopolitismo crítico asumiría la necesidad, además, de formas de identificación y motivación que conduzcan a las personas a prácticas democráticas ampliadas. Un orden legal supranacional solo es posible desde la capacidad de abrirse a los otros y la convergencia en lealtades comunes que favorezcan la creación de solidaridades y espacios para el diálogo. Ciertamente esos vínculos e identidades ampliados se pueden ir construyendo desde la progresiva consolidación de espacios formales e informales de participación transnacional. En cierto modo este es el sentido del «patriotismo multinacional global» sobre el que han teorizado autores como WEINSTOCK o HABERMAS. Ese patriotismo cívico no resulta de modo abstracto de la propia idea de humanidad, sino «de los hábitos que surgen de la participación en prácticas comunes e instituciones compartidas»[12]. En todo caso, creo que es un modelo demasiado abstracto de solidaridad comunal que debe reforzarse con otros que favorezcan una identificación cada vez más ampliada capaz de generar por sí mismos espacios comunes para la participación.

Por último, coincido con HIERRO en que las personas tenemos la legítima pretensión de que «se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamadas en la Declaración Universal se hagan plenamente efectivos, que es lo que reconoce el artículo 28», pero dudo de que ese orden pueda llegar a ser un orden jerarquizado y organizado conforme al modelo de las democracias liberales nacionales. HIERRO apela al «monopolio institucional de la fuerza legítima en manos de una institución política supraestatal» (pp. 97 y 98-99). Piensa en una estructura jerarquizada en la que la «autoridad última» cede competencias pero retiene el poder de imponer coercitivamente el orden legal. No concreta cuál es la estructura institucional que habría de tener ese orden legal orientado a la garantía de derechos.

La democracia es un fenómeno pluridimensional en el que distintos elementos y ámbitos se complementan para aproximarse al ideal de la soberanía popular. Esto

---

[10] J. DE LUCAS, «Para una discusión de la nota de universalidad de los derechos: a propósito de la crítica del relativismo ético y cultural», *Derecho y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 3, 1994, 270.

[11] Algo similar quiere decir Ronald DWORKIN cuando habla del principio de prominencia (*salience*) como fundamento moral del sistema internacional en «A New Philosophy of International Law», *Philosophy and Public Affairs*, 41, núm. 1, 2013, 19.

[12] D. WEINSTOCK, «Prospects for Transnational Citizenship and Democracy», *Ethics and International Affairs*, 2001, 15(2), 59. *Vid.* la idea de patriotismo constitucional en J. HABERMAS, «Citizenship and National Identity: Some Reflections on the Future of Europe», *Praxis International*, 1992, 12 (1), 1-19.

es especialmente importante en el ámbito transnacional. Lo que exige la democracia son instrumentos de participación, espacios para la crítica, mecanismos de rendición de cuentas, instrumentos de compensación de las minorías, etc. Ello demanda diseños institucionales complejos que, cuando resultan insuficientes o ineficientes, deben completarse con espacios e instrumentos de participación informales. El ideal de la democracia puede tratar de alcanzarse a nivel global de modo progresivo mediante la mutua interacción entre factores muy diversos: el Estado como agente potencial de los principios cosmopolitas en cuanto que dispone de recursos e instrumentos de legitimación capaces de ser reinterpretados con ese fin; cauces de control y crítica desde los movimientos sociales; instrumentos informales de participación capaces de introducir problemas y perspectivas nuevas en la deliberación institucional; regímenes y organismos internacionales de defensa de derechos humanos que asuman progresivamente competencias hasta entonces estatales; complementariedad entre los instrumentos de garantía de derechos nacionales, internacionales y transnacionales etcétera.

Creo que LAPORTA es más consciente de esta necesidad de integrar distintos elementos cada uno de los cuales puede hacer aportaciones diversas para la realización del *rule of law* a nivel transnacional. La *lex mercatoria*, los principios, reglas y decisiones de la OMC, las diversas variantes del *soft law*... alcanzan cada uno de ellos «algunos de los objetivos de alguno de los grados de densidad del ideal del imperio de la ley» (p. 258). No obstante, cada uno de ellos y su mutua interrelación resultan insuficientes para lograr hacer efectiva la justicia global, esto es, el pleno sometimiento del poder al Derecho. Su argumentación concluye del mismo modo que la de HIERRO: la progresiva realización del ideal de justicia global supone el logro progresivo de normas legales vinculantes aplicadas por agentes imparciales que exigen la construcción de unidades políticas y jurídicas supranacionales. En ambos casos, es desde un ideal normativo desde el que se evalúa la realidad político-jurídica global o transnacional y desde el que se articula un modelo institucional para superar sus graves déficits. Lo que he tratado de mostrar es que, como ha explicado Amartya SEN[13], este planteamiento trascendente que trata de construir en abstracto una teoría acerca de los principios para una sociedad perfectamente justa, obvia algunos problemas relevantes, tanto sobre la dificultad de lograr un consenso acerca del modelo ideal como los problemas relativos a la elección entre opciones subóptimas, en la que se pueden dejar fuera instrumentos que coadyuvan a una regulación transnacional más inclusiva. La tarea política de atender las injusticias reales exige no solo modelos normativos críticos sino también la búsqueda de consensos prácticos capaces de satisfacer el derecho de todos a intervenir en su justificación desde sus propias posiciones y circunstancias. Sin duda, los trabajos de LAPORTA y HIERRO contribuyen a que el debate sobre la difícil cuestión de la justicia global tenga el grado de rigor y compromiso que es necesario para orientar esa convergencia práctica.

[13] A. SEN, *La idea de la justicia*, Madrid, Taurus, 2010.

EL VALOR EPISTÉMICO DE LAS BUENAS COMPAÑÍAS

Ramón Vargas-Machuca Ortega
Universidad de Cádiz

«Son muy pocos los filósofos españoles que, sin pertenecer al gremio de los iusfilósofos, se hayan interesado por el Derecho. Y es verdaderamente sorprendente la ignorancia que nuestros científicos sociales, cultivadores de las humanidades, etc., suelen exhibir a propósito de la cultura jurídica»[1]. Comparto esta opinión de Manuel ATIENZA expresada en un libro colectivo de homenaje a la figura de Javier MUGUERZA, quien también en este asunto iba a contracorriente de la mayoría. Emulando en este aspecto a Javier y a diferencia de buena parte de mis colegas, mi interés por la filosofía del derecho ha ido en aumento. No hace mucho testimoniaba mi gratitud a quien a lo largo de estos años me ha aportado bastantes razones para sentirme cercano a este campo del saber, sobre todo, al modo como la mayoría de los miembros de este departamento y allegados lo vienen cultivando. «Francisco LAPORTA, decía, me ha ayudado a descubrir algo crucial: que no podía seguir ejerciendo de "filósofo práctico" de la política sin la compañía de una buena Teoría del Derecho»[2]. En esta ocasión tengo la oportunidad de hacer extensivo el agradecimiento a Liborio HIERRO y explicar los motivos.

Nada hubiera sido igual al respecto sin contar con la amistad de Elías DÍAZ. Pronto me hizo interiorizar, como si de una ley moral se tratara, que la relación entre Estado de Derecho y Democracia es inescindible. Y como su ejemplo empujaba, uno podía enfrentarse a las trampas a la legalidad perpetradas o consentidas por «los nuestros» al precio de sentirnos casi en minoría de a uno en foros políticos donde solo funciona la adhesión o en su defecto la trifulca deplorable, como hemos comprobado recientemente. Por otra parte, su singular modo de «crear escuela», que propiciaba gran libertad de investigación, rendimientos de excelencia y relaciones personales envidiables, me permitió disfrutar del clima intelectual que él alentaba entre los miembros de su departamento y allegados. Junto a MUGUERZA fue artífice de un espacio institucional compartido en la que la filosofía moral y la filosofía jurídica estuvieron tan unidas de hecho como lo están teóricamente en cualquier reflexión filosófica seria. Y aunque en términos institucionales aquel proyecto duró poco, algunos sí mantuvimos cierta comunidad de pensamiento y unas buenas relaciones.

---

[1] «La filosofía del derecho de Javier Muguerza», en *Diálogos con Javier Muguerza. Paisajes para una exposición virtual*, *Isegoría,* julio 2016, 339.

[2] «Democracia y verdad», *Tomando en serio la Teoría Política*, I. WENCES (ed.), CEPC, 2015, 291.

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.38

DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, edición especial (2017) ISSN: 0214-8676 pp. 247-251

Claro que ni la amistad, admiración y gratitud me acreditan para compartir tribuna con expertos tan solventes en las ciencias jurídicas como los que participan en este homenaje. Entre otras razones, porque no soy experto en cosa alguna. Uno trata de ejercer de filósofo práctico; y cuando se viene arriba, a esta manera de pensar le llama «saber político», probablemente recordando a inspiradores de juventud como GRAMSCI o el filósofo Manuel SACRISTÁN. Se trata de pensar la política echando mano del recurso de la reflexividad en la senda de la tradición ilustrada; pero también, de *pensar políticamente* en tanto uno se siente participante, no ajeno al funcionamiento de este ámbito de lo social. De esta disposición puede resultar una destreza metacognitiva de la que al menos cabe esperar una cosa: que la especulación, el debate o el juicio políticos sean algo más respetables y mejor informados.

Para desempeñar esta tarea es preferible la diversidad cognitiva: echar mano de la «caja de herramientas» de las ciencias sociales, merodear en la frontera de distintos saberes y articular información de diferente procedencia. De esta manera se puede adquirir una visión más inclusiva y de mayor alcance sobre los asuntos; también permite ser más precavido a la hora de ponderar y jerarquizar retos[3]. Y puesto que la configuración institucional de la política determina hasta cierto punto la calidad moral y la eficacia de toda ejecutoria política, la vecindad con la mejor Teoría del Derecho resulta imprescindible. De lo contrario, esta sabiduría práctica, casi artesanal como apunta Félix OVEJERO, se hace simplista y acaba en cháchara, sermón, tertulia o argumentario.

Este punto de vista se sostiene en unos cuantos supuestos que comparto con los dos homenajeados: el conocimiento experto es un componente necesario del sistema de decisiones políticas y por ello de las relaciones de poder. Dado que ni la voluntad colectiva es omnisciente ni los expertos, desinteresados, conviene fijar un deslinde claro entre las esferas del saber y el poder. Por eso y frente a las formulaciones tecnocráticas o frente al recurso populista, vía de escape al resentimiento producido por las élites, prevalece la convicción de que el buen funcionamiento de una democracia representativa en el marco de un Estado de Derecho legitima y mejora a veces las decisiones de la comunidad política constituida.

Pero en las relaciones entre conocimiento y política no basta confiarlo todo a los procedimientos. Aunque sean los más verosímiles y menos injustos, son imperfectos, no producen necesariamente verdad ni justicia; a lo sumo, certifican que se han hecho las cosas de la manera más o menos correcta. Además, en la filosofía práctica entendida de la manera indicada arriba, el conocimiento que se precisa se obtiene en buena parte «de segunda mano». Teniendo en cuenta las enmarañadas imperfecciones de las ciencias sociales y entornos cada vez más complejos y cambiantes así como encrucijadas de decisión conflictivas desde el punto de vista moral, político y jurídico, se termina concluyendo que cuenta y mucho la fiabilidad personal. Por eso, quienes en el escenario público ofician como expertos, decisores u opinantes deben estar pertrechados de ciertos rasgos de la personalidad: solvencia en su campo, amor a la verdad, imparcialidad, apertura de miras, ausencia de dogmatismos, cierta coherencia moral y sentido de la responsabilidad. Justamente por estar equipados con estas y otras virtudes epistémicas y morales, Liborio y Paco me han parecido siempre individuos creíbles y fiables;

[3] P. TETLOCK, *El juicio político de los expertos*, Madrid, Capitán Swing, 28-29.

personas cabales que ayudan a pensar correctamente, formar opiniones razonables y configurar arquitecturas de decisión para actuar con rectitud y prudencia. En mi caso, muchos de sus escritos han representad un aporte de controles de calidad en el ejercicio de la especulación política.

LAPORTA ayuda y mucho con sus artículos de opinión a desenmascarar a ese género tan abundante de expresiones-trampas, cuya sola formulación pretende abortar toda discusión sobre el sentido apropiado de las palabras y su alcance real. Por ejemplo, lo ha logrado con la estafa retórica del «derecho a decidir» o la añoranza de un «poder constituyente», deseo encubierto de una supremacía fáctica, un momento amorfo y sin reglas que propicie el despliegue de una voluntad política sin controles reglados. Hace pocos días volvía a la carga en el diario *El País* (31 de octubre de 2016) contra las supuestas excelencias de la democracia de referéndum y espigaba algunos de los muchos y buenos argumentos que *in extens*o había desarrollado en un excelente trabajo sobre la representación (*Doxa,* núm. 6, 1989). También he disfrutado de la conversación inteligente y lúcida que ambos propician, de su capacidad analítica e ironía, más contenida en Liborio y rotunda en Paco. Se agradece un estilo comunicacional tan ajeno a esa petulancia insufrible y no infrecuente en tantos expertos de postín. En fin, con ellos uno sabe que está en buena compañía.

Si bien lo que sigue es para muchos de Vds. lección sabida, no parece serlo ni para buena parte de los «filósofos morales» ni para muchos politólogos y «analistas» que se prodigan en la escena pública; tampoco, para los actores principales de la vieja o de la nueva política. Señalo dos o tres asuntos clave en los que los profesores LAPORTA e HIERRO se han esmerado prestando un gran servicio al desarrollo y difusión del conocimiento de la Teoría del Derecho y de la Filosofía moral y política. Buena ocasión es esta para recodarlo y reconocerlo. Y si sus indicaciones se hubieran interiorizado como saber político y saber ciudadano, «otro gallo nos cantaría». El libro de LAPORTA *El imperio de la ley. Una visión actual* (Trotta, 2007) es una joya. Mucho se puede aprender en sus páginas. Resalto aquí algunos de sus logros. En el arranque del libro se despliega una potente fundamentación del principio de la autonomía moral. Vinculada a la racionalidad como condición del agente moral es inseparable de la dignidad de las personas, respeto e igual trato que cada una de ellas merece. Estas credenciales que nos constituyen como agentes morales representan una condición de la que se participa distributivamente (no como un rasgo genérico); la condición de ser fin en sí mismo y nunca solo un medio para fines particulares se usufructúa individualmente. Se trata, pues, de un principio universalizable que funciona como ideal regulativo, no único pero sí básico de la justicia. La autonomía moral así entendida es un fin en sí que satisface exigencias insustituibles de justicia y controles de racionalidad que legitiman su primacía.

De otro lado y en un país poco cuidadoso con las formas, LAPORTA insiste en el valor moral de los aspectos formales de un buen principio y una buena regla. Subraya algunas propiedades necesarias de los principios éticos, entre ellas, la congruencia epistémica. Gracias a herramientas analíticas y de crítica racional y teniendo en cuenta la información empírica apropiada, los principios no solo son deferentes con criterios de consistencia lógica o coherencia sino que ayudan a detectar los prejuicios y ponerlos en su sitio. Con esta dotación, los principios contribuyen a que no se adultere la relación entre ética

y política. Por su parte, las reglas jurídicas representan el tipo de normas que mejor se ajustan a las pretensiones de la política como orden. Un elemental sentido de la decencia y la autoestima debería incitar a los actores políticos al respeto de las propiedades y requisitos formales que definen, distinguen y permiten reconocer a las reglas como tales.

Una norma jurídica acorde con sus exigencias formales y materiales confiere a la vida en común una dimensión ética no intercambiable por otro tipo de norma alternativa. En mas de una ocasión lo ha recordado LAPORTA señalando algunas valiosas exigencias de las reglas jurídicas: que sean concluyentes y perentorias; que el poder solo se ejerza por quien esté facultado para ello mediante una regla de competencia; que el poder de crear las normas esté separado del poder de aquel que las aplica; o que la lógica de la justificación proceda de modo que las acciones se justifiquen apelando a las reglas y estas apelando a los principios. Estos y otros criterios análogos tomados en serio aportan previsibilidad, seguridad y algunas certezas en un mar de incertidumbre como el de la interacción colectiva. Actuar de acuerdo con esas pautas de corrección resultan constricciones indispensable para una relación adecuada con otros ingredientes normativos de la moral y la política, ya sean proyectos de vida buena, programas o estrategias.

De la obra de Liborio HIERRO destaco su trabajo, «El concepto de justicia y la teoría de los derechos» [en Elías DÍAZ y José L. COLOMER (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Alianza, 2002: 11-73]. A propósito de las relaciones entre teoría de la justicia y democracia, este y otros trabajos suyos relacionados han aportado una razonable salida a quienes no sabíamos escapar del laberinto hermenéutico que nos traía y llevaba de RAWLS y sus seguidores a la cohorte de los que con él polemizaban. No obstante, algunos pensábamos que una buena filosofía (para la) práctica no debe limitarse a justificar buenos principios sino que debe configurarlos de tal modo que los convierta en motivadores de la acción; que debe además diseñar una conjunción de recursos normativos de distinta naturaleza y rango para tratar de domar el uso del poder y hacerlo valioso y merecedor del consentimiento y obediencia. En suma, una concepción de la justicia con estas pretensiones tiene que ir acompañada de una teoría de la autoridad que de una manera consecuente con aquella determine: *quién debe hacer qué y por qué* en el seno de una comunidad política constituida.

Liborio da cumplimiento a este propósito y desarrolla con la parsimonia requerida buenos argumentos para justificar la *interdependencia* entre: un *principio de justicia*, básico e insustituible, el de *autonomía moral* entendido en un sentido muy similar al de LAPORTA; el *criterio de distribución* que de ese principio se deduce (reparto el igual y necesario del repertorio de los *derechos humanos* (un conjunto de bienes primarios, condición necesaria para el desarrollo de las capacidades de la personalidad moral y medio omnivalente para una gama amplia de fines últimos); y un procedimiento de distribución o autoridad facultada para aplicar de la mejor manera disponible aquel criterio de reparto. Esto último lo aporta el correcto funcionamiento de la democracia en el marco de un orden legal constituido.

La legitimidad y corrección de la *democracia como procedimiento de distribución* se justifica por dos rasgos que incluye el modelo de democracia constitucional: hacer realidad el principio moral de la autonomía en el ejercicio de la participación política; y gracias a su dimensión de Estado de Derecho, otorgar especial protección legal a los derechos fundamentales en su condición de criterio irreemplazable de justicia y

garantizar su provisión al conjunto de los ciudadanos. Y resume esta conexión moral y política de esta manera tan expresiva: «ni un gobierno está justificado, aunque garantice los derechos, si no es consentido; ni un gobierno está justificado, aunque sea consentido, si no garantiza los derechos» (p. 29).

En la teoría de Liborio importa *qué* se decide y *cómo*; pero también lo que *resulta*. Si aspiramos a promover la autonomía moral, debemos calibrar qué resultados del funcionamiento de aquella logran que cada vez más personas puedan actuar de modo autónomo y desenvolverse como persona moral. Si la extensión real de la autonomía moral importa, la eficiencia, dice, hace su incómoda aparición. A su juicio, la teoría de la justicia no pueda limitarse a fijar los requisitos del procedimiento; tiene que dar cabida, además, a las cuestiones relativas a la producción y distribución de los bienes y recursos que permiten a los seres humanos desarrollarse como agentes morales en un contexto social dado. Ello conlleva determinar el lugar que debe ocupar la eficiencia en una teoría de la justicia como la que él desarrolla.

En primer lugar, la pretensión de neutralidad de una teoría eficientista de la elección sociales es falaz e inviable; tanto como la neutralidad que se arroga la teoría procedimental de la justicia. Ambas construcciones tienen una fuerte impronta normativa. La estrategia procedimentalista supone algún fundamento último en una concepción de la persona, a la postre una cierta concepción del bien, que opera como principio independiente y externo del que trae razón el procedimiento. Por su parte, el «eficientismo» de la economía política al uso implica una particular concepción de la justicia que permite a sus promotores justificar sus decisiones y evaluar las consecuencias que producen. Liborio asume el reto de incorporar a su teoría de los derechos, en tanto que concepción substantiva de la justicia, el concepto de eficiencia como ingrediente necesario pero instrumental para el logro de resultados de justicia. La compatibilidad entre racionalidad económica como parámetro de decisión social —la eficiencia entendida como maximización de la riqueza social al modo de la economía del bienestar— y las exigencias de la justicia como teoría de los derechos se produce si el incremento de la producción admite una distribución igualitaria de los recursos y proporcional a las carencias de satisfacción de las necesidades básicas de cada uno (*Justicia, igualdad y eficiencia.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002). A partir del examen de las objeciones de DWORKIN al «análisis económico del Derecho» y Richard POSNER, Liborio HIERRO despliega en este y otros ensayos una informada e ilustrativa argumentación sobre el asunto. También proporciona mejores razones para una intención socialdemócrata que hemos compartido en momentos de esperanza y otros más aciagos que parecen retornar ahora.

Termino reconociendo que gozar de la amistad de ambos a lo largo de estos años ha sido un regalo. Ellos no han influido en lo que pienso pero sí en como pienso; les agradezco sobre todo que me hayan ayudado a pensar correctamente. Salud y suerte para ellos; que perdure su talento y continúe la conversación.

FORMALISMO Y ANTIFORMALISMO EN *EL IMPERIO DE LA LEY* DE F. LAPORTA

Jesús Vega
Universidad de Alicante

Aunque *El imperio de la ley* persigue refundar o, como dice su autor, «reinventar» las ideas fundamentales del legalismo clásico, pretende sin embargo hacerlo evitando reproducir los mismos errores —no menos clásicos— del formalismo jurídico protopositivista. Es interesante discutir si este intento puede juzgarse exitoso o más bien problemático. A lo largo del libro se detecta una tensión permanente e irresuelta entre una tendencia formalista de base en la reconstrucción que LAPORTA emprende del ideal del imperio de la ley y una tendencia antiformalista que trata de superar los déficits que conocidamente acompañan a ese ideal desde el surgimiento mismo del Estado legal de Derecho (e incluso antes de él) y que se harían aún más manifiestos en el Estado constitucional. Esa tensión trae consigo como contrapartida la necesidad para el autor de incorporar importantes dosis de ambigüedad metateórica. Es decir, la tensión solo queda aparentemente resuelta a costa de una constante oscilación en cuanto a la propia adscripción a una posición positivista o a una posición post-positivista en relación con el Derecho, de manera que la frontera entre ambas resulta a menudo traspasada, a lo largo de los diferentes contextos de análisis, de modo inadvertido o implícito.

En la medida en que LAPORTA reivindica los atributos clásicos de la ley —la generalidad y la abstracción— como constitutivos del núcleo central del Derecho y hace residir la esencia del imperio de la ley en «esa clase especial de normas que llamamos en sentido estricto "reglas" [...] no principios, ni estándares, ni valores, ni directivas de otro tipo, sino reglas» (84, 107)[1], tiende a acentuar y abrazar los elementos más fuertemente formalistas del iuspositivismo. Así, el imperio de la ley sería «una reivindicación del papel que las leyes entendidas como vehículo de reglas han de jugar en el ordenamiento jurídico y en la práctica del Derecho» (169). De ahí que el autor se declare sin ambages (y con un evidente punto de provocación) como «formalista» y rechace de plano la carga peyorativa que arrastra esta etiqueta (el «formalismo jurídico»). Enfatiza aquí la función de las leyes-reglas como límites autoritativos de la decisión jurídica, instrumentos que agotarían toda su racionalidad funcionando en términos metodológicos fundamentalmente textualistas y subsuntivos, es decir, como pautas «rígidas» o «mecánicas» al modo positivista o formalista tradicional, un enfoque todavía en buena medida vigente gracias a reactualizaciones del tipo de la de

[1] Los números indican páginas del libro (LAPORTA, 2007).

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.39
DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, edición especial (2017) ISSN: 0214-8676 pp. 253-258

SCHAUER (1999) y su teoría de las reglas como «generalizaciones atrincheradas» dotadas de «autonomía semántica», enfoque que LAPORTA acepta de buen grado. Por «formalismo» se entiende entonces la idea de que la justicia formal que emana del imperio de la ley —«entendido como imperio de reglas jurídicas»— es una «condición *necesaria*» de todo ideal de justicia material (84). Ello permite a LAPORTA ubicarse más o menos cómodamente en los marcos del iuspositivismo convencionalista posthartiano y al mismo tiempo distanciarse de las que considera apelaciones ingenuas y acríticas a la «justicia material» o «sustantiva» peligrosamente presentes en su opinión en las visiones post-positivistas del Derecho: «aquí, a diferencia quizá que en el pensamiento de DWORKIN, no se concibe justicia sustantiva ni material alguna sin la previa justicia formal que emana del imperio de la ley» (*ibid.*). Así cobran sentido aseveraciones «formalistas» tales como que las reglas son «límites a la decisión basada en la justificación subyacente» (144) o que el ideal regulativo del imperio de la ley «fuerza a los procesos de interpretación y aplicación del Derecho a ser formalistas, puesto que la idea de que sean las reglas las que gobiernen la decisión tiene que suponer [...] un razonable grado de objetividad y ello le acerca al literalismo», de manera que el imperio de la ley «sería también una justificación del formalismo» (191). Este formalismo no sería en principio muy distinto del *Formal Style* protopositivista criticado clásicamente por LLEWELLYN (1960: 37) por resultar favorecedor de ciertas desviaciones y excesos aún muy extendidos en la cultura jurídica tales como el logicismo y la función meramente declarativa de la jurisprudencia (el razonamiento jurídico es una inferencia de naturaleza puramente formal-deductiva y los jueces no crean nuevo Derecho), la reducción del «verdadero Derecho» a la generalidad y abstracción de las reglas escritas (primacía del legislador y del *law in books*), el literalismo (la interpretación se reduce a la averiguación de un significado o voluntad objetiva y preexistentemente contenidos en el texto jurídico), el recelo hacia las directrices, principios y otros estándares normativos (visión anticonsecuencialista y antiinstrumentalista del Derecho) y lo mismo hacia los valores (neutralidad político-moral del Derecho).

En la medida, en cambio, en que LAPORTA integra en su libro la tesis anterior sobre la centralidad de las reglas dentro de una visión más compleja y articulada del Derecho de carácter ético-político, tiende a aproximarse a posiciones superadoras del positivismo jurídico. Ahora entiende el Derecho como una institución social realizadora de valores prácticos que lo trascienden y que justifican su propia existencia y operatividad, valores que estarían justamente presentes en la propia formalidad de sus reglas. Específicamente, la existencia institucionalizada del Derecho en la precisa forma de un sistema de reglas es, según LAPORTA, una condición necesaria del valor de la autonomía personal: tal es la tesis de su libro. Una tesis de filosofía moral, pero que engloba al Derecho. La teoría del imperio de la ley basado en la «concepción de reglas» se declara explícitamente como un capítulo («pero solo un capítulo») de «una teoría completa de la Justicia» (83). De manera que «el imperio de la ley ha de ser entendido como un ingrediente de la idea de Justicia, es decir, como uno de los ideales ético-políticos que nos dicen cómo «debe ser» el Derecho positivo» (84).

Este segundo *iter* argumental viene, en efecto, a distanciar decisivamente el planteamiento de LAPORTA de los marcos doctrinales del iuspositivismo. Lo distancia, desde luego, del legalismo protopositivista: que la justicia formal de reglas no sea una

condición suficiente de la justicia material excluye cualquier formalismo ingenuo que pretenda apoyarse en la tesis de la completud y determinación del Derecho, en el sentido de que sus reglas contengan *ex ante* respuestas para toda posible cuestión (en la misma dirección de la tesis hartiana de la textura abierta). Pero también lo distancia de la teorización de las reglas propia de la corriente central del positivismo jurídico contemporáneo (en sus dos versiones, «excluyente» e «incluyente»), para situarlo en la tierra media de un iuspositivismo «ético» o «normativo», que no es sino aquel tipo de positivismo jurídico que comienza a reconocer autocríticamente que necesita dejar de ser positivista para adelantar un paso más allá. Pues la reclamada centralidad de la justicia formal de las reglas ya no se fundamenta, en LAPORTA, sobre sí misma (sobre valores ellos mismos formales, como la seguridad jurídica, la igualdad formal o los principios institucionales que gobiernan el funcionamiento del aparato de la legalidad), ni tampoco sobre valores meramente *atribuidos* en términos descriptivos, sino sobre valores *sustantivos* extrajurídicos asumidos como últimos: valores éticos de carácter final, vinculados a la idea misma de persona. Y es entonces cuando el autoproclamado «formalismo» de LAPORTA se vuelve de inmediato *sui generis*, ambiguo, sutil y equilibrado, difícilmente encajable ya en acepción alguna convencional del término y cuyas implicaciones son, por el contrario, claramente «antiformalistas». O, al menos, más antiformalistas de lo que tal vez el autor desearía, una vez que ha introducido (como una suerte de «caballo de Troya») los valores morales vinculados a la idea de autonomía —y en definitiva a los derechos humanos— como fundamentos de su teoría del Derecho. En efecto, la tesis de la formalidad necesaria de las reglas se ve a partir de ahora fuertemente condicionada y matizada por la perspectiva de la actuación *material* de esos valores como razones subyacentes de las reglas que tornan a estas dispositivos formales *instrumentales* y no fines en sí mismos. Estos valores serían «un conjunto de derechos morales que exigen del sistema jurídico un reconocimiento y protección pleno e igual para todos los miembros de la comunidad como agentes morales» (162). LAPORTA está repitiendo aquí lo que ya nos había dicho al hablar de la normatividad de los derechos humanos: que si estos son «fundamentales» es porque están anclados en ciertos contenidos valiosos o *bienes* que existen *antes* de su reconocimiento formal y exigen este, que su forma normativa o deóntica existe solo *porque* es el vehículo necesario para hacerlos valer generalmente (LAPORTA, 1987: 27 y ss.). Lo mismo sucede ahora con el valor de la autonomía personal, puesto que no se trata de que la configuración del Derecho como sistema formal de reglas garantice la autonomía de las personas, de que la autonomía sea posible *porque* existan las reglas, sino justamente al revés: es el valor de la autonomía moral (que condensa junto con la igualdad y la libertad las aspiraciones básicas de la dignidad como base moral de todos los derechos humanos, proyectados a lo largo de diferentes frentes tanto éticos como políticos) el que suministra la razón de ser de las reglas jurídicas y fundamenta su racionalidad práctica. Esto convierte al ideal del imperio de la ley en un ideal moral, sin dejar de ser jurídico-formal. En otras palabras: su formalización jurídica se revela entonces necesariamente unida a —y no disociada de— un ideal metodológico de corrección argumentativa sustantiva de las decisiones jurídicas en términos axiológicos en cuanto que aquellos valores y derechos han de prevalecer en la práctica a través de la aplicación de las reglas del Derecho como condición de su validez. Y esto es lo que excluye por principio cualquier género de «formalismo jurídico», al que cabe definir precisamente

(en cuanto formalismo «negativo» o «desviado») por la operación consistente en desvincular entre sí reglas formales y valores materiales (o presentar el nexo entre ambos en términos contingentes). Pero esta prevalencia de la dimensión justificativa o valorativa resulta plenamente convergente, en modo alguno incompatible, con lo que las teorías post-positivistas del Derecho actuales (apelando a la dualidad reglas-principios o subsunción-ponderación) vienen a defender.

De ahí que en los capítulos finales de *El imperio de la ley* sea visible cómo el inicial énfasis en los valores formales vinculados a la dimensión autoritativa de las leyes-reglas (generalidad, abstracción, seguridad jurídica) se vea considerablemente rebajado e incluso acabe por invertirse el contraste de partida entre la infraestructura formal de reglas del Derecho y su justificación en términos de derechos y valores de carácter sustantivo. A medida que se incorpora la perspectiva del método jurídico, la prioridad de la dimensión axiológica o material vuelve necesario incorporar también la perspectiva de la racionalidad del juez o aplicador —eclipsada hasta ahora, como sucedía en el formalismo legalista clásico— y restablecer su continuidad justificativa material —no solo autoritativa-formal— con el legislador. La centralidad de los textos legales (Cap. VIII) ya no puede legitimar la producción de decisiones valorativamente injustificables, sino que «los enunciados interpretativos son informes en discurso indirecto de aquello que dijo el legislador y han de tener un fundamento racional» que viene suministrado por «la apelación a un principio de universalizabilidad» (189). Las zonas «ciegas» de la discreción y creación judicial y del Derecho implícito (Cap. IX), zonas en las que el imperio de la ley aparentemente entra en suspenso, quedan vinculadas a pautas de coherencia, derrotabilidad y universalidad, en donde la aplicación de las reglas supone la interpretación retrospectiva y constructiva a cargo del juez consistente en remitir al «propósito del legislador», de forma que «la propuesta de reglas coherentes con el sistema que coadyuven a la satisfacción de un propósito claramente establecido por el legislador no es un supuesto de activismo creador de Derecho» (206). Las propias relaciones entre ley y Constitución (Cap. X) se reconducen a la idea de que «el constitucionalismo no es sino una continuación de la idea de imperio de la ley llevada hasta la constitución misma» (221). Tanto los principios constitucionales como los mecanismos institucionales que los articulan y protegen —es decir, la forma de la Constitución y la justicia constitucional— responden a una justificación material que va más allá de ellos: «y esa justificación solo la pueden dar los "principios" entendidos como razones éticas y políticas (233)».

Decía al principio que esta tensión entre formalismo y antiformalismo queda abierta e irresuelta y que los propios textos de LAPORTA no permiten dirimirla precisamente porque se mantienen ambiguamente en el umbral mismo entre una posición positivista y una posición post-positivista, dando pasos en ambas direcciones y permitiendo espigar pasajes y lecturas tanto en un sentido como en otro. En un trabajo más amplio he desarrollado la hipótesis de que las ideas fundamentales de LAPORTA sobre el imperio de la ley quedan mejor reconstruidas desde una comprensión post-positivista que conciba el Derecho como una práctica argumentativa orientada por valores. Defiendo ahí que la corriente central del iuspositivismo contemporáneo no profundizó suficientemente las importantes críticas avanzadas por HART al primer positivismo (1957, 1994) y ello redundó en una teoría de las reglas todavía fuertemente lastrada por elementos

formalistas. La causa profunda de ello estriba en una de las señas de identidad más características, si no la central, del positivismo jurídico: la pretensión de construir una teoría del Derecho independiente de valoraciones. Ahora bien. las razones de corrección o de carácter axiológico son aquellas que proporcionan los contenidos que operan como justificación última de cualesquiera fines y propósitos a los que una regla pueda apuntar, pues los elementos finalistas que integran el *rationale* de toda regla están siempre seleccionados desde alguna perspectiva valorativa tomada como justificativamente relevante o última. La desviación o «degeneración» metódica en que incurre lo que llamamos «formalismo jurídico» deriva de sobredimensionar las distintas vertientes de la formalidad de las reglas jurídicas (la «formalidad del contenido», «directiva», «interpretativa» y «autoritativa»; ATIYAH-SUMMERS, 1987: 11 y ss.) pretendiendo poner al margen los elementos materiales valorativos que conforman cada una de ellas. Y esta es justamente la distorsión fundamental que sigue alimentando el positivismo jurídico en su teorización de las reglas como consecuencia de esa pretensión de elaborar una teoría del Derecho libre de valores. El resultado es una visión deformada de la racionalidad de las reglas al reducirla a términos exclusivamente lógico-subsuntivos (generalizaciones constreñidas al esquema de la inferencia formal *modus ponens*) o técnico-instrumentales (dispositivos decisorios no deliberativos de carácter «perentorio» o *content-independent*). En cambio, lo que realmente distingue a una concepción antiformalista del Derecho es colocar su dimensión justificativa —esto es, la dimensión de valor— en una posición de preponderancia. Y precisamente en esta dirección camina la tesis de LAPORTA sobre la fundamentación moral del imperio de la ley en el ideal de autonomía.

En efecto, las razones últimas que justifican a juicio de LAPORTA la forma de ley y en la que basa su propuesta de reformalización del Derecho no son ellas mismas de naturaleza solo formal (autoritativas o procedimentales) sino materiales o de justicia. La forma de ley no es, nos dice, una cuestión «meramente "formal"» o circunscrita al ámbito de justificación de las normas de competencia y procedimiento, sino «una suerte de ley material que ha de cumplir con las exigencias y razones que hemos dado como necesarias para satisfacer el principio de legalidad, que no es un puro formalismo sino un haz de importantes demandas de carácter ético» (167). Estas demandas tienen que ver con la estructuración del orden social en su conjunto, con «la distribución correcta de los beneficios y las cargas de la cooperación social» (162), con exigencias político-morales que confieren al Derecho «una dimensión de justicia que no puede ser conseguida mediante la utilización de fuentes o normas alternativas» (161). No basta, pues, para fundamentar la formalidad de las reglas (la legalidad), con entender los ideales del imperio de la ley meramente como el conjunto de valores conexos con su generalidad y abstracción (la «moralidad interna del Derecho» de FULLER). Esos valores formales o procedimentales (las «razones para tener reglas» que justificarían globalmente la práctica de actuar sobre la base exclusiva de razones formales) son precisamente *valores* —y son precisamente *esos* valores— en la medida en que traducen a su vez determinados valores sustantivos de carácter último. Estos, con la autonomía a la cabeza, imponen así una concepción no formalista del Derecho. Solo se honra la autonomía si se respetan las exigencias de racionalidad práctica derivadas del sometimiento de la acción humana a un régimen de reglas en el que no impere la formalidad (lógica, directiva, autoritativa) de estas sino en cuanto cualificada desde su justificabilidad a la luz de valores materiales. Los parámetros racionales que sustentan la au-

tonomía en términos puramente formales de «seguridad jurídica» (aseguramiento de ciertas expectativas de conducta estables y ciertas) serían fundamentalmente de orden lógico (claridad, generalidad y consistencia de las leyes), autoritativo (promulgación y publicidad) e instrumental (estabilidad, irretroactividad, regularidad en la aplicación de la ley). Pero estos valores formales asociados a la igualdad y regularidad formal que conforman cualquier práctica decisoria jurídica son siempre utilitarios respecto de valores e ideales sustantivos externos a ellos imputados a una cierta concepción político-moral de la justicia. Ello implica que las razones sustantivas de corrección que se toman en cuenta en el diseño de una regla o procedimiento forman parte interna de estos. Considerarlas «razones formales» entendiendo por tal que no es preciso verificar que se incorporan materialmente a los resultados de su puesta en práctica es precisamente el rasgo característico de un proceder formalista expuesto a la irracionalidad práctica, la injusticia o la arbitrariedad.

REFERENCIAS

ATIYAH, P. S., y SUMMERS, R. S., 1996: *Form and Substance in Anglo-American Law* [1987], Oxford: Clarendon Press.

HART, H. L. A., 1957: «Positivism and the Separation of Law and Morals», *Harvard Law Review*, 71/4: 593-629.

— 1994: *The Concept of Law* [1961], Oxford: Clarendon Press.

LAPORTA, F., 1987: «El concepto de derechos humanos», *Doxa*, 4: 23-46.

— 2007: *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid: Trotta.

LLEWELLYN, K., 1960: *The Common Law Tradition. Deciding Appeals*, Boston: Little, Brown & Co.

SCHAUER, F., 1991: *Playing by the Rules*, Oxford: OUP.

ENSEÑANZA DEL DERECHO Y PROFESIONES JURÍDICAS

Josep M. Vilajosana*
Universidad Pompeu Fabra

La enseñanza del derecho parece que alguna relación debería mantener con la forma de entender las profesiones jurídicas. Esta indudable relación es la que me permitirá conectar en este breve escrito algunos de los análisis de Francisco LAPORTA y de Liborio HIERRO. Del primero tomaré sus textos sobre la enseñanza del derecho y del segundo los que dedica a las profesiones jurídicas y, en especial, a la enseñanza de la deontología jurídica.

1. ENSEÑANZA, MODELO DE JURISTA Y BOLONIA

A continuación centraré mi atención en dos de las aportaciones de LAPORTA: la Introducción a un libro sobre la enseñanza del derecho, editado por el autor[1], y un texto que plantea de manera crítica el proceso de Bolonia, en general, y el de su aplicación a la enseñanza jurídica, en particular[2].

