

ACCESO A LA VISUALIZACIÓN ONLINE DE ESTE NÚMERO DE LA REVISTA

Para acceder a la visualización Online de este número de la revista envíe un correo electrónico a atencionalcliente@tirantonline.com con la siguiente información:

- Código promocional oculto en esta página
- Título y número de la revista

A continuación recibirá un correo electrónico con las claves e instrucciones de acceso

Código Promocional



Rasque para visualizar

TEORÍA & DERECHO TAMBIÉN SE VE Y SE ESCUCHA

Descargando este código puede acceder a los vídeos grabados por sus autores



No se admitirá la devolución de este libro si el código promocional ha sido manipulado

CONSULTE LOS NÚMEROS ANTERIORES DE LA REVISTA EN
teoriayderecho.tirant.com

teoría & derecho

REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO

REVISTA SEMESTRAL. JUNIO 27/2020
teoriayderecho.tirant.com

CONSEJO EDITORIAL:

María José Añón Roig

Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia (España) (Coordinadora)

María Luisa Cuerda

Catedrática de Derecho Penal. Universidad Jaume I (España)

Fernando Flores Giménez

Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Valencia (España)

Ángel M. López y López

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla (España)

Tomás S. Vives Antón

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia (España) (Director)

COMITÉ CIENTÍFICO:

Ana Cañizares Laso

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga (España)

Jorge A. Cerdio Herrán

Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho Instituto Tecnológico Autónomo de México

José Ramón Cossío Díaz

Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y miembro de El Colegio Nacional (México)

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (México)

Owen Fiss

Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)

José Antonio García-Cruces González

Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED (España)

Luis López Guerra

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid (España)

Marta Lorente Sariñena

Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (España)

Javier de Lucas Martín

Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia (España)

Víctor Moreno Catena

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid (España)

Francisco Muñoz Conde

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (España)

Angelika Nußberger

Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Catedrática de Derecho Internacional de la Universidad de Colonia (Alemania)

Héctor Olasolo Alonso

Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)

Luciano Parejo Alfonso

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid (España)

Tomás Sala Franco

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia (España)

Ignacio Sancho Gargallo

Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España

Ruth Zimmerling

Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)

Han formado parte del Comité Científico: Gregorio Peces-Barba Martínez; Rosario Valpuesta Fernández y Emilio Beltrán

Asistente a la dirección: Víctor Merino Sancho

Corrector ortotipográfico y de estilo: Pablo Miravet Bergón

PVP número suelto: 89 euros (IVA incluido)

PVP suscripción anual (2 números): 169 euros (IVA incluido)

Redacción, Administración y Suscripción

Artes Gráficas, 14, 46010 Valencia Tel.: (+34) 963610048 Fax: (+34) 963694151

E-mail: teoria.derecho@uv.es; teoria@tirant.com. Sitios web: <http://teoriayderecho.tirant.com>

Correspondencia: C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

Edita: Tirant lo Blanch

C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

© Tirant lo Blanch

Telfs.: 96/361 00 48 - 50

Fax: 96/369 41 51

Mail: tlb@tirant.com

<http://www.tirant.com>

ISSN (impreso): 1888-3443

ISSN (online): 2695-6594

Depósito legal: V - 2840 - 2007

Imprime: Guada Impresores, S.L.

Maqueta: Tink Factoría de Color

SUMARIO

DEBATE

Objetivismo moral y Derecho

Presentación. Derecho y objetivismo moral. Un debate entre Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado	11
Objetivismo moral y Derecho. Argumentos para el debate con Manuel Atienza	14
<i>Juan Antonio García Amado</i>	
García Amado y el objetivismo moral	44
<i>Manuel Atienza Rodríguez</i>	
Dúplica a Manuel Atienza sobre objetivismo moral y Derecho	58
<i>Juan Antonio García Amado</i>	
Sobre Kant y Kelsen: a propósito de la disputa entre los profesores García Amado y Atienza	66
<i>Manuel Jiménez Redondo</i>	

ESTUDIOS

El Derecho contra los derechos. Un comentario a la Sentencia <i>N.D. y N.T. contra España</i> del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	84
<i>Javier de Lucas</i>	
<i>Iudicare</i> y jurisprudencia: intelección, tradición y autoridad	98
<i>Adolfo Jorge Sánchez Hidalgo.</i>	
El derecho y el deber de defender España en el siglo XXI. Una mirada constitucional ...	124
<i>Fernando Flores</i>	
El reconocimiento de la discriminación múltiple por los tribunales	140
<i>Rosario Serra</i>	

TEMAS DE HOY

La afectación del COVID-19 al sistema penitenciario español: breve esbozo	164
<i>José León Alapont</i>	

VARIA

<i>Decir no. El imperativo de la desobediencia</i> , de Javier de Lucas.....	183
<i>Fernando Flores Giménez</i>	
Normas de edición de la revista	191
Normas éticas y declaración de buenas prácticas	203

SUMMARY

DEBATE

Moral objectivism and law

Presentation. Moral objectivism and Law. A debate between Manuel Atienza and Juan Antonio García Amado	11
Moral objectivism and Law. Arguments for a debate with Manuel Atienza	14
<i>Juan Antonio García Amado</i>	
García Amado and moral objectivism	44
<i>Manuel Atienza Rodríguez</i>	
Rejoinder to Manuel Atienza on moral objectivism and law	58
<i>Juan Antonio García Amado</i>	
About Kant and Kelsen: on the dispute between García Amado and Atienza	66
<i>Manuel Jiménez Redondo</i>	

STUDIES

The law against the rights. A comment on the Judgement <i>N.D. and N.T. vs. Spain</i> of the European Court of Human Rights	84
<i>Javier de Lucas</i>	
<i>Iudicare</i> and jurisprudence: Understanding, tradition and authority	98
<i>Adolfo Jorge Sánchez Hidalgo</i>	
The right and duty to defend Spain in the 21 st Century	124
<i>Fernando Flores</i>	
Recognition of multiple discrimination by the courts	140
<i>Rosario Serra</i>	

ACTUALITY

The impact of COVID-19 on the Spanish prison system: a brief outline	164
<i>José León Alapont</i>	

VARIOUS

<i>Saying not. The imperative of disobedience</i> , Javier de Lucas	183
<i>Fernando Flores Giménez</i>	
Author Guidelines	191
Ethical Guidelines	203

DEBATE

Objetivismo moral y Derecho

Presentación. Derecho y objetivismo moral. Un debate entre Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado

Objetivismo moral y derecho. Argumentos para el debate con Manuel Atienza

Juan Antonio García Amado

García Amado y el objetivismo moral

Manuel Atienza Rodríguez

Dúplica a Manuel Atienza sobre objetivismo moral y Derecho

Juan Antonio García Amado

Sobre Kant y Kelsen: a propósito de la disputa entre los profesores García Amado y Atienza

Manuel Jiménez Redondo

PRESENTACIÓN

DERECHO Y OBJETIVISMO MORAL

Un debate entre Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado

El análisis de la temática que constituye el eje vertebrador de la sección «Debate» de este nuevo número de *Teoría & Derecho* es vehiculado a través de una interesante discusión entre los profesores Juan Antonio García Amado y Manuel Atienza integrada por tres artículos de ambos autores —un extenso escrito de García Amado, una respuesta sintética de Atienza y una concisa dúplica de García Amado— y por una contribución final de Manuel Jiménez Redondo.

El punto de arranque de la controversia es un artículo de Atienza, «Objetivismo moral y Derecho», recogido tanto en el volumen de autoría múltiple *Problemas del constitucionalismo contemporáneo* como en el libro de Atienza *Filosofía del Derecho y transformación social*, texto que García Amado analiza críticamente en la contribución que da inicio a una discusión desarrollada a mitad de camino entre el diálogo, la competición y la deliberación. Considerando la relevancia de la cuestión central —el objetivismo moral en el Derecho—, que plantea problemas de orden epistemológico, metaético y sustantivo, el lector que se aproxime a este debate podrá —y deberá— calibrar hasta qué punto la calidad del resultado —si es que cabe hablar en estos términos— guarda relación con la de la deliberación y los argumentos a través de los que discurre la polémica.

La relación que se traba entre las intervenciones de García Amado y Atienza constituye una argumentación dialogada, una lid teórica en la que, sin duda, el receptor dispondrá de sobrados elementos de juicio para determinar qué razones prevalecen entre las dos posiciones enfrentadas. Ahora bien, el intercambio de ideas entre los dos autores bien puede ser definido como un ejercicio de racionalidad deliberativa (comunicativa) que, por así decir, «conspira» a favor del entendimiento entre ambos interlocutores en algunos aspectos esenciales de la disputa. Acaso por ello cabe afirmar que no nos encontramos finalmente ante una respuesta, sino más bien frente a dos posiciones que, aun siendo diferentes, no están tan alejadas como pudiera parecer.

La impresión inicial de que las posturas de García Amado y Atienza son claramente contrapuestas responde, en buena medida, a la importancia del tema objeto de debate —el objetivismo moral— y a las profundas implicaciones del mismo en las tesis centrales de las distintas concepciones del Derecho: el iuspositivismo, representado por García Amado y el postpositivismo defendido por Atienza. El análisis de las tesis centrales sobre el Derecho —su identificación, la relación entre Derecho y moral y la discrecionalidad judicial, entre otras— requiere, de algún modo, explicitar el «peso» de las razones morales en un sistema jurídico, tarea que se revela francamente complicada. Por ello resulta tan interesante este diálogo entre García Amado y Atienza, porque ambos abordan una gama amplia de cuestiones problemáticas con la agudeza e ingenio que les caracteriza. Señalemos algunas:

la compatibilidad del objetivismo moral y el positivismo jurídico, la naturaleza de los enunciados o juicios morales, la identificación del Derecho al margen o —en determinados casos— desde juicios morales, el carácter moral o solamente jurídico de la obligación de aplicar el Derecho por parte de los jueces, la eventual existencia o no de una respuesta correcta, la discrecionalidad judicial en sentido fuerte, el rol de la argumentación jurídica, la relación entre las razones jurídicas y las razones morales, y la teoría del discurso.

En su última intervención, García Amado comenta, matiza y subraya las coincidencias y las diferencias que mantiene con Atienza en este debate abierto a los retos que las transformaciones epocales, con sus productos morales y sociales derivados, comportan y que es preciso afrontar.

La contribución final de Manuel Jiménez Redondo ofrece un análisis incisivo sobre la presencia de la filosofía práctica de Kant en el pensamiento ético y jurídico —especialmente desde los años sesenta del siglo XX— en competencia con el positivismo jurídico, especialmente el de Kelsen. A su juicio, García Amado y Atienza comparten los mismos presupuestos normativos herederos del kantismo, entendidos bien como principios normativos del propio Derecho, bien como ingredientes fundamentales de la ética desde la que sería posible enjuiciar un sistema jurídico. Una interpretación sin duda desafiante y que puede seguir enriqueciendo este debate inacabado.

OBJETIVISMO MORAL Y DERECHO. ARGUMENTOS PARA EL DEBATE CON MANUEL ATIENZA

MORAL OBJECTIVISM AND LAW. ARGUMENTS FOR A DEBATE WITH MANUEL ATIENZA

Juan Antonio García Amado
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de León (España)

RESUMEN

Este es el texto que inicia un debate sobre Derecho y objetivismo moral. La polémica arranca del comentario que Juan Antonio García Amado hace al artículo de Manuel Atienza, titulado «Objetivismo moral y Derecho». Critica García Amado que Atienza, en la senda de Dworkin, considere que existe la respuesta correcta para los casos judiciales porque los jueces pretenden dicha respuesta correcta. Argumenta García Amado que una pretensión no es prueba de la realidad de lo pretendido. También cuestiona la tesis de Atienza de que sea de naturaleza moral la obligación que los jueces tienen de aplicar Derecho, añadiendo que, aunque así fuera, eso no le daría la razón al iusmoralismo. Afirma García Amado que las razones morales por las que eventualmente se cumplan las normas no convierten a todas las normas en razones morales. En tercer lugar, García Amado pone en duda la utilidad del constructivismo de Atienza como respaldo de su objetivismo moral. Y, finalmente, plantea objeciones a la comparación de Atienza entre el Derecho, entendido como práctica argumentativa, y la medicina.

PALABRAS CLAVE

Objetivismo moral, iuspositivismo, discrecionalidad, decisión judicial, única respuesta correcta, argumentación jurídica.

ABSTRACT

This article begins a debate about law and moral objectivism. The controversy arises from Juan Antonio García Amado's comment to Manuel Atienza's article entitled «Moral Objectivism and Law». García Amado criticizes that Atienza, following Dworkin, considers that the correct answer exists for judicial cases because the judges claim that answer is correct. García Amado argues that a claim does not demonstrate the reality of what is intended. He also questions Atienza's thesis that judges have a moral duty to apply the law, adding that, even if it were, that would not give reason to iusmoralism. García Amado affirms that moral reasons for eventually complying with the rules do not make all the rules moral. Third, García Amado questions the utility of Atienza's constructivism as support for his moral objectivism. And, finally, he raises some objections to Atienza's comparison between law, understood as an argumentative practice, and medicine.

KEY WORDS

Moral objectivism, iuspositivism, discretion, judicial decision, the only correct answer in law, legal reasoning.

DOI: doi.org/10.36151/td.2020.001

OBJETIVISMO MORAL Y DERECHO

Juan Antonio García Amado

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de León (España)

Sumario: 1. Precisiones conceptuales. 2. El valor de los enunciados morales. Realismo moral y objetivismo moral. Constructivismo. 2.1. Realismo moral. 2.2. Objetivismo moral. 2.3. Constructivismo. 2.4. Corrientes escépticas. Breve mención. 3. Concepciones de la moral y concepto de Derecho. Iuspositivismos *vs.* iusmoralismos. 3.1. El eje del debate: la separación conceptual entre Derecho y moral. 3.2. ¿Es inevitable ser iusmoralista en teoría jurídica si se es objetivista en ética? 3.3. ¿Es posible ser iusmoralista sin ser objetivista? 3.4. ¿Tienen moral los no objetivistas? 4. Elementos para el debate con el iusmoralismo objetivista de Manuel Atienza. 4.1. El objetivismo mínimo de Atienza. Un ejemplo con algunas implicaciones. 4.2. Pretender es tener; o de cómo el que la sigue la consigue. 4.3. Todos estamos moralmente obligados a aplicar las normas morales y los jueces están jurídicamente obligados a aplicar las normas jurídicas. 4.4. Maneras de darse la razón a uno mismo. 4.5. Derecho y medicina, la comparación favorita de Manuel Atienza. Notas. Bibliografía.

1. PRECISIONES CONCEPTUALES

Supongamos que yo hago estas dos afirmaciones:

A¹: «La luna es el único satélite natural de la tierra».

A²: «La esclavitud humana es injusta».

A¹ es un enunciado que describe un estado de cosas o situación del mundo empírico, del mundo de los hechos. Tal enunciado será verdadero si hay una correspondencia entre lo que en él se dice y los hechos reales del mundo: si la luna es un satélite natural de la tierra¹ y si la luna es el único satélite natural de la tierra, A¹ es un enunciado verdadero.

A² es un enunciado moral. Los enunciados morales califican conductas, sujetos, normas, relaciones, eventos o estados de cosas² mediante términos morales como bueno y malo, justo e injusto, equitativo e inicuo y similares. Para ello se presuponen dos cosas: valores morales y normas morales.

Valores morales son, pongamos por caso, la justicia, el bien (lo moralmente bueno), la libertad, la solidaridad, la equidad, etc. Los valores morales se predicán de conductas, sujetos, normas, relaciones o estados de cosas. Así, se dice, por ejemplo, que una conducta C es justa o no es justa (es injusta). La correspondencia con un valor moral es una propiedad que tienen las conductas, eventos o estados de cosas. Quiere decirse que un valor moral V^m tiene unos contenidos propios y específicos C¹...Cⁿ, y que una conducta o estado de cosas, etc. participará positivamente de ese valor V^m si tiene esas propiedades definitorias

del mismo. Si, por ejemplo, una propiedad definitoria alternativa del valor moral solidaridad consiste en que un sujeto esté dispuesto a renunciar a grados relevantes de su bienestar para aliviar el sufrimiento o la necesidad de otro u otros sujetos y si José está dispuesto a renunciar a grados relevantes de su bienestar para aliviar el sufrimiento o la necesidad de otro u otros, entonces podremos decir, con sentido moral, que José es solidario.

Todo valor moral tiene su correspondiente contravalor: justo-injusto, bueno (moralmente)-malo (moralmente), equitativo-inicuo, solidario-insolidario...

Las normas morales contienen mandatos dirigidos a la realización de valores morales o a la abstención de los correspondientes contravalores. Son las normas morales las que establecen la obligación de realizar los valores morales y la obligación de abstenerse de realizar los contravalores morales.

Las normas morales pueden tener diferentes grados de abstracción o concreción. Las más generales son las que simplemente establecen la obligación de realizar el valor o no realizar el contravalor. Ejemplos: la norma moral que manda ser justos (o no ser injustos) o la que manda ser solidarios (o no ser insolidarios). Otras normas morales concretan el deber de atenerse a esos valores en supuestos concretos que caen bajo su contenido. Así, si uno de los supuestos en los que se expresa el valor moral solidaridad consiste en renunciar a partes relevantes del bienestar propio para evitar el sufrimiento de otro u otros, habrá una norma moral que mande renunciar a partes relevantes del bienestar propio para evitar el sufrimiento de otro u otros. El que así lo haga *cumplirá* la norma y *realizará* el valor.

Si decimos que la esclavitud humana es injusta estamos calificando así sobre la base de que la esclavitud es un estado de cosas incompatible con el valor justicia y que encaja en el contravalor injusticia. En el enunciado «la esclavitud humana es injusta» todavía no ha aparecido una norma moral que pretenda dirigir nuestra conducta. Tal norma aparece cuando enunciamos: «No se debe esclavizar a humanos». Presente o supuesta esa norma que prohíbe esclavizar, podremos decir que si X esclaviza a Y, X incumple la norma moral que prohíbe esclavizar a otro y que, además, realiza una conducta incompatible con el valor justicia.

Todo valor moral da pie a una norma moral que manda en abstracto cumplir ese valor³ (y evitar cumplir su contravalor) y a toda la serie de normas morales que mandan realizar todos y cada uno de los supuestos de ese valor. Imaginemos que el valor moral solidaridad se concretara únicamente en dos supuestos posibles de aplicación: la renuncia al bienestar propio para ayudar a los que sufren y la expresión sincera de afecto a quien esté deprimido. Aparecerían entonces tres normas morales: una, la que manda ser solidario; las otras, la que mandan renunciar al bienestar propio para ayudar a los que sufren y la que manda expresar sinceramente afecto a los que estén deprimidos. La correspondiente norma abstracta que manda cumplir los contenidos del valor moral de que se trate es útil porque siempre pueden aparecer supuestos encuadrables en ese valor y que no hayan sido todavía «tipificados» en normas concretas, en reglas morales.

Sobre la base de normas morales se califican deónticamente solo asuntos (conductas, eventos, estado de cosas, normas...) dependientes de la elección humana, pues las normas

morales (como todas las normas) sirven para dirigir la conducta de las personas. En cambio, sobre la base de valores morales pueden calificarse valorativamente eventos o estados de cosas no dependientes de comportamientos de las personas. Así, puede decirse que no es justo que la vida humana sea tan corta o que ciertos animales tengan que matar a otros y comérselos para subsistir, o que no es justo que un terremoto haya destruido una ciudad entera y causado miles de muertes.

Adicionalmente, se habla también de virtudes morales. Una virtud moral la posee el sujeto que tiene el hábito de comportarse en consonancia con un valor moral y en cumplimiento de las normas morales⁴. Así, se podrá decir que tiene la virtud moral de la solidaridad quien habitualmente es solidario y lo es por convicción, y que carece de esa virtud quien habitualmente es insolidario o no lo es por convicción, sino por algún tipo de cálculo instrumental o irreflexivamente. Pero de la virtud moral no diremos más aquí.

2. EL VALOR DE LOS ENUNCIADOS MORALES. REALISMO MORAL Y OBJETIVISMO MORAL. CONSTRUCTIVISMO

Un enunciado como A^1 , que versa sobre hechos⁵, puede ser verdadero o falso. La ciencia se constituye sobre la base de la distinción entre enunciados fácticos verdaderos y falsos. ¿Y los enunciados morales como A^2 («la esclavitud humana es injusta»)? Debemos empezar por la distinción entre realismo moral y objetivismo moral.

2.1 REALISMO MORAL

Para el *realismo moral*, los valores morales tienen un contenido objetivo predeterminado a cualquier creencia o a cualquier contenido mental y, por tanto, completamente independiente de las creencias de los sujetos individuales o de las mayorías sociales. El valor justicia tiene un contenido ontológicamente necesario, prefigurado y subsistente en algún orden del ser o en alguna dimensión del mundo. Existe objetivamente el contenido de lo justo, igual que existe objetivamente el contenido químico del agua, aun cuando sea diferentes los modos de existencia de esas dos realidades «objetivas». Por tanto, el enunciado «la esclavitud humana es injusta» será tan apto para ser calificado como verdadero o falso como el enunciado «el agua es una sustancia cuya molécula está formada por dos átomos de hidrógeno y uno de oxígeno». En ambos casos, para saber si el enunciado es verdadero o falso hay que cotejarlo con la realidad subsistente, con independencia de cualquier juicio subjetivo. La molécula del agua se compone de dos átomos de hidrógeno y uno de oxígeno con total independencia de que un sujeto o la humanidad entera lo sepa o lo crea, igual que el contenido del valor justicia será el que es con total independencia de que un sujeto o la humanidad entera lo sepa o lo crea. La tierra, desde que existe, ha girado alrededor del sol, aunque durante miles de años se creyera lo contrario; y si la esclavitud se opone al contenido del valor justicia, así habrá sido siempre, aunque durante miles de años se creyera otra cosa⁶.

En resumen, el realismo moral es aquella teoría metaética que afirma que los valores morales tienen un contenido propio y necesario y plenamente independiente de las creencias o de cualesquiera contenidos mentales de los sujetos individuales o de las opiniones socialmente dominantes sobre el contenido de esos valores. Justo es lo justo e injusto es lo injusto, al margen por completo de lo que a mí me parezca o le parezca a todos o a la mayoría de mis contemporáneos o de quienes vivieron hace doscientos años o vivan dentro de doscientos más. Por eso, cualquier enunciado moral mío o de otro sujeto será verdadero o falso exactamente igual que cualquier enunciado empírico, y por eso tal valor de verdad del enunciado moral no cambiará en función de quién lo enuncie o de la época o el lugar en que se enuncie.

El realismo moral sería una doctrina sin relevancia práctica ninguna para nuestros juicios morales si no fuera de la mano del cognitivismo moral. Así pues, el realismo moral expresa una tesis ontológica que se une a una tesis epistemológica, que es el cognitivismo. El realismo moral afirma que el contenido de los valores morales existe y subsiste por sí mismo, independientemente de las creencias humanas, mientras que el cognitivismo es la doctrina que sostiene que el contenido de los valores morales puede ser conocido. Pues, al menos sobre el papel, cabría sostener que el contenido de los valores morales es el que es, en sí y con independencia de las creencias, pero que no puede ser conocido con una mínima certeza. Como el cognitivismo afirma que sí cabe ese conocimiento con suficiente certeza, el resultado de la unión de realismo y cognitivismo es la siguiente tesis conjunta: el contenido de los valores morales es el que es, ese contenido existe y subsiste por sí mismo y, además, ese contenido puede ser conocido por los seres humanos con suficiente certeza. En relación con la vía para el conocimiento del contenido verdadero de los valores morales, los realistas suelen señalar que es la intuición, ya una intuición «en bruto», por así decir, ya una intuición metódica o reflexivamente guiada o cultivada.

En la tradición iusfilosófica, un buen ejemplo de realismo moral lo proporciona el iusnaturalismo.

Téngase en cuenta desde ahora mismo que también puede haber doctrinas cognitivistas no realistas. Tal sería el caso, muy actual, del constructivismo ético.

2.2. OBJETIVISMO MORAL

El *objetivismo moral* mantiene que es posible diferenciar entre juicios morales (o sus correspondientes enunciados) correctos o incorrectos, aun cuando ese carácter de correctos o incorrectos no dependa necesariamente de la correspondencia entre el contenido de esos juicios y el contenido preexistente e independiente de los valores morales. Esto quiere decir que todo realismo moral (unido al cognitivismo moral) es un supuesto de objetivismo moral, pero que no todo objetivismo moral es necesariamente fruto de un realismo moral. Puede haber, en suma, un objetivismo moral no vinculado al realismo moral. Así sucede cuando se afirma que la corrección o incorrección de un juicio moral no depende de su correspondencia con contenidos de valores morales que son contenidos por sí subsistentes,

prefijados y completamente independientes de las creencias, sino que depende de cierta calidad o condición de esas creencias, especialmente del modo en que han sido establecidas.

2.3. CONSTRUCTIVISMO

La variante más importante en nuestros días del objetivismo moral sin realismo moral es el constructivismo ético. Los constructivistas sostienen que son correctos o racionales o verdaderos⁷ aquellos juicios morales cuyo contenido sería aceptado por cualquier conjunto de personas con capacidad intelectual «normal» o suficiente y que razonaran conjuntamente, dialogaran o deliberaran bajo condiciones que aseguren la imparcialidad de cada uno. Dicho de otra manera: sean esas condiciones ideales las que sean⁸, correcto o racional sería aquel juicio moral que cualquiera consentiría si razonara bajo esas condiciones⁹. Y ese juicio moral sería racional o correcto no porque su contenido coincida con el contenido predeterminedo de algún valor moral, sino por el modo a través del cual ha sido alcanzado: en un razonamiento bajo esas condiciones ideales. Si nosotros no fuéramos parciales y nuestro razonamiento práctico no estuviera dominado por intereses, prejuicios y sesgos conscientes o inconscientes, sino que fuéramos seres perfectamente imparciales, elegiríamos determinadas opciones y no otras, y tales elecciones serían racionales no directamente porque su contenido coincida con la verdad, sino porque, al ser tomadas bajo tales condiciones epistémicas, su contenido sería el objetivamente correcto y nuestras preferencias no serían dependientes de nosotros mismos, de nuestra subjetividad o individualidad peculiar¹⁰.

Pongamos un ejemplo absurdo y caricaturesco simplemente para observar la peculiaridad estructural de un objetivismo moral sin realismo. Supóngase —insisto en lo absurdo del contenido del ejemplo— que se dijera que juicio moralmente correcto es aquel que cualquiera formule después de haber bebido tres copas de ron Zacapa y sea cual sea el contenido de ese juicio. Si tres copas de ron Zacapa producen ese efecto de generar juicios morales correctos, será correcto todo juicio moral formulado por una persona bajo el efecto de tres copas de ron Zacapa. Pero esos juicios no serán correctos porque su contenido coincida con el contenido prefijado de los valores morales, sino porque han sido realizados bajo esa condición habilitadora de la corrección, es decir, habiendo tomado tres copas del ron en cuestión.

Pues bien, lo que en el gráfico ejemplo anterior es el papel de las tres copas de ron Zacapa para el constructivismo moral es el papel de ciertas condiciones procesales de la deliberación, condiciones que aseguran la imparcialidad del juicio. Con un matiz muy importante: que, en tanto que resultado de un juicio al que se llega bajo condiciones de razonamiento imparcial, no cualquier contenido de ese juicio puede ser correcto, sino únicamente aquel que no sea «parcial», en el sentido de sesgado. Un ejemplo: si lo que se dirime en el debate moral correspondiente es si es justo que los negros puedan esclavizar a los blancos, solo puede esperarse como correcta o racional una respuesta negativa, ya que nadie (ni blancos ni negros) admitirá la justicia de su propia esclavitud si razona bajo condiciones de información perfectamente simétrica, plena libertad y plena igualdad. Un acuerdo sobre la justicia de cualquier esclavitud nunca sería posible bajo reglas de impar-

cialidad total del razonamiento, ya que, para ser fácticamente posible, semejante acuerdo requiere que alguien sea engañado, manipulado, discriminado u obligado a admitir aquello sobre lo que no ha podido reflexionar adecuadamente.

2.4. CORRIENTES ESCÉPTICAS. BREVE MENCIÓN

Frente al realismo moral y el objetivismo moral nos encontramos con un abanico de teorías metaéticas que podríamos clasificar conjuntamente como escépticas, como escepticismo metaético. Estas teorías tienen en común la negación tanto del realismo moral como del objetivismo moral, así como el corolario de ambas negaciones, a saber, que los juicios morales, a diferencia de los juicios empíricos, no pueden ser con propiedad calificados como verdaderos o falsos o como objetivamente correctos o incorrectos. Las variantes del no objetivismo moral son muchas: el imperativismo, para el que los juicios morales expresan el propósito o deseo del que los enuncia de reglamentar la conducta de los demás¹¹; el emotivismo, según el cual los enunciados morales expresan meramente emociones o gustos del que los enuncia¹²; el relativismo individual, a tenor del que los juicios morales son expresión del talante o la idiosincrasia del respectivo sujeto; el relativismo cultural, según el cual los juicios morales son dependientes de patrones culturales; etc.

