

Reglas prácticas y equidad en Aristóteles

Practical rules and equity in Aristotle

Por JESÚS VEGA
Universidad de Oviedo¹

RESUMEN

Este trabajo presenta una interpretación del concepto aristotélico de epieikeia desde el punto de vista de sus implicaciones para la reflexión que la filosofía del derecho de las últimas décadas ha desarrollado en torno a las normas jurídicas como reglas y las razones o valores que las fundamentan. Para ello el autor propone una reconstrucción de la epistemología aristotélica en términos de la distinción entre reglas prácticas y reglas teóricas. Esta reconstrucción permite arrojar luz sobre el planteamiento pragmático de Aristóteles en torno a la universalidad de las reglas jurídicas y su función dentro del derecho. A la luz de esta concepción pragmática del derecho se analiza la función institucional de la equidad y sus elementos críticos frente al formalismo de las reglas, subrayando la prioridad de la universalidad axiológica o justificabilidad de las leyes frente a su universalidad lógica o generalidad.

Palabras clave: *Aristóteles, equidad, epieikeia, reglas, reglas prácticas, reglas teóricas, positivismo, formalismo, derecho natural, justicia política, imperio de la ley.*

ABSTRACT

This paper addresses the topic of the implications of the Aristotelian concept of epieikeia from the perspective of the current ius-philosophical debate

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación *Constitucionalismo y argumentación* (DER2010-20132) financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

on the role of rules and their underlying reasons or values in the law. For this purpose, the main ideas of Aristotle on rules in general are reconstructed as a coherent and systematic theory which is deeply rooted in his own epistemology, particularly in terms of the distinction between practical and theoretical rules. This is presented as a pragmatic conception where a truly central role is given to the axiological universality of legal rules. The institutional function of equity and the criticism it entails against rule-formalism is explored, emphasizing the priority of the axiological universality of the law or justifiability over its logical universality or generality.

Keywords: Aristotle, equity, epieikeia, rules, practical rules, theoretical rules, positivism, formalism, natural law, political justice, rule of law

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.-1. LA EQUIDAD SEGÚN LA ÉTICA NICOMÁQUEA Y LA RETÓRICA.-2. REGLAS TEÓRICAS Y REGLAS PRÁCTICAS EN LA EPISTEMOLOGÍA ARISTOTÉLICA.-3. ANALOGÍA EPISTÉMICA, PRÁCTICA Y REGLAS: EL CONSTRUCTIVISMO ARISTOTÉLICO Y LA PRIMACÍA DE LA RAZÓN PRÁCTICA.-4. DOS CONCEPCIONES FILOSÓFICAS DE LA UNIVERSALIDAD DE LAS REGLAS.-5. LAS FUENTES DE LA UNIVERSALIDAD DE LAS REGLAS JURÍDICAS: JUSTICIA POLÍTICA Y JUSTICIA LEGAL.-6. DERECHO Y REGLAS PRÁCTICAS: EL «IMPERIO DE LA LEY».-7. UNIVERSALIDAD PRÁCTICA: LA ESTRUCTURA DE LA PRAXIS JURÍDICA.-8. UNIVERSALIDAD AXIOLÓGICA: LA EQUIDAD Y LA PRÁCTICA DE LA JUSTICIA LEGAL.

Summary: Introduction.-1. EQUITY IN THE NICOMACHEAN ETHICS AND THE RHETORICS.-2. THEORETICAL AND PRACTICAL RULES IN THE ARISTOTELIAN EPISTEMOLOGY.-3. EPISTEMIC ANALOGY, PRACTICE AND RULES: ARISTOTELIAN CONSTRUCTIVISM AND THE PRIMACY OF PRACTICAL REASON.-4. TWO PHILOSOPHICAL CONCEPTIONS ON RULES' UNIVERSALITY.-5. SOURCES OF UNIVERSALITY OF LEGAL RULES: POLITICAL JUSTICE AND LEGAL JUSTICE.-6. LAW AND PRACTICAL RULES: THE «RULE OF LAW».-7. PRACTICAL UNIVERSALITY: THE STRUCTURE OF LEGAL PRACTICE.-8. AXIOLOGICAL UNIVERSALITY: EQUITY AND THE PRACTICE OF LEGAL JUSTICE.

*Algunos creen que Solón hizo sus leyes deliberadamente
indeterminadas para que el pueblo tuviera
el poder decisivo a la hora de juzgar.
Pero esto no es probable, sino que la razón está sin duda
en que es imposible establecer lo justo en términos universales.
No debemos, pues, juzgar sus intenciones por lo que de él ha
resultado en el presente, sino por el conjunto de su legislación.*

(Const. Ath., 9)

INTRODUCCIÓN

Son muchos y de centralidad innegable los tópicos de la filosofía del derecho contemporánea que podrían ser puestos en conexión con la vieja idea aristotélica de *epieikeia* o equidad. Ésta, por ejemplo, nos evoca de entrada la idea de igualdad –lo equitativo, *to isōn*– como un componente que seguimos reconociendo esencial de la idea de justicia. Presentada como un tipo especial de justicia que «corrige la ley» yendo «más allá del derecho positivo», nos reenvía también de inmediato al núcleo del debate entre iusnaturalismo, positivismo jurídico y «postpositivismo» acerca de la definición y los límites del derecho. Por supuesto, la equidad aristotélica sigue siendo –como lo ha sido a lo largo de toda la historia de la cultura jurídica occidental– un lugar constante de referencia en la discusión sobre la naturaleza y las pautas metódicas de la práctica de aplicación del derecho: no en vano constituye la primera formulación sistemática de esas pautas, de lo que seguimos considerando el «método» de la jurisdicción o la «hermenéutica» jurídica.

Este trabajo propone una relectura de la significación de la equidad aristotélica desde el punto de vista de las reflexiones que la filosofía del derecho de las últimas décadas ha desarrollado en torno a las normas jurídicas como *reglas* y las razones o valores que las fundamentan (los *principios*). Antes que pretender, sin embargo, un planteamiento «metodológico» de detalle en relación con problemas tales como la distinción entre casos fáciles y difíciles, lagunas normativas y axiológicas, ponderación y subsunción, etc., lo que exigiría un trabajo aparte, interesa aquí más bien apuntar a los preámbulos filosóficos de tal planteamiento: es decir, a la *concepción* del derecho que debería enmarcar el correcto entendimiento de conceptos como los mencionados, no ya en la filosofía aristotélica sino también y sobre todo en la *nuestra*. Me refiero sobre todo a la concepción del derecho como una *práctica*, que con seguridad es la principal enseñanza que hoy podemos –necesitamos, en realidad– extraer de las ideas aristotélicas sobre el derecho.

La filosofía práctica aristotélica, sin embargo, y especialmente la ética, ha sido interpretada muchas veces como una concepción en la que no encuentra cabida la idea de «regla», es decir, una concepción esencialmente no deontológica. No habría en ella rastro del concepto de una norma universal capaz de expresar criterios de corrección y determinar el juicio acerca de lo que debe ser hecho: algo que sólo introdujo –se dice– la filosofía kantiana. A lo sumo hallaríamos en su filosofía moral un «modelo» cuasi-empírico del *phronimos* o del *spoudaios*, del hombre prudente y del hombre sabio, como toda indicación de la norma (*kanōn kai metron*, dice la *Ética nicomáquea*) que rige la acción moral y la orienta hacia la vida buena. Del mismo modo, en la política sólo encontramos una realista diversidad de sistemas o

regímenes correctos, ninguno de los cuales representa la encarnación del bien político absoluto. Tampoco en su iusnaturalismo descubriríamos la idea de una «ley natural»: sólo un difuso «derecho natural» o *physikon dikaion* que deja en la indeterminación los criterios del bien y su concreción en la que se dice ser «la mejor constitución por naturaleza».

Y, sin embargo, este tópico heredado queda en buena medida desmentido cuando volvemos la mirada hacia la filosofía aristotélica del derecho, tal como está perfilada, que no explicitada, en la *Ética nicomáquea*, la *Política* y la *Retórica*. Pues aquí –en la esfera jurídica– es bastante más ostensible la operatividad y necesidad «técnica» de reglas estables e institucionalizadas que guían la práctica: las leyes. La justicia como objetivo último del derecho, y por tanto del aparato judicial que lo administra, exige la construcción de un sistema de normas generales que arman la «arquitectónica» de la *polis* y aseguran su orden y estabilidad. Las leyes constituyen el puente que comunica internamente la ética y la política y estas leyes o *nomoi* son entendidas por Aristóteles en términos estrictamente universales, es decir, no como reglas de carácter meramente empírico (o «prudencial», en el sentido *actual* de este término, que no es el aristotélico sino precisamente el kantiano). Con ello el filósofo puso las bases de un concepto racionalista de «ley» que se convertirá desde entonces, a través del estoicismo y del derecho romano, en nuclear para toda la filosofía moral, política y jurídica occidental (y que Kant vendrá precisamente a «sistematizar» en clave trascendental). No por casualidad Aristóteles es invocado como el primer teórico del «gobierno de las leyes, no de los hombres», es decir, del ideal político-jurídico del Estado de derecho. No deja de ser paradójico, por ello, que pueda considerarse que desconoce absolutamente el concepto de ley y la constelación deontológica (universalista, racionalista) que le es característica, quien al mismo tiempo es tomado por inspirador, cuando no fundador directo, de la doctrina iusnaturalista medieval (p. ej., de la definición misma de *lex* de Tomás de Aquino: *regula et mensura*). A menos, claro está, que con ello se pretenda decir algo así como que Aristóteles no formuló el pensamiento deontológico *kantiano*. La cuestión, por tanto, es qué significado tiene la idea de la universalidad de la ley en la concepción aristotélica, no si está realmente presente en ella.

En las páginas siguientes, después de introducir los textos aristotélicos centrales relativos a la equidad (§1), analizaré los fundamentos filosóficos de este concepto mostrando sus vínculos con una concepción estrictamente deontológica, pero crítica, de la universalidad de las normas jurídicas. Para ello parto de una interpretación general de éstas como *reglas prácticas*, interpretación que se basa en una concepción de corte constructivista-pragmático de las reglas en general que –defiendo– precisamente Aristóteles sería el primer filósofo en introducir. Las ideas basales de esa concepción se presentan en el contexto de la cardinal distinción epistemológica, que atraviesa todo el

corpus, entre conocimiento teórico y práctico, la cual reconstruyo aquí en términos de la distinción entre reglas teóricas y reglas prácticas (§2). Esta distinción permite entender la filosofía práctica aristotélica como resultado de la aplicación dialéctica de la analogía epistémica, según la cual la razón práctica tiene primacía respecto de la razón teórica y todas las reglas (incluidas las teóricas) son entendidas en términos de prácticas institucionales (§3). De la discusión de ese planteamiento pragmático –en donde la noción misma «regla» es entendida como una práctica compleja– resultan cuatro sentidos fundamentales en los que una regla puede ser llamada universal de acuerdo con las ideas aristotélicas (§4). A continuación se examinan los fundamentos morales y políticos que están a la base de las reglas específicamente jurídicas –y de su afirmado carácter universal, en estrecha conexión con su inequívoca vindicación del «imperio de la ley»– (§5), lo que nos llevará a considerar el lugar del derecho en el conjunto de la filosofía práctica de Aristóteles (§6). La perspectiva pragmática adoptada en relación con las reglas jurídicas –como arquetipo de reglas prácticas– se traduce en ciertas tesis fundamentales sobre la estructura de la praxis jurídica en términos de la continuidad interna entre legislación y jurisdicción (§7). A esta luz reexamina, finalmente, el concepto de equidad (§8), mostrando –frente a diversas lecturas establecidas– su función como principio institucional de la jurisdicción, los elementos críticos que contiene frente al formalismo de las reglas y el subrayado que supone de la dimensión justificativa del derecho en la articulación de la justicia política.

1. LA EQUIDAD SEGÚN LA *ÉTICA NICOMÁQUEA* Y LA *RETÓRICA*

El texto fundamental, y que según la opinión dominante debe considerarse expresivo de la última reflexión aristotélica al respecto, es *Ética nicomáquea*, V, 10, 1137a31-1138a4:

«Tenemos ahora que decir algo acerca de la equidad y lo equitativo: acerca de cómo se relaciona la equidad con la justicia, lo equitativo con lo justo. En principio, parece que ni ambas cosas son absolutamente lo mismo ni tampoco pertenecen a géneros enteramente distintos. A veces, en efecto, alabamos lo equitativo y al hombre equitativo (hasta el punto de que cuando apreciamos a alguien por otras virtudes usamos ese término, considerándolo equivalente a «bueno», así como «más equitativo» equivalente a «mejor»); mientras que otras veces, al pensar más sobre ello, nos parece extraño que lo equitativo, si es algo distinto de lo justo, deba ser digno de alabanza: pues si son diferentes, uno de los dos no será bueno y si los dos son buenos entonces serán lo mismo.

Estas son las consideraciones fundamentales que suscita el problema de lo equitativo. En cierto sentido todas ellas son correctas y

no entran en contradicción. Pues lo equitativo, si bien es mejor que un cierto género de lo justo, sigue siendo sin embargo justo y no lo es perteneciendo a un género diferente que sea mejor que lo justo. Lo justo y lo equitativo, entonces, son la misma cosa, y, sin embargo, pese a que ambos son buenos, lo equitativo es mejor. El problema, en definitiva, se origina por lo siguiente: lo equitativo es justo, pero no justo según la ley, sino como una corrección de la justicia legal.

La razón de ello estriba en que toda ley es universal y sin embargo hay algunas cosas respecto de las cuales no se puede formular un juicio universal que resulte correcto. De manera que en aquellos ámbitos en los cuales no es posible alcanzar definiciones precisas, pero es necesario razonar en términos universales, la ley tiene que remitirse a lo que se da con más frecuencia, aun a sabiendas de que puede incurrir en error. Y no por ello es menos correcta, ya que el error no es imputable a la ley ni al legislador, sino a la naturaleza de las cosas prácticas, pues la materia práctica está intrínsecamente conformada de esa manera.

Así pues, cuando la ley se pronuncia en términos universales y surge un caso particular que no queda cubierto por la regla universal, debe corregirse la insuficiencia en que ha incurrido el legislador, es decir, el error que resulta del carácter absoluto de la ley. Esta corrección tiene lugar recurriendo a lo que el legislador mismo hubiera establecido en la ley si estuviera presente y hubiera conocido el caso. Por eso lo equitativo es justo y, al mismo tiempo, mejor que un cierto género de justicia (*a saber, la justicia legal*). Pero no mejor que la justicia en sentido absoluto sino mejor que el error que resulta del carácter absoluto de la formulación de la ley. Y esta es la naturaleza de la equidad: una corrección de la ley cuando ésta es deficiente debido a su universalidad.

Esta es también la razón de que no todas las materias se regulen por medio de una ley: sobre algunas cosas es imposible legislar y por eso es necesario establecer un decreto particular. Pues si el objeto es indeterminado también la regla es indeterminada, como sucede con la regla de plomo de los constructores lesbios: ésta no es rígida sino que se adapta a la forma de la piedra, y así también los decretos particulares se adaptan a las circunstancias.

Con esto queda aclarada, pues, la naturaleza de la equidad y también por qué es al mismo tiempo justa y superior a una cierta clase de justicia.»²

² Para la traducción de las obras de Aristóteles he manejado, junto con las versiones españolas disponibles (Pallí, Marías-Araujo, Racionero, Tovar) y las de referencia imprescindible en otros idiomas (Joachim, Irwin, Broadie-Rowe, Crisp, Kennedy, Gauthier-Jolif), la edición clásica de Oxford University Press a cargo de J. A. Smith y W. D. Ross, revisada por J. Barnes en 1984. He modificado o adaptado libremente esas traducciones siempre que ello me ha parecido necesario o conveniente para clarificar el sentido del texto griego, aligerarlo o resaltar mi propia interpretación del mismo (la responsabilidad de la versión resultante es, pues, solamente mía).

En la *Retórica* la principal mención de la equidad para lo que aquí interesa se contiene en I, 13, 3:

«En efecto, la equidad parece que es justa, pero es un tipo de justicia que va más allá de la ley escrita. Ello sucede una veces por propia intención del legislador y otras veces por inadvertencia suya. Sucede intencionalmente cuando el legislador no puede tipificar o definir las acciones con precisión y, sin embargo, es necesario que se pronuncie en términos universales, remitiéndose así en su ley solamente a lo que sucede con mayor frecuencia. En muchos casos la práctica no es fácil de definir a causa de su indeterminación. Por ejemplo: ¿cuántas clases de armas y de qué tamaño deben tenerse en consideración para definir el delito de herir a otro? Toda una vida no sería tiempo bastante para enumerar todas las posibilidades. Por tanto, si las acciones son imposibles de definir con total precisión y, sin embargo, es necesario establecer una ley, ésta no tiene más remedio que hablar en términos generales. Y así, en el mismo ejemplo, alguien que llevara un anillo y, al levantar su mano, golpear a otro, habría cometido el delito de herir con arma desde el punto de vista de la literalidad de la ley, siendo así que, desde el punto de vista de la equidad, no es en realidad culpable de tal delito. [...]

Es propio de la equidad ser indulgente con las cosas humanas; mirar no a la ley sino al legislador; no a la letra sino a la intención (*dianoian*) del legislador; no al hecho sino a la intención; no a la parte sino al todo; no cómo es ahora el acusado sino cómo era siempre o en la mayoría de las ocasiones.»³

En vista de estos textos, la significación de la *epieikeia* como «la corrección de la ley cuando ésta es deficiente debido a su universalidad» se concentra cuando menos en dos puntos básicos:

- i) el contraste entre lo universal y lo particular: de aquí arranca la «deficiencia», «insuficiencia» o «error» de la ley y, con él, la necesidad de su corrección o rectificación en términos de equidad;
- ii) el contraste entre dos clases de justicia: la justicia de la ley o «justicia legal» (*nomikon dikaion*) y la que supone la equidad como corrección de la anterior y se postula como una *mejor* justicia.

El primer punto es fundamentalmente epistemológico y nos remite a la dialéctica general entre conocimiento teórico y conocimiento práctico en Aristóteles, que contiene las claves de la idea de universalidad en su sistema (junto con otras como la de la «indeterminación» de la práctica). El segundo es específico de la filosofía práctica y, al plantear la cuestión de la naturaleza de la equidad como un tipo de justicia que supone corrección de la justicia de la ley, nos remite a su concepción del derecho (por ejemplo: la equidad ¿es moral o jurídica? ¿es interna o externa al derecho? ¿cómo afecta a la relación entre legislador y juez?). En este trabajo se pretende mostrar que la respues-

³ 1374a27-1374b2; 1374b11-16.

ta a esta segunda cuestión (qué tipo de justicia es la equidad) depende estrictamente de la respuesta a la primera y de ahí que debamos comenzar por ella estableciendo el marco de la epistemología aristotélica.

2. REGLAS TEÓRICAS Y REGLAS PRÁCTICAS EN LA EPISTEMOLOGÍA ARISTOTÉLICA

Entre otras distinciones filosóficas cruciales, hemos heredado del sistema aristotélico la articulación históricamente más influyente de la oposición conceptual entre «teoría» y «práctica», *theōria* y *praxis*. Contra ciertas interpretaciones muy difundidas, hay razones de peso para pensar que esta distinción está lejos de poder ser entendida en términos puramente dicotómicos. Es, más bien, el resultado de cruzar entre sí un complejo de distinciones más amplias. Por ejemplo, la distinción entre conocimiento teórico (*epistēmē theōretikē*), conocimiento práctico (*epistēmē praktikē*) y conocimiento constructivo o productivo (*epistēmē poiētikē*), o la distinción entre formas de vida: vida de placer (*bios apolaustikos*), vida política (*bios politikos*) y vida contemplativa (*bios theōrētikos*). La primera es una distinción entre ciencias (o incluso, como veremos, dimensiones de la ciencia), mientras que la segunda presupone la diferencia entre ciencia y *filosofía*, así como la diferenciación entre una concepción teórica o práctica de la filosofía⁴.

Ciertamente, la clasificación epistemológica de las formas de racionalidad humana que Aristóteles formula parece basarse en un criterio dualista aparentemente simple. Si va referida a la inmanencia de la acción humana (*technē, phronēsis*), es llamada racionalidad práctica: racionalidad técnica, moral o política. Si va referida a conceptos o esencias universales y necesarias (*epistēmē, sophia, nous*), es racionalidad teórica (científica y filosófica)⁵. Sin embargo, no hay una dicotomía absoluta ni excluyente entre ambas formas de racionalidad, sino más bien una gradación dialéctica que resulta de la reaplicación de los mismos criterios epistemológicos a lo largo de diferentes niveles, generando de ese modo la apariencia de oposiciones absolutas. Así, por un lado, las prácticas morales y políticas –no sólo la ciencia o la filosofía– poseen de hecho una dimensión teórica, pues son parte de la vida *noética* que es distintiva de los seres humanos frente a los demás animales⁶ y, en particular, el ejercicio mismo de razón práctica en la moral y en la política se entenderá indesligable de una cierta concepción filosófica. Por otro lado, el conocimiento teórico sólo puede

⁴ Cf. JAEGER, 2002: 467ss.

⁵ *Eth. Nic.*, VI, 2, 1139a20ss.

⁶ *Eth. Nic.*, I, 7, 1097b25-1098a20.

obtenerse dentro del contexto de prácticas institucionalizadas y de transformaciones constructivas del mundo natural (*pragmata*) por los hombres. Dicho brevemente: el conocimiento teórico tiene su origen en un deseo u *orexis* universal de los hombres (es decir, un impulso fundamentalmente práctico por conocer el mundo entorno)⁷ mientras que la actividad moral suprema es identificada finalmente con un puro *theōrein* (cuyo modelo metafísico es Dios como *noēsis noēsēos*)⁸.

Podemos, en consecuencia, asumir que de acuerdo con la epistemología de Aristóteles la distinción entre conocimiento teórico y práctico no entraña que el primero carezca de toda dimensión práctica. Toda forma de conocimiento humano se basa en una *praxis*, en sistemas de actividades humanas, dado que se presentan siempre como orientados por fines y, además, orientadas al bien (es decir, a normas y valores), tal como se dice al inicio de la *Ética* y la *Política*⁹. Incluso la ciencia estricta, la *epistēmē*, presupone una organización práctica, comunitaria, de los individuos, no sólo en el «contexto de justificación» (Barnes, 1969: 138ss.) sino también en el «contexto de descubrimiento». La función central de la dialéctica en la investigación científica, el papel de la lógica como *organon*, la consideración de la ciencia como una «virtud» o «hábito» (*hexis apodeiktikē*), el estrecho vínculo que existe entre *epistēmē* y *technē*, la necesidad de la enseñanza en la ciencia, entre otros aspectos, son confirmaciones de ese anclaje práctico de la ciencia¹⁰.

De esta manera, la oposición entre *theōria* y *praxis* podría quedar mucho mejor formulada en términos de la distinción entre *reglas teóricas* y *reglas prácticas*. Una distinción que, en mi opinión, es útil para revelar el constructivismo que subyace a la epistemología aristotélica. En efecto, si la *epistēmē* (y, *a fortiori*, la *sophia*, que la presupone dada) es un constructo social-institucional, entonces exige la operatividad de reglas prácticas exactamente del mismo modo que cualquier otra institución social. Es decir, requiere reglas similares a aquellas que forman las instituciones de la *praxis* (la moralidad, la política, la economía, el derecho) y de la *poiēsis* (las diferentes artes y técnicas). Podemos describir la estructura de tales reglas prácticas diciendo que están exclusivamente orientadas a gobernar los cursos de acción que envuelven relaciones inmanentes entre sujetos (Si-Sj) y aquellos que tienen que ver con la producción y manejo de objetos (Si-Oj). Así, Aristóteles reúne bajo el género *praxis* tanto a las reglas éticas y políticas como a las reglas técnicas. Ello porque ambas comparten una común referencia teleológica a la producción de cursos de acción: todas ellas son reglas que se centran en los individuos *qua* individuos *prácticos*, sujetos de acción, y de ahí el especial carácter

⁷ *Metaph.*, I, 1, 980a22.

⁸ *Eth. Nic.*, X, 7-8.

⁹ *Eth. Nic.*, I, 1, 1094a1ss.; *Pol.*, III, 9, 1280a31ss.

¹⁰ Cf. *Top.*, I, 2; *Eth. Nic.*, VI, 3, 1139b31-32; *Metaph.*, I, 1, 981a5-7, b7-9.

«regulativo» o «deóntico» que las distingue¹¹. Por ejemplo, la justicia, la virtud ético-política por antonomasia y el ingrediente esencial de su definición del hombre como *zōon politikon*, surge precisamente en la perspectiva de las relaciones prácticas de los sujetos en la medida en que involucran la referencia a *otro* (*pros heteron*, *Eth. Nic.*, V, 1, 1130a5) y además bajo el punto de vista del *bien* de ese otro, esto es, bajo el punto de vista de valores prácticos morales y políticos. Esto resultará decisivo, como veremos, para entender la estructura del derecho y de la equidad en Aristóteles.

Ahora bien, en las instituciones teóricas tenemos que aquellas reglas de carácter práctico y técnico que innegablemente constituyen una parte interna de la *epistēmē* pasan a un segundo plano. Aquí resultan puestas a un lado precisamente por el *telos* o valor fundamental de la institución, que es el de buscar y establecer relaciones universales y necesarias entre los objetos (Oi-Oj) dentro de un determinado campo de investigación (biología, física, geometría, etc.). Ese fin o valor es situado por la filosofía aristotélica en el nivel superior de la jerarquía epistemológica y debido a ello el intelecto se convierte en el criterio definitorio de la vida humana *in integrum*, así como aquello que nos vuelve «divinos» o «inmortales»¹². Y esta es la razón de que podamos hablar aquí de *reglas teóricas*, pues contienen las dos dimensiones antes indicadas: la dimensión práctica (dado que son reglas que rigen la acción) y la dimensión epistémica u objetiva (dado que implican un conocimiento teórico-universal). En la medida en que está orientada hacia la objetividad del mundo, la verdad es un valor teórico, no práctico; pero no por ello deja de regular menos la acción, pues sigue tratándose de un *valor*: el valor fundamental de la institución de la ciencia¹³. Esta objetividad implica que los sujetos están sólo *epistémicamente* involucrados en la reconstrucción lógica o categorial de la realidad. El sujeto cognoscente no interviene él mismo *ordo essendi* en la constitución o producción material de esa realidad¹⁴, sino sólo en su conceptualización bajo una *forma* inteligible o esencial¹⁵. ¿Y cuál es la estructura de esta forma? En Aristóteles ella expresa fundamentalmente relaciones de regularidad y codeterminación necesaria entre los fenómenos en términos de universalidad lógica (Wieland, 1970: 95n; Spaemann, 2008: 292). «Pues toda ciencia lo es de aquello que sucede siempre o la mayor parte de las

¹¹ Cf., p. ej., *Eth. Nic.*, VI, 4, 1140a12; 5, 1140b15; 7, 1141b13-14; II, 3, 1104b27-28.

¹² *De An.*, II, 3414b18-19; *Metaph.*, I.1.980b 27-8; *Eth. Nic.*, X, 7, 1177b2-34. Cf. Burnyeat, 2008.

¹³ Cf. *Metaph.*, II, 1, 993b19ss.

¹⁴ Ello impide por completo cualquier tentativa de interpretación de la teleología natural aristotélica en términos propositivos, esto es, como una teleología antropomórfica o teológica (tal como eso sucederá en la ontoteología cristiana). Cf. Irwin, 1988: 300, 525.

¹⁵ Como resultado de ello, «forma» y «naturaleza» se identifican en Aristóteles. Cf. *Phys.*, II, 1, 193b14ss.

veces»¹⁶. El conocimiento teórico (*epistēmē*) se refiere a lo universal precisamente porque «neutraliza» o «cancela» la *individualidad* empírica de los fenómenos, incluyendo la individualidad *a parte subiecti* del propio científico, en función de la repetibilidad (ontológica) de los fenómenos (mostrada a través de las categorías) y su correlativa repetibilidad metodológica (en la enseñanza, la dialéctica y la argumentación racional que éstas implican). La ciencia consiste en la elaboración práctica (comunitaria) de la *empeiria* a fin de construir, por medio de la inducción, regularidades o principios universales que revelan la estructura causal del mundo, así como en el consiguiente despliegue de conclusiones a partir de las mismas que permite mostrar su malla categorial y hallar nuevas conexiones necesarias en ella. La lógica misma no es sino el instrumento u *organon* para ello, y por eso el silogismo científico –teórico– debe tomar las premisas universalmente. Todo ello manifiesta la presencia permanente de una «práctica científica» constructiva gobernada por reglas¹⁷.

Si esto es así, entonces el conocimiento teórico (*epistēmē*) requiere también de silogismos imbricados en el curso de acciones orientadas por fines dentro de un escenario práctico cooperativo. Esto es: silogismos prácticos. Pero éstos sólo describirán el punto de vista de los sujetos individuales que llevan adelante la investigación, la práctica científica. El fin de la institución misma –*finis operis*– es sin embargo la determinación de verdades objetivas o esencias que reflejan la estructura real del mundo. Esas verdades son entonces un *resultado* de la práctica, obtenido en términos de la «eliminación» recursiva de los componentes subjetivos (perceptuales, por ejemplo, y también deliberativos) por efecto de las representaciones genuinamente universales (*katholou*) y necesarias que el *nous* elabora en términos de tipos o conceptos con contenido proposicional, *logoi*. A partir de ese momento, éstos dejan de ser simplemente «razones para actuar» (es decir, razones que sólo envuelven fines o bienes prácticos, que ajustan el mundo a nuestras acciones) para convertirse en su lugar en «razones para creer», cuya dirección de ajuste es de las acciones al mundo. E incluso esa misma característica (ser «razones» *para* el sujeto) ha de comenzar a entenderse en el sentido de que imponen su validez epistémica, en razón de su contenido necesario, sobre *cualquier* sujeto cognoscente individual, sea cuales sean sus creencias psicológicas particulares: éstas ya no forman parte del contenido proposicional (y ontológico) implicado lógicamente en esas razones, que es uno y el

¹⁶ *Metaph.*, VI, 2, 1027a20-1; cf. *Anal. Post.*, 96a8-19.

¹⁷ Cf. *Metaph.*, I, 1, 981a5-7, donde se atribuye a la *technē* la producción del *logos* común que resulta de la multiplicidad de percepciones particulares de los fenómenos. Por su parte, la consideración –en la *Ética*– de la *epistēmē* como *virtud* dianoética (que se adquiere y origina por la enseñanza) subraya el aspecto necesariamente práctico de los valores teóricos o de verdad que rigen el conocimiento científico-objetivo.

mismo para todo individuo mostrándose así —«trascendentalmente»— como «aquello que no puede ser de otro modo»¹⁸. Esa dimensión «objetivante» que caracteriza al conocimiento teórico, intrínsecamente vinculada a la verdad, nos revela a la epistemología aristotélica, además de constructivista, como una «epistemología sin sujeto cognoscente», por decirlo con Popper. La verdad es la contemplación de las estructuras que articulan la realidad objetiva del mundo y a través de ella el sujeto cognoscente individual viene a identificarse con el objeto mismo *quoad se* (*Metaph.*, II, 1, 993b31). Aristóteles cree así que la *theōria* es la única actividad realmente autónoma, «libre», que encuentra su fin en sí misma, y no en ninguna utilidad técnica o práctica derivada¹⁹. En última instancia, la *theōria* es una forma de *praxis* también (y por eso está esencialmente ligada a reglas y normas), pero la forma suprema: aquella que produce un tipo de conocimiento que demuestra ser enteramente independiente de las prácticas humanas (es decir: de las instituciones, reglas, deliberaciones, opiniones, percepciones...) por su carácter universal y necesario. La supremacía de la *theōria* y la ciencia teórica (y de la verdad como «fin dominante») dentro de la epistemología aristotélica (*Eth. Nic.*, X, 7, 1177b1-4) des-cansa en este constructivismo objetivista.

A diferencia de las reglas técnicas, que Aristóteles asimila a reglas teóricas, las reglas prácticas «puras» en sentido estricto —es decir, las morales, jurídicas y políticas— no poseen el mismo grado de objetividad. Aquí nos enfrentamos con el difícil problema epistemológico del «conocimiento práctico» (o la «ciencia práctica») y, por tanto, de la «razón práctica» misma en la filosofía aristotélica. Este problema está íntimamente relacionado con la jerarquía anterior. Sólo la física (la ciencia natural en el sentido amplio que Aristóteles da a ese término) y las matemáticas (la geometría como referente central) constituyen realizaciones plenas del tipo de conocimiento teórico que entraña la *epistēmē*: no en vano este concepto ha sido construido tomando a esas ciencias como paradigmas. Sólo ahí, en efecto, hallamos campos de conocimiento que permiten una reconstrucción racional en términos de conexiones universales y necesarias (formas o esencias) que trascienden el marco pragmático en el cual dicha construcción tiene lugar. En cambio, en la región de la «pura» práctica, es decir en el dominio moral, político y jurídico —constitutivo de lo que Aristóteles llama *politikē*, «ciencia de la *polis*», y que podemos considerar equivalente a nuestra «ciencia social» (Salkever, 2005: 28)— las relaciones relevantes entre los fenómenos están *ellas mismas* ontológicamente constituidas por y entre sujetos *qua* individuos prácticos (por ejemplo, las relaciones entre virtudes y vicios, entre gobernantes y gobernados, entre legisladores y jueces). Esto vuelve epistemológicamente imposible

¹⁸ *Anal. Post.*, I, 2, 71bss.

¹⁹ *Metaph.*, I, 2, 982b24-28. Ese fin no es otro que la verdad misma: cf. II, 1, 993b20-21.

esa «neutralización» de los sujetos (y con ellos de toda la constelación fenomenológica concomitante: percepción, deliberación, intencionalidad, acción) que distingue al saber teórico. Pues los sujetos son precisamente, además de la materia de estudio relevante, las instancias *causales* responsables de organizar los fenómenos que componen esa materia (es decir, las propias instituciones de la *politikē*). En efecto, como vimos, las reglas pertenecientes a las esferas de la *praxis* estricta están orientadas hacia el ejercicio de acciones cuyo referente formal y teleológico son los sujetos en la medida en que se relacionan con otros sujetos (Si-Sj). Esto implica que las regularidades causales que podrían ser establecidas aquí son precisamente *regularidades de acción*. Más aún: son reglas cuya racionalidad tiende justamente a *individualizar* a los sujetos como «principios de las acciones», esto es, como causas de esas regularidades: en eso consistirá en buena medida el razonamiento práctico y la virtud como excelencia de la acción moral. Lo que significa que son ahora las reglas teóricas (técnicas, científicas) las que, por su carácter impersonal, pasan a tener correlativamente una menor relevancia²⁰.

Y la inmediata consecuencia epistemológica de ello es que el «conocimiento práctico» o la «ciencia práctica» (es decir, el discurso racional sobre la práctica y sus reglas: la ciencia moral y política) están necesariamente contruidos a la misma escala que su objeto de estudio: cualquier posible reflexión o *theōria* construida en esos campos está *internamente* comprometida con la reproducción de los valores que los estructuran y, por tanto, con las instituciones respectivas (cf. Natali, 2001: 27ss.). Es este tipo de «internalismo práctico» el que en la epistemología aristotélica pone límites a la posibilidad de una *epistēmē praktikē*. La *phronēsis*, que regula el conocimiento práctico, no puede ser *epistēmē* justamente porque se endereza esencialmente al ejercicio deliberativo de acciones particulares en circunstancias particulares. Ello no sólo se traduce en que «construye individualidades», sino que lo hace precisamente porque deja en un segundo plano, en la deliberación, los determinantes causales necesarios y universales presentes en la acción del sujeto para focalizarse exclusivamente en el propio sujeto como quien la *elige* (*prohairesis*) y causa libre y voluntariamente. Es así como el razonamiento práctico está imbricado de manera estructural con la contingencia de «las cosas que pueden ser de modo distinto a como son» (*endechomena*), contingencia que viene dada, pues, por la mediación de la *praxis* humana²¹. Se produce de este modo una fisura insuperable entre la racionalidad teórica y la racionalidad práctica: en ésta no pueden imperar reglas universales y necesarias dado que su «dirección de ajuste» no es el mundo objetivo sino, al revés, ajustar el mundo a las deliberaciones y operaciones prácticas de los sujetos. No son reglas deterministas sino justamente

²⁰ Cf. *Eth. Nic.*, II, 4.

²¹ *Eth. Nic.*, VI, 5, 1140a32-1140b4.

indeterminadas, si es que su lugar en el razonamiento práctico, al canalizar valores morales y políticos y traducirlos en acciones (que son entonces las *conclusiones* de tal tipo de razonamiento), es el de anticipar y regular aquellos estados de cosas que no existen sino a través de la ejecución de dichas acciones. Todo ello las convierte en reglas «particularistas» en un sentido peculiar que debemos analizar más detenidamente, porque es el que está esencialmente implicado en la noción de equidad.

3. ANALOGÍA EPISTÉMICA, PRÁCTICA Y REGLAS: EL CONSTRUCTIVISMO ARISTOTÉLICO Y LA PRIMACÍA DE LA RAZÓN PRÁCTICA

Las reglas prácticas, hemos visto, no son universales en el mismo sentido que las teóricas. No pueden serlo: es una tesis *crítica*, y la razón estriba en que las primeras envuelven la mediación de un agente deliberativo, en el que la regla se centra, mientras que las segundas lo segregan en función de las relaciones objetivas y necesarias subyacentes expresadas por la regla.

¿Qué sentido tiene, entonces, seguir predicando universalidad de las reglas prácticas? La respuesta a esta pregunta –en Aristóteles– puede resumirse en la siguiente afirmación: las reglas son la única manera en que puede ser contemplada la *praxis* en términos de «racionalidad». Dentro de la esfera práctica, las reglas –como el *logos* mismo– cumplen una función de «reducción de la complejidad» de la ontología contingente de la acción humana: reducción en el sentido de generar «regularidad» y, con ello, eficacia, previsibilidad, coherencia, etc. Y esa función racionalizadora es el aspecto que Aristóteles pretende subrayar cuando insistentemente reconstruye la razón práctica (moral, política) adoptando la perspectiva metodológica del razonamiento teórico, que es el paradigma de racionalidad. El concepto de regla práctica es, pues, en buena medida, un resultado de la aplicación al campo de la *praxis* de una analogía o una metáfora racionalista: la consistente en ver la práctica desde los esquemas deterministas y regulares de las reglas teóricas (a diferencia de Platón, es sólo una metáfora o una analogía, no una *identificación*, y como vamos a ver tener esto presente resulta crucial para nuestro tema).

La metáfora racionalista resulta transparente en la ética, que está «modelada» de arriba abajo por el tipo de saber de *technai* tales como la medicina o la arquitectura (Angier, 2010). La estructura de la deliberación moral –por no hablar del concepto mismo de un «silogismo práctico»– se analiza a base de una constante comparación con la investigación científica (*zētēsis*). Luego retomaremos esta dimensión del razonamiento moral, pero veamos antes de ello cómo Aristóteles emplea la misma metodología para el análisis del derecho, de las

reglas jurídicas o *nomoi*. Ello nos permitirá comprobar en qué sentido las considera reglas universales.

Para empezar, Aristóteles usa explícitamente un vocabulario lógico a la hora de describir el *nomos* (como usará en el libro V de la *Ética* un lenguaje matemático para representar la virtud que lo rige, la justicia, en términos de proporción aritmética y geométrica). El *nomos* es una regla porque, formalizado o no (pues incluye también las reglas del derecho consuetudinario²²), consiste en ordenar o prohibir *tipos* de acción²³. Ello requiere una forma lógica universal: el *nomos* «habla en términos universales» y eso es algo «necesario», se dice en el pasaje de la equidad que hemos citado (V, 10, 1137b13, 20). En la *Retórica* leemos que «la decisión del legislador no es particular sino prospectiva y universal (*katholou*)» (I, 2, 1354b6). El *nomos* expresa, pues, el nexo interno entre reglas, razón y lenguaje que supone el *logos*. Las reglas del *nomos* pueden estar o no formuladas mediante enunciados canónicos de carácter público: esto «parece indiferente», dice Aristóteles (*Eth. Nic.*, X, 9, 1180b1); pero siempre ha de tener una formulación verbal o lingüística, ya que esto es lo que hace posible construir representaciones universales a base de cuantificadores lógicos que se refieran a clases de individuos, acciones y circunstancias, así como su aplicación a casos particulares por medio de variables de individuo: «cada una de las cosas justas y legales (*dikaion kai nomimon*) se relacionan como lo universal con los particulares, pues las cosas que se hacen son muchas, pero cada una de ellas es una, ya que es universal» (*Eth. Nic.*, V, 7, 1135a5-8).

Pero esas formulaciones lógico-lingüísticas universales en que las reglas del *nomos* consisten constituyen –como *logoi*– el resultado de cadenas complejas de razonamientos prácticos, es decir, de deliberaciones. Aristóteles, prolongando por lo demás la tradición platónica de *Las leyes*, remarca el carácter eminentemente racional de la actividad del legislador. Se refiere al buen legislador como un *technikos* y como alguien que ha llevado a cabo un estudio teórico (*theorētikos*) de su técnica: alguien, por tanto, que como apunta Bodéüs (1993: 58) «en todo caso ha de haber alcanzado un conocimiento general». Aristóteles concibe así la legislación como la plasmación de un cierto tipo de conocimiento objetivo. El *nomos* es expresamente considerado como la expresión del intelecto o *nous* (*Eth. Nic.*, X, 9, 1180a18). Se intenta aproximar la actividad legislativa a la estructura de una *technē*: en la *Política* los legisladores son comparados con *dēmiourgoi* o técnicos que imponen una forma (la constitución) a ciertos materiales (una población y un territorio)²⁴. E incluso la legislación es vista como una suerte de «disciplina aplicada» de una *epistēmē* superior: «Pues se concederá –dice al final de la *Ética*– que si un hombre desea realmen-

²² Cf. SCHROEDER, 2003: 40; Miller, 2007: 80.

²³ Cf. *Eth. Nic.*, I, 2, 1094b5.

²⁴ *Pol.*, III, 3, 1276b1-11; IV, 1, 1288b19-21; VII, 4, 1326a35-38.

te convertirse en un técnico o en un teórico debe ir a lo universal y llegar a conocerlo en la mayor medida posible, pues, como hemos dicho, la ciencia tiene que ver con lo universal» (*Eth. Nic.*, X, 9, 1180b20ff.).

Ahora bien: ¿qué tipo de *epistēmē* podría ser esa que da lugar al *nomos*, a la ley, y de la cual la legislación sería «aplicación»? Al principio de la *Ética nicomáquea* Aristóteles se refiere a la «ciencia arquitectónica» de la política (*Eth. Nic.*, I, 1, 1094a14; 2, 1094b5), de la cual la técnica legislativa (*nomothetikē*) sería la parte más importante por cuanto posee funciones directivas o normativas respecto de las demás. Pero, como hemos visto, la *politikē* no puede ser una *epistēmē* en sentido estricto, sino que es más bien una forma de *praxis*. En efecto, las «cosas justas» (*ta dikaia*), es decir, las que tienen que ver con el derecho y el *nomos*, son fenómenos circunscritos a las «cosas humanas» (*anthropeia*), es decir, a las prácticas humanas. Se trata de las prácticas que, interrelacionadas dinámicamente, llevan a cabo legisladores, jueces y ciudadanos en el ámbito de la *polis*, cuyas respectivas posiciones y relaciones las reglas jurídicas están destinadas a gobernar. El «internalismo» y el «particularismo» que antes atribuíamos a las reglas prácticas se ponen ahora plenamente de manifiesto a propósito del derecho. Las reglas del derecho son el producto de acciones deliberativas humanas y la justicia legal (*nomikon dikaion*) es aquella que existe «por posición»: es decir, aquella que al margen de la decisión humana puede ser de un modo u otro y es «indiferente» (*diapherei*) pero que deja de serlo una vez que ha sido establecida²⁵. En consecuencia, no existe algo así como «el derecho», sino que éste se encuentra multiplicado y fragmentado en el conjunto de los diferentes ordenamientos jurídicos realmente existentes: es particular (*idion*) a cada comunidad política (*Rhet.*, I, 13, 1373b6ff.). El derecho es una institución práctica integrada por conjuntos de reglas particulares de alcance limitado (el de las respectivas unidades políticas). El contenido de esas reglas no puede ser reducido a principios de justicia realmente universales y necesarios: toda justicia es esencialmente «variable» (*kineton*) y las *anthropina dikaia* –las reglas y decisiones jurídicas positivamente establecidas por convenciones humanas «no son las mismas en todas partes» (*Eth. Nic.*, V, 7, 1134b29, 32; 1135a4).

No hay, pues, ningún tipo de «necesidad natural» que determine de modo objetivo la esfera del derecho y la justicia –el complejo de las prácticas jurídicas– y, por tanto, ésta carece de genuina universalidad, incluso si los principios lógicos mismos son aplicables e indispensables en ella y, por tanto, se le presume un *minimum* de racionalidad. Al igual que no hallamos reglas prácticas en la esfera de la *physis*, no podemos encontrar tampoco reglas universales y necesarias (es decir, genuinas reglas teóricas) en la esfera de la *praxis* (a la que pertenecen

²⁵ *Eth. Nic.*, V, 7, 1134b20.

el derecho y la justicia)²⁶. Por el contrario, las reglas del *nomos* exhiben una generalidad circunscrita –particularista– y lejos de ser «deterministas» o necesarias son contingentes e indeterminadas, pues «cuando el objeto es indeterminado [*aoristou*] también la regla lo es», como relata nuestro pasaje (*Eth. Nic.*, V, 10, 1137b29-30). El carácter esencialmente indeterminado del *nomos* –del derecho– es, pues, consecuencia directa de la dependencia de las reglas jurídicas de acciones deliberativas, es decir, de constituir productos e instrumentos del razonamiento práctico. Este tipo de razonamiento está directamente emparentado con la *phronēsis*, la prudencia, que Aristóteles considera epistemológicamente irreductible –por su particularidad– a la *technē* y, *a fortiori*, a la *epistēmē*. El *nomos* mismo se considera expresión y resultado de la *phronēsis* (cf. *Eth. Nic.*, X, 9, 1180a21-22). Y es para reconstruir la estructura de este género de racionalidad (que históricamente ha venido a dar nombre al saber jurídico en la tradición occidental: la *prudentia iuris*), y mostrar sin embargo por qué es irreductible a ella, como Aristóteles acude, según decíamos, a la analogía con el modelo silogístico de la *epistēmē*. Detengámonos brevemente en ello.

Hablar de «silogismo práctico» presupone que la *prāxis* humana siempre incorpora algún tipo de *theōria*, esto es, «razones para actuar» que operan como premisas o «principios» (*arkhai*), principios que se atribuyen al individuo agente. Sin embargo, los principios prácticos (que serían entonces fundamentalmente reglas, construidas a la luz de virtudes o valores y también fines) tienen su punto de partida en la acción y la decisión individuales (es el sujeto quien es «principio de sus acciones») y consisten en retornar a su vez a la acción. De modo que los silogismos prácticos son ejecutados por sujetos particulares en circunstancias particulares en relación con las cuales tales principios se recaban, sopesan y concretan. Más aún, son inferencias que no pueden desvincularse del cumplimiento o realización de sus conclusiones, pues éstas no constituyen simplemente enunciados (*protaseis*) sino acciones mismas²⁷. De ahí su dimensión «internalista»: sólo existen en la medida en que el agente los ejercita desde el punto de vista operativo de su acción en curso (o bien desde el punto de vista de un *alter* análogo que está evaluando críticamente esa acción). La deliberación del agente no es sólo constitutiva –productiva– de la conclusión y de la premisa menor (la evaluación de la situación concreta) sino también de la premisa mayor (de la regla misma). Y es aquí donde reside la dialéctica epistemológica a la que antes hacíamos referencia: mientras los principios prácticos (reglas) son esencialmente deliberativos, los teóricos excluyen completamente la deliberación y son así

²⁶ Cf. LONG, 2005: 413, 422.

²⁷ *Eth. Nic.*, VII, 3, 1147a26ss.; *Mot. Anim.*, 7, 701a4-33; *De An.*, 434a16ss. Cf. MICHELAKIS, 1961: 63ss.; NUSSBAUM, 1985: 183ss.; NATALI, 2001: 63ss.; ORIOL, 2004: 70ss..

de algún modo «externos» a la *praxis* humana²⁸. Sólo en este ámbito podemos deliberar, porque es un ámbito ontológicamente dependiente de la acción humana y *por ello* indeterminado (*Eth. Nic.*, III, 3, 1112a18ss., 1112b8-9; cf. Aubenque, 1999: 105ss.). Incluso cuando la deliberación práctica incluye elementos teóricos entre sus premisas («razones para creer»), éstos dejan de ser deterministas y necesarios en la medida en que deben ser trasladados «técnicamente» al escenario práctico de la teleología humana en términos de cursos particulares de conducta y, de ese modo, devienen susceptibles de «serlo de un modo u otro», es decir, se convierten en inevitablemente variables y contingentes. En esa misma medida, su universalidad tiende a desvanecerse en cuanto relevante para la práctica. En suma: «Dado que la ciencia implica demostración y no hay demostración de las cosas cuyos principios pueden ser de otro modo (porque todas esas cosas pueden de hecho ser de otro modo), y dado que es imposible deliberar sobre las cosas que son necesariamente, la prudencia no puede ser ni ciencia ni técnica: lo primero porque lo relativo a la acción es susceptible de ser de otro modo, lo segundo porque la acción y la producción técnica son cosas diferentes» (*Eth. Nic.*, VI, 5, 1140a32-1140b1). Es imposible, pues, desde un punto de vista epistemológico, que las reglas jurídicas –que son reglas prácticas– aparezcan como resultado de una racionalidad científica o técnica.