La pretensión principal del primer texto es, en palabras del autor, «formular con un poco más de precisión los términos del debate» (p. 14). En mi opinión consigue el objetivo sobradamente y en muy pocas páginas. Quisiera simplemente destacar dos observaciones importantes:

1. Hay tres modelos de universidad: investigadora, profesional y educadora. El énfasis en uno u otro de estos modelos ideales, dará pie a un tipo de Facultad de derecho distinto. LAPORTA sostiene que el predominio del modelo investigador daría lugar a unos estudios socialmente poco útiles y cuyo modelo de jurista vendría a ser el profesor de derecho (o el cultivador de las ciencias jurídicas). El modelo profesional tendría en el punto de mira el ejercicio de las profesiones jurídicas y al jurista se le enseñaría «no a hacer ciencia, sino a aplicar los conocimientos científicos» (p. 17). Por último, la universidad educadora, planteada como el escalón superior de la formación que ha venido recibiendo el alumnado en etapas anteriores, daría cabida

* Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Pompeu Fabra: *josep.vilajosana@upf.edu.*

[1] F. LAPORTA, «A modo de introducción: la naturaleza de las reflexiones sobre la enseñanza del derecho, en F. LAPORTA (ed.), *La Enseñanza del Derecho*, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 6, 2003, 13-24.

[2] F. LAPORTA, «El proceso de Bolonia y nuestras Facultades de Derecho», *Revista de Estudios jurídicos*, núm. 10, 2010, 1-10.

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.40

a materias no específicamente profesionalizadoras ni de dogmática jurídica, como historia, sociología, economía, filosofía, etc. Según LAPORTA, el predominio de este modelo significaría en última instancia poner en entredicho el postulado de la autonomía del derecho «como objeto de conocimiento y técnica específica de control social» (p. 18).

2. Para enseñar el «derecho» tiene que tenerse claro un concepto de derecho. Según este autor, aunque se reconoce mayoritariamente el peso de los principios jurídicos en el razonamiento de los juristas y la relevancia que estos han adquirido a través de la positivización en las constituciones de nuestro entorno, «seguimos enseñando el derecho igual que antes, y supongo que esperando que por una suerte de ciencia infusa los jueces y magistrados sepan realizar esas nuevas tareas» (p. 19). Estas «nuevas tareas» podrían ser, eventualmente, las que se centrarían en la argumentación jurídica, que conllevaría no solo el manejo de los tradicionales criterios interpretativos, sino toda la problemática que supone reconocer que los principios jurídicos contienen pautas morales.

Pero quien podría asumir tales cambios (y otros que aquí no he mencionado) y ser su impulsor —el profesorado en formación— es precisamente el que está pagando más caro la apuesta poco decidida de las autoridades por este nuevo modelo. En realidad, el nuevo modelo que se ha propuesto desde la autoridad competente se ha concretado en el llamado proceso de Bolonia, que es el objeto de crítica del segundo texto de LAPORTA que voy a comentar a continuación.

La crítica contundente a la que somete LAPORTA al proceso de Bolonia queda muy bien reflejada en la metáfora que emplea. La aplicación práctica de este proceso ha sido como una especie de trampantojo, pura fachada colorista, que en realidad esconde que tras la pared no hay nada. Denuncia que la convergencia con los demás países europeos propiciada por Bolonia es puramente formal y nada de lo que en este proceso se recoge garantiza que se alcancen los niveles de las mejores universidades. ¿Qué se podría hacer al respecto? Aquí LAPORTA sostiene que hay cuatro problemas que habría que afrontar para conseguir esta meta. Son los que llama «gatos sin cascabel» porque nadie se atreve a ponérselo:

> Primero, la limitación o selección seria del acceso de los estudiantes a los estudios universitarios [...]. El resultado es que los peores estudiantes que tenemos son precisamente los de derecho. Eso lo saben, y lo dicen claramente, todos los colegas. [...]. Segundo «gato» sin cascabel, consecuencia del anterior: el excesivo número de estudiantes por curso en ciertos estudios (muy claramente en los de derecho). Nuestros estudiantes no solo no están entre los mejores, sino que son demasiados. [...]. El tercer problema también se relaciona con ello: la cuestión de la financiación de la Universidad y lo escuálido de las tasas que pagan los estudiantes (en torno al 15% del coste real de su plaza). Esto determina un disparate mayúsculo: que sea el número y no la calidad de los estudiantes lo que determina la financiación de la universidad. Pues bien, es preciso decirlo con toda claridad: es esa y no otras la causa de que nuestras universidades no aparezcan en ninguna lista seria. Y por último, está la selección y valoración —científica y también económica— de los profesores y la promoción de una cultura de la seriedad y el rigor en la carrera docente. Temo que a este respecto vamos precisamente en la dirección contraria. (pp. 5 y 6).

2. PARA SEGUIR DEBATIENDO

El entero planteamiento de LAPORTA es muy sugerente. Coincido en su mayor parte tanto con la descripción como con alguna de sus propuestas. Sin embargo, con la finalidad de continuar con el debate, me gustaría poner de relieve una posible tensión de su planteamiento y algunos puntos más concretos de discrepancia.

Por lo que hace a la tensión, una cosa es afirmar que el proceso de Bolonia y los objetivos que persigue están en mayor o menor medida equivocados, y otra muy distinta sostener que si se dieran las cuatro condiciones citadas (los «cascabeles») se conseguiría la meta perseguida. Es decir, o lo que Bolonia pretende alcanzar es inadecuado (lo cual parece constituir un punto central de la crítica de LAPORTA), en cuyo caso no hay condición que transforme tales objetivos en correctos, o bien estos son deseables, aunque no pueden alcanzarse a menos que se cumplan las mencionadas condiciones.

Por otro lado, debo decir que mi experiencia con el proceso boloñés ha sido más positiva de lo que se sugiere en el texto comentado e incluso de lo que yo mismo pensé en un principio[3]. Es cierto que esa experiencia ha tenido lugar en una Facultad en la que con el tiempo se ha incrementado la nota de corte y, por tanto, los estudiantes que ingresan en derecho son de un nivel bastante alto en términos relativos. Desde mi punto de vista este es el punto clave para conseguir que Bolonia (en realidad cualquier sistema) funcione adecuadamente. No sé si en todas partes se pueden dar las circunstancias requeridas para esa criba (que en realidad en nuestro caso solo obedece al juego de la oferta y la demanda), aunque tal vez haya que reconocer que es difícil tener cincuenta buenas facultades de derecho (ni de cualquier otro tipo de estudios).

Algo que sí comparto totalmente con LAPORTA es la preocupación por la formación de los jóvenes profesores, pero mi perspectiva es algo distinta. Creo que hay, hoy por hoy, una cantidad creciente de profesores en formación de un nivel muy alto, que han completado su aprendizaje en las mejores universidades del mundo. Lo que no existe, en mi opinión, es una voluntad clara (ni de los poderes públicos, ni de las propias universidades) de incentivar convenientemente a este profesorado. Esta carencia supone, entre otras cosas, arrojar por la borda cantidades ingentes de recursos públicos. Es muy frustrante para alguien que se ha formado del mejor modo posible (lo cual consume tiempo, esfuerzo y dedicación casi exclusiva al estudio), ver que después de todo el sistema universitario lo expulsa de la vida académica o lo mantiene en precario de un modo totalmente injustificado.

3. PROFESIONES JURÍDICAS Y ENSEÑANZA DE LA DEONTOLOGÍA

Como decía al inicio, la enseñanza del derecho no se puede desvincular de la idea que se tenga de las profesiones jurídicas. Ello es así en mayor medida si se adopta un modelo profesionalizador de enseñanza del derecho, del que hablaba LAPORTA. Pero cuál sea este dependerá obviamente de cómo se defina a la profesión jurídica.

---

[3] Me refiero a mi experiencia como profesor, pero también como decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra durante seis años (2010-2016).

HIERRO ha ofrecido una definición de este tipo[4]. Así, propone entender como profesiones jurídicas «aquellas actividades cuya función consiste en la elaboración técnica de normas jurídicas, su aplicación y la prevención y resolución de conflictos jurídicos» (p. 35). Por ello, «lo característico de las profesiones jurídicas sería la elaboración y aplicación de normas jurídicas. El jurista (como sinónimo de «profesional jurídico») elabora el elemento técnico de las normas aunque, con la mayor frecuencia, no es la autoridad que las aprueba» (p. 36). Después comentaré algo al respecto, pero ahora concentraré mi atención en el otro aspecto que quería resaltar de los trabajos de HIERRO. Se trata del asunto más específico de la enseñanza de la deontología profesional[5].

Como bien dice HIERRO, la enseñanza de la deontología profesional se ha limitado hasta ahora a ser una enseñanza impartida por los propios profesionales, normalmente fuera de las universidades y con un cierto aire de religiosidad. HIERRO aboga por una enseñanza «laica» de la deontología de las profesiones jurídicas y que pueda ser integrada en los planes de estudio habituales de las facultades de Derecho; para ello tiene que redefinir en cierto sentido qué haya que entender por normas deontológicas, precisando de qué tipo de normas estamos hablando.

HIERRO ordena las distintas posibilidades en las que pueden encajar las normas deontológicas en la tradicional división entre normas jurídicas, normas morales y reglas de trato social. Pone de relieve que hay ejemplos de reconstrucción de todos estos tipos y algún caso de eclecticismo. Precisamente este último, sería el que HIERRO entiende que refleja en mayor medida el uso que los cultivadores de la deontología hacen de la misma. Así, nos dirá que «por "deontología profesional" se entiende —siguiendo a LEGA— el conjunto de normas sociales, morales y jurídicas, de carácter no técnico, que regulan una profesión» (p. 283).

También sienta las bases para plantear una posible disciplina académica al respecto: «La deontología normativa requiere, por tanto: *a)* justificar el rol, *b)* justificar la organización del rol, y *c)* justificar los derechos y obligaciones excepcionales que se derivan del rol y de su organización» (p. 286). Resulta interesante el triple modo de justificación de las profesiones que el autor toma de Daryl KOEHN:

> El primero sería el modelo del experto (*expertise model*): el profesional es un experto poseedor de ciertos conocimientos más o menos esotéricos que presta por licencia del Estado conforme a los estándares vigentes en su propia organización y dotado de gran autonomía; el protagonismo corresponde, en este primer modelo, al profesional. El segundo es el modelo contractual (*contractualist model*): el profesional es un prestador de servicios en el mercado; la relación del profesional con el cliente es una relación contractual y el protagonismo corresponde ahora al cliente. El tercero —que es el que propone KOEHN— es el modelo del compromiso público (*public pledge*), según el cual el profesional está vinculado por las expectativas del público respecto a las funciones que ha prometido desempeñar (p. 287).

---

[4] En L. HIERRO, «Las profesiones jurídicas: una visión de conjunto», en *Sistema*, núm. 137, 1997, 27-44.

[5] En L. HIERRO, «Deontología de las profesiones jurídicas. Una discusión académica», *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 8, 2010, 81-98. Publicado posteriormente en C. GARCÍA PASCUAL (coord.), *El buen jurista. Deontología del Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, 269-301, por donde se cita.

4. MODELO DE PROFESIONAL Y ENSEÑANZA DEL DERECHO

Creo que si uno tirara del hilo de este tercer modelo se abrirían expectativas de enseñanza académica muy interesantes. En algún sentido supondría darle a la enseñanza de la deontología profesional un mayor empaque académico, no simplemente por mor de privilegiar una especie de visión universitaria de las profesiones, sino por el reconocimiento de que el ejercicio de las mismas no puede llevarse a cabo desconociendo este compromiso público. Por eso, la conclusión a la que llega HIERRO tal vez sepa a poco: «La deontología no establece ideales de vida, sino obligaciones y derechos propios de una actividad profesional. Solo establece qué es lo que los miembros de un determinado grupo profesional deben hacer y no deben hacer» (p. 301).

Habría, pues, que explorar de forma más detenida las implicaciones del tercer modelo citado, lo cual no tiene por qué llevar a la defensa de un perfeccionismo injustificado, que parece preocuparle al autor. Se trata simplemente de sacar las consecuencias pertinentes de un modelo de sociedad (que es liberal, en el sentido precisamente de no perfeccionista) respecto al rol de este tipo de profesiones.

Y aquí es donde se muestra pertinente retomar la clasificación de las profesiones jurídicas y su relación con la enseñanza del derecho en general. Se aprecia, por lo que acabamos de ver, que la delimitación de las funciones de las profesiones jurídicas debería marcar indefectiblemente la forma de enseñar la concreta materia de deontología jurídica, pero también debería permear la entera enseñanza del derecho. Si admitimos que este tercer modelo —de la profesión jurídica entendida como un cierto compromiso público— define mejor lo que esperamos hoy en día de un buen profesional del derecho, entonces parece que dos de los modelos de enseñanza del derecho de los que hablaba LAPORTA tienden a coincidir. En efecto, el modelo profesionalizador, una vez redefinido el rol de las profesiones jurídicas teniendo en cuenta su compromiso público, viene a solaparse con el modelo educador. Si esto es así, habría que resaltar (y más allá de una hipotética asignatura de deontología jurídica) la importancia del compromiso público que adquiere todo jurista, y justificaría, *también desde el punto de vista del modelo profesionalizador*, que se impartieran materias propias del modelo educador, así como la orientación de la «aplicación» (actividad que es definitoria de al menos algunas profesiones jurídicas, según HIERRO) del derecho mediatizada, entre otras cosas, por principios jurídicos con indudable carga moral.

UNA CONVERSACIÓN INTERMINABLE
(Comentario sobre los amistosos comentarios de nuestros colegas)

Liborio L. Hierro
Universidad Autónoma de Madrid

1. PRIMEROS AGRADECIMIENTOS

Tengo que empezar con tres cuestiones previas. La primera es agradecer a mis compañeras y compañeros del Área de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid la organización de esta publicación, que tuvo su germen en una intensa jornada celebrada allí el 25 de noviembre de 2016, y agradecer también a los editores de la revista *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* su acogida. Parte de este texto recoge lo que dije en aquella jornada. Un agradecimiento especial tengo para Alfonso RUIZ MIGUEL que ha encabezado esta iniciativa y ha escrito su muy amable presentación. Debería decir que no merezco esta atención, este homenaje compartido con Francisco LAPORTA, pero no pienso decirlo porque, merecida o inmerecida, me satisface profundamente y mi agradecimiento es infinito. La segunda es, naturalmente, expresar mi agradecimiento a todas las compañeras y a todos los compañeros que participan en esta publicación, muchos de los cuales lo hicieron ya en aquella reunión; agradecer que hayan dedicado una parte de su tiempo y de su atención a comentar algún aspecto de lo que nosotros hemos tratado de aportar, durante los años de actividad académica, a la filosofía del derecho. También esto me provoca una inmensa gratitud. La tercera, finalmente, es que deseo unirme con todos los demás al homenaje que Francisco LAPORTA se merece y ahora le brindamos. Sobre esto me extenderé un poco.

2. HOMENAJE A FRANCISCO LAPORTA

La coincidencia de que Paco y yo nos jubilemos en el mismo curso académico no debe oscurecer la realidad de que Paco es mayor que yo en edad y en saber (el gobierno no es, a los efectos académicos, cuestión relevante). Paco nació el año anterior al que yo nací. Él es del 45 y yo soy del 46. Tratará él de alegar que solo nos separan cincuenta y cinco días, y eso es verdad, pero no conseguirá eludir que pertenecemos a dos ejercicios fiscales distintos. Menos discutible es, en todo caso, que Paco es mayor que yo en saber. Y ahora hablo ya en serio. No es lo más frecuente que una persona con la que has seguido un recorrido intelectual coincidente en el tiempo, coincidente en el

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.41
DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, edición especial (2017) ISSN: 0214-8676 pp. 265-281

espacio y coincidente en los temas, resulte ser no solo un compañero sino un maestro, y Paco LAPORTA ha sido para mí un maestro, uno de mis maestros. Paco, como todos reconocemos, tiene una singular capacidad de análisis y una excepcional brillantez en la expresión. Hubiera sido imposible, al menos para mí, desarrollar el concepto de libertad o el concepto de igualdad sin partir de sus trabajos de 1983 y 1985; he tratado de discrepar parcialmente de su defensa del imperio de la ley, pero ineludiblemente tomando como referencia su trabajo de 1994, que se ha traducido luego en su impresionante «obra grande» de 2007; discrepo, por otra parte, de su concepto de los derechos humanos pero es imposible hacerlo sin referirse a su trabajo de 1987; y no podría haber explicado —o tratado de explicar— las ventajas de ser positivista sin su vindicación del observador crítico de 1990. No me es posible escribir sobre todo ello pues, escribiendo ahora como un participante más, debo guardar la misma moderación que a todos se les ha pedido, así que me limitaré a una mínima observación sobre la obra de Paco. Creo que lo que compartimos es precisamente aquello: la defensa del observador crítico como posición filosófica; un observador que participa y, por eso, critica; un participante que observa y, por eso, analiza.

Casi todos los que en esta publicación se ocupan de su obra discuten su concepto de los derechos humanos o, en mayor número, diversos aspectos del imperio de la ley. Son, sin duda, los aspectos más influyentes de su obra. Quiero, sin embargo, llamar la atención sobre un conjunto de aportaciones de LAPORTA sobre las relaciones entre el derecho y la moral que reunió en un libro publicado en Fontamara en 1993 y sin cuya influencia no hubiera podido escribir yo ¿Por qué ser positivista? Se recogen allí un trabajo largo que había publicado previamente en la *Historia de la Ética*, editada por Victoria CAMPS en 1989, y otros tres más cortos, todos ellos ya publicados en 1990. Al principio Paco afirma que «el problema de las relaciones entre el derecho y la moral no es *un* tema de la filosofía del derecho, sino que es *el* lugar donde la filosofía del derecho *está».* Creo sinceramente que es un libro magnífico. Un libro que se sitúa en la misma órbita y a la misma altura que la conocida conferencia de Herbert HART de 1957, *El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral*, el artículo de Alf ROSS de 1961, *El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural*, o el libro de David LYONS *Ética y derecho,* de 1984. Para mí es, como estos, un clásico, aunque tiene, frente a ellos, la limitación de estar escrito por un español en castellano, con lo que es desconocido para los anglohablantes y mucho me temo que, lamentablemente por la misma razón, para muchos hispanoparlantes. Pero no dudo de que es un clásico.

Mantiene Paco allí que el que haya normas morales con vigencia en un sistema jurídico no se debe a su propio carácter moral sino a que alguna norma jurídica de ese sistema la ha incorporado o se ha remitido a ella y —afirma— «esa precaución permite mantener al mismo tiempo la idea de que no hay conexión *necesaria* entre el derecho y la moral, y la idea de que, a pesar de ello, las normas jurídicas de los ordenamientos modernos están con frecuencia fuertemente penetradas de contenido moral» (1993: 61). Esto es lo que HART hubiera llamado una «elemental doctrina» (1962: 12). Mientras que HART indaga los antecedentes de esa elemental doctrina, que remonta a BENTHAM y AUSTIN, con la pretensión principal de aclarar qué es el positivismo, LAPORTA la utiliza para analizar los problemas que suscita el cruce de estos dos órdenes

normativos diferentes: la legalización de la moral y la moralización del derecho. A pesar de sostener la tesis de la separación, Paco señala allí que «hay también algunos componentes morales que son de tal naturaleza que si el sistema jurídico los ignora entonces corre el peligro de perder su propia identidad como sistema jurídico, es decir, corre el riesgo de dejar de ser una empresa cuyo propósito es someter la conducta humana a normas» (1993: 29) y cita los ocho requisitos de FULLER. Allí estaba plantada la semilla de su libro *El imperio de la ley.* Ello no obstante, Paco subraya allí que «nuestro problema, si tiene solución, la tiene solo en relación con el derecho «justo» y que, por ello, tenemos que pasar de la esfera de la legalidad y penetrar «necesariamente en el territorio de la *legitimidad*» (1993: 73) para concluir que la legitimación del derecho (esto es, la mera creencia mayoritaria en su legitimidad) como mecanismo organizativo solo tiene un valor instrumental, que el origen democrático de las normas jurídicas no es condición suficiente de su justicia y que los derechos humanos constituyen el criterio de legitimidad —«que no es, por cierto, incompatible con los dos anteriores»— que se impone hoy con mayor fuerza (1993: 77, 82 y 84).

Mi discrepancia con Paco, ligera discrepancia, en torno al imperio de la ley consiste en incorporar su legitimación en origen —su carácter democrático— como un elemento que refuerza su carácter moral; en mis propias palabras: «Esta idea del "imperio de la ley" como exigencia ética admite, sin embargo, dos interpretaciones, una débil y una fuerte. A la primera la denomino "interpretación débil" porque exige menos elementos cualificadores ya que prescinde de cuál sea el origen de la ley... Sin negar en absoluto la dimensión ética que esta tesis más débil implica, creo por mi parte que una "interpretación fuerte", como lo es la de Elías DÍAZ, que introduce en la noción misma de "imperio de la ley" el elemento democrático, resulta necesaria, bajo ese mismo punto de vista ético, para dotar de un fundamento sólido a la pretensión moral de obediencia a la ley (y, en caso contrario, para justificar moralmente su desobediencia)... La tesis débil parece seguir defendiendo la superioridad moral de la legalidad frente a la arbitrariedad, lo cual no parece estar hoy en cuestión; la tesis fuerte parece seguir defendiendo la superioridad moral de la voluntad general (democracia) frente a cualquier forma de autoritarismo (tiranía u oligarquía), lo que todavía está, desgraciadamente, en cuestión» (HIERRO, 1998: 21).

Nuestra defensa del imperio de la ley y, con las mencionadas discrepancias, de su carácter moral hace que una gran parte de los comentarios nos incluya en lo que hoy se viene denominando positivismo normativo (WALDRON), positivismo prescriptivo (CAMPBELL) e incluso positivismo ético.

3. DE NUEVO SOBRE EL POSITIVISMO

La primera parece ser la cuestión de la etiqueta. ¿Suscribimos un positivismo normativo o nos mantenemos en un positivismo metodológico? ¿Coincidimos con el positivismo excluyente de RAZ o más bien nos situamos en el positivismo presuntivo de SCHAUER? O bien —como denuncia Pep AGUILÓ— ¿sufrimos una radical ambigüedad? O mejor —como pregunta Miguel Ángel RODILLA— ¿por qué seguir insistiendo en auto-etiquetarse?

De acuerdo: lo importante no es la etiqueta que, además, se ha complicado mucho; pero yo no escribí «¿por qué llamarse positivista?», lo que escribí fue «¿por qué ser positivista?» (2002), así que me parece más útil enunciar mis convicciones tratando de responder, al mismo tiempo, a algunas de las cuestiones planteadas[1], y dejar que sean los demás los que, si procede, me pongan finalmente la etiqueta.

(1) El derecho tiene una relación necesaria con la moralidad positiva. Todo sistema jurídico incluye entre sus normas alguna creencia y/o regla de la moralidad positiva de la sociedad o de la de alguna persona o grupo de personas de la sociedad, y no puede existir en una sociedad un sistema jurídico sin que exista alguna creencia y/o regla de la moralidad positiva de esa sociedad o de alguna persona o grupo de personas de esa sociedad que establezca la obligación moral (ya sea *prima facie* ya sea absoluta) de obedecer aquellas normas jurídicas (RODILLA).

(2) El derecho tiene una relación contingente con la moralidad crítica: la coincidencia entre las normas jurídicas y las normas de una moral crítica es meramente contingente y solo puede establecerse desde un punto de vista moral, y no desde un punto de vista jurídico; la obligación moral de obedecer las normas jurídicas es asimismo contingente y solo puede establecerse, asimismo, desde un punto de vista moral, y no desde un punto de vista jurídico. Admito que es difícil suponer algún sistema jurídico que exista o haya existido que no incluya ninguna norma con la que un participante-no-aceptante o un observador crítico no esté moralmente conforme, es decir que no incluya entre sus normas ninguna creencia y/o regla de la moral que él acepta. Lo relevante es, en este aspecto, que esta coincidencia es meramente contingente y no conceptualmente necesaria. No es la existencia de ese sistema jurídico como tal sistema jurídico la razón de que todas, muchas o algunas de sus normas resulten moralmente aceptables bajo un punto de vista crítico; la razón sería una razón exclusivamente moral (RODILLA).

(3) Una cuestión distinta es afirmar que la función que la tesis de la separación desempeñó para superar la concepción iusnaturalista del derecho ha perdido hoy importancia y, por el contrario, la ha adquirido la cuestión de si puede afirmarse una obligación moral *prima facie* de obedecer las normas jurídicas de un sistema jurídico civilizado. La respuesta afirmativa es, obviamente, una tesis moral normativa que, en términos muy generales, suscribo. Pero suscribir esta tesis moral no implica, en ningún caso, renunciar a la tesis de la separación (AGUILÓ, ATIENZA).

(4) Es posible identificar el significado de una regla jurídica y la ponderación de valores subyacente a ella sin estar de acuerdo con el significado de la regla ni con la ponderación subyacente, y reconocer que es jurídicamente válida (AGUILÓ).

(5) Ser leal a una regla jurídica es ser leal a su enunciado, a la ponderación subyacente a ese enunciado y a la autoridad legítima para hacer esa ponderación, sin perjuicio de reconocer que, a veces, el enunciado y/o la ponderación subyacente no permite una subsunción clara del caso y el que tiene que decidir ha de elaborar una interpretación

[1] Como supongo que no dispondremos de pruebas de imprenta, me referiré genéricamente entre paréntesis a la autora o el autor que, principalmente, me ha sugerido en este debate la cuestión que comento o trato de responder.

entre varias posibles alternativas por lo que tiene una discrecionalidad débil. Si el juez solo tuviera que ser leal a la ponderación subyacente, entonces sobraría la autoridad que formula la regla. Una consecuencia no menor es que, en tal caso, se abandonaría todo intento de generalidad y se debilitaría la previsibilidad (AGUILÓ, MORESO).

(6) La previsibilidad más valiosa no es solo la previsibilidad por sí misma sino la de expectativas legítimas, pero eso no implica que la previsibilidad no esté vinculada también a rasgos formales y que la previsibilidad por sí misma no revista también un valor instrumental[2] (LIFANTE, MARCILLA). Isabel LIFANTE sostiene que no son las reglas, ya que es imposible conocer al detalle todo el derecho, sino el reconocimiento de los principios que subyacen a ellas lo que permite orientarse a la población en general. Dudo que esta afirmación resista un análisis histórico o empírico; parafraseando a James MADISON diría «*if men were angels, no rules would be necessary*»[3]. Pero no somos ángeles.

(7) En consecuencia me parece que el modelo interpretativo-aplicativo más correcto al sistema constitucional es, como indica MORESO siguiendo a BAYÓN, una jurisprudencia de razones con reglas o de reglas con *defeaters.* Esto no tiene por qué suponer un mayor activismo judicial, sino una interpretación y aplicación más atenta al espíritu y finalidad de las leyes, a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas y a su inserción en el orden constitucional. Y me atrevo a añadir dos cosas: en primer lugar, que cuando la ponderación subyacente a una regla es clara y no contradice normas superiores (estén formuladas como reglas o como principios), incluidas las constitucionales, entonces el juez no tiene que hacer la mejor ponderación; debe atenerse a la ponderación ya hecha por el legislador. En segundo lugar, que el *defeater* solo entra en juego en los casos recalcitrantes (AGUILÓ, MORESO, MARCILLA). Sostiene Pep AGUILÓ, en este contexto, que el voto particular es la prueba de que solo hay una respuesta correcta —presupone esta tesis, dice textualmente—, afirmación que me resulta muy contra-intuitiva; más bien parece que la posibilidad de votos particulares o disidentes presuponen que hay varias interpretaciones posibles y plausibles de las normas aplicables al caso.

(8) Nuestro punto de vista— me refiero al que en estos aspectos compartimos Paco LAPORTA y yo— implica, desde luego, una especial atención a la legislación y no desplaza el protagonismo jurídico a la jurisdicción. Escribí hace tiempo que en el estado constitucional de derecho, «lo que nos importa es que las leyes sean expresión de la voluntad general y, por ello, que en cada escalón de la constitución o desenvolvimiento de las comunidades políticas, las decisiones normativas estén originariamente legitimadas democráticamente. Una soberanía escalonada sigue siendo un ejercicio colectivo de la libertad negativa mediante las técnicas de instrumentación de la libertad positiva. Una Constitución es un momento del pacto social, pero un momento muy limitado, y el pacto social solo puede ser una realidad actuante en la medida en que se actualiza mediante la legislación» (HIERRO, 1998: 43). La división de poderes no supone que los

[2] Dice E. DÍAZ: «el Derecho proporciona al menos la seguridad mínima de poder saber con certeza lo que está prohibido y lo que está permitido. Y eso es siempre mejor, creo, que la total arbitrariedad o la absoluta inseguridad del no-Derecho» (1980: 41).

[3] La conocida frase de MADISON fue: «*If men were angels, no government would be necessary*».

tres poderes son iguales y simétricos, supone solo que funcionan con independencia orgánica y funcional, mediante un cierto sistema de controles y equilibrios, para garantizar, precisamente, el gobierno de las leyes sobre el gobierno de los hombres, esto es: el imperio de la ley. El legislativo, en este sentido, no es el todo y la parte; en la creación de la ley, es un poder superior a los otros dos (ALMOGUERA, que suscita la aparente contradicción del legislador como todo y como parte; ALEMANY, que explica muy bien nuestra idea del «mal que más tememos» —el desplazamiento del protagonismo desde la legislación a la jurisdicción— para declarar, un tanto apodícticamente, que nuestro punto de vista ha sido desbordado por la historia; y CUEVA, que básicamente coincide con nuestro punto de vista aunque señala algunas insuficiencias del modelo vigente).

(9) Termino esta parte. Dije antes que dejaba a los demás poner la etiqueta, pero no eludiré pronunciarme sobre ello. Utilizando aquella vieja pero clara distinción de BOBBIO, que ha quedado de nuevo oscurecida por la escolástica anglosajona, creo que soy positivista como posición metodológica porque creo que la relación entre el derecho y la moral es frecuente y extensa pero es contingente. Creo que no soy positivista como posición teórica porque no creo que el ordenamiento jurídico sea siempre, ni siquiera con frecuencia, pleno y coherente, y creo que la interpretación y aplicación del derecho es una tarea complicada y no una mera deducción lógica, y creo que no hay, en muchos casos, una única respuesta correcta. Y no soy positivista como posición ética porque no creo que el ordenamiento jurídico merezca siempre ni merezca todo él una obediencia moral.

Y no veo contradicción alguna en afirmar la separación conceptual —solo conceptual— entre el derecho y la moral, y pretender al mismo tiempo que el derecho realice ciertos ideales morales, no todos, por supuesto, pero sí algunos muy relevantes como son los que se expresan en los derechos humanos. Y si desear un orden jurídico que traduzca mediante procedimientos democráticos esos valores en normas claras, estables y eficaces, a las que los jueces deben una especial lealtad, si esto es positivismo normativo, entonces también soy positivista normativo.

4. TRES CUESTIONES CONEXAS

Se han suscitado también tres cuestiones que, según creo, tienen una estrecha conexión con ese enfoque que sostengo, positivista en sentido metodológico, moderadamente realista en el plano de la teoría del derecho y abiertamente liberal-igualitario (socialdemócrata, decimos en Europa) en la fundamentación moral del orden político-jurídico. La primera, la más general, se refiere a la relación de la libertad negativa con la libertad positiva que yo argumento como base de la justificación moral de las decisiones democráticas (RUIZ MIGUEL); la segunda, estrechamente relacionada con aquella, suscita la cuestión de la reforma constitucional en el diseño de la Constitución Española (ESCUDERO); la tercera, más concreta y distante pero conexa, se refiere a la deontología de las profesiones jurídicas (LA TORRE, MALEM, VILAJOSANA).

(1) Solía explicar a mis alumnos que cuando yo era joven la organización de un día de excursión a la montaña requería, entre otros acuerdos como los relativos a la fecha, el lugar o el transporte, la decisión sobre qué música había que llevar. La simple

razón es que no era posible o conveniente llevar más de un aparato de reproducción (un *pickup*) dado su peso y tamaño, ni una cantidad excesiva de discos (vinilos) por idéntica razón; hoy día a nadie se le ocurriría pensar que, dada la infinidad de piezas que cada cual puede cargar en su dispositivo de reproducción y el tamaño y peso de estos, se requiera una decisión colectiva para determinar la música disponible en la excursión. El problema —como plantea RUIZ MIGUEL— aparece cuando lo que está en cuestión es precisamente si algo requiere o no requiere una decisión interdependiente. ¿Es el culto religioso un asunto colectivo, como tantos pensaron incluso después de la Reforma? ¿Son las relaciones sexuales un asunto colectivo, como se ha pensado hasta muy recientemente y todavía se piensa en muchos contextos culturales? El debate sobre la imposición jurídica de la moralidad positiva que sostuvieron HART y DEVLIN era precisamente un debate sobre esta cuestión, debate que, por otra parte, es el mismo que se suscita sobre qué está dentro y qué está fuera del coto vedado. Mi respuesta al problema es clara: cuando no hay acuerdo, la decisión corresponde a la mayoría y si la mayoría se mantiene cerrilmente aferrada a la tradición y decide continuar imponiendo —digamos— sus criterios musicales al conjunto de excursionistas, o sus criterios religiosos al conjunto de ciudadanos, lo único que yo puedo y debo exigir es que se mantenga abierto el debate para convencer a otros de su error y generar una nueva mayoría. ROUSSEAU tenía razón (RUIZ MIGUEL).

(2) El problema de la reforma constitucional en España no deja de ser una buena aplicación práctica del anterior. Al fin y al cabo la sentencia 31/2010, de 28 de junio, del Tribunal Constitucional constituyó un supuesto claro de decisión contra-mayoritaria. El Estatuto de Cataluña había sido aprobado, tras una tramitación correcta, por todas las instancias democráticas lo que incluía al Parlamento Catalán (30 de septiembre de 2005) y al Parlamento Español (el Congreso el 30 de marzo y el Senado el 10 de mayo de 2006) así como al pueblo de Cataluña en referéndum (el 18 de junio de 2006). Un ejemplo nítido de lo que en otro momento consideré un problema frecuente: «atribuir la última palabra a la mayoría de los miembros de un tribunal y, al mismo tiempo, poner serias dificultades al cambio de una constitución son dos medidas institucionales que conjuntamente —y sean cuales sean las buenas razones que pueden apoyar a la una y a la otra— bloquean cualquier solución a lo que puede ser la situación más frecuente: que la mayoría legislativa no esté en desacuerdo con lo que dice la Constitución sino que esté en desacuerdo con lo que la mayoría de los miembros del Tribunal Constitucional dicen que dice la Constitución» (HIERRO, 2016: 195). Por eso, he defendido que una reforma de nuestra Constitución debiera incluir una reforma de los arts. 167 y 168 para establecer un único sistema de reforma menos rígido que el previsto en el 168, que resulta prácticamente una cláusula de intangibilidad. Mientas tanto me inclino por una deferencia fuerte hacia el legislador: «allí donde la Constitución admite cualquier margen de interpretación, cualquier alternativa racional es constitucional» (*ibid.,* 203). Lo que implica, desde luego, una interpretación restrictiva del 168 y una interpretación extensiva del 167 (ESCUDERO, que me sorprende al defender una interpretación rigurosa y no restrictiva del 168).

(3) Siempre he pensado que la enseñanza del derecho debería incluir la enseñanza de la deontología de las profesiones jurídicas (VILAJOSANA, con gran coincidencia) y que esta disciplina requiere una reconstrucción teórica y una justificación moral del

rol de cada profesión y de su organización institucional. La deontología construida por los propios profesionales y solo por ellos resulta un enmascaramiento moral. Reiteradamente he tratado, sin mucho éxito, de hacer un desenmascaramiento de ese tipo de deontología construida exclusivamente desde dentro de las profesiones. Discusiones que he mantenido en público con Manuel ATIENZA y con Massimo LA TORRE, y las aportaciones sobre el tema en esta ocasión (MALEM, VILAJOSANA y LA TORRE) ponen de relieve mi escasa capacidad de convicción. Me viene a la memoria lo que FERRAJOLI decía en ocasión similar: «Esperaba las críticas, mucho menos las incomprensiones» (FERRAJOLI, 2012: 309). Quiero pensar que es mi afán por desenmascarar las frecuentes mixtificaciones del «alma de la toga» lo que me ha hecho marginar la defensa del compromiso público del abogado. Creo que, en efecto, ello forma parte de la reconstrucción teórica y la justificación moral del rol profesional y de su organización institucional, pero sin duda requiere mayor atención.

5. INTERLUDIO SOBRE LA HISTORIA DE LA FILOSOFÍA Y LA APORTACIÓN DE LOS CLÁSICOS

Me queda, de momento, una cuestión un tanto transversal a la teoría del derecho y a la teoría de la justicia. Se trata del diálogo con los clásicos al que se refiere Julián SAUQUILLO. Cuando me enfrenté por primera vez al estudio del entonces llamado «Derecho Natural», en el primer curso de mi licenciatura allá por el curso 1963-1964, se me hizo adquirir y estudiar un libro sobre «Los griegos y el derecho natural». El tema y el libro me parecieron horribles. Ello no obstante venía bastante bien equipado del Instituto Ramiro de Maeztu donde Luis ORTIZ MUÑOZ, Antonio MAGARIÑOS, Jaime OLIVER ASÍN y Manuel MINDÁN MANERO me habían enseñado a amar a los clásicos en las lenguas, en la literatura y en la filosofía. Cuando cinco años después, terminada la carrera, me incorporé a la cátedra de filosofía del derecho de Joaquín RUIZ GIMÉNEZ había adquirido una firme animadversión a convertir la filosofía en historia de la filosofía, lo que era tan frecuente. Me parece que me influyeron, sobre todo, el librito de Manuel SACRISTÁN *Sobre el lugar de la filosofía en los estudios superiores* (1968) y los *Ensayos filosóficos* de Bertrand RUSELL (1968); años más tarde Norberto BOBBIO me confirmaría en la idea de que la historia de cada idea hay que archivarla en el cajón de la idea y no en el cajón de la historia. Es cierto lo que SAUQUILLO dice que le contó Alfonso RUIZ MIGUEL: que todas las mañanas yo solía dedicar la primera media hora de mi jornada a leer a los clásicos. Luego los he utilizado como he podido, con temor y con respeto, pero —como Julián dice— nunca como argumento central. Con la mayor frecuencia lo que he experimentado es la abrumadora sensación de que, en nuestras discusiones, casi todo está ya dicho y lo único que nos cabe es volver a formular los mismos problemas para tratar de encontrar nuevas soluciones.

6. SOBRE FILOSOFÍA POLÍTICA Y DERECHOS HUMANOS

Me atrevo a sugerir que la distinción operativa que los organizadores hicieron al distribuir el seminario del 25 de noviembre en dos sesiones, de mañana y de tarde, de-

dicadas una a la teoría del derecho y otra a la filosofía política fue muy oportuna para poner de relieve que sostener, en el nivel epistemológico, un positivismo metodológico y sostener, en el nivel ontológico, un positivismo normativo (el ideal de un derecho de reglas claras hasta donde ello es posible) no implica —ni la una ni la otra ni ambas tesis juntas— caer en el positivismo ético. Tanto LAPORTA como yo hemos dedicado una buena parte de nuestra atención a los derechos humanos como contenido ideal de un derecho justo. Algo, por otra parte, que también hicieron positivistas recalcitrantes como ROSS, HART o BOBBIO, entre otros muchos, defendiendo abiertamente la dignidad de la persona, la libertad y la democracia en momentos de grandes turbulencias filosóficas y políticas.