Una distinción más que importa mencionar es la que diferencia entre éticas universalistas y no universalistas. Las éticas universalistas son las que sostienen que un enunciado moral verdadero o correcto o un enunciado moral falso o incorrecto lo son el cualquier lugar, en cualquier cultura y para cualquier persona. Por ejemplo, si es verdadero o correcto el enunciado «la sumisión forzosa de la mujer al hombre es injusta», ese enunciado será verdadero o correcto en cualquier lugar del mundo y sea cual sea la cultura que rijan o domine acá o allá. Por su parte, las éticas no universalistas son aquellas que niegan que exista un patrón único y universal de verdad, corrección o racionalidad de los enunciados morales, probablemente porque tales patrones de corrección varían según las personas, las culturas o las épocas, etc.

Todo realismo moral será universalista y parece que tendrá que serlo también todo objetivismo moral, realista o no. Y todo relativismo moral será, evidentemente, no universalista.

3. CONCEPCIONES DE LA MORAL Y CONCEPTO DE DERECHO. IUSPOSITIVISMOS VS. IUSMORALISMOS

Al hablar de Derecho, a nadie con dos dedos de frente se le va a ocurrir proclamar que un Derecho injusto es, bajo cualquier punto de vista, preferible a un Derecho justo. Hasta el legislador o el juez nazi más recalcitrante proclamará que prefiere leyes justas —que, naturalmente, entenderá a su manera—. Las preferencias subjetivas sobre un objeto no alteran la naturaleza de ese objeto. Que todos o casi todos prefiramos las playas con arena

fina no es motivo para negar la condición de playas a aquellas que la tengan gruesa. Siempre que se nos interrogue sobre si preferimos un Derecho justo o uno injusto, vamos a coincidir en la respuesta de que es preferible —o mejor— el justo. Ahora bien, eso no dice nada en relación con las diferencias cruciales sobre dos cuestiones: el concepto de Derecho que cada cual asume y el tipo de teoría metaética a la que cada uno se adscribe.

Como es sobradamente sabido, la gran división en teoría del Derecho se da entre concepciones iuspositivistas y iusmoralistas. Entre ambas, el elemento dirimente principal es el referido a la llamada tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral, tesis que los iuspositivistas afirman y que los iusmoralistas niegan.

3.1. EL EJE DEL DEBATE: LA SEPARACIÓN CONCEPTUAL ENTRE DERECHO Y MORAL

Para el iuspositivismo, la compatibilidad del contenido de las normas jurídicas con valores morales no es condición para que las normas jurídicas sean jurídicas; o, como suele decirse en la teoría jurídica, la moralidad o justicia de su contenido no es condición de validez de las normas jurídicas. Cabe aislar diferentes condiciones de validez de las normas jurídicas según el sistema jurídico de que se trate, pero la compatibilidad del contenido de esas normas con los valores morales o con su expresión en normas morales no es condición estructural o definitoria para que una norma puede ser jurídica. Esto quiere decir que una norma que sea jurídica a tenor de las otras condiciones puestas por el respectivo ordenamiento jurídico sigue siendo norma jurídica aun cuando su contenido sea o se repute injusto o inmoral, opuesto a —o incompatible con— algún valor moral. Así, las normas que en el Derecho romano permitían la esclavitud o las que en el Derecho civil del franquismo, en España, imponían la sumisión de la esposa al marido y, por ejemplo, no le permitían a ella enajenar sus propios bienes inmuebles si no era con autorización marital eran normas jurídicas de aquellos sistemas, aun cuando podamos tenerlas por palmariamente injustas.

Cuando el positivismo separa conceptualmente Derecho y moral está indicando únicamente que cada una de esas «cosas» es lo que es, y lo es con independencia conceptual de la otra, sin perjuicio de que entre esas dos «cosas» o realidades puedan existir, en el plano fáctico, múltiples relaciones e influencias. Es evidente que mi padre y yo somos seres humanos distintos y reconocibles como tales, individuos con una identidad propia, por mucho que yo lleve genes de mi padre o que sus ideas o la educación que me dio hayan podido influir en mi personalidad y destino. Igualmente, el hecho de que muchísimas normas morales doten de respaldo jurídico a ideales o concepciones morales o prevean la resolución de conflictos sociales conforme a patrones de justicia no está reñido con que las normas morales y las normas jurídicas sean conceptualmente independientes¹³. Por eso, para el positivismo, una norma moral no deja de ser norma moral (si lo es) porque su contenido sea antijurídico y una norma jurídica no deja de ser norma jurídica (si lo es) porque su contenido sea inmoral.

Me gusta explicar lo anteriormente expuesto con una comparación que me parece bien ilustrativa. Por mucho que tanta gente comparta el ideal de que amor y sexo deban darse

juntos para que nuestra vida alcance en esos aspectos su plenitud, no dejamos de reconocer como sexo el sexo sin amor y como amor el amor sin sexo, de idéntico modo que reconocemos como contenidos morales los que no están juridificados o que incluso son contrarios a las normas jurídicas y reconocemos como contenidos jurídicos los de las normas del Derecho que se oponen a valores morales. Así, si la esclavitud es injusta, sigue siendo injusta aunque una ley la permita, y si la ley, norma jurídica, la permite válidamente dentro del sistema en cuestión (por ejemplo, en el Derecho romano), la esclavitud sigue siendo una institución jurídica o práctica jurídicamente lícita, aunque sea inmoral.

Tal tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral es negada por todas las teorías jurídicas de corte antipositivista o iusmoralista. Por tanto, para las teorías iusmoralistas del Derecho no hay separación conceptual, sino unión conceptual o vinculación conceptual entre Derecho y moral. Una norma jurídica de contenido inmoral (o que supere cierto umbral de inmoralidad o injusticia) podrá aparecer como formalmente válida dentro del sistema jurídico respectivo y hasta ser efectiva e imponerse plenamente en esa sociedad, pero no será, para el iusmoralismo, verdadera norma de Derecho, sino otra cosa; algo así como puro dominio fáctico, poder sin respaldo jurídico, pretexto para el uso ajurídico de la coacción, etc. En consecuencia, parece que decir Derecho justo o decir Derecho no injusto (en el sentido de Derecho que no rebase un cierto umbral de injusticia) sería una especie de redundancia, dado que, para el iusmoralismo, si es Derecho es justo y si es injusto (o muy injusto) no es Derecho.

Creo que podría afirmarse sin exageración que, si yo tomo los patrones de moralidad o justicia que personalmente asumo, que son básicamente los mismos que asumen mis congéneres en el momento actual y en esta cultura llamada occidental o liberal-occidental, y los aplico para calificar los sistemas (pretendidamente) jurídicos que formalmente existieron en el pasado o materialmente dominaron en el pasado o los que formalmente existen ahora o materialmente dominan ahora en otros lados, resulta que una grandísima parte de las normas de los «Derechos» de antaño y una enorme parte de los sistemas «jurídicos» actuales no constituirían verdadero Derecho, dada su evidente injusticia a tenor de los patrones de moralidad míos y de la cultura en la que vivo.

3.2. ¿ES INEVITABLE SER IUSMORALISTA EN TEORÍA JURÍDICA SI SE ES OBJETIVISTA EN ÉTICA?

Arribamos a la pregunta que aquí nos importa, la de cuáles son o pueden ser las relaciones entre objetivismo moral (realista o no realista), por un lado, y iuspositivismo o iusmoralismo, por otro. Téngase en cuenta que, una vez explicadas anteriormente las diferencias y relaciones entre realismo moral y objetivismo moral, en adelante me referiré únicamente al objetivismo moral.

Nada hay lógica o intelectualmente incompatible entre el iuspositivismo, entendido como teoría sobre lo que el Derecho es, y el objetivismo moral, entendido como teoría sobre los contenidos correctos de los juicios morales o, si se quiere precisar más, como teoría sobre los contenidos correctos de los juicios morales sobre (los contenidos de) las normas

jurídicas¹⁴. Ni un iuspositivista está intelectualmente compelido o lógicamente forzado a no ser objetivista moral ni un objetivista moral está compelido o forzado a ser iusmoralista. No hay, pues, una correlación necesaria entre iuspositivismo y antiobjetivismo moral, por un lado, y entre objetivismo moral y iusmoralismo, por otro.

Supongamos que yo soy un objetivista moral (realista moral o constructivista, *v.gr.*) y que estoy firmemente convencido de que un enunciado moral como «la esclavitud de seres humanos es (muy) injusta» es plenamente verdadero u objetivamente correcto inductivamente. Me presentan una norma formalmente válida y efectivamente vigente en el Derecho romano del siglo I d. C. o en un Estado actual, norma que permite la esclavitud, y surge la cuestión: ¿soy incongruente, incoherente con mi objetivismo moral, si afirmo que aquella norma de hace dos mil años o esta norma actual, ambas permisivas de la esclavitud humana en algún supuesto, no son auténticas normas jurídicas por su carácter injusto o injustísimo? ¿Alguien podría con razón afirmar que, puesto que soy un objetivista moral, y dado que desde mi objetivismo considero que es totalmente verdadero el enunciado «la esclavitud humana es (muy) injusta», no puedo admitir que sean Derecho aquellas normas vigentes en aquellos sistemas jurídicos en cuestión y plenamente efectivas en las sociedades por esos sistemas jurídicos reguladas? O demos la vuelta al asunto e imaginemos que yo afirmo que la norma que permitía, en tal o cual sistema, la esclavitud o que la permite hoy¹⁵ es plenamente jurídica; ¿me incapacita semejante afirmación sobre la juridicidad de esa norma para proclamar que es una norma jurídica absolutamente injusta o, incluso, para definirme a mí mismo como objetivista moral y mantener que, en consecuencia, es objetivamente correcto mi juicio sobre la injusticia de la esclavitud? No, de ningún modo. Puedo ser un objetivista moral y defender que las numerosas normas machistas y discriminatorias para la mujer que contenía el Derecho de familia o el Derecho de obligaciones del franquismo eran normas jurídicas válidas y que, además, eran objetivamente injustas y lo eran de conformidad con patrones objetivos de justicia, con patrones no relativos. Asimismo, puedo defender que era objetiva la injusticia de la norma penal franquista que castigaba el adulterio femenino y nada más que el femenino, sin que ese carácter injusto sea óbice para afirmar que tal norma fue, en aquel sistema jurídico, plenamente válida y eficaz.

Nada hay en el objetivismo moral, como doctrina metaética, que fuerce al que a él se adscribe a dar el paso al iusmoralismo como doctrina metajurídica, si así puede decirse. En modo alguno está arrastrado el objetivista moral a dar el salto y proclamar que no puede ser jurídica la norma de cuyo contenido pueda afirmarse con pretensión de objetividad que es inmoral o injusto. De idéntica forma, el iuspositivista no acepta que no pueda decirse que la norma jurídica N es objetivamente injusta; él, en virtud de la separación conceptual entre Derecho y moral, solo ha asumido que la validez jurídica de la norma es independiente de su validez moral (igual que la validez moral es independiente de la validez jurídica), pero no ha asimilado ni dado por sentado que no pueda sostenerse la objetiva inmoralidad o injusticia de la norma jurídicamente válida.

Mas hay un detalle absolutamente esencial y que no podemos perder de vista. *Si cargamos el propio concepto de Derecho de elementos morales, si entendemos que de la definición misma del Derecho forma parte que el Derecho es una herramienta para la consecución de la*

justicia o que tiene en su esencia misma la búsqueda de la justicia, entonces a través de esa misma definición determinamos dos cosas: que no se corresponda con la esencia de lo jurídico un Derecho al margen de la justicia y que esa justicia o moral constitutiva del Derecho no ha de poder ser cualquier moral coyuntural, ocasional o contingente, sino la moral objetivamente correcta.

De nuevo, una comparación con ánimo aclaratorio. ¿Forma parte la procreación de hijos de la esencia del matrimonio, de manera que no es verdadero y propio matrimonio aquel en el que los cónyuges, pudiendo reproducirse, excluyan la filiación? Si decimos, por ejemplo, que el matrimonio es la unión estable de dos personas basada en el sentimiento amoroso y cuyo fin es compartir la vida y tener hijos comunes, entonces es nuestra definición la que determina esa característica del matrimonio. Lo mismo ocurre cuando alguien define el Derecho como instrumento de la justicia. Si, en el caso del matrimonio, lo que se consigue es descalificar como auténticos matrimonios los que, siéndolo a efectos jurídicos y sociales, evitan tener hijos, en el caso del Derecho lo que se logra con definiciones así condicionadas o cargadas es descartar el carácter jurídico de una grandísima parte de las normas jurídicas y los sistemas jurídicos que en el mundo son y han sido.

Una analogía más. Suele clasificarse la cirugía en diversos tipos. Pero si alguien dijera que propiamente solo es cirugía la reparadora, aquella que arregla zonas del cuerpo dañadas o deformadas, tendríamos que asumir que no serían propiamente operaciones quirúrgicas algunas modalidades de cirugía que no curan un órgano, sino que lo amputan. Amputar una pierna gangrenada y que no tiene otro arreglo no sería cirugía, y no lo sería en virtud de esa definición y para quienes así definen, aunque todo el mundo vea cirugía también en operaciones tales, igual que todo el mundo ve Derecho en los sistemas jurídicos injustos y llama «Derecho» al Derecho nazi, al Derecho romano, al Derecho medieval o al Derecho de ciertos países actuales, como los de férrea confesionalidad islámica.

Lo que puede cambiar, si acaso, es la actitud psicológica del sujeto. Es fácil imaginar a un objetivista moral que, desde su seria y profunda convicción de que los juicios morales son objetivamente verdaderos o falsos u objetivamente correctos o incorrectos, se anime a pensar que cómo vamos admitir que puedan ser Derecho normas opuestas a la moral objetivamente correcta. Pero a lo mejor eso también tiene que ver con cuestiones tales como el temperamento o talante del respectivo objetivista o con la fuente en la que beba su objetivismo. Un iusnaturalista tomista es también un objetivista (objetivista realista), pero el trasfondo religioso de su objetivismo le impulsará a inadmitir que pueda haber verdadero Derecho que sea injusto en ese orden de la Creación, pues en ese orden quedó por Dios mismo establecido y grabado en la naturaleza del ser humano y de las sociedades lo que sea lo justo, lo que «naturalmente» y por sí sea Derecho, Derecho natural.

3.3. ¿ES POSIBLE SER IUSMORALISTA SIN SER OBJETIVISTA?

Lo que apenas cabe es que imaginemos a un iusmoralista no objetivista. Sería alguien que simultáneamente afirmaría, por un lado, que la norma formalmente jurídica que sea injusta no es verdaderamente jurídica y no obliga como tal norma jurídica, y, por otro

lado, que el contenido de lo justo o lo moral es relativo a personas, culturas o grupos y que, por tanto, los juicios morales no pueden tildarse de verdaderos o falsos o de objetivamente correctos o incorrectos. Pero en este punto debemos introducir algunos matices y diferenciaciones. Y para que se entiendan mejor tales matices, téngase en cuenta que negar la validez de una norma jurídica implica negarle obligatoriedad como Derecho, y que esto supone que no hay ninguna razón jurídica para que, como Derecho, la apliquen los jueces y demás funcionarios u operadores jurídicos. Si, por ejemplo, la norma penal N que castiga el delito D con la pena P no es válida por ser (muy) injusta, entonces los jueces penales no deben aplicarla para imponer P a la persona penalmente responsable que incurra en la conducta tipificada como D.

Un iusmoralista radicalmente relativista, que defienda que los juicios morales son relativos a cada persona y plenamente dependientes de circunstancias individuales (biografía, ideología, talante, intereses...), sin que exista ningún patrón con el que juzgar la mayor corrección de unos juicios u otros, es poco menos que inconcebible. O se trataría de un anarquista radical que vendría a indicar que para cada uno (y, por ejemplo, también para cada juez) solo son jurídicas las normas que él personalmente valora como no injustas. Habría, pues, sobre el papel, tantos posibles sistemas jurídicos como personas, pues del conjunto de todas las normas formalmente jurídicas dentro de un sistema jurídico cada individuo descartaría como no propiamente válidas aquellas que chocaran con sus personales convicciones sobre lo justo.

Algunos de los más afamados o importantes iuspositivistas del siglo XX han sido fuertemente relativistas en el plano de la ética, como es el caso de Kelsen¹⁶. Desde ese relativismo radical, no podían ser sino positivistas de un tipo u otro (positivismo normativista, positivismo empirista...), pero no iusmoralistas. Seguramente, esa es la razón por la que muy a menudo se ha considerado, en un salto erróneo, que no cabe ser objetivista moral y iuspositivista; pero eso no es cierto, lo que es poco menos que inimaginable es ser iusmoralista y relativista moral radical.

¿Puede haber iusmoralistas que sean relativistas culturales? Sí. El iusmoralista pone la compatibilidad con la moral como condición de la validez de las normas jurídicas, pero esa moral puede ser una moral no universalista. Así, muchos de los que en filosofía política se asumen como comunitaristas serían relativistas éticos. El comunitarista afirma que las pautas de lo moralmente bueno o lo justo no son ni individuales ni universales, sino relativas a cada comunidad cultural densa. El contenido de los valores morales viene dado por la configuración de cada cultura en cada época, por lo que los juicios morales de un sujeto serán correctos o incorrectos no por contraste con los contenidos universales de los valores morales, sino por contraste con los contenidos de esos valores en la respectiva cultura de ese sujeto. Así, mi juicio de que la esclavitud humana es injusta es correcto bajo el prisma de la cultura liberal-occidental en la que yo vivo y en la que he sido socializado, pero no lo sería ni para la cultura de la Roma clásica ni para la de la Europa medieval, etc. Y lo mismo ocurre, por poner otro ejemplo, con mi juicio de que es injusto que la mujer tenga menos derechos y menos poder que el hombre, juicio que sería correcto de acuerdo con los parámetros de mi cultura, pero no según los parámetros de una cultura islámica de hoy mismo.

Ese iusmoralista comunitarista y relativista cultural podría mantener que no es auténtica norma jurídica válida la que se oponga a los valores morales básicos de la respectiva cultura. Así, no sería norma jurídica válida la que aquí y ahora discrimine a la mujer frente al hombre ni, quizá, la que en un país de cultura islámica reconozca iguales derechos a mujeres y hombres. En cualquier caso, el supuesto común y esperable es el de iusmoralistas que sean objetivistas y universalistas, realistas o no. Esto es, que consideren que: *i)* hay, al menos en cada momento y circunstancia, juicios morales objetivamente correctos y objetivamente falsos, que es cognoscible lo verdadero y lo falso de los juicios morales y que lo es con arreglo a parámetros no dependientes de circunstancias individuales o de patrones culturales específicos¹⁷, y que *ii)* no es jurídica la norma formalmente perteneciente a un sistema jurídico o efectiva en él —o desde él— que sea contraria a esa moral objetivamente correcta y de valor o alcance universal. Para tal iusmoralismo, que es el dominante, el contenido de los valores morales es objetivo y es universal, independientemente de que tal contenido se vaya precisando y actualizando caso a caso y en función de las combinaciones de circunstancias en cada caso.

3.4. ¿TIENEN MORAL LOS NO OBJETIVISTAS?

¿Y qué sucede con las creencias morales del no objetivista moral? Un no objetivista no es alguien que carezca de creencias morales o que se proponga no tenerlas, dejarlas en suspenso o vivir y juzgar al margen de ellas. Apenas es posible imaginar a una persona adulta y mentalmente capaz que no tenga creencias sobre lo bueno y lo malo, sobre lo justo y lo injusto. El no objetivista es aquel que piensa que sus creencias morales o las de los demás pueden estar avaladas por razones más o menos serias, más o menos compartibles, más o menos acordes con el pensar general o más originales o peculiares, más afines a las tradiciones o más alejadas de ellas, etc., pero que no pretende para las creencias morales corrección objetiva o verdad plena. Cuando el no objetivista moral dice «la esclavitud humana es injusta» puede estar radicalmente convencido de que tal juicio suyo (o este enunciado en que se refleja) es correcto, pero entiende que no puede demostrarse de ningún modo que sea objetivamente correcto, como sí puede demostrarse que es objetivamente correcto el enunciado empírico «la luna es el único satélite natural de la tierra».

Hagamos unas comparaciones al respecto buscando una mayor claridad. Yo estoy firmemente convencido de que mi pareja es la mejor pareja del mundo y que sus virtudes o cualidades son las mejores que pueden adornar a una persona y, además, las que la hacen una pareja perfecta para cualquiera. Y puedo dar mil y una razones a favor de esa valoración mía de mi pareja, de tal creencia mía sobre ella. Ahora bien, eso no significa que yo crea —o tenga que creer que puedo demostrarle a cualquiera— que objetivamente mi pareja es la mejor pareja. Si fuera un objetivista amoroso (valga la analogía), pensaría que sí, que objetivamente es correcto o incorrecto, verdadero o falso mi enunciado «P, mi pareja, es la mejor pareja del mundo». Pero si no soy objetivista amoroso y un colega me insiste en que la mejor pareja del mundo no es P, la mía, sino M, la suya, admitiré que cada cual tendrá

sus muy buenas razones, pero que no hay manera de demostrar objetivamente cuál de los dos tiene razón.

Imaginemos que yo no soy un objetivista moral, bien porque no soy realista moral, bien porque no me resultan convincentes los métodos del constructivismo moral en ninguna de sus variantes, y creo que son meros expedientes mediante los cuales cada uno trata de presentar ciertas creencias suyas como aquellas que aceptaría todo ser humano razonable y no sometido a sesgos u obnubilaciones. E imaginemos que es firme mi personal convicción de que es muy injusto el Estado en el que vivo y que su ordenamiento jurídico está lleno de normas inicuas. ¿Serían más débiles mis razones, en cuanto impulsos para mi acción de oposición a sus normas y hasta de lucha para que esas normas sean desobedecidas y no sean eficaces, que las razones coincidentes de un objetivista moral? Creo que no. Porque en tal caso tendríamos que admitir que, en cuanto razones morales, serían más fuertes que las mías las de un objetivista moral que defendiera tales normas de ese Estado. Por esa regla de tres, deberíamos atribuir mayor firmeza o cualidad moral a las razones de los iusnaturalistas de todo pelaje que una y mil veces han propugnado la suprema y objetiva justicia de las normas de tantas dictaduras, como la franquista, la de la Argentina de Videla o la del Chile de Pinochet, por poner solo unos pocos ejemplos.

Recurriendo de nuevo a la analogía anterior, es como si se afirmara que es más débil mi amor a mi pareja si no soy un objetivista amoroso y no pienso que sea demostrable que mi pareja sea la mejor del mundo y que son superiores las razones amorosas de mi colega, objetivista amoroso, que sí cree que es objetivamente demostrable que su pareja (¡o la mía!) es la mejor del mundo.

4. ELEMENTOS PARA EL DEBATE CON EL IUSMORALISMO OBJETIVISTA DE MANUEL ATIENZA

Tomaré como base para la discusión que planteo en los siguientes apartados el trabajo de mi amigo Manuel Atienza titulado «Objetivismo moral y Derecho»¹⁸, sin perjuicio de otras posibles referencias.

4.1. EL OBJETIVISMO MÍNIMO DE ATIENZA. UN EJEMPLO CON ALGUNAS IMPLICACIONES

Lo primero que Atienza aclara es que el objetivismo que él defiende es un «[...] objetivismo ético de carácter mínimo que no implica el realismo moral, o sea, no postula la existencia de entidades morales semejantes a los objetos o a las propiedades del mundo físico» (13). Atienza ejemplifica los planteamientos de ese objetivismo del siguiente modo: «Cuando defiendo, por ejemplo, el carácter laico del Estado no estoy sencillamente mostrando una preferencia personal o una preferencia compartida por un determinado grupo

social, sino lo que pretendo decir es que eso es lo correcto, que a favor del Estado laico cabe esgrimir razones que cualquiera (cualquier persona razonable) tendría que aceptar».

Es muy de agradecer que Atienza no se haya procurado un ejemplo más cómodo —es decir, más fácil— para generar un acuerdo muy amplio. Puesto que está hablando de objetivismo ético —y tal es el que él propugna—, debemos entender su defensa del Estado laico frente al Estado confesional en el sentido de que el Estado laico es, en esa contraposición, el Estado objetivamente justo, mientras que el Estado confesional es el Estado objetivamente injusto. Eso, como mínimo, hará que, para Atienza, deba reputarse verdadero u objetivamente correcto el enunciado «el Estado laico es más justo que el Estado confesional». Dicho sea de paso, a mí también me parece que el Estado laico es más justo que el Estado confesional¹⁹. Atienza tiene claro que es objetiva la incorrección en que incurre el Estado confesional: «[...] la estricta neutralidad en materia religiosa es para mí un valor político-moral y por eso el Estado actúa incorrectamente cuando introduce alguna diferenciación de trato vinculado con las creencias (o la falta de creencias) religiosas de la gente» (13). No trata Atienza meramente de formular un juicio personal, una creencia o convicción suya, sino algo más: un juicio objetivamente acreditable como correcto, lo que viene a significar, en sus propias palabras, que «[...] cualquier persona razonable tendría que estar de acuerdo con nosotros al pensar así, aunque de hecho no todas lo estén» (14).

Ahí vemos asomar uno de los problemas del constructivismo ético al que Atienza se adscribe, si no entiendo mal, que será analizado más adelante. Hay personas que, como él o como yo²⁰, nos consideramos razonables y pensamos que es más justo un Estado laico que uno confesional que dé trato preferente a los fieles de alguna religión o castigue o discrimine a los de otras o a los que no se afilien a ninguna. Y hay otras personas, en el mundo o en nuestro propio país, que no lo consideran así y que opinan que el Estado laico no es más justo que cualquier modelo posible de Estado confesional. Incluso entre nuestros colegas iusfilósofos los hay de esos y, para colmo, creo que se consideran a sí mismos, ellos también, objetivistas morales. Mi pregunta sería: ¿descartamos que esos conciudadanos sean personas razonables? Atienza ha dicho que, desde su objetivismo (aunque sea un objetivismo «débil»), se entiende que «cualquier persona razonable» tendría que estar de acuerdo con nosotros sobre cosas tales como la superioridad objetiva, desde el punto de vista de la justicia, del Estado laico sobre el confesional. Si decimos que los que discrepan de nosotros no son personas razonables, podría pensarse que los tildamos de una manera discutible y de una forma que, además, no sé si resulta muy acorde con la libertad religiosa e ideológica que la Constitución proclama, aun cuando quizá este es un argumento jurídico-positivo y no puramente moral.

Además, una parte considerable de los Estados que hoy en día existen en el mundo no son Estados laicos y, por tanto, sus sistemas jurídicos contienen normas que restringen la libertad religiosa, favorecen a los fieles o instituciones de una determinada confesión religiosa y que aun castigan a quienes no profesan esa religión oficial o, de algún modo, obran contra sus preceptos y dogmas. Como Atienza no solamente es un objetivista moral, según su propia explicación, sino que además se opone con fuerza al iuspositivismo y a la separación conceptual entre Derecho y moral, habremos de concluir, creo, que él considera que

las normas de esos Estados que consagran y desarrollan esos aspectos de la confesionalidad no son auténticas normas jurídicas o lo son de un modo constitutivamente imperfecto.

4.2. PRETENDER ES TENER; O DE CÓMO EL QUE LA SIGUE LA CONSIGUE

Manuel Atienza emplea un argumento nada infrecuente entre iusmoralistas, a saber, que sin el objetivismo moral son «difícilmente comprensibles» algunos aspectos de la práctica jurídica (14). Y explica el argumento de un modo que alberga fuertes resonancias dworkinianas: «Por ejemplo, un juez no estaría motivando propiamente su decisión si después de dar las razones por las cuales considera probado que han sucedido ciertos hechos y las razones que le llevan a interpretar de cierta manera las normas jurídicas que considera se aplican al caso, razones que presenta para condenar a X a la pena P o para resolver que no es Y, sino Z el propietario del bien en litigio B, añadiera a ello que su decisión no pretende ser la decisión correcta sino, simplemente, una a favor de la cual se pueden dar razones que a él le parecen aceptables (y que también —imaginemos— le parecieron aceptables a la mayoría del tribunal)» (15).

Según ese modo de pensar, si una persona religiosa que habla de su credo con gran fe y convicción o un teólogo que glosa los textos sagrados de una confesión pretenden con gran seriedad que su dios existe, su dios existe objetivamente; y si alguien justifica con gran firmeza, convicción y esmero que él realmente vio una nave interestelar llena de alienígenas, tenemos en eso una prueba o un fuerte indicio de que los alienígenas deben existir «objetivamente». Y si ese creyente religioso, ese teólogo o ese sujeto convencido de que hay marcianos dijera que las razones que aporta y que basan su convicción son razones no suficientemente demostrativas y que simplemente son las que a él le parecen aceptables, estarían incurriendo en algo parecido a una contradicción performativa o, al menos, no estarían fundamentando con propiedad sus asertos. Si un anacoreta anuncia que se va a meditar a una cueva del desierto porque ha percibido claramente una llamada de Dios que le incita a ello, ese anacoreta motiva bien su decisión, pero si dice que simplemente cree que Dios le ha llamado a hacer eso o si muestra algún tipo de duda sobre si esa estancia en las grutas será la mejor opción, es un anacoreta que motiva fatal sus decisiones vitales.