Sólo queda abierta, pues, tras esta crítica epistemológica, la vía de intentar una racionalización de la *praxis* a su misma escala: esto es, construir una *filosofía práctica* (ya que no una ciencia ni una técnica) que esté comprometida directamente con los valores y reglas que rigen la *praxis*. Esto es lo que pretende hacer Aristóteles en su *Ética* y su *Política*. Una filosofía práctica que es racionalista precisamente porque asume como modelo heurístico, como *methodos* filosófico para una reconstrucción de la acción humana político-moral, el de la *epistēmē*. Después de haber separado radicalmente la razón práctica de la razón teórica, ese modelo permite asimilarlas *secundum quid* y de ese modo mediar entre el relativismo escéptico de los sofistas y la fundamentalista «ciencia de la virtud» socrático-platónica (Nussbaum, 1985: 166ss.).

Es la analogía epistémica, en efecto, la que conduce a plantear la tesis filosófica de que, si bien las reglas de la *praxis* (entre ellas las del derecho) son abiertas y variables, indeterminadas, esto es, incapaces de dar cuenta del dominio de las respectivas acciones en términos de un «cierre» objetivo de principios necesarios y universales –como sí haría la *epistēmē*–, son sin embargo estructuras indispensables, «transcendentales», de la racionalidad humana: aquellas que nos muestran la recurrencia de la *praxis* en términos de *regularidad* y permiten

²⁸ *Eth. Nic.*, III, 3, 1112a21ss.; VI, 5, 1140a32. La deliberación es un tipo de investigación, pero no toda investigación es deliberativa: así las matemáticas (1112b20ss.).

reducir tendencialmente así su radical contingencia, aunque sea sólo una regularidad relativa, aquella de lo que se da solamente «la mayoría de las veces» (*hōs epi to poly*). Aunque en apariencia nada responde a orden objetivo en las regiones de la *praxis* moral y política (nada es «por naturaleza», *physei*) sigue siendo necesario establecer fundamentos racionales (*ekhein tina logon*), es decir, criterios generales o reglas, por más que ellos tengan que ser establecidos sólo en «esquema», como su propio objeto demanda, y tal es en efecto la misión de la filosofía práctica (*Eth. Nic.*, I, 3, 1094b14ss.).

Más aún, en las normas o reglas del hacer encuentra Aristóteles la característica definitoria o esencial del hombre frente a los demás animales: el hombre es el único animal cuya conducta está gobernada por reglas. Estas son los elementos diferenciales de la «naturaleza humana». La definición del *zōon politikon* debe ser entendida como comprensiva del complejo de instituciones prácticas que organizan las comunidades humanas a partir «del sentido del bien y del mal, de lo justo y lo injusto y los demás valores» (*Pol.*, I, 2, 1253a16-17). Esos otros valores (*kai tōn allōn*) no pueden ser sino los valores epistémicos que rigen el conocimiento científico (*epistēmē*) y filosófico (*sophia*), así como las técnicas y artes (*technai*). Cada una de estas instituciones implica la normativización del mundo práctico de los hombres a través de la conceptualización lingüística (*logos*), ya que las comunidades humanas se constituyen precisamente «mediante la discusión racional y el pensamiento (*logōn kai dianoiās*)» (*Eth. Nic.*, IX, 9, 1170b12.). El *logos* es, pues, fundamentalmente *normativo*: se orienta a establecer lo correcto y lo incorrecto (*Pol.*, I, 2, 1253a14). Es decir, a conducir la vida humana según *valores* institucionalmente articulados en forma de *reglas* prácticas. Consiste así en la construcción de representaciones universales (*katholou*) de radio variable, que van desde la *praxis* político-moral (un conocimiento local, contingente y vinculado a *endoxa*) hasta la *epistēmē* rigurosa (conocimiento universal y objetivo). De ahí la distinción que hemos introducido entre reglas teóricas y prácticas. Las reglas son precisamente aquellas estructuras que conectan las conductas de los individuos, regidas por fines (al igual que las de los animales), con los valores y bienes que estructuran internamente cada una de esas instituciones de las que por ello pasan a formar parte esencial. Aristóteles considera tales bienes como *objetivos*, no meramente aparentes (*Eth. Nic.*, III, 3, 1113a28-30), lo que al menos significa dos cosas importantes: a) que están racionalmente fundados, es decir, que son *universalizables* por medio del *logos* con mayor o menor alcance, y b) que, de acuerdo con la teleología aristotélica, están jerarquizados en función de bienes *últimos* hacia los que toda actividad humana tiende. Una lectura no metafísica de esta teleología concluiría simplemente que el hombre es el único animal capaz de llevar adelante *prácticas racionales* (guiadas por reglas y valores en el marco de aquellas instituciones) en lugar de meramente conductas etológico-biológicas (y también, por supuesto,

de una sabiduría divina o eterna). Es una teleología propositiva, *antrópica*, inmanente, por lo tanto. Pues esos bienes fundamentales o últimos, la *eupraxia* (la vida acorde con la virtud político-moral) y la verdad contemplativa (la vida acorde con la *theōria*) solamente son viables dentro del contexto de la *polis*. Sea «inclusivo» o «dominante», el fin último del hombre (*eudaimonia*) es siempre un fin a perseguir *prácticamente*. La existencia humana es esencialmente una vida práctica que no consiste meramente en vivir sino en vivir *bien* (*eu zēn*), es decir, bajo el alcance de reglas y valores y, por consiguiente, «una vida guiada por la decisión deliberativa (*kata prohairesin*)» (*Pol.*, III, 9, 1280a32, 34; cf. I, 1257b40ss.; III, 6, 1278b24ss.). Por eso identifica Aristóteles al hombre con su racionalidad específicamente *práctica* en el archicommentado pasaje del *idion ergon* (*Eth. Nic.*, I, 7, 1097b25ss.). Todas las variedades de la vida noética humana, incluso las más elevadas y teóricas –y por tanto todos los posibles fines del hombre– son inseparables de su acción o *praxis* (por más que a veces no puedan reducirse a ella sus resultados, como sucede en la ciencia). El hombre no es para Aristóteles sino una sustancia práctica, un principio de operaciones que debe ser entendido en un sentido constructivista. Esta «primacía de la razón práctica», perfecto anticipo de la kantiana, hace de su filosofía práctica la verdadera «filosofía primera» (Baracchi, 2008).

4. DOS CONCEPCIONES FILOSÓFICAS DE LA UNIVERSALIDAD DE LAS REGLAS

Volvamos llegado este punto al problema de la universalidad de las reglas. De lo hasta aquí dicho podemos inferir al menos cuatro sentidos fundamentales en los que una regla puede ser dicha universal, de acuerdo con las ideas aristotélicas:

- i) *universalidad lógica*: una regla se refiere siempre a tipos o clases de acción, tanto intensional como extensionalmente considerada;
- ii) *universalidad axiológica*: a las reglas subyacen siempre valores (básicamente, la justicia y la verdad) que operan como justificaciones para la universalización de las prácticas respectivas;
- iii) *universalidad natural u objetiva*: las reglas pueden tener también fundamentos causales (anankásticos) como base de su carácter universal o nomológico.
- iv) *universalidad práctica*: las reglas implican relaciones internas de regularidad o recurrencia entre prácticas humanas.

Los sentidos i) y iii) son básicamente teóricos, mientras que los sentidos ii) y iv) son prácticos. A partir de esta caracterización podemos distinguir dos concepciones filosóficas fundamentales de la universalidad de las reglas. Concepciones «teoreticistas» serían aquellas

que ponen el acento de la universalidad de las normas en los sentidos i) y iii), pretendiendo reducir a ellos los sentidos ii) y iv). Aquí tendrían cabida todas las variantes de logicismo y naturalismo normativo. En cambio, las que podemos llamar concepciones «pragmáticas» son aquellas que dan más peso a los sentidos ii) y iv), especialmente a este último, y desde ellos reconstruyen la función de la universalidad lógica y la universalidad natural.

La concepción aristotélica de las reglas que hemos descrito en las páginas precedentes representa el paradigma –y la primigenia formulación– de la concepción pragmática, que encontramos también, por ejemplo, en las reflexiones del último Wittgenstein sobre el seguimiento de reglas. Este planteamiento pragmático sostiene que las reglas consisten esencialmente en sistemas de prácticas sociales. Las reglas son immanentes a prácticas sociales y no existen más que como reglas *practicadas*²⁹. Una regla es básicamente un proceso social, una compleja concatenación recursiva de prácticas en ejercicio. Esta recursividad práctica –la iteración o generalización social de ciertos tipos de conductas– es el mecanismo por medio del cual esas conductas se transforman en *prácticas institucionalizadas*. No se trata de una mera regularidad estadística o empírica, sino más bien de tipo «interpretativo» (en el sentido de Dworkin), es decir, estructurada en términos de valores. La conducta de los individuos resulta «polarizada» y orientada hacia ciertas direcciones específicas, ciertos cursos de acción que son seleccionados por la regla en cuestión en tanto promueven determinados valores (frente a disvalores correlativos). Este proceso recursivo, dialéctico, requiere la formulación de enunciados lingüísticos universales que permitan generalizar e identificar un *mismo* tipo de acciones³⁰. Pero la tesis distintiva de una concepción pragmática establece que la formulación de las reglas no es sino una dimensión *interna* del proceso de generalización de prácticas sociales dentro del marco de la institución de que se trate.

De manera que la universalidad de una regla no puede ser identificada *exclusivamente* con la universalidad de su formulación. Junto a ésta –la universalidad lógica– hay que contar con los otros sentidos: la justificación de la regla (los valores que promueve: universalidad axiológica), las funciones o causas a las que sirve o que la explican (universalidad natural) y la sucesión de conductas o aplicaciones de la regla (universalidad práctica o regularidad). Así, se ha usado a veces el término «generalidad» para referirse a la universalidad lógica, reservando el de «universalidad» para indicar la racionalidad justificativa de la regla en términos de valores (en concreto en términos de justicia)³¹. Pero, para una concepción pragmática, la dimensión de

²⁹ Cf. WITTGENSTEIN, 1999: §§ 201, 202, 217.

³⁰ Sobre las relaciones entre reglas y juicios de identidad, cf. WITTGENSTEIN, 1999: §§142-3.

³¹ Cf. MACCORMICK, 2003: 78, 97ss.

universalidad que resulta más decisiva en una regla –desde la que se redefine el papel de las demás– es la tercera: la que hemos asociado a la *recurrencia* de las prácticas reguladas³². Una regla consiste en la secuencia de prácticas interpretativas a través de las cuales su formulación es *generalmente seguida y aplicada* como patrón justificativo crítico. Es así como en esta concepción la dimensión valorativa de las reglas, su universalidad axiológica o justificabilidad, pasa a un primer plano. Solamente a través del proceso hermenéutico reiterado de implantación en la práctica de los valores subyacentes a las reglas pueden existir éstas como tales «reglas»³³. En consecuencia, las prácticas son *constitutivas* de las reglas.

Una concepción teoreticista, en cambio, plantea las cosas del modo inverso. La conexión entre la formulación de la regla y su dimensión práctica se recorre en dirección contraria. Ahora es el aspecto lingüístico, lógico-abstracto, de las reglas el que pasa al primer plano, mientras que el proceso práctico de su implantación queda subordinado a él, cuando no desaparece. Las reglas son esencialmente estructuras ideales que pertenecen al reino del «deber ser» o *Sollen*. El conjunto de procesos de su seguimiento y aplicación práctica son enteramente secundarios y «externos» respecto de dichas estructuras. Más bien es la práctica empírica la que tiene que ser regulada y reglamentada, de manera independiente de cada caso, «desde fuera», por la regla como estructura lógica universal. Es de sobra sabido que los orígenes de esta concepción se localizan en la filosofía de Kant, cuyo idealismo trascendental dio un «giro copernicano» también a la razón práctica clásica de cuño aristotélico. El principio de universalidad se afianza entonces fundamentalmente como universalidad *lógica* (cuyo modelo, como para Aristóteles, seguía siendo la universalidad natural: sólo que ahora encarnada por las leyes de la ciencia natural newtoniana). La fundamentación trascendental de la misma en la conciencia pura, que piensa la idea misma de una «conexión universal de elementos» (por eso es un idealismo), permitía independizarla por entero tanto de la universalidad axiológica (de los contenidos valorativos *materiales* a los que la regla sirve: tal fue la crítica de la *Werttheorie*) como de la universalidad práctica (el mundo y sus prácticas sólo se contemplan como el efecto o el punto de aplicación de las reglas: como un «mundo invertido», en términos de Hegel). Aquí está el punto de partida de

³² Esta dimensión pragmática también ha sido también incluida a veces bajo el concepto de «generalidad», vinculándola a la estabilidad de las reglas. Cf. SCHAUER, 2006: 274ss.

³³ Compárese con la definición hartiana clásica de «regla social» en términos de un espectro de prácticas críticas que envuelven la aceptación de un cierto estándar. Este conjunto de prácticas constituyen el «aspecto interno» de la regla, al cual un observador debe referirse desde el «punto de vista interno» de los agentes: un punto de vista «hermenéutico» (MACCORMICK). Raz llamó a esta precisamente una «concepción práctica de las reglas», a la que consideraba criticable asumiendo la posición que hemos llamado «teoreticista». Cf. al respecto VEGA, 2007a: 170ss.

todos los logicismos y formalismos normativos modernos (íntimamente vinculados, en nuestro campo, al positivismo jurídico). El «giro lingüístico» de la filosofía contemporánea no hizo sino intensificar esta tendencia al entender las normas fundamentalmente como entidades lógico-lingüísticas separadas o «significados», es decir, el *significado proposicional* (sea semántico o pragmático) de sus formulaciones. En consecuencia, para esta concepción las reglas son constitutivas de las prácticas³⁴. Los posteriores «giros pragmáticos» (el wittgensteiniano, el discursivo, el hermenéutico, etc. o en el caso del derecho, el postpositivista) pueden verse como intentos por recuperar los elementos axiológicos, interpretativos y pragmáticos que operan en la racionalidad de las reglas más allá de un entendimiento puramente formalista de su universalidad lógica.

Lo que vamos a hacer en las páginas siguientes es comprobar cómo eso ya sucede de un modo perfectamente claro en la filosofía aristotélica. Hemos visto que Aristóteles usa heurísticamente el modelo de las reglas teóricas para reconstruir la estructura de las reglas prácticas. Aunque con ello puso sin duda las bases para el moderno idealismo kantiano del *Sollen*, su propia concepción no es idealista sino pragmática o constructivista: la *praxis* es la clave última de toda clase de reglas, incluso de las reglas teórico-objetivas a las que se atribuye la universalidad más estricta. Esto impide la hipostatización de la dimensión lógica o teórica de la universalidad de las reglas. Es la primacía de la práctica lo que explica el papel capital que éstas juegan en la filosofía aristotélica: pero esa primacía se entiende desde una concepción netamente constructivista –de signo materialista o «realista»– en la que es la idea de recurrencia normativa (universalidad práctica) la que conjuga internamente las dimensiones lógica, causal y, sobre todo, valorativa de las reglas. De esta manera, por un lado, la dinámica de la reiteración regular de las prácticas humanas en las diversas instituciones explica y justifica la universalidad lógica de las reglas, pero, por otro, lo hace en función de los *valores* que articulan dichas instituciones. Y, si hablamos de las instituciones de la *politiké*, el valor nuclear articulador de las mismas no es otro que la *justicia*: «La virtud de la justicia (*dikaiosynē*) pertenece a la *polis*, pues la justicia es el orden de la comunidad política (*politikēs koinōnias taxis*) y la virtud de la justicia es el conjunto de juicios que establecen lo que es justo (*dikaiou krisis*)»³⁵. Es entonces la justicia política lo que determina y justifica la universalidad del *nomos*, la justicia legal. Pero es también la justicia lo que pone un límite a la legalidad del *nomos* e impide que dé lugar a decisiones injustificadas. Eso es precisamente la equidad: una corrección valorativa de la ley debido a su universalidad, como

³⁴ Sobre el concepto de «regla constitutiva», cf. SEARLE, 1969: 33ss.; CHERRY, 1973. Para una crítica, véase VEGA 2007b.

³⁵ *Pol.*, I, 2, 1253a37-39.

enuncia nuestro pasaje, o sea una corrección de la universalidad lógica de las reglas jurídicas en términos de su universalidad axiológica.

5. LAS FUENTES DE LA UNIVERSALIDAD DE LAS REGLAS JURÍDICAS: JUSTICIA POLÍTICA Y JUSTICIA LEGAL

La universalidad lógica de las reglas jurídicas, de los *nomoi*, está directamente relacionada con la señalada función «arquitectónica» que el derecho tiene en la filosofía práctica aristotélica, función que no es otra que estructurar y salvaguardar la ordenación estable de la comunidad política en su conjunto, siendo ésta a su vez la condición de posibilidad de cualquier otra institución humana. Algo que no sería posible sin un sistema de reglas generales en ejercicio, lo que Aristóteles llama «justicia legal» o *nomikon dikaoin*: esto es, las reglas del *nomos* y sus procesos de aplicación regular (*krisis*) por los jueces. Pero la justicia legal es instrumental: su fin es la justicia como valor eminentemente sustantivo que se erige en la médula de la entera *politeia*. Los fundamentos de la universalidad de la justicia legal son, pues, valores político-morales. La función de las instituciones del derecho es precisamente establecer la transición y la mutua articulación entre la ética y la política.

En efecto, el derecho es una institución regulativa orientada a la producción de reglas generales a la escala de la sociedad política. El *nomos* es el instrumento para la *implantación* y *generalización* de hábitos colectivos de comportamiento entre los ciudadanos: tal es para Aristóteles la función primaria de los legisladores, a los que en tal sentido hace interlocutores principales de la *Ética nicomáquea*³⁶. Pero esos hábitos inducidos por la legislación no actúan sobre un vacío normativo: el *nomos* es un tipo de ordenación (*taxis*) impuesta sobre normas y valores preexistentes. Se trata de las normas consuetudinarias de carácter informal y ancestral que organizan las diferentes instituciones y comunidades (básicamente, unidades familiares y villas) sobre las cuales la *polis* misma se construye³⁷. A partir de estos diferentes estratos de moralidad positiva el derecho se va edificando como un sistema de reglas de segundo orden. El *thesmos* –el conjunto de normas de carácter pre-político– da paso al *nomos*, lo que implica su reorganización y reformulación por obra de una nueva autoridad política que actúa por medio de reglas legislativas centrales: las leyes (Ostwald, 1969: 137ss). Como resultado de esta *totalización* constructiva sobre el conjunto de las normas y valores socialmente vigentes³⁸, el derecho –la legislación– establece ciertos estándares que en adelan-

³⁶ Cf. *Eth. Nic.*, II, 1, 1103b3-4; X, 9, 1180a32ss.; véase BODÉÛS, 1993: 60-1.

³⁷ *Pol.*, I, 2.

³⁸ Cf. *Eth. Nic.*, VI, 8, 1141b25; X, 9, 1181b1.

te se universalizan en el sentido de que se consideran aplicables a *todos* los miembros de la comunidad, ahora en cuanto *ciudadanos* y no ya como miembros de las comunidades precursoras. Es este carácter *erga omnes* de las leyes el que hace que las reglas jurídicas tengan que ser universales. Algo intrínsecamente ligado, como enseguida veremos, a la instauración y propagación de valores específicamente *políticos*, como la igualdad y la libertad, pues son las leyes las que efectivamente hacen posible «una comunidad de libres e iguales».

El surgimiento del *nomos* establece un punto de no retorno que Aristóteles va a considerar definitorio de la autonomía normativa de la institución jurídica. Eso es patente en la manera en que define la «justicia legal» (*nomikon dikaion*) y la diferencia de la «justicia natural» (*physikon dikaion*) en el conocidísimo pasaje de *Eth. Nic.*, V, 7, 1134b18-1135a5. En efecto, Aristóteles hace depender la positividad de las reglas jurídicas de la interposición de decisiones prácticas efectivas del legislador: la justicia legal es «aquella que antes de ser establecida es indiferente, pero una vez establecida ya no lo es» (1134b20-22). De manera que la acción y la deliberación de la autoridad legislativa tienen un carácter *constitutivo* de las reglas jurídicas: el contenido de éstas no puede «ser deducido» de las prácticas y normas previamente dadas (no digamos ya de un supuesto «derecho natural» preexistente), sino sólo *producido* autónomamente por la *praxis* legislativa. Esta es la idea que será llevada a su máxima expresión por el positivismo jurídico en sus distintas variantes. La segunda gran concepción filosófico-jurídica, el iusnaturalismo, se apoyará en cambio en un rasgo de la institución jurídica también apuntado por Aristóteles y que también hemos mencionado. Pese a ser una institución regulativa que genera nuevas reglas en la vida social, el derecho no establece un corte absoluto con respecto a las normas y valores de primer orden sobre las cuales se construye: específicamente, con respecto a las normas *morales*. Es una tesis aristotélica que el derecho, el *nomos*, incorpora las normas morales, no sólo la moralidad positiva sino también la moralidad crítica, es decir, la *virtud* (esta es una exigencia de la justicia como virtud específicamente *jurídica*, sobre la que volveremos de inmediato). De la relación dialéctica entre derecho y moral arranca, en efecto, la dialéctica *nomos* y *dikē*³⁹, que será bandera de todo el iusnaturalismo deontológico posterior. Sin embargo, la teoría aristotélica del derecho no es ni positivista ni iusnaturalista. La complejidad de su concepción del derecho como institución mediadora entre los valores de la moralidad y la construcción política del Estado no puede reducirse a esa dicotomía simple.

La idea de justicia expresa en su estructura esa mediación compleja en torno a la que Aristóteles hace girar la estructura de la institución jurídica. La justicia en general es «lo legal y lo igual (*to nomimon kai*

³⁹ Cf. BARKER, 1975: 366; HAMBURGER, 1971: 96.

to *ison*)»⁴⁰. Este par de conceptos se halla en correspondencia, respectivamente, con la justicia legal (en cuanto justicia basada en *nomoi* universales) y con la equidad (en cuanto justicia basada en la corrección contextual de esas reglas, que sin embargo sigue operando en términos de igualdad). Lo justo se identifica con lo conforme con las reglas legislativas (*kata nomon*). Esta es la justicia llamada tradicionalmente «general» o «universal». Pero esta ecuación entre legalidad y justicia sólo se da cuando hablamos de la *eunomia*, de las leyes «correctamente establecidas», esto es, aquellas que precisamente han incorporado los valores morales de la virtud. Así, para Aristóteles, frente al positivismo jurídico, la normatividad del derecho, aun siendo constitutiva, no es autorreferente: las reglas jurídicas son justas, consideradas como «puestas» por la autoridad, solamente «en cierto sentido»⁴¹. La justicia no puede concernir solamente a la *forma* del derecho –a su carácter autoritativo– sino también a sus contenidos: y no *cualquier* contenido convierte al derecho en justo. Las reglas jurídicas poseen una conexión *justificativa*, además de genética, con valores morales sustantivos (no se trata del hobbesiano «convivir» sino del «vivir bien»). Por eso dice Aristóteles, recordando el dicho de Teognis, que «en la justicia –esto es, en la justicia como legalidad o *nomikon dikaion*– se contienen todas las virtudes (*syllēbdēn pas' aretē*)»⁴²:

«Pues la mayor parte de las acciones ordenadas por el *nomos* son aquellas que vienen prescritas desde el punto de vista de la virtud como un todo [*hōlen aretē*]. En efecto, el *nomos* ordena vivir conforme a todas las virtudes y prohíbe vivir según todos los vicios. Más aún, las acciones que tienen a producir la virtud como un todo se contienen en las disposiciones legislativas que han sido establecidas para la educación con vistas al bien común»⁴³.

«También la ley ordena hacer lo que es propio del valiente, por ejemplo, no abandonar el sitio, ni huir ni arrojar las armas; y lo que es propio del moderado, como no cometer adulterio, ni insolentarse, y lo que es propio del apacible, como no dar golpes ni hablar mal de nadie; y, similarmente, ordena acciones que sean conformes con las demás virtudes y prohíbe las acciones que se corresponden con los vicios. La ley bien establecida hace esto con corrección y la ley menos cuidadosamente establecida lo hace peor»⁴⁴.

Que las reglas positivas del Derecho o *nomoi*, la «justicia legal» o legalidad, vengán a respaldar selectivamente ciertos valores de la

⁴⁰ *Eth. Nic.*, V, 1, 1129a34.

⁴¹ *Eth. Nic.*, V, 1, 1129b11. En 1134b28 añade Aristóteles, con la misma ironía crítica que otras veces dispensa a la idea de una justicia divina (cf., p. ej., X, 8, 1178b10ss.), «excepto para los dioses».

⁴² *Eth. Nic.*, V, 1, 1129b30.

⁴³ *Eth. Nic.*, V, 2, 1130b18ss.

⁴⁴ *Eth. Nic.*, V, 1, 1129b20ss.

moralidad, al tipificar las acciones que se corresponden con éstos para ordenarlas o prohibir sus contrarias (convirtiendo, por ejemplo, ciertos vicios en tipos penales), no sólo supone que esos valores van más allá de las convenciones jurídicas creadas por la autoridad jurídica. También indica que la «totalización» que el derecho lleva a cabo en segunda instancia sobre el conjunto de las virtudes introduce una moralidad *crítica* de carácter *universalista*. Es muy importante tener presente que es precisamente el sentido general o universal de la justicia aquel que Aristóteles está vinculando a la legalidad. Pues esto arroja una luz decisiva para entender el contraste entre la justicia legal y la «justicia natural» de un modo muy distinto a como ha sido entendida tradicionalmente, sobre todo por el iusnaturalismo. La justicia natural es definida por Aristóteles como aquella que posee precisamente un carácter universal: «aquella que tiene la misma fuerza en todas partes y no está sujeta al parecer humano» (*Eth. Nic.*, V, 7, 1134b19). Se trata, pues, de la distinción entre el derecho como un sistema de reglas (que representa ya un tipo de justicia) y aquello que lo explica y justifica *universalmente*. Pero sabemos que no puede tratarse de una universalidad natural, teórica («como el fuego, que quema del mismo modo aquí y en Persia», dice Aristóteles críticamente contra sofistas y platónicos en 1134b26). Ha de tratarse de una universalidad circunscrita a la *praxis*. Es decir, una universalidad que tiene que ver con valores prácticos, y no con las reglas teóricas que gobiernan la *physis*: Aristóteles no incurre en la «falacia naturalista». El componente crítico de la analogía epistémica impide, como vimos, esa falacia. Y es su componente constructivo o heurístico el que lleva a Aristóteles a preguntarse por el modo *universal* en que los valores político-morales se articulan estructuralmente en la institución que llamamos derecho, por cuyo cauce la política misma es posible (y con ella el resto de instituciones humanas).

De manera que, a diferencia de las teorías iusnaturalistas que conciben los valores que fundamentan las reglas jurídicas como valores *exclusivamente* morales, como si el derecho fuera una *parte* o una *especie* de la moralidad (en el sentido defendido clásicamente por el tomismo, pero redivivo en teorías post-positivistas actuales como las de Alexy o Dworkin), Aristóteles entiende las relaciones entre el derecho y la moralidad de un modo mucho más articulado y complejo, de acuerdo con la totalización que supone la metáfora arquitectónica. El derecho no se relaciona con la moral en términos meramente «dualistas»⁴⁵, ni tampoco con arreglo a un esquema *teorético* basado en las relaciones entre lo general y lo particular, o género y especie. Más bien su relación es dinámica, constructiva y práctica: es la relación por medio de la cual los valores morales se transportan a la esfera pública, es decir, política. Si la justicia es la virtud suprema, si se

⁴⁵ Sobre este dualismo tradicional, cf. las importantes reflexiones de DWORKIN: 2011: 400ss.

refiere esencialmente al «bien del otro» (es decir, al conciudadano) y si es la virtud «total» o completa, es porque es la virtud *política* por excelencia. Y esta virtud se ejerce y realiza precisamente *a través* de la institución práctica del derecho: a través de las prácticas de legisladores y jueces, cuyo fin no es ya construir buenas personas sino buenos ciudadanos.

En otras palabras, la moralidad *necesita* la institucionalización de un ordenamiento jurídico para promover y propagar sus valores en términos de estándares generales de justicia aplicables a la nueva escala de relaciones que emerge con la construcción de la *polis*⁴⁶. La justicia, por lo tanto, tiene que organizarse *políticamente* por medio de un sistema jurídico basado en reglas prácticas generales. Esta es la justicia «según la ley y entre individuos naturalmente sujetos a ley» (1134b13-14). Por eso la justicia natural es *interna* a la justicia política. La *naturalidad* de la justicia consiste entonces esencialmente en aquellas condiciones estructurales para la constitución y persistencia de una sociedad política bien ordenada y que el derecho viene a encarnar como dispositivo institucional canalizador de sus valores fundamentales⁴⁷. Y por eso también la idea de justicia es inseparable en Aristóteles de la implementación de un sistema de legalidad general («lo legal y lo igual»), por cuyo través esos valores se universalizan socialmente. Las constituciones positivas, por supuesto, incorporan muy diferentes sistemas de valores, incluso inconmensurables entre sí: en todo caso «no son las mismas en todas partes». Sin embargo, existe también un criterio axiológico *universalizable* de justicia política, pues «sólo una es en todas partes la mejor constitución por naturaleza»⁴⁸. Esta será precisamente la que mejor represente el «imperio de la ley».

6. DERECHO Y REGLAS PRÁCTICAS: EL «IMPERIO DE LA LEY»

Los fundamentos de la defensa aristotélica del «gobierno de la ley» son pues eminentemente político-morales. Van ligados por un lado, a la función «transicional» que el aparato jurídico cumple en su mediación de ida y vuelta entre la esfera ética y la política. Pero también, por otro, a la racionalidad práctica que supone la organización de la ciudad en función de reglas tendencialmente «impersonales» («pues no permitimos que nos ordene un hombre, sino la razón», *Eth.*

⁴⁶ En palabras de MILLER (1995: 59): «La formulación jurídica es indispensable para la habituación y desarrollo moral de los ciudadanos. En consecuencia, los seres humanos necesitan un sistema jurídico y político para poder adquirir la virtud ética».

⁴⁷ NUSSBAUM, 1985: 212.

⁴⁸ *Eth. Nic.*, V, 7, 1135a5-6.

Nic., V, 6, 1134a35). De este modo Aristóteles es el primer filósofo en poner de manifiesto la conexión intrínseca existente entre la universalidad de las reglas jurídicas y la racionalidad político-moral (o práctica en general), al tiempo que vincula ambas cosas con las mediación de las relaciones de poder y autoridad dentro del Estado.

En efecto, el ejercicio del control político soberano (*kyrioi tes arches*) es para Aristóteles coextensivo con el proceso de producción y aplicación de las reglas jurídicas. Ello sucede tanto en la perspectiva *ad intra* de las relaciones entre autoridades (es decir, en la estructuración constitucional del régimen de gobierno o la forma de Estado) como en la perspectiva *ad extra* de las relaciones entre gobernantes y gobernados. Aristóteles asume aquí una perspectiva descriptiva o estructural: una característica universal de los sistemas políticos –y por ello del desarrollo mismo de la actividad política– es que la construcción del Estado requiere un conjunto de reglas generales y estables que envuelven un poder no atribuido ya a los individuos particulares que lo ejercen sino a la comunidad política en su conjunto (y que opera por ello en términos de impersonalidad)⁴⁹. Así, «todos los regímenes desarrollan algún tipo de justicia» y «allí donde no gobiernan los *nomoi* no hay *politeia*»⁵⁰.

Los diferentes tipos de regímenes políticos están correlacionados con las diferentes formas de producción de las reglas generales jurídicas, así como con las relaciones que poseen con las reglas de inferior grado de generalidad y con las decisiones particulares en aplicación de las mismas. La articulación política de los órganos deliberativos (asamblea), ejecutivos (magistraturas) y judiciales (tribunales) es isomorfa con la propia articulación del ordenamiento jurídico. Aristóteles anticipa así de manera asombrosa la contemporánea «teoría jurídica del Estado» o *Rechtsstaatslehre*, y la concepción del ordenamiento jurídico en términos de relaciones jerárquicas entre estratos normativos dinámicamente encadenados (la *Stufenbau der Rechtsordnung* de Verdross y Kelsen).

En primer lugar, Aristóteles diferencia claramente el nivel constitucional del nivel de la legalidad ordinaria y su respectiva normatividad. La constitución establece los diferentes órganos políticos y las formas en que los ciudadanos participan en las funciones deliberativas, ejecutivas y judiciales (pues ciudadano es «cualquiera capaz de participar en la función deliberativa o judicial»)⁵¹. Según Aristóteles, «las leyes están, y deben estar, construidas según la constitución, y no la constitución según las leyes»⁵². La

⁴⁹ «Mientras que los individuos odian a quienes contrarían sus impulsos, incluso cuando lo hacen correctamente, la ley no es odiada cuando ordena el bien» (*Eth. Nic.*, X, 9, 1180a23-24).

⁵⁰ *Pol.*, III, 9, 1280a9, IV, 4, 1292a32.

⁵¹ *Pol.*, III, 1275b18-19. Hay quien ha interpretado esto en términos de «derechos políticos» *avant la lettre* (cf. MILLER, 1995: 87ss.).

⁵² *Pol.*, IV, 1289a13-15.

actividad legislativa es, pues, de naturaleza interpretativa y se produce dentro del marco de fines y valores constitucionales cuya consecución se trata de lograr⁵³. En segundo lugar, el nivel de la legalidad está nítidamente diferenciado del que es propio de las normas *particulares*. Estas no son *nomoi* sino *psēphismata*, esto es, decretos que regulan situaciones particulares⁵⁴ y que deben ser coherentes con la legalidad dado que «ningún decreto debe ser universal (*katholou*)»: «La ley debe ser suprema sobre todas las materias, y los magistrados deben juzgar solamente de los casos particulares, y únicamente así cabe decir que existe constitución»⁵⁵. Por último, las decisiones aplicativas del derecho, por órganos judiciales o de otro tipo, son determinaciones particulares de las leyes respecto de las situaciones particulares (y aquí aparecerá la equidad como adaptación y corrección de las mismas).

Pero todo este aparato «formal» normativo sólo cobra sentido cuando se considera como soporte articulador de los valores políticos que supone la idea de justicia encarnada en cada constitución. De manera que el hecho universal de que los regímenes políticos se funden en reglas universales (*nomoi*) termina abocando al hecho no menos universalmente constatable de que los sistemas políticos son variables en cuanto a su concepción de la justicia distributiva, variabilidad que Aristóteles intenta reducir a tres formas básicas (monarquía, aristocracia, democracia) y sus correspondientes variantes. La pluralidad de regímenes refleja divergencias o desacuerdos profundos en cuanto a las concepciones de la virtud y la felicidad dentro de las comunidades humanas y, en razón de ello, en cuanto a la propia constitución política⁵⁶. La universalidad de la justicia legal –con su estructura formal igualitaria– se traduce así, paradójicamente, en el particularismo empírico de los valores políticos materiales que esa igualdad viene a implantar en las diferentes sociedades políticas.

Pero, como ya dijimos, Aristóteles no trata a todas las constituciones como equivalentes desde un punto de vista valorativo. Su realismo político no desemboca en el relativismo. Para empezar, los tipos fundamentales de régimen político están ordenados *normativamente* en función de la *corrección* o *desviación* que muestran a la hora de promover el bien común de todos y cada uno de los ciudadanos⁵⁷. Las formas más extremas de desviación –tiranía, oligarquía extrema y democracia extrema– ni siquiera merecerían ser llamadas «constitu-

⁵³ Cf. *Pol.*, II, 9, 1269a32; véase BODÉÛS, 1993: 74; MILLER, 1995: 157ss.

⁵⁴ Sobre esa distinción, cf. MACDOWELL, 1993: 43ss.

⁵⁵ *Pol.*, II, 4, 1292a33ss.; cf. III, 11, 1282b2ss.; 15, 1286a10.

⁵⁶ Cf. *Eth. Nic.*, V, 3, 1131a27-29, *Pol.*, III, 8, 1280a7-22; III, 12.1282b18-23.

⁵⁷ *Pol.*, III, 9-13. Lo «correcto» (*orthon*) ha de entenderse como lo «igual» (*isōs*), y lo «igualmente correcto» (*isōs orthon*) es «aquello que se ordena al beneficio de toda la comunidad (*poleōs holēs*) y de los ciudadanos (*koinon to tōn politōn*)».

ción», pues en ellas no hay gobierno de las leyes, sino de la voluntad o deseo arbitrario de un individuo o una asamblea: un rey que gobierna por medio de edictos (*epitagma*) o una asamblea por medio de decretos (*psēphismata*). En cambio, el gobierno de las leyes está realizado del modo más pleno en aquellas constituciones en donde los ciudadanos participan en las funciones públicas por turnos para gobernar y ser gobernados, es decir, donde «todas las personas toman parte en el gobierno por igual y en la mayor medida posible»⁵⁸. Es decir: en la democracia, donde la regla de la mayoría rige el proceso deliberativo de producción de las leyes y, por tanto, el interés de todos y cada uno está tomado en consideración⁵⁹. Por eso ningún decreto debe tener alcance universal: pues no se daría propiamente universalidad desde un punto de vista *axiológico* en términos del interés común si las reglas jurídicas se redujeran al interés particular, sino que sería meramente una universalidad lógica o *formal*, aparente. Esta advertencia crítica la aplica Aristóteles también, además de a la monarquía y a la oligarquía, a la propia democracia, especialmente a «aquella en la que el pueblo y no la ley detenta el poder supremo y los decretos poseen supremacía sobre las leyes», comportándose así los decretos de la asamblea democrática «como los edictos del tirano»⁶⁰. Se trata, en suma, de la democracia bajo el imperio de la ley, es decir, lo que hoy llamaríamos una democracia constitucional, en la que existen controles institucionales de la regla mayoritaria (tales como los derechos fundamentales, la división de poderes o la revisión constitucional de las leyes). Es a ese tipo de democracia a la que Aristóteles se refiere cuando concluye:

«Por lo tanto, es preferible que gobierne la ley antes que cualquier ciudadano. Por la misma razón, incluso si es mejor que gobiernen varios individuos, éstos deben ser instituidos como guardianes y servidores de las leyes [...] Así pues, el que defiende el gobierno de la ley defiende el gobierno exclusivo de lo divino y de la razón, mientras que el que defiende el gobierno del hombre añade un elemento animal, pues no otra cosa es el apetito (*epithymia*), y la pasión (*thymos*) pervierte a los gobernantes incluso cuando son los mejores hombres. La ley es, por tanto, razón sin pasión»⁶¹.

⁵⁸ *Pol.*, III, 6, 1279a8ss.; IV, 4, 1291b24-7.

⁵⁹ En la medida en que son universales, las leyes reflejan la «sabiduría de los muchos» que resulta de la deliberación democrática: aunque cada uno de los individuos particularmente considerado pueda no ser un hombre bueno (*spoudaios*), cuando todos ellos se reúnen en la polis pueden ser mejores que los pocos buenos (*Pol.*, III, 11, 1281a42-1281b6).

⁶⁰ *Pol.*, IV, 4, 1292a2-38.

⁶¹ *Pol.*, III, 16, 1287a28-33.

7. UNIVERSALIDAD PRÁCTICA: LA ESTRUCTURA DE LA PRAXIS JURÍDICA

En estas reflexiones sobre el derecho y el gobierno del *nomos* se pone claramente de manifiesto de qué manera Aristóteles otorga prioridad a la universalidad axiológica (justificabilidad) sobre la universalidad lógica (generalidad). Vamos a ver ahora cómo ello no es sino el efecto del papel decisivo que en su teoría del derecho juega la que hemos llamado universalidad práctica (recursividad o regularidad), que es la verdadera seña de identidad de una concepción pragmática de las reglas jurídicas. Antes de ello, sin embargo, vale la pena apuntar rápidamente cómo ya en la teoría moral aristotélica, en la concepción de la virtud, las reglas ocupan un papel muy relevante como ingredientes internos de las prácticas éticas. La virtud, en efecto, se concibe fundamentalmente en términos de *recurrencia* de la acción: las virtudes son modos de ser (*hexeis*) que resultan de disposiciones recursivas de la conducta, es decir, hábitos o series de conductas que, por medio de la deliberación racional, se consigue transformar en *acciones* excelentes, en una *práctica valiosa*. Ello sucede por la intermediación de balances –que siempre son contextuales: es decir, puestos por la prudencia– entre valores y contravalores de acuerdo con la tesis de la virtud como término medio selectivo entre dos extremos⁶². Así, las virtudes o excelencias de acción resultan del ejercicio recurrente (*askēsis*) de actos. Se adquiere la virtud *practicándola*: «los hombres se hacen justos practicando previamente actos justos y moderados practicando actos moderados» y «sin practicarlos nadie podría siquiera esperar convertirse en bueno»⁶³. El carácter virtuoso o *ēthos* sería entonces el resultado de una costumbre, práctica repetida o *ethos* que se imputa individualizadamente al sujeto por cuanto se considera el resultado de su propia elección voluntaria⁶⁴. De ahí que tenga sentido decir que la virtud no es en absoluto ajena a la incorporación de reglas «deontológicas» como premisas del razonamiento práctico moral del *phronimos*: de que sean una parte central del modo como éste llega a ser *kanōn kai metron*⁶⁵. La normatividad de la virtud supone evidentemente la pretensión de fomentar las conductas virtuosas *en general* y evitar los vicios *en general* –es decir, engendrar una práctica *recurrentemente* correcta o valiosa del individuo–, por más que sólo la prudencia pueda decirnos qué conducta es la correcta en *cada* situación particular. La referencia de lo particular en la acción, introducida por la prudencia, no implica que ésta deje de ser *normativa* (*Eth. Nic.*, VI, 13). En realidad, como vemos, la tesis moral

⁶² Cf. *Eth. Nic.*, II, 6, 1106b15ss.

⁶³ *Eth. Nic.*, II, 4, 1105b5-10.

⁶⁴ *Eth. Nic.*, II, 4, 1103a17. Cf. GADAMER, 1999: 54.

⁶⁵ Cf. en tal sentido WIELAND, 1990: 132ss.; JOACHIM, 1955: 27-8, 75; NUSSBAUM, 1985: 211-2. El propio Aristóteles da tres reglas para alcanzar el justo medio: cf. *Eth. Nic.*, II, 9.

aristotélica no pone al margen las reglas deontológicas: lo que hace es enfatizar el papel de los valores y principios que dan sentido a éstas por cuanto son precisamente *reglas prácticas*. La idea subyacente es que no es posible una regla de acción moral que sea capaz de uniformizar o estandarizar *todas* las posibles decisiones correctas con independencia de la deliberación recursiva, en función de las circunstancias cambiantes, acerca del peso que *en cada una de ellas* tienen los valores o principios que justifican dicha regla. Es necesario razonar creativa o constructivamente desde esos valores y principios en cada caso particular. Esto, sin embargo, no convierte al razonamiento moral en «particularista», precisamente porque existe una *recurrencia* de los criterios racionales generales que tales principios exigen para que exista una práctica moral correcta. Ésta es más una cuestión de coherencia axiológica de la acción que de simple consistencia con una regla general preestablecida. Podremos comprobar que la equidad no es sino la traslación al plano de las reglas jurídicas de esta misma idea.

Sabemos que las reglas jurídicas son los instrumentos esenciales para establecer patrones comunes de corrección en la esfera pública, ante la necesidad de operar la transición del bien ético al bien político. «Esto viene confirmado por lo que sucede en los Estados –señala Aristóteles inmediatamente después de haber dicho que la virtud sólo se adquiere por el ejercicio de una práctica regular–, pues los legisladores hacen buenos a los ciudadanos formando hábitos en ellos y este es el propósito de todo legislador; y aquellos que no lo consiguen yerran el blanco, siendo en esto como se diferencia la buena constitución de la mala»⁶⁶. Obsérvese, de nuevo, cómo este es un enfoque estructural o descriptivo de las reglas jurídicas, pues Aristóteles no se refiere directamente a su contenido político-moral, sino a su condición de «reglas» cuya función es inducir determinadas disposiciones de conducta en los ciudadanos, *generalizar* ciertos hábitos, que pueden ser o no buenos. Por supuesto, el filósofo da por evidente que las buenas leyes –la *eunomia*– y con ello la *eutaxia* –la buena ordenación de la *polis*– son los fines verdaderos que debe perseguir el legislador. Las leyes son el punto de aplicación de los valores político-morales que a través de ellas se tratan de generalizar y esto –su universalidad axiológica– es lo que justifica su universalidad lógica y práctica: pues no es sino «mediante las leyes (*dia nomōn*) como nos hacemos buenos»⁶⁷.

El establecimiento de la justicia en la comunidad política es un asunto que tiene que ver directamente, desde luego, con valores morales. Pero lo es en tanto la deliberación en torno a los mismos exige la articulación institucional en la esfera pública de concepciones divergentes y plurales de la virtud. Dada esta pluralidad dialéctica, se hace necesario articular una institución legislativa que determine las nor-

⁶⁶ *Eth. Nic.*, V, 2, 1103b3-1103b6.

⁶⁷ *Eth. Nic.*, X, 9, 1180b24-5.

mas que deben gobernar colectivamente la acción de los individuos en cuanto miembros de la asociación política. Normas que, insiste Aristóteles, deben expresarse en la forma de un *logos* universal, es decir, en la forma de reglas⁶⁸. Sin embargo, las razones que justifican esa universalidad lógica o generalidad no son ellas mismas lógicas, sino razones morales y políticas. Sólo imponiendo estándares generales de conducta es posible la universalización de los valores sustantivos político-morales que conforman la justicia política. De esta manera, siendo una condición *necesaria* de la justicia, la universalidad lógica no es sin embargo *suficiente*. Tiene que darse además una *universalidad práctica* y una *universalidad axiológica*. Es decir, una práctica institucional regular y uniforme orientada a aplicar las reglas jurídicas y promover *generalizadamente* los valores que través de las mismas se canalizan y consiguen.

De este modo, la teoría aristotélica de la legislación, en la que de algún modo confluye toda su filosofía práctica al conectar internamente ética y política, puede verse como una teoría de la producción y aplicación recursiva de las reglas jurídicas en términos de una *continuidad práctica* estricta entre legislación y jurisdicción. Que el razonamiento legislativo sea arquitectónico y prudencial⁶⁹ implica que consiste en *anticipar* las consecuencias agregadas que resultan de la universalización de ciertos valores a la escala de toda la comunidad política a través de la aplicación por los jueces y demás autoridades públicas de las reglas jurídicas. El derecho como institución regulativa se desdobra entonces en dos sub-instituciones internamente conectadas a lo largo de un *continuum*: la práctica de establecer las reglas y la práctica de aplicarlas e imponerlas en la vida social. Las reglas jurídicas mismas establecen esa conexión: aparecen como cadenas de razonamientos prácticos en las que sus formulaciones están siendo recurrentemente instanciadas a lo largo de un proceso constante y regular. Aristóteles describe en efecto el razonamiento del legislador como un razonamiento práctico que envuelve una deliberación especialmente prolongada⁷⁰. Su conclusión no es por tanto una regla entendida meramente como *enunciado universal* (universalidad lógica), sino el complejo de *decisiones* particulares que resultan del proceso continuado de aplicación del mismo a las situaciones en él tipificadas. Es en la medida en que tales enunciados son regularmente puestos en práctica a través de actos concretos y singulares de aplicación como se convierten propiamente en «reglas» (universalidad práctica). Cada una de las situaciones relevantes identificadas en sus condiciones de aplicación tiene que ser identificada mediante un juicio particular como un «caso» de las circunstancias mencionadas en la formulación de la regla. De ahí que las reglas jurídicas sean reglas prácticas: exigen la

⁶⁸ Cf. *Pol.*, III, 15, 1286a15-16; *Rhet.*, I, 1, 1354a22.

⁶⁹ *Eth. Nic.*, I, 1, 1094a14; 2, 1094b5.

⁷⁰ *Rhet.*, I, 1, 1354b2.

práctica diferida de *otros* individuos –aquellos que las aplican– para el cumplimiento efectivo de su contenido. Ello está ligado a su esencial conexión con la idea de autoridad. Y de ahí también su carácter esencialmente deliberativo: no sólo en el nivel superficial de la identificación relevante de los términos de la formulación de la regla (calificación, interpretación), sino también y sobre todo en el nivel más profundo (justificativo) de los valores y propósitos político-morales que mediante la práctica de aplicación de esas reglas se trata de promover (universalidad axiológica). A diferencia de las reglas técnico-científicas, las reglas jurídicas implican la realización práctica de valores por medio de la realización de acciones de otros individuos que recaen, a su vez, sobre otros individuos: esta es la función de la institución jurídica⁷¹.

Las reglas jurídicas son reglas de segundo grado, como vimos, y eso significa que son reglas complejas cuya naturaleza institucional les confiere una estructura bifronte. Por un lado los sujetos a los que en última instancia se dirige son los ciudadanos, pero por otro lado eso tiene lugar precisamente por la intermediación de la práctica institucional aplicativa de las autoridades (fundamentalmente los jueces). El seguimiento de las reglas jurídicas por los ciudadanos es descrito por Aristóteles en términos de *phronēsis* ordinaria o «de primer orden», aquella que concierne a los intereses y fines de la acción individual⁷², e implica de algún modo la incorporación de la regla como premisa de su razonamiento práctico (sea para obedecerla o no: en este punto Aristóteles parece asumir el carácter dialéctico de las reglas jurídicas por cuanto su formulación parte de la conducta desviada como originaria). En cambio, la función de los jueces es aplicar e imponer esas reglas sobre la conducta de los ciudadanos: la práctica del juez, que Aristóteles considera una suerte de «personificación» de esas reglas (y también de la justicia), es «intermediaria» entre la práctica del legislador y la práctica de los ciudadanos⁷³. Es también un tipo de prudencia: la prudencia judicial (*dikastikē*). Aristóteles da por descontado –coherentemente con su defensa del imperio del *nomos*– que son las reglas legislativas las que suministran las premisas de la deliberación de todos aquellos que llevan adelante el ejercicio de la actividad política a lo largo de todos sus niveles. Así, llama a la prudencia política *bouleutikē*, pues «se dice que aquellos que deliberan son los únicos instrumentos de la política». Por tanto, la acción política se desenvuelve por medio de la permanente creación y aplicación de reglas jurídicas: los políticos «se limitan a actuar como si fueran obreros manuales», es decir, sometidos a la arquitectura normativa dictada por las leyes⁷⁴.