(1) Manuel ATIENZA se pregunta, nos pregunta, cómo es compatible la concepción de los derechos humanos como bienes morales con la tesis de la separación y con la constatación del papel que desempeñan como valores morales en nuestros sistemas jurídicos. La tesis de la separación solo dice que la presencia de valores morales, unos u otros, en los sistemas jurídicos es contingente. No veo el problema. Salvo que me digan que la ley que impone la pena de muerte en el estado de Texas no es una ley, porque si fuera una ley no impondría la pena de muerte, o que las normas jurídicas que discriminan a la mujer en Arabia Saudí no son normas jurídicas, porque si lo fueran no discriminarían a la mujer. No serían leyes sino corrupciones de las leyes. Una vieja afirmación que no conduce a ninguna parte y que, naturalmente, no es la que Manolo quiere hacer. Quizás Manolo quiere decir, como dice Ronald DWORKIN, que la citada ley de Texas es contraria a la Constitución de los Estados Unidos correctamente interpretada conforme a los principios que ella misma contiene. DWORKIN llega a sostener que, por tanto, es inválida, pero desafortunadamente los sistemas jurídicos no incluyen entre sus órganos superiores de adjudicación a los filósofos del derecho por lo que la ley de Texas tiene toda la pinta de ser una ley desafortunadamente válida en Texas. Pasemos al contenido moral de los derechos humanos.

(2) Con algunos de los participantes ya he discutido muchas veces en qué medida me parece coherente el no cognoscitivismo meta-ético con la defensa de los derechos humanos. Creo que, como ya he escrito, «el único axioma moral que la teoría de los derechos requiere y utiliza es el de que la persona, como agente autónomo, es el sujeto de la moralidad y de que cualquier persona vale moralmente igual. Esta concepción moral de la persona encuentra un fundamento sólidamente razonable en cuanto es el requisito mismo del razonamiento moral y sirve como fundamento necesario, suficiente y unitario de los derechos humanos cuando estos son entendidos como las situaciones normativas que constituyen condición necesaria para que la persona se desenvuelva como agente moral en su contexto» (2016: 55).

Los no cognoscitivistas no somos necesariamente relativistas. Afirmaciones como la que acabo de hacer son afirmaciones objetivas, no en el sentido de que describan algo que existe en un mundo real externo a nosotros, pero sí en el sentido de expresar las mejores razones y que, por ello, cualquier persona abierta a un debate moral racional podría y debería aceptar si no es capaz de ofrecer mejores razones en contra. Afortunadamente en el mundo de hoy, bastante lamentable desde el punto de vista de la justicia, hay sin embargo un cierto consenso filosófico-político sobre los derechos humanos y, en efecto, juegan un papel central en algunos de nuestros ordenamientos

jurídicos. Hasta aquí no veo ningún problema y con frecuencia tengo la impresión de que sostenemos desacuerdos meramente verbales.

(3) Los problemas aparecen en la teoría normativa del derecho que esta presencia implica. Es decir, en cuál es el modo de interpretar y aplicar el derecho cuando están presentes los derechos humanos en sus normas superiores, las normas constitucionales. Eso tiene mucho que ver con la discusión sobre la teoría del derecho o, mejor dicho, sobre la meta-teoría. Como he tratado de señalar, parece que LAPORTA y yo somos positivistas en ese sentido que ahora se ha dado en llamar normativo y que SCHAUER llama presuntivo, y que MORESO ha resumido tan correctamente. Ahí nos llaman positivistas porque defendemos el imperio de la ley y el principio democrático frente al imperio de los principios y el activismo judicial. Pero no lo hacemos porque despreciemos los derechos humanos como ideal moral frente a los derechos constitucionales como realidad jurídico-positiva, sino que lo hacemos porque creemos que el imperio de la ley y el principio democrático son mejores instrumentos para la positivación de aquellos ideales, los derechos humanos.

(4) Eusebio FERNÁNDEZ y Ángeles RÓDENAS suscitan un problema que tiene que ver con el concepto mismo de los derechos humanos y probablemente con su fundamentación. Se trata de si tienen o no tienen un carácter absoluto. Por lo que a mí respecta, he puesto en duda que tengan ese carácter absoluto en ninguno de los dos sentidos que el calificativo podría tener. No son absolutos «porque pueden entrar en conflicto y, si bien se consideran como «triunfos» a priori frente a otros valores o preferencias, ello no resuelve el problema cuando el conflicto es entre derechos humanos; en tal caso se requiere siempre una ponderación y la satisfacción de un derecho puede tener que ceder total o parcialmente ante la de otro» (HIERRO, 2016: 185). Tampoco son absolutos en el sentido de que sean derechos cuyo enunciado moral es final o definitivo y no requieran compromisos institucionales contingentes para su configuración definitiva como derechos fundamentales. Y, por fin, no todos ellos, pero sí algunos, son derechos absolutos en el sentido de que son derechos *erga omnes.* Creo que Eusebio FERNÁNDEZ se refiere también a que no son absolutos porque su fundamento y formulación depende del contexto cultural e histórico, y critica aquí con razón que nunca he desarrollado una explicación para pasar de las necesidades humanas a los derechos. Sin duda es cierto, aunque algo parecido he intentado recientemente al explicar cómo se pasa de los derechos morales a los derechos fundamentales siguiendo a Henry SHUE y a James NICKEL (2016: 186). Ciertamente en esos procesos de positivación aparece claramente esa dimensión cultural e histórica que condiciona el relativismo histórico de los derechos fundamentales aunque, como él mismo subraya, ello no implica el relativismo moral de su fundamento.

Ángeles RÓDENAS lo que apunta es el fracaso del pretendido carácter absoluto de los derechos humanos cuando entran en contradicción ciertos principios institucionales, como se pone de manifiesto en el principio de legalidad, la prisión provisional, los estados de excepción y sitio, la cosa juzgada, etc. Dice ella que estos supuestos minan el carácter absoluto, es decir, la pretensión de que prevalecen siempre sobre demandas colectivas o individuales no constitutivas de derechos. Su argumento sugiere que esto obliga a asumir ciertas tesis del comunitarismo y del consecuencialismo. No creo que obliguen a asumir tesis comunitaristas. Sí obligan, sin embargo, a asumir razones con-

secuencialistas. Para Ángeles la morfología de los derechos fundamentales es distinta a la de los principios institucionales, los primeros corresponden a los individuos, los segundos a las instituciones. Sugiero que esta diferencia olvida que una buena parte de los principios institucionales, como el principio de legalidad, la jerarquía normativa o la cosa juzgada, no son sino desarrollos institucionales del derecho a la seguridad jurídica de las personas individuales. Probablemente podríamos argumentar la justificación de los estados de excepción en las exigencias de mantener el orden constitucional que garantiza los derechos individuales de las personas, y parece que es por ahí por donde apuntan los matices del constituyente y la doctrina constitucional. En tal caso, basta tomar en consideración las consecuencias de ciertos estados de cosas sobre los propios derechos humanos; no es necesario atribuir una prevalencia a intereses o derechos de entidades transpersonales.

(5) Todavía sobre el fundamento Elena BELTRÁN sugiere que en nuestros textos no queda claro el papel de la dignidad, ni claro su concepto, ni clara su relación con la igualdad. Creo que es muy útil, aunque no la he utilizado, la distinción que ella propone, siguiendo a WALDRON, entre la dignidad como valor y la dignidad como estatus. Efectivamente es una distinción que da sentido al decir que un esclavo conserva su dignidad (valor) pero se ha visto privado de su dignidad (estatus). Lo que no creo —o me encuentro otra vez frente a la incomprensión— es que no haya tratado del concepto de dignidad ni lo haya utilizado para fundamentar los derechos humanos ni lo haya vinculado a la igualdad (afirma BELTRÁN que «no menciona HIERRO la idea de igualdad»). Treinta y tres veces aparece la dignidad en mi último libro y profusamente vinculada a la igualdad; sobre la igualdad trata también una parte del capítulo V y me ocupé monográficamente de la justicia y la igualdad en *Justicia, igualdad y eficiencia* (2002). Resumiendo: no sé si ella estaría de acuerdo conmigo en que en la dignidad-valor se ubica el fundamento de los derechos humanos y en la dignidad-estatus se ubica su realización efectiva.

José Luis COLOMER se muestra muy escéptico sobre el valor teórico que la autonomía puede desempeñar en la fundamentación unitaria de los derechos humanos y se une con ello a BOBBIO. No concuerdo con la distinción que COLOMER propone entre la autonomía moral (en sentido kantiano) y en sentido político. Creo, más bien, que la primera es fundamento de la segunda pero, sobre todo ello, no comparto que el variado conjunto de valores (pluralismo, maximización de preferencias, respeto a las minorías...) puedan fungir mejor que la autonomía como fundamento de los derechos humanos. Pienso que es la autonomía la que da sentido a la dignidad-valor y que es ella la que fundamenta la pretensión ideal de que la persona humana es titular de derechos morales básicos para el diseño de un mundo justo, los derechos humanos. Claro es que COLOMER afirma que no existe la conexión que yo defiendo entre libertad negativa y libertad positiva. Aunque no me ofrece argumento alguno en contra.

(6) Pasemos al sujeto. Silvina ÁLVAREZ sostiene que hay que aproximarse al sujeto. Diría yo que eso, hoy en día, constituye o debiera constituir otra elemental doctrina. Y ciertamente es claro que la situación de las mujeres ofrece un amplio panorama de pruebas en favor de esa tesis, que cabría extender a otros grupos humanos discriminados históricamente por motivos moralmente irrelevantes (los homosexuales, los menores de edad, los que tienen ciertas capacidades disminuidas...). Me parece que ello re-

quiere una reflexión originaria —como ella propone— lo que permitirá alumbrar que no solo arrastramos creencias, costumbres y leyes positivamente discriminatorias, sino que arrastramos también ausencia de creencias, costumbres y leyes que promuevan la igual dignidad de esas personas, es decir que sean negativamente discriminatorias y positivamente igualitarias. Un matiz, quizás: no se trataría tanto de construir la soberanía de las mujeres sino de ubicar a las mujeres en la soberanía.

Pablo De Lora, por su parte, me vuelve a plantear el problema de los derechos de ciertos animales. No lo tengo claro y no me atrevo a sostener una posición cerrada, pero dos ideas me siguen rondando: la primera es que, frente a lo que sostiene De Lora, no alcanzo a ver en qué sentido puede asumirse que los muertos, los fetos y los grupos no tienen intereses ni necesidades pero los animales domésticos sí las tienen. En un sentido analógico cabría afirmar que los muertos, los fetos o los grupos las tienen, aun cuando no sean conscientes de que las tienen porque, a diferencia de las personas individuales, no tienen autoconciencia. En ese sentido es en el que se puede predicar lo mismo de los animales o de algunos de ellos. Si lo que situamos como núcleo de la igual dignidad moral de las personas es su autonomía moral, que obviamente requiere la autoconciencia, entonces ni los unos ni los otros la tienen. Cuando De Lora dice que mi propuesta es ambigua me parece que olvida que, bajo mi punto vista, el prejuicio de la especie tiene un lado negativo, la exclusión de no-personas (sujetos no pertenecientes a la especie humana), exclusión problemática en algunos casos, y tiene un lado positivo, la inclusión de no-personas (sujetos pertenecientes a la especie humana pero privados de autoconciencia), que no parece problemática. He tratado de explicar la diferencia entre el lado positivo y el lado negativo del prejuicio de la especie (Hierro 2016, capítulo IV) pero no he podido llegar a una conclusión cerrada. Lo más que me he atrevido a concluir es que «los derechos humanos constituyen, por tanto, el contenido de una teoría de la justicia, una teoría que no es moralmente neutra porque implica una determinada concepción de las personas como agentes morales, libres e iguales, pero no constituyen una teoría moral completa; hay multitud de dimensiones del bien que la teoría de los derechos ni abarca ni pretende abarcar. Tenemos obligaciones morales, de las que cabe derivar deberes jurídicos, que no son directamente correlativas de derechos humanos o de derechos morales fundamentales de no-humanos. No debemos maltratar a los animales, no debemos despilfarrar los recursos del planeta, debemos proteger nuestro patrimonio cultural, debemos proteger la diversidad biológica y la diversidad cultural, y así sucesivamente. Para explicar que todo esto es razonable moralmente no necesitamos devaluar el lenguaje de los derechos hasta hacerle perder su sentido y, lo que sería peor, su función en el diseño de un orden político justo» (2016, 156). Una conclusión, quizás, demasiado abierta, o demasiado ambigua (De Lora); aquí, probablemente, el erizo ha fracasado (Ruiz Miguel).

(7) No tengo muy clara cuál es la respuesta a Manuel Atienza cuando pregunta si mi interés por construir una teoría de los derechos humanos que permita ubicar cómodamente en ella a los derechos sociales y el interés de Laporta en restringir el catálogo de los derechos humanos tiene algo que ver con nuestra diferencia sobre el imperio de la ley, donde yo introduzco como carácter relevante, para apuntalar el carácter moral de este principio, la legitimidad democrática. Sería fácil responder alegremente que a mí me parece moralmente más relevante la legitimidad en origen y la

legitimidad en contenido que los aspectos meramente formales del derecho, pero creo que sería una respuesta falsa pues Paco ha señalado que junto a lo que llama la primera estrategia de justificación del derecho, donde sitúa la apelación a la paz y a la certeza, hay que pasar a una segunda, la apelación a la democracia, para terminar en la tercera, la apelación a los derechos humanos, y concluye —como ya vimos— que este último criterio de legitimidad «que no es, por cierto, incompatible con los dos anteriores» es el que se impone en la actualidad «con mayor fuerza» (1993: 73-84; citas de 84). No creo que el haber prestado más atención a un aspecto que a otro suponga desdecir aquella convicción.

Desde mi trabajo de 1982 he tratado repetidamente de formular un concepto de los derechos humanos como derechos subjetivos, en sentido propio y estricto (utilizando la conocida expresión de GROCIO), y en esa tarea he argumentado sobre los derechos cuyo contenido no es libre para el titular, es decir que no son poderes de disposición, como recuerda PÉREZ LUÑO a partir de lo que dije sobre la intimidad de los niños; aunque creo que eso no implica concebir los derechos humanos o algunos de ellos como mandatos de optimización, sino más bien —como PÉREZ LUÑO señala alternativamente— como configuraciones normativas de la seguridad, libertad e igualdad de las personas, como exigencias derivadas de la dignidad moral que nos atribuimos, configuraciones que consisten específicamente en reconocer y proteger ciertas libertades, pretensiones, inmunidades y potestades, que son las formas del derecho subjetivo.

(8) Ricardo GARCÍA MANRIQUE sabe que coincidimos bastante, él y yo, en relación con los derechos sociales. He aprendido mucho de su libro *La libertad de todos* (2013) aunque no acabo de entender, o de compartir, su empeño en negar el valor autónomo de la igualdad. Me parece evidente que el contenido y las garantías de los derechos humanos dependen de la coyuntura, como señalaba Eusebio FERNÁNDEZ, pero no tengo muy claro que la influencia de la coyuntura coincida necesariamente con la diferencia entre derechos liberales y derechos sociales. Insinuaré dos simples ejemplos. La propiedad privada está considerada un derecho, *el derecho*, típicamente liberal. La extensión de la propiedad privada de bienes inmuebles a amplias capas de la población no era concebible para los primeros críticos del capitalismo liberal y se veían forzados a imaginar formas de propiedad colectiva, pero tampoco fueron capaces de concebir las enormes limitaciones y cargas que configuran hoy ese tipo de propiedad inmobiliaria. El derecho de asociación obrera, por su parte, es habitualmente considerado un derecho social pero su contenido y garantías son básicamente los mismos del derecho de asociación, un derecho típicamente liberal. Creo, eso sí, que la mejor demostración de que la distinción categórica entre derechos liberales y derechos sociales es errónea se consigue constatando que las supuestas debilidades o limitaciones de los derechos sociales pueden predicarse también de los derechos liberales; como dice Ricardo resumiéndome: «no es que los derechos sociales sean como los derechos liberales, sino que los derechos liberales son como los sociales».

Y pregunta también Ricardo si el mercado no afecta más a los derechos sociales. Tengo dudas, una vez más. Sin ninguna duda el mercado afecta a los derechos humanos, a todos ellos. Y una economía sin mercado también los afecta. Mi impresión es que, de nuevo, la delgada línea roja que pretende separar estas dos categorías de derechos resulta un fracaso. La aparición del mercado afectó profundamente a la

seguridad y a la libertad, su idea de la libertad, de los profesionales en el siglo XIV. Relata André MAUROIS que «bajo la influencia de los grandes mercaderes, los gremios se transforman. Ya no reina en ellos la igualdad [...] el Rey está ahora bajo el dominio de los comerciantes» (MAUROIS, 1970: 168). Es notoria la influencia del mercado en la aparición de los derechos liberales y no ha de ser menor su influencia en el desarrollo de los derechos sociales. Me resulta difícil, por ello, interpretar la pregunta de Ricardo: ¿Qué significa «afectar»? Me parece que él quiere decir limitar, restringir, condicionar o algo así. El mercado, en efecto, limita, restringe y condiciona tanto los derechos sociales como los derechos liberales. Condiciona más, claro está, la implementación de aquellos derechos cuya satisfacción es más costosa y la de aquellos que han sido formulados más recientemente y tienen, por ello, una configuración institucional menos consolidada.

Pero lo que en este aspecto me ha interesado más ha sido el intento de aclarar el papel que la eficiencia económica, que resulta ser la justificación de la economía de mercado, podría desempeñar en una teoría de la justicia basada en los derechos (*Justicia, igualdad y eficiencia,* 2002). Me pareció que mientras el pensamiento neoliberal sacralizaba el principio de eficiencia, el pensamiento igualitario lo anatematizaba. He tratado, sin embargo, de formular el lugar que la eficiencia ocupa en una teoría igualitaria de la justicia, de hacer compatible —como señala Ramón VARGAS MACHUCA— «la racionalidad económica como parámetro de decisión social [...] y las exigencias de la justicia como teoría de los derechos». Aunque en este punto no he hecho sino desarrollar la teoría de la justicia de RAWLS, ha sido la aportación teórica que más me ha costado formular y la que menos eco ha encontrado. Lo que me hace sospechar que no ha sido muy acertada.

(9) Sin embargo es justo aquí, en la intersección entre el mercado y los derechos humanos donde hoy, se renuevan los problemas de la justicia. La globalización es, sobre todo, el escenario de un mercado situado al margen y por encima de las normas de un estado de derecho. Un mercado en estado de naturaleza. La respuesta cosmopolita, que suscribo y he defendido por escrito, no pretende otra cosa que reconstruir la sociedad internacional como estado de derecho, con los necesarios matices o peculiaridades. Isabel TURÉGANO sostiene con convicción y buenas razones que ello no es posible bajo un diseño liberal igualitario como el que yo defiendo. Afirma que nuestro cosmopolitismo, el mío y el de LAPORTA, es abstracto, que un sentimiento humanista es insuficiente para fundamentarlo y que no he desarrollado la organización estructural que podría realizarlo. Me parece que hay una cierta petición de principio cuando ella nos acusa de ignorar «el peso moral de la variedad de solidaridades que moldean las experiencias personales» y me parece que Isabel tampoco concreta con detalle su esquema estructural, lo que, por otra parte, no es necesariamente la tarea de quienes estamos discutiendo los principios regulativos de una institución. Sin embargo, creo que, a fin de cuentas, coincidimos mucho en lo que ella denomina «elecciones sub-óptimas», como la consolidación de tribunales internacionales, el camino que ya defendió KELSEN, o el desarrollo de las estructuras regionales.

Distinta, más radical diría yo, es la posición de Cristina GARCÍA PASCUAL que sostiene taxativamente que «debemos partir de la estructura normativa que nos ofrece el derecho internacional» y, defendiendo el derecho internacional de los derechos huma-

nos, concluye que «la comunidad internacional que algunos filósofos de la moral buscan y quieren justificar para que haya un mundo más justo, ya existe, es la comunidad, todavía frágil por supuesto, que nos ofrecen las normas de derecho internacional». Es, desde luego, un respetable pero muy discutible punto de vista. Algunos creemos que la actual situación de las relaciones internacionales, el descontrol político-jurídico del fenómeno globalizador, y, como mínimo, los problemas de la guerra, el hambre o la extrema pobreza y la degradación del medioambiente, nos obligan a proponer pasos más ambiciosos para que el derecho internacional se desarrolle como un orden jurídico efectivo: «un conjunto básico de normas de validez y eficacia universal que sirvan para asegurar [los derechos humanos] por encima de la voluntad de cualquier estructura estatal, supraestatal o subestatal» (HIERRO, 2016: 256). Respondo también con ello, creo, a la segunda pregunta que nos hace Gema MARCILLA.

(10) Tengo la convicción de que la filosofía de los derechos humanos tiene que centrarse cada vez más en este problema. Si no conseguimos que la teoría de la justicia de RAWLS se pueda proyectar en el derecho de las naciones, entonces podemos tirarla tranquilamente a la papelera porque no servirá para nada. Es posible que en otros tiempos la justicia doméstica, la justicia entre los conciudadanos, quedara al margen o fuera de un orden distinto al de la justicia internacional, esto es: la justicia entre los ciudadanos y los extranjeros y la justicia entre sus naciones; haya sido o no haya sido así, hoy esto es imposible. La famosa aldea global es hoy nuestra realidad cotidiana. Y los que todavía en activo tienen (tenéis) que continuar desenvolviendo la reflexión filosófica sobre la justicia, son (sois) los responsables de encontrar respuestas correctas y viables. No os desearía suerte, porque no es cuestión de suerte. Os desearía acierto porque no sé si los estudiosos del derecho, incluidos los filósofos, se dan siempre cuenta de hasta qué punto nuestras reflexiones influyen en la felicidad de las personas. Me atrevo a asegurar que mucho más de lo que cualquiera pueda imaginar.

7. ÚLTIMOS AGRADECIMIENTOS

He terminado mis comentarios a los comentarios de los que han tenido a bien participar en este diálogo de despedida. Ya os he expresado mi gratitud. Quisiera, no obstante, añadir, primero, un recuerdo a dos compañeros que me brindaron su amistad y nos dejaron antes de tiempo. Me refiero a Albert CALSAMIGLIA y a Jesús GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI. Albert falleció en julio de 2000, Jesús en noviembre de 2008. Los dos formaron parte de esta experiencia colectiva que ha sido la renovación de la filosofía del derecho española.

Mi historia académica no es, en verdad, más que una mínima parte de la historia académica de un grupo bien definido de filósofos del derecho españoles que surgió a principios de los años setenta del siglo pasado. Creo que, en esa intrahistoria nuestra, cabe hablar de dos generaciones iniciales: una primera generación —dicho familiarmente, la de nuestros abuelos— de la que formarían parte José Luis LÓPEZ ARANGUREN, Manuel SACRISTÁN, Enrique TIERNO GALVÁN, Antonio TRUYOL y —en lo que a mí respecta— Joaquín RUIZ-GIMÉNEZ; y una segunda generación —la de sus hijos, nuestros padres— de la que forman parte Juan Ramón CAPELLA, Luis GARCÍA SAN

MIGUEL y —en lo que a mí respecta— mi hermano José HIERRO, Elías DÍAZ y Gregorio PECES-BARBA.

Aquella primera generación tuvo el valor de romper con la ortodoxia imperante en la filosofía del derecho española durante la dictadura, para abrirse al diálogo con el pensamiento liberal, el pensamiento marxista y la filosofía analítica así como a la recuperación del pensamiento español entonces tildado de heterodoxo. La segunda generación culminó esa tarea y, de forma más específica, introdujo en España la orientación positivista-analítica que predominaba entonces en la filosofía del derecho occidental. Ningún esbozo, por breve que sea, de aquella época puede ignorar el mérito de algunos académicos que, procedentes de la ortodoxia oficial, se atrevieron a romper la siniestra disciplina que ejercía Francisco ELÍAS DE TEJADA para apoyar a Elías DÍAZ; me refiero, claro está, a Nicolás LÓPEZ CALERA y José DELGADO PINTO. A todos ellos —los viejos maestros, parafraseando a Elías DÍAZ— también quiero expresar mi gratitud.

De la tercera generación —la de los nietos, que es la mía— forman parte Joaquín ALMOGUERA, Manuel ATIENZA, Albert CALSAMIGLIA, Eusebio FERNÁNDEZ, Rafael HERNÁNDEZ MARÍN, Francisco LAPORTA, Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, Luis PRIETO, Miguel Ángel RODILLA, Juan RUIZ MANERO y Alfonso RUIZ MIGUEL (entre otros y cortando de forma algo arbitraria en los nacidos a comienzos de 1950), y puede calificarse en un sentido muy amplio como la corriente «analítica» de la filosofía del derecho española. Lo que Elías DÍAZ y Gregorio PECES-BARBA hicieron en la Universidad Complutense, donde me formé, fue desarrollar los dos polos de interés que RUIZ-GIMÉNEZ atribuía entonces a la disciplina. De un lado, la recuperación del diálogo con el pensamiento filosófico jurídico heterodoxo, principalmente con el pensamiento de la «otra» España. El otro polo de atención era la filosofía del derecho entendida como teoría de la justicia, esto es como teoría del estado y del derecho justos. Hay una gran diferencia entre construir una teoría ontológica sobre la justificación del derecho y del estado que hay (que es lo propio del iusnaturalismo ontológico) y construir una teoría deontológica sobre el derecho y el estado que debe haber (que es lo propio del iusnaturalismo deontológico y de cualquier teoría crítica). En septiembre de 1972 me incorporé al Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Se formó allí, bajo la dirección de Elías DÍAZ, un equipo bastante compacto. Este equipo puede ser considerado, y así suele serlo, como un grupo más estrictamente analítico, carácter que ha compartido, sobre todo, con las Áreas de Filosofía del Derecho de las universidades de Alicante, Castilla-La Mancha y Pompeu Fabra. Aunque hay, desde luego, muchos otros colegas de orientación cercana en la filosofía del derecho española actual, como acabo de indicar, esos tres núcleos presentan rasgos comunes bastante definidos.

Bajo el enfoque analítico, la filosofía del derecho solo puede tener por objeto el derecho positivo, es decir el mismo derecho que es objeto de las denominadas «ciencias» del derecho y es, al menos en este sentido, positivista. Pero ocurre que el derecho positivo es un fenómeno social normativo y que respecto a los fenómenos normativos cabe adoptar, como respecto a los juegos (que también son fenómenos normativos), dos posiciones diferentes: la del que observa (sea con curiosidad, sea con asombro o sea incluso con desprecio) qué es lo que hacen y lo que dicen que hacen los que juegan; y la del que participa en el juego (sea como jugador, sea como árbitro o sea

incluso como seguidor partidario de alguno de los jugadores). Estoy convencido de que la filosofía del derecho no es el lugar de los observadores, sino más bien el lugar de quienes —como ha dicho SOPER— reflexionan sobre «un mundo en el cual todos nosotros somos participantes y en el que debemos, ineludiblemente, permanecer como participantes» (1993: 141).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

DÍAZ, E., 1980: *Sociología y Filosofía del Derecho,* Madrid: Taurus.

FERRAJOLI, L., 2012: *Un debate sobre el constitucionalismo,* Madrid: Doxa-Marcial Pons.

GARCÍA MANRIQUE, R., 2013: *La libertad de todos. Una defensa de los derechos sociales,* Barcelona: El Viejo Topo.

HART, H. L. A., 1957: «El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral», en HART (1962), 1-64.

— 1962: *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis,* Buenos Aires: Depalma.

HIERRO, L. L., 1998: *Estado de derecho. Problemas actuales,* México: Fontamara.

— 2002a: *Justicia, igualdad y eficiencia,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

— 2002b: «¿Por qué ser positivista?», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 25, 263-302.

— 2016: *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia,* Madrid: Marcial Pons.

LAPORTA, F. J., 1983: «Sobre el uso del término «libertad» en el lenguaje político», *Sistema,* núm. 52, 23-43.

— 1985: «El principio de igualdad: introducción a su análisis», *Sistema,* núm. 67, 3-31.

— 1987: «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 4, 23-46.

— 1990: «Vindicación del observados crítico y aporía del iusnaturalista», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 8, 131-147.

— 1993: *Entre el Derecho y la Moral*, México, Fontamara.

— 1994: «Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 15-16, 133-145.

— 2007: *El imperio de la ley. Una visión actual,* Madrid; Trotta.

LYONS, D., 1984: *Ethics and the Rule of Law,* Cambridge: Cambridge University Press (Ética y Derecho, Barcelona: Ariel, 1989).

MAUROIS, A., 1970: *Historia de Inglaterra,* Barcelona: Círculo de Lectores.

ROSS, A., 1961: «El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural», en ROSS (1969), 9-32.

— 1969: *El concepto de validez y otros ensayos,* Buenos Aires: Centro Editor de América Latina.

RUSSELL, B., 1968: *Ensayos filosóficos,* Madrid: Alianza.

SACRISTÁN, M., 1968: *Sobre el lugar de la filosofía en los estudios superiores,* Barcelona: Nova Terra.

SOPER, Ph., 1993: *Una teoría del derecho,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

RECONOCIMIENTOS, RESPUESTAS Y GLOSAS

Francisco Laporta
Universidad Autónoma de Madrid

1. PALABRAS DE AGRADECIMIENTO

Muchos sabéis que soy persona más bien solitaria y poco vanidosa (aunque decir esto pueda verse también como un pequeño acto de vanidad). No sé muy bien a qué se deben estos rasgos míos de carácter que son en buena parte, como suele suceder, involuntarios, puede que heredados. Pero lo cierto es que siempre me ha parecido muy sabia la reflexión de Pascal: «toda la infelicidad del hombre viene de una sola cosa: no saber quedarse tranquilo en su casa». Y quizás tampoco creo mucho en mí mismo, porque cuando me dirigen ciertos elogios tiendo a sentirme ajeno, incómodo. Eso no significa que rechace las buenas compañías ni que tenga siempre por falsas las alabanzas. Una buena conversación, una amistad como las que la fortuna me ha deparado y una apreciación seria de algunas de mis ideas me confortan tanto como a cualquiera. Por eso mismo, solo el hecho de que tantos de vosotros hayáis dejado de hacer vuestras cosas —sin duda más interesantes— para reuniros con nosotros[1] y hayáis dedicado vuestra inteligencia y vuestro tiempo a escribir unas líneas sobre nuestras ideas, es algo que me emociona y me deja perplejo. He leído además vuestras observaciones y me han parecido serias, nada gratuitas ni complacientes, con calor de amistad pero dignas también de un buen debate académico. No me parece que haya en ellas nada de mera cortesía. Seguramente no va a ser posible entrar en cada una de ellas con la minuciosidad que merecen pero quiero trasladaros a todos y cada uno por escrito y en voz bien alta, porque las emociones más personales y profundas las expreso mejor en público, mi gratitud y mi reconocimiento. De todas las cosas que uno puede llevarse a casa cuando le toca jubilarse, un puñado de amigos que hayan decidido hacer eso, es sin duda la mejor.

Por la proximidad misma, y claro, por la intensidad, me va a ser todavía más difícil hablar de mis colegas de todos los días en la Facultad, los que han urdido todo esto con esa naturalidad e inteligencia con la que en ese microcosmos de pensamiento y amistad que ha sido y es nuestra área se hacen las cosas. A la cabeza de ellos figura ahora Alfonso Ruiz Miguel, una de esas inteligencias sustanciales y limpias

[1] Estas palabras las pronuncié el 25 de noviembre de 2016, en el seminario que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid con colegas de muchas universidades. El «nosotros» no es aquí de los llamados «mayestáticos». Simplemente me refiero en plural a Liborio Hierro y a mí mismo, los dos homenajeados.

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.42
DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, edición especial (2017) ISSN: 0214-8676 pp. 283-326

que hacen de un paraje universitario un espacio de convivencia y mejora. Y que por si eso fuera poco ha habido también circunstancias mías más personales desde hace un montón de años. Pues bien, él, ellos y ellas, nosotros, lo que unos junto a otros hemos pergeñado en ese espacio, lo conocéis bastante bien todos. Y creo que sabéis valorarlo. No voy a perder el tiempo en llamar la atención sobre la cantidad de talento que ha tenido la oportunidad de salir a la luz en ese entorno de pensamiento y amistad. Y las causas que se han defendido y se defienden en él (pienso ahora, por ejemplo, en lo que ha significado y significa el compromiso de nuestras compañeras). Pero lo que me parece quizás más importante decir y agradecer es que esa comunidad nuestra de donde brota la idea de este pequeño homenaje ha sido también un lugar en el que no se han producido desencuentros, tensiones y rivalidades de esas tan habituales entre académicos y que tanto polucionan la vida universitaria. Discusiones y debates, incluso fuertes, muchos. Pero esos antagonismos insanos, nunca. Por suerte, porque al fin y a la postre resultan ser siempre perfectamente estériles. Y eso ha sido así, quizás, porque la fortuna nos ha dotado a todos de un talante poco engreído y más cooperativo, y también, y esto ayuda mucho a explicarlo, porque a Elías DÍAZ no se le ha ocurrido nunca montar una «escuela», ni generar «discípulos», ni ninguna de esas usanzas universitarias pueriles que tanto dificultan las relaciones naturales entre las gentes. En realidad uno podría decir que ni siquiera ha tenido que hacer un esfuerzo deliberado para seleccionar a la gente, porque la gente ha acudido —hemos acudido— a él espontáneamente, como guiados por una ejemplaridad tanto de pensamiento como de conducta que nos llamaba con naturalidad. Y mira tú por donde, sin proponérselo, como por una suerte de efecto difuso y paradójico, ha terminado por juntarse a su alrededor y más allá de él una cosa que no es una escuela pero es seguramente algo más profundo que eso, y una serie de colegas que dicen ser sus discípulos aunque no lo son, pero tienen con él una relación más honda y de más respeto que esa. En unas cuantas universidades, y no solo en esta, andan no pocos que se sienten inmersos en esa relación. Y hay que explicarlo seguramente por una cosa más que los que hemos vivido aquí no podemos olvidar: Elías es alguien que ha practicado de una manera natural la tolerancia. Eso sí, como él diría, la tolerancia «no acrítica». Y como ya sabemos por la lógica que una doble negación resulta ser una afirmación, lo que ha practicado ha sido la tolerancia crítica. Esas dos cosas que suenan a oxímoron, tolerancia y crítica, son difíciles de engarzar con la facilidad con la que él lo ha hecho siempre. Lo de la «crítica» es algo que entenderán fácilmente todos los que le conozcan. Pero lo de la tolerancia es algo de lo que se parlotea mucho, y se escribe mucho, pero no se practica tanto. En la vida académica tampoco, y por eso surgen muchas veces esas rencillas inoperantes que todo lo enturbian. Entre nosotros esa tolerancia es un ingrediente cotidiano, y también lo es naturalmente nuestra amistad, y también, por supuesto, la incesante crítica de todo. Y eso, a buen seguro, es lo que ha determinado que Alfonso y el resto de los compañeros se hayan propuesto estimular una reunión como esta: una actividad académica para cuestionar nuestros puntos de vista, no para hacer carantoñas insignificantes; una reunión en la que la amistad no está reñida con la crítica y, por supuesto, tampoco con la tolerancia. Muchas gracias a todos por ello.

2. SOBRE LIBORIO HIERRO

Permitidme ahora también a mí que para empezar me pase a aquel lado del evento, no para hablar de mí mismo, naturalmente, sino para ejercer también mi derecho a rendir homenaje y mostrar mi admiración hacia Liborio. El título que puedo esgrimir para ello es que seguramente soy el que más tiempo hace que le conoce y disfruta de su amistad e inteligencia. De hecho yo estudié con él la carrera, me incorporé con él al departamento de RUIZ-GIMÉNEZ, y tras algunos años y algunas vicisitudes, nos vino Dios a ver a ambos en la forma de una contratación de Elías en esta Universidad Autónoma; estoy hablando de los primeros setenta del siglo pasado. Pues bien, han pasado más de cuarenta años en tareas y vivencias de lo más variopinto, y en esas estábamos cuando nos ha llegado a ambos también al unísono el tiempo de la jubilación. No soy nada aficionado al elogio desmedido ni a la hipérbole; me siento incómodo con ambas cosas. Pero creo poder decir que quienes hemos gozado de la amistad de Curro (como le hemos llamado siempre) y de su presencia entre nosotros, hemos mejorado con ello en casi todos los aspectos, excepción hecha de lo que concierne a sus elementales preferencias gastronómicas (aunque esto haya tratado de ser mantenido en secreto, todo el mundo sabe ya que la única vez que almorzó en el exquisito Zalacaín, pidió, ante la incredulidad casi ofendida del *maître,* un par de huevos fritos con patatas). Por supuesto, todos hemos aprendido mucho de él en cuestiones teóricas, de las que ahora hablaré, pero también nos ha aportado muchas otras cosas más. Como maestro en actitudes y juicios en tantas y tantas circunstancias, Liborio ha sido una pieza clave en nuestras decisiones y en las de nuestro departamento (o área). Por lo que a mí respecta, entre otras cosas, y él lo sabe, no doy nunca por definitivo un juicio sobre un problema jurídico hasta que no escucho su opinión. No quiero exagerar porque está fuera de lugar, pero creo sinceramente que es una de las personas con una formación jurídica más sólida y penetrante que conozco. De esas que dibujan un jurista completo, hecho desde la teoría pero también vertido en la práctica. Tengo que decir, además, y todo el mundo lo reconoce así, que ha sido y es un profesor extraordinario. La vertiente docente de nuestra profesión, que a mi juicio es tan importante como la otra, ha sido desempeñada por él siempre en términos de excelencia. Con mucho rigor además en el contenido de lo que enseñaba. Yo he leído cartas y opiniones de alumnos suyos de esas que quizás sonrojen a quien las recibe, pero producen mucha envidia en quien las conoce. Me parece que su dedicación todos estos años al curso de teoría del derecho merecería, como lo ha hecho con su curso de derechos humanos, un libro final, que seguro que no me equivoco si pronostico que será un hito en la materia. Y esta misma sensación ha producido en esta su Facultad su modo de abordar los problemas de la gestión, al nivel más cercano de los cientos de problemas que se plantean hoy a las áreas, como también en responsabilidades más altas, por ejemplo como decano. Todo el mundo le ha tenido siempre y le tiene como un ejemplo de inteligencia y de saber hacer.

En cuanto a sus aportaciones académicas no necesito deciros nada. En primer lugar, naturalmente, su introducción entre nosotros del realismo escandinavo. En la filosofía del derecho española era prácticamente desconocido. Salvo algunos pocos internacionalistas (pienso en Antonio TRUYOL, por ejemplo), en España empezó a llegar a través de las traducciones de los colegas argentinos en los años sesenta. Pues bien, creo que su tesis doctoral lo puso sobre la mesa de las discusiones. Y con cierta

actitud de distancia por su parte. Por ejemplo, la idea, que sugirió el propio ROSS, de que su noción del derecho válido como algo experimentado y sentido como vinculante equivalía a lo que HART llamó los *internal statements*, seguida fielmente en Italia por PATTARO y por Silvana CASTIGLIONE, fue puesta en cuestión por él, y eso acabó llegando a oídos de HART mismo. Ahora diré cómo. El caso es que en la reedición de 1983 de su artículo sobre el realismo escandinavo, HART introduce en un *postscript* una nota en la que dice que para valorar aquella afirmación de ROSS hay que leer a HIERRO, y cita minuciosamente todas las páginas correspondientes de su libro (para el lector curioso, está en la p. 169 de la edición canónica de los *Essays*). ¿Cómo lo supo HART? Aunque el bueno de Fernando Torres era un editor bravo y sagaz, nadie puede pensar que sus libros circularan por Oxford. Lo que sucedió fue lo siguiente: lo reconstruyo como testigo presencial. Cuando HART vino en 1979 a esta Universidad y a la Complutense a dar sendas conferencias, tuvo el gesto académico de pronunciarlas en español. Esas cosas eran muy propias de él. Ahora veremos otra. La que dictó aquí, «el nuevo desafío al positivismo jurídico», ha permanecido en español hasta hace bien poco, y la versión inglesa que se ha publicado no es de la mano del propio HART. El caso es que HART quiso reunirse la tarde anterior con los que habíamos hecho la traducción para fijar algunos temas que no veía claros. Y allí nos fuimos al Palace. Estuvimos toda la tarde, y a lo largo de ella, Curro le planteó estos y otros temas, le habló de su tesis y además le suscitó de pasada otro que tenía relación con ellos. Le dijo, por ejemplo, que a él no le parecían tan diferentes la idea del punto de vista interno/externo y la distinción entre el uso y la mención de los términos del lenguaje. Pues bien, el caso es que a la mañana siguiente pronunciaba HART su conferencia en la Complutense. Recordaréis todos lo aficionado que era Gregorio PECES-BARBA a las ceremonias. Llevado por esa afición había dispuesto una suerte de procesión de doctores desde el Decanato, que está en el ala izquierda del edificio de la Facultad, al salón de grados, que está en el ala derecha. Pues bien, en medio de esa procesión, HART nos vio fuera del cortejo y creo recordar que ni corto ni perezoso se salió de él y nos vino a explicar por qué no teníamos razón en eso del uso y la mención. Una anécdota curiosa, muy reveladora de lo que era HART, que quizás también explique por qué se quedó con las observaciones de aquel joven profesor sobre su obra.