¿Desde cuándo la pretensión firme de X es una prueba de que X es firme? ¿Desde cuándo las pretensiones son constitutivas de la realidad de lo pretendido? ¿Acaso que yo pretenda con radical seriedad que P es el amor de mi vida es la prueba de que existe objetivamente el amor de la vida de cada uno y de que P es el mío? ¿Que los jueces motiven sus decisiones con la pretensión de que sean objetivamente correctas es una demostración de que existe para cada caso la decisión objetivamente correcta o la única decisión correcta? ¿Que yo pretenda que P es objetivamente la mejor pareja que yo pueda tener es prueba de que existe objetivamente en algún apartado del orden del ser o del orden de la Creación la pareja perfecta para cada cual o la pareja perfecta para mí? Y si digo que creo que tengo razones aceptables, aunque quizá falibles por causas que ignoro, que hacen que P sea mi mejor pareja, ¿no estoy dando razones válidas para emparejarme con P o casarme con ella? ¿De verdad no se puede ser congruentemente juez sin ser objetivista moral y no se puede

sentenciar sin que, en cada caso, el juez esté convencido de que su decisión es la única objetivamente correcta y por razones no meramente aceptables? ¿Tan engreídos queremos a nuestros jueces para que el Derecho cumpla la sagrada misión que le asignan los iusmoralistas que lo elevan a vía sacramental hacia lo justo?

4.3. TODOS ESTAMOS MORALMENTE OBLIGADOS A APLICAR LAS NORMAS MORALES Y LOS JUECES ESTÁN JURÍDICAMENTE OBLIGADOS A APLICAR LAS NORMAS JURÍDICAS

Y a ese argumento sigue, en Atienza, otro argumento que en el iusmoralismo suele ligarse al anterior: que la obligación que tienen los jueces de aplicar las normas jurídicas es una obligación moral. Atienza lo expresa de la siguiente manera: «En cualquier justificación judicial (incluso cuando se trata de casos que no involucran el manejo de términos con connotación moral) hay que presuponer, al menos, una premisa (implícita) de carácter moral que enuncia la obligación para el juez de aplicar ciertas normas, las de su sistema. Esa obligación no puede tener carácter jurídico, pues, aunque el propio sistema jurídico establezca la obligación para los jueces de aplicar el Derecho, siempre será posible seguir preguntándoles por qué aceptan esa obligación, y la respuesta, en último término, no puede basarse más que en razones morales. De manera que un juez que comprende realmente en qué consiste justificar —motivar— sus decisiones y que asume esa obligación erigiría también, al menos en muchas ocasiones, la pretensión de que su decisión es moralmente correcta: objetivamente correcta de acuerdo con el Derecho, y también con la moral que justifica aplicar ese Derecho» (15). Un párrafo así requiere un desmenuzamiento cuidadoso. Analicémoslo.

Nos dice Manuel Atienza que en toda justificación judicial hay que presuponer una premisa de carácter moral que enuncia la obligación para ese juez de aplicar las normas del sistema jurídico, pero que esa obligación «no puede tener carácter jurídico», aun cuando haya también en el sistema jurídico una obligación con el mismo contenido. Y esto es así porque, si preguntamos por qué los jueces aceptan esa obligación jurídica, la respuesta no puede basarse más que en razones morales. No lo entiendo, y trataré de explicar por qué no lo entiendo.

Todo sistema jurídico contiene normas que declaran que, a tenor de dicho sistema y, por tanto, desde el punto de vista jurídico específico que es propio del mismo, los jueces o determinados funcionarios están obligados en ciertas ocasiones a aplicar las normas de dicho sistema y no otras normas —por ejemplo, las de otros sistemas—. Así, según el sistema jurídico español vigente, los jueces españoles tienen que decidir la mayoría de los pleitos que juzgan aplicando normas del Derecho español y no, por ejemplo, normas del Derecho ruso o normas de un club de amigos o normas de la moral budista. Como cualesquiera otros destinatarios de normas jurídicas que estipulan obligaciones, los jueces pueden decidir acatar o no acatar esas normas jurídicas que están jurídicamente obligados a aplicar en virtud de ciertas reglas del sistema jurídico respectivo. Las razones que cada juez pueda tener para acatarlas pueden ser muy diversas —por ejemplo, desde la convicción moral de

que será mejor y más justa la sociedad en la que el juez aplique las normas jurídicas o de que son justas las normas jurídicas de ese sistema jurídico en el que él ejerce su profesión de juez hasta razones de conveniencia personal, temor, cálculo económico, etc.—. Un juez que, supongamos, aplique en sus fallos las normas jurídicas en lugar de violentarlas y lo haga porque teme ser condenado por prevaricación, sancionado disciplinariamente o perjudicado en su ambición de ascender a puestos más altos en la escala judicial no está determinado por razones morales, salvo que llamemos morales a razones de cualquier tipo y digamos, por ejemplo, que son razones morales las que impulsan a quien iba a atracar un banco pero se abstiene de hacerlo por miedo a que el personal de seguridad le pegue un tiro. Que prácticamente todas las razones relacionadas con la acción puedan ser susceptibles de calificación moral no convierte a todas esas razones en razones morales.

También puede un juez decidir que no aplica las normas del sistema jurídico que, según ese mismo sistema, está obligado aplicar, y tal decisión puede deberse a razones morales — por ejemplo, que estima que esas normas que debe aplicar son injustas o que lo es el sistema entero—, pero también a razones de otra clase; por ejemplo, el deseo de congraciarse con algunos grupos sociales y de recibir beneficios o favores de ellos.

En suma, contra lo que Atienza sostiene, no veo a qué viene su afirmación de que la razón que hace al juez aceptar la obligación de aplicar las normas jurídicas es una razón moral. Será una razón moral cuando lo sea y no será moral esa razón cuando no lo sea. Exactamente igual que podrá ser una razón moral o una razón no moral la que mueva al juez a inaplicar esas normas. Pero, además, aunque fuera verdad que los jueces aplican las normas jurídicas por razones morales, tal cosa no daría la razón al iusmoralismo al tratar de rebatir la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral y, menos todavía, sería un argumento a favor del objetivismo moral que proclaman iusmoralistas como Atienza. Muchos de los comportamientos económicos de las personas están movidos por razones morales, pero eso ni es base ninguna para afirmar que la moral es un componente objetivo de la economía y que toda «ley» económica debe ser pasada por el filtro de la moral para ser una verdadera «ley» económica ni, menos todavía, es un argumento en favor del objetivismo moral. Y permítaseme otra comparación más chusca, pero creo que bastante gráfica: si usted hace el amor con José o Josefa por razones morales (porque lo/la aprecia y quiere darle esa alegría, porque sabe que eso aumentará la autoestima de él o ella, que anda triste...) o si se abstiene de esa práctica sexual por razones morales (por ejemplo, porque siente que con eso puede dañar en algo a José o Josefa o porque teme que su acción sea por él o ella sentida como un abuso...), ¿habrá usted de pensar que la moral es parte constitutiva y definitoria de toda práctica sexual que propiamente lo sea y, de propina, tendrá que hallar en tan sorprendente descubrimiento un dato a favor del objetivismo moral como componente necesario de la ciencia sexológica?

Suena extraño que Atienza afirme que la obligación que el sistema jurídico establece para que los jueces de ese sistema apliquen sus normas «no puede tener carácter jurídico», ya que «[...] siempre será posible seguir preguntándose por qué los jueces aceptan esa obligación». Sencillamente, no entiendo qué tiene que ver el carácter o la calificación de una obligación con las razones de sus destinatarios para aceptarla. La obligación jurídica que

tiene el árbitro de fútbol de aplicar el reglamento en los partidos es una obligación jurídica, al margen de cuáles sean las razones de ese árbitro para ser árbitro o para asumir que debe arbitrar conforme a lo que establezca el reglamento. Y aunque muchos árbitros dijeran que son razones morales relacionadas con la justicia de los resultados futbolísticos las que los mueven a arbitrar según las normas del reglamento, eso no cambia en lo más mínimo la naturaleza de las normas del reglamento, su naturaleza jurídica, si es jurídica. Las razones morales por las que eventualmente se cumplan las normas no convierten a todas las normas en razones morales. Que algún sicario pueda encontrar alguna vez razones morales para cumplir las normas de su grupo mafioso no altera la naturaleza mafiosa de esas normas, no las moraliza.

Y una última cuestión sobre el párrafo que estamos examinando. Se nos dice que un juez que entienda qué es realmente justificar o motivar sus decisiones asumirá la pretensión de que su decisión sea objetivamente correcta de acuerdo con el Derecho y de acuerdo con la moral «que justifica aplicar ese Derecho». Pues bien, en mi opinión eso no será lo que tenga que asumir un juez por ser juez, sino lo que tendría que asumir Atienza si fuera juez, dado que para él toda verdadera justificación jurídica es una justificación en última instancia moral. Pero Atienza no lo asume —o no lo asumiría— porque sea una especie de presupuesto cuasitrascendental de toda justificación jurídica, sino porque él ya ha puesto por delante que no hay verdadera justificación jurídica sin justificación moral²¹. Una vez que ha metido la moral en todos los apartados de la definición de lo jurídico, cuando ve moral en todos los elementos de la teoría y la práctica de lo jurídico, Atienza no hace más que extraer lo que antes ha introducido; igual que el mago que saca el conejo de la chistera. Ambos, Atienza y el mago, insisten en que el conejo estaba allí desde siempre o en que llegó por sus propios medios, pero sabemos que no; sabemos que ni la chistera es la casa del conejo ni la moral verdadera vive en el auténtico Derecho.

Atienza no es iusnaturalista, pero, como los iusnaturalistas de toda la vida, primero cuela por la ventana lo que después saca tranquilamente por el portón del Derecho: la conclusión de que no hay más Derecho que el que tenga contenidos acordes con la moral verdadera, moral verdadera que, casualmente, nunca es otra moral o la moral de los otros. Porque, como el propio Atienza nos recuerda al comparar su metaética con la de Paolo Comanducci, lo propio del objetivista moral es creer que sus razones morales son las razones objetivamente correctas. Por eso, cuando el objetivista moral se hace iusmoralista ya sabemos a qué moral se va a parecer el verdadero Derecho: a la moral del objetivista moral de que se trate, con el sorprendente efecto de que discrepan grandemente los objetivistas morales al señalar cuál es la moral correcta y cuál es, por tanto, el Derecho auténtico.

4.4. MANERAS DE DARSE LA RAZÓN A UNO MISMO

Atienza no se adscribe al realismo moral²², sino al constructivismo ético al estilo de Alexy o Nino. Acoge la idea de Alexy según la cual el enunciado «x debe ser realizado» «es verdadero si eso es a lo que se llegaría en un discurso racional» (23) en el que se respetasen las reglas de la argumentación racional sintetizadas por el propio Alexy²³ Atienza lo resu-

me de este modo: «Los criterios que puede ofrecer el objetivista moral a favor de que un determinado juicio moral (normativo o de valor) es objetivo son los que proporcionaría una argumentación racional sobre el tema; lo que respalda una pretensión de corrección es que eso es lo que aceptarían todas las personas razonables. Esa, como se sabe, es la base de todos los constructivismos de inspiración kantiana: lo objetivamente correcto sería aquello a lo que se llegaría por consenso, como fruto de una discusión en la que se respetaran determinadas condiciones que, según cada autor (por ejemplo, Rawls o Habermas), pueden variar algo, pero que, en el fondo, apuntan siempre en la misma dirección, hacia la idea de imparcialidad» (33).

En suma, un juicio moral verdadero es aquel que toda y cualquier persona aceptaría si se cumpliesen las condiciones ideales de la reflexión racional. Yo puedo plantearme la duda de si es verdadero u objetivamente correcto el juicio « x es justo» o si lo es el juicio « x es injusto»; encuentro razones a favor de lo uno y de lo otro y me muevo en la duda. Yo, en mis circunstancias de todo tipo, seguramente no soy capaz de elevarme o abstraerme suficientemente para que el fruto de mi reflexión pueda verse como resultado de un pensamiento radicalmente imparcial y para nada sesgado ni condicionado por intereses o peculiaridades mías. Cierzo que puedo asumir que si, en lugar de ser yo y ser aquí y así, fuéramos un grupo de seres bien maduros y racionales, nos reuniéramos con tiempo ilimitado para intercambiar puntos de vista y razones y nuestro diálogo estuviera regido por reglas que asegurasen que nadie engaña ni manipula ni coacciona a ningún otro y que nada se decide sobre cuál de los dos enunciados que analizamos es el enunciado moral verdadero hasta que estemos de acuerdo todos y cada uno de nosotros, entonces ese, el así acordado, sería el enunciado moral verdadero.

Otra posibilidad sería que yo dudara si es objetivamente correcto o no el enunciado moral « x es justo» y que fuera yo un hombre de fe religiosa. Entonces, quizá me preguntaría no qué me parece lo correcto a mí, ser pecador y limitado, sino qué sería lo correcto según Dios. Así que me pongo a esperar que Dios me hable y me resuelva con su suprema autoridad racional mi dilema moral. Si en verdad me habla, problema solucionado; al menos para mí, aunque la multitud de ateos siga mostrándose escéptica y reacia a aceptar mis divinas razones. Pero si no me habla, solamente me queda preguntarme qué decidiría Dios, Suprema Perfección, si Él fuera el que tuviera que decidir, y no yo, pobre humano manchado por el Pecado Original. Así que procuro hacer abstracción completa de todos esos pecados míos y de todas las limitaciones que oscurecen mi intelecto y acortan mi voluntad y me pregunto, haciendo un genuino esfuerzo, cuál sería el veredicto de Dios sobre si x es justo o no.

Francamente, y aunque suene escandaloso para según qué creyentes de según qué credos, es más común que el religioso acabe concluyendo que lo que Dios diría es diferente de lo que a él le parecería mejor que el hecho de que un constructivista ético concluya que el auditorio universal o la comunidad ideal de habla le quitan la razón a él. Como es uno mismo, con sus sesgos, intereses y prejuicios, el que se plantea qué es lo que consideraría moralmente correcto una ideal comunidad de dialogantes bajo condiciones procedimentales perfectas, es uno mismo también el que se contesta. Y se contesta que sí. Del mismo modo

que no conozco a ningún jurista que tuviera claras sus valoraciones en un caso y que las alterara después de ponderar aplicando los test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, no me he topado con ningún constructivista ético al que el auditorio ideal le haya quitado la razón, uno que, al preguntarse qué decidirían cualesquiera sujetos racionales, concluya que decidirían algo distinto de lo que a él personalmente le parecía razonable ya antes de hacerles hipotéticamente la pregunta a esos argumentantes virtuales.

En esto, los constructivistas son como todos, pues a nadie le gusta concluir que es irracional ni reconocer que los racionales valorarían de modo completamente distinto que uno mismo. En otras palabras, más claras: cuando, ante un dilema moral, una persona maneja seriamente razones en pro y en contra de tal o cual acción y acaba decidiendo que pesan más las razones para lo uno que para lo otro, si hace seguidamente el experimento mental de preguntarle a la comunidad ideal de hablantes va a concluir... lo mismo. Seguro que ahí está la explicación de que con tanta frecuencia veamos a cinco magistrados ponderar con el mismo método las mismas normas y los mismos hechos en un mismo caso y que terminen en votación de tres contra dos; o que entre iusfilósofos objetivistas morales de corte constructivista haya un acuerdo pleno sobre los fundamentos de la teoría y una discrepancia radical sobre lo que es justo o injusto y, en consecuencia, sobre qué normas del Derecho son plenamente jurídicas y cuáles no. Ahora mismo podría citar a algún estimado latinoamericano, colega de Atienza y mío, cuyo iusmoralismo es perfectamente acorde con el de Atienza y que cita también con fruición a Alexy o Nino, amén de a Aristóteles, pero que coincidiría bien poco con Atienza a la hora de señalar enunciados morales objetivamente correctos e incorrectos o de indicar qué normas son plenamente jurídicas y cuáles no llegan a tales por su carácter tan injusto.

4.5. DERECHO Y MEDICINA, LA COMPARACIÓN FAVORITA DE MANUEL ATIENZA

Atienza termina su artículo refiriéndose a la relación entre objetivismo moral y positivismo jurídico. Reconoce que «[...] el objetivismo moral no tendría, en principio, por qué ser incompatible con el positivismo jurídico» (36). Es una cuestión sobre la que ya me he pronunciado antes. Así que voy a ocuparme del último apartado del artículo de Atienza que sirve de base a este comentario porque hay en él otras cuestiones que también salen a relucir.

Atienza sostiene en esta obra y en muchos de sus escritos de los últimos tiempos que «[...] el Derecho es una práctica social que no puede entenderse separada de objetivos y de valores morales» (37). Esa es otra decisión definitoria de Atienza que condiciona su teoría del Derecho, que será, así y necesariamente, teoría de una práctica.

Si no tergiverso la tesis de Atienza —de ningún modo es mi intención hacerlo—, podremos concluir que el Derecho es lo mismo que la práctica jurídica²⁴, salvo que estemos dispuestos a afirmar cosas tales como que la práctica jurídica es la práctica de la práctica en que el Derecho consiste. En esa práctica que el Derecho es habrá instrumentos o herramientas tales como normas jurídicas, normas morales o moral-jurídicas (según el punto de vista iusmoralista), jurisprudencia, tesis científico-dogmáticas sobre tales o cuales normas e

instituciones, etc., pero nada de eso forma parte de la esencia de lo jurídico, esencia que estriba en que es una práctica particular. ¿Cuál? Si sumamos lo que en este artículo dice Atienza y lo que pormenorizadamente mantiene en otros importantes trabajos suyos, creo que podríamos afirmar que, para él, el Derecho es una práctica argumentativa que tiene como razón de ser la solución justa (o, al menos, no fuertemente injusta) de ciertos conflictos sociales. Como aquí afirma, «[...] hay un mínimo de satisfacción de los valores de la práctica requerido para poder decir que estamos en esa práctica» (37), y «[...] el Derecho es una práctica social que no puede entenderse separada de los objetivos y de valores morales» (37).

La comparación favorita de Atienza es el símil que él propone entre el Derecho y la medicina. Hay normas jurídicas que son deficientes para esa práctica, quizá moralmente deficientes y, por tanto, poco aptas para que en la práctica jurídica se satisfagan los valores morales que la guían, igual que hay medicamentos que no tienen los efectos curativos deseables, diagnósticos médicos no certeros o intervenciones quirúrgicas no acertadas. Pero eso es una cosa, y otra, para Atienza absurda, sería «[...] la construcción de un conocimiento médico que no asuma el valor de la salud» (39). La medicina es una práctica que se guía por el valor de la salud y otros asociados a ese valor principal, mientras que el Derecho sería una práctica que se guía por el valor de la justicia y otros a ella ligados. Llamar Derecho a un orden jurídico injusto sería un sinsentido similar a denominar medicina a un conocimiento médico no orientado a la mejora de la salud.

En efecto, si queremos comparar el Derecho, entendido como práctica social que busca la solución justa de conflictos, con la medicina, entendida como práctica social que busca la curación o el alivio de enfermedades, y lo queremos así porque hemos empezado por definir el Derecho como práctica social guiada por la justicia, pues santo y bueno, nada que objetar. Es como si yo insisto en la similitud entre una pantera y una planta carnívora porque son seres vivos que se procuran alimento por un impulso de supervivencia. Lo que hay de común en su práctica alimenticia me permite una feliz comparación y a punto estaré de definir a los seres vivos como prácticas alimenticias o como prácticas de supervivencia.

Pero las analogías entre las panteras y las plantas carnívoras o entre el Derecho y la medicina llegan hasta donde llegan y dan para lo que dan. Y de las analogías cada uno toma lo que quiere para sus juegos teóricos o invierte las analogías usadas por el rival teórico. Podríamos aquí decir, por ejemplo, que en las facultades de medicina se han estudiado miles y miles de diagnósticos erróneos y de tratamientos inútiles y que lo uno y lo otro pasó por ciencia médica en la teoría y se aplicó en la práctica médica, igual que en las facultades de Derecho del franquismo se estudiaba el Derecho de familia de la época y en los tribunales se aplicaban sus inicuas normas. Eso sí, ningún profesor de medicina ha dejado nunca de creer que lo que daba sentido a su ciencia y a la práctica médica era la búsqueda de la salud ni ha dejado ningún jurista de pensar que estaba en juego la justicia como faro y guía de lo jurídico. No se me ocurre apenas ningún jurista franquista que no hubiera suscrito la tesis de que el Derecho es, antes que nada, una *praxis* para la resolución justa de conflictos²⁵.

Claro que todos queremos que el Derecho dé buena salida a los conflictos sociales y que la medicina dé buena solución a las enfermedades de nuestros cuerpos. Pero no por eso deja de ser Derecho el Derecho injusto ni deja de ser medicina la medicina errada. Los

errores de la práctica también son parte de la misma práctica. La mecánica de automóviles, en cuanto práctica, se ejerce tanto cuando el operario consigue arreglar el coche de turno como cuando fracasa o causa una avería mayor. Y eso no cambia por mucho que píamente insistamos en que la práctica mecánica adquiere su sentido bajo la guía del valor reparación o del valor buen funcionamiento.

Más allá de esas consideraciones algo frívolas, hay diferencias no desdeñables entre el Derecho y la medicina. Comparar la práctica de la medicina y la del Derecho porque ambas tienen un propósito que las guía, la sanación en la medicina y la justicia en el Derecho, viene a ser como comparar el fútbol y la guerra porque en ambos se busca la victoria; o como equiparar el comer y el defenderse frente a un agresor que quiere matarnos porque en ambas cosas hay un fin último que tiene que ver con la conservación de la vida y, precisamente, sobre la base del valor de la vida; o, por trazar una analogía más, de las mil posibles: es como si comparamos la práctica de la medicina y la de la religión porque la primera busca la sanación del cuerpo, atribuyendo valor a la salud, y la segunda pretende la salud del alma, atribuyendo valor a la santidad. Y, para culminar, concluimos que ahí está la prueba de que Dios existe.

A mi modo de ver, hay una diferencia capital entre la práctica de la medicina y la práctica del Derecho en las sociedades actuales organizadas como Estados constitucionales, democráticos y sociales de Derecho. En la medicina rige en cada tiempo un concepto unívoco o casi unívoco de la salud y de la enfermedad, de modo que se trata de buscar los medios (tratamientos, medicamentos, cirugías...) apropiados para curar la enfermedad de que se trate. Nadie duda de que quien tiene un cáncer de pulmón está enfermo o de que lo está el que padece tuberculosis o malaria y de que el objetivo del médico solo puede ser dar con el tratamiento o la cura que permita al paciente reponerse de ese mal y recuperar la salud. Creo que a nadie en sus cabales se le ocurriría someter a votación entre todos los mayores de edad de un país si el cáncer de pulmón merece o no ser considerado como una enfermedad susceptible de tratamiento médico y, si la respuesta fuera positiva, proponer que se votara también sobre cuál es el mejor medicamento que debería administrarse a los pacientes.

En cambio, en el Derecho las cosas son muy distintas. Ciertamente, podemos, bajo una óptica funcional, explicar que la función o la razón de ser del Derecho y de otros sistemas normativos —como la moral o los usos sociales— es conseguir el mejor orden social posible en cada momento. Y tampoco es inadecuada, sino meramente trivial, la afirmación de que quienes hacen el Derecho buscan que el orden social que así se garantiza sea el más justo posible, el más tolerable y menos dañino para los integrantes de la sociedad de que se trate.

La diferencia clave con la medicina radica en otros importantísimos elementos. Para empezar, en que, así como en cada momento histórico rige un acuerdo muy general entre los médicos y en los grupos sobre qué es y qué no es enfermedad, en las sociedades contemporáneas occidentales, en nuestros Estados democráticos de Derecho, no hay tales acuerdos poco menos que indiscutibles sobre los «males sociales», sino precisamente desacuerdos tenidos por legítimos y cuya resolución, siempre provisional y revisable, se deja a la decisión mayoritaria de los ciudadanos. Nadie que no esté mal de la cabeza, y menos un médico, pondrá en duda que un cáncer de pulmón o la malaria son enfermedades, pero no

existe tal consenso de base sobre si el aborto voluntario es moralmente un crimen repugnante en todo caso o si en algunos supuestos o dentro de determinado plazo no tiene tacha moral alguna; o sobre si la maternidad subrogada merece una condena moral por atentar contra la dignidad de la gestante y se hace, por ello, moralmente merecedora de una prohibición jurídica, o si, por el contrario, es una actividad que ni adolece de inmoralidad en todos o algunos casos ni merece en justicia ser prohibida por la ley. Y así podríamos seguir hasta el infinito.

Lo que en la medicina son acuerdos constitutivos, en el Derecho son desacuerdos básicos que dan su sentido a lo jurídico bajo un esquema de legitimación democrática. El médico debe, desde el punto de vista de su ciencia, amputar la pierna gangrenada, aun cuando la mayoría de la sociedad creyera que al cortar una pierna se cercena una parte del alma del paciente y se lo condena así a las tinieblas para toda la eternidad. Ningún médico pensará que lo que con arreglo al saber médico convenga depende del voto o del sentir del paciente o de la mayoría social²⁶. Al médico compete dictaminar, según su ciencia y según el estado de la ciencia, si la pierna está gangrenada y si su amputación es o no necesaria para salvar la vida de ese paciente, y no es imaginable que acuda a votaciones populares o encuestas de opinión pública para determinar lo uno o lo otro. Y más aún, un médico que pensara que bien le está al paciente morir por la gangrena, pues se la mandó Dios como castigo por sus malas acciones, o que creyera que el alma está en las piernas y que más vale salvar el alma que el cuerpo y que, por ello, es mejor no operar, no cumpliría en verdad como médico si no diagnosticara y operara según la ciencia, sino de acuerdo con su conciencia moral.

¿Y el juez? El juez no es quién para diagnosticar los padecimientos o las necesidades sociales. El juez no es un científico de la sociedad, como el médico lo es de los cuerpos humanos o el veterinario²⁷ lo es de los cuerpos animales. El juez no es un sujeto social e institucionalmente encargado de diagnosticar los padecimientos del grupo social y de decidir según su ciencia los tratamientos pertinentes. Ese es el legislador, quien, en democracia, tampoco se legitima por sus conocimientos científico-sociales o político-sociales, sino por estar respaldado por el voto de la mayoría de los electores.

¿Es bueno o malo que los ciudadanos fumen tabaco dentro de los bares, que puedan beber libremente alcohol o fumar hachís o administrarse unas dosis de cocaína? ¿Es bueno o malo que las mujeres puedan abortar con libertad dentro de los dos o tres primeros meses de su embarazo? ¿Es bueno o malo que los sujetos puedan decir públicamente ciertas frases que expresan aversión a determinados grupos rivales? ¿Es bueno o malo que la herencia se grave con impuestos, sean altos o bajos? ¿Es mejor que los casados puedan divorciarse cuando quieran y sin necesidad de explicarle nada al juez o que solo quepa el divorcio cuando concurre alguna causa legalmente tasada y según cálculos de conveniencia para la estabilidad de las relaciones familiares? ¿Es positivo que los hijos menores de parejas separadas o divorciadas vivan solamente con uno de los progenitores, o es preferible la llamada custodia compartida? ¿Conviene o no conviene que una persona pueda casarse a la vez con otras dos o más, en régimen de poligamia o poliandria, o es preferible que los matrimonios legalmente admitidos y con sus efectos correspondientes no sean más que de dos personas? ¿Son los dieciocho años una buena edad mínima para votar en las elecciones políticas o es

mejor reducir o elevar esa edad? ¿En qué edad es conveniente situar la mayoría de edad penal? En una ciudad en la que faltan hospitales y escuelas, ¿qué construimos antes y con qué prioridad, dada la escasez de los recursos: un hospital o una escuela? ¿La velocidad máxima para la circulación de vehículos en las autopistas y autovías está bien en 120 kilómetros por hora o es mejor subirla o bajarla? ¿Es deseable permitir jurídicamente la práctica de la prostitución femenina o masculina, regulándola, o conviene más prohibirla o dejarla sin regulación específica?

Sobre cada una de esas cuestiones y muchísimas otras que podríamos mencionar hay opiniones discrepantes entre los ciudadanos y, por supuesto, también entre los jueces en tanto que ciudadanos. Los médicos no discrepan respecto de que el cáncer de pulmón sea una enfermedad, una grave enfermedad que pone en riesgo la vida del paciente, y los ciudadanos nada dicen ni tienen que decir al respecto. Pero los ciudadanos, y también los jueces, discrepan sobre si la prostitución de hombres o de mujeres es un mal social que amerita un tratamiento jurídico represivo o si es un tipo de relación interpersonal, tal vez un contrato de servicios, apto para una regulación no represiva, o si no es ni lo uno ni lo otro. Y discrepan sobre si se debe o no se debe prohibir cualquier comercio de hachís para el consumo libre de los ciudadanos, sobre si es o no justo gravar las herencias, sobre si hay o no hay razones de más peso para permitir el matrimonio a tres o para no admitirlo, etc., etc. Por eso hay democracia y para eso existen los derechos políticos en nuestras constituciones contemporáneas: para que tales asuntos que hay que decidir con carácter general²⁸ tengan una regulación, se vota en democracia a los parlamentarios y se vota en los parlamentos. ¿Alguien puede imaginarse que la resolución de tales cuestiones se dejara a la decisión de los jueces, movidos por la justicia y sin más traba que ese propósito de hacer justicia? Sería el final del Estado constitucional y democrático de Derecho, se le estaría dando la puntilla. En algunos países, y en particular en Latinoamérica, ya se le está dando la puntilla.