⁷¹ La jurisdicción, dice Ferrajoli, consiste en «un acto sobre un acto» (2011: I, 832).

⁷² Cf. *Eth. Nic.*, VI, 8, 1141b23ss.

⁷³ Cf. *Eth. Nic.*, V, 4, 1132a20-25.

⁷⁴ *Eth. Nic.*, VI, 8, 1141b28-29.

Por último, este proceso continuo de aplicación de reglas se traduce en decisiones particulares efectivas, no en solas *deliberaciones*. Así como el razonamiento moral ordinario no es capaz de conseguir el bien a menos que se plasme en cursos reales de acción concordantes con las razones en él expresadas –pues el intelecto *per se* no pone en marcha la acción–, el razonamiento jurídico (judicial o aplicativo) tiene que ser capaz de *imponerse* sobre las prácticas sociales a través de acciones concretas que deben ser *constructivamente* recabadas y determinadas caso por caso⁷⁵. Una regla jurídica, entonces, no equivale a su sola formulación universal por el legislador (universalidad lógica), sino al proceso práctico que éste pone en marcha y que envuelve la secuencia continua de *todas* sus aplicaciones particulares a lo largo de *todos* sus casos relevantes, es decir, los casos en que la regla es usada deliberativamente por *todos* sus aplicadores (universalidad práctica). Los jueces y aplicadores deben adoptar una colección de decisiones que impongan en la práctica social aquellos cursos de acción que resultan conformes con los enunciados de las reglas (y excluyan aquellos que no lo son). Este es el único modo de que los valores subyacentes a esas reglas *prevalezcan* en todos y cada uno de los casos singulares involucrados y así se generalicen socialmente las expectativas de acción correspondientes (universalidad axiológica). Por ello, el proceso continuado de aplicación del *nomos* implica la institucionalización de la *coacción*, lo que constituye una prueba más del planteamiento pragmático de Aristóteles en torno a las reglas jurídicas. El orden o *taxis* fundado por el *nomos* no es «natural» en el sentido de espontáneo, sino un orden *artificial*, inculcado por medio de actos singulares de carácter coercitivo. Esta es la dimensión autoritativa (*kyrios*) de las reglas jurídicas⁷⁶, cuyos fundamentos justificativos, como vimos, son político-morales. No se trata, por tanto, de un uso de la fuerza ciego a la deliberación racional, sino un «poder compulsivo» (*anagkastikēn dynamin*) que es un *logos* normativo resultante de la *phronēsis* y el *nous*.⁷⁷

Finalmente, si volvemos la atención desde la práctica legislativa, que establece las reglas, a la práctica judicial, que las aplica, hallamos un diferente escenario institucional, desde cuya perspectiva la universalidad de las reglas queda por así decir invertida. Pues la *phronēsis* judicial encara la decisión en *este* caso, es decir, en *cada uno* de los casos particulares que deben reconducirse al mismo tipo que el legislador ha formulado para todos los casos. El juez ha de individualizar constructivamente el enunciado universal establecido por el legislador respecto de cada una de las situaciones particulares que le son planteadas. De modo que la dialéctica

⁷⁵ Cf. *Eth. Nic.*, X, 9, 1179b5-1180a5.

⁷⁶ Cf. SCHROEDER, 2003: 46ss.

⁷⁷ *Eth. Nic.*, X, 9, 1180a19.

de la universalidad lógica que ya sabemos propia de las reglas prácticas resurge aquí con toda su fuerza:

«Pues cuando se trata de enunciados sobre acciones, aquellos que son universales (*katholou*) tienen una aplicación más amplia (*koinoterói*), pero los particulares son más cercanos a la verdad, porque las acciones son relativas a situaciones particulares, y es con éstas con las que hay que estar de acuerdo.»

«Tampoco la prudencia se refiere solamente a lo universal: tiene que reconocer también lo particular, pues es práctica y la práctica tiene que ver con lo particular»⁷⁸.

En efecto, los jueces tienen que reducir los términos universales del *nomos* a la particularidad de los «casos presentes y determinados»⁷⁹ que ante ellos son llevados. Tal es la función institucional de la jurisdicción. Una vez asumido que la práctica judicial está regida centralmente por el deber de aplicar los estándares legislativos –algo que Aristóteles expresa con rotunda claridad⁸⁰– el problema que se plantea es de qué modo los casos particulares se ajustan a esos estándares universales y, a la inversa, cómo ven determinados éstos su significado y alcance general al ser concretados en las situaciones particulares. Este problema, en el que de algún modo confluye todo el funcionamiento práctico del derecho, es el abordado por Aristóteles mediante la noción de *epieikeia*. Su tesis nuclear es que la universalidad lógica de las reglas jurídicas es instrumental respecto de su universalidad axiológica y que, por ello, la aplicación del derecho por los jueces no puede concebirse en términos de simple consistencia lógica, sino que requiere una *coherencia* valorativa con los fines prácticos del legislador.

8. UNIVERSALIDAD AXIOLÓGICA: LA EQUIDAD Y LA PRÁCTICA DE LA JUSTICIA LEGAL

Hemos visto que, con arreglo al planteamiento pragmático aristotélico, el derecho no es solamente una institución que *use* o *contenga* reglas: esto sería una característica genérica a toda institución (incluyendo las teoréticas). Sucede más bien que el derecho *consiste* en reglas, dado que no es sino la *praxis* misma de dirigir la práctica social mediante normas generales y decisiones particulares ajustadas a ellas. Por eso cabe decir que en el derecho las reglas prácticas se institucionalizan (ya sabemos que en esa institucionalización confluyen ética y política) y de ese modo hacen «transparente» su estructura epistemológica, que no es otra que la de la razón práctica misma.

⁷⁸ *Eth. Nic.*, II, 6, 1107a29-32; VI, 7, 1141b15-17; cf. también II, 2, 1104a5ss.

⁷⁹ *Rhet.*, I, 1, 1354b7-8.

⁸⁰ Cf. *Rhet.*, I, 1, 1354a29-32, 1354b11-16.

Las reglas jurídicas conectan internamente la legislatura y la judicatura a lo largo de un proceso práctico continuado. En primer lugar, la legislación ofrece «la tipificación de aquellas acciones que los ciudadanos deben realizar y aquellas que deben evitar» (*nomothetousēs ti dei pratein kai tinōn apekhesthai*)⁸¹. Y en segundo lugar, esas fórmulas generales son puestas en práctica de manera recurrente por el aparato judicial que administra la coerción institucionalizada en nombre de la comunidad en su conjunto. Pero ambas actividades sólo pueden entenderse como regidas por ciertos valores: la creación y aplicación recursiva del *nomos* obedece a la universalización, a escala de la esfera política, de una determinada concepción del bien colectivo. Esto es, de la justicia.

Así, la universalidad lógica de las leyes no tiene en realidad una fundamentación lógica sino político-moral. Responde a un diseño institucional racionalista en el que la preferencia por las reglas como normas generales se considera el mejor modo para articular la universalización de los valores político-morales que cimentan el orden de la comunidad. Es así como las reglas posibilitan la *isonomia*: la igualdad ante la ley (posibilitada por el uso de categorías generales) y la igualdad en la aplicación de la ley (posibilitada por la regularidad uniforme en su imposición sobre la prácticas sociales). Pero la igualdad —componente central de la justicia— es entendida por Aristóteles como igualdad en última instancia *material*: como el logro de una *igualación* real de las desigualdades en que las injusticias consisten (dados ciertos valores o parámetros ya socialmente operativos)⁸², tanto desde el punto de vista de la distribución (legislador) como de la reparación (juez). La utilización de criterios generalizadores y la organización de un sistema de decisiones estandarizadas son *instrumentales* respecto de ese proceso de materialización de valores político-morales. Dicho de otro modo, los valores institucionales del aparato político-jurídico (la legalidad, la certeza o seguridad jurídica) se hallan subordinados a los valores sustantivos que están llamados a promover (a la justicia). En consecuencia, allí donde aquéllos aparezcan como un obstáculo o entren en contradicción con éstos deberán ceder y ser corregidos. Y en eso consiste la *epieikeia*: en «la corrección de la ley cuando es deficiente debido a su universalidad» (1137b26-27), o sea, la corrección de la generalidad de las leyes en términos de su justificabilidad.

Aunque la equidad nos remite a la dialéctica lógica o epistemológica entre lo universal y lo particular en relación con la aplicación judicial del derecho —la dialéctica de la *Konkretisierung*, para recordar el título clásico de Engisch (1968)—, la concepción del derecho que revela tiene un alcance mucho más profundo. Es cierto que la *epieikeia* parece centrada sobre el problema del «método de aplicación judicial»: cómo se determinan los casos particulares bajo las reglas generales. Pero resulta decisivo, para captar cabalmente el alcance y senti-

⁸¹ *Eth. Nic.*, I, 2, 1094b5-7.

⁸² Cf. LEYDEN, 1985: 13.

do pragmático del concepto de equidad, entender que Aristóteles está pensando este problema desde la dialéctica más general que hemos descrito antes entre reglas prácticas y reglas teóricas.

En efecto, la noción de equidad no hace sino extraer las consecuencias de que las reglas jurídicas sean reglas precisamente prácticas y que, por tanto, su universalidad no pueda ser malentendida tomándola por la de las reglas teóricas. Ese sería el error común a todo logicismo y formalismo en relación con el derecho, tal como ha llegado a ser seña característica del positivismo jurídico (que en este sentido constituye la expresión de una concepción *teoreticista* de las reglas en nuestro campo). La crítica aristotélica de la interpretación formalista o logicista de las reglas jurídicas (y con ello del derecho en su conjunto) consiste en mostrar que éstas son reglas que encarnan valores prácticos, político-morales, no valores teóricos: eso es lo único que justifica su propia universalidad lógica. Que estos valores se articulen en forma de reglas y que éstas sean recursivamente aplicadas entraña que deben ser valores *actualizados* en la práctica en todos y cada uno de los casos pertinentes y que comprometen, por ello, al sujeto que razona en términos de tales reglas con vistas a su aplicación. Lo comprometen, por un lado, en relación con el modo como esos valores se hacen presentes en el caso particular en cuestión (en *cada* caso), demandando una deliberación y decisión concreta por su parte. Y, por otro, a través de la regla misma, con el legislador que la ha establecido, demandando una *congruencia valorativa* con la decisión de éste (correlativa al hecho de que legislar no es a fin de cuentas sino la actividad política consistente en tomar en cuenta y dirigir la práctica futura de los jueces como instancias «personificadoras» de ciertos valores). Estas relaciones de valor no quedan en absoluto «neutralizadas», como sucedería en el campo del conocimiento y la técnica, mediante las reglas jurídicas: al revés, son puestas en el primer plano del razonamiento del juez o aplicador mostrándolo como un razonamiento eminentemente práctico, no teórico.

Por lo tanto, contra las posiciones positivistas, los límites de la racionalidad jurídica (y por ende los límites del derecho) no son coextensivos con los de sus reglas, sino con los valores o principios sustantivos que dan sentido a éstas y justifican su propia existencia institucional. Pero esto es tanto como soldar dichos valores al razonamiento práctico de los destinados a aplicar las reglas del derecho: es de este preciso modo como la dimensión justificativa de las reglas jurídicas prevalece sobre su dimensión autoritativa. La fuerza de las razones de orden institucional para la imposición de un sistema de reglas generales en la *polis* (la justicia de la legalidad o *nomikon dikaion*) va *exactamente* tan lejos como lo haga la fuerza de las razones sustantivas que esas reglas están promoviendo y generalizando. De lo contrario, es decir, cuando en un caso particular la regla resulte estar frustrando dichas razones sustantivas en su condición de regla general (es decir, «debido a su universalidad»), debe ser corregida o *derrotada* en términos de una justicia que va

«más allá de la regla escrita» y que consiste en introducir *excepciones justificadas* a ella (Brunschwig, 2002: 116, 142).

La crítica al formalismo «teoreticista» de las reglas se basa, pues, en impugnar que la universalidad lógica de éstas pueda erigirse *por sí misma* en criterio de corrección. La corrección de las reglas jurídicas no descansa en su sola condición de «generalizaciones atrincheradas», por usar la terminología de Schauer (1991), sino en su carácter de generalizaciones *justificadas*. Esto es, justificadas caso a caso mediante una deliberación específica. Desde el punto de vista del legislador no existe la que Günther llama «regla perfecta», es decir aquella que pudiera garantizar la corrección o adecuación (*Angemessenheit*) de todas y cada una de sus futuras aplicaciones. En ello radica la «textura abierta» o indeterminación de las reglas jurídicas, que proviene precisamente de su naturaleza *práctica*, mediada por valores cuya implementación involucra en primera persona *a otros sujetos* (y que queda eliminada en las reglas teóricas). La adecuación de una regla práctica sólo puede asegurarse *ex post*, una vez que ingrese en un discurso específico de aplicación que determine cómo puede ser correctamente aplicada a la situación dada, incluyendo la posibilidad de que sea abandonada para dar lugar a una nueva regla⁸³. Esta es la única forma en que la universalidad lógica puede ser un criterio de racionalidad apropiado *también* en la esfera de la *praxis*. El «imperio de la ley» no es posible en absoluto al margen de la continuidad *axiológica*, justificativa, entre legislación y jurisdicción, si resulta ser no la generalización lógica de las reglas sino su trasfondo valorativo aquello que establece la conexión práctica entre el legislador y el juez. El significado deóntico y axiológico de una norma va mucho más allá del significado lógico-semántico de su formulación y de la consistencia de sus aplicaciones continuadas: estriba fundamentalmente en la *coherencia* valorativa entre ellas. Y esa es exactamente la función de la *epieikeia*: eliminar mediante una deliberación autónoma las incoherencias o discontinuidades axiológicas que las reglas jurídicas puedan generar a lo largo del proceso de su aplicación práctica.

La equidad muestra así los límites que impone a las reglas jurídicas, por más que sean lógicamente universales, su estructura práctica prudencial. Se excluye que la aplicación de las reglas jurídicas pueda consistir —como pretende el positivismo— en una simple «subsunción lógica», en vez de una deliberación práctica que hace entrar necesariamente en juego ponderaciones o balances entre valores. El *prōton pseudos* de esta concepción es que sería posible una aplicación de las reglas *no deliberativa*, «objetiva» o mecánica, que pusiera al margen los juicios de valor de quien la lleva a cabo. Lo que se lograría precisamente mediante la generalización lógica contenida en la formulación de la regla, que redujera la decisión a la sola «justificación inter-

⁸³ Cf. GÜNTHER, 1989: 156; 1993: 217.

na» (Wroblewski, 1974) o encaje del caso particular en el caso genérico contenido en esa formulación, dando por hecho que con ello queda asegurada la corrección de la respuesta. Por supuesto, se reconocerán los problemas de supra e infrainclusión que plantea la subsunción así entendida (esto es, en términos exclusivamente lógicos), como «efectos subóptimos» de la generalización de la regla. Estos efectos, en las versiones positivistas más extremas, serán vistos como envío directo a la discrecionalidad del aplicador, es decir, a una decisión ya no regida por el derecho desde el momento en que los límites de éste (de su racionalidad) se ecualizan con los límites de las reglas. Idea positivista que por cierto es la dominante en muchas de las interpretaciones de la equidad aristotélica, no ya entre juristas sino entre filósofos: ésta nos remitiría, como dicen expresivamente Gauthier-Jolif, «fuera del derecho» («hors du domaine du droit», 2002: II-1, 432). Lo que Aristóteles afirma, sin embargo, es que la equidad nos mantiene *dentro* del derecho, aunque vaya más allá de la justicia legal. En realidad lo que hace es mostrar que el funcionamiento de esta última no puede entenderse en términos de un planteamiento exclusivamente lógico y que esta es una manera errónea de garantizar la objetividad de las decisiones prácticas cuando se trata de dirigir la conducta de otros en términos de la realización de ciertos valores que convierten inevitablemente a la regla en *indeterminada*. Son precisamente esos valores los que, intentando ser implementados por ella, convierten al elemento lógico de la regla en defectivo y a la subsunción en un error en determinados casos. Así lo ilustra Aristóteles con el ejemplo del delito de lesiones del texto de la *Retórica* (I, 13, 1374a32ss.) que citamos al comienzo: aplicar la regla en términos puramente lógicos conduce a un resultado injustificado *desde el punto de vista de los valores que la regla pretende proteger*. Lo que la equidad pone en cuestión es su propia *aplicabilidad como regla* en el caso en cuestión (es decir lo que llamamos hoy su «justificación externa», su corrección como premisa de la decisión, pese a que desde un punto de vista lógico el caso pueda ser subsumido bajo sus fórmulas generales). Sólo la deliberación *práctica* del aplicador puede volver a hacer entrar en juego los valores o razones subyacentes a la regla, exigiendo el paso de la calificación (de primer nivel) a una *interpretación* (de segundo nivel) del caso que salvaguarde la coherencia con el propósito del legislador rehabilitando así la justificabilidad de la regla.

La necesidad de proceder a la «corrección de la regla» (*epanorthōma nomou*) resulta entonces de una falla o error generado por la universalidad lógica de la regla que la convierte en incompleta o deficitaria en relación con el caso (*elleipei dia to katholou*, 1137b26-27), pero se trata de una falla o error *práctico*, *axiológico*, un *disvalor*. Esto significa que no es un error «técnico» o «lógico» que pueda ser corregido él mismo por medios técnicos o lógicos al margen de una deliberación práctica: eso sólo sería posible si habláramos de reglas teóricas, que son aquellas que se apoyan en contenidos objetivos –en relaciones

necesarias— cuya universalidad conduce a neutralizar epistémicamente a los sujetos. Pero el constructivismo de las reglas prácticas es esencialmente deliberativo: su contenido sólo puede ser realizado *mediante la producción* de ciertas acciones o decisiones que comprometen valorativamente «en primera persona» al sujeto que las lleva a cabo (o las omite). Esta es como decíamos la fuente de la «indeterminación» característica de las reglas prácticas, y entre ellas, de las jurídicas. El legislador en efecto es, nos dice Aristóteles, sabedor (*hekōntōn*) de que las reglas generales que establece mediante sus leyes son indeterminadas en la medida en que a través de ellas se trata de implementar y propagar valores político-morales a través de una práctica regular aplicativa. En este ámbito «se ve a sí mismo incapaz de alcanzar definiciones precisas (*dynōntai diorisai*)» y, sin embargo, «es necesario que hable en términos universales (*anagkaion katholou eipein*)» o «remitiéndose a lo que se da con más frecuencia (*epi to poly*)» (1137b29-31). El legislador es consciente, pues, de que sus generalizaciones van a ser falibles, al tomar como base regularidades de conducta que no siempre podrán verificarse de modo universal y necesario, y ello porque pretenden dirigirlas según valores que apuntan en direcciones prácticas determinadas: valores que presiden la construcción de todas y cada una de sus clases lógicas (no son, pues, clases construidas a base de propiedades naturales sino evaluativas, y en ello radica su vaguedad *distintiva*). En otras palabras, el legislador constata que —incluso utilizando en la formulación de sus reglas generalizaciones y definiciones lógicamente universales— le resulta imposible convertirlas en reglas de tipo objetivo, capaces de generar razonamientos necesarios, o sea, reglas teóricas que «eliminen» la subjetividad del decisor y sus juicios de valor. No es este tipo de determinación «mecánica» (lógica o naturalista) el que es propio de la racionalidad de las reglas jurídicas (aunque pueda formar parte de su justificación meramente retórica o ideológica). Lo que el «imperio de la ley» exige no es que se imponga ciegamente la universalidad lógica de las reglas, sino que se imponga *exclusivamente* en la medida en que ésta sea capaz de transportar y salvaguardar eficazmente los valores político-morales que *justifican* las generalizaciones mediante las que se elaboran sus predicados fácticos y normativos en términos de clases. La construcción de esas clases lógicas (por el legislador) está *causalmente* vinculada con la implementación de los estados de cosas correspondientes a esos valores, y eso forma parte esencial de su justificación⁸⁴. Por ejemplo, la tipificación de la clase de acciones consistente en «matar a otro» y su vinculación a una clase de castigos en una regla penal —la que prohíbe el homicidio— está causalmente correlacionada con la salvaguarda del valor de la vida humana individual. Pero no es la generalización lógica por sí misma la que *fundamenta* esa correla-

⁸⁴ Cf. SCHAUER, 1991: 28-29.

ción, ni tampoco puede entenderse el efecto pretendido (el hecho de que los estados de cosas correspondientes a esos valores se produzcan o maximicen) en términos meramente de probabilidad «naturalista» agregada. Ambas cosas dependen esencialmente del proceso de aplicación regular de las reglas. Se trata, pues, de una vinculación causal *práctica*: es el conjunto de decisiones recurrentes de quienes aplican las reglas el que *realiza* esos valores en *todas y cada* una de las situaciones particulares (y así promueve su consecución agregada o a largo plazo). Y esta es la función que, bajo el imperio de la ley, el legislador está demandando del juez: que mantenga indemnes en todos y cada uno de los casos particulares los balances de valores que las reglas por él establecidas reflejan. La generalización formulada en la regla es únicamente el instrumento para ello: un instrumento necesario, pero no suficiente. Por eso las decisiones judiciales deben ser deliberativas *en todo caso*.

Tal es el sentido en que señala Aristóteles –en el texto de la *Ética* objeto de nuestro comentario– que, aunque las leyes procuran ser universales, en aquellas cosas respecto de las que pretenden serlo (es decir, las prácticas humanas) sucede sin embargo que «no puede formularse un juicio universal que resulte correcto». En el campo de la *praxis* moral y política (el ámbito de la *politikē*), a diferencia del campo de la *epistēmē* teórica, atenerse a «lo que sucede en todas o la mayoría de las ocasiones» no es *suficiente* para alcanzar lo correcto⁸⁵. Y ello tiene su reflejo inevitable en la estructura de las reglas jurídicas, que son las reglas últimas de la *politikē*, y articulan precisamente entre sí la moral y la política. Ningún legislador puede asegurar que una regla formulada por él, incluso si es una regla que pueda considerarse correcta *a priori* (es decir, una regla general correctamente deliberada), vaya a ser capaz de determinar la decisión correcta para *todos* los casos en que deba ser aplicada como criterio general. Pero esta indeterminación –la intrínseca imposibilidad de evitar el error práctico en casos particulares que conlleva el razonar en los términos universales de una regla– no la convierte en «menos correcta» como método o procedimiento para guiar la práctica colectiva. No se cancela la necesidad de «razonar universalmente» allí donde las cosas no van a ajustarse a esos esquemas universales «sino sólo en la mayoría de los casos»⁸⁶. Establecer reglas generales sigue siendo el único modo de concebir la práctica legislativa como una empresa racional. Ahora bien, la racionalidad de esta empresa estriba en guiar la práctica social en función de valores: su fin no es otro que implantar la justicia en la *polis* entendida como consecución –en términos de igualdad– de los valores políticos incorporados por cada particular constitución (de acuerdo con su concepción de la justicia distributiva), y de los valores morales relacionados con las diferentes virtudes. Es la

⁸⁵ Cf. *Eth.Nic.*, I, 2, 1094b20-23; II, 2, 1104a1.

⁸⁶ *Rhet.I*.13.1374a25.

integración y fomento generalizado de esos valores lo que justifica la universalidad lógica de las leyes (es decir, el encapsulamiento de balances entre los mismos que se reflejan en fórmulas generales relativas a tipos de acción y los vuelve correctos o incorrectos, valiosos o disvaliosos), como también justifica la propia institucionalización de la jurisdicción: la práctica regular de aplicación de esos tipos, por donde se materializan los *mismos* balances valorativos en cada caso particular tomando contacto inmediato (no mediato como el legislador) con las prácticas sociales mediante decisiones concretas. De modo que el criterio decisivo de corrección no estriba en la regla (en su generalidad), sino que es él mismo una cuestión de valor (su justificabilidad). Y así no es la regla (la ley general), ni el razonamiento generalizador que rige la práctica del legislador, la fuente última del «error» o «deficiencia» que inevitablemente depara el hecho de que operen en términos de universalidad lógica, «sino la naturaleza de las cosas prácticas (*physei tou pragmatos*), pues la materia práctica está intrínsecamente conformada de esa manera».

Es la propia estructura de la *praxis*, de la acción humana, que es la conducta regida por valores *pros heteron* que la convierten en correcta o incorrecta (es decir, en una práctica), la que se resiste, por su contingencia y variabilidad, a ser reducida a fórmulas generales y abstractas. Este hecho condiciona por completo la configuración de la *praxis* jurídica, práctica de segundo grado que pretende dirigir y ordenar la práctica social condensando lo correcto y lo incorrecto en reglas públicas abstractas, válidas *in genere* en la *polis*, para después individualizarlo en decisiones particulares. El uso de tipos genéricos de acción mediante la legislación es la única alternativa racional para Aristóteles: el casuismo o la «justicia del cadí» quedan excluidos por su impracticabilidad («se le iría toda la vida» a quien quisiera definir los casos de forma individual o numérica) pero sobre todo porque no darían lugar a una estandarización uniforme de valores en la práctica social (es decir, de hábitos valiosos). Pese a las dificultades para definir y tipificar las acciones correctas «en general», es decir, concediendo que «no valgan sino para la mayoría de los casos», lo cierto es que de hecho las reglas jurídicas *valdrán* para la mayoría de los casos (y sobre eso descansa el «imperio de la ley»). Pero lo harán precisamente en términos de congruencia de valor con el propósito del legislador, y no en virtud de mecanismos lógicos de naturaleza no deliberativa. Por consiguiente, *también* la aplicación literal, pretendidamente «mecánica» y «objetiva», de las reglas está comprometiendo el juicio valorativo del juez, puesto que exige la comprobación de que los balances axiológicos que justifican la generalización mediante la que la regla se elabora están siendo satisfechos, y no frustrados, en el caso presente al ser subsumido bajo ella. También en los «casos fáciles», por lo tanto, tiene lugar un razonamiento práctico de naturaleza valorativa por parte del aplicador, razonamiento que, en continuidad con el del legislador, conduce a considerar *justificada* la subsunción del caso bajo la fórmula general

de la regla. Es cuando esa continuidad se ve interrumpida, cuando los valores expresados por la generalización de la regla se ven frustrados si ésta se aplica al caso literalmente, como surge la necesidad de un razonamiento práctico de carácter correctivo. Son éstos los que hoy llamamos «casos difíciles», que lejos de poder ser vistos como simples «errores lógicos», efectos subóptimos de las generalizaciones normativas de las reglas (Schauer), constituyen «errores axiológicos» que ponen en cuestión la coherencia del derecho en términos justificativos (político-morales) y que en esa misma medida demandan ser rectificadas. Tales casos solamente pueden ser identificados, por tanto, desde la perspectiva de un razonamiento *práctico* y un razonamiento *ex post*, a la luz de un caso, y nunca atendiendo a la racionalidad de la regla *in abstracto* (Michelakis, 1953: 35).

De nuevo, no es la regla (como generalización lógica) la causa del error, sino la contingencia y variabilidad de las prácticas sociales, cuya corriente podría muy bien compararse con el río de Heráclito: ninguna regla puede permanecer siendo *la misma* al proyectarse sobre ella. Las reglas jurídicas se ven de manera constante e inevitable desbordadas por aquellas prácticas sociales que se afanan por reglamentar prospectivamente (*peri mellontôn*, *Rhet.* I.1.1354b8-9). Dado el hecho insuperable de que la praxis social no puede ser agotada por las reglas del derecho, la única opción racional abierta es instaurar un sistema de deliberación autónoma y retrospectiva caso a caso a cargo de la instancia aplicativa. Así, dice Aristóteles, mientras el legislador decide de una sola vez para todos los casos, tras una deliberación dilatada, el juez en cambio debe deliberar en función de casos que «surgen de un modo imprevisto, de manera que es difícil que quienes han de juzgar determinen bien lo que es justo»⁸⁷. La decisión necesariamente es creativa, por tanto, puesto que los jueces son los «órganos de cierre» del derecho a través de los cuales se pronuncian institucionalmente en la práctica sus reglas. Pero los criterios de cierre, los parámetros que aseguran –y hacen exigible– la corrección de la decisión, son los principios y valores que dotan de sentido y justificación a esas reglas. Principios y valores que Aristóteles insiste en remitir al legislador: la equidad implica que «deben corregirse las insuficiencias en que ha incurrido el legislador, es decir, el error que resulta del carácter absoluto de la ley», pero «esta corrección tiene lugar recurriendo a lo que el legislador mismo hubiera establecido en la ley si estuviera presente y conociera el caso».

Resulta innegable que con ello Aristóteles está otorgando un rango institucional a la equidad convirtiéndola en una exigencia que forma parte del *método* mismo (es decir, de la racionalidad) del derecho. Una exigencia que pone el foco sobre la actividad argumentativa y deliberativa de los jueces (de la jurisprudencia) al reconstruir el orde-

⁸⁷ *Rhet.*, I, 2, 1354b3.

namiento jurídico en términos de unidad y coherencia de las justificaciones (algo que tal vez podría compararse con la «unidad de la virtud» que realiza la prudencia moral)⁸⁸. En cada ocasión y decisión particular debe darse un juicio de ponderación que mantenga esa coherencia. Ese juicio debe corregir para ello, si es preciso, el alcance de la deliberación del legislador reconduciéndose, sin embargo, al legislador mismo. ¿Cómo es posible tal cosa sin contradicción? Debemos diferenciar, para empezar, entre el legislador ordinario y el legislador constitucional. En el primer caso, hablamos de una corrección del balance deliberativo expresado en las reglas legislativas que deja sin efecto las consecuencias jurídicas previstas por la regla para el caso en presencia, asumiendo que el legislador no las toleraría a la luz de *su* propia ponderación. Conservar la vigencia de ésta *in casu* exige que la decisión se aparte de la regla, de su estándar uniforme, para tratar el caso desigual de modo desigual. Sólo de ese modo se verán satisfechos y ratificados en él los valores que dicha regla pretende promover. La justicia consiste aquí en «restablecer la igualdad»⁸⁹, es decir, en desbaratar una desigualdad injustificada (la que supondría aplicar la regla del *mismo* modo a este caso que a los demás, siendo relevantemente *distinto*). De ahí la metáfora de la regla de plomo «que no es rígida y se adapta a los casos», pues «cuando la cosa es indeterminada (*aoriston*) la regla (*kanōn*) también es indeterminada» (1137b29-32). Ello genera una excepción cuya justificación reside en que en adelante comprenderá bajo sí todos los casos iguales al considerado: esto es, una nueva regla que se añade a la anterior, ampliando o restringiendo su alcance bajo la luz de un mismo valor o principio. Se trata así de la solución que el legislador adoptaría «si se comportase como un juez»⁹⁰. Sólo en estos términos tiene sentido decir que la excepción «confirma» en lugar de «abolir» la regla (Leyden, 1985: 96-7): el balance de valores que comunica ambas reglas entre sí se mantiene intacto y continúa su proceso iterado de materialización en la práctica social.

Pero no serían solamente los casos de *supra* e *infra*inclusión los que llevan a esta clase de «derrotabilidad» de las reglas, sino toda clase de incompletudes, contradicciones o deficiencias que, identificadas en el nivel de las reglas, comprometan la coherencia axiológica del derecho al nivel de sus principios. Esto alcanza a todo el conjunto de operaciones metódicas que median la interpretación jurídica en cuanto paso de la particularidad de los casos a la generalidad de las

⁸⁸ Cf. *Eth. Nic.*, VI, 13, 1144b32-1145a2.

⁸⁹ *Eth. Nic.*, V, 4, 1132a25.

⁹⁰ BRUNSCHWIG, 2002: 152. Este autor, sin embargo, considera que en este caso la decisión del juez sería estrictamente «singular», es decir, no una decisión que corrija el balance para *todos* los casos originando una nueva regla. En el texto argumentamos seguidamente las razones por las cuales cabe sostener que semejante particularismo no está en absoluto en la intención aristotélica.

reglas más allá de la pura interpretación literal de las mismas: básicamente la resolución de antinomias y la integración de lagunas. La «omisión» (*elleipô*) del legislador de la que Aristóteles nos habla está directamente relacionada, en efecto, con las lagunas del derecho, que serán entonces siempre «lagunas axiológicas». En tal sentido ha sido interpretado tradicionalmente el concepto de equidad (por ejemplo, en la tradición anglosajona), si bien, como apunta certeramente Zahnd, «la auténtica función de la equidad no es simplemente colmar lagunas en el derecho», sino que «consiste esencialmente en el ejercicio por el juez de la inteligencia práctica para conformar normas universales a situaciones particulares» (1996: 280). Del mismo modo, las contradicciones entre reglas se manifiestan como conflictos de balances diferentes que comprometen la coherencia práctica del razonamiento del juzgador en el caso y cuya resolución tiene lugar mediante ponderaciones de segundo nivel que, expresadas mediante principios institucionales (como el de jerarquía) organizan la recursividad de la práctica jurídica en términos de un «sistema» unitario y coherente.

Esto nos lleva al segundo tipo de derrotabilidad, que hace intervenir el nivel constitucional. Aquí el juez actúa «como si fuera un legislador», según la fórmula que tanta fortuna histórica hizo (recordemos el famoso art. 1 del *Zivilgesetzbuch* suizo de 1907) y que supone no sólo corregir los efectos *in casu* de las reglas sino *sustituirlas* por otras que reflejan *nuevos* balances de valores que se pretenden válidos para todos los casos. Es la lectura que hace el legislador de los valores últimos «atrincherados» en la constitución lo que es objeto de corrección ahora. La idea de equidad fundamenta, pues, no sólo la construcción jurisprudencial de las reglas jurídicas sino también el control judicial de la constitucionalidad de la legislación en términos de valores y principios de orden superior. Ambas variantes superan un entendimiento meramente legalista-formalista del «imperio de la ley» en el que la deferencia al legislador (y la articulación política de la distribución de poderes normativos) tenga como única alternativa institucional la *prohibición* de la equidad judicial en favor de la «asimetría de la autoridad legislativa» y la aceptación de los efectos subóptimos agregados de las reglas como mal menor o «segunda mejor opción»⁹¹. La equidad aristotélica plantea por el contrario que el imperio de la ley no equivale al imperio del legislador, sino al de los valores político-morales que refleja el orden constitucional, fuente única de su autoridad práctica, y de la de todos los demás poderes. Permite también conjurar el problema del «guardián último» de la constitución —es decir, de los valores fundamentales que han de regir una comunidad política— pues para Aristóteles es evidente que hay muchas maneras de articular tales valores en forma de reglas sea por vía legislativa o judicial. Esa, es como vimos, la razón fundamental de la variabilidad intrínseca de la

⁹¹ Tal es la tesis ya mencionada de SCHAUER (1991). Para una crítica, cf. VEGA (2013).

justicia legal. El desarrollo de la práctica jurídica –en una democracia constitucional, que como también dijimos es plausiblemente el modelo de «justicia natural» asumido por el filósofo– implica un proceso deliberativo abierto, circular y dinámico, no jerarquizado y estático. Reconocer al poder judicial la capacidad para producir normas generales (precedente) y rectificar las del poder legislativo actuando «como haría un legislador» (*ei hēdei enomothetēsen*, *Rhet.* 1.13.1137b23-24) parece dar por supuesto, en efecto, que la función legislativa no sólo consiste en anticipar el curso del poder judicial, sino también en reaccionar subsiguientemente (correctivamente a su vez si es preciso) ante la práctica efectiva de la jurisprudencia por medio de nuevas leyes (Marcin, 1978: 399). La continuidad dialéctica de este proceso exige en ambos casos, en el planteamiento pragmático aristotélico, una universalización práctica coherente de los valores en cuestión: tal es la exigencia de la justicia política. Aunque su dimensión valorativa es precisamente lo que hace de la equidad un tipo de justicia «mejor» (*beltion*) y superior (*kreitton*) respecto de la justicia legal (*nomikon dikaion*), en cuanto «justicia que va más allá de la ley escrita (*to para ton gegrammenon nomon dikaion*)» (1137b24-25), ello no implica que deje de ser *universalizable* y deba plasmarse por tanto a su vez en reglas prácticas, lejos de toda justicia «particularista». Como observa MacCormick (2003: 98): «La equidad no puede ser entendida como algo particular en oposición a lo universal». Y como confirma Zahnd (1996: 290) específicamente en relación con la *epieikeia*: «Simplemente no existe tal cosa como un procedimiento de decisión equitativa al margen de estándares generales en Aristóteles». Para el filósofo, la equidad no convierte a los jueces en árbitros: «Pues un árbitro se rige por la equidad del caso, mientras que un juez se rige por la ley» (*Rhet.*, I, 13, 1374b23). El ejercicio de la justicia política no es posible en absoluto al margen de criterios universales. Precisamente por ello la justicia de la equidad «no pertenece a otro género (*genos*) diferente» de la justicia legal basada en reglas (1137b9), es decir, sigue siendo una justicia política⁹². No se trata, pues, de una justicia *externa* al derecho, una «rebelión de la justicia frente al derecho» por usar la expresión que usa Beever (2004: 45) para criticar este punto de vista tan común. Un punto de vista en el que paradójicamente vienen a converger el positivismo jurídico y el iusnaturalismo: el primero para sospechar de la corrección moral que la equidad supondría en relación con las reglas positivas del legislador, y cuyo antídoto sería reducirla a toda costa a la inmanencia de éstas⁹³, y el segundo para reconducirla a los principios metafísicos de una «justicia natural» universal de carácter suprapolítico, que disuelve la dimensión institucional del derecho

⁹² Cf. ZAHND, 1996: 280ss.; YACK, 1993: 144ss., 193ss.; GEORGIADIS, 1987: 164; BRUNDSCHWIG, 2002: 141ss.

⁹³ Cf. en tal sentido, FERRAJOLI, 2000: 155ss.; LAPORTA, 2009: 118-9. Es también la posición del «positivismo presuntivo» de SCHAUER.

subsumiéndola por completo en la esfera moral.⁹⁴ Para Aristóteles, en cambio, la equidad es un principio institucional de racionalidad exigido por el desarrollo práctico de la institución jurídica en la medida en que sus reglas son precisamente las que establecen la mediación y articulación coherente entre los valores morales y políticos. Es este sentido, sugiere, tendría el carácter de un principio él mismo universal: lo equitativo «es siempre constante y nunca cambia»⁹⁵.

BIBLIOGRAFÍA

- ANGIER, T. (2010), *Technē in Aristotle's Ethics*. Crafting the Moral Life, Londres: Continuum.
- ARISTÓTELES, *The Complete Works of Aristotle: The Revised Oxford Translation* (1984), ed. de J. Barnes, Princeton: Princeton UP 1995.
- AUBENQUE, P. (1999), *La prudencia en Aristóteles* (1963), trad. de M.^a J. Torres, Barcelona: Crítica.
- BARKER, E. (1975), *The Politics of Aristotle* (1946), New York: Oxford UP.
- BARNES, J. (1969), «Aristotle's Theory of Demonstration», *Phronesis*, 14: 123-152.
- BEEVER, A. (2004), «Aristotle on Equity, Law and Justice», *Legal Theory* 10/1: 33-50.
- BODÉUS, R. (1993), *The Political Dimensions of Aristotle's Ethics* (1982), trad. J.E. Garrett, Albany: SUNY Press.
- BRUNSCHWIG, J. (2002), «The Rule and the Exception: On the Aristotelian Theory of Equity», en M. Frede and G. Strike (eds.), *Rationality in Greek thought*, New York: Oxford UP, 115-155.
- BURNYEAT, M.F. (2008), *Aristotle's Divine Intellect*, Milwaukee: Marquette UP.
- CHERRY, Ch. (1973), «Regulative Rules and Constitutive Rules», *The Philosophical Quarterly*, 23/93: 301-315.
- DWORKIN, R. (2011), *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard UP.
- ENGISCH, K. (1968), *La idea de concreción en el Derecho y la ciencia jurídica actuales* (1953; 1968²), trad. de J.J. Gil Cremades, Pamplona: EUNSA.
- FERRAJOLI, L. (2000), *Derecho y razón* (1989), trad. de P. Andrés et al., Madrid: Trotta.
- (2011), *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia* (2007), trad. de J. C. Bayón et al., Madrid: Trotta.

⁹⁴ «Lo equitativo es mejor que lo justo legal porque forma parte de lo justo natural», TOMÁS DE AQUINO, *In dec. Eth.*, V, 16, n. 1081. En el mismo sentido, TRUDE (1955: 124ss.); GAUTHIER/JOLIF (2002: II-1, 431-432); HAMBURGER (1971: 100); LEYDEN (1985: 84).

⁹⁵ *Rhet.*, I, 15, 1375a30. El *koinos nomos* al que hace referencia Aristóteles en la *Retórica* debe entenderse, pues, no en términos de valores universales en un sentido metafísico sino como aquellos valores «que parecen haber sido universalmente reconocidos (*homologeisthai dokei*)» y por tanto extraídos de los sistemas políticos realmente existentes, que son variables, es decir, históricos. En esa condición tales valores tendrían «la misma fuerza en todas partes», y así vincula Aristóteles ese mismo carácter a la equidad.

- GADAMER, H. G., (1999), «Aristotle and the Ethics of Imperatives» (1986), en R.C. Bartlett & S.D. Collins (eds.), *Action and Contemplation. Studies in the Moral and Political Thought of Aristotle*, Albany: SUNY Press, 53-67.
- GAUTHIER, R.A. y JOLIF, J. Y. (2002), *L'Éthique à Nicomaque* (1970²), Louvain/Paris: Peeters/Nauwelaerts.
- GEORGIADIS, C. (1987), «Equitable and Equity in Aristotle», en S. Panagiotou (ed.), *Justice, law and method in Plato and Aristotle*, Edmonton: Academic Printing & Publishing, 159-172.
- GÜNTHER, K. (1989), «A Normative Conception of Coherence for a Discursive Theory of Legal Justification», en *Ratio Juris* 2/2: 155-166.
- (1993), *The Sense of Appropriateness: Application Discourses in Morality and Law*, trad. J. Farrell, Albany: SUNY Press.
- HAMBURGER, M. (1971), *Morals and Law. The Growth of Aristotle's Legal Theory* (1951), New York, Biblo and Tannen.
- IRWIN, T. (1988), *Aristotle's First Principles*, Oxford: Clarendon Press.
- JAEGER, W. (2002), *Aristóteles. Bases para la historia de su desarrollo intelectual* (1934²), trd. J. Gaos, Madrid: FCE.
- JOACHIM, H. H. (1955), *The Nicomachean Ethics. A Commentary* (1951), ed. by D.A. Rees, Oxford: Clarendon Press.
- LAPORTA, F. J. (2009), *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid: Trotta.
- LEYDEN, W. von (1985), *Aristotle on Equality and Justice. His Political Argument*, N. York: St. Martin Press.
- LONG, A. A. (2005), «Law and Nature in Greek Thought», en M. Gagarin and D. Cohen (eds.), *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, Cambridge: Cambridge UP.
- MACCORMICK, N. (2003), *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978). New York: Oxford UP
- MACDOWELL, D. M. (1993), *The Law in Classical Athens* (1978), Ithaca, NY: Cornell UP, 1993.
- MARCIN, R. B. (1978), «*Epieikeia*; equitable lawmaking in the construction of statutes», *Connecticut Law Review* 10: 377-400.
- MICHELAKIS, E. M. (1961), *Aristotle's Theory of Practical Principles*, Athens: Cleisiounis Press.
- MILLER, F. D. (1995), *Nature, Justice, and Rights in Aristotle's Politics*, Oxford: Clarendon Press.
- (2007), «Aristotle's Philosophy of Law», en F.D. Miller et al. (eds.), *A History of the Philosophy of Law from the Ancient Greeks to the Scholastics*, Dordrecht: Springer, 79-110.
- NATALI, C. (2001), *The Wisdom of Aristotle* (1989), trad. G. Parks, New York: SUNY Press.
- NUSSBAUM, M. C. (1985), *Aristotle's De Motu Animalium. Text with Translation, Commentary and Interpretive Essays* (1978), Princeton: Princeton UP.
- ORIOI SALGADO, M. (2004), *Lógica de la acción y akrasía en Aristóteles*, Madrid: Fundación Universitaria Española.
- OSTWALD, M. (1969), *Nomos and the beginnings of the Athenian democracy*. Oxford: Clarendon.
- SPAEMANN, R. (2008), «The Unrelinquishability of Teleology» (1992), en A.M. González (ed.), *Contemporary Perspectives on Natural Law. Natural Law as a Limiting Concept*, Aldershot: Ashgate, 281-296.

- SALKEVER, S. G. (2005), «Aristotle's Social Science» (1991), en R. Kraut and S. Skultety (eds.), *Aristotle's Politics. Critical Essays*, Lanham: Rowman & Littlefield, 27-64.
- SCHAUER, F. (1991), *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, New York: Oxford UP.
- (2006), *Profiles, Probabilities and Stereotypes* (2003), Cambridge, Harvard UP.
- SCHROEDER, D. (2003), «Aristotle on Law» (1981), en R. O. Brooks y J. B. Murphy (eds.), *Aristotle and Modern Law*, Dartmouth: Ashgate, 38-51.
- SEARLE, J. R. (1969), *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, London: Cambridge UP.
- TOMÁS DE AQUINO, *In decem libros Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum expositio*, ed. R. M. Spiazzi, Turín: Marietti 1964³.
- TRUDE, P. (1955), *Der Begriff der Gerechtigkeit in der aristotelischen Rechts- und Staatsphilosophie*, Berlin: De Gruyter.
- VEGA, J. (2007a), «Reglas y lenguaje sobre reglas», en J. M. Pérez Bermejo y M.A. Rodilla (eds.), *Jurisdicción, interpretación y sistema jurídico*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 137-188.
- (2007b), «Normas constitutivas: ¿una categoría autónoma? Sobre la problemática de la constitutividad normativa», en J.J. Moreso (ed.), *Legal Theory. Legal Positivism and Conceptual Analysis*, Stuttgart: F Steiner: 246-258.
- (2013), «Legal Rules and *Epieikeia* in Aristotle. Post-positivism Rediscovered», en L. Huppes-Cluysenaer y N.M.M.S. Coelho (eds.), *Aristotle and The Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice*, Dordrecht: Springer: 171-201.
- WIELAND, W. (1970), *Die aristotelische Physik. Untersuchungen über die Grundlegung der Naturwissenschaft und die sprachlichen Bedingungen der Prinzipienforschung bei Aristoteles* (1962), Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht
- (1990), «Norm und Situation in der aristotelischen Ethik», en R. Brague & J.-F. Courtine, *Herméneutique et Ontologie. Mélanges en hommage à Pierre Aubenque*. París: PUF, 127-145.
- WITTGENSTEIN, L. (1999), *Philosophical Investigations* (1953, 19582), trad. G.E.M. Anscombe, Oxford: Blackwell.
- WROBLEWSKI, J. (1974), «Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision», *Rechtstheorie*, 5: 33-46.
- YACK, B. (1993), *The Problems of a Political Animal. Community, Justice and Conflict in Aristotelian Political Thought*, Berkeley: University of California Press.
- ZAHND, E.G. (1996), «The Application of Universal Laws to Particular Cases: A Defense of Equity in Aristotelianism and Anglo-American Law», en *Law and Contemporary Problems* 59 (1): 263-295.

Fecha de recepción: 31/03/2013. Fecha de aceptación: 31/10/2013.

III

CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier: *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Madrid, Dykinson, 2013, 387 pp.

Razón y voluntad en el Estado de Derecho representa un completo ejercicio de contextualización de las relaciones entre Ética, Poder y Derecho para dar cuenta de las principales características del Derecho y del Estado en el marco occidental y contemporáneo. El enfoque desde el que Javier Ansuátegui aborda los distintos problemas implicados, le permite actualizar algunas de las cuestiones «clásicas, tradicionales o capitales para la Filosofía del Derecho» (p. 12), de modo que el trabajo resulta una referencia imprescindible para entender la utilidad práctica que tiene hoy la investigación filosófica jurídica.

El libro es demasiado rico en temas y matices como para poder abordar todos ellos en el breve espacio de una crítica bibliográfica, no obstante, sí quisiera detenerme en dos aspectos que se corresponden con otras tantas de las tesis defendidas: la continuidad entre el Estado de Derecho y el Estado constitucional y la defensa de una conexión cierta entre Derecho y moral correcta en el Estado de Derecho. Ambas se hacen depender de la defensa de un concepto sustancial de Estado de Derecho.

Efectivamente, y en primer lugar, llama la atención que el marco positivo desde el que se construye la reflexión filosófica desde el título del trabajo sea el del Estado de Derecho y no el del Estado constitucional. Al respecto, el propio autor subraya desde la introducción como «en la actualidad, gran parte de la reflexión iusfilosófica (al menos en nuestro contexto jurídico-cultural) está condicionada por la presencia de Constituciones, con rasgos y contenidos específicos, en los Ordenamientos», con lo que «se puede reconocer también que un importante número de discusiones y debates que han centrado y centran nuestra atención en la actualidad podrían considerarse incluidas en lo que podríamos entender como *Filosofía del Derecho constitucional*» (p. 15). Esta opción puede explicarse porque una de las tesis que se sostienen en el trabajo es la de la continuidad entre ambos tipos de Estado, y la clave que permite entenderlo es la defensa de un concepto de Estado de Derecho material o sustancial. Precisamente, en relación con lo anterior, resulta interesante que desde las primeras páginas se abogue por un concepto material de Estado de Derecho, pero también se haga una defensa de la Teoría del derecho positivista. A estas dos cuestiones, me referiré en lo sucesivo.