Después está su contribución a la teoría de los derechos humanos. Como acaba de salir un libro en el que se asume casi todo su pensamiento, es fácil suponer que eso estaba ahí ya. Pero la teoría del derecho subjetivo y la discusión sobre las teorías de la voluntad o del interés no eran demasiado conocidas entre los filósofos del derecho, y sobre todo, no sabíamos calibrar la importancia que eso tenía para los derechos humanos. En el universo del derecho privado no parecía tan importante apuntarse a la teoría de la voluntad o a la teoría del interés en su versión alemana; era o parecía ser una mera pugna por una mejor conceptualización dogmática. Pero cuando nos trasladamos a los derechos humanos, esa discusión es crucial. Sin tenerla en cuenta, los niños, por ejemplo, parecen no poder tener derechos humanos. Y eso lo advirtió Curro con toda claridad. De ahí viene, me parece, su insistencia en la idea de necesidades humanas. Además, esa estrategia de argumentar los derechos poniéndolos ante un test difícil —el de los derechos de los niños en su caso— se ha mostrado siempre muy eficaz para su conceptualización; entre nuestros colegas del área, por ejemplo, ha sido muy fructífera: Pablo DE LORA lo ha hecho con respecto a los derechos de los animales, Luis RODRÍ-

GUEZ ABASCAL respecto a los derechos de los sujetos colectivos, etc. Pero gran parte de lo que después hemos hecho todos sale de esos primeros ensayos de Curro.

Hay más libros, como todos sabéis (sobre el Estado de Derecho o sobre la eficacia de las normas, por ejemplo) y también algunos artículos extensos a los que siempre vale la pena volver, pero voy a mencionar por último —dado el poco espacio que yo tengo también en mi papel especial de homenajeador— un libro un poco más pequeño por el tamaño, pero no por cierto por la sustancia: me refiero al titulado *Justicia, igualdad y eficiencia,* en el que Liborio se enfrenta con el análisis económico del derecho y le pone los puntos sobre las íes precisamente para alejar cualquier pretensión de limitar el alcance de las exigencias de la justicia en virtud de ciertas consideraciones de eficiencia. La eficiencia tiene que entrar en la fórmula, no puede ser excluida despectivamente como lo hace DWORKIN, pero tiene que hacerlo con un orden y unas dosis determinadas. Pero la razón por la que lo traigo aquí no es esa, sino otra: que el libro es muy ilustrativo de la manera inteligente, sagaz y rigurosa que tiene Curro de desentrañar los problemas y argumentar las cuestiones. Una inteligencia y sagacidad que ha enriquecido cotidianamente nuestra vida en la Universidad. Solo por eso ya hubiera sido para todos un regalo tenerlo entre nosotros en el área. Luego queda, claro, todo lo demás.

3. OBSERVACIONES Y RESPUESTAS

Como he dicho antes, las intervenciones y breves ensayos que los colegas nos dedicaron en el seminario y todas las que aparecen en este número de la revista no son sin embargo textos indulgentes para rendir un homenaje meramente cortés y cubrir al destinatario con halagos de ocasión. No pocos de ellos, por el contrario, dejan medio maltrechas las ideas de que se ocupan, y cuando hacen preguntas siempre abren un espacio serio para la duda. Solo por eso es un auténtico desafío y un deber académico entrar a discutirlas. Bien entendido que no se trata aquí de prolongar indefinidamente los temas que suscitan, muy interesantes muchas veces, ni mucho menos de perseguir exhaustivamente cuestiones muy complejas, sino más bien de mostrar en un diálogo abierto y amistoso algunas incitaciones que me parece que vale la pena resaltar. Uno de nuestros deberes cívicos es también el de seguir dando ejemplo de diálogo como comunidad académica. En lo que a mí respecta, y a diferencia del método sistemático preferido por Liborio, más inteligente, voy a tratar de responder uno a uno a nuestros interlocutores, al menos hasta un cierto punto.

Después de la cálida y rigurosa presentación que hace de nosotros **Alfonso RUIZ MIGUEL,** de alguno de cuyos puntos me tendré que ocupar después, **Manuel ATIENZA,** con esa elegancia suya tan personal, circunda de palabras afectivas y fraternas las cuestiones que viene a plantearnos. Como me siento muy a gusto dentro de ese círculo de afectos y es obvio que son recíprocos, me ocuparé más pudorosamente de las cuestiones que suscita. Se refieren todas ellas a mi posición (a nuestra posición) sobre los derechos, aunque al final haya una pequeña coda interesante, y difícil, que trataré de responder. Es un placer tomar este texto como punto de partida para otros comentarios que haré después. Lo que dice sobre mi vieja posición acerca de la naturaleza de los derechos humanos es muy correcto. Pero me voy a detener, para empezar, en un

punto. Y es que algunos compañeros (incluido, creo, el propio Liborio HIERRO) se han mostrado a lo largo de estos años, y se muestran ahora, un tanto reticentes con la sugerencia de mi trabajo sobre el inconveniente de aumentar sin control teórico alguno la nómina de los derechos manteniendo al mismo tiempo su pretendida fuerza como exigencias morales. Esto, que se ha llamado —no sé si con propiedad— inflación de los derechos, me parece algo que ha de tenerse en cuenta. Y se produce tanto en el discurso moral como en el discurso jurídico, sobre todo en el constitucional. Todo aquel que tiene una demanda que hacer la reviste con el ropaje de los derechos. Y si los derechos tienen tanta fuerza y hay tantos reconocidos como intereses hay insatisfechos, entonces el panorama, me parece a mí, se complica bastante. Pero mi alarma no se debe confundir apresuradamente con una invitación a una suerte de poda de derechos que hubiera que acometer quitando unos cuantos de las concepciones morales, las declaraciones y las constituciones, sino como una ordenación diferente y más estricta de su naturaleza, su justificación y su fuerza. Y ello por algunas razones: para empezar, porque el aumento del número incrementará seriamente los conflictos entre derechos, y los conflictos entre derechos, inevitables como son, no es bueno que se multipliquen. Han mostrado ya ser lo suficientemente tercos como para que no los alentemos. Tanto en el espacio de la moral, con sus dilemas y elecciones trágicas, como en el espacio más regimentado del derecho, esos conflictos son difíciles de resolver. Que haya que «ponerlos en una balanza», «ponderarlos», «sopesarlos» y todas esas metáforas al uso indica ciertamente algo que es verdadero: que los derechos entran en conflicto y hay que resolver ese conflicto; pero también puede inducir al engaño de suponer que, como las balanzas y los pesos de verdad, tenemos también nosotros un fiel y unas medidas estándar para realizar esas operaciones. Esto me parece más difícil de aceptar. Como tantas otras veces sucede, no se trata de que los derechos tengan uno u otro peso o fuerza y nosotros la vayamos a descubrir mediante una operación formalizada; las cosas suceden al revés: somos más bien nosotros los que en nuestras concepciones tanto de la moralidad como de la estructura del orden jurídico, les atribuimos un lugar y ciertas prioridades entre las exigencias morales o jurídicas. Y para eso hemos de construir en ambos mundos (el moral y el jurídico) una concepción compleja y rica de tipos de normas, estadios, bienes y fines, razones, argumentos, etc. Una visión moral, por ejemplo, es algo extremadamente complejo, que involucra principios, derechos, ideales, preceptos, instituciones, etc., y apela no solo a nuestro razonamiento, sino también a nuestros sentimientos y nuestra visión del mundo. Después de RAWLS ya no hay que insistir en ello. Y como juristas, por otro lado, somos perfectamente conscientes de la diversidad normativa, las jerarquías, las antinomias y los procedimientos que habitan en un orden jurídico moderno. Una construcción nueva, no lineal, de ambas cosas, tendría que ofrecer una solución a ese problema de la proliferación desordenada de demandas en forma de derechos. Y más ahora, cuando tras las expectativas que se han creado irreflexivamente, vienen las consiguientes frustraciones y lamentos. En el mundo de la política eso ha desembocado en una palabra mágica: «blindar». Ahora se van a blindar todos esos derechos que nuestras deficitarias y tramposas democracias han traicionado. Mal cariz va a tomar la cosa. Pero no prosigamos por ahí.

Mi vieja posición sobre los derechos humanos (que, por cierto, no tendría mayor inconveniente en corregir si hubiera razones para ello) partía de dos decisiones teóricas deliberadas: 1. Los derechos humanos son derechos morales, y por tanto, para dar

cuenta de ellos y de su justificación hay que introducirse en el universo de la ética y elaborar una concepción compleja que les asigne un lugar dentro de ella. 2. Los derechos humanos se van ampliando, efectivamente, pero no sin control, sino de una forma que se puede aludir con la expresión de SINGER del «círculo en expansión». Ellos mismos son un producto de la expansión de la razón moral hacia la universalidad, y cada uno de ellos tiende también a su vez a expandirse para proteger esferas nuevas de la peripecia de los seres humanos. Como consecuencia de ello, más que como enunciados aislados y rotundos, se pueden concebir como conjuntos y subconjuntos de derechos («racimos», ha dicho alguien) en los que cada derecho ocupa su lugar en el espacio moral —pertenece a un racimo— y en la jerarquía interna de cada conjunto. Esta es la complejidad del asunto. Y en ese mundo complejo, me parece, podremos introducir algo de orden y jerarquía para evitar el efecto perverso de la mezcla de la fuerza y la proliferación, pero no voy hacerlo aquí, por razones obvias.

Con su habitual sagacidad Manuel ATIENZA detecta que la presentación de los derechos de Liborio HIERRO está más cerca del derecho, mientras que la mía tiende a moverse en el mundo del discurso moral. Liborio es más (y mejor) jurista que yo, y me parece que su preocupación es más la de dar cuenta de los derechos en un momento cercano al aterrizaje (por así decirlo) en el derecho positivo (aunque no todavía como meros derechos constitucionales o legales, como es tan habitual); la mía en cambio quiso en su momento subrayar más su naturaleza moral. Hay que recordar que la teoría de los derechos humanos no estaba entonces nada desarrollada entre nosotros. Se podían contemplar, y admirar, ejemplos de apuestas muy firmes en su favor, pero sin gran acompañamiento teórico. Se movían en el marco de un activismo político muy explícito y un positivismo jurídico un tanto tradicional, y estaban lastradas además por la obcecación lingüística de suponer que no podían ser llamados derechos más que los derechos creados por el legislador positivo (nacional, constitucional o internacional). Y eso, creo, abortaba radicalmente su vuelo moral imprescindible. Pero no nos entretengamos en esto. Vayamos a la coda. Hasta ahí, me parece, Manuel ATIENZA está de acuerdo conmigo, pero lo que hace es tomar esta opción mía como punto de partida para introducirme —para introducirnos— en una suerte de trilema: uno no puede aceptar simultáneamente —sugiere— la configuración de los derechos humanos en términos morales, la realidad de que los derechos humanos juegan un papel central en nuestros ordenamientos, y la posición del positivismo jurídico. Se supone que si uno acepta una de estas tres cosas tiene que rechazar al menos alguna de las otras dos. Y como creo que él acepta conmigo, con nosotros, los dos primeros cuernos del trilema, piensa que la única conclusión que cabe es abandonar el positivismo jurídico como una posición imposible. Pues bien, yo creo en efecto que los derechos humanos pertenecen originariamente al discurso moral y es en él dónde hay que ir a examinar su naturaleza básica; y creo también que, una vez constitucionalizados y protegidos jurídicamente, juegan un papel decisivo en la dinámica de nuestros ordenamientos. Pero ¿por qué es imposible pensar entonces que para identificar *como jurídica* una decisión, una norma o una institución —o si se quiere a la mismísima constitución— baste con acudir a un conjunto de criterios de procedimiento y de contenido que no tienen una relación necesaria con la moral? Podemos hacerlo, y de hecho lo hacemos cotidianamente para saber qué es el derecho de nuestro país. Porque aceptar la primaria naturaleza moral de los derechos básicos y su papel fundamental en los órdenes constitucionales actua-

les *no* es postular una conexión definicional o lógica entre la moral y el derecho, sino simplemente llamar la atención sobre el hecho contingente de que en nuestro contexto histórico ciertas convicciones morales han influido decisivamente en el derecho. Tanto que si uno quiere interpretar y aplicar las normas jurídicas (o al menos algunas de ellas) tiene que utilizar el razonamiento moral para obtener sus conclusiones. No nos engañemos, si uno quiere discutir una sentencia del Tribunal Constitucional en un recurso de amparo puede —y seguramente debe— acudir a premisas morales para argumentar, pero antes tiene que saber que eso —tan largo y farragoso— es en efecto un recurso de amparo y una sentencia del Tribunal Constitucional, y no una mera propuesta moral o una ocurrencia extralegal. Es decir, que es uno de los elementos que componen esa práctica social convencional que llamamos derecho y que identificamos como jurídicos utilizando un conjunto complejo de criterios entre los que no hay necesariamente ninguna exigencia moral. Y me parece que el positivismo jurídico, a lo largo de su diversa y heterogénea historia, se había propuesto centralmente como misión establecer esos criterios para que sepamos que eso es un fallo del Constitucional, una ley del Parlamento, un precedente judicial, un contrato o un precepto constitucional, etc. Y creo que ha cumplido bastante satisfactoriamente con esa misión. Saber esas cosas puede parecer hoy en día irrelevante, pero irrelevante no equivale a erróneo o equivocado. Yo creo, por otra parte, que no es tan irrelevante. Así que sigo pensando que no se me han dado argumentos suficientes para abandonar el marco del positivismo en ese sentido lato. Tengo que decir además, ya más en tono de humor, que la recompensa que se me ofrece por abandonar esa tradición me parece poco sustanciosa: apuntarme al «postpositivismo». No me veo como «post»-nada. Quien «deja atrás» algo tiene que saber con alguna precisión a dónde se propone viajar, y debería tener una hoja de ruta razonablemente clara. No sea que le vaya a pasar como a los postmodernos, que solo son «post» respecto a lo moderno, pero no saben del todo a dónde van, si de vuelta a lo premoderno o camino del puro arbitrismo, o ambas cosas a la vez. Este, desde luego, no es el caso de Manuel ATIENZA, porque harto nos tiene dicho ya dónde está y qué visión tiene del derecho, pero con todo no acaba de convencerme. Ahora seguiré hablando de ello, con uno de sus textos en la mano.

En el sustancioso comentario que nos ha enviado Ángeles RÓDENAS se parte de una posición que me complace mucho. Cuando en 2001 oí a Juan RUIZ MANERO en Imperia exponer el texto que escribió con Manolo sobre la dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica me pareció, y así se lo dije a Juan, una novedad importante en sus planteamientos teóricos. Reconocían en él que en su obra anterior habían obviado esa dimensión institucional o no la habían tenido suficientemente en cuenta. Y eso me pareció un gesto ejemplar de honestidad intelectual. Pero también me pareció entonces, y me ha parecido ahora al releerlo, que lo enfocaban centralmente hacia el tema, que habían tratado tanto, de la justificación jurídica, de los conflictos entre normas en el derecho y de su idea de la prevalencia de los principios en sentido estricto. Luego volveré sobre esto de los conflictos y la prevalencia, porque es precisamente el tema que suscita Ángeles. Lo que me interesa ahora es subrayar que al hacerlo ambos confesaban que tenían que añadir a su esquema de *Las piezas del derecho* una nueva categoría de normas, las normas institucionales. Pues bien, a la hora de presentar este carácter institucional del derecho, lo hacían ofreciendo los varios aspectos que esa expresión pudiera tener, y que, me parece, aceptaban en su totalidad como rasgos

propios del sistema jurídico. Los transmito telegráficamente: El derecho es un conjunto de hechos sociales cuya existencia y persistencia depende de la aceptación colectiva de ciertas reglas constitutivas; es un conjunto de normas practicadas en una sociedad, en el sentido de que ciertos órganos disponen del monopolio de resolver las disputas usando esas normas y la población actúa en correspondencia con ellas; es un conjunto de normas que regla los procedimientos de resolución de disputas con un procedimiento, unos límites y unas autoridades; es un sistema que regula su propia creación y aplicación; es un sistema que ofrece un criterio de reconocimiento de sus normas basado en la aceptación de un sistema de fuentes y autoridades; y, para terminar, es un sistema en el marco del cual operan las demás instituciones sociales. En *Las piezas del derecho* —confesaban los dos autores— no tuvimos presentes las muy diversas exigencias regulativas que surgen de la dimensión institucional del derecho[2]. Y yo me dije a mí mismo ¿no habrán, entonces, obviado precisamente lo más importante? ¿No es esto que según confesión propia no tuvieron presente el núcleo de lo que consideramos un sistema jurídico? Y, por fin, ¿no es esto una buena presentación de lo que los positivistas actuales dicen que es el derecho? A mí se me antoja que sí, y no me parece que cometamos ningún pecado de lesa teoría si pensamos que para dar cuenta de lo que el derecho como práctica social es, primemos esas dimensiones institucionales, que no son sino las conclusiones del positivismo. Y cuando algún viajero nos pregunte cómo puede conocer, por ejemplo, el derecho del Sultanato de Omán, que es una monarquía absoluta, con un parlamento demediado, escasos derechos constitucionales y mucha influencia religiosa, le podamos decir que busquen esos rasgos institucionales que ahí se describen y lo hallará. Es decir, que cuando esos rasgos se dan estamos en presencia de un orden jurídico. Y algunos de esos órdenes, entre ellos, para fortuna nuestra, el español, han dado en organizar esos rasgos institucionales de acuerdo con algunas exigencias ético-políticas que incluyen la incorporación de tablas de derechos a los que dan una gran fuerza jerárquica, la separación entre la iglesia y el estado, y el ideal del imperio de la ley como modo de controlar el poder. Pero no me parece que se gane gran cosa diciendo que solo estos órdenes tan afortunados son derecho en sentido estricto, y los otros todavía no, o nunca lo han sido. No encuentro aceptable una teoría con la que se pueda afirmar, por ejemplo, que el derecho romano no era todavía derecho. Así que yo, por mi parte, si fuera el caso, más que abandonar el positivismo así entendido, lo que haría con toda prisa es abandonar el Sultanato de Omán y venirme para acá a discutir con los amigos sin que nadie nos persiga por criticar los caprichos del califa.

Y en relación con esa suerte de amistoso cerco que nuestros colegas de la Universidad de Alicante nos vienen haciendo para que ingresemos en la orden de los postpositivistas, viene ahora a cuento hablar de las dos densas intervenciones que hacen Josep AGUILÓ y Jesús VEGA. He dicho densas, no espesas. Esta distinción es pertinente muchas veces, y la hago ahora para pedir de antemano disculpas por no descender en mis breves observaciones al detalle que merecen. Son también ambas, como lo han sido otras con la misma pretensión, tratamientos mediante lo que se ha llamado tra-

[2] No estoy entrecomillando para no dar a esto un aspecto excesivamente formal, pero creo no haber traicionado las ideas que transmitían en ese texto, que releo ahora en *Para una teoría postpositivista del Derecho*, 9 y ss.

dicionalmente el lecho de Procusto. Afortunadamente se trata de la variante amable del tratamiento. Procusto gustaba de amputar las partes del cuerpo que se salían del lecho (la variante cruel del tratamiento), pero también de estirar los miembros que no alcanzaban para hacerlos coincidir con él. Creo que Pep y Jesús tienen la intención sobre todo de hacer algunos estiramientos en nuestros contraídos músculos positivistas.

Josep AGUILÓ, que ve perfectamente los diferentes planos en los que se mueve mi propuesta del imperio de la ley, afirma detectar en ella una ambigüedad, y me invita a que me pronuncie al respecto. En primer lugar sobre la ponderación. Y aquí he de anotar una cierta perplejidad respecto del postpositivismo. Afirma Pep que los positivistas nos aferramos a las reglas como entidades puramente semánticas, mientras que ellos «presuponen que toda regla expresa ya una ponderación de principios (y/o derechos)» Si esto es una afirmación empírica es dudosa, y si es una afirmación normativa es, me parece, un tanto excesiva. Pero lo que me preocupa de ella es que introduce excesivamente en todo el proceso aplicatorio la ponderación. Si la regla es producto de una ponderación hecha ya por el legislador ¿por qué hacer otra por el juez? ¿No parecería más correcto aplicar ya subsuntivamente esa regla ponderada? ¿Y en qué consiste la segunda ponderación? Dejo ahí esas preguntas para debatirlas en otro momento y con más espacio.

Luego suscita la cuestión de la respuesta correcta. Siempre me he sentido más inclinado hacia la negación de la única respuesta correcta. Y no me parece que eso nos obligue a abandonar la distinción casos fáciles/casos difíciles y sustituirla por la distinción casos regulados/no regulados. Puede haber casos regulados difíciles por muchas razones normativas y no normativas. Y los casos difíciles (regulados o no regulados) han de ser abordados apelando a otros ingredientes del orden jurídico, incluidos los principios, pero no solo ellos (también pueden contar los usos sociales, el precedente judicial, etc.). La segunda implicación de la negación de la respuesta correcta es —dice Pep— que no puede generarse en torno a ella una «genuina deliberación». Aceptando su taxonomía de las deliberaciones, no veo por qué no puede darse un «debate cooperativo y temático» para decidir un caso no regulado. Puede haber muchas razones (prudenciales, por ejemplo) para que un caso se decida en un sentido o en otro, y sobre ellas se puede debatir sin ánimo conflictivo. Me atrevería a decir que, de hecho, sucede así con frecuencia en las salas de los tribunales. Para finalizar, lo que me parece que no calibra demasiado bien el postpositivista o neoconstitucionalista que abrace la tesis de la única respuesta correcta es el grado de objetivismo o cognitivismo moral al que se compromete. Confieso que me inclino más hacia el no cognitivismo en materia moral, pero con muchas dudas. Me gustaría acercarme más a la posición que afirma la objetividad en materia de juicios de valor, pero, como digo, con dudas, miedos y grandes temblores. En todo caso, yo me lo pensaría mucho antes de construir una teoría del derecho que dependa demasiado de un compromiso moral tan fuerte. Pero esto es mucho grano para este breve molino. Comprenderá Pep que no lo pueda moler en tan pocas palabras.

Y vamos con **Jesús VEGA**, que, todo hay que decirlo, aunque su texto es también denso en el buen sentido de la palabra, me parece que no ve con igual claridad los planos distintos en que se mueve mi propuesta. Que viene a secuenciarse así: un valor moral sustantivo (la autonomía), que, por razones de variada naturaleza exige un

conjunto de atributos formales de las reglas, que deben ser respetadas por el poder e interpretadas con lealtad semántica. Es decir, una teoría *moral* del imperio de la ley. Y creo que Jesús la ve como una teoría formal del derecho, que, obviamente, es imposible si se pretende incluir en ella algún valor moral sustantivo. Que una teoría moral no sea sino una parte, un capítulo, de una teoría completa de la Justicia es algo muy común en la reflexión ética contemporánea. Incluso la teoría de RAWLS se declara así. De forma que esa «ambigüedad metateórica» que se dice que padezco no la veo tan clara, a no ser, obviamente, que me haya equivocado en algún momento. Y ello porque no trato de presentar una teoría del derecho, ni libre de valoraciones ni presa de valoraciones, es decir, mi imperio de la ley no es una teoría del derecho, sino una teoría moral sobre cómo debe ser el derecho para empezar a ser justo. No sé si aventurar una hipótesis general sobre el postpositivismo y el neoconstitucionalismo: a veces pienso que han asimilado de tal modo la realidad del derecho con la realidad del derecho en los estados constitucionales que han olvidado la distinción entre derecho y derecho justo. Espero que esto no le haya pasado al bueno de Jesús VEGA.

Aunque esto pueda estar un poco desordenado, aquí puede situarse también la respuesta a **Miguel Ángel RODILLA**, que, aunque quizás no en los mismos términos, también nos interroga sobre la procedencia de declararse todavía hoy positivista. Corresponde dar esa respuesta más a Liborio HIERRO, que es a quién Miguel Ángel interpela más directamente. Estoy seguro de que será para mí fácil, como lo ha sido siempre, identificarme con sus argumentos. Pero quiero hacer un par de puntualizaciones, no guiado solo por la cortesía, sino por el afecto y el respeto que tengo desde hace mucho tiempo a Miguel Ángel y a sus trabajos. Una primera puntualización sería esta: Yo no sé si no está identificando demasiado deprisa el positivismo jurídico con lo que CAMPBELL llama la teoría jurídica del positivismo ético, que yo comparto bastante (aunque con muchas precauciones, empezando por la de su nombre mismo y la de su posible confusión con el llamado por BOBBIO «positivismo ideológico»). Por lo que a mí respecta son dos cosas diferentes. Cuando yo quiero identificar un sistema jurídico, me remito a esa lista de aspectos institucionales que mencionaban antes ATIENZA y RUIZ MANERO, y eso me basta. No es que con esto se informe uno de muchas cosas, ni haga yo ningún gesto triunfal y «me declare» positivista, como si se tratara de posicionarme entusiásticamente en alguna gran contienda. Simplemente me parece que esos rasgos son suficientes para contestar a una pregunta que solemos hacernos los juristas sobre el derecho de una comunidad ajena o el nuestro propio. Y esos rasgos identificatorios tendrían que valer para captar las propiedades de todas esas prácticas que llamamos comúnmente derecho, algo que los comparatistas, por ejemplo, intentan al hacer sus manuales: comparar unos con otros los diferentes derechos, los diferentes sistemas jurídicos así identificados. Si no tuviéramos un criterio común para saber qué es el derecho, no cabría el derecho comparado porque no se sabría nunca si estábamos comparando cosas de la misma naturaleza. Me parece que ese criterio lo ha suministrado hasta ahora el positivismo. Y después viene lo otro: sobre ese cuerpo de prácticas proyectamos una exigencia moral: el imperio de la ley y lo que ello lleva consigo, y entonces es cuando estamos en el llamado por CAMPBELL, de manera confundente, «positivismo ético». Y esto ya es harina de otro costal, porque lleva consigo, efectivamente, un conjunto nada pequeño de opciones morales que se pueden compartir o no, pero que no son definitorias del derecho. Y viene esto a cuento de la segunda puntua-

lización. Me parece que para mantener los ideales de la Ilustración es más adecuado esto segundo, la ética del legalismo, que lo anterior, el positivismo como acercamiento al derecho. Seguramente esto también, en un sentido: entre los ideales de la Ilustración estaba el acercamiento científico a la realidad humana, y eso es lo que se propuso siempre el positivismo contemporáneo (desde BENTHAM). Pero mi lealtad a la Ilustración se manifiesta sobre todo en la apuesta por el imperio de la ley. Y por lo que a los efectos retóricos respecta, desde luego tiene razón Miguel Ángel cuando dice que hoy no tiene sentido esgrimir el positivismo contra el iusnaturalismo teológico de los años cincuenta. Los curas trabucaires de la posguerra han desaparecido ya, por suerte. Hoy se da todavía entre nosotros un iusnaturalismo de raíz religiosa un poco vergonzante (vergonzante en el sentido de que se suele llevar en secreto); yo simplemente no lo comparto porque me parece que no se sostienen las conclusiones morales o científicas inferidas a partir de supuestos mandatos u ordenaciones divinas, aunque no esgrimo nada contra él, ni —quiero creer— contra nadie. Y tampoco tengo gran interés en proclamarme nada. Ni me parece que mantener un punto de partida positivista sea incompatible con el principialismo o con el neo-constitucionalismo. Pero diría que lo mantengo con cierta desgana, sin hacer de ello un *casus belli*. Debe ser por la edad.

Así enfocado y enfriado el asunto me parece que puedo empezar a dialogar con Ángeles RÓDENAS. Que me disculpe por haber utilizado la base de su argumentación para responder también a ATIENZA y a RODILLA, pero era necesario también para discutir el suyo, porque quizás su planteamiento no sea sino producto del conflicto que genera olvidar el legado positivista (la dimensión institucional del derecho) en aras de una presencia demasiado acentuada del mensaje postpositivista (la primacía de los derechos como principios en sentido estricto). Lo que ella plantea no parece un problema de positivismo o postpositivismo, sino un problema de resolución de conflictos entre pautas, y es un tema que han suscitado también otros amigos y amigas: se trata de examinar mi contundente afirmación de que los derechos humanos tienen vocación de absolutos, es decir, que cuando entran en conflicto con otras exigencias morales tienden a prevalecer, y solo pueden ser sobrepasados o limitados por otros derechos. Esto yo no lo sostendría en relación con la mayoría de los derechos entendidos en sentido legal, porque, como vamos a ver, pueden aparecer restricciones, pero me pareció plausible mantenerlo respecto a los derechos humanos como derechos morales. Supongo que sobre esa convicción mía gravitaban presencias tan fuertes como la de la prioridad lexical de RAWLS y la idea de los derechos como triunfos de DWORKIN. Y me parece que puede abordarse el problema si, como lo hace Ángeles RÓDENAS, diferenciamos el universo moral del universo jurídico. En el discurso moral las exigencias institucionales son más débiles y secundarias. Por ejemplo, si se mantiene como exigencia moral la libertad de expresión tiene que aceptarse que en determinadas circunstancias se establezcan turnos de palabras para la deliberación y no se permita hablar a una persona fuera de su turno. La exigencia institucional limita aquí el ejercicio omnímodo del derecho moral. También para el razonamiento moral, como ella dice, son importantes a veces las razones institucionales. Pero para el discurso jurídico son esenciales. Me atrevería a ir más lejos: son el núcleo del derecho. Ese tejido tan tupido de reglas constitutivas, agencias de decisión, procedimientos, acciones legales formalizadas, plazos, sentencias no impugnables, etc., es el derecho mismo, y por eso cuando una argumentación que tiene por objeto los derechos fundamentales tropieza

con una de esas barreras institucionales suele suceder que aparentemente la exigencia institucional se impone al derecho, pero esto es porque se mira el conflicto solo desde la perspectiva de la argumentación, y no se amplía la mirada hacia lo que importa, que es la condición jurídica del litigio. Con otras palabras: lo que viene a suceder no es que se le superponga arbitrariamente una exigencia institucional a un derecho fundamental, sino simplemente que se le recuerda a quien está argumentando, al litigante, que se está saliendo del campo de juego, se está saliendo del derecho, que sus razones no van a valer como razones jurídicas. Y puede resultar, en efecto, que tales dimensiones institucionales impongan al discurso jurídico de los derechos muchos tipos de barreras: institucionales, formales, comunitaristas, consecuencialistas, y hasta puramente arbitrarias. Y, claro, entonces lo que le queda a uno por hacer es sencillamente afirmar que ese orden jurídico no respeta tanto los derechos constitucionales, o los derechos humanos, o los limita arbitrariamente.

Y a propósito de esto, tengo ahora que enlazar con la ponencia de **JAHEL QUERALT,** que también versa sobre mi viejo artículo acerca del concepto de derechos humanos. No puedo ocuparme de todos los matices y desacuerdos que expone en su sustancioso *paper*, pero tengo que decir que hace una buena fotografía de lo que son los elementos fundamentales de mi pensamiento. Aunque eso sí, en el retrato incluye también algunos rasgos en los que no me reconozco tanto. Respecto de la mal llamada inflación de los derechos, parece que todo mi pensamiento estuviera armado exclusivamente para enfrentarme a esa realidad, cuando de hecho lo que yo pretendía era nada más que ofrecer una conceptualización rigurosa de los derechos humanos como derechos morales. Esto sí lo detecta, pero no parece mantenerse en ese plano, y contrasta mi teoría con la práctica jurídica de los derechos constitucionales. Para decirlo un poco sintéticamente, me critica por montar una teoría de los derechos humanos que tiene poco que ver con la práctica. Pero mi teoría es una construcción moral y la práctica a la que apela es la práctica jurídica. La pregunta entonces que me plantea, no sé si conscientemente, es la pregunta por la relación de los derechos humanos como derechos morales y los derechos humanos como derechos fundamentales o constitucionales. Y me adscribe más, aunque no del todo, a la concepción ortodoxa que sostiene la «tesis del espejo», según la cual —cito— «el actual sistema de derechos humanos legales es un intento de cristalizar en normas jurídicas los derechos morales». A mí esta tesis, en efecto, me parece que tiene un peligro: que legaliza excesivamente el discurso moral. Es menester encontrar otra manera de pasar de un universo al otro sin tener que recurrir a esta tesis especular. Creo que hay que distinguir de otra manera los principios morales de los derechos constitucionales, o para expresarlo en términos rawlsianos, tan caros a JAHEL, entre la posición originaria y el estadio constitucional o incluso el estadio legal. En la primera lo que se hace es elegir unos principios morales básicos que reflejan unos pocos derechos muy generales (por ejemplo, el derecho al máximo de libertad compatible con una igual libertad para los demás), y en el segundo o en los segundos, y con un poco más de conocimiento de las circunstancias (es decir con menos velo de ignorancia), se articulan esos principios en derechos constitucionales. También viene esto a propósito del tema ya mencionado de los derechos absolutos, aunque solo lo voy a mencionar aquí. Le recuerdo a JAHEL que en la posición originaria de RAWLS se establecen también una reglas de prioridad, y muy en particular, la regla de la prioridad

de la libertad, que dice muy explícitamente que la libertad no puede ser limitada sino en aras de la libertad (*for the sake of liberty*). Si estos principios son principios para las instituciones, es decir, tienen como destinatarios a los constituyentes, entonces les están diciendo que otorguen mucha fuerza a algunos derechos constitucionales o fundamentales. Y se lo recuerdo porque eso, como he dicho antes, es seguramente la exigencia moral que sustentaba mi apuesta fuerte por la propiedad de absolutos de los derechos morales básicos. Es posible que sea preciso flexibilizar mi posición, aunque no estoy muy seguro de ello, pero también JAHEL tiene que ser precavida, no vaya a ser que la orden de los rawlsianos le retire la licencia para predicar.

Y para terminar quiero deshacer un malentendido sobre la idea de inalienabilidad. Define bien JAHEL la idea de inalienabilidad como la indisponibilidad de los derechos básicos por parte de su mismo titular, pero después pasa a poner contraejemplos no del todo convincentes. Menciona la propiedad, que yo dudo que sea un derecho básico en el sentido de defensa ante cualquier objeto de propiedad (si lo fuera cualquier expediente de expropiación sería contrario a los derechos básicos), pero también afirma que uno puede renunciar a la libertad de movimiento ingresando en un monasterio o alistándose en el ejército. Creo que en este caso no distingue entre la titularidad de un derecho y su ejercicio. Uno puede decidir no moverse ni viajar, pero no puede decidir no tener la libertad de hacerlo, como uno puede decidir votar, no votar o votar en blanco, pero no puede decidir no tener derecho al voto (venderlo o enajenarlo, por ejemplo). Es la libertad lo que es inalienable, no lo que uno hace en virtud de ella. Y esto viene a cuento también por lo que respecta a la vida, en particular a la propia vida. Porque a mí la vida no me parece un derecho tan fundamental como se afirma. Si así lo fuese sería inmoral disponer de ella (como se ha afirmado históricamente); a mí sin embargo se me antoja que, en algunas circunstancias, disponer de la propia vida no es solo, como ya sabemos, un acto propio de los héroes y de los santos (que no condenamos, sino que admiramos), sino casi hasta un deber moral. Y es ahí donde se ve que la libertad como derecho básico y general está por encima de la vida, que no es sino un objeto más de la misma, una realidad más sobre la que ejercer la propia libertad. Pero esto, obviamente, tiene que quedar para otro momento.

Hay que recordar que todo esto viene de muy atrás. Me alegro mucho de que **Antonio PÉREZ LUÑO** lo haya recordado, porque tuvo la caballerosidad de responder a mi ponencia de entonces teniendo él como tenía más y mejores títulos académicos que yo para presentar el tema exhaustivamente. Ahora me recuerda con gentileza cómo arremetí entonces contra sus sabias consideraciones sobre el peligro de que una concepción abstracta de los derechos humanos se fuera por los cerros de Úbeda. Yo tomé entonces sus invitaciones a bajar a la historia y la realidad humana como una manera errónea de proponer una fundamentación historicista. Creo recordar, en efecto, que entonces había entre nosotros quienes querían escapar del dilema entre derechos humanos desde el positivismo legalista y derechos humanos desde el derecho natural, que son, en efecto, dos caminos sin salida, recurriendo a la historia. La fundamentación de los derechos humanos habría de ser histórica, se decía. Y yo interpreté mal las recomendaciones de Antonio de bajar un poco a la tierra y a las peripecias de los hombres, y creí que era también la suya una propuesta historicista. Me alegro de tener la oportunidad de poder decirle que, leyendo ahora sus acotaciones de entonces, siento que fui

injusto con él. Y no solo por eso, sino por algunas otras cosas que, elegantemente, no menciona. Pero hay que entender que yo, efectivamente, quería huir de la tierra y de la historia, y más que nada de la dogmática jurídica de los derechos constitucionales, para elaborar una teoría, un concepto ético, y la ética, como gusta de recordarnos Javier MUGUERZA, es esencialmente contrafáctica.

Y a propósito de elaborar teorías y pensar la ética, quiero aprovechar un comentario inicial de **Eusebio FERNÁNDEZ**, que nos advierte que puede haber quien nos critique por dedicarnos a la teoría, de que se nos puede decir que la mejora teórica «es insuficiente, e incluso puede tener un efecto paralizador o cómplice» frente a la cruda realidad de la violación de los derechos humanos. A mí esta crítica, que efectivamente a veces se oye por ahí, me parece sencillamente estúpida y vulgar. Eusebio tiene razón, por supuesto, en que los derechos humanos tienen una dimensión práctica, pero esto le sucede por definición a todo componente de la ética. Y le agradezco que recuerde también que tanto Liborio como yo hemos hecho algo en ese mundo práctico, aunque este no sea más que un modesto caso particular del principio general de que uno tiene que hacer lo que debe. Pero la idea de que alguien pueda objetar que dedicarse al estudio de la ética supone de algún modo dar la espalda a las inmoralidades públicas cotidianas me parece que no debe ser siquiera tomada en consideración. Igual que me parece banal y pobre la idea contraria, por mucho que la haya sostenido BOBBIO en un momento de distracción, de que en punto a derechos humanos lo que hay que hacer es lanzarse a su defensa práctica sin saber lo que son ni por qué deben defenderse. Este prejuicio acrítico en favor de los derechos y su valor autoevidente es seguramente uno de los componentes de su desmedida proliferación actual. Pero doy por seguro que Eusebio no se deja contagiar por estas cosas, porque inmediatamente después de transmitirnos la advertencia se sumerge en algunos temas teóricos de cierto alcance sin que parezca darle miedo la crítica del filisteo. Y lo hace señalando además algunos en los que Liborio y yo no estamos de acuerdo. Esto es interesante, sin duda, y vale la pena hacer alguna observación sobre ello. Me interesan especialmente dos de ellos. El de la conexión derechos morales —orden jurídico—, y el de la presencia del contexto de descubrimiento en la argumentación moral de los derechos. Nos dice Eusebio que «aunque el concepto de derechos humanos pertenece a los conceptos morales, su desarrollo completo precisa de su extensión al campo político y jurídico». Pero, cabría preguntarle, ¿por qué cree él que esto es así? Nos encontramos con frecuencia con nociones que «pertenecen a los conceptos morales», como él escribe, y sin embargo no nos inclinamos a suponer que su «desarrollo completo» precise de su extensión al derecho: las virtudes, las nociones de lo moralmente bueno, las acciones benevolentes, los actos paternalistas, etc. Es más, muchas veces pensamos incluso que deben estar al margen de las normas jurídicas y de la competencia del legislador. ¿Por qué entonces esto no pasa con los derechos morales básicos? Mi respuesta, que algún día me gustaría elaborar detenidamente, es la siguiente: los derechos humanos habitan el territorio moral de la Justicia. Dentro de ese territorio se encuentran entre aquellas exigencias morales para proteger las cuales la ética misma autoriza el recurso privado a la fuerza. Pero el recurso privado a la fuerza está generalmente vedado por el orden jurídico, que es un orden cuyo sentido último es precisamente excluir el uso de la fuerza en la sociedad. Y sustituir el recurso privado a la fuerza que autoriza la ética por la coacción que organiza el derecho es lo que hace necesario transitar desde los derechos en sentido

moral a los derechos constitucionales o legales. Perdón por la concisión en un tema de esta envergadura.