Repito: el médico, en su función de velar por la salud de los pacientes, no se atiene a lo que le indica la sociedad, sino a las pautas de su ciencia o de las ciencias que alimentan la práctica médica con sus saberes (biología, genética, química, bioquímica, estadística...). Pero al juez que lo sea, y que lo sea conforme a los patrones constitucionales del Estado de Derecho, no le compete velar por la justicia en el grupo social o por la dignidad de las personas o la ecuanimidad de las relaciones sociales, etc. Y tampoco tiene de su parte ninguna ciencia que le muestre en cada momento con suficiente fiabilidad qué es lo justo en relación con el consumo de estupefacientes o alcohol, lo ecuaníme en materia de gravámenes de herencias o lo digno en tema de divorcio, de prostitución o de maternidad subrogada. Sobre todo eso, repito, los ciudadanos y los propios jueces tienen puntos de vista divergentes, y todos pueden aportar excelentes razones en pro de sus preferencias. De ahí que, según nuestras constituciones, la ponderación vinculante la hace el legislador, dentro de unos límites también constitucionalmente marcados y bajo supervisión de quienes ejercen el control de constitucionalidad de las leyes, que son guardianes o protectores de la constitución, no dueños de ella ni portavoces de alguna misteriosa alma oculta de la constitución o voceros de una metafísica pretensión de corrección de los sistemas jurídicos.

Que un cáncer es malo, que es una enfermedad que puede y suele matar al paciente y que ciertos tratamientos son adecuados o no para tratar de atajarlo es algo que no depende de la opinión social; pero sí es socialmente discutido y discutible que las herencias deban ser gravadas o no, que la maternidad subrogada sea o no compatible con la dignidad de la mujer o que, valorativamente, la prostitución sea o no equiparable a un trabajo más y deba regularse como tal. Sobre esto, el ciudadano que vaya a heredar, que busque un vientre de alquiler o que esté pensando en prostituirse o en acudir a prostitutas o prostitutos no debe depender de lo que opine un juez o de lo que este crea que dicta la ciencia social o la «ciencia de la moral», sino de lo que diga el legislador al que ese mismo ciudadano pudo votar.

En un Estado constitucional y democrático que proteja las libertades, no todos los puntos de vista sobre el cáncer de pulmón merecen el respeto de la ciencia médica, pero todas las opiniones sobre la maternidad subrogada o sobre el impuesto sobre las herencias o sobre la regulación o no de la prostitución o sobre los límites de velocidad en carretera o sobre el consumo de alcohol, tabaco o hachís son acreedoras del mismo respeto, dado que todos los que opinan una cosa u otra y expresan tales opiniones están bajo el amparo de las primeras libertades constitucionales: de credo o conciencia, de opinión, de expresión... Y esa discrepancia es la que da sentido a los derechos políticos como derechos individuales de los ciudadanos: cada uno ha de poder y puede votar al partido que prometa convertir en ley sus preferencias morales y para cada uno ha de ser posible fundar partidos acordes con sus ideas, concurrir a las elecciones políticas, manifestarse y realizar actos colectivos de cariz político y electoral, etc.

Un juez que anteponga su conciencia moral a la ley, sea cual sea el tipo de ética o metaética que cultive, es un juez que falta al respeto a sus conciudadanos y que se alza contra la legitimación democrática del Derecho; no quiere ser juez de un Estado de Derecho, sino de un Estado de la moral que va a ser siempre su moral, la de ese juez o esa jueza. Es un juez que emplea la ley al servicio de sus fines personales y sus preferencias. Como aquel médico que amputa o no la pierna gangrenada no en función del dictamen de la ciencia médica, sino según sus personales convicciones sobre el lugar del alma, o como un cirujano testigo de Jehová que rechace las transfusiones para sus pacientes y haga pasar por medicina lo que no es más que su elección subjetiva. El juez que anteponga su moral a la ley de todos, por muy objetivista que se quiera, no es un juez auténtico. Como juez es un impostor y, dentro del orden constitucional, un golpista.

Cosa diferente, como es obvio, es la discrecionalidad de la que cada juez dispone al aplicar las normas jurídicas —que son vagas en sus términos, contradictorias a veces— o al colmar lagunas normativas. Pero si, para colmo, negamos la discrecionalidad judicial y nos proclamamos partidarios de la única respuesta correcta en Derecho, dando por sentado, de propina, que la única repuesta correcta en Derecho puede ser la única respuesta moralmente correcta y aun cuando sea *contra legem*, opuesta al sentido claro de la norma jurídico-positiva para el caso, estamos contribuyendo a dinamitar las estructuras más básicas del Estado constitucional de Derecho. Que queramos hacerlo en nombre de los valores constitucionales no será disculpa, sino mayor escarnio. Porque no se ve qué valor constitucional puede justificar en serio que un tribunal ordinario o un tribunal constitu-

cional inapliquen en tal o cual caso o anulen con efectos *erga omnes* el régimen de divorcio legalmente establecido o el sistema impositivo para las herencias o los límites de velocidad para los coches o lo que la ley diga sobre si se puede o no se puede consumir vino en los almuerzos. ¿O es que ya nos hemos olvidado de que las primeras normas protectoras de los obreros y de sus condiciones de trabajo fueron anuladas por algunos tribunales supremos porque vulneraban la libertad que da sentido a los contratos como expresión de la autonomía de la voluntad? ¿Tanto, tantísimo, estamos dispuestos a retroceder al desprestigiar la ley y relativizar su obligatoriedad para los jueces?

No albergo la más mínima duda respecto a las buenas intenciones y el recto talante moral y político de mi amigo Manuel Atienza, a quien en todo tengo por símbolo de la honestidad y la buena fe. Pero a lo mejor podría repensar algunas tesis y comparaciones como esta de la medicina y el Derecho, pues dan alas a los enemigos del Estado de Derecho, a los que detestan la democracia y sueñan con cirujanos de hierro que apliquen las «debidas» cirugías sociales al margen de la ley, del sentir y del voto de las mayorías. Si todos los jueces del mundo tuvieran la formación, la buena intención y la independencia de juicio de Manuel Atienza, yo me quedaría tranquilo de todos modos. Pero no debe olvidarse que mucho de lo que él proclama y aconseja prende en países sin verdadera carrera judicial y entre jueces con muy escasa independencia y lúbricos sueños de poder y dominio. Puestos a invocar virtudes aristotélicas de las que tanto gustan a mi amigo Manolo, y una vez que echamos mano de la prudencia como buena actitud para los juristas, seamos prudentes también con lo que para la práctica jurídica defendemos y enseñamos, pues nunca se sabe con seguridad en qué manos va a caer este artículo mío o aquel libro de Atienza.

Y si nos empeñamos en recurrir a analogías médicas, diré que yo quiero vivir en un Estado en el que los jueces se parezcan más al enfermero que aplica, también según su experiencia y con márgenes de discrecionalidad, el tratamiento que el médico prescribe, a sabiendas de que en democracia los diagnósticos no los hace la judicatura y las recetas las extiende el legislador. Así sea.

NOTAS

1. Siempre en el contexto de una teoría científica que dote de significado científico a expresiones como «satélite natural».
2. No pretendo que esta enumeración de «cosas» a las que se aplican calificativos morales como «justo» o «injusto» sea exhaustiva.
3. Tal vez ese tipo de normas morales son los principios morales. Así, el principio de dignidad sería la norma moral que manda genéricamente realizar el valor dignidad y el principio de justicia sería la norma moral que manda genéricamente realizar el valor justicia.
4. En palabras de Rosalind Hursthouse y Glen Pettigrove, «[...] una virtud es un buen rasgo de carácter. Es una disposición bien grabada en quien la posee [...] para captar, esperar, valorar, sentir, desear, escoger, actuar y reaccionar de cierta manera característica. Poseer una virtud es ser cierta clase de persona con una cierta mentalidad compleja. Un aspecto significativo de esa mentalidad es la aceptación de buen grado de un rango diferenciado de consideraciones como razones para la acción. Una persona honesta no puede

ser simplemente distinguida como alguien que, por ejemplo, realiza tratos honestos y no engaña. Tales acciones no son las de una persona honesta si se deben meramente a que el agente piensa que la honestidad es lo más conveniente o porque teme ser descubierto y no porque reconozca como la razón relevante que “obrar de otra manera sería deshonesto” (Hursthouse y Pettigrove, 2008).

5. Aunque tales enunciados sobre hechos hagan uso de categorías como «satélite natural», que son construcciones teóricas, expresiones lingüísticas para describir hechos. Lo mismo ocurre si decimos que el tigre es un mamífero, por ejemplo.

6. Afirma Hopster que «[...] bajo un punto de vista realista, decir que un juicio moral pretende ser objetivo es decir que dicho juicio pretende tener un valor de verdad independiente de las actitudes. Los juicios morales no son como juicios que expresan un gusto, sino más parecidos a juicios de hecho. Hay hechos respecto de los que hay verdad y falsedad, bueno o malo, y esos hechos son objetivos, en el sentido de independiente de las actitudes. Considérese la pretensión de que la tierra gira alrededor del sol: esa pretensión es verdadera, expresa un hecho y su verdad de hecho es independiente de lo que el agente piensa o siente sobre él. Similarmente, los realistas morales sostienen que las verdades morales o los hechos morales son completamente independientes de las actitudes de cualquier agente» (Hopster, 2017: 764).

7. Aunque muy a menudo los constructivistas prefieren reservar la calificación de verdaderos para los enunciados empíricos directamente contrastables con la realidad. Los juicios morales, según los constructivistas, no tienen esa condición, es decir, ese carácter contrastable con una realidad empírica o supraempírica a ellos preestablecida, lo que no es óbice, según el constructivismo, para que de otra manera pueda diferenciarse con plena objetividad entre juicios morales correctos e incorrectos, acertados o erróneos, racionales o irracionales.

8. Piénsese en modelos ideales como la habermasiana situación ideal de habla o la rawlsiana posición originaria bajo el velo de ignorancia o en una situación en la que se cumplieran a rajatabla las condiciones y reglas de la argumentación racional enumeradas por Alexy en su *Teoría de la argumentación jurídica*.

9. Posiblemente el más conspicuo constructivista en el ámbito de la iusfilosofía en español ha sido Carlos Santiago Nino. Interpretando a Rawls en clave kantiana y en la línea de lo que ha dado en llamarse el constructivismo kantiano, Nino sostuvo, en la estela de Rawls, que puede caracterizarse de este modo «[...] la verdad en materia moral: un juicio moral es verdadero cuando él deriva de un principio que sería aceptado en la posición originaria, vale decir él deriva de un principio general universal, público, final, etc., que sería aceptado unánimemente en condiciones de imparcialidad, racionalidad, conocimiento de los hechos relevantes, etc.» (Nino, 1988: 91).

10. Como explica Scanlon (2001: 233) glosando a Rawls: «Este punto de vista constructivista ofrece una explicación de la objetividad de nuestras pretensiones sobre la justicia, en el sentido de que son correctas o incorrectas “independientemente de nosotros”».

11. Así, el enunciado «x es justo» equivale a: «Haz x».

12. Así, «x es justo» equivaldría a: «Me gusta x».

13. De la misma manera que una norma moral puede surgir o reforzarse a partir del efecto «educativo» de una norma jurídica sin que por ello esa norma moral deje de ser moral cuando lo es o desde que lo es. Si la norma jurídica que prohíbe fumar en locales públicos ha tenido el efecto de hacer que mucha gente vea que es inmoral fumar en locales públicos, eso nada cambia la diferencia entre esa norma jurídica y esa norma moral, aunque una y otra califiquen negativamente (una como antijurídica y otra como inmoral) la misma conducta (fumar en locales públicos), y aunque la norma moral, supongamos, haya estado en buena parte de su alcance o eficacia basada en la norma jurídica previa.

14. Similarmente, y con rotundidad, Caracciolo (2000: 37 ss.).

15. Prescindamos aquí del tema de si el actual Derecho internacional de los derechos humanos permitiría o no defender la validez de una norma de algún Estado de nuestros días que consintiera la esclavitud en algún supuesto. Más allá de las muy complejas disquisiciones sobre las relaciones actuales entre Derecho internacional y Derechos estatales, al tratar de la posible validez de una norma nacional por su cotejo con una norma de Derecho internacional estaríamos argumentando con el Derecho positivo, no hablando de la validez o invalidez en virtud de la relación entre normas jurídico-positivas y normas morales.

16. Al respecto, es de imprescindible lectura Sendín Mateos (2017).

17. El constructivismo ético trata precisamente de diseñar procesos hipotéticos de razonamiento moral en los que se garantice la imparcialidad de quienes razonan moralmente a base de aislar o bloquear las circunstancias morales o grupales que puedan nublar la imparcialidad de los juicios.

18. Se citará por Atienza (2017a: 11-39). Las páginas entre paréntesis en el texto remiten a esta edición. Ese importante artículo ha sido publicado también en Atienza (2017b: 193-219).

19. Al margen de que sea o no sea yo un objetivista moral, cuestión sobre la que deliberadamente no quiero pronunciarme en este escrito. Sí asumo la condición de iuspositivista.

20. O como Paolo Comanducci, con quien debate Atienza en el artículo que estoy tomando como base.

21. Desde ahí hemos de entender también la afirmación de que «[...] una teoría del Derecho puede ser meramente descriptiva» (16), si bien añade que las teorías descriptivas del Derecho, propias de los positivistas, «son teorías claramente desenfocadas», pues «[...] la función de una disciplina práctica no puede ser otra que la de contribuir a hacer avanzar la práctica e que se trate; y eso, a su vez, no es posible sin interiorizar sus valores, sin asumir el punto de vista interno y, claro está, normativo» (39). Por supuesto que una teoría del Derecho puede ser meramente descriptiva, igual que, pongamos, una teoría de los usos sociales puede ser meramente descriptiva o una teoría de las reglas del juego de la brisca o de las siete y media puede ser meramente descriptiva. Ahora bien, si hemos sentado antes que nada el axioma de que el Derecho es una *praxis* de naturaleza esencialmente moral o nos hemos apuntado a la tesis de «la unidad de la razón práctica», entonces somos nosotros los que no podemos asumir la existencia de una teoría jurídica puramente descriptiva. El problema no lo tiene la teoría, lo tienen los iusmoralistas que definen así el Derecho y que, por ello, no pueden admitir que sea descripción teórica del Derecho lo que no implique valoración moral del Derecho. Que este tipo de iusmoralistas no puedan hacer teoría descriptiva del Derecho no quiere decir que no sea posible y deseable una teoría descriptiva del Derecho. Tampoco los teólogos pueden explicar el mundo sin Dios y para ellos no tienes sentido la ontología o la física sin la teología, pero ese no es un problema de la ontología, de la física o de la teoría científica en general, sino un problema de los teólogos.

22. Aunque un poco, sí. No se apunta a un realismo moral fuerte, pero sí admite algún elemento de lo que quizá podría llamarse un realismo moral mínimo. *Vid.* las páginas 34-35 de la obra que estoy comentando. Esa particular síntesis de constructivismo y elementos de realismo queda expresada así: «[...] la objetividad moral es, por así decirlo, una objetividad de razones (una objetividad no ontológica), pero esas razones objetivas son tanto procedimentales como sustantivas» (36). Para Atienza, el elemento ontológico o sustantivo que se suma a lo puramente procedimental se halla en la dignidad humana y la consiguiente necesidad moral de asegurar a cada ser humano la satisfacción de sus necesidades básicas.

23. En cuanto a Nino, Atienza nos recuerda: «Para Nino un juicio moral del tipo de “debe moralmente hacerse *x*” es verdadero si el principio al que alude fuera aceptable en determinadas condiciones (equivalentes en el fondo a la del discurso racional habermasiano-alexiano)» (23).

24. De entre las muchas citas posibles, me permito traer a colación esta: «En términos generales, lo que separa al positivismo normativista del enfoque del Derecho como argumentación sería: ver el Derecho

como una realidad ya dada (un conjunto de normas) y no como una actividad, una práctica, que transcurre en el tiempo, entender, en consecuencia, que los elementos integrantes del Derecho son normas, enunciados, y no (también) las fases o momentos de esa actividad; considerar como el objeto de la teoría del Derecho la descripción de una realidad (previamente dada) y no la contribución al desarrollo de una empresa, de tal manera que la teoría (como ocurre en la concepción “interpretativa” del Derecho de Dworkin) se fundiría con la práctica» (Atienza, 2013: 25).

25. Y supongo que si a Castán Tobeñas, pongamos por caso, le hubieran explicado lo del constructivismo o le hubieran hablado de la habermasiana situación ideal de habla, habría concluido sin pestañear que cómo no iban esos hipotéticos sujetos racionales, puestos en el contexto ideal que asegura la imparcialidad, a ver los contenidos imperecederos del Derecho natural, de ese Derecho natural que tanto a hombres y a mujeres hacer ver cuál es el rol social bien diferente de unos y de otras. Por eso, a los iusnaturalistas de hoy, mismamente argentinos, les cuesta poquísimos camuflarse de alexyanos y fingirse de la cuerda ideológica de Atienza, aunque su iusnaturalismo sea más rancio que el de Tomás de Aquino, pero sin adjudicar al auditorio universal o la comunidad ideal de habla ni uno solo de los contenidos que, según Atienza, aprobarían sin pestañear esos sínodos ideales.

26. Lo cual es por completo independiente del hecho de que la ley jurídica pueda prohibirle al médico practicar la amputación sin el consentimiento del paciente o hacerle al niño sin consentimiento de los padres la transfusión imprescindible para que el menor no muera.

27. Supongo que, coherentemente, Manuel Atienza pensará que, en cuanto actividad práctica guiada por valores, el Derecho es también como la veterinaria.

28. Sería absurdo y lamentable que, a igual herencia e iguales circunstancias, una herencia se gravase y otra no dentro del mismo sistema o subsistema jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel (2013): *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Trotta.
- (2017a): «Objetivismo moral y Derecho», en R. Ortega García (coord.), *Problemas constitucionales contemporáneos*, México: Fontamara, 11-39.
- (2017b): *Filosofía del Derecho y transformación social*, Madrid: Trotta, 2017.
- CARACCILO, Ricardo (2000): «Realismo moral vs. Positivismo jurídico», *Analisi e Diritto*, 37-44.
- HOPSTER, Jeroen (2017): «Two Accounts of Moral Objectivity: from Attitude-Independence to Stanspoint-Invariance», *Ethical Theory and Moral Practice*, 20, 763-780.
- HURSTHOUSE, Rosalind y Glen PETTIGROVE (2018): «Virtue Ethics», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2018 Edition), Edward N. Zalta, (ed.) [en línea] <<https://plato.stanford.edu/archives/win2018/entries/ethics-virtue/>>.
- NINO, Carlos Santiago (1988): «Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas», *Doxa*, 5, 87-105.
- SCANLON, Thomas (2001): «The Appeal and Limits of Constructivism», en J. Lenman y Y. Shemmer (eds.), *Constructivism in Practical Philosophy*, Oxford: Oxford University Press, 226-242.
- SENDÍN MATEOS, José Antonio (2017): *La filosofía moral de Kelsen*, Madrid: Marcial Pons.

Fecha de recepción: 16 de febrero de 2020.

Fecha de aceptación: 28 de abril de 2020.

GARCÍA AMADO Y EL OBJETIVISMO MORAL

GARCÍA AMADO AND THE MORAL OBJETIVISM

Manuel Atienza

Catedrático de Filosofía del Derecho

Universidad de Alicante (España)

RESUMEN

El artículo forma parte de un debate sobre Derecho y objetivismo moral. Manuel Atienza centra la replica a García Amado básicamente en las siguientes tesis: *a)* hay posturas morales, como la defensa de la esclavitud, para las que cabe dar razones concluyentes; *b)* la identificación e interpretación del Derecho no pueden hacerse en muchos casos sin recurrir a juicios morales; *c)* el Derecho puede ser injusto, pero no podría existir un sistema jurídico que prescindiera por completo de cualquier noción de justicia; *d)* el objetivismo moral es compatible con el positivismo jurídico; *e)* un no objetivista moral puede tener convicciones morales tan firmes como un objetivista; *f)* los juicios morales no son tan demostrables como los juicios empíricos, pero sí se pueden fundamentar de un modo análogo; *g)* normas como las inspiradas en la ley islámica son Derecho válido en muchos países, pero no lo serían en los sistemas de Estado constitucional, porque atentan contra principios básicos del mismo; *h)* justificar una decisión judicial supone la pretensión de que la decisión es correcta, y que exista tal pretensión es importante para entender que cuando se evalúa una decisión judicial se haga acudiendo a criterios que presuponen esa pretensión de corrección; *i)* las razones jurídicas no son por sí mismas razones justificativas, necesitan apoyarse en una premisa moral; *j)* el Derecho incorpora un elemento de idealidad o de moralidad interna, además del elemento autoritativo; *k)* la presuposición de condiciones discursivas ideales, propia del constructivismo, es imprescindible para una teoría del discurso racional; *l)* es inevitable que en ocasiones los jueces tengan que ponderar, pues están sometidos a la Constitución y deben velar por la dignidad de las personas; *m)* el objetivismo moral no lleva al activismo judicial; *n)* los jueces no gozan de discrecionalidad en sentido fuerte y la tesis de la única respuesta correcta es una llamada al juez para que se esfuerce en encontrar la respuesta correcta.

PALABRAS CLAVE

Objetivismo moral, unidad de razón práctica, positivismo jurídico, decisión judicial, pretensión de corrección.

ABSTRACT

This article is part of a debate about law and moral objectivism. Manuel Atienza's response focuses on the following thesis: *a)* there are moral positions, such as the defense of slavery, for which conclusive reasons may be given; *b)* the identification and interpretation of law cannot be done in many cases without appealing to moral judgments; *c)* law may be unfair, but there could not be any legal system completely unconnected to any notion of justice; *d)* moral objectivism is compatible with legal positivism; *e)* a moral non-objectivist can have as strong moral convictions as an objectivist; *f)* moral judgments are not as demonstrable as empirical judgments, but they can be based on an analogous manner; *g)* norms such as those inspired by Islamic law are valid law in many countries, but they would not be valid in constitutional state systems, because they violate its basic principles; *h)* to justify a court decision implies that the decision is correct, and such presumption is important to understand that when a court decision is evaluated this should be done according to criteria which presuppose their correctness; *i)* legal reasons are not justifying reasons by themselves, they need to be based on moral premises; *j)* law incorporates an element of internal ideality or morality, in addition to the authoritative element; *k)* the presupposition of ideal discursive conditions, characteristic of constructivism, is essential for a theory of the rational discourse; *l)* it is unavoidable that sometimes judges have to weigh, since they are subject to the Constitution and must ensure the dignity of people; *m)* moral objectivism does not lead to judicial activism; *n)* judges cannot decide with discretion in the strong sense and the thesis of the only correct answer is a call to the judge to make an effort to find the correct answer.

KEY WORDS

Moral objectivism, practical reason, judicial decision, discretion, claim to correctness.

GARCÍA AMADO Y EL OBJETIVISMO MORAL

Manuel Atienza Rodríguez

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Alicante (España)

1.

Siempre que he leído un texto de Juan Antonio García Amado (o que he asistido a alguna de sus intervenciones orales) he tenido una misma y doble sensación: la de aprender mucho y la de disfrutar también mucho con el humor (que, si hubiera que calificarlo de alguna manera, sería recurriendo a expresiones como «no contenido», «desenfadado» o alguna otra por el estilo) del que invariablemente hace gala. Es lo que me ha ocurrido también con este texto, «Objetivismo moral y Derecho. Argumentos para el debate con Manuel Atienza», y ello a pesar de que las chanzas, los sarcasmos, etcétera que pueblan sus páginas sean en este caso más bien a mi costa. O sea, el lector del trabajo que precede a este texto es llevado a pensar, me parece, que yo soy un ejemplo de persona (iusfilósofo) honesta, que actúa (escribe) de buena fe, pero también un poco tonta, puesto que no he sido capaz de darme cuenta de una serie de obviedades que, precisamente, constituyen la materia prima que desencadena en esta ocasión la vena jocosa de García Amado.

Si ese trato no me resulta ofensivo, ello no se debe a que yo sea un individuo con cierta tendencia al masoquismo; no creo ser ese tipo de persona. Se debe simplemente a que no me parece ofensivo que alguien pueda decirte en algún momento que lo que pretendes hacer o has hecho, o lo que has pensado o estás pensando (y quizás respecto a una cuestión de gran trascendencia para ti) es una completa estupidez, puesto que nosotros mismos somos conscientes de vez en cuando de haber obrado o pensado así: tontamente. ¿Quién no ha pensado alguna vez: «¿cómo he podido ser tan tonto para no darme cuenta de que...»? Además, yo también pienso de Juan Antonio García Amado que él es una persona honesta, y que todo lo que escribe y dice sobre filosofía del Derecho es de buena fe, por equivocado que en ocasiones me haya parecido. De manera que, para contestar a las anteriores críticas, voy a empezar por hacer un elenco de lo que en su escrito aparecen como obviedades que yo no he sabido ver. Más exactamente, voy a empezar señalando cuáles serían esas verdades de Perogrullo desde la perspectiva de un lector que se aproxima al texto de buena fe, pero sin poseer todos los datos contextuales; quiero decir, lo que un lector puede haber interpretado como un grueso error por mi parte podría no coincidir —o no coincidir del todo— con lo que García Amado ha querido decir, porque él parte de ciertos presupuestos que quizás muchos lectores desconocen.

2.

Veamos entonces en qué habrían consistido esos errores groseros. Los numero para facilitar luego la labor de su análisis. Y no los presento de manera sistemática; quiero decir que los enuncio siguiendo el hilo de la exposición de García Amado y sin preocuparme por las posibles reiteraciones. Debo aclarar también que Juan Antonio no me atribuye a mí directamente los seis primeros errores del elenco, pero insisto en que tengo la impresión de que, de alguna manera, el lector es inducido a pensar que sí los cometo. Ahí van:

1) Haber pensado que no hay una diferencia relevante entre un enunciado como A1: «La luna es el único satélite natural de la tierra» y otro como A2: «La esclavitud humana es injusta» (apartado 1).

2) No haber comprendido la tesis iuspositivista de la separación conceptual entre el Derecho y la moral, o sea, que una norma de contenido injusto o inmoral puede ser Derecho válido y que una norma, por muy justa que sea, no por ello es una norma jurídica; ese error lo habría cometido —según García Amado— porque «[...] para el iusmoralismo [y yo sería uno de esos autores iusmoralistas], si es Derecho es justo, y si es injusto (o muy injusto) no es Derecho» (apartado 3.1).

3) Pensar (puesto que es una consecuencia de lo anterior) que «[...] una grandísima parte de las normas de los “Derechos” de antaño y una enorme parte de los sistemas “jurídicos” de ahora no constituirían verdadero derecho, dada su evidente injusticia» (apartado 3.1).

4) No entender que el iuspositivismo no es lógica o intelectualmente incompatible con el objetivismo moral (apartado 3.2).

5) No entender que un no objetivista no es alguien que carezca de creencias morales, sino alguien que piensa que un juicio moral (por ejemplo, «la esclavitud humana es injusta») no se puede «[...] demostrar de ningún modo que sea objetivamente correcto, como sí se puede demostrar que es objetivamente correcto el enunciado empírico “la luna es el único satélite natural de la tierra”» (apartado 3.4).

6) No entender (consecuencia de lo anterior) que si, frente a una afirmación como la anterior, «la esclavitud humana es injusta», alguien sostuviera cualquier otra —por ejemplo, «la esclavitud humana es justa»—, no habría manera de demostrar objetivamente quién de los dos tiene razón (apartado 3.4).

7) No darme cuenta de que apelar a la razonabilidad como criterio de corrección carece de sentido. Es más, a juicio de García Amado —y según sus propias palabras—, el hecho de calificar como «no razonable» a alguien que discrepa de nosotros en cuestiones morales «[...] no sé si es muy acorde con la libertad religiosa e ideológica que la Constitución proclama» (apartado 4.1).

8) Pensar que, en la medida en que no respetan el principio de laicidad, las normas (en materia religiosa) que emiten los numerosos Estados no laicos que existen en el mundo «[...] no son auténticas normas jurídicas o lo son de un modo constitutivamente imperfecto» (apartado 4.1).

9) Pensar que motivar (justificar) una decisión judicial presupone la pretensión de que esa decisión es objetivamente correcta (apartado 4.2).

10) Lo anterior (o sea, si se asume 9) lleva a tener que pensar que «[...] si una persona religiosa que habla de su credo con gran fe y convicción o un teólogo que glosa los textos sagrados de una confesión pretenden con gran seriedad que su dios existe, su dios existe objetivamente; y si alguien justifica con gran firmeza, convicción y esmero que él realmente vio una nave interestelar llena de alienígenas, tenemos en eso una prueba o fuerte indicio de que los alienígenas deben de existir “objetivamente”». Pero —objeta a la anterior simpleza García Amado—: «¿Desde cuándo la pretensión firme de X es una prueba de que X es firme?» (apartado 4.2).