Comenzaré por la segunda de ellas, puesto que considero que es la que permite justificar la opción por el Estado de Derecho como marco para la reflexión. Así pues, en un primer momento me detendré en las razones que llevan a Javier Ansuátegui a defender la compatibilidad entre un concepto material de Estado de Derecho, caracterizado por una conexión cierta entre Derecho y moral, y, al mismo tiempo, un concepto positivista de Derecho.

La reivindicación de una Filosofía del Derecho positivo constituye una premisa de la investigación que «expresa la exigencia de que los problemas que planteemos... sean aquellos que tienen una repercusión práctica en los Ordenamientos y que realmente preocupan e interesan a los ciudadanos, que son, al fin y al cabo, los que se tienen que enfrentar con el Derecho todos los días» (p. 12). Desde este punto de vista, pues, la Filosofía del Derecho no debe perder de vista la realidad de los sistemas jurídicos sobre los que reflexiona, y, en la actualidad, el sistema jurídico se caracteriza por estar presidido por Constituciones, de modo que «el constitucionalismo contemporáneo constituye un laboratorio con el que nos volvemos a encontrar con los *temas* de la Filosofía del Derecho que, con una u otra apariencia, centran de manera recurrente el interés de la disciplina (p. 17).

Con este presupuesto, la referencia al Estado de Derecho como marco para la reflexión obedece, señala el autor, al interés por analizar uno de esos temas recurrentes de la disciplina: la tensión entre voluntad y razón en el Derecho. Si el aspecto que interesa es éste, el marco institucional del constitucionalismo es precisamente el del Estado de Derecho. En este sentido, para Javier Ansuátegui, «el gran artificio jurídico-político que representa el Estado de Derecho no es sino un modelo de articulación de la relación entre razón y voluntad» (p. 18). Creo que esta afirmación puede hacerse extensiva a cualquier manifestación de Estado y de Derecho en su sentido Moderno, como también indica Ansuátegui, «más allá de las diferentes formas de presentación y articulación del Derecho a lo largo de la historia y de las culturas, en tanto que realidad normativa constituye el escenario del encuentro o desencuentro entre la expresión de una voluntad y determinadas exigencias de racionalidad o de corrección» (p. 17). La cuestión es que el Estado de Derecho presenta la característica de que el poder político expresa su voluntad de someterse a la racionalidad expresada en el Derecho. Pese a ello, la racionalidad puede entenderse en un sentido que podríamos considerar meramente formal o en un sentido más sustancial. Como se ha adelantado, una de las claves para la comprensión del libro es que en él se defiende una concepción sustancial de las exigencias de racionalidad o corrección que acompañan al Estado de Derecho.

Desde el momento en que los criterios de corrección del Estado de Derecho se remiten a los derechos, esta idea, la del reconocimiento y protección de los derechos como un requisito del Estado de Derecho, pasa a convertirse en el núcleo de la defensa de un concepto material de Estado de Derecho, en relación con el cual considero, no obstante, que es posible establecer dos precisiones. En primer lugar, entiendo que cualquier concepto de Estado de Derecho exige del reconocimiento de un cierto tipo de contenidos susceptibles de ser traducidos en derechos que se derivan, por ejemplo, de la necesidad de que los tribunales sean fácilmente accesibles o de que a los órganos de

prevención criminal se les impida pervertir el Derecho¹. De este modo, el concepto de Estado de Derecho no se presenta como exclusivamente formal.

Tal vez la excepción la constituiría la propuesta de Kelsen, y solo en relación con este modelo sería posible afirmar la identificación entre Estado y Estado de Derecho. Por lo demás, no creo que siempre que se define el Estado de Derecho como la forma de organización política en la que el Estado se somete al Derecho se está aceptando que cualquier Estado es un Estado de Derecho; de este modo, no me parece que esté totalmente justificada la crítica a quienes tratan de describir el Estado de Derecho desde el modelo de relaciones entre Derecho y Poder: «si se utilizase de manera indiscriminada el escenario de las relaciones entre el derecho y el Poder para identificar los modelos de Estado de Derecho, un positivista coherente estaría obligado a señalar como Estado de Derecho cualquier Estado ya que en la modernidad la aludida relación es consustancial al Estado y al Derecho. De ser así las cosas, el Estado de Derecho perdería sustantividad» (p. 122). Sin embargo, tampoco desde aquí puede considerarse lo mismo Estado de Derecho que Estado con Derecho. Por definición, todo Estado tiene Derecho, pero no siempre el poder político se somete a las normas que crea. Así pues, no parece que haya de rechazarse un concepto formal de Estado de Derecho «porque en nada se distinguiría de un Estado *no* de Derecho» (p. 40).

Dicho lo anterior, comparto con el autor la idea de que una definición explicativa de Estado de Derecho sirve mejor a los propósitos de una Filosofía del Derecho que quiera ser útil para plantear y resolver problemas reales, y una definición de este tipo inclinaría la balanza en favor de un concepto no meramente formal de Estado de Derecho. Así, apunta F. J. Ansuátegui «si el primer modelo de Estado de Derecho que aparece en la historia es el Estado liberal, y éste se caracteriza por tener un contenido sustancial, no se entiende bien qué se gana proponiendo un concepto formal, que, como tal Estado de Derecho formal, no habría tenido materialización en ninguna situación histórica concreta» (p. 40).

Por otro lado, y esta sería la segunda precisión, también conviene destacar que en el extremo opuesto, un concepto excesivamente material de Estado de Derecho podría llevar a condensar en los requisitos del Estado de Derecho todos los valores a los que consideramos que el Derecho debe servir y, por extensión, a considerar que el Derecho del Estado de Derecho es necesariamente justo. Y esta conclusión puede desprenderse fácilmente de la idea de que en el Estado de Derecho se produce una conexión cierta entre Derecho y moral (p. 126).

Del mismo modo, afirmar que «decisiones democráticas son aquellas respetuosas con los derechos» (p. 30), o que «el proceso de adopción de decisiones en sede democrática asume como uno de sus elementos al reconocimiento y garantía de los derechos» (p. 344), podría llevar a presentar las decisiones democráticas como decisiones justas y a oscurecer de esta forma la tensión entre democracia y derechos. Tal vez esta es la razón por la cual cuando esta tensión se aborda directamente en el trabajo, se plantea como «la voluntad de las mayorías frente a la razón de los derechos» con lo que «mientras que el primer criterio exige amplia operatividad para las decisiones mayoritarias, el segundo procede a una disminución de esa operatividad, a través de la exclu-

¹ RAZ, J., «El Estado de Derecho y su virtud», en *El concepto y la autoridad del Derecho*, trad. Rolando Tamayo, México, UNAM, 1985, pp. 265-285, p. 272

sión o salvaguarda de objetivos respecto a la negociación, a la deliberación y, en última instancia, a la decisión» (p. 346).

La materialización del Estado de Derecho y de la democracia en los términos en los que se plantea en algunos momentos en el trabajo, resulta difícilmente compatible con la defensa de la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral correcta que explícitamente se adopta como punto de partida (p. 72), desde el momento en el que, en palabras del autor, «permite fusionar de alguna manera la justificación moral (correcta, la que se reconduce a la Constitución ideal) y la justificación jurídica; permite que lo relevante moral sea también relevante jurídico» (p. 98). Es cierto que esa «absorción» de la moral por el Derecho no se produciría en todos los contextos, sino sólo en el Estado de Derecho que, precisamente, se define por la presencia de tales contenidos, sin embargo, también lo es que en estas coordenadas en las que las razones jurídicas coinciden con las razones morales, resulta difícil justificar la independencia de la obligación jurídica con respecto a la obligación moral de obediencia tal y como la sostiene el positivismo jurídico.

De cualquier forma, Javier Ansuátegui manifiesta que la afirmación del valor moral del imperio de la ley podría ser compatible con el iusnaturalismo en sentido débil que, a su juicio, no sería diferente «del positivismo defendido en momentos anteriores de este trabajo» (p. 184). Y no sería diferente, porque admitiría dos momentos en el análisis de la moralidad del Derecho, uno, el referido a su estructura, otro relativo al contenido. Por mi parte, considero que sí existen diferencias entre ambos planteamientos. Negar juridicidad a un Derecho por no respetar ciertos requisitos de forma vinculados con la moral, como hiciera Fuller, supone rechazar un concepto amplio, por lo que es posible traer a colación la reflexión de Hart: «quizás una razón más fuerte para preferir el concepto amplio de derecho, que nos permite pensar y decir: “esto es derecho pero es incierto”, es que negar reconocimiento jurídico a las reglas inicuas puede simplificar en forma excesiva y tosca la variedad de cuestiones morales a que ellas dan lugar», por ejemplo, «está el problema que enfrentaron los tribunales de postguerra alemanes: “¿hemos de castigar a quienes hicieron cosas malas que eran permitidas por leyes perversas entonces en vigencia?”»².

Estamos ahora en condiciones de abordar la otra de las tesis sobre la que he centrado el comentario. Y es que precisamente una de las consecuencias de la defensa de un Estado sustancial de Derecho es la posibilidad de trazar una continuidad entre el Estado constitucional y el Estado de Derecho. Una vez definido el Estado de Derecho a partir del reconocimiento y protección de los derechos, el elemento que permite diferenciar uno y otro es que «si bien el Estado de Derecho se caracteriza por el principio de legalidad, el Estado constitucional se vincula al principio de constitucionalidad», y «tanto el principio de legalidad como el principio de constitucionalidad implican la idea de control, de límite, de sujeción al Derecho, que es imprescindible en el Estado de Derecho» (p. 264). Lo anterior no es obstáculo para que el autor considere que en el Estado constitucional existen problemas específicos y uno de ellos, que se deriva de que el principio de constitucionalidad también vincula al Poder legislativo, es la tensión entre derechos y democracia.

² HART, H. L. A., *El concepto de Derecho, El concepto de Derecho*, 2.^a edición, trad. G. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, p. 260.

Este diagnóstico podría completarse señalando que tal tensión es posible porque en el paso del Estado de Derecho al Estado constitucional se han modificado los criterios de legitimidad. Una de las características del Estado constitucional es que la decisión última sobre lo que vale como Derecho ya no la adopta el poder legislativo, sino los órganos de control de constitucionalidad. Y esto es lo que significa la exclusión de determinados temas de la agenda política (p. 319), que en el trabajo se plantea como una tensión entre voluntad y razón y yo plantearía como la tensión entre la confianza en los órganos de control, que tienen sus propios criterios de legitimidad, y la confianza en el poder legislativo. Pero entonces, no parece posible seguir admitiendo que el Estado constitucional supone prolongación y no ruptura con el Estado de Derecho.

Y considero importante no desconsiderar esta forma de presentar la cuestión, porque, efectivamente, la democracia y el constitucionalismo deben plantearse como «realidades vinculadas» (p. 343). En mi caso, no por la defensa de un concepto sustancial de Estado de Derecho, con la ineludible referencia a los derechos que, por otro lado, se presentan como «expresión paradigmática de la concepción moral asumida por los Estados democráticos» (p. 343), sino porque la legitimidad de la Constitución es, en última instancia, democrática, y es democráticamente como se han definido los derechos a los que el poder legislativo, junto con todos los demás poderes, queda vinculado. Desde este punto de vista es desde el que considero de una importancia fundamental una de las advertencias de Javier Ansuátegui: «conviene no perder de vista los peligros de la extrema rigidez de un sistema de autorrestricción constitucional. En efecto, de la misma manera que una comunidad puede encontrar buenas razones para atarse, también las puede encontrar para desatarse». Y es que, creo, también en este sentido, se debe entender la idea de que las democracias contemporáneas son democracias constitucionales (p. 349).

Y, desde luego, está también el otro aspecto de la comprensión de la democracia como democracia constitucional, que guarda relación con la reivindicación que se hace en el libro, y que es frecuentemente olvidada en la reflexión sobre el constitucionalismo, del papel del poder legislativo. Es al poder legislativo y no al judicial o a los órganos de control a quien en primera instancia le corresponde articular el sistema de derechos, de ahí la plena justificación del llamamiento de J. Ansuátegui a: «una legislación que, comprometida con las dimensiones morales asumidas y compartidas por el sistema democrático –y por tanto con la Constitución–, tenga la capacidad de expresar en cada momento el parecer de la soberanía popular» (p. 348).

M.^a del Carmen BARRANCO AVILÉS
Universidad Carlos III de Madrid

APARISI MIRALLES, Ángela: *Deontología profesional del Abogado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, 389 pp.

En los últimos años existe una creciente *preocupación* deontológica, que afecta al ejercicio de muchas profesiones. En concreto, en el ámbito de la Abogacía, el interés por esta materia se ha intensificado de manera especial, tanto a nivel nacional, como internacional. Prueba de ello es la importancia que ha adquirido en la formación preceptiva previa al acceso al ejercicio de las profesiones de Abogado y Procurador en España¹.

Precisamente, en este marco se inserta la monografía *Deontología profesional del Abogado*. Su autora, la Catedrática de Filosofía del Derecho Ángela Aparisi, lleva más de dos décadas dedicada a la investigación y docencia en esta materia, méritos a los que se une su larga experiencia como Magistrado suplente en la Audiencia Provincial de Valencia. Fruto de esta trayectoria es la obra que aquí se comenta.

La profesora Aparisi ya publicó, en el año 2006, su monografía *Ética y deontología para juristas* (Eunsa, 2006). En ella reflexionaba sobre los fundamentos, y principios básicos, de la Deontología jurídica en general (Deontología del Juez, del Fiscal, Notario...). En este segundo libro dedicado a la materia, Aparisi se centra, de manera exclusiva, en los principios fundamentales que deben regir la actuación profesional de los Abogados. Y lo hace combinando, de manera muy equilibrada, los fundamentos teóricos, con la dimensión práctica del tema. En este sentido, resulta muy ilustrativo el constante recurso a ejemplos y casos prácticos en relación a cada aspecto, o principio fundamental, de la Deontología del Abogado.

La obra está dividida en tres grandes capítulos. En el primero, titulado *Aspectos Generales de la Deontología del Abogado*, la autora establece el marco en que se centra el trabajo. Partiendo del concepto general de Deontología, (ciencia o tratado del deber), justifica su conexión con la ética, la cual se constituye en fundamento último de la Deontológica profesional. En concreto, la profesora Aparisi entiende que, entre los pilares éticos básicos de toda Deontología, deben encontrarse los siguientes principios: a) la centralidad de la persona y de su dignidad; b) el fin, o función social, de toda profesión; c) la búsqueda de la excelencia a través, no solo del conocimiento científico-técnico, sino también de la adquisición de habilidades y virtudes profesionales. En relación a este último aspecto, destaca la trascendencia de la capacidad de razonamiento prudencial en el jurista.

Al abordar el marco de la Deontología profesional del Abogado, Aparisi destaca la importancia de los Códigos deontológicos. En realidad, la historia

¹ El Real Decreto 775/2011, de 3 de junio, desarrolló la Ley 34/2006, de 30 de octubre, denominado «Ley de Acceso». El apartado 3 del artículo 17 aborda la normativa relativa al sistema de evaluación previsto para el acceso al ejercicio profesional de Abogados y Procuradores. En dicho artículo se precisa que «la prueba será escrita y constará de dos partes que se realizarán el mismo día. El primer ejercicio consistirá en una prueba objetiva de contestaciones o respuestas múltiples. El segundo ejercicio de la evaluación consistirá en resolver un caso práctico previamente elegido por el aspirante entre varias alternativas». En los modelos de pruebas suministrados por el Ministerio de Justicia, las preguntas referentes a la Deontología profesional ocupan un lugar fundamental, lo que viene a confirmar el interés creciente por la reflexión ética concerniente a esta actividad jurídica en los últimos años.

de la Deontología ha estado muy estrechamente ligada a la existencia de dichos Códigos. Estos cuerpos normativos han sido, y son, en la actualidad, valiosos instrumentos que favorecen la publicidad, certeza y eficacia de la Deontología profesional.

Tras abordar la naturaleza jurídica, y características generales, de las normas deontológicas, la autora afronta una de las cuestiones más polémicas y discutidas en este ámbito: el problema de la obligatoriedad de dichas normas. El tema lo inserta en el marco de la función social atribuida, legalmente, a los Colegios profesionales, consistente en velar por un adecuado ejercicio de la profesión por parte de sus miembros. Como es bien conocido, para garantizar la plena realización de dicha función, los Colegios profesionales tienen atribuida una potestad disciplinaria. En este tema, la profesora Aparisi se detiene, con detalle, justificando la conveniencia de la existencia de los propios Colegios profesionales –actualmente tan discutida–, y de sus facultades sancionadoras, derivadas de su función de garantes de un correcto ejercicio profesional. Posteriormente, aborda el tema del procedimiento sancionador colegial. Este capítulo finaliza con el tratamiento de los dos Códigos Deontológicos de referencia en este ámbito: el Código de la Abogacía europea, y el Código Deontológico de la Abogacía española. Como destaca la autora, ambos poseen carácter vinculante para los Abogados españoles.

En los restantes capítulos, Aparisi desarrolla, de manera detallada, los principios en los que se sustenta la Deontología de la Abogacía. En concreto, en el segundo capítulo, titulado *Principios de Deontología del Abogado*, expone el significado y consecuencias prácticas de los más característicos: independencia, libertad profesional, integridad, confidencialidad y lealtad. En relación al principio de independencia del Abogado, la autora comienza distinguiéndolo del principio de libertad profesional, destacando también las relaciones entre ambos. Un aspecto que desarrolla de manera especialmente clara y rigurosa es un tema que, en ocasiones no ha sido bien comprendido: la distinción entre los conceptos de independencia y parcialidad del Abogado. También aborda, de forma detallada, el tratamiento de las incompatibilidades en el ejercicio profesional del Abogado.

El capítulo continúa con el análisis del principio de libertad de defensa, incluyendo su aplicación a las distintas formas de ejercicio de la Abogacía: la libertad profesional del Abogado de empresa, en los Despachos colectivos, la situación del Abogado en régimen de dependencia laboral, la independencia en las Sociedades multidisciplinares... Aborda también las limitaciones a este principio y, mas en concreto, la situación en la que actualmente se encuentra la defensa de oficio.

La profesora Aparisi dedica también un valioso estudio al principio de integridad profesional. Delimita su contenido y consecuencias prácticas, y se refiere, entre otras cuestiones, al compromiso de veracidad, probidad y honestidad en el ejercicio profesional del Abogado. En concreto, al abordar las aplicaciones concretas de este principio, trata cuestiones tan trascendentes como la inclinación de la deontología hacia la amigable composición del litigio, o la importancia creciente del mecanismo de la mediación. Un punto especialmente interesante es el relativo a la responsabilidad deontológica del Abogado «matrimonialista». La autora concede también un lugar importante a la relación entre integridad y dignidad profesional, lo que se concreta en el tema de la regulación, legal y deontológica, de la publicidad del Abogado. Por último plantea una cuestión compleja: la relación existente entre la integridad, entendida como una virtud personal, y el principio deontológico de

integridad profesional. O dicho de otra manera, aborda la pregunta relativa a si se puede ser un Abogado íntegro, careciendo de integridad en la vida personal. Como es bien conocido, esta cuestión remite, en definitiva, al problema de la conexión/separación entre ética pública y ética privada.

A continuación, la autora desarrolla el principio de confidencialidad, realizando un exhaustivo examen del secreto profesional. Aborda aquí cuestiones como el contenido y el ámbito temporal del secreto del Abogado, sus límites, dispensas, excepciones... Al tratar las consecuencias prácticas de este principio desarrolla un tema especialmente conflictivo: el relativo al secreto de las comunicaciones del Abogado de empresa. También estudia el secreto profesional del Abogado-testigo, el tema de la entrada y registro en Despachos de Abogados, la problemática relativa al secreto profesional en relación al blanqueo de capitales, las relaciones del Abogado con los medios de comunicación, y la protección penal del secreto profesional del Abogado. Por último, Aparisi lleva a cabo una interesante reflexión sobre la relación existente entre el deber de secreto profesional del Abogado y la virtud de la discreción profesional. En efecto, considera que solo será posible respetar las rigurosas exigencias que implica el secreto profesional del Abogado en la medida en que este profesional adquiera, personalmente, el hábito de la discreción en todas sus actuaciones.

El capítulo segundo finaliza con un estudio del principio de lealtad profesional. Tras analizar el propio concepto de lealtad, desarrolla un interesante análisis de un tema especialmente actual: el relativo a los conflictos de intereses en el ejercicio de la Abogacía. Aborda aquí el concepto, los tipos de conflictos de intereses, los criterios a tener en cuenta para su valoración legal y deontológica, la evolución del tema en las distintas tradiciones jurídicas, y la situación actual de los conflictos de intereses, de manera especial en las grandes firmas de despachos. Seguidamente, trata las exigencias que se derivan del principio de lealtad en relación a la cooperación con el resto de Abogados, así como la negación de estas exigencias en los supuestos de competencia desleal. Tras abordar las consecuencias del principio de lealtad con el Colegio profesional, lleva a cabo un estudio de la función social de la profesión de Abogado, en el que se refiere al sentido último de la defensa de oficio, y al actualmente denominado trabajo *pro bono*.

En el tercer, y último capítulo, bajo el título de *Las relaciones profesionales del Abogado*, la profesora Aparisi expone, con exquisito detalle, el marco deontológico en el que deben desarrollarse las relaciones interprofesionales. En concreto, analiza el *iter* de la relación Abogado-cliente, así como el marco deontológico en el que deben desenvolverse las relaciones del Abogado con los Tribunales de Justicia, así como las relaciones de éste con la parte contraria. Lo hace precisando, detalladamente, las normas deontológicas que deben tenerse en cuenta en cada uno de dichos tipos de relaciones interprofesionales.

La obra incluye al final un práctico Anexo documental, en el que se incluyen las pautas para la confección de una Hoja de Encargo profesional, un modelo de Hoja de Encargo –conforme al modelo aprobado por el Consejo General de la Abogacía Española–, y un Apéndice con los distintos textos normativos a lo que se hace referencia a lo largo de la monografía: la Carta de Principios esenciales de la Abogacía europea, el Comentario a la Carta de Principios esenciales de la Abogacía europea, el Código de Deontología de la Abogacía europea y su Memorando Explicativo, y el Código Deontológico de la Abogacía española.

El lector de esta obra puede percibir, rápidamente, que se trata de un trabajo muy riguroso y meditado, fruto de años de investigación –destaca, en este sentido, el amplio aparato bibliográfico que la autora maneja–, lo que me permite hablar de un libro muy elaborado y completo. En definitiva, este riguroso estudio –que no oculta su vocación como libro de referencia, tanto para estudiantes, como para profesionales de la Abogacía– constituye, sin duda, una excelente contribución, y da respuesta a la creciente necesidad actual de la Deontología jurídica.

Por último, no quiero dejar de destacar un mérito añadido –y que es de agradecer por parte de quienes nos dedicamos a la Filosofía del Derecho–: la contribución que lleva a cabo la profesora Aparisi al mostrar, con claridad, que la Deontología jurídica es una materia que se integra, sin estridencias, en las líneas de investigación propias de la Filosofía jurídica y que puede ser impartida en las aulas, tanto de grado como de postgrado, por los profesores que integramos esta área de conocimiento.

M.^a Cruz DÍAZ DE TERÁN VELASCO
Universidad de Navarra

COLOMER SEGURA, Ana: *Dorothy Day*, Fundación Emmanuel Mounier, Madrid, 2011, 112 pp.; *Peter Maurin*, Madrid, Fundación Emmanuel Mounier, 2013, 122 pp.

Aunque solo fuera por el casi completo desconocimiento que existe en España de las figuras de Dorothy Day (Nueva York, 1897-Nueva York, 1980) y Peter Maurin (Oultet – Francia, 1877-Nueva York, 1949) ya habría que dar por bienvenidas estas dos miniaturas biográficas dedicadas a dos de los activistas sociales católicos más destacados del siglo XX en los Estados Unidos. Tanto sus respectivas biografías como sus propuestas de reforma social, reflejadas en el movimiento *Catholic Worker* que fundaron, bien merecen ser estudiadas desde la perspectiva de la filosofía política. Las dos monografías de Ana Colomer se centran en relatar la peripecia vital de ambas personalidades. Aunque al hilo de esas presentaciones la autora esboza inevitablemente las bases teóricas en las que se sustentan las iniciativas que Day y Maurin llevaron a cabo, el estudio sistemático de su pensamiento será el resultado de la tesis doctoral que está culminando en estos momentos y que cuando se publique esta reseña ya habrá sido defendida.

1. *Peter Maurin, Dorothy Day y el alumbramiento del Catholic Worker*

Dorothy Day nació en 1897 en el seno de una familia de clase media de Nueva York. Por el trabajo de su padre, se crio en San Francisco y en Chicago. No recibió ninguna educación religiosa en su familia, aunque sus padres pertenecían a la iglesia episcopaliana, donde Day se bautizó y confirmó. A los 16 años recibió una beca para estudiar en la Universidad de Illinois. En esta época, Day abandonó la religión por completo, al tiempo que crecía su sensibilidad hacia el movimiento obrero. Dejó la universidad después de dos años y se mudó a Nueva York a trabajar como periodista, colaborando en publicaciones y grupos de talante socialista y anarquista. Se unió a las manifestaciones de las sufragistas, lo que la llevó a su primera estancia en prisión. Este tiempo de frenética actividad social también fue una época inestable en lo sentimental: Day se enamoró de un hombre que no la amaba y que la abandonó cuando ella se quedó embarazada, aun después de que ella abortara su criatura por tratar de salvar su relación. Esto sumió a Day en una profunda depresión, se cambió de ciudad varias veces y se casó con otro hombre, aunque el matrimonio no llegó a durar un año. Durante todo este tiempo había ido naciendo en Day un impulso por acercarse a la Iglesia católica, y había tenido encuentros inspiradores con gente religiosa. Poco después conocería al que siempre consideró el amor de su vida, Forster Batterham, con quien estableció una relación de hecho y vivió unos años felices en la playa de Staten Island, Nueva York. La inquietud religiosa de Day despertó con más fuerza al quedarse embarazada, un hecho inesperado y feliz, pues ella pensaba que no podría concebir de nuevo. Cuando nació su hija, Day decidió bautizarla en la Iglesia católica, pues era la iglesia de los trabajadores y los inmigrantes, la gente con quien ella siempre había querido identificarse. Forster era un ateo convencido y no creía en el matrimonio, así que empezó un distanciamiento entre los dos que se hizo definitivo cuando Day se bautizó un año después. La pareja se separó para siempre, y Day vio con tristeza cómo su bautismo implicaba, no solo el distanciamiento de su compañero, sino el

de sus amigos y, más aún, el de las «masas obreras», cada vez más cercanas al comunismo y más alejadas de la Iglesia. En los años treinta, Day era una periodista que escribía para revistas católicas, con una especial sensibilidad hacia el movimiento obrero, pero que vivía con angustia ese distanciamiento cada vez mayor entre los trabajadores y el mensaje evangélico.

Esto habría seguido así de no ser por la llegada a Nueva York de Peter Maurin. Nacido veinte años antes que Day en el Languedoc rural, Maurin había llevado una vida errabunda y algo novelesca antes de encontrarse con Dorothy Day. En su juventud fue hermano de La Salle, donde había cultivado la vocación por educar que permanecería siempre en él. Antes de hacer sus votos a perpetuidad, decidió dejar la congregación y unirse a movimientos intelectuales de París ligados al catolicismo reformista. Siempre ávido lector, estudió las ideas del personalismo francés, que seguiría a lo largo de los años y se encargaría de transmitir a Dorothy Day. En 1909, decepcionado con la política francesa, decidió emigrar a Canadá, donde se estableció con la idea de «volver al campo», influido por las ideas de los distributistas británicos y los recuerdos de una infancia sencilla y feliz. La empresa agrícola no funcionó, por falta de medios para afrontar las duras condiciones climatológicas, así que durante más de veinte años Maurin se dedicó a trabajar en Canadá y Estados Unidos como asalariado en todo tipo de empleos no cualificados y mal pagados. Cuando conoció a Dorothy Day, en plena crisis económica, aparentaba ser uno más de tantos obreros que pasaban penurias, pero pronto se evidenció su gran bagaje intelectual y dio a Day el impulso que ella necesitaba para poner en marcha una publicación que acordaron en llamar *Catholic Worker*: un periódico que mostraba a los trabajadores que la Iglesia estaba de su lado y proponía una «revolución del corazón» para crear una sociedad más justa. En el periódico se mezclaban noticias de condiciones laborales y huelgas con menciones al distributismo, el personalismo y la Doctrina Social de la Iglesia.

En un ejercicio de coherencia, pues se promovía la responsabilidad personal, Day empezó a organizar varias casas de acogida para desempleados y personas sin hogar, en las que tanto ella como Maurin vivieron y desde donde ambos se esforzaron por hacer realidad el ideal de comunidad personalista que buscaban para el resto de la sociedad. Desde lo que ya era el «movimiento» *Catholic Worker*, se pusieron en marcha mesas redondas y escuelas de formación para discutir los problemas económicos, sociales y políticos del momento. Como respuesta a la crisis de empleo, se abrieron varias granjas comunitarias, en busca de una filosofía que viera el trabajo como un medio de desarrollo personal, conectado con las necesidades humanas, en contraposición al trabajo alienante de las fábricas de las ciudades.

Desde el principio de su publicación, el *Catholic Worker* dejó claro que era un periódico pacifista, idea promovida directamente por Dorothy Day. Dando cabida también a reflexiones en torno a la guerra justa y sin llegar a rechazar del todo esta doctrina clásica, el periódico defendería que la guerra moderna era injustificable. A pesar de las constantes críticas y dificultades, Day permaneció toda su vida como una firme crítica al capitalismo individualista y al belicismo, dos realidades aceptadas en Estados Unidos, pero que ella veía profundamente nocivas, no solo para los estadounidenses, sino para todas las personas. Se manifestó en numerosas ocasiones con los obreros que pedían mejores condiciones laborales, así como contra las guerras y las armas nucleares, hechos que la llevaron a varias estancias en prisión, la última de ellas a los 76 años. En sus últimos años de vida recibió numerosos reconoci-

mientos, y a su muerte fue calificada como la persona católica más importante de Estados Unidos. En 1998 se inició la causa de su canonización.

Llama la atención lo poco que tenían en común Dorothy Day y Peter Maurin cuando se conocieron. Ella era americana, él francés; ella nació y se crió en una gran ciudad, él venía del campo y nunca renunció a esas raíces; ella procedía de un ambiente ajeno a la religión, él pertenecía a una familia profundamente católica; ella tuvo una conversión religiosa radical, él siempre mantuvo una intensa fe; ella apenas dedicó tiempo a su formación académica, él tenía una vasta cultura alimentada de su insaciable afán lector; ella cultivó sus lazos familiares y siempre vivió muy vinculada a su única hija Tamar Teresa (1926) y a sus seis nietos, él tuvo una existencia solitaria; ella siempre se interesó acciones que tuvieran un impacto social inmediato, él se preocupaba por transmitir toda una filosofía desde la que reconstruir por entero la sociedad. A pesar de esas diferencias, o precisamente por ellas, existió una total complementariedad entre ambos a la hora de poner en marcha el *Catholic Worker*. Dorothy Day siempre reconoció la deuda intelectual que tenía con Peter Maurin. Pero es obvio que si Peter Maurin no se hubiera encontrado con Dorothy Day jamás habría existido el *Catholic Worker*.

2. *Del compromiso existencial a la responsabilidad social*

Como se ha dicho, el movimiento *Catholic Worker* tenía tres áreas fundamentales de acción: el periódico y las mesas redondas como espacios de encuentro entre personas con formas de pensar muy diversas para tratar de los grandes problemas sociales que afligían a la clase obrera; las casas de acogida para personas que carecían de alojamiento o recursos para vivir; y las granjas comunitarias donde trabajadores y estudiosos vivían en comunidad. La inspiración de estos tres proyectos procedía de Peter Maurin, quien a su vez las tomó de los monjes irlandeses que evangelizaron Europa tras las invasiones bárbaras. Maurin abogaba por una «revolución verde», en honor de los monjes irlandeses, frente a la «revolución roja» de los comunistas. Maurin presentó el proyecto, con sus tres ramas y las fuentes de las que bebía, en las páginas del *Catholic Worker* con estas palabras: «A través de las discusiones en mesas redondas, distribuidas por toda Europa, hasta Constantinopla, los misioneros irlandeses hicieron pensar a la gente. A través de las casas de acogida, los misioneros irlandeses ejemplificaron la caridad cristiana. A través de las comunas agrícolas, los misioneros irlandeses convirtieron a los pensadores en trabajadores, y a los trabajadores en pensadores» (Maurin, P.: «Maurin's Program», en *The Catholic Worker*, junio-julio 1933, p. 4).

Como es obvio, el movimiento *Catholic Worker* se inspira en el cristianismo y se pone en marcha gracias al profundo compromiso de sus dos artífices tanto con la fe cristiana que profesaban como con las clases más desfavorecidas por las que luchaban. Ante esta evidencia resulta inevitable volver sobre una de las cuestiones cruciales de la filosofía política, que es objeto de gran controversia: la relación entre las creencias privadas y la vida pública. Está extendida la idea de que la ordenación justa de la sociedad es previa a las cosmovisiones particulares de los individuos: las ideas de bien de los individuos pueden comparecer solo una vez que se ha construido una idea de justicia imparcial para todos. Por eso, se llega a afirmar que las cosmovisiones particulares constituyen un obstáculo para la ordenación justa de la sociedad.

Las vidas de Dorothy Day y Peter Maurin son, a mi entender, un testimonio de lo contrario en un triple sentido. Primero, ellos nunca ocultan que su proyecto de acción social se sostiene en la fe que ambos profesan. Entienden que es precisamente esa cosmovisión particular la que les indica el modo de construir una sociedad más justa. Evidentemente no se trata de una novedad. Desde Gandhi hasta Nelson Mandela pasando por Martin Luther King Jr., por citar solo a tres de las personalidades más influyentes en el reconocimiento de la dignidad humana en el siglo XX, advertimos que las convicciones personales más profundas –incluso las religiosas– están a la base de su acción social. Lejos, pues, de abdicar de las cosmovisiones personales para construir un mundo más justo, los grandes reformadores sociales llevan a cabo su empresa a partir de ellas. Segundo, es difícil pensar que la iniciativa que llevaron a cabo a partir de sus creencias no contribuyó decisivamente a mejorar las condiciones de vida de los más desfavorecidos y a crear un orden social más justo. Es cierto que Maurin y Day no se preocuparon tanto de exigir al Estado la garantía de unas condiciones de vida digna para la clase obrera como de lograr que la propia sociedad atendiera esas necesidades. Pero con su acción lograron mejorar la vida de muchas personas, incrementar la solidaridad ciudadana, y favorecer la adopción de políticas que garantizaran los derechos de los trabajadores. Tercero, solo por la fuerza de su creencia personal –que les llevó a realizar grandes sacrificios a lo largo de muchos años– pudieron llevar a cabo aquello en lo que creían. Si no hubiera sido por sus cosmovisiones particulares su acción social no habría tenido el desarrollo y continuidad que sigue teniendo hoy en día.

El pensamiento y la acción social de Dorothy Day (en menor medida el de Maurin, pues murió treinta años antes y además siempre estuvo más interesado en la difusión personal de sus ideas) pivota sobre dos pilares: el anticapitalismo y el pacifismo. Tuvo mérito mantener esta doble posición en un país que se identifica en buena medida con el capitalismo y el militarismo. Y más aún hacerlo cuando lo hizo ella. Ser pacifista en Estados Unidos durante la guerra de Vietnam era subversivo pero muy común. Ahora bien, serlo durante la 2.^a Guerra Mundial era juzgado por muchos como una actitud sentimentalista y, por algunos, hasta como una suerte de traición a la patria y a los valores de Occidente. Ser anticapitalista en la actualidad, cuando la crisis económica ha hecho aflorar las entrañas perversas del capitalismo, no plantea problemas de estigmatización social. Pero serlo en los años cuarenta y cincuenta, cuando parecía que era el modo óptimo de organizar la vida económica a la vista de los niveles de crecimiento que tenía Estados Unidos, era motivo de sospecha. Ambas posiciones mantienen enteramente su vigencia en la actualidad. El capitalismo resulta hoy mucho más obsceno que cuando vivía Dorothy Day. Y la guerra nunca nos ha abandonado; al contrario, sus manifestaciones no han hecho más que diversificarse. Por ello, Dorothy Day se nos presentan como un modelo plenamente actual al contemplar la lucidez de sus intuiciones y la tenacidad de su empeño por llevarlas a cabo.

3. *La comunidad científica y el progreso en el conocimiento*

Ana Colomer ha escrito las dos obras que comento en su condición de investigadora del Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política de la Universitat de València. Desde sus inicios ese departamento se ha caracterizado por el número y la calidad de las tesis doctorales realizadas sobre autores de finales

del siglo XIX y del siglo XX que han tenido una especial relevancia para la filosofía del derecho y la filosofía política contemporáneas: Giuseppe Capograssi (Jesús Ballesteros); Emile Durkheim (Javier de Lucas); Jean Lacroix (Ernesto Vidal); Agnes Heller (María José Añón); Gabriel Marcel (Encarnación Fernández); Simone Weil (Emilia Bea) son solo los primeros y valiosos testimonios de una dilatada, fecunda y brillante tradición investigadora.

Dentro de esa línea de investigación ha adquirido un notable desarrollo el estudio de autores personalistas, en el marco del grupo de estudios personalistas que en estos momentos lideran Ernesto Vidal, August Monzón y Emilia Bea. Es precisamente en ese entorno en el que Ana Colomer viene desarrollando su trabajo. Se pone así de manifiesto lo que todos en la Universidad sabemos pero no siempre se valora ni se cuida suficientemente: que más importante aún que las capacidades del individuo para la investigación es la escuela –la tradición investigadora– en la que se inserta. Ciertamente no todos los investigadores tienen la fortuna de iniciarse en una genuina escuela de investigación porque son más frecuentes las estructuras investigadoras meramente formales. Más difícil aún es que se integren en escuelas de investigación maduras que hayan sido capaces de ofrecer resultados científicos de excelencia. Tal es el caso del departamento que hace ya treinta años puso en marcha el recién jubilado Jesús Ballesteros. Y uno de los muchos frutos maduros del departamento es la robusta línea personalista, que lo convierte en el que más tesis doctorales sobre autores personalistas se han defendido en España y quizá al mundo.

Con estos antecedentes no pretendo quitar méritos a los excelentes relatos biográficos que Ana Colomer ha publicado sobre dos autores que, aunque vivieron y trabajaron en Estados Unidos, bien pueden vincularse a la corriente personalista. Únicamente quiero poner de manifiesto que, cuando se trabaja en entornos intelectuales propicios, es mucho más probable que los trabajos de investigación produzcan resultados tan valiosos como los que Ana Colomer ha conseguido con estos dos libros. De ahí que la Universidad y los poderes públicos deberían considerar como una de sus prioridades el fomentar las condiciones para que esas escuelas de investigación florezcan. En no pocas ocasiones parece que hagan lo contrario, bien porque sofocan la investigación con un exceso reglamentista, bien porque tratan toda la investigación como si solo existiera la que se hace en los laboratorios y con grandes infraestructuras científicas.

Tres méritos principales encuentro en los dos libros de Ana Colomer que he comentado. Primero, aproxima al lector español dos figuras de la acción social estadounidense del siglo XX: Peter Maurin y Dorothy Day. Casi todo el mundo en España conoce a Martin Luther King Jr. Muchos han oído hablar de César Chávez (de quien, por cierto, se ha presentado recientemente un Biopic: *César Chávez: An American Hero*, Diego Luna, 2013). Pero casi nadie sabía nada hasta ahora en España de Day y Maurin. Segundo, aun tratándose de dos biografías extraordinariamente rigurosas, construidas a partir de todas las fuentes disponibles (en muchos casos difíciles de conseguir), su lectura resulta apasionante. Gracias a la buena pluma de la autora, el rigor de la investigación no ha sepultado el atractivo de los personajes. Tercero, Ana Colomer se centra en narrar los hechos pero va dejando caer referencias al pensamiento de ambos personajes, de modo que crea expectativas que supongo que podrán satisfacerse tras la próxima presentación de su tesis doctoral.

Vicente BELLVER CAPELLA
Universitat de València

ESCUDERO ALDAY, Rafael: *Modelos de democracia en España. 1931-1978*, Madrid, Ed. Península, 2013, 335 pp.

«Se sintió olvidado, no con el olvido remediabile del corazón, sino con otro más cruel e irrevocable que él conocía muy bien, porque era el olvido de la muerte.»
Gabriel García Márquez, *Cien años de soledad*

En el año 2012 se conmemoró el bicentenario de la Constitución de Cádiz. En aquel texto, primero del constitucionalismo español, se articuló un sistema jurídico liberal del que hoy en día el sistema jurídico se siente heredero: artículos en prensa, coloquios, monografías, reminiscencias en el Congreso de los Diputados de aquella *Pepa* que apenas se mantuvo en vigor seis años (en tres períodos distintos: 1812-1814, 1820-1823 y 1836-1837). Instauró un sistema basado en la soberanía nacional y en la monarquía constitucional en la que los poderes quedaban separados y el sufragio se restringía al varón. Un Estado liberal ultraoceánico y católico en el que no se articuló un elenco de derechos, pero se constitucionalizó el derecho a la propiedad privada, la libertad de imprenta o la libertad de industria.

Si este modelo constitucional ha suscitado elogios entre diversas fuerzas políticas y jurídicas, haciendo entroncar incluso la vigente Constitución de 1978 con aquella gaditana, no parece correr la misma suerte aquella otra Constitución aprobada a finales del año 1931. Esta distancia entre 1931 y 1978 quizás se debe, sin entrar a discutir la amnesia deliberada¹, a que el modelo constitucional de clara vocación social consagrado en 1931 (art.1: «España es una República democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de libertad y justicia. Los poderes de todos sus órganos emanan del pueblo [...]») dista, al menos, en términos jurídicos del modelo liberal impuesto en 1978, a pesar de que las constituciones más cercanas, como la italiana de 1948 (art. 1: «Italia es una república democrática fundada en el trabajo. La soberanía reside en el pueblo [...]») y la portuguesa de 1976 (art.1: «Portugal es una república soberana, basada en la dignidad de la persona humana y en la voluntad popular, y empeñada en la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria»), no lo constitucionalizaban, situándose más próximas al texto de la segunda experiencia republicana española.

En este marco se encuadra el libro *Modelos de democracia en España*. El profesor Rafael Escudero, en la línea de investigación que desde hace algunos años trabaja², analiza dos períodos históricos con sus respectivas constituciones: la Constitución de la II República de 1931 y la Constitución de la Monarquía parlamentaria actual. Dos modelos de democracia, como reza el

¹ Sobre estas amnesias se ocupa Rafael Escudero en el libro que se reseña, especialmente en el capítulo ¿Ningún tiempo pasado fue mejor? (pp. 33-80).

² Entre otras cabe destacar *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo*, Ed. Trotta, Madrid, 2013; *Diccionario de memoria histórica. Conceptos contra el olvido*, ed. Los Libros de la Catarata, Madrid, 2011; «La sombra del franquismo es alargada: el fracaso de la llamada Ley de Memoria Histórica», en García López, D. J. y Fernández-Crehuet López, F. (eds.), *Derecho, memoria histórica y dictaduras*, Ed. Comares, Granada, 2009, pp. 33-60; y el pionero *Derecho y memoria histórica*, Ed. Trotta, Madrid, 2008.

título, bien distintos entre sí. Tanto que la pretendida línea de continuidad entre la *institución* y la *constitución* se quiebra a la luz del análisis³. Se puede decir, quizás sin riesgo a equivocarnos, que la Constitución de 1978 traiciona la democracia construida por la Constitución de 1931. Esta aseveración queda suficientemente argumentada en este libro.

El *tête à tête* al que enfrenta Rafael Escudero las dos constituciones se organiza en torno a tres cuestiones, así como una introducción en la que aborda la desmitificación de la Transición (capítulos 1 *La constitución: instrucciones de uso* y 2 *¿Ningún tiempo pasado fue mejor?); quién manda, cómo se manda y qué se manda*. A través de una argumentación rigurosa a la vez que accesible al lego en cuestiones jurídicas, no se realiza una defensa acérrima de la Constitución republicana, pues muestra también sus zonas oscuras y sus fracasos, sino una labor de aprendizaje de aquella experiencia jurídico-política silenciada y sepultada por cuarenta años de dictadura fascista y treinta de democracia neoliberal.

Desde su propia génesis, ambas Constituciones muestran diferencias. Si la Constitución de 1931 fue pergeñada como una herramienta para mitigar las estructuras de dominación, esto es, la Constitución como instrumento de transformación social, el texto constitucional de 1978 no pretendía una transformación social sino una simple salida formal a la dictadura franquista (pp. 26-28), esto es, una constitución reformista/continuista. Veamos algunas diferentes que resalta el profesor Escudero en su análisis.

Ad.1) *Quién manda*: En esta pregunta se encajan los problemas relativos a la soberanía, su cesión y la reforma constitucional (capítulos 3 *La soberanía popular, de la teoría a la realidad* y 8 *Interludio. Ciudadanía y poderes salvajes*). Si bien el punto de partida radica en que la soberanía reside en el pueblo, la Constitución de 1978 la encuadra, con cierta retórica liberal asumida ya por el franquismo, en el carácter nacional. Así, mientras la Constitución de 1931 incorpora la fórmula de la soberanía popular y elementos de democracia directa (referéndum legislativo, iniciativa legislativa popular), el texto constitucional vigente limita la participación ciudadana a la elección de los representantes políticos. Del mismo modo, el procedimiento más agravado de reforma constitucional que establece la Constitución de 1978 en relación a la de 1931 (no diferencia materias, no necesita referéndum), requiriendo el acuerdo de los dos grandes partidos (en agosto de 2011, PP y PSOE pactaron una reforma de una parte de la Constitución para la que no se necesita referéndum pero que, sin embargo, afecta directamente a materias del núcleo duro, pues supone una modificación del Estado social y democrático de Derecho), blindas las posibilidades de adaptación del texto a la realidad social.

Ad. 2) *Cómo se manda*: los diferentes poderes, su garante, la forma de Estado y la cuestión territorial ocupan los puestos protagonistas en esta segunda cuestión (capítulos 4 *Democracia o genética*, 5 *Montesquieu en el siglo XXI*, 6 *La defensa de la Constitución* y 7 *Un Estado, ¿una nación*). De la República democrática de trabajadores a la monarquía parlamentaria, cuya jefatura de Estado se hereda y no se elige democráticamente, se percibe una notable distancia. Mas existen otras diferencias no tan visibles: la Constitu-

³ Me refiero al libro de ELÍAS DÍAZ *De la institución a la constitución. Política y cultura en la España del siglo XX*, Ed. Trotta, Madrid, 2009.

ción de 1931 establecía un parlamento unicameral, el sufragio universal e igualitario y un sistema electoral que daba cabida a numerosas opciones políticas, así como la moción de censura destructiva. De esta forma se construía un parlamento fuerte y un poder ejecutivo bicéfalo (presidente de la República y Gobierno). Por el contrario, el texto de 1978 consagra el bicameralismo, el bipartidismo y la moción de censura constructiva. Así, se refuerza el poder ejecutivo en detrimento de un parlamento marcadamente débil. Ambas constituciones, aunque con matices, recogen la herencia teórica de Kelsen en la configuración de un órgano encargado de su defensa: el Tribunal de Garantías Constitucionales y el Tribunal Constitucional.

Ad. 3) *Qué se manda*: si las dos anteriores preguntas hacen referencia a la forma en la que la Constitución configura el poder (como autoridad), esta última se adentra en los mecanismos a través de los cuales el ciudadano puede limitarlo e instrumentar mecanismos de justicia social (capítulos 9 *Tomarse en serio los derechos humanos* y 10 *Hacia la igualdad real*). La Constitución de 1931, en un período histórico en el que los derechos humanos eran meramente embriones en gestación, no perdió la oportunidad y amplió sus espacios y sujetos, abordando materias que se entendían privadas (matrimonio, familia, educación, trabajo, economía), así como constitucionalizando el principio de igualdad (sufragio universal, eliminación de distinciones y títulos nobiliarios) y la laicidad del Estado. En cambio, el constituyente del vigente texto parece no haber querido rendir al máximo. Es cierto que incorpora un elenco de derechos (sociales), pero sin sus correlativos deberes.

A la luz de este esquema de diferencias, lo que en la actualidad está en juego es el núcleo duro de la Constitución: el Estado de Derecho. La experiencia republicana nos aporta en bagaje jurídico de incalculable valor que nos puede ayudar a comprender las causas y encontrar las soluciones ante los problemas que la crisis económica –ergo el sistema económico– ha producido. Habrá que aceptar el reto que Rafael Escudero nos plantea al final de su epílogo (*Alegato para demócratas en crisis*), y permítanme aquí la extensa cita:

«urge dotarse de un marco que ponga fin a esta deriva antidemocrática. El reto no es sencillo, por supuesto, pero tampoco lo era en 1931 y ello no impidió a los republicanos lanzarse a construir una nueva cultura desde la que transformar la sociedad que recibieron. Quienes se opusieron entonces se opondrán de nuevo ahora. Pero la crisis ha colocado a cada uno en su lugar. Ha puesto las cartas boca arriba sobre la mesa y ha desvelado el papel jugado por los distintos sujetos políticos, económicos y sociales, los cuales en el futuro ya no podrán ocultarse bajo sus tradiciones máscaras y juegos de artificio. Igualmente, ha mostrado que la Constitución de 1978 no es un instrumento útil desde el que construir una sociedad democrática e igualitaria, de modo que insistir en ella no conduce más que a la frustración y a la desesperanza. Es necesario pues dirigir los esfuerzos hacia la consecución de una hegemonía social, ideológica y cultural que posibilite un cambio de régimen constitucional. A ello quedamos emplazados» (p. 302).