Supongo que Liborio HIERRO tendrá más cosas que decir sobre el uso de la noción de necesidades humanas, que es el segundo objeto de atención de Eusebio. No sé muy bien si la vinculación de la noción de necesidades humanas con el contexto social lleva tan claramente a la cuestión de la nómina de los derechos, y dudo que sea algo que nosotros dos nos hayamos planteado ni siquiera en nuestros desacuerdos. Mucho menos, creo, apelar al contexto de descubrimiento. Por lo que a mí respecta, he de confesar que no me convence del todo la operatividad argumental del concepto de necesidades humanas. En esto, en efecto, me distancio de Liborio. Creo que la idea de necesidad lleva lógicamente consigo una dimensión teleológica que acaba por hacerla una idea insaciable: para qué se *necesita* la libertad religiosa, el sufragio, o la atención médica; a esto se responde enunciando un fin u objetivo (realización personal, participación política, salud, etc.) respecto del cual cabe hacerse de nuevo la pregunta por su necesidad, y a su respuesta se repregunta, y así sucesivamente. Pienso que en el fondo del discurso de las necesidades se halla siempre una concepción presupuesta del ser humano como un ideal para alcanzar el cual se dispone la cadena de necesidades y su satisfacción. Por tanto no son las necesidades las que definen cuáles han de ser los derechos, sino los rasgos que se atribuyen al modelo ideal. Esto, me parece, evita la enojosa cuestión del contexto social. Y digo enojosa porque algunos modos de abordarla acaban por despeñar a los derechos básicos por el precipicio del relativismo. Si los contextos sociales son tan variables y definen el contenido de los derechos, entonces los derechos son también variables. No se le dé más vueltas. Si en unos lugares y momentos se necesitan unas cosas y en otros, otras, en unos habrá unos derechos que no habrá en los otros. Y si seguimos la sugerencia de Eusebio FERNÁNDEZ e incluimos el llamado en filosofía de la ciencia contexto de descubrimiento, puede incrementarse el peligro. En cualquier argumentación práctica el contexto de descubrimiento puede proveernos de razones auxiliares, a veces importantes, pero nunca de razones operativas. Esas tienen otra dimensión, y ahí, a mi juicio, es donde habitan los derechos básicos. Vuelvo a pedir perdón por lo expeditivo del argumento.

Voy a responder aquí a las observaciones que me hace en su escrito **Luis RODRÍGUEZ ABASCAL**. Trabajar con Luis ha sido para todos, creo, uno de esos regalos inopinados que nos brinda la fortuna. Pero aquí hay que hacer frente a sus comentarios. Que lo haga ahora no tiene ninguna razón de ser especial. Podría hacerlo en otros lugares, porque Luis hace tres o cuatro observaciones que atañen a temas diversos y por eso mismo encajarían en varios momentos de este escrito. Comienza por señalar un punto en el que no puede acompañarme. Aunque con cierta cautela, yo apoyé la tesis de que había una sorprendente correlación entre el comunitarismo como filosofía moral y el nacionalismo como credo político. Dando por descontado que toda posición política (tanto en lo que atañe a la arquitectura institucional como a la práctica política) ha de tener como base de sustentación una concepción moral, me preguntaba por la base del nacionalismo, y encontraba (y encuentro) sorprendentes coincidencias epistémicas, ontológicas y axiológicas entre el comunitarismo y el nacionalismo. Me refería, naturalmente, al nacionalismo más etnicista, no al nacionalismo armado artificialmente sobre un Estado ya organizado (con himnos, lágrimas y selecciones de fútbol); a la

idea de lo que llamaba nación-alma más que a la idea de nación-organización. Él dice que comunitarismo y nacionalismo son cosas heterogéneas y tienen un objeto distinto. Yo sigo pensando que ese nacionalismo no es más que la aplicación a la comunidad política y a la construcción de la ciudadanía de las ideas básicas que el comunitarismo ha formulado tradicionalmente. Porque el comunitarismo, o como quiera se llamara antes, está lejos de ser una teoría reciente. Esto se ve con claridad en un supuesto límite: la filosofía del tercer Reich. Esa filosofía pivota en torno a la *Volksgemeinshaft* y a la pertenencia a ella como identidad ciudadana que confiere la calidad de verdaderos alemanes. Es, obvio es decirlo, una filosofía antiliberal. Creo que lo que el comunitarismo contemporáneo ha hecho ha sido dar una formulación rigurosa, y también antiliberal, a ideas que ya estaban en el ambiente desde el siglo XIX, y de las que se ha alimentado el nacionalismo contemporáneo. Me parece bastante evidente, por ejemplo, que el nacionalismo confiere un estatus moral al «pueblo», que se superpone al estatus moral de los individuos que lo componen. Y a partir de ese esquema, el relato comunitarista puede funcionar con eficacia también para él. Si no, ahí están las admoniciones de MACINTYRE en favor del patriotismo. Pero esta idea no voy a poder perseguirla aquí, aunque me gustaría hacerlo.

Tiene razón Luis en que yo soy más «berliniano» que Liborio. Admiro a BERLIN, y también su famoso artículo. Creo que en general ha sido mal interpretado, quizás por alguna culpa del propio BERLIN, que pasa de la esfera individual a la esfera colectiva sin mayores precauciones. Me interesaría ver la opinión de Liborio al respecto. Y respecto la definición conceptual de los derechos como algo distinto a sus técnicas normativas de protección, creo que ello viene en el mismo paquete que la teoría del interés o del bien. Si un derecho se define centralmente por el bien que protege y distribuye, entonces puede distinguirse el bien de sus formas de protección. En la teoría de Raz, en la que yo me inspiraba entonces, el bien o interés podría ser la «razón» por la que se establece la protección y la habilitación normativa. Ello no significa que lo que se contiene en la Declaración Universal sea un mero listado de «técnicas de protección». La declaración establece un conjunto de derechos en sentido estricto, es decir, un conjunto de bienes personales que han de distribuirse universal, igual e individualmente y protegerse mediante la técnica normativa de atribuir a los individuos competencias, inmunidades, acciones y permisiones. Liborio tiene razón en que los contextos a veces modulan estas cosas, pero solo las modulan: en Finlandia la calefacción es un bien que fundamenta una protección normativa acentuada (de hecho hay programas públicos de suministro), pero en Costa Rica no es necesaria tal cosa. Pero no avancemos de nuevo hacia el relativismo.

Y vamos con la «preocupante delgadez» del imperio de la ley. Me dice Luis que unos requisitos tan formales como los que propongo (reglas generales y abstractas, no retroactivas, razonablemente estables, etc.) no merecen el nombre de ética, ni siquiera mínima. Y tiene razón cuando dice que con una regulación así pueden cometerse graves injusticias. Y me pregunta, literalmente, si esa delgadez del imperio de la ley, «ayuno de derechos humanos», no traicionaría el valor tan central que concedemos a la autonomía personal. Lo que pienso es que si la regulación jurídica de las interacciones humanas no cumple con esos requisitos formales, para entendernos, los requisitos de FULLER, entonces no es posible la autonomía personal. Lo que no significa que la

autonomía equivalga a esos requisitos. Creo que FULLER se equivocaba al tratar de definir el derecho a través de ellos. Pueden tomarse uno a uno y comprobar que muchos ordenamientos jurídicos los han traicionado. Pero lo que puede afirmarse es que sin ellos no es posible, no un derecho, sino un derecho justo (en el sentido de que sea un derecho protector de la autonomía). Solo son condición necesaria, no por supuesto condición suficiente.

Quiero ahora, enlazando con estas preguntas, comentar tres aportaciones de mucha hondura sobre los fundamentos de mi propuesta en el libro *El imperio de la ley*. Son de ese tipo de argumentaciones que hacen temblar los cimientos de todo el libro. Las de Juan Carlos BAYÓN, Marisa IGLESIAS, Isabel LIFANTE y Juan Manuel PÉREZ BERMEJO. Algunas de ellas tienen algo en común: una apuesta explícita en favor de los principios frente a las reglas. Corrijo: una apuesta en favor de una mayor presencia de los principios en la argumentación jurídica. Pero en todas ellas pueden encontrarse notas y apuntes extraordinariamente ricos.

El nivel de concentración, precisión, información e inteligencia que tienen los escritos de **Juan Carlos BAYÓN** hace de ellos siempre textos de referencia. A nadie puede extrañar que resulten para él difíciles de engendrar. Por eso es para mí, en este caso, ocasión de un agradecimiento muy particular tener ese texto entre mis manos. Juan Carlos logra en su breve escrito poner de manifiesto una amenaza que habita el interior de todo mi libro: la amenaza que pudiéramos llamar de la rigidez. Y no le falta razón. Por haber forzado quizás demasiado las cosas para defender un ideal moral que me parece imprescindible, he podido sugerir un juez que parece más bien un artilugio mecánico, una visión de los planes de vida que suena más bien a programas automatizados, una predecibilidad propia de una divinidad omnisciente y un tipo de normas que tendrían que definir su ámbito de aplicación con una precisión milimétrica. Y lo que me recuerda Juan Carlos es que esas cosas pueden ser, en unos casos imposibles y en otras indeseables. Y todo ello, sin embargo, manteniendo el ideal en cuestión. En concreto se interroga sobre el peso que pueda tener la predecibilidad en mi argumento y sobre el tipo de juez que parece derivarse de él. Yo partía de una posición que creo que sigue siendo correcta: si vamos a dar cierto protagonismo a los planes de vida de las personas entonces un alto grado de predecibilidad es condición necesaria para sustentar ese protagonismo. No recuerdo de quién es la idea aquella de que habitar en una isla con un monstruo que amenaza con devorarte inesperadamente a cada momento es algo que excluye la autonomía personal. Simplemente no puedes planear nada. Y, por otro lado, en la vida humana no puede excluirse del todo el azar y la suerte (buena y mala). Teniendo todo esto en cuenta yo asignaba a la predecibilidad un papel importante en la construcción del ideal del imperio de la ley. Y, como es sabido, argumentaba que un buen orden jurídico que modulara las expectativas de conducta de los demás y del poder mismo era muy importante para que ese papel se cumpliera. Yo creo que esto se debe seguir manteniendo. Pero Juan Carlos hace notar que, desde luego, además de esa predecibilidad es necesario adscribir al sujeto unos derechos y libertades. Yo acepto esto, aunque solo sea por la obviedad de que poder predecir interferencias indeseables en tu vida y calamidades de todo tipo es un consuelo bastante pobre. Que lo puedas predecir mejora poco tu condición. Así que, en efecto, no se pueden pagar ciertos precios por esa predecibilidad. Y en concreto

no se pueden ceder derechos básicos por ella. Hay que pensar en el ejercicio de los derechos en un mundo predecible en alto grado. Y lo que Juan Carlos señala es que quizás este diseño no se consiga mejor si para hacerlo nos empeñamos (me empeño) en hacer de las reglas redactadas con precisión las protagonistas del orden jurídico. No es posible que las reglas prevean con acuidad circunstancias futuras que se pueden dar y que exigen asumir grados de imprecisión y apelaciones a razones subyacentes a las reglas. No es difícil estar de acuerdo a priori con esto. ENDICOTT y SHAPIRO —a los que Juan Carlos apela— han señalado efectivamente que la vaguedad y la informalidad pueden tener también sus consecuencias beneficiosas *en términos* de imperio de la ley, pero mi escepticismo ante el éxito de la búsqueda de esas razones me hace quizás más precavido. Por eso me gusta la propuesta de lo que llama Juez deferente (frente al juez principialista y frente al artilugio mecánico que parecía surgir de mi construcción). Pero si se interpreta efectivamente, como alguien que «profesa lealtad a la ley» aunque pueda ver en un momento que su «aplicación estricta lleva a resultados contrarios a sus razones subyacentes». Y se tienen entonces las precauciones razonables y las motivaciones exigibles a la hora de establecer la premisa que refleje esas razones subyacentes. Mis precauciones me inclinaban a buscar en la coherencia genérica con el orden jurídico el camino de esa búsqueda; quizás no se puede ser tan tacaño como lo era yo, guiado por mis viejos temores al Estado arbitrario. Seguramente es necesario aceptar esas razones subyacentes. Una de las ventajas más evidentes que tiene trabajar junto a Juan Carlos BAYÓN no solo es lo mucho que se aprende de él (predominantemente por vía oral), sino esa limpia habilidad que tiene para tomar tus propias teorías, mirarlas y devolvértelas mejoradas, como redimidas de sus defectos evidentes. Esto ha sido para mí una experiencia impagable.

Marisa IGLESIAS también es uno de estos casos. Ella interroga al libro desde una dicotomía que aclara mucho las cosas, pero que quiero poner en cuestión y mejorar: frente a mi concepción, la concepción-libro de reglas, opone la concepción-orquesta de normas, incluso orquesta bien afinada de normas. Ahondando en su metáfora musical, no sé muy bien si a veces no se desliza hacia el error de confundir dos cosas heterogéneas: la partitura y el intérprete. Yo me ocupaba sobre todo de recomendar que se tocara con una partitura, la del código o libro de reglas, frente a otra partitura, la del libro de principios, que usaba como experimento mental. Y tenía cierta desconfianza (luego hablaré de ello a propósito del trabajo de PÉREZ BERMEJO) no tanto hacia algunos músicos (aunque también), como hacia las condiciones en las que tienen que tocar. Esta metáfora, por cierto, me trae el recuerdo de Albert CALSAMIGLIA, que vivía en la vida cotidiana un medio ambiente muy musical y con el que alguna vez discutí la comparación de la interpretación jurídica con la interpretación musical. Siempre me pareció una comparación difícil, porque las notas son prácticamente intemporales y el significado de las palabras no. Lo que cambia en la notación musical son los principios de su uso: el principio de obra y el principio de ejecución. Hasta alrededor de 1800 se utilizaba el principio de obra: lo que había que tocar era la notación impresa en la partitura. Después se va imponiendo el principio de ejecución, pues la notación va acompañada de ciertos indicadores sobre su ejecución (tomo estas acotaciones tan eruditas de un texto de Nicolas HARNONCOURT, solo para recordar a Albert). Sinceramente, no sabría cómo aplicar esta idea a la interpretación jurídica. Lo que yo pretendí hacer en el libro era rechazar la idea de que podrían resolverse los conflictos jurídicos a golpe

de principios, dada la abstracción y la indeterminación de estos. Seguramente me pasaba de frenada, pero sigo teniendo la convicción de que hay que frenar bastante. No en balde se sigue manteniendo una actitud parecida a la mía en el campo del derecho penal y del derecho fiscal.

Las observaciones de Marisa me parecen convincentes excepto por lo que respecta a su conclusión: que las fisuras que ella pone de manifiesto en el modelo-libro de reglas pueden saldarse con el otro modelo. Si el primer modelo plantea problemas de imprevisibilidad y déficits democráticos, entonces el segundo también lo hace. Quizás debamos resignarnos a usar cláusulas vagas («en la medida de lo posible», etc.) porque es difícil alcanzar horizontes más precisos. Y el recurso a los principios solo puede llegar a ellos en el mundo encantado de los jueces ideales (orquestas «bien afinadas» y grandes músicos)

Pero vayamos a los temas concretos que ella examina, el de la previsibilidad y el de la democracia. Respecto al primero, ya he mencionado algo antes, y después me las veré más directamente con Isabel LIFANTE, pero hablemos ahora de YENTL. En el ejemplo de YENTL, una chica judía que quiere estudiar el Talmud en una comunidad con una regla muy estricta de prohibición de género para esos estudios, resulta que ve, efectivamente, cómo su plan de vida, es decir, su decisión autónoma (estudiar el Talmud) se ve imposibilitada, y no fomentada, por la regla estricta. Ergo, la previsibilidad no es siempre condición de la autonomía. Pero ¿es este un buen ejemplo? Me parece que no. Marisa IGLESIAS sitúa la acción en un contexto de clara injusticia, y entonces —como hemos visto antes con Juan Carlos BAYÓN— la previsibilidad de que te apliquen una norma injusta no fomenta la autonomía, ni la igualdad, ni nada. Está, me parece, fuera de los límites morales que pretende proteger el ideal del imperio de la ley. La necesidad de un rango «razonable» de opciones abiertas ante uno, postulada por Marisa (y por Raz), es, desde luego, una suerte de condición de posibilidad del concepto mismo de autonomía, cuando no una propiedad incluida en su componente de libertad negativa. Pero lo que la proporciona no es lo que llama «flexibilidad normativa» sino un contexto de justicia más allá del imperio de la ley. En contextos cerrados de cultura religiosa la autonomía tiene muchas dificultades, no digamos si se trata de la autonomía de las mujeres. Lo que habría que decirle a YENTL, y a tantas otras, es que la religión no ha sido nunca compatible con la dignidad de género, así que mejor no malgastar su talento en tales estudios.

La otra consideración afecta a la convivencia entre previsibilidad y democracia: Marisa IGLESIAS dice una cosa un poco inquietante para mí. Cito: «una ley que, gracias a su alto grado de previsibilidad, consigue petrificar hoy la solución normativa de situaciones que se darán en el futuro cuando *a)* su reforma puede ser ardua, y *b)* encapsula realidades y circunstancias complejas o que pueden variar con rapidez, arrastraría en algún grado la objeción democrática, incluso siendo la ley el producto de la representación democrática». Su consejo: «que regulemos a través de principios, estándares o reglas con conceptos valorativos, que se adaptan mejor a las necesidades del presente». Pero ¿no se hurtaría a la exigencia democrática la regulación mediante principios o estándares vagos? Y ¿estamos seguros de que usar principios, estándares o valores es una variante de lo que HART aludía como «comunicar pautas generales de conducta que, sin necesidad de nuevas instrucciones, puedan ser comprendidas por multitud de

individuos como algo que les exige cierto comportamiento en ocasiones determinadas»? Porque HART continuaba diciendo que sin este tipo de pautas no podría existir nada de lo que hoy reconocemos como derecho. Y las observaciones de Marisa, como en general toda la tendencia actual hacia la jurisprudencia de principios, proyecta todo el fenómeno jurídico al momento de la solución de un caso ante el juez, olvidándose al parecer de toda esa actitud cotidiana de los ciudadanos de obediencia a las normas que caracteriza la existencia del derecho. Y, lo que es más dudoso para mí, supone que los jueces, recurriendo como razones para sus fallos a esos tipos vagos de regulación, acertarán a adaptar las normas a los cambios mejor y más deprisa que un legislador democrático.

En fin, enfrentémonos ahora con una papeleta difícil: la radiografía de la previsibilidad que envía **Isabel LIFANTE**. Me alegra encontrarla aquí, porque cuando la examinó por primera vez, en un artículo que después publicaría en *Doxa,* 36, tuvo la amabilidad de enviarme una primera versión, con la mala suerte de que me llegó en plena mudanza y cometí la descortesía de no contestarla. Espero poder redimirme ahora. Isabel hace un planteamiento de los problemas de predecibilidad de las decisiones jurídicas que a mí me parece convincente. Lo que se propone mostrar es que la previsibilidad o predecibilidad del derecho obtenida solo a partir de rasgos formales, es insuficiente, o que los rasgos formales resultan muy pobres para generar previsibilidad. Para ello disecciona minuciosamente la noción de previsibilidad y muestra que fiarla a rasgos como la competencia, la formulación lingüística o el tipo de argumentación, resulta claramente insuficiente. En primer lugar, la previsibilidad respecto del qué, es decir, respecto de qué es lo que ha de ser previsible o predecible, no se consigue solo a través de esos rasgos, porque hay muchas veces que, como sucede en las reglas de fin (p. e., el bienestar del menor), los caminos normativos para alcanzarlo no están predeterminados. No puedo estar más de acuerdo. La subsunción pura y simple presupone el establecimiento de las premisas y para ello se necesitan casi siempre razonamientos teleológicos y ponderación de circunstancias y valores. Pero también hay que recordar que sin algún rasgo de carácter formal, como por ejemplo, la competencia del órgano decisor, no cabe predecibilidad alguna. Y además, me parece que el esqueleto básico de la subsunción debe subyacer a toda esta actividad, es decir, que una vez utilizados los razonamientos de todo tipo necesarios para sentar las premisas, se ha de proceder subsuntivamente.

Después viene el quién. ¿Quiénes son los que han de poder prever o predecir? Hay un dato objetivo de las sociedades «bien ordenadas» jurídicamente que siempre me ha parecido enigmático. Si uno vive en Alemania, en seguida se da cuenta de que los ciudadanos cumplen las leyes. Cómo pasa una norma de la Gaceta a la realidad cotidiana es algo que siempre me ha producido perplejidad. Porque es evidente que solo una mínima parte de esos ciudadanos «conoce» el derecho, por clara que sea su formulación, estricta su coherencia, etc. Y sin embargo, cumplen con él. Pues bien, aquí no me parece tan convincente la respuesta de Isabel LIFANTE: pretende que esa actitud general pueda derivarse de los principios subyacentes a las normas o a su coincidencia con los modos de vida. Respecto de lo primero, ya sabemos que tengo mis dudas sobre que quienes encuentran dificultades en la idea de autonomía semántica de las normas, vean tan sumamente fácil descender sin problemas a los principios que las subyacen. Si las

oraciones son difíciles, los valores y su alcance no digamos. Intuitivamente me parece más difícil identificar el principio subyacente a una regla que el significado explícito de la regla, y en todo caso, me parece imposible hacerlo sin conocer ese significado. Esto no quiere decir que las reglas sean siempre claras y terminantes. Lo que quiere decir es que para establecer su significado se proyectan sobre ellas valores subyacentes que son muchas veces tomas de posición *a priori* del intérprete. Y por lo que respecta a la previsibilidad, tampoco me parece que se consiga en gran medida con ello. Quizás sí, si, como escribe Isabel, hay una proximidad entre la norma jurídica y las normas sociales, pero eso es contingente. Muchas veces las normas jurídicas se dirigen precisamente a alterar rutinas sociales injustas o anticuadas.

Y respecto a la perdurabilidad o estabilidad de las normas, como las quejas cotidianas de los operadores jurídicos y de los académicos son tan insistentes, me ahorran cualquier observación. ¡Cuántas veces no se ha oído decir que aunque la regulación sea mala es preferible que la dejen como está y no la alteren otra vez! Isabel LIFANTE sugiere que la presencia de ciertos objetivos valiosos daría una cierta continuidad a la práctica social. Pero aquí me vuelvo a sentir escéptico. Lo que genera con frecuencia la inaguantable mutabilidad de las normas son intereses sectoriales que presionan sobre el legislador, y esos intereses no tienen en mente los objetivos valiosos de la comunidad, si es que la discusión no versa precisamente sobre ellos.

Por su parte, **Juan Manuel PÉREZ BERMEJO** en el seno de un breve trabajo también muy denso, me interroga sobre extremos interesantes pero difíciles. Me pregunta si el ideal moral de autonomía personal que pretende operar como premisa de toda la conclusión es una premisa moral «comprehensiva» y si es «fundacional». Esto ya me lo había preguntado alguien, pero tengo que confesar que ni siquiera me lo planteé al imaginar el relato del libro. En realidad me parece ahora que tampoco tendría que haberlo hecho, pues de lo que se trataba era de dar un apoyo moral a un tipo de orden jurídico, el orden jurídico liberal del estado de derecho. ¿Por qué defendemos el *rule of law* o el *Rechtsstaat* en el mundo contemporáneo? Pues porque protege la autonomía personal en los términos en que yo lo propongo. Posibilita en gran medida que las gentes adopten sus planes de vida y sus proyectos individuales y colectivos. Que esto incluya otras dimensiones del mundo moral, como las virtudes ciudadanas o la teoría del bien, o que promueva que el derecho se inmiscuya en la esfera íntima de las personas, son cosas que me parece están más allá de mi proyecto. Después Juan Manuel me pregunta si esa premisa moral es fundacional, en el sentido de ser el valor fundamental o último. Aunque tampoco me aventuraba por estos territorios, me parece, en efecto, que es al menos uno de los dos ingredientes que pueden operar de fundamento básico de una concepción de lo recto. El otro sería la igualdad de todos los seres humanos como agentes morales. A partir de esos dos valores, autonomía personal e igualdad moral, creo que se puede construir toda una concepción, no solo de la justicia, sino en general de lo moralmente recto. En las consecuencias de esta propuesta me temo que no puedo entrar ahora.

La lectura del libro de Scott SHAPIRO también me sorprendió a mí por el supuesto paralelo que podría tener con ideas del mío. Pero enseguida me di cuenta de que navegábamos en dos direcciones diferentes. SHAPIRO pretendía hacer una teoría del derecho: las normas fundamentales del derecho serían directamente planes, y las ins-

tituciones, planes *a priori.* Así, recurriendo solamente a una intuición antropológica (que los hombres son criaturas planificadoras) podía dar cuenta del derecho, *explicar* el derecho, sin apelar a premisa moral alguna. Yo no trataba de explicar el derecho, ni de hacer una teoría del derecho; solo trataba de justificar una particular disposición del orden jurídico, el imperio de la ley, o, si se quiere, el Estado de Derecho. Es decir, acudía a una premisa moral externa al derecho, la autonomía personal como valor moral, para postular que el derecho se diseñara de una cierta manera. Tengo una cierta concepción del derecho, pero no es eso lo que buscaba explicar o justificar.

Por último Juan Manuel PÉREZ BERMEJO comenta sobre la posición mía respecto de la interpretación, y del diseño institucional que se derivaría de mi visión del proceso interpretativo. Respecto de la interpretación no puedo detenerme aquí, pero sí diré que sigo teniendo la misma perplejidad respecto a la relación entre formulación normativa y norma, y que esa perplejidad solo se disuelve si pienso en la interpretación literal. Esa me parece además que es la manera más clara de pensar en el sometimiento del juez a la ley. Naturalmente, creo no ignorar todas las dificultades que eso tiene. Y ello, y ahí tiene razón PÉREZ BERMEJO, me lleva a una, no la llamaría yo desconfianza, sino reubicación del rol del juez en la práctica del derecho. Ya he dicho alguna vez que el dworkinismo y el neoconstitucionalismo han empujado la decisión judicial al centro de la teoría y la práctica del derecho. Pero me parece que incurren en una idealización del momento de la decisión: juez esclarecido, información exhaustiva, carácter moral, sin límite de tiempo, etc. Y con ello, me parece, cometen la que ha sido llamada falacia del nirvana, a saber, fabular una situación irreal que no se corresponde con la realidad y presuponer que todo problema posible tiene una solución correcta, una *right answer.* Solo con estas premisas puede sostenerse el edificio teórico que se ha montado en torno a la decisión judicial. Y, como es sabido, no está tan claro que esas premisas estén destinadas a verificarse. De ahí viene mi desconfianza, no hacia los jueces, como a veces se me ha dicho, sino al aparato institucional de la administración de justicia como tal, con sus modos de formación y selección, sus procedimientos, sus increíbles atascos, sus medios, etc. Y esto vale también para los altos tribunales, no nos engañemos. Quizás la excepción sea la Corte Suprema de los Estados Unidos, pero es que conoce tan solo de sesenta o setenta casos al año, que son los que llegan por semana a muchos de los otros tribunales, por altos que sean.

José Juan MORESO siempre anda entre problemas teóricos interesantes. Y se los plantea a los demás. En este caso a nosotros. El primero de ellos, que confieso no haberme planteado hasta este momento, es el de la naturaleza de las prescripciones abstractas. Tomando como base la clasificación de las normas de BOBBIO, yo encontraba que había normas abstractas y concretas. Las abstractas eras aquellas que regulaban un *act-type* y las concretas las que regulaban un *act-token.* BOBBIO llamaba a estas últimas «órdenes». Es decir, asumiendo la distinción *act-type/act-token* (a la que se puede agregar la distinción paralela *fact-type/fact-token*) presumía que puede haber normas que regulen un acto-tipo y normas que regulen un acto-concreto. Y en consecuencia, afirmaba que para cumplir con los requisitos del *rule of law*, las prescripciones, las normas, tenían que ser abstractas en este sentido (los tipos penales, los hechos imponibles, etc.). Pero José Juan nos viene a decir que todas las prescripciones son abstractas, lo que equivale a decir que el contenido de una prescripción no puede ser nunca un *act-*

token. Casi se deriva de sus palabras, y de un correo electrónico que nos envió después, que los *acts-token* en realidad no existen o no pueden ser expresados con palabras; eso sí, con dos excepciones relevantes: los actos o hechos pasados, que podemos identificar, y las circunstancias espacio-temporales de un hecho, de las que sí podemos hablar. Este problema me parece que no afecta a la construcción teórica del imperio de la ley, como le afectaría que no existieran o no pudieran ser expresadas las acciones tipo o acciones abstractas. Es, pues, un tema que, como todos los que suscita José Juan, nos invita a salirnos de los límites de nuestra disciplina y navegar en el mar abierto de la filosofía. Me encanta esto. Veamos: ¿es que acaso, por problemas lógicos, no podemos anticipar un acto de una persona o un hecho natural o social? ¿O es solo un problema de lenguaje? ¿Nuestra capacidad predictiva es una ilusión? ¿O solo sucede que no podemos formular nuestras predicciones? Y más ¿cómo podremos decir de algo, de un acto, que «encaja» o es un ejemplo de determinado *act type*? Estas cosas me parecen de la máxima importancia, porque tengo como un axioma que lo que diferencia al ser humano de otros animales es precisamente su capacidad de predecir acontecimientos futuros e identificar actos presentes. Es, obviamente, una capacidad restringida: nuestra información es limitada, y los contextos en que la usamos muy complejos a veces (este es tema muy querido por los economistas). Por las palabras de José Juan, deduzco que se trata solo de un problema de lógica del lenguaje, que se supera una vez que el acontecimiento se desplaza al pasado. Entonces podemos identificarlo y formularlo. Esto explicaría por qué somos tan eficaces en las predicciones *ex post*, es decir, en las post-dicciones. Pero me plantea un problema. La única razón por la que podemos identificar un acto o hecho del pasado (como lo hacen los tribunales todos los días) es que la historia, por así decirlo, nos suministra todas las circunstancias de contexto, que en la mayoría de los casos damos por supuestas y no mencionamos en la descripción del hecho pasado (por ejemplo, que el asesino iba vestido) a no ser que sean relevantes para el hecho mismo (el asesino, que estaba vestido, había irrumpido en una playa de nudistas preso de su moralismo fanático). Pero esto me parece que también puede suceder cuando anticipamos un hecho, y cuando formulamos verbalmente esa prognosis: damos por supuesto y no nos paramos a mencionar todos aquellos elementos del contexto que son irrelevantes para el hecho. Si es esto lo que hace necesariamente abstractas a nuestras predicciones (y a nuestras prescripciones), entonces puedo aceptarlo. Pero si se trata de una mera imposibilidad lógica de formularlas, entonces no me parece tan convincente. Como vemos es cosa que pide más espacio y más tiempo.

La otra observación de José Juan es más familiar para los que le leemos habitualmente. Se trata del protagonismo de los *defeaters* en el momento de aplicación del derecho. Los *defeaters*, dice José Juan, establecen excepciones a las reglas generales y permiten acudir a las razones que justifican esas reglas. Mis dudas con ello se refieren a problemas de identificación de la solución normativa en esos supuestos. Podemos tener problemas de identificación de eso que llamamos «excepciones», y podemos tener problemas de identificación de los que presumimos valores subyacentes a las reglas. El primero de esos problemas versa sobre si el caso cae bajo el alcance de la norma, y lo que decimos en ciertos supuestos es que, efectivamente, cae bajo ese alcance pero se trata de algo excepcional que no debe ser regulado por ella, y para concluir esto, abandonamos las palabras de la norma para sumergirnos en las razones que la subyacen. Y ahí viene el segundo problema: cómo identificamos el principio o valor que opera

como razón de la norma. Si lo hacemos bien, disponemos de una herramienta preciosa, como la regla de plomo de los arquitectos lesbios, que se adaptaba a la forma de la piedra. Pero si lo hacemos mal podemos estar utilizando también una herramienta ventajista, que incluya o excluya arbitrariamente un supuesto del alcance de la norma, y proyectando sobre él una justificación que improvisamos. Cuándo lo hacemos bien y cuándo mal es algo que no es tan fácil de deslindar. Y de ahí surgen mis inquietudes.

José Luis COLOMER escribe, con razón, que en tres mil palabras es difícil saldar la cuestión del lugar de la autonomía personal en el universo moral y político, pero creo que acierta al plantear tres puntos cruciales que la idea de autonomía implica. Estoy seguro de que me disculpará por lo sucinto de mi respuesta, dado que mi cupo es de mucho menos que tres mil palabras. Con toda modestia ante un especialista en KANT como él, creo, en primer lugar, que no he confundido la idea kantiana de autonomía como una propiedad de los juicios morales (ausencia de determinación por dimensiones empíricas) con el principio de autonomía que manejo (*cfr. El imperio...*, p. 26, nota 12), aunque no es imposible que inadvertidamente los haya aproximado demasiado en algún momento. Entiendo la autonomía en un sentido diferente y mucho más amplio, como la capacidad libre de articular el propio plan de vida. Por cierto que incluyo en ella la afirmación del libre albedrío, como condición de posibilidad de la vida moral, pero apenas nada más de la idea kantiana. Es una idea más compleja: incluye la libertad negativa, la racionalidad de las creencias, la proyección en el tiempo, y los planes de vida. Es obvio que todas esas cosas no se pueden extraer del punto de partida kantiano. Se trata de una premisa de una concepción de la justicia o de una hipótesis de antropología moral. Esta premisa, por cierto, no identifica sin más mi teoría como una teoría *monista.* Ya he tenido que contestar a esta observación. No soy monista si por monismo se entiende que hago descansar todo el discurso moral sobre un solo valor. He afirmado que se necesitan al menos dos, que pienso no pueden entrar en conflicto: el valor de la autonomía y el valor de la igualdad esencial de los seres humanos como agentes morales. Y creo, sí, que a partir de esos dos «axiomas» pueden derivarse los derechos morales básicos sin mayores dificultades hasta componer, como muy bien ha sugerido Liborio, una teoría de la justicia. José Luis arguye que es difícil pensar que un meta-valor como ese (o como esos) pueda servirnos de criterio para resolver los conflictos o contradicciones de derechos, pero es posible también que un universo complejo de demandas como las que se encierran en el principio de autonomía pueda dar lugar a contradicciones difíciles de resolver. Esto lo digo con mucho cuidado, porque no estoy nada seguro de ello, pero su objeción parece basarse en la imposibilidad de los dilemas morales genuinos, y yo me inclino más bien por aceptarlos resignadamente. Después sugiere que la conexión entre autonomía e imperio de la ley es un tanto forzada, pues registra una «distancia importante» entre la necesidad de regularidades de conducta (y por tanto de órdenes jurídicos) y la exigencia que yo planteo de decisiones judiciales predecibles en algún grado. Me parece que si necesitamos las regularidades de conducta, también necesitamos que las normas que las posibilitan se apliquen predecible y coherentemente. Pues en caso contrario ¿para qué sirven las normas? Creo ser consciente de que la evolución de las circunstancias y los contextos puede exigir de un aplicador del derecho que module el alcance de la norma, o directamente, que llame la atención sobre una posible situación de anomia, pero me esfuerzo por enlazar más los jueces a la norma que en alentar su manejo de los principios. La predecibilidad

es un corolario de la autonomía, y para mostrarlo no se pueden, obviamente, dar saltos argumentales arbitrarios, pero confío en que pueda caminarse racionalmente de una cosa a la otra sin incurrir en algún *non sequitur.*

Y aparece por último el tema de las relaciones entre autonomía y democracia. Aquí es donde voy a hacer comparecer a **Alfonso RUIZ MIGUEL**, porque ello puede dar lugar a una paradoja interesante. José Luis afirma en su escrito —haciendo una observación sobre todo a Liborio— que no ve nada clara la fundamentación de la democracia en la autonomía individual. Plantea sin duda preguntas muy pertinentes que, sin embargo, no hay lugar para contestar aquí. Muchas dimensiones de la democracia como articulación institucional de la toma de decisiones parecen muy distantes del axioma de la autonomía individual. Yo creo que con una argumentación lo suficientemente rica se pueden reconducir a ese axioma, pero, naturalmente, no puedo intentarlo aquí. Lo que me sorprende es que Alfonso RUIZ MIGUEL, al final de su amable escrito «a modo de presentación» suscite precisamente una idea que parece ir en dirección contraria a la de José Luis. Apoyándose en mis inveteradas críticas a los referendos y plebiscitos, y a una sugerencia de Luis RODRÍGUEZ ABASCAL, viene a afirmar que al intentar prescindir de los aspectos negativos de la democracia directa, acabo por tirar el bebé con el agua sucia, es decir, acabo por tirar la democracia misma con el agua sucia de sus impurezas. Y ello no se compadece con mi defensa de la autonomía personal como fundamento de la democracia. Prescindir del plebiscito es abandonar también la idea de que la autonomía personal ha de ser respetada como principio fundante. Como se ve dos objeciones que viajan en direcciones opuestas. COLOMER me dice que no se puede viajar desde la autonomía a la democracia. RUIZ MIGUEL que no se puede negar la democracia directa si se afirma la autonomía. Veremos cómo salgo de esta. La primera parte me parece intuitivamente más fácil: si se considera a todos los ciudadanos como iguales y autónomos, una manera clara de hacer reales esos valores es aceptando su participación —directa o indirecta— en pie de igualdad en la elaboración de todas aquellas políticas que puedan afectar o condicionar sus planes de vida. La vieja idea de que en el proceso democrático uno se obliga a sí mismo parece intuitivamente cercana a la idea de autonomía individual. Lo que es más difícil, me parece, es afrontar el tramo argumentativo de Alfonso: es decir, afirmar que el individuo ha de ser autónomo y privarle al mismo tiempo de la posibilidad de participar en la decisión directa vía referéndum de algo que puede afectar a su plan de vida. Lo que yo veo como una salida posible a esta endemoniada pregunta es que no planteo las cosas como un *aut-aut.* O referéndum o nada. Podemos mantener, creo, que la decisión haya de ser tomada por una asamblea compuesta por delegados en cuya elección haya participado el ciudadano. Y este me parece a mí ser el mejor método para tomar decisiones complejas sin menoscabo de la autonomía individual. Cuando se trata de ese tipo de decisiones, en cambio, el procedimiento tosco del referéndum, el de unir las preferencias en dos alternativas excluyentes, genera disfunciones, malentendidos, coaliciones no queridas de minorías, etc., que han sido muchas veces denunciados como irracionales e imprevisibles. Eso por no mencionar que la puesta en práctica de unas condiciones mínimamente razonables de reflexión y deliberación en tal tipo de consultas es hoy por hoy casi imposible. La capacidad para establecer una comunicación sin excesivas poluciones y llegar con una mínima información y criterio a la *razón* del ciudadano (que, no se olvide, es para mí también un ingrediente de su autonomía) es prácticamente nula. Las sociedades

muy complejas y plurales solo admiten democracias representativas, y aún estas están pasando hoy por momentos oscuros que exigen su urgente reconsideración. Pero este, claro está, no es tema para estas líneas de agradecimiento.