11) Suponer que nuestros jueces son tan engreídos como para considerarse a sí mismos objetivistas morales, o sea, como para no sentenciar «[...] sin estar convencido el juez en cada caso de que su decisión es la única objetivamente correcta y por razones no meramente aceptables» (apartado 4.2).

12) Afirmar que en toda justificación judicial hay que presuponer una premisa de carácter moral, cuando lo cierto es que las razones que un juez pueda tener para acatar las normas de su sistema pueden ser muy diversas: pueden tener carácter moral o pueden ser, por ejemplo, razones de conveniencia personal, temor, cálculo económico etcétera. A no ser, claro está, que «[...] llamemos morales a razones de cualquier tipo y digamos, por ejemplo, que son razones morales las que impulsan a quien iba a atracar un banco pero se abstiene de hacerlo por miedo a que el personal de seguridad le pegue un tiro» (apartado 4.3).

13) Suponer que porque, en el marco de cierta actividad (el Derecho o la economía), muchos comportamientos están movidos por razones morales, entonces la moral pasaría a ser un componente objetivo de esa actividad (del Derecho o de la economía) (apartado 4.3).

14) Suponer que la obligación de los jueces de cumplir las normas de su sistema no puede tener ya carácter jurídico, sino que se trata de una obligación moral, cuando: «Las razones morales por las que eventualmente se cumplan las normas no convierten a todas las normas en razones morales. Que algún sicario pueda encontrar alguna vez razones morales para cumplir las normas de su grupo mafioso no altera la naturaleza mafiosa de esas normas, no las moraliza» (apartado 4.3).

15) No darme cuenta de que mi modo de proceder (al sostener que los jueces erigen una pretensión de corrección) es el mismo que el de «los iusnaturalistas de toda la vida», aunque yo pretenda no serlo: «[...] primero cuela por la ventana lo que después saca tranquilamente por el portón del Derecho: la conclusión de que no hay más Derecho que el que tenga contenidos acordes con la moral verdadera, moral verdadera que, casualmente, nunca es otra moral o la moral de los otros» (apartado 4.3).

16) No darme cuenta del engaño que supone adherirse al constructivismo moral, o sea, sostener que lo objetivamente correcto sería aquello a lo que tendrían que llegar por consenso quienes participaran en un diálogo racional. Pues eso no sería más que una forma de darse la razón a uno mismo (hacerse trampas en el solitario): «En otras palabras, más claras:

cuando, ante un dilema moral, una persona maneja seriamente razones en pro y en contra de tal o cual acción y acaba decidiendo que pesan más las razones para lo uno que para lo otro, si hace seguidamente el experimento mental de preguntarle a la comunidad ideal de hablantes va a concluir... lo mismo» (apartado 4.4).

17) No darme cuenta de una diferencia clave entre la medicina y el Derecho: «[...] así como en cada momento histórico rige un acuerdo muy general entre los médicos y en los grupos sobre qué es y qué no es enfermedad, en las sociedades contemporáneas occidentales, en nuestros Estados democráticos de Derecho, no hay tales acuerdos poco menos que indiscutibles sobre los “males sociales”, sino precisamente desacuerdos tenidos por legítimos y cuya resolución, siempre provisional y revisable, se deja a la decisión mayoritaria de los ciudadanos» (apartado 4.5).

18) No darme cuenta (consecuencia de lo anterior) de lo siguiente: «El juez no es quién para diagnosticar los padecimientos o las necesidades sociales. El juez no es un científico de la sociedad, como el médico lo es de los cuerpos humanos o el veterinario lo es de los cuerpos animales» (apartado 4.5).

19) Como consecuencia de los dos anteriores errores: no darme cuenta de que la solución a problemas del tipo de cómo regular la prostitución, el impuesto sobre sucesiones o el matrimonio compete a los legisladores y no a los jueces. Si no fuera así, si se dejara a la decisión de los jueces la resolución de esos problemas (como dejamos que sean los médicos los que decidan cómo tratar el cáncer de pulmón), «[S]ería el final del Estado constitucional y democrático de Derecho, se le estaría dando la puntilla». Y añade: «En algunos países, y en particular en Latinoamérica, ya se le está dando la puntilla» (apartado 4.5).

20) No darme cuenta (el error anterior visto desde otro ángulo) de que «[...] al juez que lo sea, y que lo sea conforme a los patrones constitucionales del Estado de Derecho, no le compete velar por la justicia en el grupo social o por la dignidad de las personas o la ecuanimidad de las relaciones sociales, etc.». Puesto que sobre esas cuestiones «[...] tienen puntos de vista divergentes los ciudadanos y los propios jueces, y todos pueden aportar excelentes razones en pro de sus preferencias», según nuestras constituciones «[...] la ponderación vinculante la hace el legislador» (apartado 4.5).

21) No darme cuenta de que el juez no puede anteponer su conciencia moral a la ley, cualquiera que sea el tipo de ética o de metaética que cultive. «El juez que anteponga su moral a la ley de todos, por muy objetivista que se quiera, no es un juez auténtico. Como juez es un impostor y, dentro del orden constitucional, un golpista» (apartado 4.5).

22) No comprender que, cuando las normas son vagas, contradictorias o dejan lagunas, los jueces tienen que ejercer su discrecionalidad y no pensar que existe una única respuesta correcta en Derecho. La creencia en la existencia de una única respuesta correcta contribuye a «[...] dinamitar las estructuras más básicas del Estado constitucional de Derecho. Que queramos hacerlo en nombre de los valores constitucionales no será disculpa, sino mayor escarnio» (apartado 4.5).

3.

Y ahora vayamos a los comentarios.

Ad 1) Como he dicho, García Amado no me atribuye directamente la distracción consistente en no distinguir entre un enunciado descriptivo y otro valorativo o normativo. Pero resulta que, en un artículo que escribí hace ya años (y cuyo origen es una ponencia que presenté en Santo Domingo, en un congreso al que también él asistió), texto dedicado a criticar el escepticismo moral (y a defender el objetivismo), yo partía de ejemplos que pueden ser considerados semejantes a los que propone García Amado: una cosa es afirmar que «el mundo en el que vivimos es injusto» y otra que «el mundo tiene hoy más de 7000 millones de habitantes» o que «la República Dominicana está situada en una isla del Caribe». Allí aclaraba que la primera afirmación no tenía exactamente la pretensión de ser verdadera, pero sí objetivamente correcta. Y señalaba en estos términos lo que entendía por objetividad: «Objetividad significa que a favor de esos enunciados pueden darse razones concluyentes; que cabe, en relación con los mismos, una argumentación racional y que, por consiguiente, nuestros enunciados morales pueden resultar fundados o infundados (o más o menos fundados o infundados) de manera semejante, pero no idéntica, a como los enunciados científicos o, en general, los enunciados descriptivos pueden calificarse como verdaderos o falsos»¹.

¿Hay, entonces, alguna diferencia con lo escrito por García Amado? Parece que sí. Los dos distinguimos entre esos dos tipos de enunciados, pero la distinción que yo hago es menos tajante que la suya, puesto que yo veo una analogía entre unos y otros —es decir, hay por mi parte cierto intento por buscar algunas coincidencias (o semejanzas) entre ellos—, mientras que el propósito de García Amado es más bien el contrario: subrayar la diferencia. Concretando más, cabría decir que yo pretendo que, en favor de la corrección de un enunciado moral (al menos, de algunos de ellos), es posible dar razones concluyentes, mientras que él lo niega. O, todavía con más precisión: él aceptaría que, si nos pusiéramos de acuerdo (o en la medida en que exista ese acuerdo) en relación con los valores o los fines últimos, podríamos encontrar razones concluyentes (para concluir que el mundo actual es injusto o que la esclavitud es injusta), pero que si, por ejemplo, alguien sostuviera que la desigualdad profunda entre los seres humanos (como la que representa la esclavitud o las enormes diferencias en términos económicos de nuestras sociedades) es un componente esencial de la justicia, entonces ya no habría ninguna razón concluyente para sostener que «el mundo actual es injusto» o que «la esclavitud es injusta».

Pero, ¿es aceptable esta última forma de ver las cosas? Yo creo que no, que se trata de una postura insostenible. Por supuesto, hay racistas, esclavistas y neoliberales en nuestro mundo. Pero los valores (entendida la palabra en sentido descriptivo, es decir, lo que alguien o un grupo considera como fines últimos) en que se basan quienes defienden la esclavitud o la desigualdad radical carecen de justificación moral y racional. O, dicho de otra manera, las razones que pretenden darnos (que nos dan) en favor de esa posición no tienen, ni mucho menos, la fuerza de las razones en favor de la postura contraria. Sin entrar en detalles, para justificar esta última posición (la injusticia de la desigualdad radical)

cabría construir un razonamiento como el siguiente: defender la esclavitud o la desigualdad extrema entre los seres humanos significa negar la dignidad humana, o sea, no aceptar que los seres humanos —o los seres racionales— no pueden ser tratados meramente como medios, como instrumentos. Negar la dignidad humana significa renunciar a formar parte de una comunidad moral. Si renunciáramos a eso, renunciaríamos a participar en prácticas que, al menos desde la Ilustración, consideramos que forman parte de nuestra humanidad. Aquí, el escéptico moral podría decir que no hay nada que nos impida renunciar a ese tipo de valores, es decir, que esa renuncia no es una imposibilidad fáctica, y al sostener esto, naturalmente, tiene razón. Pero me parece que eso no dice nada contra la consideración de que hay razones de mucho peso (razones concluyentes, pues, al tener más peso que las otras, determinan el resultado de la deliberación) para afirmar que «el mundo en el que vivimos es injusto» y que «la esclavitud es injusta». De manera *semejante* (no idéntica) a como las hay para afirmar que la tierra es redonda (por muchos «terraplanistas» que haya) o que somos producto de la evolución (aunque mucha gente siga creyendo en la verdad del relato bíblico de Adán y Eva).

Ad 2) No solo creo comprender en qué consiste la tesis positivista de la separación metodológica o conceptual entre el Derecho y la moral, sino que me parece claro que, a ciertos efectos, es una tesis verdadera. No tengo ninguna duda de que las normas franquistas que discriminaban a la mujer eran Derecho válido en la época y, al mismo tiempo, normas injustificables desde una perspectiva moral; de la misma manera, la renta básica universal me parece un derecho humano fundamental (en el sentido moral de la expresión), pero sé muy bien que no se trata de un derecho jurídico. Ocurre, sin embargo, que esa separación no puede trazarse siempre o desde todas las perspectivas. Por ejemplo (y al menos en los Derechos del Estado constitucional), la identificación y la interpretación del Derecho no puede hacerse en muchos casos sin recurrir a juicios morales. Un solo ejemplo: ¿pudo el Tribunal Constitucional español decidir que la Constitución no se oponía al matrimonio entre personas del mismo sexo sin recurrir a una argumentación moral (aunque no fuera de manera explícita —los magistrados del Constitucional, incluso los partidarios del Derecho natural, parecen haber asumido completamente los dogmas del positivismo jurídico—)? Yo creo que no, como he tratado de mostrar en algún trabajo. Y tampoco cabe obtener una adecuada visión funcionalista del Derecho si nos empeñamos en separarlo nítidamente de la moral: el Derecho no podría cumplir algunas de sus funciones características sin el recurso a la moral, y la existencia de un sistema jurídico es condición necesaria para que los individuos (al menos en sociedades como las nuestras) puedan perseguir valores morales (como la autonomía). Ese tipo de consideraciones son las que me han llevado a pensar que Derecho y moral son —para emplear la terminología de Gustavo Bueno— «conceptos conjugados», lo que no quiere decir, por cierto, que se trate de un mismo tipo de realidad o que el Derecho sea sencillamente un aspecto de la moralidad. No voy por ahí.

Ad 3) Ya he contestado a eso en el anterior apartado. El Derecho puede ser (con cierta frecuencia es) injusto; esa es una tesis compartida por todos los autores a los que cabe denominar «postpositivistas», y también, me parece, por muchos iusnaturalistas (incluido Tomás de Aquino). No sé lo que puede pensar un «neoconstitucionalista» o alguien que

responda a la caracterización de lo que García Amado llama «iusmoralismo». Pero lo que sí sé es que yo no soy ni un neoconstitucionalista (según lo que los autores genoveses entienden por tal) ni un iusmoralista (en el sentido en el que Juan Antonio García Amado utiliza la expresión). Debo hacer, sin embargo, una precisión (o mejor, dos) respecto de lo anterior. Un sistema jurídico que prescindiera completamente de cualquier noción de justicia (que fuera pura arbitrariedad) no podría existir (como sistema jurídico) o no podría perdurar. Pero eso es algo que también los iuspositivistas más juiciosos defienden: el famoso «contenido mínimo de Derecho natural» de Hart. Tampoco en los Derechos del Estado constitucional podrían darse los casos más llamativos de normas injustas dotadas de validez jurídica, pues el sistema incluye como criterios de validez nociones de raigambre inequívocamente moral como la dignidad humana; y es imposible manejar esa noción (por incorporada que esté en una norma de Derecho positivo) sin partir de alguna teoría moral.

Ad 4) La compatibilidad entre objetivismo moral y positivismo jurídico es algo obvio, y así lo he manifestado muchas veces (incluido el trabajo que García Amado usa como principal blanco para sus críticas). Lo que también he señalado con frecuencia es que la seña de identidad más característica del positivismo jurídico es la ideología de la separación. Por ello, los positivistas que han sido también objetivistas en teoría moral (pienso, claro, en Bentham o en Austin) partieron de una radical separación entre la teoría del Derecho y la teoría de la justicia (o teoría de la legislación o jurisprudencia censoria, o como se la quiera llamar), de manera que el objetivismo moral no afectaba propiamente a su concepción del Derecho. En este aspecto, no tengo ninguna discrepancia con García Amado.

Ad 5) En el trabajo criticado por García Amado ponía mucho énfasis en señalar que un no objetivista moral (en el plano de la moral prescriptiva o moral sustantiva) podía tener convicciones morales tan firmes como un objetivista, y que la distinción se sitúa en el plano de la metaética, de la ética teórica. O sea, un no objetivista (imagino que es el caso de García Amado, aunque —para mí, sorprendentemente— nos diga en su texto que no quiere pronunciarse sobre eso: ¿no lo ha hecho?) considera que un juicio de moral sustantiva (como «la esclavitud es injusta») no se puede «demostrar» de manera que resulte un juicio «objetivamente correcto». Pues bien, yo no creo que en favor de esos juicios pueda construirse un razonamiento que sea exactamente del mismo tipo que el que se utilizaría en las ciencias formales o en las ciencias empíricas, pero sí (como he señalado en Ad1) un razonamiento análogo, en el sentido de que esos juicios (si no siempre, muchas veces) pueden fundamentarse suficientemente. Dicho de otro modo: para mí la racionalidad no es exclusivamente la racionalidad científica.

Ad 6) Ya he contestado a eso. Quien piense que «la esclavitud es justa» se equivoca, al igual que, en mi opinión, se equivoca también quien piense que no tenemos ningún procedimiento racional para decir que se equivoca. Remito a lo que ya dije en Ad 1) y a lo que sigue.

Ad 7) Me doy cuenta de que «razonabilidad» es una noción difícil o, quizás mejor, imposible de definir (según lo que normalmente entendemos por definir), pero al mismo tiempo creo que no podemos prescindir de ella. Alguna vez me he ocupado de analizarla, pero no quiero entrar aquí en eso, puesto que, para mis propósitos, me parece que basta

apelar a la idea intuitiva que cualquier lector de este texto tiene de lo que es una persona razonable; no creo que muchos hayan decidido prescindir en su vocabulario de esa expresión, «persona razonable», y tampoco creo que entre estos últimos se encuentre García Amado. Pues bien, y siguiendo con el ejemplo que él pone, ¿resulta difícil de entender que digamos que es irrazonable una persona que defiende un Estado basado en el fundamentalismo religioso, el ISIS? ¿De verdad cree García Amado que por calificar de irrazonables a los partidarios del ISIS (hay españoles que lo son) podríamos estar comportándonos de manera contraria a la libertad religiosa e ideológica que nuestra Constitución proclama? Es cierto que él no está pensando en ese tipo de persona, sino —digamos— en un católico partidario de lo que ahora se denomina «laicidad positiva». ¿Pero resulta difícil de entender que se califique a esta última postura de irrazonable porque atenta contra la igualdad de trato en materia religiosa (un valor que seguramente el partidario de la laicidad asume)? ¿Y tendría realmente alguna razón, el que así es calificado, para considerar que se está yendo contra su libertad religiosa e ideológica? No lo creo en absoluto.

Ad 8) Ya he contestado, al menos en parte, a ese presunto error. Las normas inspiradas en la *sharía* o ley islámica son Derecho válido en muchos países. Pero no lo serían en los sistemas del Estado constitucional porque atentan contra principios básicos de los mismos. Y, por lo que se refiere al caso español, la norma constitucional (y sus desarrollos) que establece un trato ventajoso para la religión católica es, sin duda, Derecho positivo, pero me parece, al mismo tiempo, que bien puede calificarse de Derecho «imperfecto», en la medida en que es incompatible con los principios y valores del constitucionalismo. La consecuencia que extraigo de ahí no es que, por lo dicho, no sean vinculantes para los jueces, pero sí que esa circunstancia puede jugar un papel a la hora de interpretar esas normas y, desde luego, a la hora de proponer un cambio constitucional.

Ad 9-11) Sí, yo creo que motivar (justificar) —digamos, en sentido pleno— una decisión judicial presupone la pretensión de que la decisión es correcta. Creo que esto es también lo que suelen presuponer los jueces (aunque no todos), porque ellos —como la gente en general— son, por lo común, objetivistas éticos. A mí me parece bastante lógico: si un juez, pongamos por caso, condena a alguien a una pena de diez años, es razonable que piense que eso es lo objetivamente correcto y no simplemente una decisión en favor de cuya adopción puedan aportarse razones aceptables, pero que quizás no sean mejores que las que existan para tomar otra decisión. Esto, por cierto (no en referencia a los jueces, sino a la gente en general), es lo que pensaba también Mackie², y de ahí que su defensa del escepticismo moral (en cuanto tesis ontológica) asuma la forma de «una teoría del error». O sea, Mackie trató de mostrar que la idea de objetividad, que está incorporada en nuestro lenguaje moral y en los conceptos morales que usamos, es falsa, que no se corresponde con el mobiliario del mundo.

Bueno, por supuesto que una cosa es pretender que algo es correcto y otra que lo sea. De todas formas, que exista de hecho esa pretensión (como digo, si no siempre, al menos con frecuencia) es importante para entender que, cuando se evalúa una decisión judicial, se haga acudiendo a criterios (universalidad, coherencia, etcétera) que presuponen esa pretensión de corrección.

Hay, por otro lado, consecuencias importantes que se siguen de partir o no de esa pretensión de corrección (de que existen respuestas correctas en el Derecho). Recuerdo ahora un trabajo de MacCormick en el que ponía de manifiesto que eso incidía en la forma en la que un tribunal (me parece que la Cámara de los Lores) organizaba internamente la toma de decisiones: asumir la pretensión de corrección suponía incrementar el tiempo dedicado a la deliberación, mientras que, si se excluía esa pretensión, el acento se ponía en que la decisión (a la que se habría llegado sin mayor deliberación, mediante la votación) estuviera redactada con la suficiente claridad y precisión.

Ad 12) El hecho de que toda justificación judicial presuponga una premisa de carácter moral es una consecuencia de la tesis de la unidad de la razón práctica, de que las razones morales sean las razones últimas y de carácter imparcial que cabe esgrimir en el discurso práctico. Sobre eso se ha discutido mucho. Por ejemplo, a propósito de si la regla de reconocimiento hartiana (el criterio para determinar cuál es el Derecho válido en un sistema) puede aceptarse por razones que no sean morales, como sostuvo el propio Hart y sostiene ahora García Amado. Yo creo que no es así y que la postura correcta es la de autores como Nino: las razones jurídicas no son, por sí mismas, razones justificativas; necesitan un apoyo (una premisa) moral. Desde luego, es una cuestión compleja que seguramente requeriría una larga discusión. Aquí voy a limitarme a hacer dos comentarios. El primero es que hay una diferencia crucial (que García Amado no desconoce) entre los motivos (explicativos) de las acciones y las razones (justificativas). Por eso, el temor de resultar herido es un motivo —en el ejemplo que él pone— para no atracar el banco, pero no una razón con fuerza justificativa, y aquí estamos tratando del razonamiento justificativo. Y lo mismo cabría decir, me parece, de quienes (los jueces que) acatan las normas del sistema por conveniencia, temor, etc. Ahora bien —segundo comentario—, es posible que haya jueces así, o sea, jueces que rechacen plantearse la cuestión de cómo *justificar* el deber de aplicar las normas de su sistema o, si se quiere, que consideran como una razón válida para ello apelar a la conveniencia personal, al temor... Yo aquí diría algo muy parecido a lo que Juan Antonio García Amado dice de los jueces activistas que anteponen *su* conciencia moral a la ley: que no actúan como «auténticos jueces», sino más bien como «impostores».

Ad 13-14) Efectivamente, la existencia en su seno de razones morales no convierte sin más a una actividad en una región de la moral: es lo que ocurre con el Derecho o con la economía. Pero si fuera cierto que la existencia de razones morales tiene un carácter necesario en esa actividad o en algún aspecto central de ella (por ejemplo, de la justificación de una decisión judicial), entonces sí puede afirmarse que la moral es un componente objetivo de esa actividad, del Derecho, lo cual no significa que justificar jurídicamente (judicialmente) una decisión sea lo mismo que justificarla moralmente.

Ad 15) Yo no soy un filósofo del Derecho iusnaturalista, y tampoco soy un positivista jurídico. No creo, por supuesto, que exista nada a lo que pueda llamarse con propiedad Derecho natural, entre otras cosas porque el Derecho no tiene nada de natural, sino que es un artificio, una creación humana, y que varía con las sociedades y con el tiempo. No soy tampoco un absolutista moral y creo también que mis convicciones morales no se parecen nada a las de los autores que solemos calificar con ese rótulo. Pero no soy tampoco un

furibundo anti-iusnaturalista y no tendría ningún inconveniente en coincidir con estos autores en algunas tesis relevantes sobre la manera de entender el Derecho. De todas formas, mis posibles coincidencias no vendrían por ahí, por donde se sugiere en el apartado 15, simplemente porque, como ya he señalado antes, nunca se me ha ocurrido sostener «[...] que no hay más Derecho que el que tenga contenidos acordes con la moral verdadera». Lo repito: el Derecho puede ser injusto, y «verdadera» es una calificación que deberíamos reservar para los enunciados descriptivos, no para los prescriptivos o evaluativos (los característicos de la moral). Lo que sí sostengo es que en el Derecho (más exactamente, en algunos aspectos que son centrales en la práctica jurídica —como el razonamiento justificativo judicial—, no en todo lo que podríamos llamar la vida del Derecho; esta es una de mis diferencias con Alexy) se erige una pretensión de corrección, de manera que el Derecho incorpora también un elemento de idealidad, de valoración, de moralidad interna o como se le quiera llamar, además del elemento autoritativo. Que esto sean capaces de verlo los autores iusnaturalistas, pero no los positivistas (o muchos de ellos), no dice nada contra los primeros, sino contra los segundos.

Ad 16) En este punto (y en parte también en el anterior) García Amado utiliza contra —digamos— la teoría del discurso un argumento que, yo diría, es uno de sus favoritos: según él, se trata de una construcción tramposa, de un ardid, para revestir de apariencia de objetividad lo que no son más que opiniones subjetivas, arbitrarias. Bueno, concedo, sin más, que uno puede apelar al consenso racional de una manera torticera, al igual que un juez puede recurrir a la ponderación con el propósito (que, a su vez, puede ser más o menos claro en su mente) de dar un marchamo de justificación a una decisión realmente injustificable. Pero que un instrumento pueda usarse mal no significa necesariamente que, por ello, debamos prescindir de él; en ocasiones, deberíamos considerar esas desviaciones como un aviso para ser cautelosos, para mantener una actitud crítica —desconfiada, si se quiere— con su uso. En particular, yo creo que no podemos prescindir ni del discurso racional ni de la comunidad ideal de hablantes; lo necesitamos, sin ir más lejos, si queremos dar sentido al texto de García Amado que aquí estoy discutiendo. Pues yo creo que, cuando esgrime todos los argumentos que hemos visto para mostrar que mi defensa del objetivismo moral se basa en un error (o en un conjunto de errores), inevitablemente está apelando a esa comunidad ideal: lo que quiere decir es que cualquier persona racional que juzgara de manera imparcial, con suficientes conocimientos en la materia, etcétera, tendría que pensar exactamente igual que él. Y esa es también la presuposición que yo me hago en los comentarios que ahora estoy escribiendo. La pregunta que hay que hacerse, entonces, es esta: ¿las condiciones requeridas para que tenga lugar un discurso racional y quepa hablar de una comunidad ideal de hablantes son tan exigentes como para pensar que no pueden jugar el papel de orientar nuestras prácticas (servir como un criterio de corrección) porque se basan en rasgos antropológicos a los que no pueden aproximarse los seres humanos que participan en esas prácticas? Pues bien, yo creo que, efectivamente, no es fácil que se den esas condiciones (por ejemplo, que en una discusión con otro o en una deliberación consigo mismo, un sujeto esté verdaderamente abierto a entender y aceptar los argumentos que contradigan sus planteamientos iniciales, que pongan en riesgo sus intereses personales, etc.), pero tampoco imposible. Y creo también que no tiene sentido plantear esas condicio-

nes ideales (y la pretensión de corrección a ellas aparejada) en relación con muchos aspectos de la práctica jurídica (por ejemplo, con el discurso de un abogado de parte), pero sí en relación con la justificación que lleva a cabo un juez o en un trabajo de dogmática jurídica o de teoría del Derecho. No me cabe ninguna duda de que ese es el caso, por ejemplo, del texto de García Amado, y no descarto en absoluto que, en alguno de esos momentos en los que también él hace el experimento mental de preguntarle a la comunidad ideal de hablantes, llegue a la conclusión de que sus opiniones sobre el objetivismo moral y el positivismo jurídico estaban equivocadas. Es, por otro lado, bastante natural que eso (esos cambios de opinión) no ocurra con facilidad en relación con problemas sobre los que uno ha reflexionado mucho o que tengan que ver con convicciones profundas de carácter moral, etc. Pero, en mi opinión, eso no dice nada contra las virtualidades del discurso racional.

Ad 17) Aquí se me ofrece un ejemplo claro para mostrar la capacidad de modificar las opiniones que puede tener el discurso racional, pues, sin duda, García Amado retirará esa crítica cuando advierta que la diferencia clave que él veía entre el Derecho y la medicina es exactamente la misma de la que yo partía. Me limito a reproducir un párrafo de mi libro *Filosofía del Derecho y transformación social*: «Pero hay también una diferencia fundamental y que consiste en que el fin, el valor, que preside el ejercicio de la medicina está relativamente bien determinado (curar o prevenir enfermedades) y, en ese sentido, no es objeto de muchas discusiones; mientras que las cosas no ocurren así en el Derecho. Si se quiere, podría decirse que, en relación con el Derecho, existe también un acuerdo amplio en cuanto a que la finalidad última de los sistemas de Derecho positivo es producir justicia. Pero, como es obvio, el acuerdo solo existe si el fin se entiende en términos muy abstractos (podría haber un consenso en relación con ciertos contenidos mínimos de justicia), mientras que, a la hora de concretar esos fines, con lo que nos encontramos es con desacuerdos que muchas veces pueden llegar a ser muy profundos»³. Etcétera.

Ad 18) En efecto, el juez no es un científico —como, en mi opinión, tampoco lo es un dogmático del Derecho—. He defendido desde siempre la tesis de que la dogmática es una técnica (exactamente, una *tecno-praxis*: una combinación de técnica social y filosofía práctica), no una ciencia; y lo mismo vale para la actividad judicial. La diferencia con la medicina es que las técnicas médicas tienen ahora (en realidad, desde hace no mucho) una sólida base científica. Pero de ahí no se sigue, de todas formas, que el juez no tenga que preocuparse por los padecimientos o las necesidades sociales. Yo no creo que se necesite ser un científico social para reparar, pongamos por caso, en que es necesario contar con una vivienda digna, y de darse cuenta de cuándo esa necesidad no está cubierta. Me parece que a un juez que deba resolver un caso de desahucio puede exigírsele que sea consciente de eso (de la existencia de esa necesidad básica no satisfecha), si bien él tendrá que atenerse a los límites que establece su sistema a la hora de dictar una resolución al respecto. Seguramente, en este punto, García Amado y yo no discrepamos.