Daniel J. GARCÍA LÓPEZ
Universidad de Almería

ESTÉVEZ ARAÚJO José Antonio (ed.): *El libro de los deberes. Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de los deberes*, Madrid, Trotta, 2013, 264 pp.

En no pocas ocasiones la mirada del ciudadano lego en derecho es más lúcida que la del propio jurista cuando de derechos se trata, sobre todo cuando estos parecen desvanecerse. El jurista, interpelado sobre si en definitiva tenemos derecho, por ejemplo, a la vivienda, podrá moverse con soltura apelando al valor indudablemente normativo de la constitución, a la vinculación de todos los poderes públicos a la constitución y al resto del ordenamiento, a la ubicación sistemática del artículo 47 o a la naturaleza jurídica de los principios rectores de la política social y económica. Pero, en definitiva, y en términos claros para que la ciudadanía sepa a qué atenerse ¿tenemos o no tenemos derecho a una vivienda digna? Aquí el jurista bienintencionado y acaso favorable a la expansión de los derechos en un sentido propicio a los más débiles no sabrá bien qué contestar. Si una respuesta cínica está fuera de lugar, aceptar sin más la debilidad de los derechos se le antoja contraproducente. ¿No sería admitir también la debilidad de los argumentos que en algún momento habrían de servir para intentar forzar su mayor protección legal o su exigibilidad ante los tribunales? ¿No sería renunciar de alguna manera a la fuerza argumental y de legitimidad que otorgaría el reconocimiento normativo como derecho?

Estas prevenciones podrían tener sentido mientras fue de alguna manera plausible el relato de la expansión y consolidación de los derechos, junto con la convicción de que la fase ascendente de los derechos era una tendencia de fondo, por más que fuera compatible con retrocesos puntuales incluso si estos podían llegar a ser graves. En tales condiciones se trataba de ir avanzando jurídicamente, paso a paso, de recuperar eventuales retrocesos en un proceso en el que los juristas –desde distintas posiciones– tendrían un protagonismo especial. Poner en duda el relato sería una mala táctica, por más que en ningún caso –y por la propia coherencia del relato– podría llegar a comprometer las trincheras básicas, garantizadas por la irreversibilidad histórica del Estado de derecho y de la Democracia. No interesa discutir en qué momento dejó de ser plausible esta visión o si lo debió haber sido alguna vez. El hecho es que hemos podido ver cómo la crisis iniciada en 2008 propició el barrido sistemático de unos derechos sociales que apenas si mostraron capacidad de resistir la corriente que se venía encima. Ya antes, las políticas securitarias desatadas con motivo del terrorismo habían erosionado gravemente algunos de los derechos antirrepresivos con más solera histórica y creando zonas de excepción en las que ni siquiera estaban presentes los derechos. Lo que tienen en común ambos casos es que los derechos sucumbieron estrepitosamente justo en los momentos que parecían llamados a cumplir su principal razón de ser. Justo en el momento en que habían de suponer, por utilizar una metáfora ya muy maltratada, la línea roja que no se podría traspasar bajo ningún concepto, el límite mínimo ante el cual otras consideraciones (políticas, económicas...) debían ceder.

No es que no se hubiera advertido antes de que culminaran todos estos hechos consumados, claro está. Se repitió muchas veces que los derechos y las conquistas sociales no eran irreversibles, aunque cabe cuestionarse si éramos plenamente conscientes de lo que realmente implicaba esta afirmación. El propio Juan-Ramón Capella, uno de los autores del libro, había insistido

ya tiempo atrás en el hecho de que la cristalización de los derechos suele traer consigo la disolución de las fuerzas sociales que han contribuido a su victoria, la disolución de ese poder y su delegación para ser administrado por parte de funcionarios estatales. Pero precisamente por eso es destacable es el esfuerzo sistematizador que hay en *El libro de los deberes* por desarrollar las implicaciones de este punto de vista, lo que involucra un desarrollo de categorías conceptuales originales que presentan novedades destacadas respecto a las que venimos utilizando habitualmente para pensar estas cuestiones. Pero más allá de su novedad, lo destacable es que estos conceptos y marcos de trabajo presentan importantes potencialidades para el análisis y contribuyen a pensar mejor viejos y nuevos problemas. Y esto es algo que los propios autores se encargan de demostrar a lo largo de unos capítulos que al afrontar una amplia gama cuestiones ponen a prueba el esquema de partida. Solo esto bastaría para decir que estamos ante un libro importante, que debería además abrir caminos en la investigación, sí, pero también caminos en la invención de prácticas emancipatorias nuevas.

El argumento central de este libro, ya desde la propia intención explícita de los autores, es poner el acento en los *deberes*, como *contenido esencial* de los derechos. Mediante esta operación de poner los deberes en primer plano se lograrían varias cosas. Por un lado hay una cuestión metodológica, es decir se trata de buscar una vía para analizar el derecho y los derechos «de un modo que descarte falsedades fundamentales». Una intención explícitamente antiideológica, pues. Pero además de eso, se trata de afrontar algunas cuestiones que desde el lenguaje y la práctica de los derechos no pueden ser abordadas satisfactoriamente.

Por eso resulta un mérito nada desdeñable del planteamiento de este libro, que se percibe desde su subtítulo, el concebir los derechos como una *estrategia* emancipatoria, esto es, como un recurso. Esto es importante, pues no en pocas ocasiones la centralidad de los derechos, el postularlos como la medida de todas las pretensiones legítimas, conduce a resultados perversos. Así en el ámbito del activismo por los derechos, pero sobre todo en la academia, ocurre no pocas veces que si una pretensión, por más justificada que pueda antojarse, es incapaz de ser traducida al lenguaje de los derechos, eso será tomado como una razón contra ella, no como una deficiencia del lenguaje de los derechos. Pensemos en los variados ejemplos de los derechos relativos al medio ambiente, de los derechos de las generaciones futuras, de los derechos de los animales o aún de los derechos colectivos, entre otros. De las dificultades –de variada índole– que tienen para ser concebidos como auténticos derechos (o para ser debidamente ejercidos o garantizados) se llega con frecuencia a suponer que su relevancia es menor o que no vale la pena volcar esfuerzos en esas cuestiones. Si, por tomar uno de los ejemplos, las generaciones futuras no pueden ser titulares derechos, en lugar de concluir que eso es una insuficiencia de tal institución, se concluye que los intereses de estas no han de ser valorados con tanta intensidad como otros. Ello sólo se puede hacer desde una concepción que de alguna manera cosifica la propia noción de derechos hasta poner la institución por encima de aquello para lo que debía servir. Hay que notar, que ni en este caso ni en ninguno de los otros que he usado como ejemplo, la noción de *deber* –junto con la de *responsabilidad*– tiene esos inconvenientes.

El libro se articula en buena medida a partir del capítulo de J. R. Capella «Derechos, deberes: la cuestión del método de análisis», que funciona como referente teórico general con el que se dialoga para el tratamiento de las dis-

tintas cuestiones que se van afrontando en los demás capítulos. En este trabajo se desarrolla entre otros asuntos el que sería el eje principal y la tesis más importante del libro: la ya mencionada de que el contenido de los derechos no es el bien que protegen sino los deberes que otros tienen, de tal modo que no se tiene realmente un derecho si otros no tienen deberes respecto a aquello que se quiere proteger. En este sentido, la noción de deber sería primaria respecto a la idea de derecho, que sería derivada de aquella. Si no existen deberes relacionados no se puede decir que en el plano jurídico exista un derecho o, en todo caso, si los deberes son insuficientes tendremos un derecho medio vacío.

Esta que por comodidad denominaré la tesis de los deberes puede, efectivamente, emparentarse con la noción de las garantías, tal y como la ha desarrollado L. Ferrajoli en su teoría garantista de los derechos fundamentales. Así lo sugiere, por ejemplo, uno de los autores del libro Pedro Mercado. Ferrajoli argumenta la conveniencia de distinguir entre derechos y garantías. Para Ferrajoli los derechos expresan expectativas respecto a ciertas obligaciones, que pueden ser obligaciones de prestación o prohibiciones y que constituirían las garantías primarias. A la vez, habría garantías secundarias que son obligaciones de reparación para el caso del incumplimiento de las garantías primarias. Así, aunque se trata de nociones relacionadas con la del deber, para Ferrajoli puede darse el caso de la existencia de un derecho fundamental, esto es, un derecho jurídicamente reconocido con carácter general, pero que todavía no cuenta con las garantías adecuadas.

Creo, sin embargo, que hay algunas diferencias notables entre estas dos propuestas. Para Ferrajoli la inexistencia de las garantías no afectaría a la existencia del propio derecho, dado que ambas cosas son diferentes y relativamente independientes. La existencia del derecho implicaría un mandato jurídico vinculante para el poder que le compelería a incorporar las garantías correspondientes. Esta presencia de un derecho proclamado, combinado con la ausencia de garantías, suele ocurrir frecuentemente dada la habitual distancia entre las grandes proclamaciones constitucionales (e internacionales) de derechos y el derecho ordinario. Sin embargo, lejos de constituir una negación del derecho fundamental lo que hace es incorporar limitaciones a la potestad del legislador que deberá verse obligado a incorporar las garantías. Tendríamos, por retomar el ejemplo con el que comenzamos, derecho a una vivienda digna, si bien las garantías correspondientes no estarían (todavía) o estarían insuficientemente desarrolladas. La propuesta de los deberes como contenido esencial, por el contrario, juzga que en una situación como esta el proclamado derecho sería, en el plano jurídico, un derecho vacío o como mucho un derecho a medias por carecer total o parcialmente de contenido. No creo que esta diferencia sea puramente lingüística, reconducible a la idea de que donde para unos tenemos jurídicamente un derecho, para otros no lo tenemos, sin que de eso se derivasen mayores consecuencias. Para la tesis de los deberes como contenido esencial, en la medida en que los deberes y obligaciones son primarios respecto a los derechos, sólo una vez que tengamos los primeros podremos pasar a considerar el derecho.

Hay una segunda diferencia que creo destacable. En la medida en que la tesis de los deberes evalúa la calidad de un derecho de acuerdo con los deberes y obligaciones en que consiste, tiene un indudable carácter antiideológico, empezando por evitar los autoengaños en el análisis jurídico. Pero ¿no cabe la posibilidad de caer al tiempo en un cierto formalismo jurídico? La respuesta es sin duda negativa, precisamente por otra diferencia notable con

el planteamiento garantista, y es que se no trata de una tesis en absoluto jurisdicista. Por más que se plantee situar en los deberes el centro del análisis jurídico de los derechos, hay un elemento que evita este problema: la conciencia radical de la precariedad de los derechos. En efecto, en la medida que muchos –y en ocasiones la totalidad– de los deberes son deberes del Estado no podemos tener la garantía de que el Estado cumplirá sus deberes. Es decir, los mecanismos puramente jurídicos para asegurarse de que el Estado cumplirá sus deberes son precarios, como precarios son entonces los derechos. Así será siempre, sin que exista la posibilidad de dar por ganado un derecho de una vez por todas. De ahí que también ha de ponerse en primer plano la cuestión del poder social, la politicidad de las luchas que el derecho tiende a despolitizar. La rigurosidad del análisis jurídico no exige, más bien al contrario, que el análisis sea sólo jurídico o formal.

Quizá no habría ni que aclararlo, pero la tesis de los deberes no es conservadora, antimoderna o banal. Desde luego no es banal, porque de lo dicho hasta aquí ya resulta claro que la pretensión de los autores no es meramente hablar de derechos desde unos deberes que serían una mera contracara interdefinible de aquellos, sino que hay aquí mucha más enjundia. Con respecto a las otras cuestiones, es cierto que en ocasiones el reclamo de una mayor incidencia en los deberes ha venido de la mano de cierto pensamiento conservador, incómodo con la propia noción de los derechos y desde una pretensión paternalista. Quizá esa identificación conservadora haya sido uno de los motivos por los que generalmente haya habido una cierta reticencia a teorizar los deberes. Pero no hay aquí ningún tipo de nostalgia premoderna o comunitarista sino la constancia de que la reducción a derechos (en muchas ocasiones privados de contenido) de las instituciones –mentales y materiales– que hemos podido crear como intentos de contener la injusticia y la barbarie, ha supuesto un considerable empobrecimiento que se hace urgente corregir. Es necesario, como afirma Capella, *inventar instituciones* nuevas, ante las debilidades e insuficiencias de las que tenemos.

Los casos analizados en el libro para poner a trabajar la tesis de los deberes, se agrupan en tres partes: los deberes ante la violencia estatal, los deberes ante nuevos problemas y los deberes de las empresas. El trabajo de José Luis Gordillo «Leviatán sin bridas» evalúa la «demolición controlada» de los límites al uso estatal de la fuerza. En él se analiza cómo algunas de las instituciones que venían limitando el uso de la fuerza por parte de los Estados han sido puestas en cuestión en lo que supone un ataque a cualquier atisbo de democracia y derechos... en nombre precisamente de la democracia y de los derechos humanos. Particularmente la recuperación de doctrinas como la de la «guerra justa» o la misma idea de «guerra contra el terrorismo» han contribuido a demoler las instituciones materiales que intentaban contener algunos de los usos más extremos de la fuerza estatal. Pero al mismo tiempo han hecho un trabajo de destrucción análogo respecto de las instituciones mentales en que se apoyaban, generando en las sociedades una conciencia de excepción que sirve para legitimar decisiones del poder para llevar a cabo guerras de agresión o para suspender selectivamente derechos que se antojaban capitales. Para ello no se ha dudado en mentir y en manipular utilizando el miedo (el terror y el terrorismo) para destruir instituciones que parecían básicas: la prohibición de la guerra como instrumento político, la universalidad de los derechos de defensa, el uso del derecho y del proceso penal –no la guerra o la venganza– como instrumento frente a los crímenes, la prohibición de la tortura, la responsabilidad de los Estados, la limitación jurídica de la

actuación discrecional y abusiva del poder... En fin, la demolición –en ocasiones selectiva, para guardar las apariencias– de una serie de instituciones jurídicas sin duda insuficientes y precarias, pero que parecían una barrera sólida en la medida en que casi nadie se atrevía seriamente a cuestionarlas abiertamente. Por eso quizá es tanto más grave la demolición de las instituciones mentales que les daban cobertura. Una vez aceptada la justificación de la «guerra preventiva», aceptado que no hay casi límites frente al enemigo –interno o externo–, aceptado que las ejecuciones extrajudiciales son una forma de «hacer justicia» (como dijo en su momento Obama coreado por casi todos), entonces se deshacen también las bases para la pervivencia de esas instituciones como instituciones jurídicas y materiales. Frente a ello, Gordillo recuerda que si las garantías jurídicas para los deberes y obligaciones de los Estados resultan suprimidas, con ellas también desaparecen las bases de cualquier atisbo de legitimidad de esos poderes. Y por eso la última garantía, ya extrajurídica, sería la resistencia popular legítima no violenta.

El capítulo de Ramón Campderrich examina la cuestión de la (deficiente) justicia transicional con relación al pasado franquista y a sus crímenes. Afrontar casos de graves injusticias y atrocidades sistemáticas cometidas en el marco de una dictadura no suele ser una tarea fácil, ni política ni conceptualmente. Pero el caso español puede ser visto, como afirma el autor, como uno de los ejemplos históricos de justicia transicional «menos intensa» que se conozcan. Que un intento tan limitado como el de la ley para la recuperación de la memoria histórica haya sido atacado de forma tan desproporcionada es muy significativo. En el trabajo se analizan y refutan los argumentos contrarios a la justicia transicional frente a los crímenes del franquismo. Muchos de esos argumentos incluso entroncan con los propias sinrazones de legitimación franquista, lo que pone de manifiesto la necesidad de una justicia transicional también en el nivel simbólico. Entre los argumentos que se manejan está el de la negación del carácter fascista del régimen, como si de esta calificación dependiese el desvelar su carácter criminal o represor. Otros de los argumentos analizados son el de la equiparación moral, política e histórica de ambos bandos de la guerra civil, o incluso –llevándolo al extremo de la indecencia el razonamiento– la justificación del golpe de estado de 1936 y de los crímenes franquistas como una forma de evitar males mayores. En la necesaria reconstrucción de una memoria colectiva sobre los crímenes del franquismo, los poderes públicos han de asumir también una serie de deberes en el ámbito jurídico.

Los siguientes capítulos confrontan la estrategia de los deberes a tres problemas como es el del género, el de la crisis ecológica y el de la eutanasia. Común a todos ellos es lo insatisfactorio del uso de la gramática de los derechos para afrontarlos de manera adecuada, por contraste con una vía más prometedora como es la de los deberes. Estos problemas constituyen por eso excelentes ejemplos de las «debilidades e insuficiencias de la estrategia de los derechos», por retomar el subtítulo del libro. El capítulo de Antonio Giménez Merino enfrenta la dificultad ya no sólo de pensar los problemas regulatorios del género mediante derechos, sino la propia dificultad de los abordajes jurídicos de la cuestión. Las desigualdades sociales reproducidas a través de relaciones de poder, han venido ofreciendo una resistencia poderosa a las tentativas jurídicas de atacarlos desde el derecho. Pero además, según analiza el autor, el énfasis en la diferencia sexual antes que en la desigualdad social –de diferentes tipos– no ha contribuido a mejorar la situación. Es nece-

sario pasar de estrategias basadas en derecho y de las basadas en discursos a las basadas en los deberes y en los poderes sociales democratizados.

El planteamiento de Pedro Mercado en el capítulo referido a la crisis ecológica habla de «derechos insostenibles». Para el autor, una de las razones por las que el derecho ambiental y los derechos del medio ambiente han resultado tan débiles es su posición subordinada, incapaz de contrarrestar significativamente el peso de unos derechos preexistentes y plenamente asentados en la lógica sistémica de un crecimiento sin conciencia de los límites ecológicos. Esos derechos preexistentes, el derecho a contaminar, el derecho a apropiarse de recursos no renovables, a extinguir especies, etc., están tan asentados en los derechos de propiedad, de libre empresa, de libre circulación de mercancías que no obstante ser estos unos «derechos insostenibles» desde el punto de vista ecológico, han mostrado una enorme capacidad de resistencia. Para el autor es necesario superar la idea del desarrollo sostenible o resignificarlo a través de las ideas de límite y de preocupación por el futuro. La traducción jurídica de estas ideas nos habría de conducir a las nociones de deberes, de responsabilidad colectiva y de definición de un estatuto jurídico de los bienes comunes ambientales.

En la tercera cuestión, la de la eutanasia, de la que se ocupa Ascensión Cambrón, se comienza evaluando la posibilidad de que sea reconocido un derecho individual a ser auxiliado para morir como forma de evitar graves padecimientos. A la aceptación social de esta aspiración habría contribuido la idea del valor de la autonomía personal. Ahora bien, si el reconocimiento jurídico del valor de la autonomía habría favorecido la consolidación de la institución del «consentimiento informado», existen todavía grandes resistencias para que se pueda también reconocer a partir de él el deber de aceptar las decisiones de las personas cuando se refieren a su propia muerte. Pero con ello lo que se está haciendo es imponer un deber inverso de vivir contra la propia voluntad, vulnerando de paso las obligaciones de los poderes públicos relativas a la aconfesionalidad. Especialmente relevante es aquí la cuestión de la objeción de conciencia, pues una mera despenalización de las conductas eutanásicas sin determinar si existe algún deber de auxiliar al que quiere morir, podría significar un derecho a una muerte digna vacío de contenido. Como sostiene la autora, sin embargo, no se trataría de la objeción de conciencia frente a un mero deber jurídico como podría ser la prestación militar, lo que no afecta directamente a derechos de otras personas, sino de una objeción de conciencia que podría comprometer el ejercicio de un derecho fundamental. En este sentido, ya no es únicamente que esa objeción de conciencia debiera ser considerada de forma restrictiva, sino que tendrían que quedar perfectamente definidos los deberes y responsabilidades respecto a quién ha de auxiliar al enfermo.

La última parte del libro se refiere a los deberes de las empresas. El capítulo de Antonio Madrid se refiere a los deberes de las empresas transnacionales. Este tipo de corporaciones ha alcanzado cuotas de poder comparables a las de muchos Estados, ya no sólo en lo que se refiere a su potencia económica sino a su capacidad para afectar a nuestras vidas. Sin embargo, los límites jurídicos a su actuación vienen fundamentalmente dados por formas de regulación débil, de cumplimiento optativo o basado en la autorregulación. En este punto la noción de Responsabilidad Social Corporativa aparece como sospechosa de ser poco más que una forma de publicidad funcional al proyecto globalizador neoliberal. Si bien la idea de la RSC parte de que además de con los *shareholders* (accionistas) las empresas tienen responsabilidad

con los *stakeholders* (personas y grupos de alguna manera afectados por la acción de la empresa), parece necesario un enorme esfuerzo de redefinición para que esta noción pueda captar el intenso trabajo que se hace necesario para un control democrático mínimo de la acción de estas empresas. También aquí la vía a adoptar habrá de notar las dificultades de las estrategias basadas en los derechos frente a estrategias basadas en obligaciones y responsabilidad de las empresas que, sin embargo, deben establecerse de tal modo que su cumplimiento no sea potestativo.

En el último capítulo, José Antonio Estévez se ocupa de la privatización de los derechos, a partir de la constatación de que las empresas aplican derecho y de que se ha producido un proceso de privatización mediante el que también crean derecho. Lo hacen, además, de una forma que afecta a los derechos de los trabajadores, de los consumidores y en general de todos, en la medida en que también afectan a la salud y al medio ambiente. Con ello no sólo se pone en cuestión el relato tradicional según el cual el derecho es creado por el legislador y aplicado por el juez. También se hace real que actores privados puedan ser responsables de violaciones de derechos análogas en su magnitud y gravedad a las de los estados. La posición jurídica de las personas afectadas por estas violaciones, es incluso más débil que la que tienen respecto a los Estados, pues los intentos de definir en este ámbito una ciudadanía en alguna medida análoga a la ciudadanía política, se han ido saldando de forma insatisfactoria. En todo caso, el autor muestra como la privatización de los derechos ha venido favoreciendo su vaciamiento: ya sea en la regulación de los derechos de los trabajadores o la protección ambiental, bien sea mediante la autorregulación o las formas privadas de resolución de conflictos, todas ellas han contribuido a favorecer la posición con mayor poder de negociación. Por ello se hace necesario revertir esta privatización, lo cual, sin embargo, no puede consistir en volver a entregar sin más su custodia al Estado. Y esta, última es una lección que tiene carácter general como se insiste a lo largo de todo el libro.

Carlos LEMA AÑÓN
Universidad Carlos III de Madrid

GARCÍA AÑÓN, José y RUIZ SANZ, Mario (ed.): *Discriminación racial y étnica. Balance de la aplicación y eficacia de las garantías normativas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, 519 pp.

Hace escasamente una década Miguel Pajares advertía que el tema de la discriminación racial y étnica iba a ir adquiriendo en España mayor protagonismo. La razón aducida era intachable: es muy probable que aquellos que se oponen a la llegada de inmigrantes extranjeros, luego rechacen que éstos residan de manera permanente. Al hacer esa afirmación, no quería negar que esa animadversión hacia el inmigrante extranjero supusiera de por sí una forma de discriminación racial y étnica. Más bien, lo que quería resaltar era que los prejuicios xenófobos y racistas se mostrarían más diáfananamente cuando se planteara la cuestión de cómo articular las relaciones interculturales en una sociedad cada vez más consciente de su composición multicultural. De aquel comentario pudiera parecer, también, que el racismo en nuestro país haya surgido recientemente, a lo sumo con la inversión de los flujos de migración y la conversión de España en un país receptor de migrantes. Pero, evidentemente, no es el caso, ni es lo que Pajares pretendía afirmar. En realidad, el racismo en España hunde sus raíces bastantes siglos atrás, tal y como pone de manifiesto, por ejemplo, la persistente denostación y persecución de la comunidad gitana. El comentario adquiere pleno sentido cuando se tiene en cuenta que ha sido básicamente con la constatación de la proliferación de prejuicios hacia esa inmigración extranjera que también se han visibilizado aquellos prejuicios pretéritos. El libro *Discriminación racial y étnica*, editado por José García y Mario Ruiz, supone una valiosa contribución a esa visibilización y toma de conciencia, más si se tiene en cuenta el punto de vista particular desde el cual se ha realizado, a saber, el de los agentes que intervienen en el diseño, la aprobación y la implementación de la normativa dirigida a hacer frente a la discriminación racial y étnica. Este enfoque permite incidir en uno de los aspectos que caracterizan hoy en día el fenómeno de la discriminación étnica y racial: la persistencia del racismo en sociedades que formalmente lo rechazan. Dicho de otra manera, los mismos agentes que combaten esas manifestaciones discriminatorias están imbuidos, aunque sea de manera inconsciente, de esos mismos prejuicios que tratan de erradicar. La particular posición de esos agentes posibilita, pues, mostrar la multiplicidad y complejidad de facetas que giran en torno a la cuestión de la discriminación racial y étnica en la actualidad. Por un lado, se encuentran las manifestaciones de odio hacia determinadas comunidades étnicas o raciales que se persiguen erradicar. Por otro, la no visibilización de los propios prejuicios por parte de bastantes de esos agentes implicados en esa lucha se traduce en un desconocimiento y/o un desinterés, lo que repercute muy negativamente en la eficacia de esas medidas antidiscriminatorias. Complicando aún más las cosas, todo ello se conjuga con la preocupación por el carácter restrictivo sobre algunos derechos fundamentales de los instrumentos jurídicos que se impulsan desde el ámbito penal.

El libro se estructura en cuatro partes bastante bien diferenciadas, de forma que en conjunto se abarca cada uno de esos aspectos. En la primera parte, se ofrece una visión general de las políticas y la regulación jurídica en materia de lucha contra la discriminación racial y étnica por parte de las instituciones internacionales que mayor impacto tienen sobre el Estado español, la ONU, el Consejo de Europa y la Unión Europea, así como un visión com-

parativa con otros países de nuestro entorno. Los ambiciosos objetivos de la ONU y la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia se han diluido ante las reticencias y/o el insuficiente de compromiso de la Unión Europea y los Estados. La segunda parte aborda la dimensión penal de la normativa antidiscriminatoria, seguramente la más polémica de todas, tanto por su carácter invasivo, como básicamente simbólico. La tercera parte indaga en la discriminación racial y étnica que tendría lugar en el seno de las instituciones que tienen entre sus funciones combatirla, en particular los tribunales de justicia y la policía. Finalmente, la última parte se dedica a la cuestión de la eficacia de la normativa antidiscriminatoria.

Francina Esteve da inicio a la primera parte examinando la normativa de la Unión Europea en materia de lucha contra la discriminación racial y evalúa su transposición en tres países con escasa tradición en ese ámbito, como son Francia, Italia y España. En lo que respecta a la Unión Europea, las primeras tentativas estuvieron marcadas o por el escaso interés, o por la preocupación por las repercusiones económicas y políticas que la adopción de ese tipo de medidas pudieran traer consigo. La integración en Austria de un partido de extrema-derecha en la coalición de gobierno hizo dejar a un lado esas iniciales reticencias. En breve plazo, a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea recientemente aprobada se sumaron dos directivas, todo lo cual conformaría el núcleo esencial del marco jurídico. Esa normativa incluye la lucha contra la discriminación directa, indirecta, el acoso y la orden de discriminar, así como la constitución de organismos especializados que visibilicen el problema y ofrezcan protección a las víctimas, pero se inhibe completamente respecto a la posible discriminación indirecta ejercida en función de la nacionalidad, dejando la regulación de este aspecto tan sensible y relevante a la plena discreción de cada uno de los Estados. El balance de la transposición de las dos Directivas resultaría ambivalente. Si, por un lado, habría propiciado avances, sobre todo en el terreno normativo, que se pueden considerar importantes dado el punto desde el cual partían esos países, no es menos cierto que esa transposición en general ha sido de mínimos y que su impacto real ha sido nimio, apuntándose como un factor destacado la escasa voluntad política por dotar de recursos, capacidad de actuación e independencia a los organismos especializados que la Directiva exigía crear. La grata excepción a ese desinterés habría sido la creación del HALDE en Francia, organismo que sí habría cumplido una función reseñable. Lamentablemente, en 2011 ese organismo fue fusionado con otros, lo cual ha conducido a una disolución de su capacidad de actuación y a una pérdida de independencia.

Lucía Casado expone de manera sintética y lúcida la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en materia de discriminación racial, étnica y por nacionalidad, o, lo que es lo mismo, del artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Primeramente, introduce brevemente la manera cómo se articula la protección contra esas formas de discriminación en el CEDH, poniendo de relieve el elemento más distintivo, la accesoriadad de su invocación. La accesoriadad del artículo 14 significa que éste sólo puede ser invocado en conexión con otro derecho protegido por el Convenio, y no de manera independiente. Pero, seguidamente, resalta los cambios que por vía de la propia jurisprudencia del Tribunal se han producido en este aspecto, así como los incorporados por vía del reciente Protocolo adicional núm. 12, cambios en ambos casos que se encaminan a conferir una mayor autonomía a la garantía de la prohibición de discriminar respecto a los derechos recogidos en el CEDH. La sentencias comentadas las ordena

por materias, clasificación que luego en las conclusiones aparece oportuna para mostrar las divergencias e incoherencias del tribunal y también los campos en que la doctrina más ha evolucionado. En lo que estrictamente se refiere al artículo 14, de su examen concluye que es en los casos de violencia racista por parte de las autoridades policiales y en la discriminación racial en relación al ejercicio del derecho de educación donde más se ha avanzado, avances que, a su vez, son la causa de la aparición de incongruencias con la posición mantenida en otras materias donde los mismos no se han producido. Los dos sentencias que dan un giro en el criterio jurisprudencial son el *Caso Nachova y otros contra Bulgaria* (2005) y la sentencia de la Gran Sala en el *Caso D. H. y otros contra República checa* respectivamente. Las modificaciones atañerían fundamentalmente al nivel de exigencia requerido y la carga de la prueba, aspectos por otro lado interrelacionados. Así, el tribunal ha fluctuado desde la exigencia de probar «más allá de toda duda razonable» hacia la inversión de la carga de la prueba y el acotamiento del margen de apreciación de los Estados una vez el demandante ha aportado indicios suficientes para presumir que ha habido discriminación. Estos cambios han atenuado los efectos negativos de uno de los puntos más criticados, a saber, que quien debía probar carecía de la capacidad para obtener la información necesaria, la cual se hallaba normalmente en manos de la parte demandada, el Estado.

Si los dos trabajos anteriores se centran cada uno en el ámbito legislativo y jurisprudencial, Ángeles Galiana cierra la primera parte del libro con un estudio de los dos organismos internacionales más relevantes en lo que se refiere a la promoción de la lucha contra el racismo: la Comisión para la Erradicación de la Discriminación Racial (CERD) en tanto que organismo especializado de las Naciones Unidas, y la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), el cual se integra dentro del Consejo de Europa. En primer lugar, procede a caracterizar los objetivos y funciones de esos organismos en el marco de sus respectivas organizaciones, destacando que el desarrollo de su labor tiene lugar mediante la elaboración de informes, observaciones y recomendaciones, esto es, textos jurídicos no vinculantes pero con capacidad de presión política. Seguidamente, pasa a comentar los diversos informes que esas dos organizaciones han emitido sobre España, informes a través de los cuales examina la evolución de las medidas adoptadas por nuestro país. Sintéticamente, la conclusión a la que llega es que si bien España ha llevado a cabo importantes reformas legislativas en esta materia, cumpliendo de esa forma con sus compromisos internacionales, la aplicación de esa normativa por parte de los tribunales y fuerzas de seguridad adolece de efectividad, poniendo de manifiesto la falta de sensibilización institucional y social.

Las tres aportaciones de la segunda parte son una clara muestra de la viva controversia y las discrepancias que genera la utilización del Derecho penal como medio para combatir la discriminación por razón de la raza, la etnia y la nacionalidad. El adelantamiento del castigo que supone tipificar la negación del Holocausto, la provocación del odio racial o la difusión de ideologías racistas y en contra del principio de *ultima ratio* que informa a ese campo del Derecho, así como su carácter más simbólico que efectivo son los puntos más candentes, pero que se entrelazan con otros más técnicos y abstractos acerca del bien jurídico que se estaría protegiendo, los sujetos activos y pasivos, la vaguedad en la determinación del hecho, el problema de la prueba de la motivación, etc. A todo ello se añade la obligación de los Estados firmantes, como es el caso de España, de la Convención Internacional para la

Eliminación de Toda Forma de Discriminación Racial (1966) de adoptar medidas penales. Mientras Emiliano Borja se posiciona en favor de un fuerte intervencionismo y, por ende, del alcance de la normativa vigente, Javier Guardiola y Pastora García se muestran críticos, pero cada uno con su propio enfoque.

Emiliano Borja considera justificado el uso extensivo del Derecho penal que, muy especialmente, se lleva a cabo en países europeos en materia de lucha contra la discriminación racial y étnica. A su entender, lo que explicaría y justificaría esa expansividad sería el temor y peligro a una repetición de las nefastas experiencias de regímenes fascistas y nacionalsocialistas ante la ya no tan reciente reaparición de organizaciones de extrema-derecha en ese continente. Su argumento se dirige, pues, a determinar los factores que habrían propiciado ese resurgimiento y las conexiones con épocas pasadas. La llegada ininterrumpida de inmigrantes no-europeos, la cual fue bienvenida durante las décadas de fuerte crecimiento económico industrial posterior a la Segunda Guerra Mundial, la crisis económica, la caída del Muro y los nuevos flujos resultantes del este hacia el oeste, el debilitamiento del Estado del bienestar, el incremento del número de solicitantes de asilo y refugiados como efecto de las guerras de los Balcanes y otros conflictos acontecidos fuera de Europa, son algunos de los factores señalados. Todo lo anterior ha propiciado el caldo de cultivo adecuado para la criminalización de la inmigración extranjera. Pero ese ambiente enrarecido ha provocado también el reavivamiento de odios pretéritos que alimentan un racismo endógeno, como es el caso del secular antisemitismo o del movimiento nacionalista del norte de Italia respecto a sus compatriotas del sur. Fijado el contexto en el cual se inscriben las normativas penales europeas, este autor pasa a examinar y dar respuesta a las diferentes objeciones que se plantean al extenso uso de medios punitivos, en particular aquellas que cuestionan el adelantamiento de la pena que supone castigar conductas como la provocación al odio o la difusión de ideas racistas.

Sin negar la necesidad de una legislación penal que afronte la cuestión de la discriminación en general, y la discriminación racial y étnica en particular, Javier Guardiola cuestiona los motivos de aquellos que, como Borja, defienden un uso amplio de esa legislación, no sólo en lo que respecta a la fundamentación misma, o dicho de otra manera, en la determinación del bien jurídico protegido, sino también en lo que toca a la necesidad y conveniencia de una legislación que, por su configuración actual, resulta inefectiva y mayormente simbólica. En primer lugar, su interés se dirige a establecer qué se tiene que entender por discriminar. En este punto, discriminar lo define como una desigualdad reglada (no arbitraria), de carácter negativo y que, además, resulta inaceptable en base a la idea que se compartida que se tiene de justicia. Lo que está afirmando con esa definición es que no todas las desigualdades resultan discriminatorias, sino sólo aquellas que atienden a una serie de criterios reglados y se consideren negativas (como el género, la raza, la etnia, etc.), pero que, además, resulten potencialmente lesivas de manera cualificada en base a los precedentes sociohistóricos. En consecuencia, puede que no se haya respetado el principio de igualdad, pero que aún así no quepa hablar de discriminación. En base a esa definición, critica tres líneas argumentales que se han diseñado para dar cuenta de cuando cabe hablar propiamente de trato desigual discriminatorio y que se emplean para legitimar la actual regulación penal antidiscriminatoria. Una primera línea apunta a que esa regulación va dirigida a la protección de sujetos vulnerables, quienes normalmente

son las víctimas de la discriminación. Pero esta opción plantea serios problemas cuando se trata de concretar caso por caso quienes deben caer dentro de esa categoría. El segundo argumento justifica la intervención penal en base a la motivación especialmente odiosa que subyace tras las conductas discriminatorias, argumento al cual se le pueden achacar los mismos problemas probatorios. Pero, en ambos casos, además sostiene que ni la situación de vulnerabilidad ni la motivación añaden un plus de lesión de la dignidad de la víctima que justifique un tipo penal independiente, sin perjuicio que puedan ser tenidos como agravantes de conductas tipificadas en el Código penal. Un tercer argumento aduce la conveniencia de proteger a los grupos minoritarios. Pero esa conveniencia no sólo sería cuestionable en sí misma, sino que además, esa atención prestada al colectivo provoca que la importancia del perjuicio sufrida por la víctima individual se diluya. Pero, bien al contrario, debería ser el grupo lo protegido mediatamente a través de la tutela de personas concretas. Descartada la protección de un colectivo en concreto, finalmente sostiene que los delitos de discriminación suponen un peligro para la comunidad política en general, siendo ese el fundamento que debe inspirar y justificar la regulación penal antidiscriminatoria. Pero, para poner coto a posibles inclinaciones expansionistas, exige que en algunos supuestos tenga que concurrir una afectación de bienes jurídicos individuales para que el trato discriminatorio posea relevancia penal.

En la misma línea que Javier Guardiola, Pastora García reconoce que el Derecho penal debe jugar un papel importante en la lucha de las conductas discriminatorias, concretamente de aquellas manifestaciones más graves, sin perjuicio de acabar valorando negativamente la regulación actual, tanto porque la desmesura de su recurso, como por su ineficacia. Por contra, para esta autora, el bien jurídico protegido en la legislación penal antidiscriminatoria el derecho a no ser discriminado, lo que equipara al derecho de toda persona a recibir el trato que le corresponde por ley. A la luz del bien jurídico protegido, su valoración acerca de la regulación vigente no puede ser sino negativa: la redacción de los tipos penales es claramente defectuosa, condenándola a la ineficacia y relegándola a una función meramente simbólica que puede derivar en consecuencias contraproducentes de impunidad y fomento de esas conductas discriminatorias que se pretenden combatir. Algunos de los defectos podrían paliarse mediante una interpretación de los preceptos en base al bien jurídico protegido. Por ejemplo, la expresión «por razón de» o «por motivo de» no debería interpretarse como una exigencia de un determinado ánimo o voluntad, pues lo que se busca castigar es el trato discriminatorio. Cuando se habla de discriminación racial, en realidad se está haciendo referencia a un concepto más amplio como es el de discriminación étnica. En cuanto a la discriminación en función de la nacionalidad, conviene tener en cuenta el régimen jurídico legalmente establecido, pues a éstos lo que se les garantiza es la igual de trato respecto a los nacionales en aquellos derechos «innatos» (los indispensables para garantizar la dignidad humana) o que la ley les reconoce, y sólo en éstos. Pero las críticas más contundentes se dirigen contra la vulneración del principio de mínima intervención que informa al Derecho penal y que es de más difícil solución. A los solapamientos como consecuencia de la tipificación de conductas discriminatorias en el ámbito laboral ya sancionadas por vía administrativa, se añade la difícil reconducción de los «delitos clima», esto es, de aquellos delitos en que de manera vaga y genérica se condena la provocación o la incitación al odio, o las asociaciones cuya razón de ser sea esa.

Si en las dos primeras partes se expone el marco institucional, normativo y jurisprudencial de las políticas dirigidas a combatir la discriminación étnica y racial, la tercera parte da un vuelco sustancial. El interés se dirige ahora hacia lo que se denomina «racismo institucional», dicho brevemente, el trato o las consecuencias discriminatorias sufrido por determinados grupos étnicos y raciales producto de ese mismo marco jurídico. En otras palabras, ahora lo que se cuestiona ya no es la pertinencia de los instrumentos jurídicos creados para combatir la discriminación racial existente en la sociedad, sino si la aplicación de esos mismos instrumentos, los cuales formalmente responden a valores igualitarios, pueden dar cobertura a prácticas o producir consecuencias discriminatorias.

El texto de Salvador Camarena se divide en dos partes distintas. En la primera, continúa con la controversia acerca del Derecho penal discriminatorio, apostando en favor del principio de mínima intervención y del uso de políticas de preferencia, pero acotadas a su ámbito legítimo. Como referencia a seguir, recurre a la historia de la lucha contra la discriminación racial en los Estados Unidos de América. En este país, los esfuerzos se habrían dirigido a erradicar la segregación racial y a implementar políticas de preferencia que pongan fin a las situaciones de subordinación que sufren las minorías étnicas y raciales; en otras palabras, no se ha recurrido al Derecho penal, sino a políticas proactivas que promueven el trato igualitario en las diversas esferas que conforman la vida social. El error de países como España radicaría en haber introducido esas políticas de preferencia en el ámbito del Derecho penal, introducción que deviene injustificable en tanto en cuanto contraviene el principio de presunción de inocencia. Esto sería así porque en las políticas de preferencia se presupone que concurre trato discriminatorio si no se prueba lo contrario, o lo que es lo mismo, a la inversión de la carga de la prueba, presunción que se sustenta sobre la creencia de la operatividad de formas de racismo estructural y/o inconsciente. En el último apartado, su preocupación gira hacia la probable vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y las consecuencias discriminatorias que puede, y suele, provocar una inadecuada aplicación del derecho a ser asistido de intérprete en los procesos judiciales por aquellas personas que desconocen el idioma, normalmente extranjeros, aconsejando una mejor formación de jueces, abogados e intérpretes que garanticen su pleno disfrute y contribuya a una efectiva igualdad de trato.

El interés de Ricardo Juan se centra en las consecuencias discriminatorias que, a su entender, trae consigo la ruptura de la uniformidad estatal en el procedimiento de la acción popular como consecuencia de la introducción de variantes autonómicas que expanden la legitimación activa a sus respectivos gobiernos autonómicos. De esta forma, los efectos discriminatorios serían el producto, no del contenido de la regulación, sino de las desigualdades de trato que genera esa multiplicidad de regulaciones procesales. Su postura la expone a partir del caso concreto de la legitimación dada por STC a la Generalitat de la Comunitat Valenciana para legislar sobre aspectos procesales, en concreto, la habilitación para presentarse como acusación popular al gobierno de esa comunidad autónoma en los casos de violencia de género. En principio, la Constitución Española reserva la competencia sobre la normativa procesal en exclusividad para el Estado, salvo que haya alguna norma autonómica sustancial que requiera la introducción de alguna especialidad. Esa exclusividad sería garantía de la debida igualdad entre ciudadanos en lo que a su capacidad para hacer valer sus derechos ante los tribunales se refiere. En otras palabras, si el derecho procesal estatal sirve, entonces no está justifica-

da la existencia de normas autonómicas procesales específicas, pues lo contrario atentaría contra la igualdad de todos los españoles al disponer algunos territorios de mecanismos adicionales en comparación con otros territorios.

El meollo del racismo institucional radica en la puesta en cuestión de la teórica neutralidad con que los poderes públicos actuarían. Las investigaciones actuales encaminadas en esa dirección se centran principalmente en dos aspectos: en primer lugar, la utilización de perfiles racializados por parte de las administraciones públicas, muy especialmente los cuerpos y fuerzas de seguridad, pero que se consideran racialmente neutrales y no discriminatorios porque cumplirían con objetivos legítimos de Estados democráticos y de Derecho; en segundo lugar, las consecuencias discriminatorias de leyes que no se sirven de distinciones racializadas y, en ese sentido, son neutras, ajustándose formalmente al principio de igualdad jurídica. José García y Mario Ruiz son quienes se encargan de abordar esos dos aspectos.

José García plantea la cuestión de la neutralidad en la no consideración como discriminatorio del uso de la raza o la etnia en tanto que medio para cumplir con los fines legítimos que la policía tiene atribuidos, y ello a pesar de la prohibición expresa de discriminar en base a la raza o la etnia. Esa racialización hallaría, pues, una doble justificación: en primer lugar, la adecuación del medio respecto a un fin legítimo; en segundo lugar, el hecho mismo de que el fin perseguido se tenga por legítimo en el sentido de que no contraviene la prohibición de discriminación. En otras palabras, la racialización del perfil se justificaría por la admisión de una correlación estadística entre determinados ilícitos y un determinado perfil étnico; y por el hecho de que la persecución de ilícitos penales o administrativos es un fin loable y legítimo y que, en consecuencia, la diferenciación entre infractores y no infractores no es discriminatoria. Situada la cuestión, José García dedica el resto de su escrito a reeditar esas tres fuentes de legitimación. En contra de la suposición de que la racialización sea un medio adecuado y razonable, sostiene que ese criterio resulta, al mismo tiempo, supra-representativo, pues hay personas de esas razas o etnias que no son infractores, e infra-representativo, dado que hay infractores que no responden a los perfiles raciales/étnicos fijados. Todo ello tiene, por un lado, consecuencias discriminatorias, ya que se criminaliza de antemano a aquellas personas no infractoras que se ajustan a los perfiles raciales fijados, lo cual contribuye además a la proliferación de prejuicios, y, por el otro, conduce a una pérdida de eficacia, pues favorece la impunidad de las infracciones cometidas por quienes no responden a ninguno de los perfiles raciales fijados y resulta en una sobre-inculpación de aquellos que sí se ajustan. En lo que toca al examen de la legitimidad del fin, su interés se dirige hacia el examen de la jurisprudencia del TEDH y del TC en lo relativo al principio de igualdad formal. En este punto, este autor considera que la equivocación de ambos tribunales radica en que no tienen en cuenta las consideraciones anteriores y siguen admitiendo que la racialización del perfil es un medio adecuado para la persecución del fin legítimo de perseguir ilícitos. El TEDH ha fundamentado su posición apelando al margen de apreciación de que gozan los Estados, si bien es cierto que se han producido recientes cambios significativos en este punto. El TC, en cambio, ha acotado el margen de discrecionalidad y, por ende, sometido a examen la razonabilidad de esa racialización de los perfiles; lo que sucede es que ha dado por buenas aquellas correlaciones estadísticas entre tipo de infracción y perfil racial. Aunque por métodos distintos, esos tribunales han validado las distin-

ciones basadas en perfiles raciales sobre la justificación de la diferenciación entre infractor y no infractor.

Mario Ruíz disecciona la lógica subyacente en la jurisprudencia tanto del TC, como del TEDH, a partir del análisis de la fundamentación jurídica desarrollada en las sentencias dictadas por esos tribunales al hilo de un caso concreto en que se planteaba la concesión de una pensión de viudedad de una mujer gitana casada conforme al rito de su comunidad. Aunque cada uno de esos Tribunales resolviera de manera antitética, el TC desestimando la concesión de la prestación al considerar que no ha habido trato discriminatorio y el TEDH estimándola por llegar a la conclusión opuesta, el trasfondo último en ambos razonamientos habría sido muy similar. El meollo se halla en que la noción de discriminación que ambos tribunales barajan tiene en consideración exclusivamente el principio genérico de igualdad recogido en el primer inciso del artículo 14 CE, pero no la prohibición de discriminación mencionado en el segundo inciso de ese mismo artículo. Dicho de otra manera, para esos tribunales discriminar equivale a tratar diferente lo que es igual, no admitiendo la posibilidad de que también pueda consistir en tratar igual lo que es diferente. De ahí ambos tribunales coinciden en sostener que la ley matrimonial española no es discriminatoria, pues toda persona sin distinción alguna de raza o etnia puede contraer matrimonio civil. Una vez establecido lo anterior, el TC desestima la demanda en tanto en cuanto la prestación de viudedad depende de la validez del matrimonio. En cambio, el TEDH estima la demanda, pero no porque le otorgue validez al matrimonio gitano, sino porque el TC en otros casos de matrimonios de buena fe sí ha reconocido el derecho a la prestación de viudedad. Es decir, el problema no radica en que la ley española sea discriminatoria al no admitir la validez del matrimonio gitano, sino en que el TC ha aplicado esa ley de manera diferente. A pesar de no haber detectado discriminación alguna, curiosamente ambos tribunales acaban recomendando al legislador español que sea sensible a las costumbres y usos de la comunidad gitana y le reconozca validez a los matrimonios contraídos conforme a sus ritos. Para finalizar, este autor plantea una serie de interesantes reflexiones en torno a las prácticas discriminatorias que se dan dentro de la comunidad gitana, y si las mismas deben ser un impedimento para el reconocimiento de su validez.

La cuarta y última parte se dedica al estudio de la eficacia de la normativa española antidiscriminatoria en su conjunto, esto es, al impacto sobre la realidad social e institucional a la hora de reducir y hacer frente a los tratos discriminatorios. El tono común de las evaluaciones de los diversos trabajos es más bien negativo. De ahí que ese estudio se complemente bien con la exposición de casos, bien con la detección de los factores que causarían dicha ineficacia y la propuesta de soluciones.