Creo que este es el lugar para discutir el «tema menor» que nos plantea **Elena BELTRÁN.** El tema de la dignidad humana. Para ser justos con ella hay que recordar que lo que dice es que es un tema menor en nuestra obra, especialmente en la mía. Pero como suele acontecer con las ideas morales «vagas y poderosas», en mis acercamientos a los derechos humanos y al imperio de la ley andaba siempre rondando por ahí la idea de la dignidad humana. Mi referencia a PICO DELLA MIRANDOLA es canónica a este respecto. La dignidad parece consistir, según él, en que el ser humano puede ser lo que quiera, es decir, en el libre albedrío y la autonomía personal. Pero yo no me atrevería a decir si es un valor moral previo a los derechos y los fundamenta y explica, o si es simplemente el conjunto de esos derechos, o al menos de algunos de ellos. Por la primera opción se pronunciarían gentes tan serias como RAWLS (el bien del auto-respeto se aproximaría a eso) y Avishai MARGALIT (la idea de la exclusión de la humillación en la sociedad decente también se parece a ello). Por la segunda, WALDRON, al parecer, y el Tribunal Supremo de Canadá. Creo que también se inclinaría por ella alguien que la analizara como un concepto jurídico del tipo Tû-Tû. No conozco el trabajo de WALDRON, pero en 1992, en un homenaje al Justice BRENNAN, se reunieron una serie de ensayos sobre ese tema [*The Constitution of Rights. Human Dignity and American Values.* M. J. MEYER y W. A. PARENT (eds.), Ithaca, Cornell University Press, 1992] y no me atrevo a afirmar que resolvieran la duda. En la dignidad humana siempre parece haber algo anterior a los derechos, que les sirve, si no de fundamento, al menos de fulminante para su entrada en acción. Y, puesto a pensar en ella, creo que tiene las dos dimensiones que señala Elena: una dimensión de igualación, la que rompe con la estratificación de dignidades de la sociedad premoderna, y una dimensión de libre albedrío y responsabilidad, la que acuñó Pico y después consagró KANT. Esas dos dimensiones coincidirían con los dos valores que he dado como respuesta antes cuando se me preguntaba si para mí la autonomía personal era un valor «fundante» o único. Como he dicho, siempre he pensado que a su lado tendría que ir el valor de igualdad de los seres humanos como agentes morales. Y puede verse ahora que esos valores expresan precisamente las dos dimensiones de la dignidad humana. No he leído el trabajo de WALDRON que trae a colación, pero la presentación que hace Elena de él me hace dudar. El concepto de estatus no añade demasiadas cosas si, como afirman los sociólogos, no es más que un haz de derechos y deberes, una posición en la vida social definida por las normas que ha de cumplir quien la ocupe.

Macario ALEMANY enfoca su aportación hacia un tema que me parece particularmente interesante. Recuerda que tanto Liborio HIERRO como yo hemos defendido la idea de universalidad de los derechos humanos, y que ello tiene algunas consecuencias que hay que examinar. La primera, naturalmente, que ya he mencionado, es que los derechos humanos se residencian inicialmente en el discurso moral, puesto que —si uno no es un iusnaturalista de cierto tipo— no puede aceptar que exista un orden jurídico universal. Los derechos humanos son inicialmente derechos morales básicos. La segunda, que es la que más le interesa, es que un corolario de esto es que esa universalidad de los derechos morales básicos se proyecta también sobre los obligados, ya que

fundamenta obligaciones generales y deberes positivos generales. Esta es ciertamente una conclusión importante. Y enlaza además con mi posición en relación con los deberes positivos generales, una posición que dibujé en diálogo con Ernesto GARZÓN VALDÉS también hace ya años. Como bien señala Macario, si esos deberes morales quieren evitar objeciones letales (por ejemplo, que producen problemas severos de ineficiencia por ausencia de coordinación o que tienden a transformar en héroes o mártires a todos los agentes morales, al exigirles como debidas conductas supererogatorias), tienen que mutar a deberes positivos especiales o de rol mediante la existencia de instituciones organizadas de protección y cumplimiento de esos derechos, de forma tal que, cada uno, al cumplir con su deber especial en la organización, cumpla con su deber positivo general. Y entonces Macario se hace —nos hace— la gran pregunta. Si esto es así, entonces esos deberes han de producir una transformación institucional del derecho, pues van a requerir de él que supere aún más las fronteras estatales y se establezca en el ámbito internacional: por ejemplo, un sistema impositivo redistributivo de ámbito global o una jurisdicción internacional seria. La vieja noción de soberanía va a deteriorarse aún más. Estoy de acuerdo con el planteamiento. Así es cómo se debería proceder. Otra cosas es que sea optimista al respecto. No lo soy. Creo que para que se dé algo así como una institucionalización jurídica de los deberes morales de solidaridad se necesitan acometer tres tareas: primera, redefinir la responsabilidad de los gobiernos estatales en términos de *responsibility to protect* (Informe de la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía del Estado. ONU, 2001); segunda, que se flexibilice y limite el principio internacional de no intervención; y tercera, que se organice, en coordinación con los Estados, una fuerza coactiva para aplicar las disposiciones internacionales. Esto, no hay que decirlo, es un cambio fundamental de la percepción actual del derecho internacional, y sobre todo, de su práctica. No soy, como digo, nada optimista sobre ello. Creo más bien que un cúmulo de factores perversos en concierto se pueden transformar en concausas para la producción de un desastre ecológico, humano e incluso bélico de proporciones inimaginables. Pero no quiero estropear el clima afectuoso de este escrito recordándolas. Yo entiendo, por último, que Macario ALEMANY, trabajando donde trabaja, tenga que acabar tratando de convencernos de que la solución puede estar en que nos apuntemos al postpositivismo y hagamos un cántico a la argumentación a partir de principios, pero eso me recuerda una noche que, cenando con ALEXY en Düsseldorf con ocasión de un homenaje a Ernesto, tardaron tanto en traernos la comida que nos bebimos dos botellas de vino antes de empezar y acordamos allí mismo, él y yo, frenar al Estado Islámico organizando... un congreso de filosofía del derecho.

Viene ahora muy a propósito del alcance de los deberes positivos generales que me ocupe del *paper* de **Cristina SÁNCHEZ,** querida colega de mi área con la que he tenido la oportunidad impagable de desarrollar durante estos años una asignatura de esas que se llaman transversales, dirigida a todos los estudiantes de la Universidad, sobre el Holocausto y sus problemas filosóficos, éticos y jurídicos. Si no fuera por la estúpida rigidez e inmovilismo que el llamado proceso de Bolonia ha introducido en todos los programas universitarios, este podría haber sido uno de esos proyectos que amplían la visión de nuestros estudiantes de derecho, porque tomar contacto con las particularidades del Estado nazi y sus fechorías ahonda mucho la comprensión de nuestros sistemas jurídicos. Pero nuestros estudiantes están proyectados para oficiales de notaría, en

el mejor de los casos, y estas cosas no caben en ese proyecto. Así que Cristina, Evaristo PRIETO y yo, que éramos los que llevábamos la enseñanza (mucho más ellos que yo) hemos tenido que asumir a una mayoría de estudiantes extranjeros, algunos de ellos alemanes, y proseguir por puro interés personal. Fue Cristina SÁNCHEZ precisamente quien suscitó en mí el interés por el comportamiento de los «alemanes corrientes». Ideó un cuadro de actitudes de ellos: los que se rebelaron, los que fueron actores deliberados, los cómplices activos, los que cooperaron pasivamente y los que llamamos coloquialmente *bystanders.* Es una pena que no lo haya desarrollado teóricamente y lo haya publicado, porque es una herramienta de gran utilidad. Y fue entonces cuando me di cuenta de que mi posicionamiento ante la cuestión de los deberes positivos generales podría proyectarse sobre un fenómeno como el Holocausto, que funciona además como un «intensificador» (son sus palabras) de los problemas. Mi propuesta respecto al problema general, como he dicho, es que los deberes positivos generales se satisfacen mejor mediante la organización de estructuras que nos permitan realizar las acciones debidas coordinadamente y con límites, de forma tal que no sean ineficientes o declaradamente supererogatorias. Ahora Cristina me sugiere una perspectiva nueva, que toma de Iris YOUNG: no solo hemos de actuar en el marco de organizaciones para cumplir nuestros deberes, sino que algo que se había revelado más difícil, establecer nuestra responsabilidad individual en los casos de omisiones masivas a escala trasnacional, también puede aclararse teóricamente recurriendo a nuestra participación más o menos deliberada en las estructuras y procesos que generan esas injusticias. Yo no soy responsable simplemente por mi omisión individual, sino porque mi vida y mi conducta están engarzadas en estructuras de injusticia que crean y potencian la vulnerabilidad de los demás. Ello posibilita además modular los grados de esa responsabilidad. Pero en el caso del Holocausto sigue presente el problema de siempre: en un contexto amenazatorio y vil como el que crea el III Reich, podemos seguir siendo responsables, pero el cumplimiento de nuestros consiguientes deberes depende de la creación de organizaciones (p. ej., la Resistencia) o la realización de acciones individuales que nos sitúan en contextos extremadamente peligrosos: las acciones debidas se transforman en supererogatorias, y, por tanto, no son debidas. Más allá de otras consideraciones más teóricas, estas reflexiones que hago con Cristina me confirman en mi convicción de que el más profundo mal que producen los regímenes dictatoriales y violentos (también los del terrorismo local) es precisamente el de generar el miedo que desactiva la realización de nuestros deberes morales básicos al exigir para ellos conductas heroicas. Cuando el miedo nos impide realizarlas, queda sin embargo allí abajo todavía la culpa y la vergüenza, una suerte de deshonor. Privar del honor moral al ciudadano es la máxima iniquidad de las dictaduras.

No quiero dejar de reflexionar un poco sobre algunos de los puntos (no todos) que suscita **Gema MARCILLA.** Hace una presentación histórica densa del concepto de imperio de la ley y nos pregunta si todavía sobrevivirá en la sociedad globalizada. Me interesan en realidad tres puntos que toca en una ponencia de gran densidad. Los mencionaré, pero me parece que no podré contestarlos del todo. En primer lugar, si el concepto de imperio de la ley es un concepto histórico. Esta idea de concepto histórico la hemos heredado de don Felipe GONZÁLEZ VICÉN, y, con todo respeto, yo no la veo nada clara. Salvo que pensemos que existen conceptos intemporales, todos los conceptos son históricos en el sentido de que surgen en un momento histórico y se aplican a

capturar algunos segmentos de la realidad de ese momento. Pero también son históricos en el sentido de que se van elaborando paulatinamente a lo largo de la historia del pensamiento hasta llegar a un momento clave de eclosión. Con «imperio de la ley» suceden las dos cosas: surge en el siglo XIX como *rule of law* o *Rechtsstaat* y su intuición puede rastrearse a través de la historia al menos hasta PLATÓN o ARISTÓTELES. Más dificultad me ofrece su dimensión normativa, o para decirlo claramente, su dimensión ética. Es este un problema muy de fondo. Si la mayoría de los valores morales se caracterizan por su pretensión de universalidad ¿cómo podemos restringirlos a un momento histórico dado? Si lo hacemos parece que introducimos inadvertidamente en el discurso moral una dosis de relativismo. Una segunda cuestión que sugiere Gema es que parecemos inspirarnos mucho en ROUSSEAU. Yo no me siento así del todo, pero eso lo tendré que hablar en algún otro lugar más despacio. Confesaré ahora públicamente que no me simpatiza ROUSSEAU. Aunque su obra me parece la de un genio, es ambiguo en muchos puntos fundamentales, y como persona debió ser inaguantable. La tercera idea que transmite es la de mi tendencia a limitar la «constitucionitis» que nos ha invadido estos años. Deploro decirlo, pero hemos abandonado la elaboración parlamentaria, y la discusión y deliberación de las leyes, y nos hemos entregado a la crónica constitucional. La creación de una ley en nuestras flamantes Cortes Generales es demasiadas veces el producto de unos cuantos forcejeos u ocurrencias entre *lobbies* informales de todo tipo y el gobierno, un acuerdo más o menos secreto entre partidos y un trámite en votación única. No son los jueces ni los principios los que están amenazando a la democracia, es la insultante incuria de nuestros gobiernos y nuestros parlamentarios a la hora de elaborar, debatir, comunicar y persuadir sobre el contenido de las leyes. Por no mencionar que, incluso con una mayoría absoluta, la pasada legislatura fue la que más recurrió al decreto-ley. Mala calidad técnica y nula deliberación pública hacen de nuestro parlamento una de las instituciones peor valoradas por los ciudadanos a los que se pretende que representen. Y por último, la pregunta de Gema sobre la supervivencia del imperio de la ley en un mundo globalizado. El problema de la globalización es que es una globalización financiera y cultural, pero casi nada más. Se avanza poco a poco en la homogeneización de algunas normas jurídicas, y ese es un camino que es preciso seguir, pero es comparativamente mucho más lento que la actividad financiera transfronteriza y el desarrollo de la sociedad de la información. En estas circunstancias, hablar, no ya de imperio de la ley en la sociedad global, sino de la mera presencia de la ley en ella, es ilusorio. Los progresos que se hacen mediante el *soft law* y los mecanismos de *gobernanza* son claramente insuficientes. Y con ello, naturalmente, dejan de estar protegidos todos los valores morales que lleva consigo el Estado de Derecho. Entre los objetivos del milenio figuraba la extensión y consolidación del *rule of law*, pero no parece que se adelante mucho. Repito que soy pesimista.

Pocas cosas me satisfacen más que debatir sobre problemas de educación. La contribución de **Josep M. VILLAJOSANA** me satisface por ello, y muestra además algunos puntos que deben ser al menos explicados. En primer lugar, tiene razón en que mi posición frente al llamado proceso de Bolonia puede tener alguna incoherencia. Quizás no maticé lo suficiente. Yo me enfrenté a Bolonia demasiado rotundamente, por tres razones. La primera, porque me pareció desde el principio que no debería aplicarse a los estudios de derecho; la segunda porque traía como efecto colateral una que llamaré manía «mensurativa» que creo que está fuera de lugar y socaba la autoridad del profe-

sor; y en tercer lugar, porque alardeaba de dar al profesor un rol distinto en el proceso educativo y al mismo tiempo lo ignoraba completamente. Además, me pareció siempre, antes de Bolonia y ahora, que para mejorar la universidad se necesitaban algunas medidas que no se tomaban (los cuatro «cascabeles» que nadie le pone al gato, como recuerda Josep María): selección de los estudiantes, limitación de su número en el aula, financiación seria de las universidades, y selección rigurosa del profesorado. Me dice entonces que si se dieran esas medidas, como se dan muy para su bien, en la Universidad Pompeu Fabra, entonces el método Bolonia no sería tan malo. Esa —dice— es su experiencia. Tengo a la Universidad Pompeu Fabra en muy alto concepto. Lo que de ella puedo apreciar me parece de excelencia. Pero sufre, como todas las demás esa falta de sensibilidad hacia el problema del profesorado joven. Mis ideas universitarias y pedagógicas se sustentan en un axioma fundamental, que enunciaron hace más de cien años Francisco GINER DE LOS RÍOS y Manuel B. COSSIO en la Institución Libre de Enseñanza: «dadme el maestro y os abandono todo lo demás». La cuestión del profesorado no es, pues, para mí una más de las cuestiones sino la cuestión crucial. Da igual el método y las medidas, las calificaciones, los exámenes (que ellos odiaban) y la disciplina externa. Si hay un/a buen/a profesor/a, entonces todo está resuelto. Un buen profesor, naturalmente, es alguien con muchas propiedades, además, por supuesto, de la de ser un buen conocedor de lo que enseña, pero no puedo alargarme aquí en ello. La segunda razón de mi objeción al plan es que ha trasladado al estudiante un espejismo letal: que existe una medida exacta de comprobación de lo que sabe y lo que no sabe. Incluyendo hasta décimas y centésimas. Esto es simplemente falso. O empuja a la educación a un simplismo desmedido. El simplismo de los test. Quizás para transmitir una información extremadamente codificada pueda concebirse algo así. Pero para el derecho no. Yo entiendo que mis compañeros recurran a la utilización de test de control de conocimiento para no inmolarse ante un plan que les exige «evaluación continua» en grupos de cien estudiantes. Ya es bastante penoso que los cien se dividan en tres grupos de treinta, a cada uno de los cuales hay que hacer la misma «evaluación» en la semana, volviendo a decir tres veces lo mismo, y poniendo tres pruebas distintas. Pues bien, en primer lugar, la evaluación continua es precisamente lo contrario de los exámenes, sean o no tipo test. O exámenes o evaluación continua. Disyunción exclusiva. Si exámenes, entonces no evaluación continua; si evaluación continua entonces no exámenes. En segundo, lugar se pretende que el test dé un resultado algebraico preciso porque la puntuación es precisa. Esto no es más que una ilusión pueril de los pedagogos instrumentales. No es real, pero se lleva por delante la valoración (y el protagonismo) del profesor.

Pero no quiero acabar estas ideas de urgencia sin aludir al principal motivo que me oponía al plan Bolonia. Cualquier plan de estudios tiene que arrancar necesariamente de un punto de partida: qué clase de persona queremos que resulte de él. Y en particular, en los planes universitarios, qué clase de médico, arquitecto, psicólogo, etc., y jurista queremos. Lo único que he visto en la discusión de Bolonia es una pugna a veces obscena y caciquil por tener más asignaturas o más créditos para las propias. Es decir, una pugna de intereses. Muy excepcionalmente, he visto rasgos de honradez: no tenemos profesores suficientes, me dijo alguien un día, así que no podemos sobrecargarnos de asignaturas. Y era alguien que enseñaba asignaturas importantes. Pero lo que no he visto en absoluto ha sido ninguna reunión ni seminario dirigido a reflexionar sobre qué

tipo de jurista creemos que la sociedad del siglo XXI requiere. Y esto viene a cuento porque la sensibilidad de Josep M. VILLAJOSANA (también la de José Juan MORESO en un *mail* que nos envió a propósito de ello) se inclina por un modelo en que se funden lo profesional y lo formativo. Es decir, por un modelo imposible en la mentalidad Bolonia. Para animar a la reflexión, sugiero que hemos de pensar en un jurista que cumpla en la sociedad que nos aguarda la misma función que cumple el médico en la salud de la sociedad y el arquitecto en el diseño del urbanismo y las ciudades. Un profesional que esté ubicado en el entramado social para informar y asesorar al ciudadano de la enorme cantidad de exigencias que le plantea ya hoy a cualquiera el orden jurídico. Y esto demanda de las Facultades de derecho un tipo de jurista que no se compadece nada con las premuras y rigideces de Bolonia. Valdría la pena que se pensara un poco en ello.

Andrea GREPPI orienta el comentario de algunas de mis posiciones desde el prisma de la separación de poderes. Me parece muy adecuado, aunque he de recordar que quizás el déficit más evidente de mi justificación del imperio de la ley sea precisamente el que se refiere a la panoplia de instituciones necesarias para mantenerlo en pie. Y uno de los principios institucionales evidentes para ello es el principio de la separación de poderes. No es este lugar, por supuesto, para entrar en la historia y el significado institucional de ese diseño institucional. Andrea lo hace muy bien. Lo que sin embargo sí me da la oportunidad de volver a decir es que el mundo de las reglas es particularmente idóneo y eficaz para hacer una cosa que los principios hacen con mucha más dificultad: atribuir poderes. He repetido una y otra vez que todo el discurso principialista y neoconstitucionalista gira en torno a normas de conducta pero tiene poco que decir en lo relativo a normas de competencia. No es que yo dude de que haya principios de competencia; puede haberlos (por ejemplo: «El gobierno dirige la política interior y exterior...»), pero hay que reconocer que las competencias se atribuyen mejor con reglas, y además, que así debe ser, porque organizada mediante principios la competencia pudiera dar lugar a situaciones difíciles, conflictos de competencia y frecuentes actuaciones *ultra vires.* Y eso puede ser un corolario importante de mi posición en favor del imperio de la ley. Andrea GREPPI lo intuye muy bien. «Los límites del ejercicio de la autoridad» —como él escribe— se establecen mucho mejor con un derecho de reglas. Y sobre todo, el ciudadano está mucho más amparado frente a las arbitrariedades del poder si el poder se regula y distribuye mediante reglas precisas. No sé si esto es estar «a la sombra de HOBBES»; me parece que no tanto, porque el principal problema hobbesiano es, creo, el de la ausencia de limitación del poder del Leviathan. Cuando Andrea trae a su texto, para finalizar, esta expresión mía no se da cuenta quizás de que yo la uso para hablar del derecho internacional y de la globalización. No tanto del imperio de la ley. En lo que a este respecta soy mucho más lockeano, pero el destino de una firme comunidad jurídica internacional pasa necesariamente por HOBBES.

Esto me da pie para enlazar con la excelente ponencia de **Isabel TURÉGANO.** Isabel parece detenerse un poco ante la decidida posición «hobbesiana» que tenemos tanto Liborio como yo. Liborio se ha ocupado más de las posibilidades de una teoría seria de la justicia en un mundo global; yo por mi parte me preguntaba por la posibilidad del *rule of law* en el mundo globalizado, incluso en el mundo del derecho internacional. Que esa no era una pregunta impertinente lo demuestra que entre los objetivos del

milenio de las Naciones Unidas se encuentre precisamente la implantación del imperio de la ley en las relaciones internacionales. Pero ambos, me parece, acabábamos en una hipótesis parecida: que es necesaria la implantación de una estructura jurídica institucional que administre el uso de la fuerza en la comunidad internacional. E Isabel nos recuerda que, por así decirlo, hay que ir paso a paso. Que hay que contar con estructuras de dominación muy complejas, que hay que tener conciencia de la pluralidad y la diversidad de relaciones y movimientos que ya están en marcha y están operando el altruismo internacional o transnacional. En fin, que hay que tener una percepción más particularista y menos cosmopolita o universalista. Isabel TURÉGANO parece echarnos un poco en cara, y seguramente con razón, que hayamos ido a caer en la llamada «analogía doméstica», es decir, en construir el espacio del derecho internacional con las mismas cuadernas que el derecho nacional o doméstico. De acuerdo con esa analogía, nuestra tarea actual sería la de erigir un estado internacional concebido con las coordenadas básicas del estado doméstico, y una democracia internacional «conforme al modelo de las democracias liberales nacionales». Isabel pone en cuestión esta argumentación tan lineal llamando nuestra atención sobre particularidades y consensos intermedios que pudieran dejarse de lado en una teoría abstracta como la nuestra. Por lo que a mí respecta (Liborio seguro que puede argüir de otra manera), mi respuesta sería que, si no estamos refiriéndonos a estrategias y procedimientos para alcanzar un objetivo dado (punto en el que seguramente Isabel TURÉGANO tiene bastante razón) sino a una concepción previa del derecho internacional y del lugar del imperio de la ley en él, entonces me parece que la institucionalización internacional de una agencia con competencias normativas generales y administración de la coacción es condición necesaria para que podamos hablar del imperio de la ley en el ámbito internacional. Que llegar a esa agencia pueda hacerse con toda la complejidad de los procesos sobre los que Isabel llama nuestra atención es una cosa, que como concepción de las relaciones internacionales pueda ser sustituida por acuerdos particulares y consensos complejos es algo bien distinto. Como tantas otras veces, también me sucede con Isabel que estoy seguro de que estamos luchando por las mismas cosas, pero nuestros desacuerdos son mucho más cuestión de método o de concepción que cuestión de visión de la justicia. Lo que lamento es que no pueda corresponder adecuadamente en estas líneas a su rica intervención. Pero eso es algo que no excluyo para el próximo futuro, pues precisamente mi pesimismo hacia ese futuro me hace interesarme particularmente en esa disyuntiva.

Y respecto a la ubicación de mi teoría del imperio de la ley en el marco de la filosofía del derecho, creo que **Alfonso GARCÍA FIGUEROA** no acaba de ser lo suficientemente fino en el análisis. El cree que el libro sobre el imperio de la ley tiene dos almas, pero no tiene nada más que una, el alma kantiana. En la primera parte de él explico por qué para vivir en sociedad es necesario un contexto normativo coactivo. Se trata de una consecuencia de la racionalidad de seres que quieren sobrevivir en su ambiente. Como en supuestos de dilema del prisionero la racionalidad de los actores les impele a una solución subóptima, acuden a un mecanismo de control normativo que mejora artificialmente su racionalidad. Puro HOBBES. Pero esto, como es bien sabido desde siempre, deja el sistema de control en manos del omnipotente gobierno. Y ahí, y solo ahí, aparece como un ideal ético el imperio de la ley, entre cuyas funciones básicas se encuentra precisamente la de limitar el poder del Leviathan. Cómo se ve, no son dos

almas, sino, por seguir con la manida metáfora, un cuerpo necesario (el del orden normativo) al que pueden atribuirse muchas almas (la mera seguridad, la igualdad, la libertad, etc.). El ideal kantiano, me parece, pretende asumir la existencia de ese cuerpo dotándole del alma innata de la libertad, y esto es el imperio de la ley.

Alfonso relata la práctica de algunos pueblos de Andalucía de limpiar la casa los sábados como muestra de que no respetaban el *sabbath*, es decir, de que no judaizaban. Le cuento otra paralela. En los altos de Granada y de Huelva se desarrolló en la misma época la práctica de colgar en el exterior de la vivienda, bien visibles, piezas de carne de cerdo, para poner así de manifiesto que sus habitantes consumían esa carne. Ello dio lugar a la curación particular del cerdo que se estila entre nosotros, y con ella al jamón ibérico. Puede decirse que es la consecuencia más benéfica que el género humano haya extraído nunca de un credo religioso. Alfonso sabe que yo no recurro al origen de la práctica del derecho (vaya usted a saber cuándo se origina esa práctica), sino a la explicación racional de la misma, lo que llama muy cultamente una *ananké*. El derecho aparece porque se quiere un fin, pero ese fin no es la autonomía personal, como él dice, sino la supervivencia personal. Si fuera la autonomía personal entonces habríamos salido del imperio hobbesiano y nos habríamos trasladado a la exigencia kantiana, y por tanto, no habríamos mezclado nada. Alfonso registra esto con claridad, lo que quizás hace a su argumentación contradictoria. Como hemos visto antes, la objeción de las dos almas no es pertinente. Ahora empieza otra, que parece dolerle más. Mi mensaje puede reformularse así: si nos alejamos de reglas precisas, nos complacemos en las indeterminaciones del discurso, no creemos en la posibilidad de una interpretación objetiva y concedemos al juez un margen amplio de decisión inspirada en principios, todo eso está suena muy bien pero nos fuerza a dejar de hablar de imperio de la ley, *rule of law* o Estado de derecho. Si eso es lo que queremos, hagámoslo, pero no sigamos hablando de esas cosas. Como lo sugiere muy bien Alfonso García Figueroa yo soy de los que creo que las reglas nos hacen más libres que los principios (también a él, en sus actos más cotidianos: introducir la llave en la cerradura de su coche, almorzar en un restaurante, cobrar su nómina, pagar sus impuestos, ir al teatro, vivir en su casa y educar a sus hijos). Sugerir que eso me identifica con el Bentham debelador de los derechos humanos me parece que no encaja. A lo mejor sí encaja que me identifique con su crítica del *Common Law* y del judicialismo. Estas últimas siempre me han parecido actitudes sensatas en su contexto histórico. Y lo que me parece un pequeño salto mortal con cierto riesgo es afirmar que la tradición kantiana ha servido de base al neoconstitucionalismo actual. Sobre eso nos tiene que dar más pistas.

Y si yo explico el «origen de mis desvelos» por el imperio de la ley por mis vivencias durante el franquismo, es precisamente por esas vivencias por lo que creo en el valor de nuestra Constitución, y no tanto por sus «principios iusfundamentales», como él dice (una dimensión de la que nadie, tampoco él, se percató hasta veinte años después de su vigencia), sino sobre todo porque con ella se terminó la arbitrariedad del tirano y empezó en una medida antes inédita el sometimiento del poder al derecho y con ello la libertad de los ciudadanos. Y eso se hizo con normas precisas que también eran preciosas.

Estoy, finalmente, de acuerdo con que nuestras instituciones no se pueden juzgar por el mal uso que se hace de ellas, y seguramente me he sentido más veces defrau-

dado por la calidad deplorable de los fallos judiciales de lo que Alfonso pueda imaginar; también he notado la sensación de impotencia y abandono que experimentan los abogados todos los días por ello. Pero me parece que eso se puede detectar mejor y también combatir mejor desde una actitud legalista que desde la jurisprudencia de principios, porque, que no se engañe nadie, esas normas preciosas que tanto valora Alfonso GARCÍA FIGUEROA ponen un arma de gran peligro a disposición de jueces muy mal formados en la argumentación moral: una premisa mayor que parece evidente a primera vista pero que está aquejada de las complejidades del discurso ético hasta extremos que muchos no pueden ni siquiera percibir.

Dos colaboraciones que me satisface especialmente comentar son las de Ricardo GARCÍA MANRIQUE y Borja BARRAGUÉ sobre algunos extremos de nuestra posición ante los derechos sociales. **Ricardo GARCÍA MANRIQUE** es consciente de que este tema suscita pasiones profundas. Tuve la oportunidad de recordar en el seminario que el origen próximo de este ensayo mío sobre los derechos sociales está en una petición que me hizo Carlos NINO de acudir a Buenos Aires en plena campaña por la reforma constitucional que él auspiciaba, porque —me decía— los peronistas pretendían constitucionalizar y hacer justiciable todo derecho social imaginable, y NINO pensaba, como yo, que eso era, en el mejor de los casos, una manera estúpida de crear expectativas masivas imposibles de cumplir. La compañía hizo de aquel viaje algo inolvidable: Ernesto GARZÓN VALDÉS, Francisco TOMÁS Y VALIENTE y Juan LINZ. Cuando acabé de presentar mi posición sobre el concepto de derechos sociales y la impertinencia de protegerlos simplistamente por la jurisdicción ordinaria, alguien al final del salón se levantó, dijo a grandes voces: «¡un ataque demencial!» y se marchó. Presumo que sería un justicialista. Pero también hubo quien se entusiasmó demasiado con mi teoría de que la protección jurisdiccional excesiva interfería con el principio democrático. Fue Juan LINZ, que lo llamó, quizás exagerando un poco, «el gran argumento». La gente detectó, pues, lo que yo pretendía, y Ricardo hace un excelente resumen de ello: en primer lugar, un ejercicio de clarificación conceptual, que acababa en una «demolición» de la diferencia entre derechos liberales y sociales, y en segundo lugar, llamar la atención sobre la imprudencia inútil de constitucionalizar demasiado intensamente esos derechos y conferir a los jueces la competencia para decidir sobre ellos, suponiendo que con ello se protegen más o mejor. En general, Ricardo se muestra de acuerdo pero tiene algún matiz que se expresa muy agudamente en dos preguntas que nos hace a los dos. La primera es que hay una mayor diferencia con los derechos liberales de la que yo al menos señalo, pues los derechos sociales «contienen expectativas muy amplias acerca de cómo han de organizarse procesos comunitarios básicos» como la educación, la sanidad, el trabajo, etc. Me parece que la respuesta a esta pregunta puede ser repensar cómo ha sido la historia de los derechos llamados liberales, para caer en la cuenta de que también han contenido expectativas enormes sobre cómo han de desarrollarse las pautas de convivencia. Y aún continúan haciéndolo. Sucede, sin embargo, que para fortuna suya y mía, hemos nacido en un tiempo y en una región en que muchos de ellos son ya derechos subjetivos muy consolidados y parece, por así decirlo, que han estado ahí siempre. Pero no hace tantos años no lo eran. Y no hay que olvidar por eso que también ellos tienen lo que Ricardo llama un «sentido político especial», si con ello quiere decir que están sujetos como los otros a deliberación y controversia.

La segunda pregunta es más peliaguda: los derechos sociales tienen una evidente incidencia en el mecanismo del mercado. Aceptando que los derechos liberales no tengan tanta ¿no es esto una importante diferencia entre ambos? Ricardo llega a sugerir que la economía de mercado puede no ser compatible con la vigencia de los derechos sociales. Y pone como ejemplo paradigmático el derecho al trabajo. Porque, en efecto, si todos tuvieran derecho al trabajo y el trabajo no pudiera considerarse una mercancía sino un criterio fuerte de distribución, la economía de mercado se vería fuertemente afectada por ello. No puedo descender a elaborar una respuesta, aunque intuyo que es cierto que aquí habría una diferencia apreciable, al menos con algunos derechos liberales. La apunto solo: los derechos liberales tienen una relación privilegiada con el mecanismo del mercado, que consiste en que lo *constituyen*. La economía de mercado no existiría sino en expresiones muy limitadas si no se dieran en el derecho positivo los derechos de propiedad, la moneda legal, las libertades de intercambio y negociación, y la protección judicial de las transacciones. Los economistas han actuado muchas veces como si el derecho fuera una variable irrelevante en sus reflexiones, pero ya están entrando por el aro. Algunas libertades civiles son condición de posibilidad del mercado capitalista. Por eso, los neoliberales (que yo llamo «mercadistas») hacen tantas loas ahora a la libertad. Pero con la llegada de los derechos sociales esas libertades se ven condicionadas y limitadas. ¿Puede ser esa la diferencia? Prometo perseguir este tema.

Borja Barragué plantea interrogantes muy agudos sobre mi concepción de la igualdad material. También a él tengo que decirle que todo viene de más atrás. Espero que esto no se transforme en un conjunto de batallitas propias del jubilado. A finales de los ochenta del pasado siglo, Alfonso Guerra dio en organizar en Jávea con la revista *Sistema* una serie de coloquios sobre los problemas del socialismo, y en uno de esos coloquios se me invitó a poner de relieve los ingredientes ideológicos del socialismo y sus problemas (el coloquio se celebró en 1985 y apareció como libro con el título *El futuro del socialismo,* Madrid, Sistema, 1986). Fue entonces cuando planteé con seriedad ante un auditorio nada convencido, que la identidad material de recursos para todos y cada uno (es decir, la igualdad tal y como se veía en el imaginario socialista clásico) era un ideal que carecía de fundamento. Lo que sucedía, explicaba yo, es que en un mundo de escasez moderada o no tan moderada, si el socialismo quería luchar por la dignidad y la libertad de todos, tenía que asumir grandes dosis de igualdad. Lo que se buscaba, pues, no era la igualdad, sino un conjunto de bienes básicos que configuraban la dignidad y la autonomía de la persona, y sin los cuales esos ideales eran impensables. Pero como el socialismo actuaba en un mundo de escasez, tenía que promover criterios distributivos serios para alcanzarlos. De ahí que, aunque no la buscara, el socialismo «se tropezaba» con la igualdad. El supuesto que me plantea Borja es un supuesto, me parece, de escasez desmesurada: mil personas que necesitan al menos 10 unidades alimentarias cada una para sobrevivir, y tenemos solamente nueve mil unidades alimentarias. No me gusta el supuesto, porque me parece que desliza el escenario más allá de la justicia. Ninguna de las dos soluciones (que mueran todos o que muera solo el 10 por 100) puede justificarse sobre la base de un principio de justicia. Estamos más allá de ella: en la tabla de Carnéades. Trabajemos con un supuesto diferente: tenemos mil personas con las mismas necesidades (es decir, necesitan diez mil unidades alimentarias) y tenemos once mil unidades alimentarias. La pregunta es ¿se justifica en virtud del principio de igualdad material que distribuyamos a cada una de las mil personas once

unidades? ¿Qué sucede con aquellos que han protegido la cosecha, con los enfermos, con los que han ideado el método de transporte, y con los que han entregado mucho más tiempo que los demás a la producción de las unidades? ¿Por qué han de recibir solo una unidad más? ¿Por exigencia de la igualdad? Y aquí venía mi conclusión: una vez satisfecha la cuota de bienes que configuran la dignidad de cada uno, entonces la igualdad queda desactivada como exigencia moral. Si a ello se añade que hay otros principios (el mérito, el sacrificio, la necesidad, el trabajo, etc.) entonces hemos de abandonar la igualdad como criterio distributivo. Lo que Borja parece sugerir, en un *paper* denso y difícil de recorrer en pocas líneas, es que, más allá de la satisfacción de las necesidades básicas que definen la dignidad de las personas, hay todavía una exigencia moral de igualdad, o una exigencia contra la desigualdad, porque esta tiene efectos sobre la movilidad social, los determinantes sociales de la salud, el movimiento sostenible, la capacidad de expresar las preferencias o la igualdad de oportunidades. Si una desigualdad material produce efectos evidentes en la capacidad de participar en las deliberaciones o en la situación que uno (o sus descendientes) ocupe en los puestos de salida, entonces es evidente que la desigualdad material es indeseable y que hay una exigencia de igualdad material que eluda esos hándicaps, pero creo que esto pudiera ser incluido en mi argumentación de modo relativamente sencillo. Si los que tienen más bienes tienen privilegios en la carrera, es preciso reforzar a los que tienen menos bienes. Si tienen más voz que los que tienen menos bienes, es preciso proporcionar a estos esa voz que les falta. Bien. Aunque esto, como RAWLS mismo señalaba, tiene algunos límites: no vamos a suprimir la familia porque los que se crían en familias ricas y cultas tengan más oportunidades. Y por lo que se refiere a lo segundo: la igualdad no se persigue, sino que se tropieza, me parece que Borja está de acuerdo, aunque, a diferencia del amor (y de los resultados que son un mero subproducto) hacer algo por obtenerla, o al menos por conservarla, no es del todo inútil.

Javier ANSUÁTEGUI escribe un ensayo muy amable sobre mi noción del imperio de la ley en el que hace observaciones interesantes la mayoría de las cuales he comentado antes, pero registro en él un error que me importa subrayar. Seguramente por culpa de mi escasa delimitación de las cosas, Javier extrae de mi libro la idea, y cito literalmente, de que afirmo que los requisitos del imperio de la ley y la misma idea del imperio de la ley «son una condición necesaria de la juridicidad: un determinado grado de cumplimiento de las exigencias del imperio de la ley es imprescindible no para la justicia del derecho, sino para su existencia misma». Y después argumenta, con razón, que «si el imperio de la ley tiene un valor moral y su existencia es imprescindible para el derecho... entonces el Derecho tiene un rasgo necesario que tiene que ver con su valor moral: estaríamos afirmando la relación necesaria entre el Derecho y la moral». Pues bien, como esto ha salido alguna otra vez, quiero subrayar que el error de Javier es el de suponer que yo he dicho en algún momento que el imperio de la ley es condición necesaria de la juridicidad. Esto no lo he mantenido nunca, al menos conscientemente, entre otras razones porque hubiera tenido que afirmar cosas inimaginables, como que el derecho romano o el derecho indígena no eran derecho puesto que no cumplían con esos requisitos. No. Siempre he insistido en que el ideal del imperio de la ley era un ideal moral anterior al derecho, o si así lo prefiere, no se refiere al derecho que es sino al derecho que debe ser. Escuche Javier el viejo eco, aunque todavía sonoro, de Elías DÍAZ: «No todo Estado es Estado de Derecho».

El ensayo de **Ricardo Cueva** se centra en un tema que, como he dicho, solo colateralmente abordo yo, como es el de la división de poderes, pero no sé si lo enfocamos de la misma manera. Sus enfoques históricos son muy interesantes pero siempre están a punto de trasladar al pasado categorías que manejamos y definimos en el presente, reinterpretando así la historia desde nuestra mirada teórica. Lo que yo entiendo por división de poderes es, sustancialmente, que los poderes de emitir normas jurídicas estén sometidos a un control normativo independiente. Si el Legislativo sobrepasa los límites constitucionales, es controlado por un órgano *ad hoc*. Si el Ejecutivo sobrepasa los límites de la ley, existe un orden jurisdiccional independiente para corregirlo. Todo ello son mecanismos institucionales importantes que se inspiran en, y tratan de realizar, algunos principios del imperio de la ley, en especial el desiderátum del control del poder por el derecho. Solo se somete al derecho el poder si existen esos mecanismos institucionales que configuran separada e independientemente los poderes. Me parece que Ricardo entiende por división de poderes otra cosa que, dice, es *constitutiva* del gobierno democrático. Cuando dice que «todo sistema democrático *exige* división del poder (territorial o de otros tipo...) (las dos cursivas son suyas), y añade que lo que hay que evitar es «el gobierno de *facción,* de un grupo hegemónico de intereses que socave el bien común», me parece que está haciendo referencia más bien a algo parecido a esa aspiración de parte de la teoría política americana a que el poder *social* se halle dividido, atomizado si es necesario, de forma que ningún poder pueda imponerse a otro. Lo que alguno de esos autores ha llamado la poliarquía, como requisito para la democracia. Dahl, por ejemplo, afirma que sin una división previa del poder social es difícil que no haya tiranía. Esto está bien, pero tiene poco que ver con la teoría de la separación de poderes.