Ad 19-20) Lo que se plantea aquí es la diferencia entre la legislación y la jurisdicción, diferencia que, en mi opinión, guarda cierto paralelismo con la que existe en medicina entre la epidemiología y la medicina clínica. Es una distinción completamente necesaria, pero es posible que, también en este caso, García Amado tienda a presentarla en términos

más tajantes que como yo lo hago. Hace poco discutí sobre esta misma cuestión con Ferrajoli⁴, que defiende, al respecto, me parece, la misma posición que García Amado. Lo que vienen a sostener ambos es que el juez no puede orientarse por criterios de justicia (digamos, de justicia sustantiva), pues esto compete en exclusiva al legislador. Creo que se equivocan: la libertad de la que goza el legislador es, por supuesto, mucho más amplia que la que caracteriza a la jurisdicción, puesto que los jueces están sometidos precisamente a las leyes y a la constitución. Pero eso no quiere decir, por ejemplo, que el juez no haya de velar por la dignidad de las personas; un simple ejemplo: para aplicar o no la cláusula de orden público, un juez puede tener que pronunciarse sobre si tal institución del Derecho extranjero —estoy pensando ahora en la maternidad subrogada— es o no compatible con la dignidad humana. O que no tenga, en algunos casos, que ponderar. Como sobre esto último Juan Antonio y yo hemos discutido en otras ocasiones por extenso, no voy a añadir aquí nada más. Pero reitero: es inevitable que, en ocasiones, los jueces tengan que ponderar.

Ad 21) Lo que aquí tengo que decir es algo parecido a lo anterior. El juez no puede ser un activista, no puede saltarse los límites que le impone el Derecho. Ahora bien, como mi concepto de Derecho es algo más amplio que el de García Amado, podría haber casos que él calificara como de activismo judicial y que en mi opinión no lo serían. Lo que sí me importa aclarar, en todo caso, es que el objetivismo moral no lleva al activismo judicial. No hay ninguna conexión conceptual —y tampoco, creo, empírica— entre una cosa y otra: no me parece que entre los jueces activistas haya más objetivistas que relativistas morales.

Ad 22) Yo no creo que los jueces gocen de discrecionalidad en sentido fuerte porque, en el caso de que exista una laguna en el nivel de las reglas, deben recurrir a principios y llevar a cabo un razonamiento ponderativo que no supone discrecionalidad, en el sentido de que no significa utilizar criterios ajenos al Derecho y no controlables racionalmente. Ya he comentado antes algo sobre la tesis de la única respuesta correcta. Creo que es una tesis más bien banal; lo que significa es que, después de haber deliberado suficientemente sobre el caso de que se trate (o sea, no a bote pronto), el juez va a encontrarse *casi* siempre con que, en relación con las dos opciones por las que ha de optar (condenar o absolver; decretar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, etc.), hay en favor de una de ellas mejores razones que en favor de la otra; o sea, raramente va a encontrarse con un caso de puro empate, aunque esa posibilidad no ha de quedar completamente excluida: por eso lo del «casi». Y por eso, también, sostener esa tesis no solo no pone en riesgo los valores constitucionales, sino que contribuye a que puedan ser satisfechos. O sea, la tesis es una llamada al juez para que se esfuerce por encontrar esa respuesta correcta y, en consecuencia, asuma la obligación de una motivación exigente de sus resoluciones.

4.

Cierro con un comentario general. Como en otras ocasiones⁵, creo que mis discrepancias de fondo con Juan Antonio García Amado derivan de que partimos de ideas distintas del Derecho. Él ve el Derecho simplemente como un conjunto de normas con tales y

cuales características; y de ahí su manera de plantear el problema de las relaciones entre el Derecho y la moral (que solo haría referencia a las normas de uno y otro tipo). Yo lo veo, además de como un sistema normativo, fundamentalmente como una actividad dirigida a cumplir ciertos fines y valores; y eso explica que no pueda separarse radicalmente de la moral, pues esos fines y valores son, en parte, comunes. He repetido también muchas veces que mi razón fundamental para no ser positivista es de carácter histórico: el positivismo jurídico me parece una concepción demasiado pobre, que no es capaz de dar cuenta de los Derechos del Estado constitucional y que no suministra, en consecuencia, criterios que puedan guiar la práctica de los operadores jurídicos. Creo que eso se echa de ver, de manera muy particular, en relación con la argumentación jurídica. Como algunos positivistas jurídicos han reconocido (pienso en Luis Prieto o en Fernando Atria), el positivismo jurídico es una teoría del Derecho sin teoría de la argumentación⁶. Y el caso es que, a no ser que se renuncie al dogma fundamental del positivismo jurídico (el de la separación metodológica entre el Derecho y la moral) y se asuma alguna forma de objetivismo moral, es imposible suplir esa carencia.

NOTAS

1. Atienza (2013: 79).
2. *Vid.* Mackie (1977).
3. Atienza (2017: 189).
4. El texto, «Los jueces crean Derecho», los principios jurídicos y la ponderación», puede encontrarse en mi blog: lamiradadepeito.blogspot.com.es
5. Cfr. Atienza y García Amado (2012).
6. *Vid.* Prieto Sanchís (2000); y Atria (1999).

BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel (2013): *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*, Madrid: Pasos Perdidos.
- (2017): *Filosofía del Derecho y transformación social*, Madrid: Trotta.
- «Los jueces crean Derecho», los principios jurídicos y la ponderación» [en línea] <lamiradadepeito.blogspot.com.es>.
- ATIENZA, Manuel y Juan Antonio GARCÍA AMADO (2012): *Un debate sobre la ponderación*, Lima-Bogotá: Palestra-Temis.
- ATRIA, Fernando (1999): «Del Derecho y el razonamiento jurídico», *Doxa*, 22, 79-119.
- MACKIE, John (1977): *Ethics. Inventing right and wrong*, Londres: Penguin.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2000): «Tribunal constitucional y positivismo jurídico», en *Doxa*, 23, 161-195.

Fecha de recepción: 16 de febrero de 2020.

Fecha de aceptación: 28 de abril de 2020.

DÚPLICA A MANUEL ATIENZA SOBRE OBJETIVISMO MORAL Y DERECHO
REJOINDER TO MANUEL ATIENZA ON MORAL OBJETIVISM AND LAW

Juan Antonio García Amado
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de León (España)

RESUMEN

El artículo forma parte de un debate sobre Derecho y objetivismo moral. García Amado da la réplica al texto de Atienza, comenta y matiza las diferencias y las coincidencias entre los dos, apuntando a la conveniencia de llevar a cabo un desarrollo más sistemático y profundo de las tesis metaéticas, como puede ocurrir con el constructivismo en la medida en que puede ser una vía interesante para el objetivismo moral. Defiende la tesis de que no son tan grandes las distancias como a primera vista puede parecer.

PALABRAS CLAVE

Objetivismo moral, decisión judicial, pretensión de corrección, unidad racionalidad práctica, constructivismo.

ABSTRACT

This article belongs to the debate about law and moral objectivism. García Amado gives the rejoinder to Atienza's text, comments and qualifies the differences and coincidences between them, pointing out the convenience of carrying out a more systematic and deep development of the metaethical theses, as it can happen with the constructivism in the measure that it can be an interesting approach for the moral objectivism. He defends the thesis that distances amongst them are not as great as they may seem at first sight.

KEY WORDS

Moral objectivism, judicial decision, claim to correctness, practical rationality unit, constructivism.

DOI: doi.org/10.36151/td.2020.003

DÚPLICA A MANUEL ATIENZA SOBRE OBJETIVISMO MORAL Y DERECHO

Juan Antonio García Amado

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de León (España)

1. Que Manuel Atienza se divierta con mi estilo o con el humor que a veces se escapa en mis escritos y en mis polémicas me parece muy bien, pero con absoluta franqueza afirmo que no ha lugar a que se plantee, ni de lejos, que trato de cuestionar su inteligencia o de insinuar que sus tesis sean poco fundadas. Jamás. Es grande mi admiración hacia su trabajo y mi respeto a su persona es radical. Y, además, es un amigo. Cosa distinta es que de él mismo haya aprendido ciertas técnicas y estrategias de debate, pues bien se sabe que Manuel no es de los que hacen prisioneros cuando discute de cuestiones teóricas y doctrinales, y a más de uno he visto salir de un salón llorando después de que recibir de su verbo ágil un par de estocadas dolorosas. Siempre he pensado que una de las muchas cosas que nos une a Manuel y a mí es una especie de concepción deportiva de nuestro oficio, similar a la que hace que, por ejemplo, los boxeadores se empleen en el ring con toda la contundencia de que son capaces, dentro de las reglas *del fair play* y de los límites del reglamento, y que al terminar el combate se den un sincero abrazo.

2. Enumera Manuel Atienza veintidós «errores groseros» que yo le estaría imputando a él, obviedades que se supone que vería cualquiera y que, al parecer, estaría yo indicando que él no capta. Pues no estoy de acuerdo con esa interpretación de mi escrito: debí de argumentarlo muy mal. Esto me suena como un nuevo tipo de estrategia retórica, que tal vez podríamos equiparar a la llamada falacia del hombre de paja, cuyo fin es que el adversario en el debate quede ante el auditorio como un ser malo y muy horrible. Y un servidor será horrible, seguro, pero no pretendí en ningún momento señalar o insinuar cosas tales como que Manuel Atienza no sepa ver la diferencia entre enunciados empíricos y no empíricos, que no sea capaz de comprender la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral, que no entienda que el objetivismo moral es compatible con el iuspositivismo (señalo, incluso, la página de su escrito inicial en que él mismo indica esa compatibilidad), etc., etc. En los tres primeros apartados de mi escrito no estaba pensando tanto en Atienza cuanto en un lector quizá no muy versado en las cuestiones metaéticas o en los debates iusfilosóficos de cariz ontológico, y a tal lector iban dirigidas mis explicaciones. Allí donde critico las

tesis de Atienza —es decir, a partir del epígrafe cuarto de mi texto—, mis consideraciones no pretenden ser acusaciones o descalificaciones, y lo que expreso sobre las consecuencias que, a mi modo de ver, tiene el iusmoralismo de Atienza y de otros son juicios absolutamente compatibles con la mejor consideración personal y académica.

Pero dejemos esta divertida esgrima, propia de oradores algo viciosos, y vayamos al grano.

3. En ninguna parte de mi texto he afirmado ni insinuado que sea yo un escéptico moral. He dejado incluso abierta la posibilidad de que pueda ser (o llegar a ser un día, cuando madure) un objetivista moral. Lo que en los primeros apartados traté de ilustrar, seguro que con poca finura, fue simplemente que, para los objetivistas morales —y, en particular, para el realismo moral—, los enunciados morales son susceptibles de ser calificados como verdaderos o falsos de modo igual o similar a los enunciados empíricos. Pero eso no lo argüía «contra» Atienza; se trataba de una explicación destinada al lector algo novato en estos temas.

Lo que sí me ha encantado es la afirmación de Atienza de acuerdo con la cual «hay racistas, esclavistas y neoliberales en nuestro mundo». No soy neoliberal (lo otro tampoco, palabra), sino que me tengo por socialdemócrata; menos mal. También me resulta simpática su afirmación de que la renta básica universal le parece «un fundamental derecho humano». Otro día deberíamos disertar sobre objetivismo moral bien objetivo e ideología personal bastante subjetiva.

4. Ni por asomo se me ocurriría insinuar que Atienza no comprenda la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral, ya lo he dicho antes. Sí me alegra que la tenga por certera. Su afirmación ulterior de que en muchos casos los jueces deciden o tienen que decidir sobre la base de argumentos que también pueden ser, en parte, morales en nada desmiente dicha separación *conceptual*, igual que en nada se opone a la separación conceptual entre Derecho y economía el hecho de que, en ocasiones, los jueces tengan en cuenta puntos de vista económicos al decidir dentro de los márgenes de su inevitable discrecionalidad. De la misma manera, no es óbice para aquella separación conceptual el hecho de que, como dice Atienza, «[...] la existencia de un sistema jurídico es condición necesaria para que los individuos [...] puedan perseguir valores morales» como la autonomía. El Derecho también es condición para que los ciudadanos puedan perseguir valores económicos como la riqueza o la satisfacción de ciertas necesidades, y ello no supone la negación de la separación conceptual entre Derecho y economía.

5. No he dicho —y sigo sin decir— que la única racionalidad sea la racionalidad científica. Estaría dispuesto incluso a conceder que, como manifiesta Atienza, pueda haber juicios morales que se puedan «fundamentar suficientemente» o sobre los que quepa dar «razones concluyentes». Pero no estamos diciendo casi nada mientras no precisemos qué es el «fundamento suficiente» de un juicio moral o cuáles son las «razones concluyentes» de la corrección objetiva del mismo. Por eso llevo años insistiéndole con sinceridad a Manuel Atienza en que, mientras no se dedique largamente a hacer un desarrollo (aún más) sistemático y profundo de sus tesis metaéticas, tales tesis sonarán algo elementales al lector

apresurado, y hasta muy parecidas a las de otros iusmoralistas o antipositivistas (pospositivistas no sé si serían, la verdad) que prefiero no recordarle en detalle. Atienza sabe y vale mucho más que casi todos ellos (y ellas), pero es necesario que también sus tesis y frases nos parezcan sustancialmente diferentes¹, después de que él marque detenidamente la diferencia como podría y sabría hacerlo.

6. Yo también creo que quien piense que la esclavitud es justa se equivoca. Y Atienza está de acuerdo conmigo en que un Derecho esclavista no deja de ser Derecho si formalmente lo es y si como tal se aplica. Así que se difumina un poco el objeto de nuestra discusión, más allá de que a mí me sigue gustando hablar de iuspositivismo y él prefiere decirse pospositivista. Como también él abomina del neoconstitucionalismo, la cercanía entre nosotros cada día parece más sorprendente, aunque a cada uno le guste insinuar que fue el otro el que se aproximó.

7. No tengo el más mínimo inconveniente en calificar como irrazonable al conciudadano que prefiera un Estado confesional católico, musulmán o del tipo que sea. Y, ya puestos, también califico de irrazonable al que prefiera un matrimonio sin divorcio o una vida de celibato. Y podría aportar un millón de ejemplos más de preferencias que a mí, honestamente, me parecen irrazonables y que seguro que a Atienza también. Lo que no veo es la relevancia de esos calificativos y de tales acuerdos nuestros para el debate entre iuspositivistas y iusmoralistas (o pospositivistas, si se prefiere) y lo que afirmo seguidamente es que esos «irrazonables» que piensan así tienen el mismo derecho constitucional que nosotros a: *i*) expresar sus creencias; *ii*) defender las correspondientes opciones políticas dentro del marco constitucional; *iii*) proclamarse objetivistas morales y decir que tienen argumentos bastante conclusivos; y *iv*) afirmar que nos ven bastante irrazonables a nosotros. Y con todo esto no proclamo una fe relativista: simplemente declaro que sus derechos fundamentales valen exactamente igual que los nuestros y que debemos dirimir nuestras discrepancias en las urnas, dentro de los márgenes que a unos y otros nos deje el orden constitucional de libertades. Y que los jueces deben respetar el resultado de las urnas, al menos en lo que de claras tengan las normas que aprueba el parlamento legítimo. Si esto es así, el objetivismo moral es tan relevante en ética como indiferente en teoría del Derecho.

8. Dentro de la extensa nómina de acuerdos, comparto con Manuel Atienza la idea de que en los países confesionalmente islámicos constituyen Derecho válido las normas inspiradas en la *sharía* y de que dichas normas no podrían ser válidas aquí y ahora, en un Estado constitucional al estilo de los nuestros de aquí y de ahora. Y me parecen atrozmente injustas muchas de aquellas normas de allá —o antes, de aquí—. Siempre he considerado que esta es una tesis positivista. Si Atienza y yo la compartimos, pues alabados sean los dioses y no debatamos más sobre etiquetas. A lo mejor mis confusiones se deben a que, de joven, leí a Tomás de Aquino y lo de la corrupción de ley, y, de mayor, a Alexy y lo de la pretensión de corrección como elemento constitutivo de la validez jurídica. Queden cercanos, como corresponde, el aquinatense y el de Kiel, y encantado un servidor de andar más próximo a Atienza y a otros poco dados a vestir santos.

9. Si la tesis de la pretensión de corrección en la decisión judicial hace referencia a que un juez normal y corriente, honesto y bien intencionado trata de elegir, de entre las

decisiones que en el caso caben sin vulnerar las bases mismas de su oficio, la que le parezca lealmente la mejor, siguen nuestros acuerdos, y a este paso se nos terminan en cuatro días los debates. Es lo que yo mismo trataba de mostrar en mi escrito anterior a base de comparaciones y ejemplos más o menos chuscos. Lo contrario a un juez que elija la decisión que honradamente estime más correcta es un juez que no elija la decisión que honradamente estime más correcta o, incluso, que escoja la que considere incorrecta, y ese modelo, que yo sepa, nadie lo ha propuesto nunca, ni siquiera nórdicos o genoveses. Lo interesante es que a jueces distintos e igualmente honestos y competentes les parecen más correctas decisiones distintas. Por tanto, decirle a cada uno que se quede con la correcta o bien significa decirle a cada uno que decida lo que él considere mejor y sin hacer trampas y reflexionando bien, o bien no significa nada. Para ese viaje no hacía falta tanta alforja y, desde luego, nos sobraban las tontunas de Dworkin.

Pero, por cierto, también hay que volver a hablar de qué pasa cuando la decisión que al juez le parece moralmente más correcta no es ninguna de las que el sistema jurídico-positivo le permite. Queda pendiente.

10. Una discrepancia, al fin. Dice Manuel Atienza, siguiendo a Nino, que «[...] las razones jurídicas no son por sí mismas razones justificativas» y que, por tanto, «[...] necesitan de un apoyo (una premisa) moral». Aquí repito, sintéticamente, lo que ya traté de indicar en mi anterior escrito: las razones jurídicas son razones justificativas jurídicas y las razones morales son razones justificativas morales. Pero si decimos que las únicas o las más auténticas razones justificativas son las razones morales, entonces las únicas razones justificativas son las razones morales. La llamada tesis de la unidad de la razón práctica consiste en decir esto último y quedarse la mar de satisfecho, al modo de Alexy, mismamente. Con lo cual, pareciera que la razón última de toda decisión jurídica (de resolución jurídica de un caso) tendría que ser una razón moral. A mí todo eso me suena artificioso, raro e inútil, y más si previamente hemos admitido cosas tales como que en un país islámico confesional las normas inspiradas en la *sharía* son Derecho válido, aunque moralmente nos repugnen, etc.

De todos modos, Manuel Atienza admite (en el punto Ad 13-14 de su texto) que no es lo mismo justificar jurídicamente (judicialmente) una decisión que justificarla moralmente.

11. Volvemos a coincidir: ni él ni yo creemos que exista algo así como el Derecho natural, pues dice Manuel que el Derecho «[...] es un artificio, una creación humana y que varía con las sociedades y con el tiempo». Esto es, si no estoy confundido, lo que se afirma en la segunda tesis que suele citarse como definitiva del iuspositivismo, la llamada tesis de las fuentes sociales del Derecho. Si la sumamos a la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral, antes admitida, se acorta bastante el debate y queda solo en cuestión de detalles.

Atienza señala que lo que no debe perderse de vista es que el Derecho incorpora también «una pretensión de corrección», «[...] un elemento de idealidad, de valoración, de moralidad interna o como se le quiera llamar, además del elemento autoritativo». Yo no sé qué quiere decir que el Derecho pretenda, que el Derecho sea sujeto activo de pretensiones,

igual que no entendería que una piedra pretendiera o que el producto interior bruto pretendiera, pero la idea no me es completamente extraña, pues creo que ya en mi más tierna juventud me hicieron estudiar aquello de que el Derecho es «un punto de vista sobre la justicia»², y también leí luego sobre la teoría trialista, la teoría tridimensional del Derecho y otras, todas las cuales decían que, en su esencia, el Derecho era varias cosas a la vez, uno y trino, cuerpo y alma y cosas así.

12. Estoy convencido de que, si hay alguna vía interesante en metaética para el objetivismo moral, es la del constructivismo. Es la que transita Atienza, aunque, en mi opinión, debería profundizar todavía más en ella. De eso está hablando en el punto Ad 16 y no son tan radicales mis discrepancias en ese plano metaético. Estoy de acuerdo con Atienza en que es intelectual y heurísticamente útil presuponer comunidades ideales de dialogantes imparciales y preguntarse qué acuerdos caben, y cuáles no, bajo condiciones discursivas ideales. Pero opino que la utilidad de tales expedientes estriba en excluir la racionalidad o razonabilidad de ciertas tesis morales (por ejemplo, la tesis de que la esclavitud pueda ser justa), mas que no sirven para resolver casos jurídicamente difíciles y tampoco casos que sean a la vez jurídicamente difíciles y moralmente complejos. Por ejemplo, y por citar cuestiones mencionadas por Manuel Atienza en este escrito suyo o en otros, no me parece que sirva para aportar «argumentos conclusivos» en pro de la superior justicia de un sistema de renta mínima universal o para dirimir si es más o menos acorde con la dignidad humana, como valor moral, permitir o prohibir la maternidad subrogada. Los grandes acuerdos que por esa vía podríamos fundamentar son los que ya están reflejados en muchas cláusulas de las constituciones de nuestro tiempo y nuestra cultura, como nos habría mostrado Rawls hace algunas décadas: prohibición de la esclavitud, abolición de la pena de muerte, igualdad de derechos de hombres y mujeres, libertades básicas en todo lo que no dañe patentemente su ejercicio a terceros, etc.

13. ¿Hay discrecionalidad judicial? ¿Le deja el sistema jurídico positivo al juez márgenes de elección entre alternativas que puedan ser compatibles con el respeto a lo que en sentido amplio podemos llamar la legalidad o el Derecho positivo? El iuspositivismo lleva más de un siglo diciendo que sí y Dworkin pareció afirmar una vez que no en su crítica al positivismo hartiano y con argumentos tan conocidos como estupefacientes. Si el juez tiene esos márgenes de decisión posible o de discrecionalidad, entonces qué duda cabe que usará razones de muy diversa índole a la hora de elegir y fundamentar la solución que le parezca mejor de entre las posibles. No veo aquí a Atienza negando la discrecionalidad judicial en ese sentido y rememorando las enigmáticas tesis de Dworkin y su Hércules íntimo y sí leo que afirma Atienza que la libertad del legislador es mucho más amplia que la que caracteriza a la jurisdicción, puesto que «[...] los jueces están sometidos precisamente a las leyes y a la constitución». Por mi parte, estoy totalmente de acuerdo en eso y en que, obviamente, los jueces deben valorar dentro del margen de maniobra o discreción que les dejen las leyes y la constitución, y cada uno buscará lo que de buena fe juzgue más defendible y mejor argumentable.

En el punto Ad 21 Manuel Atienza rechaza el activismo judicial, si bien sospecha que mi reproche del activismo judicial puede ser más exigente que el suyo. Seguramente es

verdad, pero el acuerdo básico lo tenemos, y más cuando él sostiene también que «[...] el objetivismo moral no lleva al activismo judicial» y que «[...] no hay ninguna conexión conceptual entre una cosa y la otra».

A lo mejor las diferencias son más expresivas que de fondo, no lo sé. Atienza acaba afirmando que no cree que los jueces gocen de discrecionalidad en sentido fuerte, pero si discrecionalidad en sentido fuerte significa que los jueces pueden hacer lo que les dé la real gana, sin límite legal ni constitucional, entonces un servidor nunca ha afirmado la discrecionalidad en sentido fuerte, igual que me parece que jamás la han defendido Hart o Ferrajoli, por ejemplo. Y dice Atienza también que la tesis de la única respuesta correcta «es una tesis más bien banal», ya que, a fin de cuentas, lo que acaba sucediendo es que el juez tiene varias opciones y se inclina por la que, honesta y lealmente, le parece avalada por mejores razones. En suma, que si la tesis de la única respuesta correcta sirve para pedirle al juez que, como parte de su *ethos* profesional, en lugar de jugarse el fallo a la carta más alta o a los dados, se esfuerce en buscar la que estime mejor y en argumentarla de la manera mejor posible, entonces tampoco en esto tendré apenas discrepancias con Manuel Atienza, y los que pensaban que era más honda la trinchera entre iuspositivismo y pospositivismo o iusmoralismo de bien acabarán sumidos en el desconcierto.

Y que conste que, al decir «iusmoralismo de bien», trato de indicar que estoy dispuesto a llegar a mil y un terrenos comunes y a conceder bastantes cosas al postpositivismo de Manolo, cosa que no haré con el iusmoralismo de otros cuantos que yo me sé y que no tienen ni su categoría ni su talante. Aclarado queda, por si acaso y para aviso de navegantes.

NOTAS

1. Escribía, por ejemplo, el profesor Javier Hervada lo siguiente: «Calificar el arte del derecho como prudencia está de acuerdo con su cualidad de ciencia práctica. Es, en efecto, la prudencia una virtud intelectual o dianoética, la virtud del correcto obrar moral. Ello nos pone de relieve que la actividad jurídica depende de dos virtudes que están en la base del oficio de jurista: la justicia y la prudencia» (Hervada, 1989: 93). O esto otro, que recuerda a cuando Manuel Atienza afirma que la dimensión autoritativa, la única que verían los iuspositivistas, es importante, pero no la única dimensión de lo jurídico, que tiene también una dimensión ideal o de moralidad interna: para el punto de vista positivista, «[...] el concepto fundamental es el de norma o ley —orden impuesto por el poder—, que se constituye así como el concepto clave del sistema jurídico y de la filosofía del Derecho. Todo el sistema se hace descansar en la norma y su problemática: la interpretación, la validez, la legitimidad, la coactividad, etc. A su vez, el Derecho es visto fundamentalmente como un fenómeno de poder, como un mandato que surge de la voluntad del legislador. El fenómeno jurídico se presenta así como un sistema de normas vinculante y coactivo. En todo caso, la realidad jurídica aparece como un sector de la vida social ordenado y valorado a la norma». En cambio, «[...] desde la perspectiva del jurista, la norma sigue siendo importante y la interpretación de la ley no deja de ser función muy relevante del jurista, pero el centro del sistema no es la ley, sino el Derecho, cosa distinta de la norma, pues es lo suyo de cada uno, aquello que, de varias formas, está atribuido a los diversos agentes sociales y hay que dar a quien le pertenece» (*ibidem*: 95). O atendamos a Legaz y Lacambra: «Evidentemente, el jurista no puede reconocer un Derecho donde no está constituido un sistema de legalidad, ni puede admitir como jurídica una norma que no sea reconducible a tal sistema. Pero el Derecho no es captado en su realidad ni entendido en su verdad si se prescinde de la libertad que,

a la par, consagra y organiza, si se ignora la vida social en la que encarna, si se olvida la justicia por la que únicamente tiene sentido hablar de su ser como Derecho» (Legaz y Lacambra, ³1972: 298).

2. Oigamos a Legaz y Lacambra: «Por consiguiente, la referencia a la justicia va implicada en la estructura misma de la realidad jurídica [...] La referencia a la justicia se da, pues, en la doble dimensión ontológica y óptica; y si bajo este último aspecto —en el que principalmente incide la “ciencia” jurídica— el concepto de Derecho muestra un necesario formalismo —en cuanto que admite “cualquier” punto de vista sobre la justicia— bajo el primero, el ontológico, metafísicamente abierto, no puede ser un concepto estrictamente formal, porque “la” justicia es un elemento integrante de la estructura de la esencia misma del Derecho” (Legaz y Lacambra, ³1972: 262-263). Y mírese esto otro: «Y de ahí que el Derecho y la justicia puedan considerarse como una forma especial de justificación de los actos que afectan a la convivencia, que por ser tales, precisarán no ya una justificación subjetiva, sino de una justificación objetiva, que no me satisfaga solo a mí, sino también al otro u otros a quienes afecta mi conducta» (*ibidem*: 290). El Derecho, sigue explicando Legaz, «[...] en su dimensión normativa, en cuanto propone proyectos de vida social, no puede renunciar a su función de imponer una racionalidad de la misma, esto es —dicho en términos clásicos— a ser una “ordenación de la razón”» (*ibidem*: 291), porque «[...] el Derecho es realización de la justicia en la vida social».

BIBLIOGRAFÍA

- HERVADA, Javier (1989): *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Pamplona: Eunsa.
LEGAZ y LACAMBRA, Luis (³1972): *Filosofía del Derecho*, Barcelona: Bosch.

SOBRE KANT Y KELSEN: A PROPÓSITO DE LA DISPUTA ENTRE
LOS PROFESORES GARCÍA AMADO Y ATIENZA

ABOUT KANT AND KELSEN: ON THE BETWEEN GARCÍA AMADO AND ATIENZA

Manuel Jiménez Redondo

Universitat de València (España)

RESUMEN

El artículo se inicia con una breve exposición histórica de la metaética analítica para explicar, a partir de ahí, la presencia de la filosofía práctica de Kant en el pensamiento ético y jurídico desde los años sesenta del siglo XX, en competencia con el positivismo jurídico. Después se exponen las tesis fundamentales del pensamiento jurídico y ético de Kant. Se muestra cómo en la disputa entre los profesores García Amado y Atienza ambos comparten unos mismos supuestos normativos provenientes de Kant. El segundo los entiende como principios normativos del propio Derecho. El primero los entiende como ingredientes fundamentales de la ética desde la que se muestra dispuesto a enjuiciar éticamente un sistema jurídico. Pero las principales diferencias entre Kant y el positivismo jurídico de Kelsen no son, propiamente, el tema de la disputa. En el artículo se busca también cobrar alguna claridad sobre ellas.

PALABRAS CLAVE

Derecho, ética, Kant, Kelsen.