Pablo Miravet abre esta última parte del libro presentando los resultados de una investigación en torno a la eficacia de las garantías normativas penales frente a la discriminación racial y étnica en la Comunidad valenciana. Antes de entrar a exponer los resultados de esa investigación, se dedica primeramente a aclarar las distintas dimensiones que componen la «eficacia» normativa, aclaración conceptual que resulta útil no sólo para situar el objeto de estudio de su investigación, sino también el del resto de trabajos que se van a exponer en este último apartado. En primer lugar, distingue entre eficacia-interna o jurídica, y eficacia externa o sociológica. Dentro de la eficacia-externa diferencia además entre eficacia-cumplimiento (sobre si la norma se cumple), eficacia-aplicación (en caso de no cumplimiento, sobre si se deman-

da la aplicación y sobre si se aplica la norma y, por ende, la sanción), y efectividad o eficacia-éxito (sobre si la norma consigue los fines propuestos, en este caso, reducir las conductas discriminatorias). Sobre la eficacia-cumplimiento, constata las dificultades para su determinación ante la falta de datos oficiales fiables. De esta forma, las únicas fuentes disponibles son los informes elaborados por organizaciones de la sociedad civil. En lo que respecta a la eficacia en la demanda de aplicación, ésta es realmente mínima a la luz de la diferencia entre los casos de discriminación racial y su posterior procesamiento judicial como tales, por lo que pasa a analizar los factores de tan acentuada ineficacia, punto éste en el que posteriormente vuelven a incidir todos los autores que intervienen en esta parte. La ineficacia de la aplicación normativa propiamente no la achaca a una predisposición negativa de los jueces, sino a problemas de racionalidad de la normativa penal antidiscriminatoria. Todas las anteriores ineficacias se conjugan en la ineffectividad o ineficacia-éxito, en tanto que objetivo último perseguido por la normativa antidiscriminatoria. Por todo lo anterior, Miravet concluye calificando la normativa antidiscriminatoria nuevamente de legislación meramente simbólica.

Tras una extensa exposición, con indudable valor recopilatorio, llevada a cabo por Pablo Miravet y Pablo Ceriani de los asuntos tramitados ante tribunales del orden penal relacionados con la discriminación racial y étnica, particularmente aquellos sucedidos en Cataluña y la Comunidad valenciana, Viviana Waisman presenta las conclusiones de la investigación emprendida por varias ONG's y recogida bajo la denominación de «proyecto ACODI». El interés de la investigación se halla en estudiar la eficacia de la normativa antidiscriminatoria en función de la percepción que víctimas y funcionarios públicos tienen unos respecto de los otros. En esta dirección, la conclusión más significativa se halla en que las víctimas de actos discriminatorios perciben a las administraciones públicas más como un obstáculo, que como un recurso disponible en caso de sufrir alguna ofensa. Una causa fundamental de ese sentimiento tiene que ver con que la mayoría de agresiones las realizan los mismos agentes públicos. El problema se agrava especialmente en el caso de los inmigrantes en situación irregular, que son quienes más sufren esas agresiones y quienes menos denuncian por miedo a que se les incoe un procedimiento de expulsión en caso de acudir a presentar una denuncia. En conjunción con otros tantos factores, Waisman constata el bajísimo índice de denuncias en relación al número de casos denunciados, lo cual concuerda con las apreciaciones anteriormente expuestas por Pablo Miravet.

Una de las conclusiones a la que llegan los estudios mencionados es la de la escasa eficacia en la aplicación de la normativa discriminatoria: ni abogados, ni fiscales, ni jueces, cada uno por motivos distintos, en pocas ocasiones la invocan y, cuando lo hacen, los jueces mayormente tienden a desestimar su concurrencia. Pablo Ceriani sitúa el problema de esa ineficacia en el desconocimiento de la normativa y la jurisprudencia internacional en esta materia, tanto por parte de fiscales como de jueces. A esa conclusión le conduce el hecho de que en la mayoría de casos objeto de estudio no hay mención alguna de la normativa, las recomendaciones o la jurisprudencia de organismos internacionales en esa materia, de manera que la jurisprudencia internacional referida no se ajusta al caso y acaba sirviendo para fundamentar una interpretación frontalmente opuesta, o incluso se cita jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense, la cual carece de toda relevancia jurídica, con iguales resultados. Ese desconocimiento va unido a una falta de interés y sensibilidad hacia los fenómenos de discriminación racial y étnica que conducen a

que tanto fiscales como jueces no se preocupen en investigar a fondo, hecho que tendría consecuencias especialmente onerosas en aquellos casos difíciles en que hay que determinar si hubo motivación racista.

Como se viene comentando repetidamente, dos de los puntos en que se hace mayor hincapié son el de la enorme desproporción entre el número de sucesos que podrían ser tildados de racistas y el volumen de procesos judiciales en que se aplica la normativa antidiscriminatoria, así como el de la práctica ausencia de datos oficiales sobre el fenómeno racista, vacío sólo cubierto parcialmente por algunas ONGs como consecuencia de las inevitables limitaciones que éstas padecen. Pablo Ceriani relata algunos de los casos recogidos por esas ONG como botón de muestra de esa realidad cotidiana, aunque casi imperceptible. Finalmente, Sara Verdú cierra esta cuarta y última parte enfatizando de nuevo las trabas existentes para una aplicación eficaz de la normativa antidiscriminatoria. Además de lo expuesto por los autores que le han precedido, pone también de relieve que ese desconocimiento de la normativa afecta a las propias víctimas, las cuales en muchas ocasiones han normalizado ese trato discriminatorio que padecen y ni siquiera se sienten víctimas, lo que redundaría en el escaso número de denuncias. Para finalizar, lanza un elenco de propuestas dirigidas a paliar y resolver los problemas detectados, y donde la sensibilización y la formación de todas las partes implicadas juegan un papel destacado.

Juan Ramón FALLADA GARCÍA-VALLE
Universitat Rovira i Virgili

GARRIDO GÓMEZ, M.^a Isabel (ed.): *El derecho humano al desarrollo*, Madrid, Tecnos, 2013, 310 pp.¹

Cuando, en el Occidente del XXI, la sedimentación de «La Dialéctica de la Ilustración» (Horkheimer 1944) y de los imaginarios *cyberpunk* ha arrinconado el mito del progreso en cotos de ingenuidad, el acceso al desarrollo sigue apareciendo como una síntesis de los derechos humanos en la mayoría de los Estados. Así y conforme se globaliza la pobreza, el derecho humano al desarrollo, materia clásica de otras latitudes y de Estados de Derecho por apuntalar, resuena en el presente de la Filosofía del Derecho española más cercano, toda vez que se está comprobando en cartera de derechos propia el estrecho vínculo entre la evolución de los indicadores macroeconómicos, las políticas de distribución y la eficacia de los derechos humanos de toda generación.

El libro hace honor a esta actualidad local del derecho al desarrollo desde una perspectiva global. Amén de fruto directo de sus autores/as, el libro se encuadra en el programa Consolider Ingenio 2010 «El tiempo de los derechos» (HURI-AGE). Como es bien sabido, se trata de un proyecto de notable envergadura dentro de nuestra investigación iusfilosófica dedicado a los derechos humanos. Dentro de este programa, que abarca doce grupos de investigación de diferentes universidades españolas, con un total de más de 80 investigadores, la selección de los capítulos cumple los objetivos de interdisciplinariedad metodológica y calidad en la investigación sobre derechos humanos.

Sin embargo, es evidente que el derecho al desarrollo no cuenta con el estatuto consolidado y la definición propia de otros derechos formulados antes, de manera que la primera parte del libro se dirige a aclarar estas cuestiones. En resumen, las apelaciones al desarrollo como derecho se generalizan en el escenario geopolítico de los setenta dentro de un conjunto de derechos denominados de *tercera generación* o derechos de *solidaridad*, en contraste con las generaciones anteriores articuladas sobre las nociones de *libertad* primero e *igualdad* después. Entre estos derechos se incluyen el derecho al medio ambiente, a la paz, a disfrutar del patrimonio común de la humanidad y el de la asistencia humanitaria.

A partir de esta contextualización, se desgranar los principales elementos del derecho. En general, el derecho al desarrollo se caracteriza como un derecho-síntesis, que integra así el conjunto de los derechos humanos. En la línea de la definición del Plan de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) de 1989, el respeto a este derecho descartaría seguir líneas de desarrollo contrarias al interés y las necesidades de las personas en materia de educación, salud, vivienda y protección de los derechos humanos (un desarrollo *centrado en los pueblos*) y por tanto fortalecería una definición del desarrollo que sería opuesta a la predominante en nuestra modernidad. De hecho, a la luz de la Declaración del Derecho al Desarrollo² y sus desarrollos posteriores³, éste debería priorizar la *participación* y la *sostenibilidad*. En tal sentido, son

¹ Esta reseña se incluye en el proyecto Consolider-Ingenio 2010 (CSD 2008-00007) «El tiempo de los derechos».

² Adoptada por la Asamblea General en su resolución 41/128 de 1986.

³ En particular, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, adoptada en la Cumbre de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en la ciudad de Río de Janeiro, Brasil, en junio de 1992.

muy interesantes los elementos del desarrollo que enfatiza Pérez Rey y que se han buscado estandarizar con el Índice de Desarrollo Humano del PNUD. Éste incluye, al menos, cuatro elementos ausentes en la noción moderna y extractiva de *desarrollo*. Primero, el grado de igualdad de una sociedad, lo que impone prestar atención más que al ingreso per cápita, a su distribución. Segundo, el nivel de bienestar de la población, así como, tercero, el vínculo que el desarrollo tiene con el medio ambiente, de modo que se descentra la evolución del PIB como indicador hegemónico en la consideración del desarrollo de los pueblos. Y cuarto, la relevancia de una democracia igualitaria y efectiva como indicador de desarrollo.

La muy extendida aceptación de estos elementos desde una perspectiva filosófico-política no obsta para que resulte polémico el estatuto jurídico de un pretendido derecho humano al desarrollo. Gómez Isa dedica su capítulo a esta cuestión y muestra un consenso internacional incompleto respecto a los documentos que reconocen este derecho de forma expresa y general (como la Declaración sobre el Derecho Humano al Desarrollo de 1986), mientras que cada vez son más numerosos los documentos regionales⁴ y las conferencias sectoriales en que se reconoce este derecho. Aunque cierta doctrina iusinternacionalista (Chueca 1998) sugiere que ya es posible deducir el reconocimiento de este derecho de distintos documentos convencionales internacionales⁵, Gómez Isa admite que la mayor parte de la doctrina lo considera un derecho en vías de positivación pero no consolidado.

La variedad de visiones sobre este derecho al desarrollo que aparecen en los capítulos de la primera parte del libro son el reflejo de la ausencia de un consenso cerrado sobre la naturaleza, los elementos, el reconocimiento y la exigibilidad de tal derecho. Así, estos primeros capítulos tienen como un tema principal el abordaje de determinados puntos calientes en la formulación del derecho, respecto al que su misma justificación aparece como un asunto polémico. Llano Alonso lo vincula a una justificación liberal y neokantiana, compartida con la formulación histórica de los primeros derechos humanos. Sin ser ajena a esta base, Garrido Gómez prioriza la dignidad como una noción básica en la justificación y en la formulación del derecho, pero donde ésta tiene una caracterización dinámica, sistematizadora de los demás derechos y fruto de una elaboración colectiva histórica. Sin embargo, Gómez Isa tampoco esconde que los derechos de tercera generación, en los que se inscribe el derecho al desarrollo, han sido también criticados por descentrar el foco del esfuerzo político que exigía la efectividad de los derechos de las «generaciones anteriores»; proyecto muy incompleto en los Estados donde se reclamaba con más vigor el reconocimiento del derecho al desarrollo.

En dicha vertiente, añadir una dosis de realismo político al contexto de formulación y reconocimiento del derecho al desarrollo hace emerger las dimensiones estructurales y la naturaleza conflictiva de este derecho, apenas consideradas en otras investigaciones de carácter más dogmático y cuya recuperación marcaría uno de los saltos de calidad del Programa Consolider Ingenio 2010 «El tiempo de los derechos» (HURI-AGE). En este sentido y dada la jerarquización del orden mundial, se hace lógico, como muestra Gómez Isa, las

⁴ En particular, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981, en su artículo 22.

⁵ Sobre todo a la luz de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena en 1993, que dedica el párrafo 10º por entero al derecho al desarrollo.

divisiones Norte-Sur que se manifiestan en el interior de muchas organizaciones internacionales y grupos de trabajo en esta materia y que habrían impedido en numerosas ocasiones alcanzar acuerdos de dimensión global sobre el reconocimiento del derecho⁶. En definitiva, el reconocimiento de un derecho al desarrollo en un contexto de globalización avanzada exigiría la asunción por parte de los Estados hegemónicos de los efectos de los antiguos procesos coloniales y la voluntad de remoción de una red de relaciones desiguales aún vigentes en beneficio de ciertos agentes económicos y políticos radicados en los antiguos Estados coloniales y en perjuicio de las mayorías poblacionales de todo el globo y sobre todo de las nacidas en los Estados cuyo desarrollo más se ha obturado. Evidentemente la situación internacional parece alejada de este horizonte pero considerar estas condiciones es indispensable para analizar con eficacia el derecho al desarrollo, ya que de otro modo es imposible identificar cómo determinadas estrategias y políticas públicas son en todo punto incompatibles con el derecho humano al desarrollo (pp. 88-90). Como indicó la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Navi Pillay) en 2011, «no es por acción de la naturaleza que más de 1.000 millones de personas están atrapadas en las garras de la pobreza. Es el resultado de que se les haya negado el derecho humano fundamental al desarrollo».

Vinculada a la variada conceptualización política que se hace del derecho humano al desarrollo en esta primera parte, se encuentra la cuestión relativa al sujeto titular del derecho al desarrollo. Amén de la responsabilidad que tienen entidades colectivas, como los Estados y recientemente las empresas transnacionales, en la efectividad del derecho y aunque la justificación y las aspiraciones de exigibilidad de este derecho aconsejan partir de su titularidad individual, los llamados derechos de *tercera generación* han sido pioneros en incorporar dimensiones colectivas en su titularidad, apoyados por la imposibilidad de disfrutar, proteger o promocionar individualmente la mayor parte de los bienes jurídicos a que se refieren: la paz, el medio ambiente, el patrimonio de la humanidad, el desarrollo. En cualquier caso y dentro de un marco filosófico que ha reformulado la dicotomía individuo-sociedad, las investigaciones presentadas aquí entienden que el derecho individual al desarrollo es siempre el derecho de un sujeto *situado* en un determinado contexto sociopolítico. Desde nuestra perspectiva y pese a que el artículo 1.1 de la Declaración del Derecho al Desarrollo de 1986 subraya esta interdependencia entre el carácter individual y colectivo del citado derecho, la resolución de este asunto está lejos de ser pacífica, ya que los procesos de desarrollo de muchos pueblos muestran continuas líneas de tensión con la definición clásica de los derechos civiles y políticos en el interior de los Estados de Derecho occidentales. Desde luego, las investigaciones que se recensionan aquí constituyen un excelente aporte en orden a abordar científicamente estos disensos a la luz del orden mundial emergente.

La segunda parte del libro se dirige a concretar algunos aspectos del desarrollo, centrándose en la incidencia que tienen en ese derecho grupos poblacionales concretos como las mujeres y las personas migrantes. De Asís Roig aporta el marco teórico y normativo que ha aconsejado en las últimas décadas instituir un trato diferenciado de determinadas poblaciones, toda vez que el contexto en que han de realizarse los derechos humanos es de desigualdad global.

⁶ Sobre esto se señala la oposición de Estados como Estados Unidos, la Unión Europea o Noruega a la adopción de un documento que conmemorara en 2010 el 25.º aniversario de las primeras formulaciones del derecho.

Respecto a las mujeres, Olga Sánchez Martínez recuerda la posición subalterna que las mujeres ocuparon en la formulación inicial de los derechos humanos, donde incluso «la promesa de liberación del ser humano pudo justificar la dominación femenina» (p. 139). Si en la modernidad del pensamiento occidental la feminidad ha operado como negativo de la razón y de la autonomía ilustrada, la segunda parte del siglo xx corresponde a un proceso de extensión y de internacionalización de los derechos hacia la mujer. Por supuesto, se trata de un proceso inconcluso y agravado en algunas de sus deficiencias básicas, como refleja la posición que los objetivos de igualdad y de empoderamiento de las mujeres ocupan entre los Objetivos de Desarrollo del Milenio, así como la feminización de otros problemas mundiales, como el 70% de las mujeres que encarnan la población mundial de personas pobres.

En relación con estas dificultades de acceso de las mujeres a los derechos humanos, y en particular al derecho al desarrollo, Velasco Serrano apela a las propuestas del ecofeminismo. Se trata de una vía de renovación postcolonial de los feminismos más arraigados en occidente, que opera como un límite a sus visiones importadas del desarrollo pero también como un horizonte de aspiraciones propio de los pueblos que deben beneficiarse del desarrollo generado en los Estados con mayores tasas de crecimiento hoy.

Por su parte, Alicia E. Kaufmann analiza la eficacia del derecho al desarrollo para las mujeres a través de sus condiciones de acceso al trabajo por cuenta propia. Al igual que el trabajo asalariado pudo suponer en las economías industrializadas posteriores a la II Guerra Mundial una vía eficaz, aunque ambivalente, de acceso a mayores cotas de autonomía para las mujeres respecto a la exclusividad del trabajo doméstico no remunerado (Dalla Costa 1982), Kaufmann muestra cómo el trabajo por cuenta propia puede funcionar para sus protagonistas como una vía de adaptarse y modificar los códigos y las jerarquías operativas en el trabajo por cuenta ajena. Como ocurría con el trabajo asalariado, las condiciones de realización de este trabajo por cuenta propia son muy distintas cuando estos lanzamientos empresariales se hacen por oportunidad a cuando se hacen por necesidad. Por supuesto también, las propias condiciones de acceso de las mujeres a estas fuentes de renta se encuentran muy diferenciadas respecto a los varones, lo que le permite explorar las motivaciones y características diferenciales que pueden encontrarse entre las emprendedoras⁷.

Respecto a las personas migrantes, las representantes del Institut de Drets Humans de la Universitat de Valencia, institución de referencia en el estudio de los derechos de las personas migrantes en España, Solanes Corella y Encarnación La Spina, subrayan el vínculo existente entre el tratamiento de las migraciones y la eficacia de un derecho al desarrollo. Aunque los efectos de las migraciones para el desarrollo, tanto de los Estados de origen como de destino, tienen una larga trayectoria en las discusiones sobre esta materia, sí parece haberse consolidado el consenso sobre la relevancia de dicho vínculo, incorporado a los informes del PNUD. Desde esta perspectiva, en ambos capítulos se analiza si las políticas actuales de migración se disponen como un obstáculo o un estímulo a la realización del derecho humano al desarrollo. En este sentido, se muestra cómo el tratamiento mercantilizador de las migraciones por parte de los Estados de destino resulta incompatible con este derecho tanto en lo que se

⁷ Esto se hace sobre todo a través del análisis del proyecto CIS 2744 de atracción o rechazo al trabajo de directivos según el género.

refiere a las reglas de admisión de los/as migrantes como a su tratamiento durante su estancia en esos Estados de destino. Este perjuicio a los derechos de los migrantes puede concretarse en sus derechos civiles (acceso a la nacionalidad y permisos) y en sus derechos sociales (acceso a la asistencia sanitaria, posibilidades de reagrupación familiar, participación social y política). En contraste con esta gestión de las migraciones, las autoras proponen unas políticas que integren las migraciones en las estrategias nacionales de desarrollo, tanto en los Estados de origen como de destino, y que aporten beneficios a los/as migrantes y a sus comunidades de referencia.

En su última sección, el libro aborda el derecho humano al desarrollo desde el enfoque de los Objetivos y Metas de Desarrollo del Milenio (ODM) de las Naciones Unidas. La Declaración del Milenio (Resolución AGNU 8-9-2000 (A/55/L.2)) continuó con la tendencia en materia de protección de derechos humanos de celebrar cumbres en las que se definen metas y objetivos capaces de permitir una mejor medición de los avances en la materia. En la línea del trabajo del Laboratorio sobre la Implementación y Eficacia de los Derechos Sociales de la Universidad de Zaragoza, Calvo García analiza el funcionamiento de estos mecanismos de seguimiento respecto al derecho al desarrollo y pone en referencia el funcionamiento de los ODM con prácticas anteriores desarrolladas en el ámbito de los derechos de la infancia y de la adolescencia (pp. 243-247). Desde nuestra perspectiva, la relevancia que están adquiriendo los mecanismos de control, estandarización y medición del funcionamiento de los derechos humanos en el seno de las discusiones y de la actividad de las organizaciones internacionales sobre la materia indica cambios notables en la consideración de los derechos. Como corresponde a derechos de la naturaleza del que se trata en este libro y del modo en que se ha indicado en relación con colectivos concretos como las mujeres y las personas migrantes, estos derechos son afectados y efectuados a través de las estrategias de gobierno de los Estados obligados, de manera que la estandarización y medición de esas políticas públicas *en términos de derechos humanos* constituye la condición de cualquier posible eficacia y exigibilidad. Detrás del derecho al desarrollo, como detrás de otros derechos de tercera generación y de los derechos sociales, se libra una *lucha por el derecho* estrechamente ligada a la traducción en términos de derechos humanos de las acciones de gobierno. Por eso resulta oportuna la introducción en el debate, por parte de Vega Molina, de la política española de cooperación, que aparece como una de las exigencias del derecho al desarrollo para los Estados en un contexto de globalización. Como muestra Armendáriz, al exponer el nuevo marco político-económico financiarizado y los correspondientes actores decisivos, el escenario de eficacia del derecho al desarrollo es enteramente distinto de la tradición liberal y estatal de los derechos humanos. Pese a la imprescindible titularidad individual del derecho, su eficacia excede los esquemas binarios de cumplimiento / vulneración para dilucidarse en esquemas modulares de grados de cumplimiento y avances. De hecho, las propuestas que son comunes en las investigaciones editadas en este libro, relativas a ampliar los indicadores de medición del desarrollo desde la centralidad de la evolución del PIB hacia otros capaces de integrar la igualdad, la cohesión social y las instituciones del bienestar o de reforzar la educación en derechos humanos, inciden en este desplazamiento del centro político y jurídico de los derechos humanos en nuestra era.

David VILA VIÑAS
Universidad de Zaragoza

GELARDO, Teresa: *La tesis de la paz democrática y el uso de la fuerza*», Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, 305 pp.

La expansión de la democracia y del liberalismo es un fenómeno reciente y sin precedentes en la historia que ha dado lugar a la instauración de un nuevo orden mundial. Fundamentado en el modelo liberal, este nuevo orden mundial defiende los estandartes de la democracia, la paz y los derechos humanos que, sin embargo, se hacen prevalecer a través del uso de la fuerza justificándola como legítimo instrumento o medio democratizador. Paradójicamente, la tesis en la que descansan la defensa y la legitimidad de estas nuevas «intervenciones prodemocráticas», la llamada tesis de «la paz democrática», es una doctrina liberal en origen pacifista y antibelicista que prescinde de la guerra a la hora de explicar las relaciones entre países que son democráticos y que, sin embargo, acude a ella para imponerse en aquellos países que no lo son. Teresa Gelardo dedica el libro que nos ocupa a examinar esta fractura que se produce entre la teoría y la práctica y a explorar cuáles son los procesos de legitimación del uso de la fuerza que tienen cabida en el seno de esta teoría.

El trabajo es abordado por la autora de forma ordenada y estructurada, de manera que, primero, se exponen y explican los conceptos clave para después adentrarse en el análisis de la tesis que preocupa. Así, en la primera parte del libro, Gelardo se centra en el significado, el valor y el papel actual de la democracia como pilar y referente en el campo de las relaciones internacionales. En la segunda parte, se adentra en la teoría objeto de análisis, exponiendo su origen y contexto histórico-ideológico, su contenido, sus argumentos y sus implicaciones. Finalmente, con los conceptos esenciales explicados y los asuntos problemáticos identificados y expuestos, en la tercera y última parte del libro analiza el hecho de las intervenciones armadas en el seno del modelo liberal –previamente explicado– para, en definitiva, poner de relieve y denunciar la brecha que existe entre el liberalismo como doctrina pacifista en la teoría y el liberalismo como soporte justificador de la guerra en la práctica política.

Como señala la autora, uno de los fenómenos más característicos de nuestro tiempo y que no encuentra precedentes en la historia es el fenómeno democratizador que, con carácter global, está trasladando los principios, valores e instituciones democráticas a países de todo el mundo. Esta extensión de la democracia, que hunde sus raíces en un conjunto de razones históricas, políticas, jurídicas y filosóficas (como el fin de la guerra fría, el consecuente liderazgo internacional de los Estados Unidos o la hegemonía de la cosmovisión occidental, entre otros) trae consigo el riesgo de convertirse en un argumento justificador de intervenciones militares en pro de la democracia que, sin embargo, vulneran otros muchos derechos esenciales.

La conceptualización de la democracia siempre ha estado determinada por las grandes ideologías políticas del momento –ya fuese el comunismo, el liberalismo o la socialdemocracia–. Aunque la relación entre democracia y liberalismo no siempre fue pacífica, hoy en día la vinculación entre ambos conceptos es tal que se habla ya no de mera relación pacífica, sino incluso de simbiosis. Esta peculiaridad, propia de nuestro tiempo, llegó con el sustancial paso del modelo de democracia directa al modelo de democracia representativa que opera en nuestros días. Igualmente, cabe destacar que, a pesar

de sus aspiraciones de neutralidad, la acción de Naciones Unidas como agente activamente defensor y promotor de la democracia también ha sido decisiva en la expansión y difusión de la misma.

Así pues, liberalismo y democracia son términos que están estrechamente ligados en la actualidad. Pues bien, la explicación que ofrece el modelo liberal a los fenómenos de la guerra y de la paz se concreta, precisamente, en la tesis de la paz democrática, cuyo estudio y análisis interesan en este libro. Con el fin de poder ubicar y contextualizar la tesis de la paz democrática como una explicación liberal de las relaciones internacionales y facilitar de este modo su comprensión, la autora repasa primero el marco general de la teoría de las Relaciones Internacionales para detenerse después con más detalle en el liberalismo, marco particular de la tesis que nos ocupa.

Una vez descrito el contexto ideológico e histórico de la tesis, Teresa Gelardo se centra en la formulación contemporánea que Michael Doyle ofrece de la misma. La autora explica primero los conceptos de liberalismo y guerra que Doyle empleará en el desarrollo de sus tesis para, de paso, poner de relieve el carácter sesgado, interesado o estratégico de la misma, pues se basa en una construcción conceptual claramente intencional dirigida a poder sostener su tesis y que deja fuera muchos elementos valorativos presentes en la realidad que analiza.

Con la formulación de su tesis de la paz democrática, Doyle pretende explicar o dar respuesta a una triple evidencia empírica: 1) la guerra entre democracias es poco probable, 2) ante un conflicto liberal, los liberales se suelen aliar en un mismo bando, y 3) la relación pacífica existente entre democracias liberales ha dado lugar a uniones pacíficas hasta llegar a constatare una «zona liberal de paz». Para explicar este comportamiento pacífico entre estados liberales, Doyle desarrolla tres tipos de explicaciones: el argumento apriorístico, el análisis estadístico o empírico y la explicación filosófica –que tendría mayor peso que las anteriores–.

La explicación apriorística se basa en percepciones valorativas hechas a priori según las cuales la paz entre estados liberales descansaría en la presunción y en la confianza de que los principios y normas liberales serán respetados y cumplidos mutua y recíprocamente. La explicación empírica utiliza como argumento el hecho de que, de facto, los Estados liberales han resuelto sus disputas sin recurrir a la guerra. Finalmente, el punto nuclear de la formulación doyliana de la tesis de la paz democrática se encuentra en la explicación filosófica que, a su vez, encuentra en la obra de Kant, *Sobre la paz perpetua*, la clave para resolver los interrogantes planteados. Según Kant, el logro de la paz perpetua sería el resultado de un proceso que comenzaría con el cumplimiento de una serie de precondiciones por parte de los Estados (buena fe, autonomía de los Estados, desarme progresivo, etc). El cumplimiento de estas precondiciones sentaría las bases para la constitución de una comunidad federal de estados que estaría regida por un derecho, aún precario, denominado derecho de gentes. Sobre estas bases, el cumplimiento de lo que Kant identifica como «condiciones definitivas» y del derecho de gentes, podría dar paso al deseado Estado Mundial, que posibilitaría el desarrollo de un derecho que asegurase la paz perpetua, un «derecho cosmopolita». Las tres condiciones a las que Kant denomina «condiciones definitivas» consistirían en: 1) que el sistema de gobierno sea la república, 2) que el derecho de gentes se base en una federación de Estados libres y 3) que el derecho cosmopolita se limite a regular las condiciones de hospitalidad universal

Doyle, ignorando en su interpretación otros elementos de la teoría de Kant como el del cumplimiento de las precondiciones, toma estas tres «condiciones definitivas» para extraer y proponer, a partir de ellas, tres «fuentes básicas de pacificación»: el derecho constitucional –que promulga fundamentos básicos como la separación de poderes, la representación o la rotación de representantes–, el derecho internacional –que contiene las bases para mantener la confianza entre Estados– y el derecho cosmopolita –que refleja las normas universales de hospitalidad–. La crítica más evidente que puede hacerse a Doyle, y que Gelardo no pasa por alto en su análisis, es que escoge selectiva e interesadamente aquellos elementos de la teoría de Kant que le permitirán explicar sus objetivos, obviando precisamente aquellos otros que impiden que la teoría kantiana sea traspasable a la realidad contemporánea de forma válida.

En contraposición a la tesis de la paz democrática, fruto del modelo liberal, encontramos la explicación que da el realismo político al fenómeno de la guerra, partiendo de un pesimismo antropológico y sosteniendo que el mundo las relaciones internacionales es, de hecho, un «teatro bélico de operaciones permanentes». La principal crítica a la paz democrática que el realismo pone de manifiesto es que la evidencia empírica a la que recurre esta teoría no es concluyente y, por tanto, la relación causal entre democracia y paz no puede quedar probada. Por el contrario, el realismo defenderá que son los factores sistémicos (como el empleo de la diplomacia, el sello de alianzas o la hegemonía de un Estado), y no los internos, los que facilitan y promueven la paz. Sin embargo, también el realismo adolece de sus propios vicios ya que, si bien sirve para explicar el fenómeno de la guerra, no logra explicar la existencia de épocas de paz. En definitiva, nos encontramos con una teoría como la paz democrática que explica la paz pero no el conflicto, versus una teoría realista que explica el conflicto pero no la paz.

La señalada expansión de la democracia y el compromiso democratizador de organismos internacionales como la ONU, influido todo ello por el modelo liberal a través de la tesis de la paz democrática, han desembocado en un nuevo régimen internacional del uso de la fuerza; o lo que es lo mismo, han procurado nuevas formas de legitimación del uso de la fuerza armada, vinculando esta a valores como la democracia y los derechos humanos, estandartes del nuevo orden mundial que opera en nuestro tiempo.

La paradoja de la tesis de la paz democrática consiste precisamente en que, si bien es una doctrina pacifista en la teoría, en la práctica se ha empleado como argumento para la guerra, es decir, para justificar intervenciones militares en otros países soberanos. Desde el punto de vista de esta teoría, puesto que la paz solo se da entre naciones democráticas y liberales, es necesario expandir el modelo de vida liberal para lograr la paz. De esta forma, todo lo que no sea modelo liberal es considerado una amenaza para la paz, y para convertir estos modelos no liberales en liberales puede ser necesaria la intervención por la fuerza, una intervención, por tanto, prodemocrática.

Teniendo en cuenta que, tradicionalmente, el principio de no intervención en asuntos internos de un Estado prohibía el uso de la fuerza y que, en la actualidad, el principio contrario –el de intervención prodemocrática– legitima el uso de la fuerza para imponer el modelo liberal de organización política, la autora se plantea qué ha sucedido para que se operase tal transformación, en qué momento se ha producido el punto de inflexión. Y encuentra en la respuesta internacional al conflicto de Haití el precedente legal con el que se inaugura esta nueva forma de legitimación o autorización del uso de la

fuerza armada en pro del (re)establecimiento de regímenes democráticos. Fue aquí cuando, por primera vez en la historia, Naciones Unidas autorizó expresamente el uso de la fuerza en un país soberano al interpretar que la situación interna de dicho país constituía una amenaza para la paz y seguridad internacional. Así, se asentaba en la comunidad internacional una nueva interpretación de la expresión «amenaza para la paz» en virtud de la cual la disrupción misma de la democracia (y no sus ulteriores consecuencias) puede suponer una amenaza tal que justifique la intervención armada.

Una vez apuntado este nuevo fenómeno o proceso legitimador, Gelardo ahonda en la justificación que el liberalismo ofrece del nuevo intervencionismo, examinando con más detenimiento las teorías de la guerra de Doyle y de Kant. Así, mientras que para Doyle el origen del intervencionismo liberal reside en un rasgo psicosocial de confusión u hostilidad que denomina «imprudencia vehemente», Kant habla de un estado natural del hombre de «insociable sociabilidad», expresión que refleja la disociación que existiría entre el estado natural y originario del hombre –la violencia, la guerra– y el estado artificial o instaurado gracias al predominio de la razón –la paz–. Si bien vemos cómo ambos autores acaban recurriendo a posturas realistas a la hora de explicar la guerra, Kant se desmarca del realismo al matizar que la superación del estado natural/originario de conflicto se producirá, no por imposición de una instancia o poder supremo, sino por el propio mandato de la razón.

No obstante, Teresa Gelardo termina su análisis llamando la atención sobre el hecho de que, como ha sucedido siempre a lo largo de la historia, el régimen actual sobre el uso de la fuerza no es sino una construcción artificial acorde con y al servicio del orden internacional imperante, el llamado «nuevo orden mundial», que se caracteriza por la defensa de la democracia, los derechos humanos y la economía de mercado. Así pues, tras repasar en el último capítulo la regulación del uso de la fuerza que se ha dado en los distintos órdenes internacionales a lo largo de la historia –desde el sistema westfaliano hasta nuestros días–, la autora concluye que cada orden internacional ha construido su propio significado y uso de la guerra en función de sus bases ideológicas, sus aspiraciones y sus fines últimos, de tal forma que la guerra es necesaria cuando dichos fundamentos o pilares se ven atacados o amenazados. Si el orden actual tiene como principios nucleares la democracia y los derechos humanos, la defensa de los mismos legitimaría el recurso a la guerra, como sucede en los procesos actuales.

A través de este libro, la autora no sólo se propone exponer y explicar en profundidad el proceso actual de legitimación de las intervenciones armadas y las motivaciones e implicaciones de dicho proceso, sino que quiere también denunciar la brecha o contradicción fundamental a la que se enfrenta el liberalismo, el cual se auto-reconoce como un modelo pacifista en el plano teórico pero que en la práctica se perfila como un modelo que necesita recurrir a la fuerza para imponerse y hacerse valer frente a posibles amenazas. Frente a este modelo pacifista en teoría pero intervencionista en la práctica, la autora defiende el diálogo y la comunicación –y no la fuerza– como medios para la difusión y expansión de los valores democráticos que rigen en el nuevo orden mundial. Reivindica, pues, el *ius communicationis* frente al *ius ad bellum* y se muestra convencida de que es a través del diálogo, del entendimiento y del respeto a la diversidad como se debe alcanzar el deseable fin de la paz mundial.

En conclusión, hay que señalar y agradecer el valioso esfuerzo expositivo y explicativo que Teresa Gelardo realiza en este libro al explorar y desgranar con detalle la tesis de la paz democrática, sus orígenes, formulaciones, argumentos, contradicciones e implicaciones. Y es que conocer a fondo los argumentos que se ofrecen desde esta doctrina de la paz para legitimar las nuevas guerras es esencial para detectar y desenmascarar sus vicios e incongruencias y, en definitiva, ofrecer alternativas a este falso pacifismo que enmascara un nuevo belicismo bajo la bandera de valores como la democracia o los derechos humanos.

Ana ALDAVE ORZAIZ
Universidad Pública de Navarra

MAGALLÓN PORTOLÉS, Carmen: *Contar en el mundo. Una mirada sobre las relaciones internacionales desde las vidas de las mujeres*, Cuadernos inacabados núm. 64, Madrid, Horas y Horas, 2012, 190 pp.

El libro presenta de manera crítica aspectos de la historia relacionados con las vicisitudes de la participación femenina en la gestión de los conflictos, de la paz y de la guerra a escala internacional. Asimismo, visibiliza y da relevancia a las prácticas cotidianas de subsistencia y sostenibilidad que llevan a cabo tantas mujeres anónimas.

Carmen Magallón Portolés interpela al género masculino por la manipulación histórica de la diferencia de la mujer. Ésta se ha hecho a través de discursos como el del cuerpo como tierra a conquistar y el del «ángel del hogar» que, según la autora, apartó a las mujeres del ámbito público y profesional y limitó su acción al ámbito doméstico, a las prácticas de cuidado y manutención familiar.

En el libro se argumenta que la violencia generalmente está asociada al género masculino y al cuerpo del varón. Se invita a hombres y a mujeres a repensar la manera como el cuerpo condiciona y a revisar su papel en la cultura con el objetivo de reflexionar y trabajar juntos, hombres y mujeres, a favor de la no violencia y de la vida.

Al ocuparse de la masculinidad, la autora afirma que los hombres deben criticar, desde la alteridad, su experiencia a través de la historia, para que ésta se constituya en revulsiva y reestructuradora. Presenta como negativa lo que denomina la inercia de los espacios separados¹, a la vez, reclama las aportaciones de las mujeres como transformadoras de lo real y no como artificiosas o innecesarias. Es así como, exhorta a los hombres a asumir la parcialidad de su experiencia, de su papel hegemónico en las lógicas imperantes y a estar dispuestos a dar espacio al legado femenino.

La autora rechaza la indiferencia sociocultural a la contribución de visiones alternativas del mundo por parte del feminismo internacionalista e insta a, desde la diversidad, «reescribir las relaciones internacionales y el mundo mismo, con una voz propia»². Además se infiere del libro, como lo expone Simone de Beauvoir, que tanto *el hombre* como *la mujer* son una construcción social.

En el primer artículo de la obra, Magallón Portolés aborda las relaciones internacionales desde las vidas de las mujeres, haciendo énfasis en aspectos como el predominio de la cultura de la muerte, el manejo del poder político y bélico y la visibilización de la mujer en las relaciones internacionales.

Respecto a la cultura de la muerte, explica cómo el género masculino la ha patrocinado a través de las diversas formas de la violencia y de la guerra (citando a Hartsock). Sobre el manejo del poder político y bélico, asegura que éste se ha hecho desde la parcialidad de la experiencia masculina y la no distinción entre conflicto y violencia, y desde un determinado paradigma (*realismo*) en el ámbito de las relaciones internacionales (citando a Kenneth Waltz). Finalmente, señala que la mujer en las relaciones internacionales fue

¹ MAGALLÓN PORTOLÉS, Carmen. *Contar en el mundo. Una mirada sobre las relaciones internacionales desde las vidas de las mujeres*, op. cit., p. 170.

² *Ibidem.*, p. 171.

inicial y predominantemente visibilizada como víctima de la violencia y objeto de protección, no como sujeto con voz propia.

En el siguiente capítulo, la autora destaca diversas experiencias de grupos de mujeres que luchan por la paz en distintos lugares del mundo. Hace hincapié en la experiencia del movimiento *Mujeres de negro*, una iniciativa de diálogo nacida en 1988 en Jerusalén y conformada por mujeres palestinas e Israelíes que se oponen a la ocupación israelí y a las agresiones de los gobiernos de turno. Este movimiento se extendió por todo el mundo gracias a su filosofía, que aboga por establecer lazos y diálogo entre las personas de grupos enfrentados, con el objetivo de desbloquear los procesos de paz.

En relación con el enquistado conflicto de Palestina/Israel, Magallón Portolés señala el gran número de grupos de mujeres surgidos en la zona a favor de la paz: la *Coalición de Mujeres por la paz* (conformada por los grupos *New Profile*, *Machsom Watch* y *Bat Shalom*), en Israel y la *Comisión Internacional de Mujeres (CIM)* por una paz justa y duradera, en Oriente medio. Se refiere también al libro *En la tierra de los olivos. Una historia de mujeres por la paz*, de Sumaya Farhat-Naser, en el cual se narra la historia de dos centros de mujeres, uno palestino y otro israelí, fundados en Jerusalén y que dieron origen a la iniciativa conjunta de diálogo *Jerusalem Link*, de la cual emanaron varias declaraciones, en la última de las cuales se defendía la creación del Estado Palestino.

Magallón Portolés reseña cómo grupos de mujeres de la India, de Colombia, de México, se han movilizado en pro de la paz frente a agresiones de actores armados, han reaccionado frente al miedo y reclamado que se respeten sus derechos y la vida humana. Y aludiendo a los Estados Unidos, el grupo de mujeres *Code Pink* es señalado por la autora como contrario a la invasión en Irak y, en general, opuesto a las políticas de guerra de éste país. También destaca la labor de Bárbara Lee, única voz disidente en la Cámara de Representantes frente al bombardeo de Serbia y la guerra contra Afganistán.

Sobre grupos de mujeres que han ejercido influencia a nivel internacional, señala a las mujeres de la Plaza de mayo, a las madres de soldados rusos y de soldados chechenos... y en general a muchas otras: guerrilleras, monjas, defensoras de derechos humanos, etc.; quienes desempeñando distintos roles se han dedicado a luchar por la no violencia desde su cotidianidad y su trabajo casi siempre invisibilizado. Además subraya que en las relaciones internacionales el protagonismo de la mujer se ha menospreciado, ignorándose que la aflicción femenina compartida y causada por la guerra produce rechazo, negación y desvinculación de las políticas de guerra, tal como lo anuncia el lema de las *Mujeres de negro*: «No en mi nombre».

En el siguiente artículo del libro se aborda el tema de la vulnerabilidad, la seguridad humana y la paz, defendiendo y mostrando el valor de las tareas de las mujeres en el cuidado de las personas y de la naturaleza. Además se describen situaciones de vulnerabilidad personal y grupal, precisando que se ha codificado la vulnerabilidad como femenina y la búsqueda de la invulnerabilidad como masculina. Se recalca que de la aceptación de la vulnerabilidad surge el intento de comprender al otro y su fragilidad humana, mientras que la presunción de invulnerabilidad lleva a responder con acciones que incrementan la espiral de violencia.

Se identifican como femeninas las prácticas de cuidado, muy importantes para entender la racionalidad civilizatoria que se constituye en alternativa de la dominante. Todas estas circunstancias permiten dimensionar la importan-

cia de la participación femenina en las relaciones internacionales, especialmente en la prevención de la guerra, la paz y el pos conflicto.

Magallón Portolés argumenta que tanto mujeres como hombres deben enfrentar el reto de avanzar hacia una seguridad humana para todos. Resalta que la noción de seguridad humana encaja más en la lógica femenina y la perspectiva de las prácticas de cuidado, y rescata este concepto frente a la seguridad clásica, concebida de modo que se identifica con la seguridad nacional, en tanto señala que entre el desarrollo humano y la seguridad humana existe una relación de interacción que ha contribuido a reinterpretar el desarrollo desde la seguridad y a cambiar sus prioridades. Asevera que el desorden mundial provoca la erosión de la autoridad de las instituciones internacionales y ello, en consecuencia, se erige como el mayor obstáculo en el reto de lograr ese objetivo. Añade que el aumento de conciencia sobre la vulnerabilidad global compartida ayudaría a neutralizar la inseguridad humana. Coloca como origen de esta situación insostenible a la lógica que pone la acumulación material y el poder económico en el centro del universo.

Ocupándose del conflicto colombiano, afirma que las fuerzas de seguridad, los paramilitares y la guerrilla han sembrado el terror entre la población usando a las mujeres para objetivos militares³. Al respecto expresa que el conflicto armado exacerba la violencia doméstica y en la comunidad.

En el capítulo titulado «Rescatar el cuerpo para una política de paz» se defiende la trascendental importancia de la voz del cuerpo de la mujer y la necesidad de liberarlo de los símbolos y categorías culturales. Se refiere a los lenguajes del cuerpo, uno de los cuales aporta la memoria social que contiene. Enfatiza en que la conciencia de la vulnerabilidad del cuerpo es un saber importante para una cultura de paz.

Acorde con las filosofías feministas, la autora aborda el tema del determinismo biológico y cultural, los debates de Judith Butler sobre si el género se construye sobre el sexo o a la inversa, y sobre el peligro de hacer ruptura de las mujeres como sujeto y dar lugar a otro determinismo, esta vez social. Concluye diciendo que «tanto los aspectos de origen cultural como los de origen biológico pueden ser transformados desde la libertad individual y grupal»⁴.

Articula las afirmaciones anteriores con la participación de la mujer en el espacio de lo público, aseverando que el feminismo reivindica la presencia de las mujeres en los organismos internacionales y en los procesos de paz. Esto lo relaciona con el cumplimiento del derecho a la igualdad formal, lo que no solo es justo sino que aporta significado. De igual manera se refiere a que para el feminismo, lo personal y lo corporal es político.

En el quinto capítulo del libro, se aborda la diversidad femenina, la intervención y compromiso de las mujeres por la paz en múltiples contextos, aunque por encima de esta diversidad, la autora asegura que las mujeres que trabajan por la paz comparten el intento de deslegitimar la lógica que pone en juego la vida de los seres humanos persiguiendo y poniendo por delante intereses materiales, ideológicos, de poder, de soberanía u otros. Y pone ejemplos de algunos de estos grupos de mujeres.

³ VV.AA. (2004), *Colombia. Cuerpos marcados, crímenes silenciados*, Madrid, Amnistía Internacional (EDAI), 2004, pp. 9-10.

⁴ MAGALLÓN PORTOLÉS, Carmen. *Contar en el mundo. Una mirada sobre las relaciones internacionales desde las vidas de las mujeres*, op. cit., pp. 86 y ss.

En cuanto a la lucha por la paz expone que continuamos inmersas en un conflicto identitario en el que se deben elegir valores previa una postura crítica, antes de asumir o rechazar lo culturalmente asignado. Y sobre la posibilidad o necesidad de «hacer las paces» cita al filósofo Vicent Martínez Guzmán para explicar el acierto de la crítica feminista sobre la dicotomía «mujer pacífica-hombre violento», una dicotomía que no favorece en absoluto el avance de las culturas de paz.

Se refiere a la «sociedad de las extrañas»⁵ de Virginia Wolf y, con relación al orden establecido, expone que en nuestros días las mujeres siguen manteniendo distintos grados de extrañeza ante las instituciones sociales, sin dejar de mencionar el aminoramiento paulatino de su tradicional exclusión de las mismas, en los países democráticos. La inclusión de las mujeres en la comunidad política, y la lectura de los derechos a la luz de su experiencia puede contribuir al reconocimiento del valor de la paz en la comunidad de derechos.

En lo que se refiere al aporte de la presencia femenina en los procesos de paz, menciona que en la reunión del Consejo de Seguridad del mes de octubre de 2009, Asha Hagi intervino en nombre del grupo de trabajo sobre *Mujeres, Paz y Seguridad*, afirmando que en el proceso somalí, las mujeres aportaron «...tolerancia, compasión, perdón y soluciones prácticas, actitudes básicas para la reconciliación»⁶. Luego se refiere a una paz que debe ser sostenible, no sólo puntual, algo para lo que es imprescindible el concurso de la sociedad civil y en particular de las mujeres, como parte de ella. Pues la construcción de la paz, argumenta, no atañe sólo a combatientes o a líderes, sino que es un proceso que pertenece a las comunidades. Lograr la paz sostenible implica la reinserción de los combatientes, la reconstrucción y la reconciliación. Condiciona la reconciliación a escuchar la voz de las víctimas, quienes tienen la palabra porque han sufrido la violencia.

Por otra parte, radica en un criterio ético (principio de igualdad) la presencia de las mujeres en la mesa de negociación, puesto que «en la medida en que sigan existiendo, de hecho, desigualdades y roles en función del sexo, el sexo tendrá que ser un criterio a tener en cuenta en los órganos de participación»⁷. No obstante, la inclusión de las mujeres en los procesos de negociación no significa que se incorpore la perspectiva de género, que va a mejorar el estatus del resto de las mujeres y que ello va a modificar de manera sustantiva los acuerdos de paz. Sin embargo, y «en principio, el único cambio que sí se da independientemente de la personalidad, ideología, desempeño y propósito de las mujeres implicadas es el derivado de su presencia corporal»⁸, lo que tiene un valor simbólico, en nada desdeñable.

Articulando lo anterior, la autora complementa que no toda mujer que llega al poder se ubica y piensa desde un paradigma feminista. Utiliza como ejemplo lo ocurrido con la elección de las mujeres al parlamento de Irak en el 2006. Señala que otro problema es el que se da en la sociedad posconflicto armado, en la que vuelven a aparecer las tendencias ancestrales de marginación de las mujeres. Al respecto, cita a Sumie Nakaya para quien «el aumen-

⁵ *Ibidem.*, p. 96.

⁶ *Ibidem.*, p. 102.

⁷ MAGALLÓN PORTOLÉS, Carmen. *Contar en el mundo. Una mirada sobre las relaciones internacionales desde las vidas de las mujeres*, op. cit., p. 100.

⁸ *Ibidem.*, p. 103.

to del número de mujeres en las negociaciones de paz no garantiza la ausencia de discriminación en la sociedad posconflicto»⁹. Alude a los casos de Kosovo y Burundi.

Sobre la perspectiva de género en los procesos de paz, afirma que «la inclusión de mujeres en los distintos niveles de la toma de decisiones, siendo un derecho incuestionable y una condición necesaria, no es suficiente: no equivale al cambio de paradigma o de la lógica bajo la que actúa el poder»¹⁰. Inquieta el cambio de roles de los hombres para que se involucren en la agenda de justicia y de igualdad de género, importante en los procesos de paz.