No pienso mostrar a **Joaquín Almoguera** ningún «distante agradecimiento» sino uno genuino y cercano. Son ya muchos años y muchas conversas. Su contribución me parece sugestiva pero también familiar. Me suena familiar el recuerdo del horrible althusserismo del medio ambiente en que nos conocimos. En nuestro departamento, afortunadamente, eso no penetró. Cerroni, su Cerroni, era otra cosa. Y en el plano personal me suena familiar sobre todo la angustia almogueriana por el número de páginas, que va recorriendo los párrafos del escrito. Cuando le quedan 768 palabras empieza con Rousseau, es decir, empieza con el tema que me es más sugerente. Lo anterior es una densa explicación histórica que valdría la pena que desarrollara sin la espada de Damocles del número de páginas. Pero Joaquín adivina que después de mi imperio de la ley está la pregunta por el legislador, está lo que en expresión feliz llama «la construcción del legislador». Aquí desemboca su ponencia, o mejor dicho, aquí desemboco yo mismo, con algunos acercamientos anteriores esporádicos a problemas de técnica legislativa y a preguntas por la representación política. Pero lo que está después es, en efecto, la construcción del legislador democrático, un tema bastante abandonado en el seno de una barahúnda inmensa de escritos y debates sobre la teoría de la democracia.

Si le he entendido bien, **Mariano Melero** sugiere también que separo demasiado los aspectos éticos del imperio de la ley de la idea del derecho que tengo. Aunque él parece dudarlo, yo creo que puede distinguirse bien un orden jurídico configurado conforme a las exigencias del imperio de la ley de la mera legalidad vigente. Distingo entre el «ser» del derecho y el «deber ser» del derecho, y eso me parece muy plausible

(de hecho observo que lo hacemos todos los días en cuanto nos enfrentamos a una nueva ley o sentencia), e identifico el «ser» del derecho mediante una observación de sus fuentes sociales, y el «deber ser» del derecho con una apelación a criterios morales. Mariano sugiere que debe haber alguna conexión entre ambos mundos, y para ello se fija en la necesidad de la argumentación y del *due process*. Y en efecto, si exigimos una argumentación racionalmente contrastable para la interpretación y la aplicación de todo derecho, entonces la existencia misma del derecho tendrá una dimensión ética. Pero yo no cedo a esa tentación. El «*car tel est notre bon plaisir*» de los monarcas Capetos creaba derecho tanto como el Parlamento de Westminster, y no parece que sea una argumentación nada seria. Y al «debido proceso» le sucede lo mismo. Si lo entendemos como un conjunto de requisitos para que la decisión judicial exista, entonces mezclamos los planos del ser y del deber ser, pero si aceptamos que una decisión tomada por un juez venal a cambio de algún favor y sin oír a ambas partes, sigue siendo una decisión judicial, entonces no lo hacemos. Naturalmente que con las exigencias *morales* del debido proceso y la justicia natural se protege más la autonomía personal, pero es que tales exigencias se sitúan en el plano ético del imperio de la ley.

Me importa mucho comentar las ideas de **Cristina García Pascual** porque me parecen sustancialmente correctas pero ella cree que no las comparto. Reivindicar hoy el derecho internacional me parece una necesidad tan imperiosa que intuyo que la posibilidad de futuro de la convivencia humana depende de ello. El dilema de Koskenniemi me parece, como todo en él, un tanto sobreactuado. Pero si hubiera de sentirme atrapado en tal dilema (o ser realista apologeta del poder, o ser utópico ético irrelevante) seguramente preferiría esto último, o trataría de zafarme a través de una posición ética coherente y seria. Me parece que adoptar una actitud ética ante las relaciones internacionales no es irrelevante. Al menos traslada la carga de la prueba al «realista».

Me parece que el error de Cristina proviene de una posición que me atribuye como propia aunque no pretendía ser sino una descripción del panorama de la teoría de las relaciones internacionales. Cristina parece creer que pienso que el derecho internacional ha sido superado por el derecho llamado global, por la globalización jurídica. Ni mucho menos. Yo me limité a constatar que en la literatura sobre el tema se afirma que la globalización ha traído un derecho diferente del derecho internacional, con instrumentos normativos diferentes y diferentes modos de actuar. Y desde luego soy escéptico frente a él. Creo que en gran medida es todavía un espejismo (quizás solo hay globalización financiera y globalización cultural) y está todavía sin regular satisfactoriamente, es decir, no tiene un alcance jurídico mínimamente sólido. No hay más que ver el *Handbook of Transnational Governance* editado por Thomas Hale y David Held en 2011 para ver lo enclenque y meliflua que es esa regulación. Siempre he sido cauteloso con la gran eclosión que hay de verborrea globalizadora, aunque la globalización es un fenómeno que no hay que ignorar. Y, como Cristina sabe, soy reticente ante los instrumentos normativos que propone ese fenómeno: *networks*, gobernanza y *soft law*. Mi posición es más bien la de apoyar procesos como la Unión Europea, en los que los estados ceden deliberadamente competencias normativas y se someten a normas supranacionales con órganos judiciales supranacionales, y la de fomentar, desde luego, lo que en teoría de las relaciones internacionales se llaman «regímenes internacionales», que vienen a ser tratados internacionales sobre objetos sectoriales

entre países interesados. Y, por supuesto, seguir reforzando a la Organización de las Naciones Unidas como depositaria de un derecho realmente internacional. Seguro que en los pasillos y las habitaciones de esos edificios nos encontraremos Cristina y yo con mucha frecuencia[3].

En conexión con ello, las ideas que aporta **Agustín Menéndez** me parecen extremadamente interesantes. No me siento competente para acompañar con detenimiento a Agustín por los meandros de la realidad jurídica y política de la Unión Europea. Me faltan conocimientos para ello, pero la línea que apunta de construcción de una realidad política que tiende al constitucionalismo democrático me parece muy afín. Y me interesa mucho lo que intuyo de su opinión sobre las dificultades para realizar una construcción semejante apoyándose en las coordenadas del neoconstitucionalismo. Hago mío también el temor que se trasparenta en su ensayo por la mutación del derecho de la Unión Europea. Ya había leído algún artículo suyo muy demoledor sobre el tema. Retazos de ese temor están llegando sin duda a los ciudadanos de la Unión, y temo que las cosas no estén mejorando nada últimamente. A mi juicio, la construcción europea como organización política y jurídica supranacional sufrió un revés serio cuando se malogró la llamada Constitución Europea. Entonces propuse algo que ahora puedo ver reflejado en el artículo de Agustín: reconducir los estúpidos referéndums que echaron a perder aquel proyecto a unas elecciones serias al Parlamento europeo, es decir, promover el constitucionalismo democrático en Europa. Me alegro de coincidir con él.

El ensayo de **Massimo Latorre,** en lo que a mí concierne, resulta un tanto desorientador, y me ilumina poco por muchas luces que trate de proyectar sobre él con su batería de citas eruditas. ¿Qué tendré yo que ver con Rosenzweig o Joseph Weiler y sus peroratas religiosas sobre la pureza moral? Nada. Me parece, por el contrario, que me enfrento con razonable cuidado a la paradoja de la autoridad: si hay ley no hay autonomía, si hay autonomía no hay ley. Por otra parte, no hay que retrotraerse a los lejanos análisis normativos de Laband para saber que las prescripciones (no solo las leyes) tienen un carácter deóntico y un contenido; eso es lo que las hace prescripciones. Y es obvio que todo un orden construido con los ingredientes del imperio de la ley puede venirse abajo si la sociedad en la que tiene vigencia abandona sus convicciones al respecto e ignora a sus enemigos. Eso es un límite sociológico a la existencia del *rule of law*, de la democracia y de los derechos fundamentales, y parece tan obvio que no vale la pena acudir a ejemplos históricos. Para que la ley limite al poder soberano tiene que darse en esa sociedad la práctica social de adherirse a ciertas exigencias, y reaccionar cuando esas exigencias se incumplen. Seguro que Massimo recuerda el conjunto de claudicaciones sociales que determinaron el ascenso de Mussolini o de Hitler al poder.

Por otra parte, no recuerdo haber escrito en ningún lugar que la ley esté por encima de la Constitución. Ni tengo que replantearme mi iuspositivismo si para definir alguna propiedad moral del imperio de la ley recurro a los *desiderata* de Fuller: le recuerdo que no estamos describiendo el derecho (como sí lo pretendía el propio Fu-

[3] En plena redacción de estas notas me llega el número del 2016 de *Teoría Política* en el que hay un artículo mío: «El pacifismo jurídico y la teoría del derecho internacional», con unas críticas de G. Itzcovich. Seguro que le ayuda a reconciliarse conmigo.

LLER), sino explicitando los requerimientos del *rule of law*. Recordará seguramente Massimo que también lo hace RAWLS para configurar las restricciones formales del concepto de lo moralmente recto. Y en general no me paro a considerar la posición política de quien propone una idea. Eso me parece una variante del argumento *ad hominem*, que, como es sabido, es inconcluyente. Y así, puedo resultar convencido por Adrian VERMEULE respecto a las consecuencias empíricas del literalismo, pero no por su posición sobre las relaciones internacionales; o por Antonin SCALIA en teoría de la interpretación pero no en tantas otras cosas. No digo que pase, pero puede pasar. Y por fin, no acabo de entender muy bien por qué mis precauciones con lo que se ha llamado «sobreconstitucionalización» deben necesitar como una suerte de terapia abrazar la teoría del discurso habermasiana o al segundo RAWLS. Puedo mantenerme en la idea de que el alcance de la Constitución y el de la ley han sufrido en estos años un cambio que me parece inconveniente. Hace ya tiempo, un magistrado del Tribunal Constitucional me contaba que un ama de casa había podido llegar al Tribunal con un recurso de amparo porque la vecina de arriba colgaba su ropa mojada y goteaba sobre la suya. Naturalmente, el caso no tenía pies ni cabeza, pero lo alarmante es que alguien pudiera apelar a la Constitución en tal supuesto.

Silvina ÁLVAREZ ha sido, desde que se incorporó a nuestra Área, una colega inestimable. Formada con Carlos NINO, ha seguido con gran rigor la estela de su elaboración teórica de los derechos humanos y se ha unido con facilidad y altura a los cursos ordinarios de derechos humanos que impartíamos en ella. No es extraño por tanto que nos invite a seguir pensando en ellos. Y con una propuesta estimulante. Si yo la interpreto bien me parece que quiere invitarnos a que ampliemos nuestra visión de los sujetos de los derechos, desde la construcción abstracta de un destinatario «sin atributos», por así decirlo, hacia una consideración más específica de las relaciones y situaciones en las que se encuentran algunos de esos sujetos, en particular, naturalmente, las mujeres. Es obvio que cuando aparecen los derechos humanos y el sufragio «universal», el sujeto abstracto de los derechos y del ideario liberal no lo era tanto; se trataba de los muy concretos hombres propietarios con exclusión de las mujeres. Por eso, esa demanda de tomar en cuenta aspectos sustanciales —no tan «neutrales»— que estén en la base de la titularidad de los derechos me parece atendible. La discriminación y exclusión de la mujer —lo tengo escrito— no es una injusticia cualquiera; es seguramente la gran injusticia que ha cometido la especie humana contra sí misma. Y reparar esa injusticia tiene que exigir abrir el campo de comprensión del discurso de los derechos de forma que asuma las situaciones culturales y sociales en las cuales la mujer se halla en una situación de dominación carente de fundamento. Puede exigir, en fin, que el discurso de los derechos se enfrente directamente con ese diseño *a priori* del mapa social y económico que determina que, por muchos que sean sus derechos en abstracto, la mujer encaje predominantemente en una posición subordinada. Querida Silvina, acepto tu invitación con mucho gusto.

Rafael ESCUDERO suscita uno de los problemas que, por así decirlo, están fuera de los circuitos frecuentados por los demás. Se trata de mi posición en torno a la reforma constitucional. Me alegra que lo traiga a colación porque es un tema sobre el que vengo avisando desde hace ya muchos años sin grandes resultados. Y tiene razón: no se trata de un tema de filosofía de la reforma constitucional sino de una aproximación pura-

mente interpretativa a dos preceptos de la Constitución. En el trasfondo sin embargo, hay una opción tácita en favor de una razonable flexibilidad de las constituciones. En 2004 ya advertí que algo había que hacer en este tema porque la rigidez de la Constitución iba a acabar trocándose en *rigor mortis.* RUBIO LLORENTE, no hace mucho, recurría a la misma metáfora: rigidez y *rigor mortis* (*Claves,* núm. 241, agosto de 2015). La legislatura pasada me permití volver a urgir la reforma. Pero era impensable que el Partido Popular tomara la iniciativa: en la legislatura anterior había boicoteado la propuesta del Gobierno de Rodríguez Zapatero ampliamente estudiada por el Consejo de Estado, y en la legislatura siguiente, con mayoría absoluta, se sentían los reyes del mambo y se limitaron a olvidar el tema. Y en esto llegan las elecciones de diciembre de 2015 y cambia el panorama del Congreso de los Diputados dramáticamente. La consecuencia de esa estúpida posición es que, hoy por hoy (escribo en febrero de 2017), toda reforma constitucional va a verse forzada a dos cosas: un consenso mucho más amplio que el anterior, y la celebración casi necesaria de un referéndum. Como no se va a producir ninguna de las dos cosas, la Constitución se va a deteriorar seriamente, si es que no lo está ya. Desde luego, el llamado sentimiento constitucional no levanta cabeza. Ya estamos pasando de la rigidez al *rigor*. Pero en cuanto a los dos preceptos se refiere, admito que hay argumentos nada desdeñables contra la interpretación formalista del primero y su aplicación al segundo, aunque me parece que las razones para negarlo son mucho más oscuras que las razones para afirmarlo, que pueden presentarse limpiamente desde la lógica más estricta. Pero la interpretación estricta que yo proponía del 168 me parece bien fundada, tanto en la elaboración de la Constitución como en la semántica más pura que quepa imaginar. Pero me parece que todo esto está empezando a ser ya una variante del llorar por la leche derramada. Y la excesiva rigidez, que parece ser la apuesta de Rafael, una suerte de suicidio constitucional. Y a mí eso me pesa.

Ya he tenido la oportunidad de decir alguna vez que admiro mucho a **Félix OVEJERO**. Me parece ser uno de los pocos bastiones desde los que la racionalidad habla claramente en Cataluña. Es como el niño que grita que el rey está desnudo. Y dado que tanto en el cuento de Andersen como en Cataluña, el rey está en realidad desnudo, la voz de Félix resulta impagable. A lo mejor esta coincidencia mía con él se deriva, como afirma, de que no soy nada nacionalista, y el relato nacionalista es precisamente el traje nuevo del emperador. Y dado que no soy nacionalista, tampoco soy españolista. Se me antoja, desde luego, que las sociedades han de tener un modo común de articulación para ser tales. Pero tengo muchas dudas sobre la naturaleza de ese vínculo común. En todo caso no participo en absoluto del mito del carácter nacional. Y menos en los tiempos que corren. Los arquetipos nacionales no son más que tópicos y prejuicios (en pro y en contra). Y eso de que hay una colectividad de personas que «quiere ser», me parece muy poético pero carente de significado. No sé si eso me trasladará desde mi inicial y vocacional a-nacionalismo al anti-nacionalismo, pero desde luego me parece muy necesario recordar incesantemente algunas cosas de los nacionalistas: la primera de ellas es que, digan lo que digan, secretan lo que Luis RODRÍGUEZ ABASCAL ha llamado «fronteras interiores», es decir, actitudes de discriminación implícita hacia los que no son nuestros nacionales. Si uno se identifica moralmente por su pertenencia al grupo, los que no son de aquí tienen otra identidad moral. A partir de ahí, vienen otras muchas cosas, algunas de ellas, y según quien mantenga esa actitud, tremebundas. Pero

hasta las menos lesivas determinan que un medio ambiente nacionalista exija de quienes lo ponen en cuestión actitudes heroicas. Este es el caso de Félix, que seguramente está destinado a no ser catedrático en Cataluña, aunque su curriculum sea muy superior al de tantos. Pero él carece del supuesto nimbo moral que adorna las cabezas de los autóctonos. Como es sabido las acciones supererogatorias no son debidas, y seguramente por eso son admirables. Félix, desde luego, merece toda nuestra admiración.

Siempre me ha sorprendido una idea que me parece esconder una contradicción, y me aprovecho del artículo de nuestro querido **Julián SAUQUILLO** para traerla aquí ahora. Porque creo que esa posición la mantiene también Julián. Hay algunos historiadores «posmodernos». En los últimos años han proliferado. Lo que añade a los historiadores eso de ser «posmodernos» es que piensan que es imposible retrotraerse a tiempos anteriores porque nos faltan las herramientas epistémicas para conocer y penetrar el significado de los hechos y las palabras de esos tiempos. Lo que me sorprende de esos historiadores es que no cambien de profesión. Afortunadamente, Julián no es historiador, porque también mantiene que, cito, «nadie puede trascender el presente para desentrañar con certeza el pasado. Pretender adentrarse en el túnel del tiempo con billete de regreso en tan difícil como saltar por encima de nuestra propia sombra». Ahora bien, Julián, que no es estrictamente hablando un historiador, es sin embargo un gran erudito y conocedor de la historia del pensamiento, de los clásicos. Y a ese respecto me pregunta —se pregunta— qué diálogo mantengo yo con los clásicos. Me complace mucho responder a esa pregunta (para después devolvérsela yo a él). Veamos. Para mí «clásico» no puede significar otra cosa que «vivo». Los clásicos son clásicos porque están vivos; lo son porque de algún modo nos interpelan, nos preguntan, nos provocan. Es decir, transmiten con sus palabras ideas, problemas, afirmaciones que hoy parecen servirnos en nuestra peripecia actual. Y ¿cómo podría esto tener lugar si ellos no se dirigían a nosotros y nosotros —según tantos hoy— no podemos entenderlos? ¿Cómo es que algunos de ellos nos alcanzan, nos vulneran, y otros que escribieron en sus días no lo hacen, es decir, no son considerados clásicos sino simplemente piezas arqueológicas para el especialista? Y la pregunta que es talón de Aquiles para tantos escépticos: ¿Cómo podemos saber que no los entendemos? Al contrario de esto, a mí me parece que los entiendo, y sobre todo me parece que ellos me entienden a mí de una manera profunda y especial, que conocen mis preocupaciones y mis experiencias con una luminosidad y un rigor fulgurantes. Creo que Julián tendrá que enfrentarse alguna vez con estas preguntas, si es que quiere seguir frecuentando a los clásicos.

Al final de su escrito, Julián afirma que hoy en día tiendo a confiar más en la fortaleza de las instituciones que en la reforma educativa. Esto no es del todo así. Las instituciones no son más que entramados de normas para alcanzar fines y resolver problemas. Si lo hacen razonablemente bien, son indispensables en cualquier comunidad. Si los miembros de la comunidad no confían en ellas, sucede lo que ya decía Maquiavelo (si es que podemos entenderle): «Y cuando la suerte hace que, como a veces ocurre, el pueblo no tenga fe en nadie al haber sido engañado antes, o por las cosas o por los hombres, se dirige necesariamente a la ruina» (*Discorsi*, L. I, § 53). Respecto a la educación, sigue pareciéndome una condición necesaria de todo proceso civilizatorio, y en particular del proceso democrático. Pero no es una condición suficiente. Creo recordar que fue Ernesto SÁBATO el que advirtió contra el exceso de confianza

en la educación. Si los seres humanos son malos, decía, peor serán cuanto más sepan. Y educar en las virtudes es algo que tiene una merecida mala fama. Sin embargo yo sigo creyendo que lo peor que puede darse en una sociedad es la ignorancia, y más en sociedades ricas como la nuestra, en las que la ignorancia es arrogante y osada.

Y como colofón, la idea brillante de **Ramón Vargas Machuca:** el valor epistémico de la amistad. Cualquier cosa que suponga Ramón haber aprendido de nosotros no tiene comparación con todo lo que se aprende rodeado de amigos y colegas sabios y desprendidos como él y los que han protagonizado estas páginas. Por eso es tan estúpido y corto de vista el narcisismo de tantos profesores de universidad. Porque lo que sabemos, como dijeron también Giner y Machado, y tantos otros, lo sabemos entre todos. De ahí que tengamos que ser desinteresados y abiertos, porque cuanto más pongamos nuestras ideas a disposición de los demás, más sabremos nosotros. El valor que tiene el gran gesto de prodigalidad que ha tenido con nosotros Ramón y todos nuestros amigos y colegas al participar en este homenaje, no lo tiene tanto por lo que nuestras ideas puedan valer, sino porque con él se han entregado a un ejercicio colectivo de reflexión y conocimiento que constituye todo un ejemplo de vida universitaria con el que todos hemos aprendido más.

Y hablando de amistad, no puedo terminar sin enviar un abrazo a dos colegas y amigos en sentido fuerte: me refiero a **Pablo de Lora** y a **Jorge Malem**. Por gratitud y por justicia he tratado de hacer alguna observación, por desmadejada que fuera, a todos los que han enviado sus pequeñas observaciones, pero ellos —¡benditos sean!— no han hecho ninguna observación a mis ideas, sino a las de Liborio. Esa es la razón de que les envíe solo un abrazo, pero ellos tienen que saber que un buen abrazo es tan valioso como la mejor de las cogitaciones académicas. Un abrazo para ellos y para todos los demás.

FILOSOFÍA DEL DERECHO EN LA UAM (GÉNESIS, CONFLICTOS, NORMALIZACIÓN)

Elías Díaz
Universidad Autónoma de Madrid

La sesión de trabajo conmemorativa de la jubilación de los catedráticos iusfilosóficos Francisco LAPORTA y Liborio HIERRO, celebrada el pasado noviembre de este su año de 2016 en nuestra Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (UAM), constituye en la línea general de las ponencias un muy serio y detallado análisis de sus más importantes obras: sometidas al plural «juicio externo» de colegas de otras Universidades españolas, no en esta ocasión al ¿interno y externo? de la propia UAM. Este es el contenido fundamental que va ahora en estas páginas de *Doxa*. Pero junto a ello, y precisamente por ello, nos parecía (a mí mismo y al principal organizador aquí de todo esto, el catedrático más *senior*, Alfonso RUIZ MIGUEL) que también la circunstancia resultaba oportuna y de lo más propicia para, contando con aquellos, evocar y poner también por escrito una especie de «memoria» e «historia», yendo hacia atrás y al trasfondo de esta presente sesión, con algunos de los rasgos y caracteres explicativos acerca del inicio y consolidación en ella de lo que habría sido Área, Departamento o sencillamente un grupo común de docentes e investigadores interesados en la Filosofía del Derecho. Me ha correspondido a mí llevarlo a cabo en estas líneas, a modo de epílogo, como jubilado más antiguo del equipo (2004), doce años anterior, pero también según esa cronológica condición como instigador y configurador allá por los años sesenta (¡del pasado siglo!) del núcleo germinal de ese grupo informal siempre en abierto proceso crítico (y autocrítico) de plural desarrollo y evolución.

El punto de partida, la fecha, de esa necesaria mirada retrospectiva bien podría situarse en 1960 y en la Facultad de Derecho de la Universidad Central (luego Complutense) de Madrid. Fue, en efecto, en ese año cuando el profesor Joaquín RUIZ-GIMÉNEZ —referencia inicial del posterior grupo— accede allí mediante concurso oposición a la cátedra de Filosofía del Derecho, enseguida colaborando quien esto escribe como ayudante en ella, tras mi doctorado (1959 y 1960) en la Universidad de Bolonia. Yo le había conocido personalmente, como directo alumno suyo, en la primavera de 1956 cuando, escasas semanas después de ser destituido por Franco como ministro de Educación, a consecuencia de los altercados estudiantiles y otros acontecimientos heterodoxos protagonizados por el mundo de la cultura, se reincorporaba a sus tareas docentes en la Universidad de Salamanca todavía dentro de ese curso de 1955-1956. Allí es donde, tras graduarme ese mismo año, comencé yo a colaborar con él, luego como digo en 1960 en la Universidad de Madrid, como ayudante de su cátedra de Filosofía del Derecho. De ese largo y lento tiempo suyo en Salamanca, entre 1956-1960 (in-

DOI: 10.14198/DOXA2017.esp.43
DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, edición especial (2017) ISSN: 0214-8676 pp. 327-341

tercalado por mis dos semestres del doctorado en Italia), puedo dar testimonio directo de la importante y progresiva evolución del pensamiento político y filosófico-jurídico de Joaquín RUIZ-GIMÉNEZ que le iba a conducir por de pronto a la creación, en 1963, de la revista mensual y la casa editorial de pensamiento y política que fue *Cuadernos para el Diálogo.*

Así recordará aquel tras su cese como ministro en 1956: «Y efectivamente me volvía a la Universidad. Y esa vuelta a la Universidad de Salamanca fue —anoto yo lo dicho en palabras de un cristiano como él— mi camino de Damasco. Yo creo, sinceramente, que —añade— fue aquí el contacto con una generación de universitarios jóvenes, muchachos de dieciocho, diecinueve años, que no habían vivido nuestra guerra civil, que ya pensaban de otra manera, que ya no querían seguir el esquema de las dos Españas respectivamente enfrentadas. Y yo —confiesa RUIZ-GIMÉNEZ— me lancé por esa vía ya entonces. Salamanca me permitió entablar —resalta sobre una cuestión decisiva tiempo después— una amistad muy profunda con Enrique Tierno Galván» [...] «sobre todo tuvimos alumnos comunes: Elías Díaz, Raúl Morodo, Fernando Ledesma fueron alumnos nuestros en Salamanca. De él y míos». TIERNO GALVÁN había llegado a la Universidad de Salamanca en el curso 1953-1954 y enseguida había logrado amplio y carismático seguimiento entre los estudiantes que asistían (asistíamos) a sus clases y seminarios. En otros escritos míos he subrayado la importancia, el sentido profundo de aquellas incipientes relaciones con Enrique TIERNO GALVÁN. Más o menos directas o indirectas significaban para RUIZ-GIMÉNEZ en esos momentos algo más inquietante, un mundo distinto y distante en teorías y en prácticas del suyo habitual y tradicional.

Para la Salamanca pontificia y ganadera de los años cincuenta he resaltado yo la siguiente triada diferencial entre ambos profesores de su Universidad, con lo que en ese tiempo aquello social y políticamente significaba: TIERNO GALVÁN era un vencido de la Guerra Civil, un agnóstico en religión y un socialista marxista (a su modo); RUIZ-GIMÉNEZ era un vencedor en la contienda civil, un cristiano muy eclesial, un político del régimen franquista, aunque en claro, lento y sincero despegue de él. Clase social y cultura de fondo también los separaba: uno con la filosofía racionalista (incluida su reducción analítica), libertaria y laica derivada de la Ilustración; otro, con raíces clásicas en la filosofía escolástica y en el iusnaturalismo católico, si bien nunca dogmáticamente esgrimido. La verdad es que esos principios de la relación no fueron fáciles, aunque dejaron su huella y su preocupación latente para tiempos posteriores, incluso en la preparación de la transición a la democracia. Raúl MORODO —el impulsor político de Tierno— me atribuye en mi función de ayudante incitador democrático de RUIZ JIMÉNEZ (como buenos amigos yo también a él) «actuar de puente eficaz entre los dos grupos y, personalmente entre TIERNO y RUIZ-GIMÉNEZ». Algo de ello hicimos a estos efectos y en este sentido Raúl MORODO y yo mismo.

Por lo que se refiere y aquí más interesa, en relación con la filosofía jurídica de RUIZ-GIMÉNEZ, expresada después no tanto en libros individuales como en numerosos artículos de *Cuadernos para el Diálogo,* en obras colectivas o en conferencias sin posterior publicación o recopilación, se va a iniciar e ir claramente produciendo en conexión con lo ya antes indicado y a partir de su iusnaturalismo inicial, una pausada pero progresiva evolución cifrada, a mi juicio, en tres postulados fundamentales íntimamente trabados entre sí. Primero, la invocación constatable cada vez menor de

un inevitable derecho natural objetivo y, en cambio, un cada vez mayor y más fuerte énfasis en los derechos naturales (derechos humanos) subjetivos: ese cambio de perspectiva, me parece, fue en él fundamental. Segundo, la preocupación prevalente por la realización práctica y efectiva de tales derechos, en especial de los derechos sociales. Suelo yo insistir hoy en que (sin involucrar para nada a DWORKIN) Joaquín RUIZ-GIMÉNEZ fue, entre nosotros, uno de quienes más practicó, con muy serios compromisos personales la máxima de «tomarse en serio los derechos», siempre buscando también las mejores interpretaciones de los muy escasos derechos que aquí eran por entonces formalmente legales. Como bien ha subrayado el profesor Liborio HIERRO, a propósito de esa mencionada evolución, RUIZ-GIMÉNEZ pasó en su filosofía de, en una primera etapa, la fundamentación de los fundamentos a una posterior de realización de los fundamentos con lo que —señala quizás con alguna exageración— renunció a interpretar la filosofía del derecho y se dedicó a realizarla. El centro de esta actividad —concluye aquel— fue, por supuesto, *Cuadernos para el Diálogo.* En tercer lugar yo anotaría su matizada pero firme aproximación a una filosofía ética con más positiva base en el respeto a la conciencia individual, a la autonomía moral personal, al ser humano como agente moral: de siempre en él a la dignidad humana; y, en efecto, al diálogo como vía para el cognoscitivismo ético y la objetividad de los valores. ¿Cristiano cada vez más kantiano? Ahí quedan estas breves propuestas mías para un posible y necesario mejor conocimiento y, a la vez, crítico reconocimiento sobre el conjunto de su filosofía ética política y jurídica.

No se trata aquí de dar (darnos) bibliografía. Pero por si acaso reenviaré con muchos más datos a, entre otros, mi escrito: «Joaquín RUIZ-GIMÉNEZ: un camino hacia la democracia», incluido en mi libro *De la Institución a la Constitución. Política y cultura en la España del siglo XX*. (Madrid, Trotta, 2009), válido también para otras cuestiones, de un tiempo y un país, aquí tratadas. Y, por supuesto, siempre nos quedarán los tres extensos volúmenes de Joaquín RUIZ-GIMÉNEZ, *Diarios de una vida* (aparecidos entre 2013 y 2017) en especial, para las circunstancias que aquí se aluden, en relación con el contexto de la UCM y la propia UAM en aquellos tensos años, el volumen primero precisamente sobre este nuestro periodo 1967-1978.

La Universidad (estudiantes y jóvenes profesores) y, más aún, amplios sectores de la clase obrera, sindical, en pluralidad, las fuerzas del trabajo y de la cultura, enmarcados o no en los partidos políticos de la oposición, fueron los principales puntales en esos años 60 de la lucha teórica y práctica contra la dictadura y por la democracia. Para los escépticos, citaré aquí dos importantes testimonios diferentes pero también coincidentes en esa mi aseveración. Uno, el de Juan PABLO FUSI: «Desde finales de la década de 1950, la cultura de la oposición desempeñaría —al menos en los ambientes universitarios— el papel de conciencia crítica de la sociedad y, como tal, su mera existencia, cualquiera que fuese su calidad, contribuyó sustancialmente a erosionar los fundamentos ideológicos del franquismo y a crear las ideas y valores sobre los que se fundamenta la futura democracia del país». Otro testimonio el de, por ejemplo, Manuel VÁZQUEZ MONTALBÁN: «La lucha contra el franquismo desde el estamento intelectual fue un empeño por la reconstrucción de la razón frente a todos los irracionalismos que sostenían la quimera de la cultura autárquica [...] aquella oposición, con todos sus matices ideológicos, tenía una cultura porque tenía una conciencia del cambio caracterizada por la

negación de todas las miserias de un poder miserable». Este era en líneas generales el ámbito, el caldo de cultivo en que desde actitudes plurales se movían y actuaban las continuas protestas de los estudiantes y profesores, las que en 1965, por su solidaridad, darían lugar a la expulsión de ARANGUREN, TIERNO, GARCÍA CALVO, AGUILAR NAVARRO y otros catedráticos de la Universidad. Fue entonces cuando desde Barcelona José María VALVERDE (catedrático de Estética) dimitiría uniéndose al primero de aquellos (ARANGUREN, catedrático de Ética) con el enseguida famosísimo telegrama dirigido al poder ministerial: *Nulla aesthetica sine ethica*.

Pero el activismo, la práctica, la *praxis*, exigía también el pensar, el debate, la discusión, la teoría. Así, aunque parezca extraño, aquellos estudiantes, al menos los más cualificados, eran también con frecuencia grandes lectores, indagadores, discutidores, constructores de «relatos» (dirían hoy), de perspectivas, de nuevas filosofías: así mismo ocurría en el mundo del derecho al que yo me estoy refiriendo aquí de manera preferente. En la cátedra de RUIZ-GIMÉNEZ y con la referencia y apoyo suyo, conmigo (ya de vuelta de Alemania durante varios meses de 1961-1962), como profesor adjunto por oposición desde 1964, y con la posterior incorporación del gran movilizador Gregorio PECES-BARBA cómo ayudante, se habían ido autoseleccionando cerca de nosotros una serie de estudiantes interesados por nuestras clases teóricas o prácticas y también por algunas de nuestras publicaciones. Entre ellas, se me permitirá mencionar aquí mi libro de 1966 *Estado de Derecho y sociedad democrática* (adelantado en parte en 1961 y 1963), publicado por la editorial de *Cuadernos para el Diálogo*, libro que fue inmediatamente secuestrado por la policía política al servicio del ministro (*sic!*) de Información Manuel Fraga Iribarne, ahora en este otoño de 2016 hace exactamente cincuenta años. Al final, tras pasar por el TOP (Tribunal de Orden Político) pudo circular, aún mejor con esa propaganda no querida y añadida. En efecto, resultaba raro que un libro que hablaba de lo que autores muy autorizados en toda Europa decían que era el Estado de Derecho no pudiera ser publicado y leído bajo un régimen que ya entonces tenía la osadía, frustrada, de pretender presentarse a toda costa como un (o el) verdadero Estado de Derecho.

A lo largo de esa segunda mitad de esos años sesenta entre esos mencionados estudiantes cualificados que brujuleaban entre nosotros y mostraban un alto interés por la Filosofía del Derecho destacaron enseguida un pequeño grupo muy competente que eran también amigos entre sí y que compartían amplia y seleccionada información de lecturas, ideas y propósitos profesionales universitarios. Contando con el total beneplácito de RUIZ-GIMÉNEZ, había yo planeado con ellos una línea de investigación de tesis doctorales orientadas a la reincorporación del pensamiento heterodoxo español del siglo XX, centrado fundamentalmente en gentes, pensadores e investigadores vinculados a la «Institución Libre de Enseñanza», a sus precedentes en la filosofía krausista (yo mismo publicaría algunos artículos en esos años y un libro después en 1973) así como a sus derivaciones hacia profesores y escritores demócratas y socialistas. Casi todos ellos, pospuestos o silenciados en nuestro país tras la guerra civil, había ahora que recuperar contribuyendo a su mejor y más amplio conocimiento y difusión. Eran esos nuestros estudiantes muy cualificados quienes alcanzaron así su título de doctor, nada menos que Emilio LAMO DE ESPINOSA (sobre Julián BESTEIRO, 1972), Francisco LAPORTA (sobre Adolfo POSADA, 1973), Virgilio ZAPATERO (sobre Fernando DE LOS

RÍOS, 1973) y otros más colaterales, pocos años después, como Manuel NÚÑEZ ENCABO (sobre Manuel SALES Y FERRÉ, 1975) y Eusebio FERNÁNDEZ (sobre ideología y ciencia, influencias en el socialismo español, 1978). Por la cátedra de RUIZ-GIMÉNEZ pasaron también en diferentes momentos sin proseguir después allí, pero dejando su huella personal e intelectual, Leopoldo TORRES BOURSAULT, Juan Antonio ORTEGA DÍAZ-AMBRONA, Manuel DE LA ROCHA RUBÍ, Eduardo SERRA REXACH, José Manuel ROMERO o Fidelio FRAILE; otros emigrarían, con gran éxito, a la Facultad de Sociología como el propio Emilio LAMO, Carlos MOYA, José María MARAVALL, Julio RODRÍGUEZ ARAMBERRI, Luis RODRÍGUEZ ZÚÑIGA, José Enrique RODRÍGUEZ IBÁÑEZ, Ángel ZARAGOZA o Restituto SIERRA. De aquel tiempo (años sesenta) quedó pendiente la *non-nata* tesis de Alejandro PEDROSA —tema con insistencia propuesto entonces por mí y que, pienso, valdría también para hoy— sobre la filosofía jurídica de los juristas españoles (profesores, jueces o letrados) durante el periodo de la dictadura franquista: animaría a alguien a volver sobre ello.

De aquel grupo y núcleo inicial de alumnos directos de la Complutense, eran de la misma edad Francisco LAPORTA, Liborio HIERRO y Virgilio ZAPATERO, los tres jubilados en este 2016, los dos primeros en la UAM y el tercero ya como ex rector en la Universidad de Alcalá. Liborio HIERRO a causa de su mayor dedicación por entonces al ejercicio profesional como abogado, vio retrasada en algunos años la preparación y redacción de su tesis doctoral. La haría ya avanzando el periodo UAM y tras la publicación en 1971 de mi libro *Sociología y Filosofía del Derecho*, deudor de KELSEN, BOBBIO, HART y otros de los grandes. Con ello prolongábamos aquel primer ciclo de tesis doctorales hispánicas para abrir, con similar propósito, un nuevo segundo ciclo en tiempos ya más cercanos a los años finales del arcaico régimen y los comienzos de lo que sería la transición a la democracia. Ahora se trataba de habérnoslas y de continuar incorporando autores y tendencias foráneas de resaltada influencia y trascendencia contemporánea en la Filosofía del Derecho. Evitando la reiteración de lo ya bien hecho por otros (por ejemplo, 1975, Albert CALSAMIGLIA sobre KELSEN), Liborio HIERRO escribió su tesis doctoral sobre el realismo jurídico escandinavo, presentada en 1979. Manuel ATIENZA (amigo y colaborador desde mi tiempo, ya hablaré de ello, en la Universidad de Oviedo), había hecho lo propio —también a instancias mías— sobre la filosofía jurídica en Latinoamérica (1976). Más adelante en esa vía, en ese segundo ciclo —ya en los años ochenta—, estarían las tesis de Alfonso RUIZ MIGUEL (sobre Norberto BOBBIO, 1982), Juan RUIZ MANERO (sobre Antonio LABRIOLA, 1982), o Joaquín ALMOGUERA (sobre Umberto CERRONI, 1983). Desde aquellos sesenta y setenta Liborio HIERRO, que iría adentrándose ya por entonces en el decisivo tema de los derechos humanos (razón de ser del Estado de Derecho), colaboró asimismo, con alguna publicación, en la cátedra de RUIZ-GIMÉNEZ en la UCM y con el entonces ayudante, activísimo y fraternal amigo, Gregorio PECES-BARBA. Este dirigió después (1982) la tesis doctoral de Juan Ramón DE PÁRAMO sobre filosofía analítica y teoría del Derecho en Herbert L. A. HART y otras posteriores, prosiguiendo siempre su incansable tarea durante largos años en y desde la Universidad Carlos III de Madrid por él fundada y dirigida como Rector: falleció —todos le recordamos— el 24 de junio de 2012.