ABSTRACT

First, there is a short historical explanation of the analytical metaethics to understand since there the presence of Kant's practical philosophy within the ethical and legal thinking from the 70s of the XX century, in competition with legal positivism. Second, we refer to the main arguments of Kant's ethical and legal thinking. We show how at the dispute between professors García Amado and Atienza, they both share the same common assumptions from Kant. The second one understands them also as normative principles of law. The first one understands them as the main ingredients of ethics from which he is willing to examine ethically a legal system. But the main differences between Kant and Kelsen's legal positivism is not strictly the object of the dispute.

KEY WORDS

Law, ethics, Kant, Kelsen.

DOI: doi.org/10.36151/td.2020.004

SOBRE KANT Y KELSEN: A PROPÓSITO DE LA DISPUTA ENTRE LOS PROFESORES GARCÍA AMADO Y ATIENZA

Manuel Jiménez Redondo

Universitat de València (España)

Sumario: 1. Introducción. 2. Metaética. 3. Imperativo moral. 4. Derecho y Ética. 5. Sobre importaciones. 6. Teoría de la argumentación. 7. Libertad como principio. Notas. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Leyendo los materiales de la disputa entre José Antonio García Amado y Manuel Atienza he tenido la impresión de que no se trata tanto de una guerra de principios cuanto de un enfrentamiento deportivo o, si se quiere, de algo análogo a unas maniobras militares que se realizan con el fin de mantener a punto las armas y la artillería dialéctica. A mi modesto entender, los dos intervinientes en la discusión dicen lo mismo no ya solo en el fondo, sino incluso en la forma. Ambos son juristas que proceden, además, del mismo sitio: de la huida de la doctrina del Derecho natural clásico al positivismo jurídico; desde ahí se transitó hacia otras partes. Algo similar ocurrió en los años setenta del siglo pasado en las facultades de filosofía; de la escolástica y de todo aquello en lo que esta pudiera envolverse o disfrazarse se pasó a la filosofía analítica del lenguaje, a la filosofía de la lógica, a la filosofía de la ciencia y, especialmente, al positivismo lógico, que muy bien podía ir a veces de la mano de alguna modalidad del marxismo. Por lo general, desde ahí se transitó a otros sitios desde los que, después, se volvió para recuperar alguna que otra cosa importante que había sido olvidada en el camino. Aun después de tanto tiempo, sigue siendo grande la tentación de emplear una argumentación de la sospecha —e incluso de abusar de ella— que trata de dejar al adversario convicto de que está muy cerca de aquello de lo que decía haber —y debía haber— huido y de lo que habría de suponersele ya muy lejos. En lo que sigue me voy a limitar a mostrar por qué entiendo que ambos intervinientes dicen lo mismo. Para ello, recurriré a las ideas de Kant y de Kelsen.

2. METAÉTICA

Desde principios del siglo XX, por metaética se entendió en la filosofía analítica del lenguaje una parcela de la misma que se ocupaba del análisis del lenguaje moral. La inauguró G. E. Moore con su libro *Principia ethica* (1903). Cuando decimos que algo es bueno, no en el sentido de bueno para esto o para aquello, sino en sentido absoluto (si es que hay tal *bueno* en sentido absoluto), cabe considerar ese *bueno* como una propiedad *natural* y pasar a describir en qué consiste esta o los elementos que la componen. Bueno en sentido absoluto es aquello que tiene esta característica o tales o cuales características. Pero Moore sostenía que quien procede así incurre inevitablemente en una falacia, que él llamaba la *falacia naturalista*. Pues siempre cabe replicar: sí, esto tiene efectivamente esas características, pero ¿es bueno en sentido absoluto? Cabría responder: llamamos árbol a aquello que tiene tales o cuales características; si esto tiene precisamente esos atributos, no tiene entonces sentido preguntarse si es o no un árbol; simplemente, lo es, pues ser un árbol es tener precisamente esas características; es lo que hemos convenido, y no hay más. Podemos, no obstante, replicar: llamamos bueno a lo que tiene tales o cuales características; esto tiene, en efecto, esas características; por tanto, cae efectivamente bajo lo que hemos convenido en llamar bueno en sentido absoluto; ahora bien, eso que así hemos convenido en llamar bueno, ¿es en realidad bueno? Y, dado que tal pregunta siempre tendrá sentido, la conclusión de Moore es que todo intento de definir *bueno* como una propiedad natural no consigue lo que pretende. Bueno en sentido absoluto, decía Moore, no puede ser una propiedad natural, sino una propiedad *no natural*, simple, a la que tenemos acceso por intuición; un toro no taurino, bromeaba Toulmin. Moore llamó *naturalismo* a esos intentos de definir los términos morales, fundamentalmente el término *bueno*, como una propiedad que, como tal, debería ser análoga a cualquier otra propiedad. Eso no era, a su juicio, así. El *naturalismo* quedaba, de este modo, más o menos descartado, si bien el *intuicionismo* de Moore tampoco resultaba convincente.

Si suponemos que nuestra gramática no está hecha para mostrar la estructura lógica de nuestro pensamiento, sino más bien para disfrazarla, cabe pensar que, cuando decimos que *x* es bueno en sentido absoluto, no estamos describiendo nada y no nos estamos refiriendo a propiedad alguna ni natural ni no natural: ese enunciado no es enunciado alguno porque lo que estamos haciendo cuando emitimos ese enunciado aparente es expresar una actitud; «*x* es bueno» equivale a decir: «yo estoy a favor de *x*, estalo tú también». A este tipo de análisis de los términos morales se le llamó *emotivismo*. El emotivismo vino inicialmente representado por textos como el cap. VI de *Language, Truth and Logic* (1936), de Ayer, o *Ethics and Language* (1945), de Ch. L. Stevenson. El emotivismo practica un tipo de análisis de los términos morales que, sin duda, da en el clavo en muchos aspectos. Buena parte del uso que hacemos del lenguaje moral consiste en decir, juzgar y hacer, como *Se dice*, *Se hace* y *Se impone*, sin otra base ni suelo que la general recomendación emotiva que *Se hace* de ello so pena de reproche y descrédito moral o político-moral que lleva aparejado su no seguimiento.

En todo caso, aunque decir que *x* es bueno en sentido absoluto no consista propiamente en enunciar algo de *x*, sino en recomendar algo, no parece aceptable decir que

esa recomendación se limite a expresar una actitud mía y a invitar a otros a asumirla; en realidad, cuando afirmo que *x* es bueno en sentido absoluto parece que quiero decir: debes hacer incondicionalmente eso, como yo o cualquiera en tu misma situación deberíamos hacer eso. A este análisis del término moral *bueno* se le llamó *prescriptivismo*. Su principal representante fue R. M. Hare, con su libro *The Language of Morals* (1952). En *The Moral Point of View: A Rational Basis of Ethics* (1966), K. Baier desarrollaba esta orientación convirtiendo lo que ya era una evocación de Kant en una reformulación de Kant. La metaética analítica dejaba de ser solo un análisis del lenguaje moral para convertirse no solo en un análisis del significado de los términos morales, sino también en una teoría acerca de qué había de contar como principio moral —y, a la vez, de cuál era el principio que había de contar como principio moral—.

A la misma conclusión llegaban Apel y Habermas desde una pragmática del lenguaje que, en lo que se refiere a la noción de validez, recurría esencialmente a la teoría de la verdad de Peirce. *Verdadera* es la teoría que está llamada a que en ella se pongan de acuerdo todos los que investigan, entendiendo por «todos los que investigan» una comunidad indefinida de investigación, de modo que lo que llamamos *realidad* no sería sino el correlato de esa teoría¹.

Sobre este trasfondo, aunque sin depender de él, Rawls podía decir en *A Theory of Justice* (1971) que no veía ya ningún interés en el análisis de los términos morales y que, por el contrario, lo propio era *construir* con categorías de Kant un modelo siempre susceptible de una *interpretación kantiana* global en el que nuestros *considered judgments in reflective equilibrium* se viesan especularmente reflejados para analizar su coherencia, estructura y pretensión de validez².

Por mi parte, en lo que sigue hablaré de Kant sin tratar de mitificar ni la figura de Kant ni la filosofía práctica de Kant. Simplemente, me referiré a todas aquellas posiciones de la segunda mitad del siglo XX en las que resultan visibles los principales rasgos de la «Doctrina del Derecho» y de la «Doctrina ética» de Kant. Eso sí: sucede que, una vez que he llegado a Kant a través de todo lo que la metaética analítica puso en movimiento y de lo que vino después, me parece que Kant ofrece muchos más registros y lo dice todo mucho mejor; es decir, queda a veces por delante o muy por delante de sus reformulaciones contemporáneas; basta leerlo con flexibilidad para traducir su lenguaje.

3. IMPERATIVO MORAL

En la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (1785), Kant hace tres formulaciones del principio moral³. Cada una de ellas, dice Kant, implica las otras dos. Si «*x* es bueno» (no en el sentido de bueno para esto o para aquello, sino en sentido absoluto), solo puede significar que, incondicionalmente, debes hacer *x* como cualquiera en tu situación debería hacer *x*. Entonces, ello equivale a decir que, cada vez que en la vida no te puedas sacudir ese sentido de bueno (es decir, cada vez que te veas implicado en una cuestión *mo-*

ralmente relevante), «[...] has de obrar de manera que puedas a la vez querer que la máxima de tu acción pueda convertirse en ley para todos los seres racionales». La segunda formulación que Kant da de ese *imperativo* incondicionado, *categorico*, es la siguiente: «Obra de manera que la humanidad en ti y en los demás (es decir, el ser-libre en ti y en los demás) no sea tratada nunca solo como un medio, sino siempre también como un fin». Y la tercera formulación dice: «Obra de manera que al obrar tu voluntad por su máxima pueda a la vez considerarse colegisladora en el reino de los fines». (La expresión «reino de los fines» no tiene ningún misterio; simplemente se opone a reino de las causas eficientes, es decir, al reino de la naturaleza; «reino de los fines» quiere decir reino de las causas finales, esto es, de los seres que se proponen fines, esto es, de los seres *libres*, si es que los hubiera).

Pues bien, nunca jamás los seres que nos suponemos libres podríamos demostrar que tenemos una obligación categorica de obrar ateniéndonos a ese principio⁴. Solo podríamos demostrarlo si pudiésemos probar que somos libres. Pero la existencia de la libertad no puede demostrarlo de ninguna manera. Por eso, tampoco puede probarse la *objetividad* o la *necesidad práctica* o la *realidad objetiva* (estas expresiones vienen a significar para Kant más o menos lo mismo, según el contexto) del imperativo moral. Pues *explicar* significa mostrar cómo viene determinada una cosa por otra conforme a una regla o ley. Pero eso no es posible en el caso de la libertad, dado que ser libre significa poder quedar *afectado* por todo lo que se quiera, con la intensidad que se quiera, pero no venir *determinado* por nada, sino autodeterminarse. Y como no hay determinación de una cosa por otra sino conforme a una regla o ley, ser libre significa que tiene que ser regla o *ley para sí mismo*, si es que ya no podemos recurrir a un legislador trascendente, a un Dios legislador, para entender el orden moral como un orden establecido por él o que tuviera en él su fuente; pues en tal caso nuestra libertad solo sería condición negativa de ese orden, no ley para sí misma; y así lo entendió la tradición. Pero después de la destrucción de las pruebas de la existencia de Dios en la *Crítica de la razón pura* no cabe pensar en tal cosa. Si ser libre es quedar por encima de cualquier materia en lo que respecta a determinación, y esto significa universalidad, y si hubiera de haber un *bueno* en sentido absoluto, buena en sentido absoluto solo podría serlo una voluntad que, encontrándose situada en el lugar del Dios legislador, se atuviese a la ley que ella es para sí misma. Y basta prestar un poco de atención para reparar en que esa ley no podría adoptar sino la forma que las formulaciones del imperativo categorico expresan. Todo lo bueno en sentido relativo tiene un precio, se puede sustituir por un equivalente; lo *bueno* en sentido absoluto solo se compara consigo; digamos entonces que, en lo que se refiere al precio, no tiene precio, sino que lo que tiene es *dignidad*.

Pero si no podemos probar que somos libres, todo lo dicho no es más que una quimera, algo carente de cualquier sentido. No habría *bueno* en sentido absoluto, en sentido moral; el supuesto ser libre no sería más que una ilusión, un elemento más en la cadena causal de la naturaleza, y no precisamente uno de los más sólidos. Y, sin embargo, sucede una cosa. Es un *hecho*, y nada más que un hecho, que no podemos sacudirnos de encima el vocabulario moral, que no podemos evitar el hecho de emplear *bueno* en sentido absoluto. Y, después de darle todas las vueltas que se le han dado durante el siglo XX, ese *bueno* en sentido absoluto no podría significar sino lo que hemos dicho que significa. Y eso que

bueno significa *implica la libertad*. Por tanto, mientras no podamos quitarnos de encima el vocabulario moral, no tenemos más remedio que considerar que hay un *bueno* en sentido absoluto y que ello implica que somos libres en el sentido indicado de autodeterminación y autonomía. Entonces podemos decir lo que dice Kant: el hecho de tener que emplear el vocabulario moral (es decir, la ley moral) es un *factum* que nos lleva a inferir que somos libres. La ley moral es la *ratio cognoscendi* de la libertad, y la libertad es la *ratio essendi* de la ley moral. Ahora bien, todo esto no es sino un círculo. Sí, pero en este círculo estriba el ser libre en cuanto ley para sí mismo, es decir, en cuanto ser moral: en cuanto que la ley que él es para sí mismo le apremia. Todo quedaba quizá mucho más claro cuando se postulaba un Dios legislador, pero eso ya no es posible como una base del Derecho y de la ética que fuese aceptable con carácter general.

4. DERECHO Y ÉTICA

Partamos de la segunda formulación del imperativo, la que se refiere a la idea del ser libre como un fin en sí que no tiene precio, sino dignidad. Con esa formulación (y, por tanto, también con las otras dos que, como muestra Kant, vienen implicadas en ella) está de acuerdo el profesor Atienza, pues apela *expresamente* a ella en su respuesta al profesor García Amado, y también está de acuerdo con ella el profesor García Amado, pues también apela *expresamente* a determinadas consecuencias de la misma que, como veremos, no pueden tener otra premisa que ese principio.

Pues bien, Kant dice que del principio moral se siguen tres cosas. La primera es lo que podemos llamar los *principios racionales del Derecho*. La segunda es lo que podemos llamar los *principios racionales de la ética*. Y la tercera es la *estricta separación entre Derecho y ética*, de forma que cualquier hibridación entre el Derecho y la ética representaría una radical perversión tanto del Derecho como de la ética. El Derecho es lo que es, y la ética es lo que es, y no entender esto no solo comporta confundir el primero con la segunda, sino también corromper el primero y la segunda. Kant los quiere totalmente limpios⁵. En todo caso, el Derecho, sin dejar de serlo, puede ser un Derecho pervertido; asimismo, la ética, sin dejar de serlo, puede ser una ética pervertida; del mismo modo que un enunciado no deja de serlo por ser falso, sino que es un enunciado falso, pero enunciado, igual que el enunciado verdadero es un enunciado.

La demostración de esas tres cosas es muy simple, lo mismo que la de todas las proposiciones kantianas fundamentales⁶. Un fin es algo que solo puedo proponerme yo. Alguien puede forzarme a realizar acciones conducentes a un fin, pero eso no sería un fin mío, sino un fin suyo para el que me convierte meramente en un medio. Ese fin podrá ser incluso mi propio bien o mi propia perfección, podrá ser incluso la «salvación de mi alma», o mi reeducación para que deje de ser el burgués que soy. Pero por íntimamente que ello me concierna, será un fin suyo, no mío, para el que él me está utilizando como medio. Por tanto, si, conforme a la segunda formulación del imperativo categórico, el hombre ha de ser tratado siempre también como un fin y nunca meramente como un medio de nadie

y para nada, y la interacción humana no puede darse sino conforme a reglas, lo primero que hay que establecer es un conjunto de reglas relativas a la forma de la relación entre los arbitrios, cualesquiera que sean los fines que estos se propongan o puedan proponerse o se entienda que deben proponerse, lo cual será asunto suyo. Y ese sistema de reglas es para Kant el *Derecho*, cuyo principio es el siguiente: «Es justa (legítima, lícita, *recht*) toda acción conforme a cuya máxima la libertad de arbitrio de cada uno sea compatible con la libertad de arbitrio de cualquiera conforme a una ley general»⁷.

Y así, si puede mostrarse que mi acción, conforme a su máxima, puede ser compatible con la igual libertad de cualquiera conforme a una ley general y alguien me la impide, me está haciendo injusticia. Más aún, si mi actuar conforme a la máxima conforme a la que a mí me plazca actuar (incluso si se tratase de una máxima contraria a ese principio) es compatible con la libertad de cualquiera conforme a una ley general y alguien pretendiese imponerme que yo convirtiese el principio objetivo general del Derecho también en principio subjetivo o máxima de mi acción, me estaría haciendo radicalmente injusticia conforme a ese principio objetivo. El Derecho asentado sobre el principio de libertad no puede pretender, sin contradecirse, imponer como motivo *subjetivo* de la acción ese principio.

Si eso es así, la *necesidad práctica* de la norma jurídica no puede descansar entonces sino sobre la *coerción*. En este sentido, Kant dice que, en idea, el Derecho es *coerción o posibilidad de coerción recíproca compatible con la igual libertad de todos y cada uno conforme a leyes generales*, o, como puede decirse abreviando: *el Derecho es fuerza conforme a principios*, con tal de que, en idea, se trate del principio dicho.

Por último, si el ser libre ha de ser considerado como un fin en sí y no meramente como un medio para los fines de otro, yo no puedo quedar sujeto a otra ley (es lo que sugiere la tercera formulación del imperativo categórico) que la que yo me imponga junto con todos los demás para hacer viable, efectiva y real la igual libertad, entendiéndose aquí por libertad la independencia respecto del arbitrio del otro, en la medida en que esa libertad pueda ser compatible con la libertad de cualquiera conforme a una ley general que le dé viabilidad y la haga efectiva. *Igual libertad* en el mayor grado posible, articulada y hecha *real y efectiva* conforme a leyes que puedan entenderse provenientes de la voluntad unida de todos *por acuerdo o compromiso*: es el *principio general del Derecho*, en idea. Si el Derecho no respondiese a él, le ocurriría, aun siendo Derecho, lo que la zorra decía del busto en la fábula de Fedro: que su cabeza era muy hermosa, pero sin seso.

Pasemos al *principio general de la ética*. Entre los fines que yo me proponga, que serán asunto mío, habrá seguramente algunos que yo entienda que es un deber proponérmelos. Si el ser libre se encuentra siendo ley para sí mismo y el ser libre ha de ser considerado como un fin en sí, ¿cómo no va a ser un fin que yo debo proponerme, es decir, *un deber ético mío*, arrimar el hombro para que en este valle de lágrimas también la existencia de los demás —y no solo la mía— tenga cierta facilidad y holgura dentro de lo que cabe para seres finitos? Y si el ser libre tanto en mí como en los demás ha de ser tenido por un fin, ¿cómo no va a ser un fin que sea un deber mío proponerme, es decir, cómo no va a ser un *deber ético mío*, desarrollarme física, psíquica y moralmente para estar a la altura de ese fin que debo ser conforme a algún esquema de él? Pero, sobre todo, y en tercer lugar, ¿cómo no va a ser un

fin que sea un deber proponerse, es decir, cómo no va a ser un *deber ético mío*, contribuir al establecimiento y desenvolvimiento de un orden de Derecho atendido a aquellos principios si es precisamente en ese orden donde se hace efectiva la idea del ser libre como un fin en sí? El *principio general de la ética* sería, entonces, este: supuesto un orden de Derecho atendido al principio de libertad y al principio democrático, obra conforme a una máxima de fines tal que proponérselos sea un deber, y si no puedes suponer aquel orden, imponte como deber contribuir a establecerlo.

Ahora bien, solo la ética, no el Derecho, «[...] puede mandar considerar santos los derechos del hombre»⁸, dice Kant. «El amor a la patria es una de las primeras obligaciones de los españoles, y asimismo es el ser justos y benéficos». Este mandato, plasmado en el artículo 6 de la Constitución española de 1812, resulta ingenuo porque tal cosa no puede imponerse coercitivamente —es decir, solo puede ser un fin que me propongo yo— y porque precisamente un orden de Derecho asentado sobre el principio de libertad no puede tratar de imponerlo sin contradecirse (a no ser que lo que el constituyente estuviese haciendo fuese precisamente limitar ese principio). Aunque yo no trate de ser justo ni benéfico, sino todo lo contrario, mi acción puede ser compatible con un orden atendido al principio de libertad y al principio democrático y, por tanto, *justa*. Un orden *justo* de Derecho puede ser posible (como afirma Mandeville) incluso en un *pueblo de diablos* «con tal de que estos tengan entendimiento», pensaba Kant⁹.

5. SOBRE IMPORTACIONES

Aunque el profesor García Amado afirma expresamente no querer desvelar todo el sistema de los fines que él entiende que es un deber proponerse (es decir, su ética) ni el estatuto cognitivo que le asigna, me parece que entre ellos figura sin duda la contribución al establecimiento y mantenimiento de un orden de Derecho atendido al principio de libertad y al principio democrático. Pero, como muy bien dice Kant en lenguaje dieciochesco, esos principios que el profesor García Amado incluye en su legislación ética los *importa* de una legislación distinta, a saber, de la legislación jurídica. Seamos, no obstante, cautos y no vayamos aún tan lejos, ya que el profesor García Amado esconde su batería argumentativa en algunas páginas de la *Teoría pura del Derecho* de Kelsen, a las que me referiré al final, desde las que podría dispararnos muy fácilmente¹⁰.

Pues, efectivamente, si sucediese que, como supone Kelsen, no existen tales *principios racionales del Derecho*, no habría nada en absoluto que *importar* de ellos. Por el momento, digamos simplemente que, aunque a veces diste de estar de acuerdo consigo mismo (Kelsen parece ser su combativa profesión de fe pública y Kant su amor secreto), el profesor García Amado incluye como principios de *su ética* el principio de libertad y el principio democrático —los incluye, digo, como principios con los evaluar éticamente un orden positivo de Derecho—. En lo que se refiere al *contenido*, este puede venir determinado por ellos, como sucede con el ordenamiento jurídico español. Pero el «fundamento de validez» *jurídica* de ese ordenamiento, igual que el de cualquier otro (y esto es lo que afirma Kelsen) nada

tendría que ver con esos principios ni con otros, todos relativos, históricos, contingentes. Nuestro Derecho positivo puede *contener* elementos de esa y otras éticas y ser juzgado éticamente conforme a esa o cualquier otra ética, pero en ninguno de esos elementos ni en ninguna ética tiene su base *formal* de validez como sistema de Derecho positivo.

Es, por tanto, en su ética y no en su teoría del Derecho donde el profesor García Amado incluye como criterios de evaluación ética del Derecho lo que Kant llama «los principios metafísicos del Derecho», lo que Kant llama también «los principios racionales del Derecho» o lo que Rawls llama «[...] los principios de justicia, entendida esta como propiedad de las instituciones básicas de un orden social».

Y así puede decir en tono de enfática aprobación ética: «Porque todos los que opinan una cosa u otra y expresan tales opiniones están bajo el amparo de las primeras libertades constitucionales: de credo o conciencia, de opinión, de expresión [...] Y esa discrepancia es la que da su sentido a los derechos políticos como derechos individuales de los ciudadanos [...]». Tenemos, pues, que el orden jurídico positivo en que consiste nuestro Estado de Derecho (aunque ello, en lo que concierne a la base de la validez de ese Derecho, no hubiese de pasar de una contingencia histórica) responde al *principio de libertad*.

Y en tono de enfática aprobación *ética*, García Amado dice asimismo: «Por eso hay democracia y para eso existen los derechos políticos en nuestras constituciones contemporáneas: para que tales asuntos que hay que decidir con carácter general tengan una regulación, se vota en democracia a los parlamentarios y se vota en los parlamentos. ¿Alguien se puede imaginar que la resolución de tales cuestiones se dejara a la decisión de los jueces y de cada juez, movido por la justicia y sin más traba que ese propósito de hacer justicia? Sería el final del Estado constitucional y democrático de Derecho, se le estaría dando la puntilla». Tenemos, pues, que el orden de Derecho positivo en que consiste nuestro Estado de Derecho, aparte de responder al *principio de igual libertad*, responde asimismo al *principio democrático* que viene exigido por aquel, hasta el punto de que el sentido de los derechos políticos radica solo en aquel derecho de libertad. Esta es una idea kantiana donde las haya (que incluso deja convicto al libro *Facticidad y validez* de Habermas, en el sentido de que, cuando, en lugar del principio de *igual libertad conforme a leyes* que la hagan efectiva y real, se escoge como única fuente de normatividad la asamblea *discursiva* de ciudadanos, la democracia liberal empieza a flaquear manifiestamente, aunque sea en idea).

Y, según Kant, ambos principios, entendidos como principios racionales del Derecho, han de considerarse distintos a los principios racionales que cabe reclamar para la ética; mezclarlos sería corromper los principios del Derecho y también los de la ética, dado que en tal caso esta se inmiscuiría en un terreno que no le incumbe —con la consiguiente negación del principio general del Derecho—, aunque los principios del Derecho y de la ética provengan ambos de la idea de libertad. Así, el profesor García Amado, que ha incluido con carácter prioritario en su ética lo que Kant llama principios racionales del Derecho, puede decir con un enfático tono de reproche ético (no del todo coherente, a no ser que el juez del que se habla, al atenerse a su ética y pese a toda la discrecionalidad judicial que el profesor García Amado reclama, estuviese cometiendo en *nuestro* sistema de Derecho positivo un patente delito de prevaricación): «Un juez que anteponga su conciencia

moral a la ley, sea cual sea el tipo de ética o metaética que cultive, es un juez que falta al respeto a sus conciudadanos y que se alza contra la legitimación democrática del Derecho; no quiere ser juez de un Estado de Derecho, sino de un Estado de la moral que va a ser siempre su moral, la de ese juez o esa jueza. Es un juez que emplea la ley al servicio de sus fines personales y sus preferencias». En efecto, siempre según Kant, un fin que entiendo que es un deber mío proponerme es un fin que he de proponerme yo, no un fin que yo pueda imponer también a otro solo porque sea un fin que yo deba proponerme, pues eso sería emplear al otro meramente como medio para un fin que no es un fin suyo, sino mío, cuando quizá sus fines pudiesen coexistir con la libertad de cualquiera conforme a una ley general y fueran, por tanto, legítimos, de modo que, justamente por ello, sería totalmente ilegítimo perturbarlos.

6. TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN

En lo que se refiere al Derecho, el juez es un ciudadano más, pero no es exactamente un ciudadano más. Es el ciudadano en cuyas manos los demás ciudadanos, por la vía de la institución de las oposiciones a la carrera judicial, han depositado «la posibilidad de resolución justa de conflictos» *justa* (siempre según Kant) conforme a los principios racionales del Derecho, no conforme a la ética del juez —por mas compatible que esta sea con ese orden de Derecho—. Al juez se le supone, pues, la *actitud ética* de aplicar el Derecho en esos términos, por referirme a uno de los puntos más sensibles de la argumentación del profesor Atienza que el profesor García Amado (pese a todas sus protestas) comparte radicalmente y por completo cuando, con Kelsen, no admite principios racionales del Derecho (principios de justicia) como base del Derecho positivo, sino que, en el punto a que nos estamos refiriendo, los reduce a criterios de evaluación ética.

Pero también pienso que el sistema de Derecho exonera en buena parte al juez de la necesidad de ser *virtuoso* —en el sentido de que asuma una ética que dé prioridad al principio de igual libertad bajo leyes generales sobre cualquier otro de sus deberes éticos—. Pues es en el sistema de Derecho en conjunto, incluyendo a sus funcionarios, donde en idea los ciudadanos han delegado la posibilidad de «resolución justa de conflictos», y no en este o aquel juez. Y así, visto por un profano, hay una jerarquización de las instancias que dictan Derecho argumentando sus sentencias, aunque sea la sentencia de la instancia más alta la que autoritativamente se impone. Hay, además, una opinión pública jurídica protagonizada por quienes se dedican al Derecho, y, así, hay congresos y simposios de Derecho en los que se ve a jueces, fiscales, abogados, profesores de Derecho y también a algún profano tomar apuntes sobre la posible interpretación de una ley recién promulgada. Y se publican libros y artículos por los que aquellas instancias decisorias evidentemente se guían y aun citan, etcétera.