Ocupándose de la historia de las mujeres que dejaron oír su voz en el ámbito público, destaca Magallón Portolés el impacto de la Primera Guerra Mundial entre las mujeres organizadas de la época. Escribe sobre el nacimiento de la que es la organización de mujeres por la paz más veterana, *La Liga Internacional de Mujeres por la Paz y la Libertad* (LIMPAL o WILPF, en sus siglas en inglés), organización que en sus objetivos unía el movimiento feminista y el pacifista. En su primera declaración, dice que trata de unir a las mujeres de cualquier país que se opongan a la guerra, a la explotación y a la opresión, que trabajen por el desarme universal y la solución de los conflictos mediante el reconocimiento de la solidaridad humana, la conciliación y el arbitraje, la cooperación mundial y el establecimiento de la justicia social, política y económica para todos, sin distinción de sexo, raza, clase o credo.

Las mujeres que se reunieron en La Haya, en 1915, entendían como irracional arrastrar a los pueblos a guerras letales, por ello apoyaron el arbitraje internacional y la creación de organismos internacionales para dirimir conflictos entre las naciones. Fue el origen de un feminismo que tomó como hecho consumado la igualdad de género, reuniéndose y tomando resoluciones sobre la guerra y la paz, pese a estar excluidas de la participación política.

Refiriéndose a la relación de las mujeres españolas con la WILPF, a principios del siglo xx, menciona al grupo que formó la Liga Femenina Española por la Paz (LFEP), a finales de los años 20, cuyo objetivo consistía en divulgar el verdadero concepto de paz y defender la paz, añadiendo que mantuvo sintonía y relación, desde que nació, con la WILPF. Posteriormente habla de Isabel Oyarzabal Smith, primera presidenta de la LFEP, y destaca su protagonismo en el plano internacional, su defensa de la democracia, de la igualdad y su labor en el Consejo Supremo Feminista.

En su conexión con WILPF, destaca a la española Margalida Comas Camps –bióloga experta en genética– por su labor en pro del pacifismo, su compromiso científico, pedagógico y social, exiliada en 1939, que fue invitada al Congreso de WILPF para hablar de la Guerra de España. Recuerda sus labores en beneficio de los niños vascos, trasladados a Inglaterra tras el bombardeo de «Guernica» en abril de 1937, y sus conferencias a favor de la legalidad republicana. También resalta la labor de la doctora española Amparo Poch Gascón, fundadora de la revista *Mujeres Libres* y Presidenta de la Liga Española de Refractarios a la guerra.

Con respecto al feminismo internacionalista y a la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad, aprobada en el año 2000, sobre *Mujeres, Paz y Seguridad*, la autora resalta que, a diferencia de las resoluciones anteriores, ésta

⁹ *Ibidem.*, p. 104.

¹⁰ *Ibidem.*, p. 107.

incluyó el reconocimiento de que la voz de las mujeres debe contar en asuntos de calibre internacional. Esta resolución pasó a ser una herramienta política de primer orden, orientada a la participación de las mujeres en la construcción de la paz y la seguridad. La resolución consagra emprender acciones en cuatro áreas: *a)* el aumento de la participación de las mujeres en los procesos de paz y en la toma de decisiones; *b)* el entrenamiento para el mantenimiento de la paz desde la perspectiva de género; *c)* la protección de las mujeres en los conflictos armados y las situaciones pos-bélicas, y *d)* la introducción transversal del género en la recogida de datos y sistemas de información de Naciones Unidas, así como la puesta en práctica de los distintos programas.

Acorde con la voluntad expresada por el Consejo de Seguridad de incluir una perspectiva de género en las operaciones de mantenimiento de la paz, agrega la autora que esta institución no sólo reconoce que la «paz está inextricablemente unida a la igualdad entre hombres y mujeres»¹¹, sino también la importancia del acceso pleno de las mujeres a las estructuras de poder y su participación plena en la prevención y resolución de conflictos para la promoción de la paz y la seguridad.

Magallón Portolés destaca que las grandes conferencias internacionales sobre la mujer, organizadas por la ONU, fueron hitos importantes para el avance de las mujeres del mundo. Pone de relieve que en la IV Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la mujer (Pekín) se reafirmó la capacidad de ésta para propiciar unas relaciones humanas pacíficas y para el desarrollo social, producto de la función de dar y sustentar la vida. También se resaltó que las mujeres propician una visión nueva que supone pasar de la cultura de la guerra a una cultura de paz.

Haciendo un recuento de lo sucedido, luego de más de 10 años de la resolución 1325, refiere que para el Consejo de Seguridad de la ONU inicialmente los derechos de las mujeres no eran cuestión de seguridad internacional¹². Se ignoraba el papel de la mujer como actora en la construcción de la paz, y sólo se la consideraba como víctima de la guerra. Luego de la aprobación de esa resolución, las distintas instancias de la ONU la incluyeron en sus programas y debates (Resoluciones 1820, 1888, 1889 y 1960). Por ejemplo, el debate anual con respecto a *Mujeres, Paz y Seguridad*, celebrado el 23 de Octubre del 2007, tuvo como temática «Hacia una aplicación coherente y efectiva de la resolución 1325/2000, del Consejo de Seguridad».

Luego de mencionar casos de empoderamiento femenino en las Naciones Unidas y en cargos públicos, Magallón Portolés asevera que el Consejo de Seguridad, a través de las resoluciones emitidas, ha aportado a la problemática de género en los conflictos armados, autoridad y legitimidad. Agrega que además de usarse la Resolución 1325 en los conflictos y procesos de paz, es usada como herramienta para alcanzar la igualdad, para reclamar la presencia de mujeres en los parlamentos, organizar reuniones y talleres de capacitación, para la búsqueda de fondos para sus causas y, en general, para avanzar en el estatus de las mujeres. Anota que en España, la 1325 se ha interpretado de distintas maneras: el aumento de las mujeres en las operaciones de paz y el diseño de proyectos específicos de cooperación. En el 2007, España elabo-

¹¹ *Ibidem.*, p. 131.

¹² MAGALLÓN PORTOLÉS, Carmen. *Contar en el mundo. Una mirada sobre las relaciones internacionales desde las vidas de las mujeres*, op. cit., p. 145.

ró un Plan Nacional para la aplicación de la 1325. También se propuso fomentar el conocimiento, difusión y trabajo de la sociedad civil con relación a esta resolución. Un paso más en el compromiso con la 1325 lo constituyó el Plan de Acción sobre «mujeres y construcción de la paz de la cooperación española».

Sin embargo la autora, citando a Gina Torres, del grupo Mujeres, Paz y Seguridad (MPS), en el debate anual del año 2007, alude a la dispar aplicación de la 1325 en la labor del Consejo de Seguridad, a que pese a su existencia continúa la problemática de las niñas y de las mujeres que se encuentran en situaciones de conflicto armado, las cuales continúan expuestas a la violencia sexual sistemática y generalizada, a la exclusión de las estructuras de decisión, a la marginación de los procesos de paz, etc. No obstante, rescata que cuando el Consejo de Seguridad incorpora la resolución a sus labores, la situación de las mujeres mejora, aunque se requiere una mayor proyección práctica de los documentos administrativos.

En el informe del 2009, con relación a la participación femenina en la construcción de la paz, se reconocían los progresos, pero también los obstáculos que permanecían. Se afirmaba que las resistencias se mantenían en función del sexo, de la dedicación casi exclusiva de las mujeres a la supervivencia. Asimismo, se recalca que también el analfabetismo y la pobreza se erigían como hechos que alejaban a las mujeres de los procesos de toma de decisiones y se reclamaba que el activismo de base no se está trasladando a la toma de decisiones.

Sobre el enfoque y desarrollo de la resolución, añade que Rita Santos, Tatiana Moura y Silvia Roque encuentran dos fallas importantes. La primera es la falta de análisis, apelación e implicación de los hombres y, la segunda, el estar únicamente centrada en los conflictos armados, dejando por fuera las violencias que se dan en los países teóricamente en paz, citando los casos de ciudades como Río de Janeiro y el Salvador¹³.

Finalmente, acerca del contenido general del libro, cabe destacar que la autora logra cautivar al lector a través de los diversos capítulos que lo componen, los cuales permiten reflexionar sobre el papel de las mujeres en la transformación del mundo. Asimismo, proporciona elementos de juicio para comprender la dinámica del discurso de género y defiende la continuidad de la proyección del feminismo a escala internacional, con la finalidad de contribuir a una cultura de paz.

Mariana HOYOS
Universitat de València

¹³ MAGALLÓN PORTOLÉS, Carmen. *Contar en el mundo. Una mirada sobre las relaciones internacionales desde las vidas de las mujeres*, op. cit., p. 163.

PICONTÓ NOVALES, Teresa (ed.): *La custodia compartida a debate*, Madrid, Dykinson, 2012, 181 pp.

Como bien advertía Bauman en su obra *Amor líquido: acerca de la fragilidad de los vínculos humanos*, el tipo de relaciones interpersonales que se desarrollarían en la postmodernidad serían forzosamente más volubles y fugaces adaptándose así a una sociedad marcada por el eterno presente. En este continuo tránsito hacia un nuevo escenario líquido, el protagonismo de los valores de la autonomía personal y la apertura a otras formas de convivencia afectiva no podían sino apelar a la inminente transformación socio-jurídica de las relaciones familiares. Unas realidades afectivas que bien necesariamente o circunstancialmente han significado un cambio irreversible en el espacio tiempo –del pasado al presente–. De ahí que no sólo es apremiante superar una definición anclada en términos ideales que concibe la familia como un enclave atemporal de relaciones preferentemente no conflictivas auspiciadas por el propio Derecho sino también es prioritario acomodarlas socialmente. Desde una perspectiva jurídica, esta tradicional visión estática e ideal de las estructuras familiares tanto en su composición como en su disolución impide en ocasiones llevar a cabo una mayor adaptación jurídica a un contexto cambiante que trata de dar respuestas mediatas ante la presión y la demanda social de muchos grupos en las relaciones familiares.

Así parece ya inevitable emprender reformas legales sobre uno de los efectos más controvertidos de la ruptura familiar partiendo de la premisa que son actos de libre voluntad que deberían estar sujetos a un mínimo de restricciones o pautas jurídicas. Un ejemplo de ello es la custodia compartida alterna que en el volumen colectivo coordinado por Teresa Picontó se plantea sin ambages desde los postulados de la investigación socio-jurídica. Si bien son reformas en ocasiones tardías o incluso experimentales, la imposición de la custodia compartida, especialmente en lo que atañe a la asunción de responsabilidades parentales y las asimetrías de género en la estructura familiar puede tener su doble anverso y reverso. Esto es, tener a la par un carácter balsámico pero no por ello problemático en la gestión del conflicto. No hay que olvidar como en este contexto perdura la tensión entre, por un lado, el derecho a la libertad de la pareja o de los esposos y, por otro, la necesidad de proteger derechos como el de la igualdad de cada uno de ellos, así como los derechos e intereses de los hijos tanto antes como después de la ruptura. En este ámbito se han sucedido diferentes propuestas para materializar jurídicamente la competencia y la responsabilidad de los adultos con sus hijos o ejercer un derecho de visita tras un proceso de divorcio.

Esta transformación socio-jurídica de las relaciones familiares en sus diferentes fases implica también una reformulación del tratamiento socio-jurídico de la continuidad de las relaciones de cada uno de los progenitores con sus hijos después de la ruptura. Sin embargo, en línea de tendencia éstos se han medido en base a criterios cuantitativos sobre la frecuencia de esas relaciones más que sobre la dimensión cualitativa de las relaciones que se mantienen con los progenitores. La búsqueda de un equilibrio entre ambos indicadores ha sido determinante para aportar mayores aperturas y espacios a la custodia compartida tras las últimas reformas llevadas a cabo en España, Reino Unido, Francia, Italia y Australia. Una visión aperturista que no sólo trasciende el terreno legislativo sino que va más allá dada la ausencia de investigaciones sociológicas o socio-jurídicas que permite conocer con profundidad en qué sentido positivo o

negativo la custodia compartida contribuye al ejercicio de la responsabilidad parental y a la protección del interés superior de los hijos.

Siguiendo estas premisas, este volumen colectivo trata de abordar desde una perspectiva interdisciplinar y plural el debate inconcluso sobre el alcance multinivel de la custodia compartida. Una consecuencia derivada de la ruptura familiar que aviva tensiones entre los defensores y detractores que advierten un posible aumento de índices de litigiosidad entre los ex-cónyuges con los correspondientes efectos adversos para «el superior interés de los hijos». Es, por tanto, una aproximación científica necesaria tras las reformas efectuadas que se nutre tanto de aportaciones como enfoques multidimensionales y transversales sobre la igualdad de los padres y la protección del interés superior de los hijos después del divorcio, la praxis judicial de la custodia compartida en España y en Cataluña, la responsabilidad parental desde las experiencias de la monoparentalidad y por último se completa con un análisis de la custodia compartida desde la perspectiva de la violencia de género y uno de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos más consolidado: la mediación familiar. Obviamente, cabe destacar de los resultados de esta investigación socio-jurídica la singularidad de la regulación de la custodia compartida en el Estado español dadas las divergencias que presenta la Ley 15/2005 con las reformas operadas a nivel autonómico (Cataluña, Aragón y la Comunidad Valenciana) que han establecido la custodia compartida como modalidad preferente incluso en caso de desacuerdo entre los padres.

Sin duda, como paso previo a un análisis de las tres medidas previstas en la Ley 15/2005, en el primer capítulo Flaquer presta especial atención al contexto en el que se producen tales reformas observando así entre otros factores o indicadores analíticos el impacto del ejercicio de la custodia compartida, el uso de la mediación familiar y el anticipo de las pensiones de alimentos en caso del impago de las medidas económicas del divorcio. Tales medidas como bien apunta el autor anticipan un contexto de cambio favorable a la simplificación y liberalización de la legislación en materia de separación y divorcio aunque con difícil adaptación a un régimen de bienestar y de producción mediterráneos como es España. De este modo, habida cuenta de tales considerandos esta nueva concepción más liberalizadora requiere la adopción de estrategias de prevención y gestión de las situaciones de riesgo así como la imposición de nuevos sistemas de control en las relaciones entre padres e hijos. Algunas de esas medidas han sido el carácter asistencial del fondo de garantía contra el impago de las pensiones de alimentos, el uso privado de la mediación familiar y el ejercicio de la custodia compartida. A diferencia del contexto autonómico el derecho civil estatal no existe presunción en lo que respecta a la atribución de la custodia por parte del juez de forma que éste sólo puede conceder la custodia compartida en caso de acuerdo entre el padre y la madre. Sin embargo, en opinión de Lluís Flaquer aquí radica el error o posible fracaso al concebirse como parte integrante de la esfera privada de forma que tanto el Estado como las administraciones públicas asumen una escasa responsabilidad por los efectos de su regulación.

No en vano, la introducción de nuevos estilos de parentalidad y nuevos roles de género tras el divorcio constituyen un cambio en las estructuras familiares pero también un reto emergente para el derecho de familia atendiendo a la promoción de los derechos de libertad e igualdad de los progenitores o la autorregulación del conflicto y la custodia compartida de los hijos comunes. Esta labor analítica de la regulación y de la praxis judicial es llevada a cabo desde una perspectiva socio-jurídica por Teresa Picontó. Con acier-

to diseña un planteamiento crítico-propositivo sobre la necesidad de desarrollar criterios claros y contrastados a la hora de implementar la nueva legislación sobre la custodia compartida que deriva del marco estatal y autonómico. Si bien la custodia compartida está pensada con el objetivo de mantener la normalidad familiar después de la ruptura, de modo que los padres se alternen en el cuidado de los hijos, por un lado y sigan tomando las decisiones sobre sus hijos en común, por otro. Según la misma autora se trata de decidir en cada caso sobre la guarda y la custodia atendiendo al mejor interés de los hijos, por lo que es necesaria una reflexión más honda sobre los cambios operados, las transformaciones sociales que subyacen y la praxis judicial sobre su atribución. Si hay un riesgo de crear una excesiva uniformidad en la resolución de los casos, sin atender a las circunstancias de la misma, no se trata de una cuestión de orden menor por lo que resulta necesario mantener cierta distancia crítica sobre la gran *vis atractiva* de la medida de custodia compartida. Máxime si la transición de una familia de roles diferenciados por géneros a una familia igualitaria está comenzando a desarrollarse en España.

Aunque como bien se apunta en la nota introductoria es principalmente en el ámbito autonómico donde se presentan visos de mayor apertura futura dado el protagonismo de la regulación autonómica en el ámbito de las relaciones familiares y derivadas, como es el desarrollo progresivo de la legislación de las uniones de hecho. En concreto, la valiosa aportación de Carlos Villagrasa trata de desgranar a nivel terminológico las medidas implementadas con la Ley catalana 25/2010, el cumplimiento de la máxima del interés superior de los hijos, considerando el alcance y límites de la naturaleza de la medida, eminentemente personal o jurídica. No sólo presenta una acertada revisión conceptual de las definiciones de la monoparentalidad para explicar ciertos fenómenos sociales relativos a modalidades de convivencia y/o relaciones familiares, la corresponsabilidad social y potestad parental sino también advierte como la guardia sucesiva y custodia alterna ponen en cuestión la aplicación efectiva del principio del interés superior de la infancia. Sobre esta base conceptual, se corrige la confusión conceptual entre guardia y responsabilidad parental afirmando que la guardia compartida no consiste en un reparto idéntico de los periodos temporales de atención a los hijos por cada uno de los progenitores, sino es una respuesta de planificación de las responsabilidades parentales ajustada a la situación familiar, personal y laboral de los progenitores. Y, en esta misma línea la contribución de Almela e Di Nella insiste en una necesaria revisión de las nociones tradicionales de monoparentalidad y de responsabilidad parental vinculadas a una concepción androcéntrica y de subordinación generacional que con etiquetas tendenciosas devalúa el trabajo de las mujeres o fomenta el maltrato masculino.

Por último, es igualmente oportuna la reserva de los capítulos finales para valorar las razones de crítica a la custodia compartida desde criterios sustantivos de igualdad haciendo especial referencia a la desigualdad de las relaciones de género respecto del cuidado de las hijas/os. Un apunte crítico oportuno que ahonda en un enfoque valorativo de los avances en la construcción y consolidación de la mediación familiar en el desarrollo de la custodia compartida marcadas por la violencia de género. En el marco de la necesaria transversalidad de las políticas de género, como bien indica Encarna Bodelón, la nueva configuración de la legislación sobre la llamada «custodia compartida» y ciertas interpretaciones sobre el alcance de la mediación familiar están generando nuevos dispositivos de invisibilización de la violencia de género. Un análisis de las críticas a la custodia compartida impuesta serían el

ocultamiento o la pervivencia de la violencia de género. Por ello, es determinante observar especialmente en qué medida el falso discurso igualitario que proyecta la custodia compartida puede contribuir a no reconocer las fuertes desigualdades que se dan todavía en las relaciones de pareja respecto de cuidado de las hijas/os.

En efecto como acertadamente señala la autora, el Derecho muestra una capacidad extraordinaria para desatender la realidad social, la facticidad de los problemas familiares pero sí para imponer un discurso aparentemente moderno alejado de la conflictividad de la familia. Dos son por tanto los ámbitos de observación socio-jurídica, por una parte, los avances de la legislación sobre violencia de género y sus implicaciones en las rupturas familiares hacia los hijos e hijas. Y, por otra parte la desmitificación de los efectos complementarios a la custodia compartida en casos de violencia de género sin duda destacables retrocesos que afectan negativamente a las relaciones de género. Asimismo desde una línea conclusiva insiste la misma autora en el alcance de las relaciones de género y la introducción de la mediación familiar en España como viene siendo habitual en Estados Unidos o Canadá como una oportunidad de trasladar el debate desde la esfera pública (jurídico-judicial) a la esfera privada como modalidad de gestión de conflictos y de regulación social más próxima al plano psicológico.

Sin duda, todas ellas son aportaciones interesantes para la apertura del debate actual, para finalizar habría que destacar el capítulo de Glòria Casas sobre la valoración de las diferentes posiciones antagónicas sobre la posibilidad o no de recurrir a la mediación familiar en casos de violencia de género. Una propuesta valorativa que recoge apuntes críticos sobre las asociaciones que se engloban dentro del movimiento masculinista, el masculinismo o el proceso de formación de los mediadores familiar. Pues como concluye la autora, la desigualdad entre los actores de la mediación familiar no debe contribuir paradójicamente a privar o minimizar la naturaleza criminal de la violencia de género.

En definitiva, son muchos y varios los aspectos doctrinales de la investigación coordinada por la Profesora Teresa Piconó que pueden suscitar el interés del lector sobre el alcance de las reformas legales atinentes a las dinámicas familiares. Entre ellas, bajo mi punto de vista es destacable la búsqueda de mayor equilibrio normativo sobre los efectos de la custodia compartida y su futura incidencia en la regulación de la esfera privada ante las continuas demandas sociales que se producen. Aunque también no es una cuestión de orden menor reconsiderar aspectos conceptuales reseñables sobre la responsabilidad parental y aquellos de carácter más metodológico como es la necesaria transversalidad de las relaciones de género en el estudio de la custodia compartida y la dimensión cualitativa en el análisis socio-jurídico. Todo ello, sin perjuicio de imprimir un mayor ejercicio de autocrítica sobre la influencia de perspectiva comparada a la hora de abordar las reformas legales en el Estado Español que obvia que aproximarse a la regulación de países más pioneros en la liberalización de la legislación sobre divorcio implica disponer con mayores estándares de protección social.

Sobre estas premisas *La custodia compartida a debate* asienta las bases para futuras propuestas *lege ferenda* y nuevas líneas de investigación socio-jurídica que sean capaces de reivindicar la necesidad de aprehender desde el Derecho la volubilidad de las relaciones familiares en la realidad del XXI.

Encarnación LA SPINA
Universitat de València

RAMIS BARCELÓ, Rafael: *Derecho natural, historia y razones para actuar. La contribución de Alasdair MacIntyre al pensamiento jurídico*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2012, 480 pp.

Afirmaba Guido Fassò en el Prefacio al primer volumen de la *Storia della Filosofia del Diritto* (1966) que, como disciplina bifronte, la iusfilosofía aglutina dos tipos de conocimientos: el filosófico y el jurídico. A este respecto, añadía el profesor boloñés, hay que convenir que el pensamiento jurídico no puede ser ajeno al saber filosófico, del mismo modo que tampoco cabe imaginar una filosofía ensimismada e indiferente a uno de los aspectos de la experiencia humana que, desde la Antigüedad, más han motivado precisamente la meditación filosófica: el Derecho¹. Ciertamente, los grandes temas de la Filosofía del Derecho entroncan con las diversas ramas de la Filosofía, desde la Lógica a la Epistemología y, sobre todo, la Ética; sin embargo, no deja de resultar paradójico que, durante mucho tiempo, la tendencia seguida por muchas de las obras historiográficas dedicadas al estudio general de la Filosofía haya sido la de soslayar precisamente los problemas filosóficos que afectan a la vida jurídica. Todavía en la actualidad sigue siendo una realidad el hecho de que no todas las concepciones filosóficas admiten la proyección de ese saber al mundo del Derecho; correlativamente, no todas las concepciones jurídicas consideran que pueda tener sentido una proyección de métodos filosóficos al Derecho².

De acuerdo con la consideración anterior, podría concluirse que, en relación con el estudio de la Filosofía del Derecho, existe una duplicidad de perspectivas de enfoque por parte de quienes cultivan esta disciplina: de un lado, la perspectiva de los juristas-filósofos y, de otro, la perspectiva de los filósofos-juristas. Ambas disciplinas, como ha señalado Antonio E. Pérez Luño, resultan inaceptables si se toman unilateralmente. Por eso, una auténtica Filosofía del Derecho debe ser fiel a su naturaleza bifronte, conjugando su doble dimensión filosófica y jurídica, contemplando la experiencia jurídica desde un punto de vista omnicompreensivo y, por ende, no regional³. Por consiguiente, la clave para un completo análisis iusfilosófico de la realidad debiera consistir precisamente, como advirtiera Giuseppe Capograssi, en percibir la experiencia jurídica como una realidad problemática y compleja que está predeterminada por la historia⁴.

En los últimos tiempos, entre los filósofos que mayor número de estudios ha dedicado a los grandes temas de la Filosofía Moral y de la Historia de las Ideas Jurídicas y Políticas quizás pueda destacarse al escocés Alasdair MacIntyre, sin duda uno de los autores más heterodoxos e interdisciplinares que haya en el ámbito del pensamiento contemporáneo. Considerando las proporciones ciclópeas de una bibliografía tan extensa y variada como la de

¹ FASSÒ, G., *Storia della filosofia del diritto. Vol. I: Antichità e Medioevo*, Il Mulino, Bologna, 1966, p. 7.

² PÉREZ LUÑO, A. E., *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una Filosofía de la Experiencia Jurídica*, Mergablum, Sevilla, 1999 (2.ª ed.), p. 19.

³ *Ibidem.*, p. 82.

⁴ CAPOGRASSI, G., *Studi sull'esperienza giuridica*, en *Opere (II)*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 231.

MacIntyre, en la que se abordan diversidad de cuestiones de naturaleza ética, jurídica, sociológica, antropológica, teológica..., resulta complicado reunir toda una serie de reflexiones iusfilosóficas que se encuentran dispersas por toda su obra intelectual. A este encomiable propósito responde, precisamente, el libro del Prof. Rafael Ramis Barceló. A lo largo de seis capítulos, el autor presenta como un todo coherente el pensamiento jurídico de MacIntyre, cuyas ideas se hallan dispersas en buena parte de sus escritos. A fin de poder hilar las tres etapas en las que se divide el itinerario intelectual recorrido por MacIntyre a lo largo de seis décadas, Ramis realiza un estudio diacrónico de la obra del filósofo escocés en el que analiza al detalle, texto a texto, cómo ha ido evolucionando y perfilándose su pensamiento con el paso del tiempo, especialmente en materia iusfilosófica. A modo de capítulo de cierre, Ramis nos ofrece un diálogo personal con las tesis de MacIntyre, además de unas conclusiones que nos aproximan a su visión global del Derecho natural.

La primera etapa del pensamiento macintyreano comprende los primeros veinte años de su carrera (1951-1971). Se trata de un periodo de sincretismo en el que el pensador escocés intenta conciliar cuatro corrientes doctrinales difícilmente compaginables: el marxismo, el psicoanálisis, la filosofía analítica y el cristianismo. En este periodo de juventud, MacIntyre pone de manifiesto que para él lo que en realidad importa son los fundamentos de la acción humana y que el Derecho es una consecuencia (o «un corolario» –como afirma Ramis-) de su visión filosófica, pero en modo alguno constituye uno de los temas centrales de su obra. En esta búsqueda de las bases éticas del comportamiento humano, MacIntyre descubre el interés del estudio histórico comparado entre el pensamiento clásico (representado paradigmáticamente por Sócrates) que mantiene la unión entre el conocer y el obrar, entre el ser y el deber ser, y el pensamiento moderno (desde Hume a Moore), para el cual es una falacia naturalista pretender extraer el «ought» del «is». En este sentido, MacIntyre propone la recuperación del espíritu de la Filosofía griega. Dado que para él no existe una explicación satisfactoria de la escisión o desdoblamiento ontológico/deontológico en la moderna teoría de la acción. En los dos primeros capítulos de su libro, Ramis analiza precisamente la cuestión de las razones para la acción como la gran pregunta a la que MacIntyre se enfrenta en esta primera fase de su obra, jalonada por dos libros fundamentales en su bibliografía, *Marxism: An Interpretation* (1953) y *Against the Self-Images of the Age: Essays on Ideology and Philosophy* (1971), obra con la que da comienzo su «etapa de revisión».

La segunda etapa del pensamiento de MacIntyre transcurre, de acuerdo con el estudio de Ramis, entre los años 1971-1978. En este periodo el filósofo escocés se muestra distante respecto a dos de las corrientes teóricas que marcaron su anterior etapa de juventud (aquellos *Lehrjahre* a los que se refiere Goethe en su novela: *Los años de aprendizaje de Wilhelm Meister*)⁵: el marxismo y de la Filosofía analítica. El desarrollo de esta fase revisionista de MacIntyre está marcado por la reflexión en torno a las tradiciones y a la aplicación de la crítica del filósofo de la ciencia e historiador estadounidense Thomas S. Kuhn a la Filosofía moral. A propósito de la búsqueda de unas razones para actuar, el autor dedica los capítulos 3 y 4 del libro que es objeto del presente comentario a exponer la historización que hace MacIntyre del

⁵ GOETHE, J. W., *Wilhelm Meisters Lehrjahre*, Johann Friedrich Unger, Berlin, 1795.

problema de las razones para la acción y a tratar de explicar por qué –en su opinión– ha desaparecido la virtud de la ética material. Para el filósofo escocés, el principal responsable de la supuesta pérdida de valores éticos materiales es el liberalismo, cuya lógica formalista ha terminado imponiéndose en el terreno de la ética y la justicia. Por este motivo propone MacIntyre en su obra más conocida, *After Virtue* (1981), y que preanuncia ya el tránsito a la última etapa de su pensamiento, el retorno a la ética aristotélica como espejo de virtud. En este punto, advierte Ramis, convendría recordar que, para el aristotelismo, la justicia es una virtud ética que exige la presencia de un Derecho natural que ponga las bases de una justicia que opere conforme a los «bienes internos» de las prácticas.

La tercera etapa del pensamiento de MacIntyre empieza en 1978 y llega hasta el presente. En esta última fase de su evolución intelectual, el filósofo escocés da paso a una concepción más amplia de la ética, la justicia y el Derecho natural, que se fundamenta en Santo Tomás. Pese al referente que supone el aristotelismo para la ética de la virtud, y aunque MacIntyre le reconoce a Aristóteles el mérito de haber unido la razón con la acción por medio de la deliberación, la completa explicación aristotélica de la realidad tiene, sin embargo, un punto débil: la falta de fundamento del deber y la normatividad, que –como indica oportunamente Ramis en el capítulo 5– es la base de la virtud de la justicia, que asegura al mismo tiempo y la ley natural. Para Aristóteles, la justicia y la imperatividad sólo tienen un fundamento teleológico, de modo que la justicia y la imperatividad dependerán en última instancia de la sociología y la antropología, pero no de un imperativo externo. A fin de salvar esta deficiencia del modelo aristotélico, MacIntyre propone una lectura tomista de los textos del Estagirita: Dios es un sostén fuerte de la moral porque su justicia es infalible. Partiendo de esta convicción teológica de MacIntyre, el autor del libro dedica el capítulo 6 al estudio de las conexiones que la fundamentación del Derecho MacIntyre con la Política, la Filosofía y la Historia. Este proyecto global le sirve al pensador escocés para –de acuerdo con la interpretación de Ramis– «dar una explicación histórica al problema del Derecho natural, mostrar los problemas de la formulación política moderna, resolver desacuerdos morales, delimitar el alcance de la Filosofía y de la Teología en el debate sobre el Derecho natural y, finalmente, criticar la concepción de los «derechos humanos»⁶.

A lo largo de los seis capítulos que articulan su original trabajo, por ser el primer estudio de conjunto que se ha realizado en torno a la contribución de MacIntyre al pensamiento jurídico, Rafael Ramis consigue ordenar los materiales iusfilosóficos dispersos por la obra macintyreana para presentarlos con claridad y coherencia. Así pues, como el propio autor reconoce, la mayor parte del peso de su investigación recae necesariamente sobre la sistematización y la reconstrucción del pensamiento de MacIntyre. Ahora bien, aunque Ramis mantiene exquisitamente la distancia precisa y la objetividad en la ordenación de los argumentos iusfilosóficos del pensador escocés, es perfectamente consciente de que la necesaria visión externa (o, si se prefiere, independencia) que un estudio de estas características exige a su autor. Por ello, la parte más interesante del libro de Ramis se reserva para el final, precisamente cuando abandona el tono descriptivo que venía manteniendo en los seis primeros capítulos que sistematizan la filosofía jurídica y pasa a mante-

⁶ *Vid.*, p. 301.

ner un diálogo abierto con las tesis de MacIntyre. En este diálogo de Ramis con MacIntyre, que es en realidad el resultado de una serie de entrevistas y de un intercambio epistolar entre el filósofo escocés y el investigador español, se abordan aspectos que van desde cuestiones metodológicas hasta temas tan sustanciales de la filosofía macintyreana como las claves de la evolución ideológica experimentada por el autor desde la década de los «50; la crítica al liberalismo por el vaciamiento de la justicia como virtud y su sustitución por una idea de justicia como mera virtud política; o la particular visión que tiene MacIntyre de la Filosofía del Derecho, que no es completa como la de Finnis o Hart, sino que en realidad responde a una serie de ideas sobre el Derecho natural que se deben y se subordinan a su teoría de la acción.

Pese a la incuestionable enjundia de las consideraciones realizadas por Ramis en su diálogo con MacIntyre, reflexiones hechas desde la absoluta independencia y el rigor que este autor acredita a lo largo de su libro, merece una especial consideración el último capítulo del mismo, dedicado a las conclusiones. En su balance final, tanto de la tesis del filósofo escocés sobre la falta de razones para actuar, como del análisis de su propuesta consuetudinaria e iusnaturalista, Ramis entiende que lo que en realidad plantea este pensador es una suerte de reformulación del pensamiento de Hart que se pretende combinar con algunas exigencias aristotélico-tomistas. A este respecto, advierte Ramis, la argumentación de MacIntyre adolece de un problema fundamental: que su idea de aunar a Aristóteles, Wittgenstein y Hart, es incompatible con su visión integradora de Sócrates, Tomás de Aquino y Kant. De ahí que, pese a reconocer la relevancia de MacIntyre como teorizador e historiador de los problemas éticos de la sociedad contemporánea, Ramis concluya su trabajo afirmando que su doctrina del Derecho natural tiene el valor de sugerir y suscitar interesantes críticas –MacIntyre habría merecido, sin duda, la calificación de «pensador fecundo» que Karl Jaspers reservaba a aquellas figuras de la historia del pensamiento que destacan por su especial capacidad de renovar y enriquecer la actividad filosófica con sus ideas–, aunque resulta insoslayable, como observa oportunamente Rafael Ramis, el hecho de que algunas de esas cuestiones planteadas por MacIntyre con su doctrina iusnaturalista se quedan sin respuesta, y que muchas de sus dificultades o contradicciones internas permanecen aún sin resolver.

Fernando H. LLANO ALONSO
Universidad de Sevilla

RÓDENAS, Ángeles: *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*, Barcelona, Marcial Pons, 2012, 128 pp.

Hart calificaba el poder de creación de derecho por parte de los jueces de *intersticial*, dado su carácter limitado⁷. Así, los jueces tienen un poder de creación limitado en cuanto a la ocasión de su ejercicio, pero también en tanto está pautado. En su trabajo⁸, la profesora Ángeles Ródenas emplea el término «intersticial» para hacer referencia a la zona de penumbra que media entre el conjunto de estándares normativos que son reconocidos de modo inequívoco como derecho y aquellos que claramente no lo son. A partir de la reflexión acerca de los tres problemas centrales del libro, la indeterminación del derecho, la validez jurídica y la crisis del positivismo, la autora nos acerca a la nebulosa región de los intersticios del derecho. Analizar lo que ocurre en este ámbito supone enfrentarse a cuestiones controvertidas entre los teóricos del derecho, a las que subyacen problemas iusfilosóficos fundamentales, como la función de los jueces o la incidencia de las razones en la práctica jurídica. Frente a cada uno de los problemas centrales que constituyen su objeto de estudio, la autora defiende la necesidad de acudir a los valores que subyacen a las normas y los sistemas jurídicos, y enfatiza que, en muchos casos, se trata de problemas interpretativos de diversa índole, y no de una genuina creación de derecho por parte de los jueces.

El análisis de los intersticios del derecho llevado a cabo por la profesora Ródenas no sólo es exhaustivo sino rico en apreciaciones. A continuación me referiré brevemente a algunas de las interesantes distinciones y consideraciones que introduce a lo largo del trabajo, tomando como referencia los tres grupos de problemas que se abordan en el libro.

En cuanto a la indeterminación del derecho (pp. 21-51), Ródenas distingue estos problemas de los de derrotabilidad, señalando diferentes acepciones y posibles conexiones entre ellos. Suscribir uno u otro significado depende, según la autora, de la concepción del derecho que se adopte. En este sentido, hace referencia a la *indeterminación debida a defectos lógicos de los sistemas jurídicos* (casos de lagunas y antinomias), y destaca que suele presuponer una concepción del derecho como un sistema normativo orientado a la justificación de decisiones, que lo están en tanto su contenido resulte deductivamente derivable del contenido de normas generales. Desde su punto de vista, señalar en tales casos que el juez no está sujeto a restricciones en su elección, por ejemplo al resolver una laguna normativa o una antinomia que no pueda solventarse usando metarreglas, choca con la *communis opinio* de los juristas. De acuerdo con Ródenas, hay que partir de una imagen del derecho que no lo reduzca a directivas de conducta en forma de reglas, sino que integre su vertiente de protección y promoción de bienes y valores, en forma de principios. En este mismo sentido, hace referencia a la *indeterminación lingüística de las normas debida a problemas del lenguaje* (ambigüedad semántica, sintáctica y pragmática y vaguedad intensional y extensional), y

⁷ HART, H., 1994, *The Concept of Law*, 2.ª ed., Oxford: Oxford University Press.

⁸ RÓDENAS, A., 2012, *Los intersticios del derecho*, Barcelona: Marcial Pons. Las referencias a esta obra en el texto de este trabajo aparecerán entre paréntesis.

destaca la relevancia del derecho implícito y de la elaboración doctrinal y teórica para resolver estos casos.

En su trabajo, la derrotabilidad ocupa un lugar destacado (pp. 33 y ss.). En un muy sugerente análisis del problema, la autora se plantea cuándo está justificado dejar de lado como razón para la acción una regla aplicable, así como la forma de los argumentos en los que se fundamentaría tal apartamiento. Distingue, en primer lugar, la *derrotabilidad en el nivel de las prescripciones contenidas en las formulaciones de las reglas* y la *derrotabilidad en el nivel de las justificaciones subyacentes a las reglas*. Pensemos en el caso de una regla que prohíbe fumar en los centros de trabajo. Asumamos que lo que se pretende con tal regla es proteger el derecho a la salud de los no fumadores. De acuerdo con Ródenas, la derrotabilidad en el nivel de las prescripciones puede deberse, bien a que las razones que respaldan la regla no son aplicables al caso (por ejemplo, en el caso de un empleado que fuma mientras atiende consultas telefónicas fuera del horario de oficina de los demás trabajadores), o bien a que, aun cuando sean de aplicación algunas de las principales razones a favor de la regla, hay otras razones presentes que no han sido consideradas en el balance de razones que la regla contempla (sería el caso de un ensayo clínico que se lleva a cabo en un hospital, destinado a mostrar la cantidad de humo que inhala un no fumador que comparte un espacio cerrado con fumadores). Si el primer grupo de casos puede considerarse como fuera del alcance de la regla, el segundo constituye una excepción a la misma. En estos casos, la derrotabilidad se predica de la prescripción contenida en la formulación normativa mediante la cual se expresa la regla, pero no del balance de razones subyacentes a la misma, puesto que puede apreciarse la extralimitación de la prescripción contenida en la formulación de la regla sin reabrir el balance de razones subyacentes⁹.

En cuanto a la derrotabilidad en el nivel de las justificaciones subyacentes a las reglas, de acuerdo con la autora se trata de casos en que a la luz de otros juicios de prevalencia entre razones, implícitos o explícitos en otras normas jerárquica o axiológicamente superiores del sistema jurídico, se aprecia un error en el propio compromiso entre razones de primer orden que opera como justificación subyacente de la regla. Piénsese, por ejemplo, en un sistema jurídico que consagra como principio constitucional fundamental la laicidad del Estado y en el que se introduce una regla que establece la obligatoriedad de la enseñanza religiosa católica. En estos supuestos la regla fracasa, tanto en el caso particular como en casos sucesivos, como razón para guiar la deliberación. Así, se rechaza como erróneo el propio juicio de prevalencia que opera como justificación de la regla, por lo que habría que asumir que ésta no debe jugar ningún papel en la toma de decisiones futuras¹⁰.

⁹ Ello puede ser cuestionable con respecto al segundo grupo de casos. No obstante, Ródenas señala que quien no sanciona al hospital no vuelve a realizar un balance con todas las razones de primer orden aplicables al caso. Así, no pone en cuestión que el compromiso que refleja la regla que prohíbe fumar en los centros de trabajo —el derecho a la salud de los no fumadores prevalece frente a la libertad de los fumadores de consumir tabaco— es plenamente válido.

¹⁰ De este modo, si bien en los casos de derrotabilidad en el nivel de las prescripciones podemos decir que la norma queda desplazada, puesto que lo único que se sigue es la no aplicabilidad de la prescripción al caso concreto y a otros casos futuros semejantes, en el segundo grupo de casos, el de las justificaciones subyacentes, hablamos de nulidad.

Ninguno de los dos casos de derrotabilidad anteriores supondría regular *ex novo*, sino llevar a cabo una actividad interpretativa encaminada a la transformación del derecho preexistente. Ello es así puesto que, según Ródenas, en el primer grupo de casos de derrotabilidad el juez tiene que demostrar que, a la luz del sistema de principios que dotan de sentido a la institución o sector normativo en cuestión, el caso en discusión constituye efectivamente una excepción o está excluido del alcance de la regla. En cuanto al segundo grupo, el juez no puede rechazar por erróneo el compromiso entre razones contenido en una norma jurídica aplicable basándose en razones hasta el momento no reconocidas por el ordenamiento jurídico (puesto que ello competiría al legislador), sino en juicios de prevalencia previstos en el propio sistema. En este sentido, el juez no es libre de componer, con las razones de primer orden contenidas en las reglas, el balance que estime oportuno y sólo puede dejar de lado las reglas oponiendo la prevalencia de otros compromisos que ya figuran expresa o tácitamente en el sistema. En definitiva, en ambos casos el juez debe basarse en el sistema de principios que dan coherencia a la institución o sector normativo de que se trate.

En tercer lugar, la autora hace referencia, siguiendo a Bayón¹¹, a la *derrotabilidad radical* (pp. 44 y ss.), que se produce cuando concurren razones para basar la respuesta a un problema en criterios extrajurídicos, ajenos a lo que el propio derecho establece¹². El derecho estaría entonces indeterminado en lo que concierne a los casos subsumibles en los supuestos de hecho y habría una decisión discrecional, no una interpretación, por parte del aplicador¹³.

Pues bien, de acuerdo con Ródenas la actividad interpretativa está orientada a resolver la indeterminación del derecho asociada a los problemas anteriores, con la salvedad de la derrotabilidad radical. Así, salvo en el supuesto de derrotabilidad radical, se hace necesario recurrir a las convenciones, que incluirían no sólo reglas de tipo semántico, sino también reglas interpretativas. En este sentido, desde su punto de vista las convenciones interpretativas tienen un papel mucho más amplio que el que generalmente se les atribuye.

En la segunda parte del trabajo, la profesora Ángeles Ródenas distingue diversos modos en que se emplea la noción de validez jurídica (pp. 53-85). La autora ordena las diferentes nociones, destacando relaciones de complementariedad y oposición entre ellas, y muestra cómo la adopción de diferentes puntos de vista sobre la naturaleza del derecho y su halo intersticial condiciona el tipo de concepción de validez que puede adoptarse. Ródenas traza tres distinciones: la diferencia entre existencia y validez normativa, entre validez regulativa y constitutiva, y entre validez formal y material. La validez regulativa y constitutiva son, de acuerdo con la autora, dos concreciones de la validez normativa, y los conceptos de validez formal y material son las dos dimensiones fundamentales de la validez regulativa. La profesora Ródenas

¹¹ BAYÓN, J.C., 2000, «Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico», *Isonomía*, 13: pp. 87-117.

¹² Según BAYÓN, se trata de un hipotético resultado al que sería posible llegar cuando se completa el proceso de identificación del derecho que se desarrolla tomando en cuenta no sólo las convenciones semánticas imperantes, sino también las interpretativas, y la idea central sería la de una convención que se autoanula, al remitir a criterios extrajurídicos.

¹³ De acuerdo con RÓDENAS, las dos primeras acepciones resultan más útiles si tenemos en cuenta el modo en que operan los aplicadores del derecho cuando resuelven las disputas, así como la actividad que desarrolla la dogmática jurídica (p. 48).

analiza los problemas de delimitación entre las nociones, lo que nos conducirá al área intersticial del derecho.

Las nociones de *existencia* y *validez normativa* constituyen los conceptos más abstractos y están presupuestos en las otras nociones. Esta distinción nos remite a las dimensiones fáctica y normativa del derecho. Así, entendemos que son jurídicas ciertas entidades cuya existencia depende de hechos convencionales, pero también otras entidades que pertenecen al sistema de acuerdo con las exigencias contenidas en las normas sobre producción de resultados institucionales. La distinción es relevante dado que puede haber desajustes entre ambas dimensiones, lo que Ródenas llama «situaciones de esquizofrenia jurídica» (como es el caso de una ley que no satisface determinados requisitos pero es considerada válida, o de una ley que sí los satisface pero es considerada inválida). De acuerdo con Ródenas, el examen de estas situaciones nos lleva a realizar una nueva incursión en los intersticios del derecho¹⁴.

En cuanto a la *validez regulativa y constitutiva*, Ródenas señala casos en que, debido a razones institucionales ligadas a la eficacia del derecho (en tanto que mecanismo para la consecución de determinados fines) el ordenamiento presume la validez normativa de entidades que, pese a no cumplir con todas las exigencias fijadas en las reglas que confieren poder, presentan una apariencia mínima de adecuación. La validez regulativa se predicaría de aquellos resultados normativos que se adecuan plenamente a las reglas de producción normativa, mientras que la constitutiva sería aplicable a aquellos resultados normativos que, pese a ser irregulares, presentan una mínima apariencia de adecuación. En este caso, y a diferencia de los juicios de existencia puramente convencionales, las normas que son válidas a nivel constitutivo pueden servir como base para un juicio crítico fundado en el derecho. Así, la obediencia a las normas irregulares pero constitutivamente válidas constituye una exigencia fundada en derecho y el incumplimiento de las mismas supone la vulneración de un deber jurídico. Ello, de nuevo, nos remite al área intersticial del derecho.

En cuanto a la *validez formal y material*, la primera se predicaría del acto que da lugar al resultado normativo, y la segunda del contenido de tal resultado. En principio, la consecuencia de los vicios formales es la inexistencia de los actos, y de los materiales la nulidad, pero ello es cuestionado por Ródenas, quien entiende que, según los casos, el incumplimiento de un requisito formal puede dar lugar a la inexistencia del resultado o simplemente a la irregularidad del mismo. La diferencia no puede ser tampoco que la validez formal no tenga que ver con valores. De acuerdo con la autora, en algunos casos la determinación de la concurrencia de vicios formales puede requerir la atribución de significado al contenido del acto normativo, pero con ciertas peculiaridades en relación a qué valores son relevantes, ya que la actividad interpretativa desplegada no valora la adecuación entre el contenido de los enunciados y otras normas jerárquicamente superiores del sistema. En esto se diferenciaría de los juicios de validez material, que se dirigen o bien a determinar la compatibilidad entre el contenido proposicional de las disposiciones (a detectar antinomias o contradicciones) o bien a establecer la compatibili-

¹⁴ No obstante, señala, superado el límite que la tensión entre la existencia convencional y la validez normativa puede soportar, sobrepasamos el halo intersticial y desaparecen las condiciones mínimas para seguir hablando de derecho.

dad entre el balance que subyace a la disposición y otros balances del sistema. El análisis de la validez formal y material, pese a sus diferencias, nos lleva en todo caso al halo intersticial del derecho, y a tomar en consideración tanto la dimensión del derecho como guía de la conducta, como su dimensión en tanto instrumento de protección de un conjunto de valores¹⁵.

En la última parte del libro, la profesora Ródenas cuestiona la capacidad del positivismo jurídico (pp. 87-122) para dar cuenta del razonamiento de los jueces en la zona intersticial del derecho, a la que ha hecho referencia de manera recurrente a lo largo del trabajo. De acuerdo con la autora, si se acepta la versión fuerte de las fuentes sociales —es decir, que puede identificarse aquello que el derecho es con independencia de lo que debe ser— las consideraciones basadas en juicios de valor no intervienen en la determinación del derecho de una comunidad. En su opinión, ello no reconstruye adecuadamente ni la tarea desempeñada típicamente por los jueces del *common law*, ni lo que ocurre en nuestros sistemas jurídicos como consecuencia de la incidencia de las constituciones. Pero no sólo estos casos son problemáticos. De acuerdo con la autora, hay ocasiones en que hacer depender la identificación del derecho de juicios de valor no sólo no contraviene lo que el derecho requiere de los jueces, sino que viene exigido por éste. Conforme a lo señalado por la profesora Ródenas, los juicios de valor operan haciendo, por un lado, que normas que, de acuerdo con los criterios autoritativos fijados en el sistema de fuentes no serían identificados como derecho, resulten aplicables y, por otro lado, que normas autoritativamente identificadas como derecho resulten inaplicables.

En cuanto a lo primero, señala que en muchos casos es el propio legislador el que prevé una remisión a criterios extrajurídicos, basados en valores. Además, si atendemos a la práctica interpretativa, en ocasiones se da una remisión a las convenciones interpretativas vigentes en un determinado grupo social, o se admite la entrada de la moral en el derecho. Por otro lado, existen fenómenos como la analogía *legis* o la interpretación extensiva, que también conducen a rechazar que sólo son relevantes las normas autoritativas. Según Ródenas, de acuerdo con la doctrina lo que el derecho requiere del juez no es una aplicación mecánica de la norma, sino que tiene que realizar un juicio fundado en consideraciones valorativas que le permita extender las razones subyacentes a la norma a otras situaciones.