Pero aún con todas esas rememoraciones de tesis doctorales y jóvenes iusfilósofos, se impone todavía volver atrás en esta narración. Estábamos en 1968 en la UCM, in-

mersos, no se olvide, en el largo e intenso tiempo de frontera con la que después sería nuestra UAM fundada como es bien sabido en ese 1968 y que pronto cumplirá en 2018 el medio siglo de edad. Fue un año este de 1968 que ha pasado justificadamente a la posteridad y con resonancia mundial. Año en el cenit de las revoluciones estudiantiles, aquel «mayo francés» o en Universidades de Estados Unidos, Alemania, toda Europa (occidental y, de otro modo, en la oriental) con líderes jóvenes muy conocidos: también en México, allí lo vivió como profesor invitado nuestro buen amigo también iusfilósofo Luis GARCÍA SAN MIGUEL, con impacto y negativa reacción. Asimismo en España, esa generación del 68 —tengo yo escrito enlazando aquí frente al franquismo con las propuestas y exigencias de la generación del 56 (más institucional)—, priorizaba la acción en los entonces «nuevos movimientos sociales», feministas, pacifistas, ecologistas, etc., la lucha por las libertades cívicas, la liberalización de las costumbres, las plurales diferencias sexuales, raciales, etc., como fundamentales elementos de su caracterización. En nuestro país la fuerza del 68 se prolongó por el lado contrario y de manera violenta en enero de 1969: el asesinato en manos de la policía de Enrique Ruano, muy cercano alumno nuestro en la Facultad de Derecho de la UCM, a finales de ese mes. Y a los pocos días, la declaración del «estado de excepción en todo el territorio nacional», con detenciones policiales de centenares de estudiantes y en Madrid de una veintena de profesores (el 30 de enero a altas horas de la noche) para ser conducidos, primero a la Dirección General de Seguridad y, después, de madrugada e individualmente al confinamiento en diferentes pequeños pueblos: así nos ocurrió, entre ellos, para el ámbito del que hablamos aquí, a Gregorio PECES-BARBA (Santa María del Campo, provincia de Burgos) y a mí mismo (Villargordo en la provincia de Jaén) durante el tiempo, unos dos meses que duró el «estado de excepción». Finalizado el confinamiento, ante la gravedad de la situación, se me hizo una invitación, que acepté, para trabajar durante el curso siguiente (1969-1970) como profesor invitado en la Universidad de Pittsburgh en los Estados Unidos: tuve la posibilidad y la tentación de convertirme en profesor exiliado en aquel país, pero —cumplido mi compromiso allí— decidí (decidimos toda la familia) regresar a Madrid, a mi puesto todavía de profesor adjunto en la UCM.

Pero iba a ser ya enseguida profesor de la UAM. En 1970 el Rector de ella, Luis SÁNCHEZ AGESTA, y el Decano de la Facultad de Derecho, Aurelio MENÉNDEZ, le venían ofreciendo e instando amigablemente a Joaquín RUIZ-GIMÉNEZ para que aceptase el traslado como catedrático a la nueva Universidad madrileña que iba a comenzar a impartir, por entonces, los cursos relacionados con la Filosofía del Derecho. En medio de grandes dudas y reservas sobre su decisión, nos informaba a los miembros de su equipo, incluidos los más cercanos ayudantes, de la existencia de tal operación, asegurándonos nuestra situación en torno a él. Así lo recogía textualmente en sus aquí ya mencionados *Diarios de una vida* (p. 301) donde escribe RUIZ-GIMÉNEZ en aquel octubre de 1970: «El lunes 19 empecé el cursillo de tres lecciones en la recién nacida Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Tanto el Rector —SÁNCHEZ AGESTA— como el Decano, AURELIO MENÉNDEZ, tuvieron la amabilidad de invitarme a inaugurar la Facultad (con la disciplina *Introducción al Derecho*) con unas conferencias-diálogo sobre el concepto y los fines del Derecho. La primera me salió un poco desordenada, aunque tal vez cálida y problemática. Las otras dos (el miércoles 21 y el jueves 22) fueron más sistemáticas y «científicas». Creo que serias y con sentido, pero no logré el mismo diálogo que con mis alumnos de la vieja Facultad Complutense (como ahora

la llamamos para distinguirla de la Autónoma). En todo caso, la realidad es que Aurelio me tienta (y por ello almorzamos mano a mano el jueves) a que pase a la Autónoma. Diría que sí, aunque me cuesta un poco. Diría sí, con la condición principalmente, de llevarme a todo mi equipo: Elías, Gregorio, Julio, etc., para iniciar en la nueva Facultad una unión de Filosofía del Derecho y Sociología Jurídica, más ancha que la que es hoy posible en la Complutense (por la presión de los otros grupos) ¡Esperemos un poco!» Hasta aquí, con puntos y comas, las palabras de RUIZ-GIMÉNEZ.

Hay otras varias anotaciones sobre esta cuestión, en sus *Diarios* del 7 y 24 de noviembre de ese mismo 1970: en la primera para apuntar que «me había llamado Aurelio MENÉNDEZ y le vi un momento para concretar lo de nuestra posible incorporación a la Autónoma ¡Veremos!»; y, dos días más tarde, en la segunda de ellas, da cuenta de «una cena con Aurelio MENÉNDEZ, Elías y Juan Miguel —me parece que era Juan Luis IGLESIAS, precisión de este transcriptor— a fin de tratar de nuestra posible incorporación en equipo a la Universidad Autónoma, cena que resultó muy grata» (pp. 307 y 316 de los mencionados *Diarios*). Creo que fue después de esas fechas, casi de final del año o comienzos de 1971, cuando tomó la decisión de permanecer él personalmente en su UCM —donde en lejanos tiempos había cursado sus estudios— y cuando propuso al Decano de la UAM que fuese yo, el profesor adjunto con ya experiencia de varios años, quien manteniendo las relaciones y vínculos comunes intelectuales y académicos con el equipo originario, me encargase de aquellas tareas docentes e investigadoras en la nueva Universidad. Acepté enseguida y allá nos fuimos, pues, al campus de Cantoblanco con los jóvenes doctorandos, algunos de ellos ya próximos doctores, Francisco LAPORTA, Virgilio ZAPATERO, Liborio HIERRO, Joaquín ALMOGUERA y Alejandro PEDROSA. Con RUIZ-GIMÉNEZ permanecerían en la UCM, Gregorio PECES-BARBA, reciente doctor y profesor adjunto en ese mismo 1970, con Julio RODRÍGUEZ ARAMBERRI, Leopoldo TORRES y algunos más (pp. 297-298 de los *Diarios*). Teníamos yo por mi parte, así como todo el nuevo equipo, la plena aceptación manifestada expresamente por profesores y catedráticos de la Facultad de Derecho de la UAM y de su decano Aurelio MENÉNDEZ, apoyo que se mantendría firme e inalterable cuando muy poco después (Decanos Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO y Juan Antonio CARRILLO SALCEDO) tuvimos que enfrentarnos a los conflictos y obstáculos planteados contra nosotros desde las altas esferas gubernamentales bajo el ministerio del inefable Julio RODRÍGUEZ (1971-1974) y en todo ese tiempo (1971-1977) desde los poderes corporativos ejercidos por el catedrático iusfilósofo, representante del más reaccionario ultratradicionalismo e imperial-catolicismo, Francisco ELÍAS DE TEJADA Y SPINOLA (1974-1977, con punto clave y grave de inflexión en octubre, precisamente, de 1975). (Quien tenga la malsana y morbosa curiosidad de conocer mejor a esta persona y a sus actuaciones en esos tiempos en relación con las oposiciones a cátedras podrá recurrir a la extensa entrevista que este 2016 el profesor Benjamín RIVAYA ha tenido la generosidad de hacerme para la revista «Diálogos Jurídicos» que edita la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo).

En ese primer curso en la Facultad de Derecho de la UAM inaugurado, como veíamos, por Joaquín RUIZ-GIMÉNEZ en octubre de 1970, la asignatura de «Introducción al Derecho» fue por el momento provisionalmente asumida por profesores de otras materias más o menos afines a la «Filosofía del Derecho» la cual como más básica y central correspondía ya al tercer curso, es decir, al año 1972-1973 en que ya nos

correspondió explicarla al nuevo equipo venido de la UCM. De hecho con fecha 20 de mayo de 1972 fue cuando firmé yo un «contrato de prestación de servicios como profesor de la Universidad Autónoma de Madrid, con categoría de profesor Agregado en régimen de dedicación exclusiva y Director interino del Departamento de Filosofía y Sociología del Derecho de la Facultad de Derecho por un periodo de dos años (de 1 de octubre de 1972 a 30 de septiembre de 1974) prorrogables por otros dos». En este nuestro inicial curso y año —en que supongo, utilizaríamos ya mi reciente libro *Sociología y Filosofía del Derecho*, publicado en 1971— tuvimos como destacado alumno al joven Alfonso RUIZ MIGUEL, quien (¡debimos de hacerlo muy bien!) en 1982, diez años después de aquel primer encuentro, sería doctor en Filosofía del Derecho con su ya mencionada tesis sobre «Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio». Emprendía así un itinerario académico que le llevaría en este actual 2016 a ser el catedrático en activo más antiguo en nuestra área iusfilosófica y muy activo organizador de este encuentro jubilar y de homenaje a los colegas Francisco LAPORTA SAN MIGUEL y Liborio HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR. Pero volvamos de nuevo atrás, a pesar de que el tiempo nos alcanza a todos, en concreto a aquella conflictiva primera mitad de los años setenta, incluyendo también a Virgilio ZAPATERO en este núcleo básico inicial, también jubilado —ya se recordó aquí— en este mismo año de 2016 como catedrático y ex Rector de la Universidad de Alcalá.

En esos primeros años (1971-1974) de nuestra incorporación y de trabajo en la UAM, fueron frecuentes las dificultades que, como dije, intentó en ella crearnos infructuosamente aquel, desde junio de 1973, ministro del gobierno Luis Carrero Blanco, inventor del «calendario juliano», así como su director general Luis SUÁREZ FERNÁNDEZ. Al propio tiempo, además yo tenía que estar, a la vez, absolutamente dedicado a la preparación final de los ejercicios para las cátedras de las Universidades de Zaragoza y Oviedo convocadas años antes y, sobre todo, más aún, a la lucha y superación de los interminables ataques y obstáculos de todo tipo, políticos y académicos, que el catedrático ya aludido, Francisco ELÍAS DE TEJADA, iba constante y apremiantemente presentando desde dentro y fuera de ellas intentando impedir nuestra consolidación en la UAM. Pero, por de pronto, en medio de tales incidentes y conflictos, aquellas casi legendarias oposiciones terminaron felizmente en 1974 con la decisión de los restos sanos del Tribunal, la triada formada por los resistentes profesores Felipe GONZÁLEZ VICÉN, José DELGADO PINTO y Nicolás LÓPEZ CALERA, en favor de la propuesta de nombramiento para los aspirantes Juan José GIL CREMADES (Zaragoza) y Elías DÍAZ (Oviedo). Fueron años de verdad trepidantes, complicados y desbordantes para mí (y para Maite e hijos). Escribí otros dos libros más, sobre la filosofía social krausista (1973) y sobre los intelectuales bajo/contra el franquismo (1974); por entonces, grupos socialistas empezamos a publicar la revista de ciencias sociales *Sistema* bajo mi dirección formal y efectiva en enero de 1973; y siempre además, en el día a día, los tales conflictos para la cátedra. Pero si vuelvo yo ahora a recordar aquí aquellas, creo que casi famosas interminables oposiciones —en mi caso siete años desde que firmé la convocatoria de Oviedo en 1967— no es tanto por motivos personales individuales (que también) sino sobre todo porque del resultado de ellas, no se olvide, dependía gran parte de nuestro apenas iniciado futuro como equipo de docentes e investigadores de la UAM. Eran, por decirlo en lenguaje un tanto solemne, de fundamental, sustancial y substantiva importancia para la posibilidad de los proyectos de nuestra Filosofía del

Derecho en la UAM. Por eso se oponían tan fieramente los obsesivos adversarios, políticos y académicos, de aquella. Lo que esta nuestra peligrosa propuesta iusfilosófica era o podía llegar a ser, es decir, el contenido concreto y plural de ella, es algo que puede y debe encontrarse, claro está, en los libros, tesis doctorales y artículos antes y en ese tiempo producidos por sus componentes, algunos ya citados y otros por citar: era, por lo demás lo que en Europa (y demás) era plenamente normal y lo que la mejor de ella aspiraba a ser.

Aunque satisfechos e, incluso, ilusionados con nuestro inicial trabajo en la UAM, pronto veríamos que la situación en aquellas condiciones (un organigrama compuesto por solo un profesor adjunto y varios colaboradores, unos todavía doctorandos y otros muy recientes doctores), además de su provisionalidad implicaba asimismo alguna hipotética precariedad, al no contar con un catedrático, digamos, institucional, como era habitual en la mayor parte de las otras Áreas de conocimiento. Y lo era así, con alguna inquietud e incertidumbre nuestra, no por lo que se refería a la propia Facultad que aprobaba plenamente y sin fisuras el proyecto y nuestras tareas docentes e investigadoras dentro de él, sino por el riesgo de ser posible y fácil presa para candidatos informalmente no tomados en cuenta por la UAM (esta era en ello autónoma de verdad) o, peor aún, para destructores depredadores académicos sin más. Ese era el caso precisamente del ya tan citado y muy conocido catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Sevilla, el sempiterno Francisco ELÍAS DE TEJADA Y SPINOLA, que intentaría a toda costa hacerse trasladar y nombrar como tal para la cátedra de Filosofía del Derecho de la UAM. Esa operación —abusando de la legalidad y de la antigüedad— implicaba para nosotros y para la UAM un evidente y único objetivo aniquilador del nuevo equipo de trabajo de ella, que se veía hostigado sin parar por aquel, tanto por motivos teóricos iusfilosóficos como políticos e históricos, enfrentado a la modernidad y a la Ilustración, sin matiz ni razón alguna, desde la «filosofía perenne» de su «Derecho Natural Hispánico».

Era imprescindible —recordaba siempre Francisco LAPORTA— tener un catedrático en nuestra Área. En ello estábamos. Pero siempre he sentido con responsabilidad que este colectivo haya estado en aquel pasado tan condicionado por mi propia trayectoria personal en la Universidad. En efecto, aquella difícil situación se vería en cierta medida aliviada con la referida propuesta a mi favor para la cátedra de Filosofía del Derecho en la Universidad de Oviedo (Juan José GIL CREMADES optaría por la de Zaragoza), a través de la definitiva votación del aquí ya recordado tribunal el 12 de diciembre de 1973, punto final de aquellas inauditas y eternas oposiciones. Hubo todavía otro medio año más para intentar solventar problemas y superar dificultades: estábamos todavía bajo la dominación del estrambótico y ultraconservador ministro de Educación Julio Rodríguez. Por fortuna este caería tras el «magnicidio» del presidente del Gobierno Luis Carrero Blanco (ocurrido días después de aquel nombramiento, el 20 de diciembre de 1973), momentos sumamente convulsos e inciertos, siendo sustituido grata e inopinadamente en el Ministerio por el muy diferente y abierto Cruz Martínez Esteruelas, con Felipe Lucena como Director General de Universidades. Con todo ello «os ha venido Dios a ver», como me señaló —con referencia también a otros profesores, Raul MORODO, Ramón TAMAMES y algunos más entonces en similar situación— un alto cargo de esa misma línea, a quien yo tuve después necesidad de visitar más de una

vez, avalado por el profesor Eduardo García de Enterría, para acabar de asegurar mi efectivo y complicado nombramiento. Este al fin se produjo, para ambas cátedras, de manera efectiva y oficial en el *BOE* a finales de julio de 1974, con toma de posesión inmediata en mi caso el 5 de agosto en el Rectorado de la Universidad asturiana.

Durante los dos cursos (1974-1976) que vivimos toda la familia en Oviedo, felices y ahora con tantos recuerdos buenos de personas y cosas, sin faltar nunca a las tareas docentes ni a mis otras obligaciones académicas, yo viajaba de vez en cuando a Madrid procurando coincidir con algunas de las reuniones del Consejo de redacción de la revista *Cuadernos para el Diálogo.* Y, aún más para lo mismo, aunque de manera más espaciada, en la revista *Sistema* como fundador y director de ella. Pero, sobre todo, en esas breves estancias en la capital siempre lo principal era la consideración y reconsideración de nuestra situación en la UAM, con reuniones con los profesores y amigos Francisco Laporta (que quedaba al frente del Departamento desde aquel 1974), Virgilio Zapatero, Liborio Hierro, Joaquín Almoguera, Alejandro Pedrosa, Alfonso Ruiz Miguel y otros nuevos como Eusebio Fernández, Elena Beltrán y José Luis Colomer procedentes de la UCM. Aquí en la UAM todo iba bien, pero el principal tema pendiente era siempre el riesgo de la cátedra vacante y de sus posibles (o imposibles) ocupantes. Yo era ya catedrático pero de Oviedo. Todos los compañeros y amigos asturianos de esta Universidad —incluidos sus dirigentes— comprendían que yo pensase y aspirase a retornar cuando fuera posible a Madrid (a la UAM) por razones académicas, que en estas páginas no precisan ya de mayor explicación ni justificación, pero asimismo por razones familiares como el trabajo de Maite allí («Instituto de Estudios Europeos») o los colegios de los chicos. Nuestra casa estaba además esperándonos allí. Tengo que decir que junto a eso, esos amigos astures siempre me expresaban su simpatía y pesar por tener que marcharnos. De todas formas, lo compensamos en parte haciéndonos años después una segunda casa allí, entre Llanes y Ribadesella (Ovio, algunos me dicen que si Obvio o Bobbio).

Pero antes de que todo eso ocurriera, antes de terminar mi tiempo, mas bien a mitad de él, en Oviedo y en Asturias (siempre añado estas a aquel), todavía tendría que pasar por la que sería mi segunda y más grave comparecencia ante el Tribunal de Orden Público (TOP), en octubre de 1975. El día 2 de ese mes recibía yo la correspondiente cédula de citación personal como director de la revista *Sistema* para comparecer, según me notificó después el juez Rafael Gómez Chaparro, como «presunto inculpado» (sumario 1412/75) de delitos incursos en los artículos cuatro y diez del recientísimo Decreto-Ley (10/1975) del 26 de agosto de ese año (de gracia) de 1975, para la «prevención del terrorismo». La acusación lo era por la publicación del número once de dicha revista, dedicado a conmemorar el cincuenta aniversario de la muerte de Pablo Iglesias acaecida en 1925. Concurrí, pues, inmediatamente, ante el TOP bien acompañado y aconsejado en calidad de abogados (mejores imposibles, por ese lado iba bien cubierto) por mis grandes amigos e ilustres juristas Gregorio Peces-Barba y Enrique Gimbernat Ordeig, que eran por lo demás tan culpables o más que yo en la crítica abierta y en la oposición el régimen franquista: en algún momento temí que saliésemos inculpados los tres. Allí tuvimos que oír del mencionado juez semejante acusación —implicar al Pablo Iglesias de ayer en el terrorismo de hoy (o de anteayer y ayer)— haciéndonos también saber que la causa de tal inculpación había sido quizás

impulsada por la especial «hipersensibilidad» política con que se estaban viviendo aquellos momentos en nuestro país.

Se refería ¿temeroso? —recordemos memoria e historia de esos nuestros tiempos— a que en julio de 1974 se había constituido la «Junta democrática» de fuerte oposición a la dictadura y en julio de 1975 la «Plataforma de convergencia democrática» (que se unirían en marzo de 1976 en la famosa «Plata-Junta» de coordinación democrática). Y en concreto en aquellos mismos días que marcarían la última cronología del Régimen franquista habían tenido lugar los fusilamiento, las ejecuciones, de los miembros activos de ETA y FRAP (Frente Revolucionario Patriótico) condenados sumariamente y sin las necesarias garantías jurídicas. Y precisamente el día anterior de mi cédula de citación (de fecha 2 de octubre como ya indiqué) se había producido el múltiple asesinato obra del oscuro grupo terrorista que por primera vez aparecía como GRAPO (Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre). El servil juez del TOP no se privó de indicarnos, lo recuerdo perfectamente, que el asunto, mi acusación —y señalaba con el dedo— venía de arriba. Interpretamos que posiblemente se refería al Ministro de Justicia (estábamos en el mismo edificio) que lo era en ese momento José María Sánchez Ventura Pascual, tras haber sustituido en el mes de marzo a Francisco Ruiz-Jarabo Baquero; o, incluso, a la propia Jefatura de Gobierno —a través de su servicio de informadores universitarios— presidido por Carlos Arias Navarro. Cabe también que la denuncia viniera desde algún profesor perteneciente al estamento académico iusfilosófico. En cualquier caso lo que, desde luego, veíamos muy claro es que tal decreto-ley supuestamente antiterrorista era, a la vez (no sé si sobre todo) un decreto-ley antidemocrático y enemigo de la libertad de pensamiento y expresión. En esa tensa y alarmante espera estaba yo cuando se produjo el acontecimiento histórico, el gran esperado fallecimiento del dictador. En ello estaba el inculpado Elías Díaz cuando, entre mediados de septiembre y octubre, comenzaban a conocerse y difundirse los graves males que aquejaban a aquel: lo supimos Julio González Campos y yo, en visita al rector de la Universidad de Oviedo José Caso González, para interceder en pro de nuestros colaboradores Manuel Atienza y Carlos Rozas, en llamada directa a él del Gobernador Civil. En mi personal situación así acababa aquel Régimen (para todos los españoles) infausto: con una petición fiscal de entre dos y seis años de prisión, la cual hubiera llevado consigo la inhabilitación y expulsión de la Universidad y con ello el fin de aquel nuestro proyecto sobre la Filosofía del Derecho en la UAM. Tras aquel 20 de noviembre de 1975 por supuesto que de aquella grave instrucción nunca más se volvió a saber. Posiblemente se archivaría o se olvidaría sin más: cualquiera sabe dónde habrá ido a parar. Quizás entraría, a pesar de no haberse culminado, en el mundo jurídico-político de la posterior amnistía general.

Pero sin saberse todavía por entonces cuáles serían las implicaciones y consecuencias de aquel sumario en el TOP, aunque posiblemente irían a mejor en la nueva situación, con fecha de 4 de diciembre de 1975 el *Boletín Oficial del Estado,* núm. 291, publicaba «la resolución núm. 24908 de la Dirección General de Universidades e Investigación del Ministerio de Educación y Ciencia por la que se convocaba a concurso de traslado la cátedra de Derecho Natural y Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid» (ese era el texto de tal resolución). Era nuestra gran ocasión para lograr mi traslado y con ello consolidar, normalizar, el

proyecto y la situación del Área en que veníamos trabajando desde años atrás. Firmé enseguida la ansiada convocatoria pero también lo hizo inmediatamente, con propósito absolutamente contrario a nuestro proyecto, el constante vigilante y perseguidor Francisco ELÍAS DE TEJADA Y SPINOLA: dos o tres concursantes más también concurrieron a dicha convocatoria; aquel, con el ya mencionado uso y abuso de la legalidad y la antigüedad, se proponía ahora ocupar dicha cátedra de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la UAM. No encajaba allí para nada su carácter dogmático ni su pensamiento ultratradicionalista, ni había entre los profesores de ella ningún interés ni aprecio respecto de esa su destructiva candidatura que lo era contra un equipo de legítima procedencia (la cátedra de Joaquín RUIZ-GIMÉNEZ en la UCM) y de ya probada capacidad organizativa, docente e investigadora. Así había tenido que señalarlo tiempo atrás en su escrito de 14 de septiembre de 1973 el nuevo Decano de la Facultad de Derecho de la UAM, el profesor Gonzalo RODRÍGUEZ-MOURULLO, nada menos que al entonces Director General de Universidades e Investigación, Luis SUÁREZ FERNÁNDEZ, donde de manera directa le comunicaba ante posibles riesgos para el grupo de Filosofía del Derecho, que Elías DÍAZ «nos está prestando un inestimable servicio en el Departamento, carente de catedrático. Ha organizado el Departamento —añadía— y ha desarrollado una tarea docente e investigadora que mereció el reconocimiento unánime del resto del Claustro». No hay que olvidar que el propósito, diría que fundacional, de la UAM era precisamente el de tender a prolongar y consolidar coherentemente los equipos de trabajo y los proyectos de investigación por los cuales autónomamente, es decir libremente, esta Universidad había optado y venía optando. Eso es lo que odiaba y despreciaba precisamente el malévolo e irresponsable aspirante Francisco ELÍAS DE TEJADA Y SPINOLA.

Se abría, pues, con la gran convocatoria este nada nuevo campo de enfrentamiento y conflicto que ya conocíamos desde las viejas y menos viejas tandas de oposiciones, ahora —la lucha final— reducido a los límites de la Comisión juzgadora que se crearía (a través del *BOE* de 21 de octubre de 1976) para la justa y adecuada dilucidación del convocado traslado. Compondrían dicha Comisión, a propuesta del «Consejo Superior de Investigaciones Científicas» y del propio «Consejo Nacional de Educación», los profesores Juan Antonio CARRILLO SALCEDO, como Presidente, y, como vocales, Antonio TRUYOL SERRA, Nicolás LÓPEZ CALERA, Mariano HURTADO y Antonio FERNÁNDEZ GALIANO. Con sesiones varias a lo largo de 1976 y la final votación con la mayoría necesaria de votos a mi favor se produjo la adjudicación de dicha cátedra de la UAM el 17 de noviembre de 1976 y mi reincorporación a la UAM ahora ya como catedrático institucional, hecha efectiva en la primavera de 1977 y el nombramiento por el Rector Gratiniano NIETO el 5 de mayo como Director del Departamento de Filosofía del Derecho. Pero todavía nos quedaría y tendríamos que contar —cómo no, como siempre— con el trámite de los consabidos recursos jurídicos manejados desde el furor litigante y falaz producto del desvarío obsesivo propio de Francisco ELÍAS DE TEJADA Y SPINOLA: compruébese ello en el recurso de reposición ante el propio Ministerio, previo al recurso contencioso administrativo (núm. 30.625)contra la orden ministerial que efectúa aquel nombramiento, ante la Sección tercera de la Audiencia Nacional, todo ello en escrito de 17 de mayo de 1977. Tales recursos fueron sin más desestimados en su totalidad, según se solicitaba en el escrito de alegaciones preparado en el despacho de mi querido maestro y amigo, el profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA en fecha

14 de julio de 1977. Mi gratitud a quien considero el mejor jurista español de todo ese nuestro tiempo. Tuvo además la amabilidad de comunicármelo informalmente por telegrama a la pequeña localidad de Alemania (Bonn-Oberkassel) donde estaba yo con la familia ese verano. (Debo dejar aquí anotado que el tan mencionado profesor Elías DE TEJADA Y SPINOLA fallecería poco después el 18 de febrero de 1978).

Pero ahora ya con la seguridad jurídica de los tribunales y con la académica de la UAM volvía, pues, a reintegrarme con el originario equipo de trabajo, hasta entonces en heroica resistencia y relativa orfandad, es decir con los amigos y colaboradores de siempre desde nuestro exilio de la UCM. Para ese equipo supondría un muy importante refuerzo la incorporación de Manuel ATIENZA a la UAM durante algunos cursos —tras su paso por la de Valencia— para después ser propuesto como encargado de cátedra en la de Palma de Mallorca y finalmente, enseguida como catedrático institucional de Alicante donde crearía un muy serio y eficaz Departamento de Filosofía del Derecho, con gran prestigio a escala nacional e internacional y hermanada con la UAM tanto a nivel personal como institucional. Lleva años además editando esta *Doxa* que como tantas veces, ahora nos acoge. De ese modo, con todas esas ayudas, se pudo así continuar y consolidar el relevante cuadro posterior de profesores compuesto, además de los anteriores citados, por Alfonso RUIZ MIGUEL, Juan Carlos BAYÓN, Julián SAUQUILLO, Cristina SÁNCHEZ, Pablo DE LORA, Silvina ÁLVAREZ, Evaristo PRIETO y Luis RODRÍGUEZ ABASCAL, varios de ellos ya nativos de la UAM, seguidos por los novísimos doctores Ricardo CUEVA, Borja BARRAGUÉ, Mariano MELERO y José Antonio GARCÍA SÁEZ.

En los años que siguen al definitivo curso 1977-1978, años de normalización en el país (Constitución y Transición) y en nuestra Área de Filosofía del Derecho de la UAM, se presentaron en ella las tesis doctorales —junto a las anteriormente mencionadas— otras posteriores como las de Julián SAUQUILLO (1988), Elena BELTRÁN (1990), Juan Carlos BAYÓN (1991), Rafael HERRANZ (1992), José Luis COLOMER (1994), Cristina HERMIDA (1996), Pablo DE LORA (1997), Luis RODRÍGUEZ ABASCAL (1999), Cristina SÁNCHEZ (2001) y Evaristo PRIETO (2001). En aquel contexto mi libro *Sociología y Filosofía del Derecho* (1971) prolongaría, creo, su utilidad formativa e informativa tras esos dos decenios (setenta y ochenta) con una segunda revisada edición en 1980. Después por su parte, aquellos ex-jóvenes doctores del grupo inicial en la UCM comenzarían ya a ocupar puestos de permanente y alto nivel en la escala docente de la nueva Facultad de la UAM. Fuera de ella en junio de 1982 se celebran juntas para cinco Universidades otras diferentes oposiciones (facilitadas tras las de 1971-1974) en las que gentes que también habían sido pospuestas por la academia iusfilosófica, como Juan Ramón CAPELLA, Luis GARCÍA SAN MIGUEL y Gregorio PECES-BARBA, obtuvieron plaza como profesores agregados (categoría cercana a la cátedra, luego igualadas), así como Andrés OLLERO y Marcelino RODRÍGUEZ MOLINERO. No pudo todavía entrar Francisco LAPORTA, que bien lo había merecido, pero lo haría casi inmediatamente después para la UCM en 1983 con traslado definitivo a la UAM en 1995, tras su paso de varios años por la Dirección del «Centro de Estudios Constitucionales». En esa línea, Manuel ATIENZA sería catedrático en 1985, Albert CALSAMIGLIA (en Barcelona) en 1986, Alfonso RUIZ MIGUEL en 1989 o Liborio HIERRO —reincorporado a la UAM en 1992, después de una década como Subsecretario de Justicia y en otros importantes

cargos políticos institucionales —lo sería (catedrático)— en 2002. Virgilio ZAPATERO que había sido contratado como encargado de cátedra en la Universidad de Almería en 1994-1995, sería efectivo catedrático de ella en 1998 y desde 1999, incluido su tiempo como Rector y hasta su jubilación en 2016, en la Universidad de Alcalá.

Pero con todas estas anotaciones estoy ya sobrepasando en mucho el periodo comprendido en esta mi leve crónica de la UAM, desde su génesis en los años sesenta (en la UCM) hasta su normalización en ya avanzados los años setenta. Tampoco hablo aquí como debiera hacerlo de las interrelaciones con profesores y otros Departamentos iusfilosóficos muy cercanos al nuestro no aislado de la UAM: así, sobre todo, la Universidad Carlos III de Madrid, puesta en marcha por Gregorio PECES-BARBA en los años ochenta y en la que yo mismo he profesado con cierta asiduidad; o después, las Universidades Pompeu Fabra de Barcelona, Valencia, Granada, Sevilla, Cantabria, por no repetir las relaciones, claro está, con Oviedo, Salamanca, Alicante u otras del mismo Madrid como Alcalá. Como ocurría con esa doble normalización (de lo que era normal en Europa y en otras partes del llamado mundo occidental), es decir la democracia y el Estado de Derecho, también era algo que se producía en lo referente al pensamiento en general y a la filosofía jurídica, ética y política. Esta se había ido forjando en esos años de la represión, de los conflictos y de las luchas contra el régimen franquista y frente a sus ideologías jurídicas expresadas fundamentalmente en unas y otras formas (más o menos matizadas) por el denominado como iusnaturalismo: tanto en su primera fase, la del fascismo nacional católico del imperio hacia Dios (por ejemplo, entre otros varios, en Mariano PUIGDOLLERS) como en su segunda fase, tecnocrática y opusdeista, del imperio trasnacional del capital, *lex mercatoria* como ley natural (por ejemplo, en el banquero y teórico Rafael TERMES).

La posterior normalización ya en democracia de la Filosofía del Derecho tenía, pues, que ser —entre otras cosas— pluralista y plural en sus métodos, orientaciones y contenidos (incluidos los iusnaturalistas); crítica y autocrítica ante los reduccionismos cientificistas y los simplismos avalorativos; interactiva con la realidad social en su complejidad, más allá de sus meras implicaciones y correlaciones sociológico-jurídicas. Abierta siempre, a su vez, esa Filosofía del Derecho, al conocimiento de toda la (y su) historia y, muy en especial, de los contemporáneos hechos y trabajos producidos aquí o en otros ámbitos, evitando los arbitrismos y casticismos a los que con razón es tan reacio Francisco LAPORTA, pero también asimismo los seguidismos de poderosos medios de producción ideológica (nada universalista) como los que, con no menos razón, denuncia Liborio HIERRO respecto de la «escolástica anglosajona». Precisamente dos obras, junto a otras de los colegas de la UAM, me parecen, en este sentido, ejemplares: las de nuestros jubilados de hoy, Francisco LAPORTA, *El imperio de la ley. Una visión actual.* (2007) y Liborio HIERRO, *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia* (2016), ambas con sus propios precedentes. Ahí hay, a mi juicio, un sugerente verdadero y valido programa para una Filosofía del Derecho actual.

Pero, termino, es obvio que de todo esto en modo alguno ya no me corresponde, ni se me alcanza a mí, realizarlo (¡que descanso!) y ni si quiera contribuir a desarrollarlo (a fondo, se entiende). Bien sé, por lo demás, de lo que en tales vías se está ya haciendo por buena parte de nuestros colegas iusfilósofos más activos y en activo. Junto a ello, a ellos, lo que, no obstante, tal vez todavía me puede, como a todos, corresponder es

seguir insistiendo en la necesaria profundización y revisión crítica de esas propuestas aquí señaladas: tanto en su perspectiva de totalidad bien enfocada como en sus concreciones bien fraccionadas. Serían estos, así lo creo, muy fructíferos e ilustrativos referentes de nuestra realidad así como temas de investigación, doctoral o posdoctoral, en especial ya para los miembros de la siguiente actual generación de sabios jóvenes, es decir para el futuro de quienes hoy trabajan en Áreas de la (¿decadente?, ¿infravalorada?) Filosofía del Derecho tanto en la UAM como en cualesquiera otra de nuestras Universidades. (*Amén*, o sea, que así sea!).

REGLAS PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS EN *DOXA*

1. CORRESPONDENCIA.

Los originales se remitirán por correo electrónico a la dirección de la revista: *doxa@ua.es*.

2. TIPOS DE TRABAJOS.

La revista aceptará propuestas de dos tipos de contribuciones: «artículos» y «notas»; ambos habrán de ser trabajos de investigación inéditos. La revista se reserva el derecho a decidir cómo clasificar los trabajos recibidos.

3. FORMATO.

Los trabajos deberán estar redactados en español (en caso de ser traducciones, el nombre del traductor constará al final del trabajo).

La primera página incluirá el título (en español y en inglés), nombre completo del autor, puesto docente o investigador, centro de trabajo y datos de contacto, incluyendo una dirección de correo electrónico.

Además, para facilitar la revisión anónima, debe incluirse una copia del trabajo sin ninguna referencia al autor.

4. *ABSTRACTS* Y PALABRAS CLAVE.

Los trabajos deberán ir precedidos por dos *abstracts*, uno en español y otro en inglés, de una extensión no superior a diez líneas, así como de una propuesta de palabras clave en ambos idiomas.

5. EXTENSIÓN DE LOS TRABAJOS.

Para la sección de artículos, la extensión recomendada es de 25 a 30 páginas a espacio y medio, con tipografía Times New Roman de cuerpo 12. En ningún caso se aceptarán originales que superen el límite de 15.000 palabras. Para la sección de notas, la extensión recomendada es de 15 a 20 páginas y en ningún caso se aceptarán originales que superen el límite máximo de 10.000 palabras.

6. PROCESO DE EVALUACIÓN PARA LA ACEPTACIÓN DE TRABAJOS.

La redacción de la revista dará acuse de recibo de los trabajos que le lleguen y pasará a informe confidencial por al menos dos evaluadores anónimos a aquellos que reúnan el mínimo de calidad pertinente. A la luz de los informes los editores tomarán alguna de las siguientes decisiones, que se comunicarán a los interesados:

a) Aceptación del trabajo.
b) Aceptación condicionada a las modificaciones requeridas.
c) No aceptación del trabajo.

7. PUBLICACIÓN.

Los trabajos aceptados pasarán a formar parte del fondo de la revista, la cual se compromete a su publicación. La redacción tomará de dicho fondo los trabajos que conformarán cada número.

Se podrá requerir a los autores la corrección de las pruebas de imprenta de sus trabajos, que habrá de ser realizada y enviada en un plazo máximo de setenta y dos horas.

8. EJEMPLARES.

Una vez que el número haya sido publicado, se enviará a cada autor un ejemplar del mismo y la correspondiente separata electrónica.

9. NORMAS DE EDICIÓN.

Notas a pie de página. Las notas se numerarán en caracteres arábigos, en formato superíndice y orden creciente, siempre antes del signo de puntuación que correspondiese.

Citas. Las citas irán en redonda y no cursiva, y entre comillas angulares. Las comillas dentro de comillas pasarán a ser voladitas. Cuando la cita exceda de tres líneas, se separará del cuerpo principal del texto, irá sangrada y a cuerpo menor. Cualquier cambio introducido en la cita original deberá indicarse encerrándolo entre corchetes.

Bibliografía. Las citas bibliográficas seguirán el modelo anglosajón. Los apellidos del autor en versalitas, año de edición del original: páginas.

— Si el autor publicó varias obras el mismo año, se pondrán letras al lado de la fecha, comenzando por a, b, c... (PÉREZ, 2007a: 10-15).

— Si hay varios autores citados con el mismo apellido, añadir la inicial del nombre de pila (PÉREZ, S., 2007a: 10-15).

En bibliografía, seguir el siguiente orden: apellidos en versalitas, inicial del nombre, año, dos puntos y capítulo de libro o artículo de revista entre comillas angulares, título de la obra o de la revista en cursivas (si se trata de una revista, luego el número), el tomo o volumen entre paréntesis, dos puntos y las páginas.

PÉREZ, S., 2007: «Una teoría», *Doxa*, 30 (2): 10-15.

COMPROMISO ÉTICO PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho se adhiere a las directrices del EASE (*European Association of Science Editors*) y del COPE (*Committee on Publication Ethics*), que pautan unas buenas prácticas para la gestión, edición, revisión y publicación de resultados científicos en revistas de diferentes áreas de conocimiento. Brevemente, de acuerdo con lo allí establecido:

A) Los autores se comprometen a remitir trabajos inéditos, que no hayan sido publicados anteriormente y que no se encuentren sometidos a evaluación por otras revistas mientras no se complete el proceso de evaluación por parte de esta revista. El envío de trabajos para su evaluación requiere omitir en la copia ciega cualquier dato que pueda ser identificado por los revisores respecto a su autoría y de igual modo implica aceptar las normas de publicación, revisión y evaluación de la revista que se detallan a tal fin en cada número de la misma.

B) Los revisores de los trabajos asumen el compromiso de realizar una revisión crítica, honesta y constructiva sobre la calidad científica del texto dentro el ámbito de sus conocimientos y habilidades. Por ello, solo revisarán un trabajo si se sienten competentes con la temática a revisar y si no existen conflictos de interés.

C) El Director, los Secretarios y los Editores se comprometen a respetar la imparcialidad y mantener la confidencialidad de los trabajos enviados, sus autores y revisores, de forma que el anonimato preserve la integridad de todo el proceso de evaluación. A tal fin garantizarán la selección de los revisores más cualificados y especialistas en la materia para emitir una apreciación crítica y experta del trabajo. Asimismo en la medida de lo posible, evitarán todo tipo de conflictos de intereses y cumplirán estrictamente con los tiempos de evaluación, edición y publicación que exige la periodicidad de la revista.