En cuanto a lo segundo, entiende la autora que ningún sistema puede operar consistentemente utilizando sólo reglas de mandato, por lo que se prevén mecanismos, basados en criterios valorativos, que permiten excluir normas aplicables, bien introduciendo excepciones en el derecho basado en fuentes, bien incluso invalidándolo. Se excepcionan normas permisivas, por ejemplo, en el caso del abuso de derecho, el fraude a la ley, o la desviación de poder, y también hay mecanismos correctores para las reglas que establecen prohibiciones, por ejemplo las causas de justificación o la objeción de conciencia. Además, en el nivel de nuestras prácticas jurídicas, la doctrina defiende en ocasiones la llamada interpretación restrictiva. A ello se le suman las previ-

¹⁵ En el caso de los juicios acerca de la validez formal, los juicios sobre la competencia material ocupan un importante lugar en el análisis de RÓDENAS. En tales casos, las razones se hallan más circunscritas que en los juicios de validez material, siendo sólo pertinentes aquellas razones que contribuyan a dotar de sentido a la institución cuya competencia se cuestiona.

siones características del constitucionalismo moderno que permiten a los tribunales ordinarios o constitucionales invalidar normas cuyo contenido vulnere los valores fundamentales de la constitución.

La autora critica entonces las posibles respuestas a estos problemas desde el positivismo. Por un lado, critica a quienes reconstruyen estos casos como errores o imperfecciones de los sistemas jurídicos reales. De acuerdo con Ródenas, estas posiciones supondrían una mala reconstrucción que no da cuenta de rasgos centrales de la práctica jurídica. Pero su crítica fundamental se dirige contra el positivismo excluyente e incluyente. En la lectura que la profesora Ródenas lleva a cabo de estas concepciones, no podría admitirse la referencia a los valores puesto que la idea de autoridad del derecho se desvanecería. Ello es así dado que, de acuerdo con la autora, tanto el positivismo incluyente como el excluyente defienden que, en tales casos, el juez tiene discreción a la hora de actuar. Desde su punto de vista, en cambio, si los jueces tuvieran discrecionalidad para apartarse de las fuentes prescritas en las circunstancias y en la dirección que estimen más acorde con la moral crítica, la propia idea de autoridad del derecho, destacada por los positivistas, se desvanecería.

Finalmente, la autora defiende una forma de positivismo incluyente que sea inmune a los problemas anteriores. De acuerdo con su posición, el derecho remitiría a criterios convencionales de racionalidad que señalan límites en el proceso deliberativo del intérprete. De esta manera, si se toma en cuenta una concepción que no sólo adopte como elemento central las reglas, sino que incorpore también valores, el derecho todavía tiene mucho que decir en todos los supuestos que resultarían problemáticos conforme a la versión fuerte de la tesis de las fuentes sociales. La profesora Ródenas sienta entonces las bases de un proyecto metodológico alternativo, que permita a los juristas enfrentar los retos que plantean los intersticios del derecho. Concretamente, sostiene que hay que tomar en consideración las razones que el derecho incorpora y, para ello, es esencial distinguir entre las prescripciones contenidas en las formulaciones de las reglas, los principios jurídicos y los juicios de prevalencia entre principios previstos por el propio sistema. Sostiene además que sólo podemos situarnos en el buen camino si acudimos a las convenciones interpretativas compartidas por la comunidad jurídica, no sólo las expresas sino también las profundas, y si empleamos una metodología coherente que dé entrada a los principios jurídicos y a los juicios de prevalencia entre principios previstos por el propio sistema.

Una vez expuestos los aspectos que considero fundamentales del excelente trabajo de Ródenas, repleto de distinciones interesantes y que nos llama la atención sobre un ámbito frecuentemente olvidado por los teóricos como es el de los intersticios del derecho, llevaré a cabo un breve análisis crítico de algunos de los puntos anteriores. Como he señalado, en las dos primeras partes de su trabajo la autora pone de manifiesto los numerosos grupos de casos que plantean problemas desde una concepción radical de la tesis de las fuentes sociales. Esos supuestos, de acuerdo con la profesora Ródenas, muestran la incapacidad del positivismo jurídico para reconstruir adecuadamente lo que ocurre en nuestras prácticas jurídicas. La sugerente propuesta final del libro, que enfatiza la relevancia de los valores que subyacen al propio sistema, y de nuestras convenciones profundas que remitirían a los mismos, permitiría en cambio una reconstrucción plausible de tales supuestos, acorde con la percepción de los propios juristas, en que la coherencia del sistema jurídico resulta fundamental. Destacaré a continuación algunas dudas con

respecto a este planteamiento general, que no hacen más que poner de manifiesto el gran interés que el libro suscita en el lector:

1. La reconstrucción que la autora introduce del positivismo jurídico incluyente y excluyente podría ser controvertida. Así, creo que tanto el positivismo incluyente como el excluyente pueden ofrecer caracterizaciones de lo que ocurre en el área intersticial del derecho, a la que hace referencia Ródenas, sin comprometerse con que el juez goza de total libertad para resolver los casos. Ninguna de las posiciones niega que los textos y la práctica hagan referencia a consideraciones en apariencia morales. La cuestión es cómo reconstruir ese hecho prominente de la práctica. Ya sea que se entienda que en determinados casos el sistema remite a estándares extrajurídicos, o que los incorpora, el positivismo en sus diversas versiones puede sostener que la actividad judicial es intersticial en el sentido expuesto al inicio del trabajo, en tanto limitada por su ocasión y el modo en que se la ejerce. Sólo cuando nuestras convenciones hagan referencia de un modo u otro a valores, estos serán relevantes. Y, ya se entienda que estos pertenecen o no al sistema jurídico, ello no conlleva una total libertad por parte de los jueces¹.

2. Ródenas hace referencia a la crítica de Dworkin, que destaca la relevancia de los principios jurídicos, y que dio lugar al debate entre positivistas incluyentes y excluyentes. Sin embargo, no creo que la discusión interna al positivismo ofrezca una respuesta al verdadero desafío de Dworkin: que el positivismo es incapaz de reconstruir adecuadamente lo que ocurre cuando un caso es controvertido. Este desafío quedará más claramente plasmado en su crítica posterior de los desacuerdos teóricos. En este sentido, el debate entre positivistas incluyentes y excluyentes, si bien gira en torno a cómo entender las referencias no controvertidas a la moral en el derecho, no ofrece una respuesta satisfactoria para aquellos casos en que la remisión o incorporación de la moral es controvertida. Pues bien, precisamente en estos casos, en que hay diferentes opciones que se controvierten, las concepciones que destacan la relevancia de las convenciones, profundas o no, resultan problemáticas. Ello es así puesto que, si nos interesa ofrecer una reconstrucción de la práctica, que refleje el modo en que se ven los juristas, no puede obviarse que en muchos casos sus discusiones acerca del derecho no parecen agotarse en un intento por dar cuenta de las convenciones. Si el positivismo puede o no ofrecer una reconstrucción adecuada de tales casos es algo muy debatido².

3. Más allá de la problemática que suponen los desacuerdos jurídicos para el convencionalismo, me parece importante señalar que, conforme al positivismo, lo que ocurre en casos como los descritos por la autora (indeterminación, derrotabilidad, reglas irregulares, etcétera) es del todo contingente. De esta manera, si bien la profesora Ródenas sostiene que en tales supuestos hay que tomar en consideración nuestras convenciones profundas, adoptando una metodología coherentista que atienda a los valores subyacentes, ello dependerá de las prácticas interpretativas que contingentemente se desarro-

¹ Véase, en este sentido, el postscriptum de HART (Hart, H., 1994: *The Concept of Law*, 2.^a ed., Oxford: Oxford University Press) o la reconstrucción de Shapiro (Shapiro, S., 2011: *Legality*, Cambridge-Mass: The Belknap Press of Harvard University Press) de este tipo de casos.

² Véase en este sentido, por ejemplo, RAMÍREZ LUDEÑA, L., 2013: «Los desacuerdos en el derecho», *Doxa*: 125-155.

llen en cada sistema jurídico. Bien podría ocurrir que en un determinado sistema no se acepte la derrotabilidad en el nivel de las prescripciones, o que se admita que en tales casos, por entenderse como igualmente aceptables diversos instrumentos interpretativos, tanto lo establecido en la regla, como una interpretación que apele al propósito subyacente a la regla, son igualmente admisibles. Asimismo, puede ocurrir que se considere que en determinados supuestos, en atención al rol institucional que se entiende que tienen los jueces, estos deben concretar el derecho puesto que éste no prevé una única respuesta para un determinado grupo de casos. Finalmente, también puede ocurrir que, contingentemente, los jueces tengan deferencia a las interpretaciones dogmáticas en un determinado sector, por lo que sólo se reconozca como correcta una determinada interpretación, que puede ser más o menos restrictiva con respecto a los valores subyacentes. Es decir, las convenciones interpretativas, dependientes de las normas del sistema pero también de las prácticas interpretativas contingentes, y que son determinantes tanto para la identificación de un grupo de casos problemáticos como a la hora de resolverlos, pueden conducirnos a situaciones de muy diversa índole, y no siempre a la adopción de una metodología coherentista que atienda a los valores subyacentes.

4. En conexión con el punto anterior, cabría plantearse si la propuesta final del trabajo es una propuesta que supone una mejor reconstrucción de la práctica jurídica, atendiendo a cómo los juristas conciben la práctica, o si se trata de una propuesta normativa que señala la relevancia de la coherencia de nuestros sistemas jurídicos. En este punto, me parece importante enfatizar que nuestras prácticas pueden reconocer como relevantes los valores subyacentes a las normas, o pueden no hacerlo, y que las propias convenciones profundas pueden resultar inconsistentes entre sí.

Lorena RAMÍREZ LUDEÑA
Universitat Pompeu Fabra

ZEROLO DURÁN, Armando: *Génesis del Estado Minotauro. El pensamiento político de Bertrand de Jouvenel*, Madrid, Sequitur, 2013, 245 pp.

Bertrand de Jouvenel no es un autor demasiado leído ni citado en España. Pertenece a una estirpe de pensadores liberales y católicos que ha ido menguando, y que sólo parece resistir débilmente en Francia (con figuras como Pierre Manent y su malogrado discípulo Émile Perreau-Saussine). El maridaje del liberalismo con otras formas políticas —como por ejemplo el utilitarismo o alguna versión desleída del socialismo— ha tenido, sin embargo, mayor fortuna.

Tal vez por esta razón, Jouvenel es actualmente un autor poco conocido en nuestros pagos, muy dados en los últimos tiempos al cultivo de lo mayoritario y de lo bienpensante. Tampoco lo es en Francia, donde se le considera un pensador raro y de segunda fila, aunque sí en los Estados Unidos. Sin duda, Jouvenel fue traducido ya en vida al español y el interés por su obra ha sido siempre constante, aunque marginal. Por fortuna, no todos siguen las modas y hay algunos profesores que se inclinan por introducir en el debate hispano algunos autores «extravagantes».

Faltaba, tal vez, una monografía en español que ayudara a comprender mejor su pensamiento. Para colmar esta necesidad, se ha publicado este libro del Dr. Armando Zerolo Durán (profesor de Filosofía del Derecho en el CEU de Madrid), fruto de su tesis doctoral dirigida por el Prof. Dalmacio Negro Pavón, autor asimismo del prólogo al libro. Del complejo pensamiento de Jouvenel, el autor de este estudio trata exclusivamente de la génesis del «Estado minotauro», una de las ideas clave del escritor francés.

Fue Jouvenel un intelectual extraño en su época. Su formación académica resultó poco sistemática y no es de extrañar un cierto desdén por parte de las élites universitarias ante una persona que, fuera del día al día de las aulas, presencié como periodista algunos de los principales acontecimientos de la primera mitad del siglo xx. Su acceso a la universidad fue tardío y la estructura de su pensamiento puede considerarse más intuitiva que sólida. El camino de Jouvenel fue el del periodista que quiso entender el por qué de la política y, para hallar la respuesta, se puso a bucear en los libros.

La carencia de un *habitus* universitario permitió que pusiera la experiencia política como base de su reflexión. Su itinerario fue el tránsito desde la presentación de los hechos políticos hasta su comprensión más profunda. Empezó siendo un relator de la praxis y acabó siendo un «filósofo» que quiso preguntarse por la esencia de la política (el Estado, la soberanía y, en definitiva, el manejo del poder). Decía Diderot que a la filosofía se llegaba por tres vías: por la ciencia, por la política o por la religión. Jouvenel arribó al puerto de la filosofía tras una travesía por las aguas de la política; unas aguas a menudo agitadas y turbulentas, que empaparon al joven periodista.

Junto con la política, en sus trabajos como «pensador», se encuentra también una gran influencia de la religión. Sería muy fácil despachar la obra de este ilustre parisino si siguiésemos los hilos de quienes quieren desautorizar implícitamente su mensaje, en el que se dan la mano la política y la religión: sus entrevistas a dictadores, su convulsa experiencia política, el paralelismo con Tocqueville, su acendrada religiosidad desde una época madura, su vindicación de la Edad Media... le sitúan, ciertamente, en una situación incómoda para un determinado público. Y es que Jouvenel, aunque comparte buena

parte del ideario liberal-conservador, es un autor inclasificable, sorprendente. Repasando tanto sus escritos como esta monografía de Armando Zerolo, el lector puede pensar a menudo en Arendt, Voeglin, Strauss, MacIntyre, Taylor... y valorar los matices de su pensamiento, menos unilateral de lo que parece a primera vista.

En *Génesis del Estado Minotauro* se traza una historia de las formas políticas desde la Edad Media hasta la actualidad. En realidad, Jouvenel hizo el camino inverso. Empezó a plantearse los problemas del Estado al contraponer el liberalismo con algunas formas de socialismo (nazi y comunista) y también con el modelo proteccionista del bienestar posterior a la Segunda Guerra Mundial. Para buscar los orígenes de la hipertrofia del Estado en nuestros días, el pensador francés acudió a la historia política de Europa y constató que lo que él denominó el «Estado minotauro» era el último eslabón de una forma política que estaba a punto de disolverse. Podría decirse, resumiendo mucho, que Jouvenel narra la historia del nacimiento y desarrollo del Estado moderno que fue concebido para dar seguridad a los ciudadanos y, cual monstruo, acabó necesitando de tantos recursos para su propia supervivencia, que terminó devorando a los que tenía que proteger.

Para buscar la génesis de sus ideas, Jouvenel tuvo que llegar hasta la Edad Media, momento en el que existía un cierto equilibrio de fidelidades y las atribuciones propias del Estado moderno resultaban imposibles, entre otros motivos, por el dualismo entre el poder civil y el poder religioso. El poder civil imitó al Papa en el fortalecimiento de su autoridad frente a los obispos, de suerte que los reyes a la sazón intentaron robustecer su postura frente a los nobles. Durante la Baja Edad Media, el rey tenía una posición de *primus inter pares* y su función recaudatoria no era permanente, sino que tenía que reunir a las Cortes en asamblea para pedir dinero a cambio de contraprestaciones. En cambio, el Parlamento, según Jouvenel, «tiene el carácter de un soberano que cobra impuestos a su gusto» (p. 98).

Lo cierto es que el tránsito a la Modernidad se realizó a través del incremento de atribuciones del monarca y por la concentración de la autoridad. Las guerras bajomedievales eran breves y limitadas porque los poderes también lo eran (p. 104): no se podían reclutar grandes ejércitos, pues un señor feudal no los podía costear. En cambio, cuando los monarcas –a través de las conquistas– lograron incrementar su poder, devinieron una seria amenaza no sólo para la nobleza, sino también para los otros Estados. Jouvenel pone el caso de España, que (gracias a la Conquista de América y a su vinculación con el Sacro Imperio) resultó una potencia hegemónica en el siglo XVI y ello obligó a que el pueblo inglés y el francés tuvieran que sufrir un desmesurado aumento del poder de sus monarquías para hacer frente a la supremacía hispánica (p. 106).

Los nobles en aquel momento pasaron a servir al rey en la Corte. Al abandonar el feudalismo (y, sin embargo, al exigir sus beneficios) se granjearon el odio del pueblo. El rey debía de mantener un ejército permanente que avasallaba a todo el que se oponía a las directrices del soberano. Empezaba la época en la que el derecho era una creación, no algo meramente dado por la tradición (p. 117).

Con Hobbes –dice Armando Zerolo, glosando las ideas de Jouvenel– se acerca el momento de mayor perfección de la soberanía moderna, en la que la estructura social se reducía a dos polos (el individuo y el Estado) y empezaba a destruir las relaciones intermedias que habían existido hasta entonces (p. 119). Daba comienzo aquí una época caracterizada también por el olvido

de Dios y por la sustitución de Éste por el Estado. Con todo, la transición a la Modernidad era un itinerario que, ciertamente, cristalizaba con autores como Hobbes, pero que sólo se manifestaba definitivamente con la Revolución francesa y con las ideas morales de Rousseau. El ginebrino «eliminó la distinción artificial hobbesiana de Estado y Sociedad y los fundió en el Estado Moral» (p. 127).

Con la Revolución Francesa se produjo la atomización social y de todos los vínculos entre los hombres, que no fueron tenidos en cuenta más que por su servicio al Estado (p. 142). La burguesía fue la gran beneficiaria de este Estado moderno, cada vez más voraz. Jouvanel habla de *pactum subjectionis* para referirse al momento en el que el ciudadano devuelve al Estado sus derechos individuales, para recibir los derechos sociales (p. 160). El Estado minotauro, según Zerolo, «surgió so pretexto de completar los grades avances en materia de Derechos Humanos proclamados en el siglo XVIII. Pero en realidad, lo que hizo al proclamar una nueva generación de derechos, fue contradecir y derogar los anteriores» (p. 162).

El Estado minotauro fue convirtiéndose en una bestia que devoraba a sus súbditos bajo el pretexto de la seguridad y del bienestar. Los pactos políticos anteriores a la Primera Guerra Mundial, establecidos entre miembros de Estados que eran –entre sí– familiares en diferentes grados, no querían humillar a los otros, sino establecer medidas para una paz duradera que permitiese que, con el tiempo, los vencidos pudiesen prosperar (p. 185). A partir del Tratado de Versalles, los Estados vencedores impusieron a los perdedores unas condiciones tan duras que, a la postre, coadyuvaron al estallido de la Segunda Guerra Mundial.

Con la configuración del Estado totalitario se dibujó un escenario de aumento exponencial de las competencias del gran Leviatán, transformado en un monstruo horrendo capaz de devorar a sus componentes. El Estado totalitario tenía una línea de mando claro y un poder muy bien definido y jerárquico. Después de la Segunda Guerra Mundial surgió definitivamente el Estado minotauro, que gestiona la vida de los ciudadanos desde la cuna hasta la tumba, protegiéndolos de toda desviación. Se trata de un gobierno burocrático sin cabeza visible (p. 211), en el que la omnipotencia del Estado avanza desmesuradamente a partir de la tecnología y de las nuevas formas de dominación que pueden establecerse a partir de ella.

El Estado minotauro gestiona la seguridad de las personas que viven en él, a costa de que éstas pierdan todas las libertades individuales. Para garantizar la seguridad, el Estado devora todas las libertades y ata con las cadenas de la opresión las vidas de las personas: la sociedad está cada vez más atomizada y la dicotomía Estado/Individuo se desarrolla plenamente. Todas las fidelidades intermedias, todas las asociaciones y las costumbres dejan de tener peso, frente a la voracidad del Estado.

Jouvanel vaticinó implícitamente la desaparición del Estado, porque acabaría desintegrando a las personas y convirtiéndose en un ente ingobernable y nihilista. No sería ya el Estado tal y como lo conocemos, sino una forma extraña a toda la tradición política anterior. Es difícil de interpretar este último mensaje del pensador francés, sobre todo, al mediar varias décadas desde su plasmación hasta nuestros días.

Realmente, el Estado no ha dejado de ampliar sus zonas de control y de dominio, aunque ahora la empresa ha acabado coartando notablemente su papel. Estamos, tal vez, más cerca del «Soberano supraestatal difuso» defendido por Juan-Ramón Capella, aunque los dos diagnósticos no son tan leja-

nos como pueda parecer *a priori*. Lo cierto es que un Estado cada vez más hipertrofiado, voraz en su autoabastecimiento, y cicatero en sus contraprestaciones, comparte con las multinacionales el poder en una lucha en la que los ciudadanos son los más perjudicados. Desde antes de muerte de Jouvenel, los derechos garantizados por el Estado empezaron a menguar, aunque no lo hizo el dominio sutil de éste sobre las conciencias y ni el menos sutil sobre los bolsillos de los contribuyentes.

Jouvenel contribuye a elaborar un panorama crítico y sombrío del Estado contemporáneo. Cabe imaginar que si viviera en nuestros días, pintaría el escenario todavía con más nubarrones. Por su radicalidad, el intelectual francés puede recoger la simpatía de no pocos pensadores liberales, pero también de algún que otro disidente de la izquierda. Por el hecho de explicar su pensamiento con una claridad y una vehemencia infrecuente en los académicos, Jouvenel tiene un inconfundible encanto, aunque también es cierto que los partidarios del socialismo (e incluso del comunitarismo) encontrarán en él –y con razón– argumentos muy capciosos, demasiado *ad hoc*.

Cabe terminar recordando que el libro es una parte de la tesis doctoral de Armando Zerolo. Como toda tesis de autor, acaba siendo más taxonómica e informativa que dialéctica: el autor no rebate nunca a Jouvenel, sino que respalda su pensamiento confrontándolo con algunos autores afines (Ullmann, Elias...) y con el de su maestro, Dalmacio Negro. Es cierto que el profesor Zerolo hace un encomiable esfuerzo de contextualización y de síntesis de muchos siglos de historia y que, a menudo, esa labor exige –por sí misma– una selección y una serie de renunciaciones, como por ejemplo, al debate. Sin duda, ya habrá ocasión.

Hay que alabar los méritos de la obra, que ayudará a entrar en la mentalidad de Jouvenel a los reticentes desconocedores de sus escritos, al tiempo que podrá contribuir a perfilar la posición del filósofo francés quienes hayan leído *El Poder*, o cualquiera de sus obras. Es, en fin, un libro de lectura grata y muy bien articulado, que –sin duda– hará pensar al que recorra sus páginas.

Rafael RAMIS BARCELÓ
Universitat de les Illes Balears

IV

NOTICIAS

Crónica de las XXIV Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política

Organizadas por el Área de Filosofía del Derecho de la Universidad de Cantabria, tuvieron lugar en Santander, en la Facultad de Derecho, las XXIV Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social, durante los días 14 y 15 de marzo de 2013. El Comité Organizador lo componían los Profesores Jesús Ignacio Martínez García, Ángel Pelayo González-Torre, María Olga Sánchez Martínez y José Ignacio Solar Cayón. El tema propuesto fue «Tiempos de crisis: nuevos escenarios del pensamiento jurídico».

Las Jornadas se desarrollaron en tres sesiones, con dos ponencias en cada sesión, seguidas de debate. Se presentaron 45 comunicaciones, que fueron expuestas en tres grupos, por afinidad temática. Hubo más de cien participantes, provenientes de 43 universidades.

La inauguración corrió a cargo del Rector de la Universidad de Cantabria, Profesor José Carlos Gómez Sal, juntamente con el Decano de la Facultad de Derecho, Profesor Juan Baró Pazos, el Presidente de la Sociedad, Profesor Francisco Javier Ansuátegui Roig, y, en representación del Comité Organizador, el Profesor Jesús Ignacio Martínez García.

La primera sesión se dedicó a «Desafíos de una sociedad pluralista». Actuó como Presentadora-Moderadora la Profesora Milagros Otero Parga, de la Universidad de Santiago de Compostela. Intervino la Profesora Ana Garriga Domínguez, de la Universidad de Vigo, que analizó «El conflicto entre la libertad de expresión y los sentimientos religiosos en las sociedades multiculturales». La Profesora María Elósegui Itxaso, de la Universidad de Zaragoza, trató de «La jurisprudencia del TEDH y el miedo al acomodamiento jurídico de la diversidad en tiempos de crisis».

La segunda sesión, con el título «Perplejidad y convicciones», tuvo como Presidente-Moderador al Profesor Jorge Malem Seña, de la Universidad Pompeu Fabra. Contó con las aportaciones de la Profesora Ana Rubio Castro, de la Universidad de Granada, sobre «La responsabilidad por la igualdad: el derecho antidiscriminatorio en España», y del Profesor Eusebio Fernández García, de la Universidad Carlos III de Madrid, sobre «Orden natural y derecho suprallegal. Iusnaturalismo y derechos humanos».

En la tercera sesión, con el tema «Encrucijadas del Derecho», actuó como Presidente-Moderador el Profesor Benito de Castro Cid, de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Intervino el Profesor Juan Ruiz Manero, de la Universidad de Alicante, con una ponencia titulada «Sobre los límites de la ponderación», y el Profesor Miguel Ángel Rodilla González, de la Universidad de Salamanca, que habló sobre «El principio de soberanía popular en el Estado constitucional».

Con motivo de su fallecimiento, se dedicó un homenaje a los Profesores Gregorio Peces-Barba Martínez y Nicolás López Calera, que fueron Presidentes de la Sociedad. Intervinieron los Profesores Rafael de Asís Roig, de la Universidad Carlos III de Madrid, Pedro Mercado Pacheco, de la Universidad de Granada, y José Delgado Pinto, de la Universidad de Salamanca.

Finalmente tuvo lugar la Asamblea General, en la que se entregó una placa conmemorativa al anterior Presidente, Profesor Carlos Alarcón Cabrera, y se presentó la nueva página Web de la Sociedad (<http://www.filosofia-delderecho.org/>). Se acordó que las XXV Jornadas se celebrarán en 2015 en la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Jesús Ignacio MARTÍNEZ GARCÍA
Universidad de Cantabria

V

NECROLÓGICAS

Ronald Dworkin

Ronald Myles Dworkin (1931-2013) puede ser considerado, por la amplitud y calidad de su obra, como uno de los pensadores más importantes que ha dado los Estados Unidos en el siglo xx. Entendió la filosofía como una empresa que debía estar al servicio de las argumentaciones sobre problemas prácticos, como un traje hecho a la medida de esos problemas y no como una construcción ideal con la que forzar la interpretación de la realidad. Esta actitud le granjeó la antipatía de muchos filósofos del derecho profesionales, que lo consideraban un gran polemista cuyas teorías no estaban a la altura de sus afiladas críticas. Su falta de precisión en el uso de ciertas categorías lo hicieron difícil de clasificar y aumentaron el recelo entre algunos de sus compañeros de gremio. Por ello fue una de las figuras más destacadas de la filosofía jurídica anglosajona pero también una de las más polémicas.

Estudió derecho en Harvard Law School y, tras graduarse, trabajó como asistente del juez Learned Hand entre 1957 y 1958. Ejerció la abogacía como miembro de la firma Sullivan y Cromwell de la ciudad de Nueva York desde 1958 hasta 1962. Ese año comenzó su carrera académica como profesor de Derecho en Yale Law School, que lo llevaría a obtener la cátedra Wesley N. Hohfeld en 1968 y la cátedra de teoría jurídica en Oxford en 1969 (tomando el relevo de Herbert Hart, quien la ostentaba desde 1952). En 1975 fue nombrado profesor en la Escuela de Derecho y en el Departamento de Filosofía de la Universidad de Nueva York. Desarrolló labores docentes durante diferentes lapsos de tiempo en las universidades de Harvard, Cornell y Princeton. Desde 1984 se desempeñó como profesor visitante en la Universidad de Londres. Fue miembro de la Academia Británica y de la Academia Americana de Artes y Ciencias.

Su primeros trabajos fueron artículos publicados en diferentes revistas y posteriormente agrupados en dos compilaciones *Taking Rights Seriously* (1977) y *A Matter of Principle* (1985). Esa primera etapa de su pensamiento estuvo marcada por una profunda crítica al positivismo jurídico representado por Hart y al desarrollo de una teoría de los derechos individuales como derechos pre jurídicos. En una segunda etapa planteó una alternativa teórica al positivismo basada en una concepción interpretativa de la teoría jurídica, la que expuso de forma sistemática en *Law's Empire* (1986). En el campo de la filosofía política, Dworkin defendió una concepción igualitaria del liberalismo, que desarrolló principalmente en una serie de cuatro artícu-

los dedicados a la noción de igualdad (1981-1987) recopilados posteriormente –junto a otros trabajos– en *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality* (2000). Propuso una fundamentación del liberalismo mediante una estrategia que no requiriera aislar la política de la concepción de la buena vida, tal como ocurre en la obra de otros pensadores liberales contemporáneos como John Rawls. En su última y ambiciosa obra, *Justice for Hedgehogs* (2011), ofreció una concepción unificada del dominio normativo de conocimiento para defender sus posiciones sobre la objetividad y la verdad en el campo del derecho y la moral.

La principal preocupación teórica de Dworkin fue que los «derechos fueran tomados en serio». Esto significa preservar los derechos individuales frente a cualquier intento de avasallamiento por parte del Estado. Sus posiciones jurídicas más conocidas, como la teoría del razonamiento judicial y la tesis de la respuesta correcta, fueron desarrolladas para defender esa concepción liberal del derecho. La tesis central, en torno a la que se articula todo su pensamiento, es la llamada «tesis de los derechos» o «tesis del derecho a una decisión». Sólo se puede afirmar que los sujetos tienen derechos si los jueces, al decidir los litigios que surgen en relación con su existencia o alcance, deben tomar sus decisiones sobre la base de la existencia previa de esos derechos. Decir que un individuo tiene un derecho jurídico significa afirmar que tiene el derecho a una decisión jurídica favorable en caso de controversia.

De ella se deriva la necesidad de defender la llamada «tesis de la respuesta correcta». Sostener que un sujeto tiene el derecho a una decisión judicial favorable en ciertos casos, y al mismo tiempo decir que es la existencia de ese derecho la que debe servir de base para dicha decisión, exige que el material normativo ofrezca una respuesta correcta en los casos controvertidos. Para que los jueces puedan hallar esas «respuestas correctas» se les deben otorgar herramientas más flexibles para construir los razonamientos que les permitan justificar jurídicamente esas decisiones. Los principios jurídicos son los instrumentos que permiten explicar cómo los jueces pueden hallar una respuesta correcta en todos los casos, aun en los llamados casos difíciles. Pero la defensa de los derechos individuales exige que esos principios sean entendidos de forma restrictiva, excluyendo aquellas pautas que establecen metas consideradas valiosas para la comunidad. Por ello Dworkin considera que los únicos fundamentos aceptables para las respuestas judiciales correctas en cuestiones jurídicas controvertidas son los principios jurídicos y no las directrices políticas, ya que estas pueden ser satisfechas de diversas maneras, lo que no permitiría fundar la «tesis de la respuesta correcta».

Estas son las razones que lo llevan a rechazar la distinción tradicional entre derecho y moral. La labor de Hércules, el juez ideal que utiliza en su exposición, es hallar la teoría que mejor explique y justifique el derecho establecido. Esa teoría consiste en el conjunto de principios de moralidad subyacentes en el material normativo que mejor se adecúe a sus rasgos visibles. Con ayuda de esta teoría no resulta difícil hallar respuesta para aquellas cuestiones no resueltas explícitamente por el derecho establecido. La labor de Hércules consiste en encontrar la mejor justificación moral para los materiales jurídicos y, al hacerlo, debe él mismo formular juicios morales sustantivos. Su labor no se puede limitar a describir la moralidad convencional, aquella que surge de ciertas reglas sociales ampliamente aceptadas.

Dworkin sostiene que la teoría jurídica no es más que la parte general de toda decisión judicial. La tarea de Hércules representa la consecución del programa ideal de dicha teoría, en la que conviven elementos descriptivos y

valorativos. En textos posteriores esta combinación se justifica a partir de la concepción de la interpretación constructiva, en la que la metáfora del juez Hércules da paso a la de la novela en cadena –aquella en la que cada uno de los autores debe escribir un capítulo teniendo en cuenta lo realizado por sus predecesores y procurando que su aporte constituya un paso hacia la mejor obra colectiva posible–. Los jueces se encuentran en una posición similar en lo que denominó la «concepción del derecho como integridad». Es esta mezcla de aspectos descriptivos y normativos en su teoría la que ha generado dificultades a la hora de clasificarla. Frente a la dicotomía tradicional entre teorías conceptuales o descriptivas del derecho (positivistas) y teorías prescriptivas (iusnaturalistas), la propuesta de Dworkin combina elementos de ambas. Esto ha llevado a algunos autores a considerarla un tercer tipo de teoría jurídica, y a otros a considerarla una variante sofisticada de positivismo o de iusnaturalismo.

Dworkin protagonizó una gran cantidad de debates sobre las más diversas cuestiones. Pero el más famoso y relevante para la teoría jurídica fue el que mantuvo durante más de veinte años con Hart. La discusión se desarrolló en una serie de trabajos publicados en revistas especializadas desde finales de los sesenta. La última intervención de Hart fue publicada póstumamente como un *Postscript* a la segunda edición de *The Concept of Law* (1994). Dworkin dedicó un largo artículo a analizar esa réplica, que fue incluido junto a la respuesta que dio a las críticas que le formularon otros seguidores de Hart en la compilación *Justice in Robes* (2006).

La crítica que Dworkin formuló a la teoría de Hart en sus primeros trabajos produjo una división en las filas del positivismo anglosajón. Dworkin sostuvo que en los casos difíciles los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas apelando a principios. El positivismo jurídico debía ser rechazado porque resultaba incapaz de explicar esa característica del razonamiento judicial sin renunciar a una de sus tesis básicas: que el derecho podía ser identificado a partir de ciertos rasgos formales sin necesidad de considerar el contenido moral de sus disposiciones. Dworkin llamaba a esta tesis la «prueba de pedigrí», que en la teoría de Hart era proveída por su concepción de la Regla de Reconocimiento. Las posiciones que asumieron los positivistas respecto a la incorporación de los principios de moralidad como condición de validez jurídicas se pueden dividir en dos grandes familias:

1. El positivismo jurídico excluyente (también llamado «no-incorporacionista» o «duro»), cuyo principal representante es Joseph Raz, respondió al desafío de Dworkin afirmando que se puede explicar como los principios jurídicos adquieren su validez jurídica de la misma forma que se hace con las reglas, esto es a través de los criterios que establece la Regla de Reconocimiento. En pocas palabras, esta vertiente del positivismo no se compromete con un modelo de reglas, pero para ello no cree necesario abandonar la doctrina de la Regla de Reconocimiento ni la separación estricta entre derecho y moral.

2. El positivismo jurídico incluyente (denominado en ocasiones «incorporacionista» o «blando»), en el que militan Coleman, Schauer y Waluchow –entre otros– y en el que se podría incorporar al propio Hart a tenor de lo que afirma en el *Postscript*, acepta que la Regla de Reconocimiento puede incluir principios de la misma manera que reglas. Sin embargo, difieren en la forma en la que entienden el impacto de esta inclusión. Las condiciones de validez

de un sistema jurídico quedarían establecidas de dos maneras: algunas pautas pertenecerían al sistema por su origen y otras por sus contenidos morales.

Esta presentación sumamente esquemática alcanza para mostrar la gran influencia que ha ejercido la crítica de Dworkin en el pensamiento iusfilosófico anglosajón. Dworkin respondió a esta reacción positivista, en sus dos vertientes, en el artículo «Thirty Years On...» (*Harvard Law Review*, 115 (6), 2001, pp. 1655-1687).

Dworkin participó en las principales controversias generadas por los problemas morales y políticos de su tiempo. Gran parte de esos trabajos se encuentran recogidos en la compilación titulada *Freedom's Law* (1996), junto con aquellos en los que defiende su teoría de la interpretación en el ámbito constitucional. Las cuestiones relacionadas con la pornografía y la libertad de expresión, por ejemplo, lo preocuparon desde la primera mitad de los años sesenta. Pero la causa a la que dedicó más esfuerzos fue la defensa de la regulación constitucional norteamericana sobre del aborto, establecida en la década del setenta en el famoso fallo *Roe v. Wade*. Sus escritos sobre el tema dieron lugar al libro *Life's Dominion* (1993), en el que afrontó otras cuestiones relacionadas con el valor de la vida como la eutanasia.

Para Dworkin la razón que lleva a ver la controversia en torno al aborto como irresoluble es malinterpretar el objeto de la discusión. El desacuerdo respecto del aborto debería ser entendido como el reflejo de un desacuerdo más profundo, de carácter espiritual, entre las distintas concepciones que cada uno de los contendientes posee respecto del valor de la vida humana. Dworkin aborda el problema del aborto en ese libro en tres planos diferentes (aunque relacionados entre sí): filosófico, jurídico y político. En el primero defiende una forma particular de interpretar el debate moral en torno del aborto. En el segundo, estrictamente jurídico, aboga por una respuesta determinada al problema constitucional en la práctica jurídica norteamericana. Y finalmente, en el plano político, Dworkin argumenta de manera general en defensa de la solución que cree aplicable a otras democracias occidentales.

La argumentación de Dworkin respecto del aborto en *Life's Dominion* puede reconstruirse de la siguiente manera:

1. Interpretar el debate sobre el aborto como una controversia sobre los intereses y derechos del feto constituye un error que nos conduce a considerar irresoluble el problema.
2. Si prestamos atención a las razones profundas que mueven a los contendientes en el debate, veremos que casi todos los involucrados aceptan la idea de que la vida humana es sagrada (intrínsecamente valiosa o inviolable). Las distintas concepciones que defienden sobre esta noción son las que los lleva a discrepar respecto del aborto.
3. Esto significa reconocer que el desacuerdo frente al aborto es el producto de un desacuerdo de tipo espiritual, entre las distintas concepciones que cada uno de los contendientes posee respecto del sentido o valor de la vida humana.
4. La mujer tiene un derecho a la autonomía procreativa según la mejor interpretación de la Constitución Norteamericana. En consecuencia resulta inconstitucional en ese país prohibir el aborto antes del sexto mes de gestación. Solo se pueden establecer aquellas medidas que garanticen que la mujer tome la decisión por sí misma y con la seriedad que el asunto requiere.
5. Es característico de las democracias occidentales la creencia en la dignidad humana individual, en el deber de proteger la libertad de los indi-

viduos para que puedan decidir por sí mismos las cuestiones espirituales. En consecuencia, el principio de autonomía procreativa de la mujer, con el alcance dado en la premisa anterior, forma parte de la cultura política occidental.

Dworkin afirma que para tomar posición en la controversia respecto de la eutanasia se puede apelar al mismo principio como fundamentación. El orden jurídico debe permitir tomar las decisiones relacionadas con el final de la vida a los directamente afectados por sus consecuencias.

La introducción de su pensamiento en el mundo de habla hispana se produjo a partir de la traducción de algunos de sus primeros artículos en la serie *Cuadernos de Filosofía*, publicados por la Universidad Nacional Autónoma de México. Pero es con la publicación de su primera compilación de artículos con el título *Los Derechos en Serio* (Barcelona, Ariel, 1984), cuando sus ideas adquirieron mayor difusión. Desde entonces se ha traducido al castellano gran parte de su obra: *El imperio de la justicia* (Barcelona, Gedisa, 1986), *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual* (Barcelona, Ariel, 1994), *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad* (Barcelona, Paidós, 2003), *La justicia con toga* (Madrid, Marcial Pons, 2007), *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político* (Barcelona, Paidós, 2008) y *Una cuestión de principios* (Buenos Aires, Siglo XXI, 2012).

Tras la apariencia de cambio permanente que ofrecían sus escritos se escondía una posición sobre el derecho que no se vio alterada a lo largo de los años, como lo demuestra el final del artículo que no llegó a terminar de revisar sobre la naturaleza del «derecho internacional»:

«If law is understood as a special part of political morality, and if it serves its community well, its doctrines will crystallize over time. Its roots in political morality will grow less prominent—though will be available when needed—in ordinary legal argument. That progress from principle to doctrine will signal its success. But a rigid separation between legal and moral argument in the development of international law would be premature now and would accelerate its practical irrelevance. We must free the subject from the torpor of legal positivism. We need, now, to nourish the roots, not the twigs, of international law» («A New Philosophy for International Law». *Philosophy & Public Affairs*, número 41 (1), 2013, pp. 2-30).

Continuó defendiendo hasta el final la necesidad de apartarse del positivismo jurídico, adoptando una concepción interpretativa del derecho capaz de mostrarlo como un dominio al mismo tiempo dependiente e independiente de la moralidad política. Fue, sin lugar a dudas, uno de los erizos más brillantes de la filosofía contemporánea.

Pablo Raúl BONORINO RAMÍREZ
Universidad de Vigo

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

El Anuario de Filosofía del Derecho es una revista anual vinculada a la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política (SEFJP), publicada desde la Universidad de Valencia. Esta revista recoge contribuciones científicas originales y de referencia principalmente relacionadas con el área de filosofía del derecho y filosofía política. En este sentido, sus objetivos son la difusión del conocimiento, la reflexión y el debate científico desde diversas perspectivas de análisis sobre la filosofía política y jurídica u otros aspectos básicos del Derecho transversales a toda la comunidad científica y profesional de cualquier disciplina jurídica interesada en sus contenidos.

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

I. Extensión y soporte material:

Los originales de los artículos de las secciones «Monográfico», «Teoría y Filosofía del derecho» y «Debates» tendrán como extensión mínima 20 páginas y máxima 25 páginas DIN A4, a espacio y medio. Como criterio orientativo, se recomienda no exceder de los 50.000 caracteres, en general. El tipo de letra será «times 12» para el texto principal y en su caso «times 10» para las notas al pie. Tanto el texto principal como las notas al pie tendrán interlineado simple.

Todos los artículos deberán ir acompañados de un resumen y *abstract* de máximo de diez líneas en castellano y en inglés, así como de cinco o seis palabras clave o *key words* en castellano y en inglés. Asimismo, deberán incluir al comienzo el título en castellano y en inglés así como un sumario con los epígrafes en los que se estructura el texto tanto en castellano como en inglés.

Los originales de la sección «Crítica bibliográfica» no deberán superar las ocho páginas ni tener una extensión inferior a seis páginas DIN A4, a espacio y medio. Aproximadamente, no han de superar los 18.000 caracteres ni tener una extensión inferior a 15.000 caracteres.

Los artículos y reseñas han de enviarse por correo electrónico exclusivamente a la dirección del Anuario de Filosofía del Derecho (Anuario.Fil.Derecho@uv.es). En el documento es imprescindible incluir los datos del

autor así como el título del trabajo, entre los que deberá figurar tanto una dirección electrónica como una dirección postal de contacto al efecto de posibles envíos o comunicaciones. Deberá a su vez incluirse la relación del autor con la institución pública o privada en la que desarrolla su cargo académico o actividad profesional (por ejemplo, en el caso de ser profesor universitario, la universidad en la que ejerce su labor habitualmente).

II. Sistema de citas:

Se podrá optar por uno de los siguientes:

A. *Sistema abreviado*: Referencia bibliográfica más elenco bibliográfico al final del artículo.

Cuando se opte por este sistema, las citas se indicarán en el texto por un paréntesis que contenga autor, año de aparición de la obra y número de la página. Ejemplo: (González Vicén: 1990, 95). Al final del artículo se incluirá un elenco con las citas completas de todas las obras mencionadas, según el criterio que se indica en el apartado III. En el elenco bibliográfico, si se citan varias obras del mismo autor, se ordenarán cronológicamente. Tanto en la referencia bibliográfica como en el elenco bibliográfico si se citan varias obras del mismo autor y año, se ordenarán alfabéticamente con letra minúscula. Por ejemplo: GONZÁLEZ VICÉN 1979a correspondería a «La obediencia al Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXIV, 1979, pp. 4-32 y GONZÁLEZ VICÉN 1979b correspondería a «La Escuela Histórica del Derecho», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, XIX, 1979, pp.1-48.

B. *Sistema tradicional*: Citas bibliográficas al final del artículo. Las notas se confeccionarán según el criterio general que se incluye en el apartado III. Una obra ya citada se mencionará con el nombre del autor seguida de *op. cit.* y la página. Si el autor tiene varias obras citadas en el artículo, se abreviará el título, seguido de *cit.* y la página. En caso de repetir de forma inmediata la misma referencia a autor o documento, se indicará con *ibidem.* y el número de página. Las abreviaciones de las locuciones de *ídem*, *ibídem*, *infra*, *supra*, *apud* o *pássim*, *vide*, cuando así lo exija la investigación serán preferentemente (*id.*, *ib.*, *infr.*, *supr.*, *ap.*, *páss. vid.*). Las palabras extranjeras deben ir en cursiva. En las notas a pie y texto, la palabra página se abreviará p. o pp., según proceda, siguientes será ss.; para especificar conferir se utilizará su abreviación (*cf.*), si no se trata de cita literal; la abreviatura de artículo será art. y sólo se empleará cuando vaya entre paréntesis, en los demás casos deberá ir con todas las letras. Las siglas, abreviaturas y acrónimos irán en mayúsculas sin espacio (pegadas) y sin puntos, salvo la primera vez que se mencionen que deberá constar, entre paréntesis el significado de éstas.

Por último, en la primera cita de textos legales figurará el rango normativo, el número, fecha, nombre del fundamento legal y, entre paréntesis, el Boletín oficial en el que se publicó con referencia de número y fecha. Las citas iniciales de jurisprudencia y otras resoluciones contendrán: las siglas de la resolución y tribunal u órgano, sala y fecha, referencia de repertorio en que se publicó o consultó el original y nombre y apellidos del magistrado ponente.

III. Referencias bibliográficas:

En cualquier caso, al citar la obra completa, deberá ser presentada de la siguiente forma: APELLIDO/S, inicial del nombre, *Título*, lugar de edición, nombre del editor, año de aparición, número de páginas (eventualmente colección). Se distinguirá entre libro, artículo de revista, capítulo del libro, etc. Ejemplos:

1. Libro/monografía:

GONZÁLEZ VICÉN, F.; *El Positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1950, 96 pp.

2. Artículo de revista:

GONZÁLEZ VICÉN, F.; «La Filosofía del Derecho como concepto histórico», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1969, pp. 15-65

3. Trabajo o capítulo del libro:

GONZÁLEZ VICÉN, F.; «Estudio preliminar a la traducción de Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia», de John Austin, en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Santa Cruz de Tenerife, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, 1979, pp. 17-33

IV. Proceso de evaluación, admisión y revisión de manuscritos:

Los trabajos enviados a la Redacción del Anuario de Filosofía del Derecho deben ser inéditos y serán evaluados mediante el sistema de «doble *referee*» manteniendo el anonimato en la revisión de los trabajos. El autor que remita un trabajo de investigación ya publicado pero que haya sido objeto de una revisión y actualización sustantiva deberá acreditar fehacientemente la calidad de inédito de su trabajo conforme a las directrices de la Cátedra Unesco para que en última instancia el Consejo de Redacción o Asesor pueda considerar su posible evaluación. El evaluador externo será decidido por el Consejo Asesor o el Consejo de Redacción del Anuario de Filosofía del Derecho, en su caso. La deliberación «por pares» de los trabajos presentados se realizará entre los meses de abril y junio y la aceptación o rechazo de los originales, así como las posibles sugerencias de modificación de los *referees* a los autores, serán comunicadas entre los meses de septiembre y octubre.

Tras el proceso de evaluación, los autores de los trabajos recibirán una comunicación motivada de la decisión editorial que incluya las razones para la aceptación, revisión o rechazo del artículo así como los correspondientes informes emitidos por los expertos independientes.

Los evaluadores externos justificarán el dictamen emitido atendiendo a los siguientes criterios orientativos de evaluación de la Revista:

1. Idoneidad de la temática propuesta.
2. Originalidad o aportaciones novedosas.
3. Bibliografía y aspectos metodológicos.
4. Correcciones, recomendaciones y sugerencias de modificación.

Para ser publicados los trabajos, deberán obtener dos *referees* positivos de evaluadores externos. Los evaluadores podrán hacer constar los aspectos a corregir o sugerencias de modificación, así como comentarios adicionales que consideren oportunos para mejorar la calidad del trabajo. En el caso de que uno de los informes sea negativo o positivo con modificaciones, se estará a lo que decida el Consejo Asesor o el Consejo de Redacción, pudiendo ser enviado el trabajo a un tercer evaluador externo, cuya decisión será vinculante. En cualquier caso, si la evaluación es positiva pero se indican recomendaciones de modificación sustantivas, el Consejo de Redacción y en su caso al Consejo Asesor, concederá un período de tiempo suficiente para que los autores obligatoriamente le remitan la versión definitiva del texto con un informe razonado y detallado de la revisión realizada de acuerdo a los *referees*. En tal supuesto, la decisión sobre la publicación definitiva del trabajo será sometida, de nuevo, al Consejo de Redacción, y en su caso, al Consejo Asesor de la revista.

Serán criterios excluyentes para la no admisión de los trabajos:

1. Excederse en la extensión establecida según el tipo de colaboración.
2. No utilizar uno de los sistemas de citas propuestos en la manera indicada.
3. No enviar el trabajo en el soporte requerido o sin las formalidades oportunas señaladas.
4. Remitir el trabajo fuera de los plazos señalados en la convocatoria anual.
5. Haber publicado un artículo en la misma sección del número inmediatamente anterior.
6. Cualquier otra circunstancia que el Consejo de Redacción considere no adecuada a las instrucciones de la Revista.

Los autores de los trabajos aceptados recibirán a través de correo electrónico, una vez decidida la admisión definitiva del trabajo y hechas las oportunas modificaciones señaladas por los *referees*, una certificación escrita de la publicación de su trabajo en el número correspondiente.

Los autores de los trabajos rechazados recibirán por correo electrónico una comunicación escrita de la no publicación de su trabajo en el número correspondiente, junto a una copia del contenido de los *referees* negativos.

El Consejo de Redacción del *AFD*.