Todo parece enderezarse, pues, a que la ley que hay que suponer que todos se dieron (aunque ello sea mucho suponer) se aplique a todos por igual (lo cual, asimismo, es mucho suponer) también en lo que respecta al contenido de las sentencias, pero de suerte que

esa aplicación sea resultado de un proceso de *discusión racional* en el que, en el supuesto imposible de que pudiese proseguirse hasta el infinito, no quedaría rasgo relevante que no se sacara a la luz ni error que no quedase al descubierto, y en el que, por tanto, todos los participantes, habiendo tenido ocasión de ponerse cada uno en lugar de cualquier otro, vendrían a coincidir finalmente más o menos en lo mismo. Esa situación inalcanzable es la que estamos suponiendo siempre que nos ponemos a discutir y es la que habíamos estado *momentáneamente* suponiendo (nos percatamos de ello *a posteriori*) cada vez que nos dejamos convencer por algo, pues solo *a posteriori* nos damos cuenta de que habíamos estado suponiendo cosas que no podrían suponerse o de que no se había prestado atención a otras que deberían haberse tenido en cuenta, etcétera. Y ello por más discutibles que puedan ser las formulaciones de Habermas cuando este las convierte en una teoría *consensual* de la verdad y de la validez normativa apelando para ello a Peirce, cosa que a este ni se le pasó por la cabeza porque, si nos fijamos bien, la verdad sigue siendo, para Peirce, la modesta *correspondencia* de siempre *entre el entendimiento y la cosa*.

Todo esto es imprescindible si la ley es «incurablemente incompleta» (Hart) en lo que se refiere a su aplicación, si no podemos evitar aquello a lo que nos referimos «[...] cuando hablamos de elección de alternativas, de *legislación judicial* o incluso de *fiat* (aunque no de un *fiat* arbitrario)» (Hart) y, por tanto, si la aplicación de la ley a todos por igual exige una «justicia natural procedimental» (Hart)¹¹ que habrá de contener mucho (esto no lo dice Hart, pero podía haberlo dicho sin contradecirse) de la misma justicia que viene definida por lo que Kant llama principios racionales del Derecho, contrapuestos a los de la ética, que el profesor Atienza supone sin más y que el profesor García Amado asume a condición de convertirlos, como ya se ha dicho, nada más que en criterios de la evaluación ética del Derecho positivo (siendo posibles varias éticas) y nunca en la base formal de validez del mismo. Al margen de esto, me parece que, en definitiva, el profesor García Amado no se opone a las posiciones del profesor Atienza en lo que concierne a los aspectos más generales de la teoría de la argumentación, con tal de que se admita el amplio margen de discrecionalidad del que, aun así, disponen los jueces a la hora de decidir, cosa que puede darse por admitida.

7. LIBERTAD COMO PRINCIPIO

Paso a analizar una cuestión final: ¿existen o no existen tales *principios racionales del Derecho* como base de este, en cuya observancia y en ninguna otra cosa (incluyendo la prosperidad económica) reside para Kant la *salud*¹² de la república? El profesor Atienza da por supuesto que existen, mientras que el profesor García Amado los niega de plano de la mano de Kelsen. Pero como esta cuestión no llega a convertirse propiamente en el tema del debate y el profesor García Amado los incluye enfáticamente en su ética —a la que, además, responde nuestro sistema de Derecho positivo—, el resultado es que en realidad no hay discusión ninguna o, por lo menos, no queda claro a qué viene tanto cañonazo. Pero acerquémonos un momento al sitio de donde vienen.

El libro de Kelsen *Esencia y el valor de la democracia* (1929) es, a mi juicio, la mejor defensa que se escribió en los años veinte del siglo pasado de los principios de la democracia liberal (el principio de libertad y el principio democrático) cuando esta se hundía, y esa defensa sigue estando tan fresca y viene hoy tan a cuento como en la época en que se publicó. Rasgo característico de la condición humana moderna es el desacuerdo entre los individuos sobre el sentido último de la vida y del mundo, si es que lo tienen. La única salida a las siempre posibles guerras de religión que nuestra razón nos sugiere, esto es, la única salida *razonable* (Rawls)¹³ es, *primero*, organizar política y jurídicamente la convivencia en términos tales que a todos y cada uno se les reconozca el mismo derecho de adorar a su dios conforme al sentido último que él entienda que debe dar a la vida y el mundo (*principio de libertad*) y, *segundo*, respecto a las cuestiones conflictivas y a los asuntos que, en general, conciernen a la existencia colectiva, prever, organizar y regular una votación (*principio democrático*). A nadie se le haría injusticia por obligarlo a entrar en ese orden, cualesquiera que sean los motivos por los que, después, se integre en él o se adapte a él. Bien puede ser que, más de una vez o muchas veces, a la hora de elegir entre Jesús (que vino al mundo para dar testimonio de la verdad) y Barrabás, se elija a Barrabás, aunque «el tal Barrabás era un bandido», como dice la Escritura, pero ello forma parte de nuestra condición: no poder dar cumplimiento a aquella aspiración a la verdad absoluta que Jesús representa, y, por tanto, muchas veces, ni siquiera a la relativa.

Si no podemos quitarnos de encima el vocabulario moral y no podemos acceder a ningún sentido *trascendente* de la verdad y de la justicia, me parece que lo que defiende Kelsen en el libro arriba citado es el sentido que podemos dar a aquel círculo al que antes me he referido que se produce en Kant entre ley moral y libertad. Pues lo que aquí está describiendo Kelsen es precisamente el carácter de no-base, de no-fundamento, que la libertad tiene, el hecho de que queda en el aire «sin apoyo ni en el cielo ni en la tierra» y colgada solo de sí misma como ley para sí misma, como dice Kant en la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Leo, pues, esa obra de Kelsen a la luz de las tesis de Kant, como puede entenderse que la leyó Rawls (1985: 223 ss.).

Ahora bien, esta interpretación kantiana de Kelsen no parece concordar con lo que dice el propio Kelsen en la *Teoría pura del Derecho*, y esa es la razón por la que el profesor García Amado se muestra tan reacio a emplear el término *justicia* en relación con el Derecho, por más contorsiones que tenga que hacer para evitarlo al incluir todos los principios del Derecho de Kant en su particular ética. El primer acto por el que se funda el Derecho es un acto de fuerza que empieza *poniéndolo*, imponiendo un orden. Pero el *sentido subjetivo* de un acto de voluntad por el que se pone el Derecho solo puede tener el *sentido de una norma válida de Derecho*, de un deber ser, si se presupone otra norma válida de Derecho que lo autorice; y entonces, si queremos evitar un regreso al infinito, nos vemos remitidos a una norma, a un deber ser en el cual, sin pertenecer ya él mismo al orden de Derecho positivo que fuere, ese orden, sin embargo, se basa; pues en él se funda el sentido objetivo de deber ser que tienen todos los mandatos de que consta un orden de *Derecho positivo* si lo consideramos *válido*. Ese deber ser es lo que Kelsen llama *Grundnorm*, norma fundamental¹⁴. «La teoría pura del Derecho no da a la cuestión de la base de validez del Derecho

una respuesta *categorica, incondicionada*, sino solo una respuesta *hipotética*, es decir, *condicionada*. Dice: si ha de considerarse válido el Derecho positivo, entonces se presupone la norma de que uno ha de comportarse de la forma en que la constitución históricamente primera conforme a la que se ha generado el orden positivo de Derecho lo prescribe. No se trata de una norma puesta por el acto de voluntad de una autoridad jurídica, es decir, no es una norma positiva, sino una norma *presupuesta en el pensamiento jurídico*. Su presuposición es la condición [...] para considerar un orden coercitivo como válido en el sentido de objetivamente válido»¹⁵. Para el teórico jurídico eso no tendría nada que ver con ninguna norma *incondicionada* de justicia; la norma fundamental es la presuposición que hemos de hacer si hemos de considerar que el orden de Derecho positivo que estamos considerando lo es efectivamente; es lo único que quiere decir aquí *validez objetiva*. Aquella norma incondicionada de justicia no cabría encontrarla por la vía de un conocimiento *científico* del Derecho¹⁶. Sería un criterio ético de evaluación del Derecho positivo, como puede haber otros, incluso simultáneos, al igual que un sistema de Derecho positivo puede *contener* elementos de esta o aquella ética, e incluso venir determinado por ellos, pero sin que ello tenga absolutamente nada que ver con su base *formal* de validez como sistema de Derecho positivo, base que solo puede ser aquella norma fundamental, ficticia, *fingierte*.

Pasemos a Kant. Para Kant, la ley que la libertad es para sí misma es también la norma fundamental, pero *categorica, incondicionada*, por tanto, moral (en el sentido de fundamentos *racionales* del Derecho), que no cabe encontrar y hacer expresa por otra vía que la *científica*, es decir, a través de una doctrina normativa sistemática del Derecho. También esta ley que la libertad es para sí misma carece de todo contenido, es pura forma, no viene puesta por ningún acto de una autoridad jurídica, no pertenece al orden de Derecho positivo, y podría entenderse como un presupuesto tanto del pensamiento jurídico moderno como de los propios agentes jurídicos modernos, es decir, como base formal del Derecho en la existencia moderna.

Pero entonces se diría que las teorías del Derecho moderno que dicen asentarse sobre el principio de libertad como principio incondicionado de justicia —como la «Doctrina del derecho» de Kant— serían teorías del Derecho moderno que habrían de declarar inválido todo Derecho anterior o coetáneo no asentado sobre ese principio, mientras que la teoría pura de Kelsen es una teoría del Derecho positivo en general, ya sea del que se asienta en el orden teológico tradicional, ya del que surge de la Revolución francesa. Sin embargo, eso no es así en Kant. Hemos dicho que, para Kant, el Derecho es fuerza conforme a principios. Pero esos principios siempre han tenido que ver con los dioses, y la libertad moderna reemplaza a los dioses, de modo que el Derecho moderno es una forma de Derecho más, al igual que todas las formas anteriores de Derecho (fuerza conforme a principios). Y, sin embargo, no es una forma de Derecho más porque no puede apelar a los dioses y ello es precisamente lo que explica que tenga como principio la libertad entendida no solo como condición negativa, sino como *autonomía*, a diferencia de la legislación de los dioses o de la naturaleza. Y es ello, por otro lado, lo que explica la separación entre ética y Derecho. La libertad no puede ver ya en el legislador trascendente sino un reflejo de sí misma. Y desde ahí puede hacer una historia *interna* del Derecho.

Vistas las cosas desde el concepto de libertad de Kant (que entiende por *Derecho natural* los principios derivados del concepto de libertad), Kelsen tiene en parte razón cuando dice: «Una consecuente doctrina positivista del Derecho se distingue de una consecuente doctrina del Derecho natural en que esta busca el fundamento de la validez del Derecho positivo en un derecho natural distinto del Derecho positivo y, por tanto, en una norma con la que el Derecho positivo habría de corresponderse o no corresponderse por su contenido»¹⁷. Pero no la tiene cuando añade: «[...] de suerte que cuando el Derecho positivo no se corresponde con esa norma ha de considerarse como inválido» (para Kant habrá de considerarse reformable e incluso, quizá, obstinado en sucumbir bajo una revolución, pero Derecho en ambos casos).

Y Kelsen simplemente disparata cuando, para cuestionar el carácter de norma fundamental de los «principios racionales del Derecho» en el sentido de Kant, dice: «Una doctrina del Derecho natural puede afirmar como *hecho*, aunque no pueda probarlo, que los hombres deben comportarse de una determinada manera. Pero como un *hecho* no puede ser el fundamento de validez de una *norma*, una teoría del Derecho natural correcta no puede negar que un Derecho positivo que se corresponda con el natural solo puede considerarse válido cuando se presupone la norma: debe obedecerse a los mandatos de la naturaleza. Esto es la *norma fundamental* del [supuesto] Derecho natural»¹⁸. Esto es absurdo si se considera a Kant como el lugar donde aterrizó toda la metaética analítica que, instruida por Hume y por Moore, sabía perfectamente bien que de un «es» no se sigue un «debes». La ley que la libertad es para sí misma es una norma, la primera, que no necesita ninguna otra en la que hubiese de reposar su sentido objetivo de norma ni, supuesto el concepto de libertad, podría haber ninguna otra que la antecediese ni esa norma deriva de nada; para Kant, es el deber ser primero del que deriva cualquier otro deber ser jurídico o ético¹⁹. Y en ella se asienta (tiene su base de validez) el Derecho positivo de las democracias liberales y, por tanto, también el nuestro.

La diferencia fundamental con Kant estriba en que en la *Teoría pura del Derecho* la libertad no es tema, si es que la libertad como idea de la razón existe²⁰. Y entonces, esa teoría pura quizá pueda entenderse como una buena aproximación al Derecho cuando se abstrae o hay que abstraer de las cuestiones de principio y, apelando a una *fingierte Grundnorm*²¹ como supuesto «lógico-trascendental» de tal abstracción, se corta la reflexión. Solo así puede reducirse la norma fundamental a la *función teórica, epistemológica* a la que Kelsen tajantemente la reduce²². Cuando no se practica esa abstracción, cuya utilidad puede ser indudable, pero muy limitada, y la reflexión deja a la norma fundamental en su *función práctica*, no parece que, para la existencia moderna, esa norma pueda ser otra que la que se expresa en el principio moral de Kant (o en reformulaciones de él, o equivalentes), como base tanto de los principios racionales del Derecho como de los principios racionales de la ética, así como de la separación entre ambos. Vale.

NOTAS

1. Peirce ([1878] 1958: 133).
2. Rawls (1971: 51).
3. Kant ([1785] 1911: 421, 429 y 434).
4. Sobre toda esta cuestión, véanse la tercera parte de Kant ([1785] 1911) y las páginas iniciales de Kant ([1788] 1911).
5. Kant ([1797] 1914: 233).
6. Lo que sigue está basado en la «Introducción a la doctrina del Derecho» y en la «Introducción a la doctrina de la virtud» de Kant ([1797] 1914: 211 ss. y 379 ss.).
7. *Ibidem*: 230.
8. *Ibidem*: 394.
9. Kant ([1795] 1923: 336).
10. Kelsen (²1960: 68 ss.).
11. Hart (1983: 71, 87 y 81).
12. Kant ([1797] 1914: 318).
13. Cfr. Rawls (1980: 515 ss.).
14. Cfr., sobre esto, Kelsen (1979: 202 ss.).
15. Kelsen (²1960: 443; apéndice sobre la justicia).
16. *Ibidem*: 69.
17. *Ibidem*: 225.
18. *Ibidem*: 227.
19. Kant ([1797] 1914: 417 ss.).
20. *Vid.* Kelsen (²1960: 95 ss.). En la exposición de la filosofía práctica de Kant que, bajo los epígrafes de «Ser y deber en Kant» y «El principio de autonomía», realiza Kelsen (1979: 62 ss.) vuelve a estar por completo ausente la idea de libertad, hasta un punto que resulta chocante. Los textos dan la impresión de ser un perfecto armazón de citas de Kant del que Kant simplemente se hubiera ausentado. Pese a las citas de las obras del filósofo de Königsberg que acumula, no encuentro en Kelsen una discusión en serio de los pasajes de Kant de ([1785] 1911: 447 ss.), de ([1788] 1911: 33 ss.) o del final de ([1790] 1913: 475 ss.), en los que Kant expone su idea de la ley que la libertad se encuentra siendo para sí misma al no ser posible apelar a una teología racional.
21. Kelsen (1979: 206 ss. y *passim*).
22. Kelsen (²1960: 224 ss.).

BIBLIOGRAFÍA

- AYER, Alfred Jules (1936): *Language, Truth and Logic*, London: Victor Gollancz Ltd.
- BAIER, Kurt (1966): *The Moral Point of View: A Rational Basis of Ethics*, abridged edition, New York: Random House.
- HARE, Richard M. (1952): *The Language of Morals*, Oxford: Clarendon Press.
- HART, Herbert L. A. (1983): *Essays on Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Oxford University Press.
- KANT, Immanuel ([1785] 1911): *Grundlegung der Metaphysik der Sitten (Kants Werke, Akademieausgabe, v. IV)*, Berlin: Reimer.
- ([1788] 1911): *Kritik der praktischen Vernunft (Kants Werke, Akademieausgabe, v. IV)*, Berlin: Reimer.
- ([1797] 1914): *Die Metaphysik der Sitten (Kants Werke, Akademieausgabe, v. VI)*, Berlin: Reimer.
- ([1795] 1923): *Zum ewigen Frieden (Kants Werke, Akademieausgabe, v. VIII)*, Berlin: De Gruyter.
- ([1790] 1913): *Kritik der Urteilskraft (Kants Werke, Akademieausgabe, v. V)*, Berlin: Reimer.
- KELSEN, Hans (²1929): *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- (²1960): *Reine Rechtslehre*, Wien: Verlag Österreich.
- (1979): *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien: Manzsche.
- MOORE, George Edward (1903): *Principia ethica*, New York: Prometheus Books' Great Books in Philosophy series.
- PEIRCE, Charles Sanders ([1878] 1958): *How to make our ideas clear (Collected Writings)*, New York: Harvard University Press
- RAWLS, John (1971): *A theory of Justice*, Oxford: Oxford University Press.
- (1980): «Kantian Constructivism in Moral Theory», *Journal of Philosophy*, 77 (9), 515-572.
- (1985): «Justice as fairness: political not metaphysical», *Philosophy and Public affairs*, 14 (3), 223-251.
- STEVENSON, Charles L. (1945): *Ethics and Language*, New Haven: Yale University Press.

Fecha de recepción: 12 de abril de 2020.

Fecha de aceptación: 25 de mayo de 2020.

ESTUDIOS

El Derecho contra los derechos. Un comentario a la Sentencia *N.D.*
y *N.T. contra España* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Javier de Lucas

Iudicare y jurisprudencia: intelección, tradición y autoridad
Adolfo Jorge Sánhez Hidalgo

La defensa de España: derechos y deberes de los ciudadanos
Fernando Flores

El reconocimiento de la discriminación múltiple por los tribunales
Rosario Serra

EL DERECHO CONTRA LOS DERECHOS. UN COMENTARIO A LA SENTENCIA *N.D.*
Y N.T. CONTRA ESPAÑA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

THE LAW AGAINST THE RIGHTS. A COMMENT ON THE JUDGEMENT *N.D.*
AND N.T. VS. SPAIN OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Javier de Lucas

Catedrático de Filosofía del Derecho

Instituto Universitario de Derechos humanos

Universitat de València (España)

RESUMEN

El artículo lleva a cabo un análisis de la sentencia *Caso N.D. y N.T. contra España* dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 13 de febrero de 2020. Resolución en la que el tribunal juzga si la expulsión de dos ciudadanos, uno nacional de Malí y el segundo de Costa de Marfil es conforme con el Convenio Europeo de Derechos humanos. El texto examina críticamente tanto la apreciación de los hechos en los que se apoya la Sentencia que pueden ser calificados, como la coherencia de los fundamentos jurídicos en relación con normas básicas del Derecho internacional de los derechos humanos, y en particular con lo dispuesto en la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de refugiados, así como categorías jurídicas básicas: frontera, expulsión, principio de no devolución. Desde ahí, se valoran los límites que esta decisión autoriza al ejercicio del derecho de los no nacionales a la búsqueda de protección internacional a través de procedimientos de evaluación correctos e individualizados.

PALABRAS CLAVE

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, frontera, expulsiones, principio de no devolución.

ABSTRACT

This article carries out an analysis of the Case *N.D. and N.T. vs. Spain*, issued by the European Court of Human Rights on 13 February 2020. In this resolution, the court examines whether the expulsion of two citizens, one a Malian national and the other an Ivorian national, is in conformity with the European Convention on Human Rights. The text critically examines both the assessment of the facts on which the judgment is based to be qualified, and the consistency of the legal bases with some basic rules of International Human Rights law, in particular regarding some provisions of the Geneva Convention of 28 July 1951 relating to the Status of Refugees, as well as the following basic legal categories: border, expulsion, principle of non-refoulement. From there, the limits that this decision authorises to the exercise of the right of non-nationals to seek international protection through correct and individualised assessment procedures are examined.

KEY WORDS

European Court of Human Rights, border, expulsions, principle of non-refoulement.

DOI: doi.org/10.36151/td.2020.005

EL DERECHO CONTRA LOS DERECHOS. UN COMENTARIO A LA SENTENCIA *N.D. Y N.T.* *CONTRA ESPAÑA* DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS*

Javier de Lucas

Catedrático de Filosofía del Derecho
Instituto Universitario de Derechos humanos
Universitat de València (España)

Sumario: 1. Los antecedentes de la STEDH de 13 de febrero de 2020. 2. Tres argumentos para la discusión. 2.1. Rechazo en frontera o expulsión del territorio de soberanía propia. Sobre el polémico «concepto operativo» de frontera. 2.2. Sobre el argumento de que, quien se comporta ilegalmente no puede beneficiarse de la cobertura legal que ofrece el CEDH y sobre la existencia de vías legales para ingresar en territorio de soberanía española en África. 2.3. Sobre la práctica en sí de las denominadas «devoluciones en caliente». 3. Algunas conclusiones acerca del impacto de la STEDH de 13 de febrero de 2020 en el modelo de política migratoria y de asilo. 3.1. Primera. 3.2. Segunda. 3.3. Tercera. 3.4. Cuarta. Notas. Bibliografía.

1. LOS ANTECEDENTES DE LA STEDH DE 13 DE FEBRERO DE 2020

El 13 de febrero de 2020 se hizo pública la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) dictada en el caso *N.D. y N.T. vs. España*¹. En esa

* Quiero agradecer a Paloma Favieres, directora del servicio jurídico de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado toda la información que me ha facilitado desde el inicio del caso *N.D. y N.T. contra España*, en el que CEAR ha desempeñado un papel muy destacado y, sobre todo, la posibilidad de discutir con ella los argumentos jurídicos en liza con una generosidad y paciencia que son, creo, prueba de amistad.

Sentencia se examinó el recurso presentado por el Gobierno español contra la Sentencia de la Sala 3ª del propio TEDH, de fecha 3 de octubre de 2017², que falló contra España en el recurso presentado por N.D. y N.T. Hagamos, en primer lugar, un resumen sucinto de los hechos que dieron lugar a los recursos presentados ante el TEDH y, a su vez, de las STEDH objeto de este comentario.

El 13 de agosto de 2014, N.D. y N.T., ciudadanos nacionales de Mali y Costa de Marfil, franquearon la frontera vallada de Marruecos con la ciudad autónoma de Melilla. La frontera es un entramado de tres vallas alambradas que dispone de concertinas puntiagudas, sirga tridimensional e instalaciones de videovigilancia. Ambos ciudadanos saltaron la última valla que separa el territorio español (concretamente, la ciudad autónoma de Melilla) del de Marruecos, y entraron, por tanto, de forma *ilegal* en territorio de soberanía española. Ambos fueron enviados inmediatamente de vuelta por las autoridades españolas a territorio marroquí. Es decir, fueron objeto de la práctica de expulsión conocida popularmente como «devoluciones en caliente». Como es sabido, se trata de una práctica supuestamente legalizada por la Disposición final primera de la LO 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana, titulada «Régimen especial de Ceuta y Melilla». La aprobación la LO 4/2015 —y, concretamente, de la Disposición final primera a la que se ha hecho referencia— motivó la adición de una Disposición adicional —la décima— a la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social³.

El Gobierno español alegó que no se trataba propiamente de una *expulsión*, sino de un *rechazo* en frontera (recurriendo al denominado y altamente polémico «concepto operativo de frontera») y que, por tanto, no se habría producido la entrada en territorio español. Los representantes legales de los demandantes N.D. y N.T. alegaron que se trataba de una expulsión colectiva prohibida por el artículo 4 del protocolo 4º del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y que se había denegado su derecho a un recurso efectivo en su defensa garantizado por el artículo 13 del mismo Convenio. Adicionalmente, el CEAR (una de las ONG que presentaron la demanda contra España en defensa de N.D. y N.T.) argumentó que la práctica de las autoridades españolas suponía una violación del principio de *non-refoulement* consagrado en el artículo 33 de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de refugiados, dado que se había impedido la identificación de personas necesitadas de protección internacional y el acceso a las mismas al procedimiento de asilo. La STEDH admite expresamente que el principio de *non-refoulement* no puede ser objeto de desconocimiento o infracción en ningún caso.

La Sentencia, adoptada por unanimidad, supone un giro de 180 grados respecto a la Sentencia recurrida de la Sección 3ª del mismo Tribunal, aunque, en puridad, no afronta suficientemente la muy polémica noción de «devoluciones en caliente». La Sentencia declara que España no vulneró la prohibición de expulsiones colectivas del artículo 4 del Protocolo 4º del CEDH ni el derecho a un recurso efectivo garantizado por el artículo 13 CEDH. El argumento clave que justifica este giro en la decisión del Tribunal es que el Gobierno español no tiene responsabilidad alguna en la decisión, porque es la propia conducta «ilegal» de los demandantes —que no recurrieron a las «vías legales» que tenían a su disposición para entrar en España— la causante de los hechos (parágrafo 155 STEDH).

Concretamente, el paso fronterizo de Beni Ensar, situado entre las ciudades de Melilla (España) y Beni Ensar (Marruecos), habilitado como paso de entrada legal entre ambos países. Se da la circunstancia, no solo alegada, sino estadísticamente comprobada, de que la entrada de personas subsaharianas por ese paso fronterizo es igual a cero⁴.

2. TRES ARGUMENTOS PARA LA DISCUSIÓN

2.1. RECHAZO EN FRONTERA O EXPULSIÓN DEL TERRITORIO DE SOBERANÍA PROPIA. SOBRE EL POLÉMICO «CONCEPTO OPERATIVO» DE FRONTERA

La STEDH de la Gran Sala confirmó lo que ya había sostenido la Sentencia de su Sección 3^a⁵, esto es, que las actuaciones del Gobierno español supusieron un acto de expulsión de N.D. y N.T. de forma colectiva y sumaria tras haber saltado la valla de Melilla: esas actuaciones tuvieron lugar bajo control efectivo de las autoridades españolas y, por lo tanto, *bajo jurisdicción española*.

Ello desvirtúa el alegato del Gobierno español, que negaba esa circunstancia recurriendo al denominado «concepto operativo de frontera», según el cual los demandantes no habían llegado a territorio español en sentido estricto, pues fueron apresados en la valla que marca la frontera y, por tanto, los hechos constituían un rechazo del intento de entrar y no de una expulsión. La representación legal del Gobierno español sostuvo que, dado que no se había tratado de un expulsión, no procedía entrar a considerar su eventual carácter no individual ni los requisitos de procedimiento que han de concurrir en un acto de expulsión en garantía de derechos fundamentales.

La Sentencia es inequívoca sobre este particular: «[...] no se discute que los hechos en cuestión tuvieron lugar en territorio español» (par. 104), y añade, reafirmando jurisprudencia reiterada, que bajo ningún concepto cabe admitir que haya excepciones a esa jurisdicción en determinadas partes del territorio, que quedarían excluidas de la aplicación del CEDH (par. 105-111)⁶. Por otra parte, eso deja sin apoyo al argumento al que reiteradamente recurrió la representación legal del Gobierno español, a saber, la posibilidad de distinguir entre la frontera acordada entre dos Estados en un tratado internacional (entre España y Marruecos, en el caso de Melilla del que aquí se trata) y un «concepto operativo de la misma» que determina unilateralmente uno de los Estados. No hay tal: la frontera, sin discusión posible, queda trazada e identificada en el instrumento convencional bilateral entre los Estados que la establecen y, por consiguiente, *toda la triple valla se encuentra en territorio español*. A esos efectos, queda claro que el TEDH mantiene una línea jurisprudencial clara sobre la fijación de la frontera, incluso en relación con los movimientos migratorios y la denominada «presión migratoria». Por ello, el TEDH considera de todo punto aplicable el artículo 4 del Protocolo Adicional 4 en caso de devoluciones (expulsiones) de extranjeros fuera del territorio nacional⁷.

2.2. SOBRE EL ARGUMENTO DE QUE, QUIEN SE COMPORTA ILEGALMENTE NO PUEDE BENEFICIARSE DE LA COBERTURA LEGAL QUE OFRECE EL CEDH Y SOBRE LA EXISTENCIA DE VÍAS LEGALES PARA INGRESAR EN TERRITORIO DE SOBERANÍA ESPAÑOLA EN ÁFRICA

El núcleo de la argumentación que, a juicio del TEDH (recordemos, la STEDH de 13 de febrero de 2020 se adoptó por unanimidad), permite rechazar la pretensión de los demandantes de haber sufrido violación de derechos contemplados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos es la sorprendente e insólita tesis de acuerdo con la cual quien se comporta ilegalmente no puede pretender beneficiarse de los efectos de ese Convenio.

En efecto, el TEDH (parágrafos 227-228) entiende que los demandantes no pueden invocar tal protección, puesto que, en lugar de tratar de acceder legalmente a territorio de soberanía española a través del paso fronterizo de Beni Ensar, habilitado entre Melilla (España) y Beni Ensar (Marruecos), previa solicitud de visado (que podían haber solicitado en sus países de origen o en los de tránsito, incluido Marruecos) o mediante presentación de demanda de asilo en la frontera (parágrafo 222), N.D. y N.T. lo hicieron de forma ilegal, saltando la valla que delimita la frontera entre ambos Estados.

Para ser más exactos, el TEDH matiza esta tesis al añadir dos elementos que justifican semejante privación de la garantía de derechos (parágrafos 201 y 231): no se trata solo de que, deliberadamente, N.D. y N.T. no quisieron utilizar las vías legales y optaron por actuar ilegalmente saltando el triple vallado, sino que, además, recurrieron a la violencia y actuaron coordinadamente con otros, pues se trató de un «salto colectivo».

De un lado, insisto, sorprende que el TEDH sostenga la tesis de que quien ha cometido una infracción administrativa (cruzar la frontera sin documentación en regla) o, incluso, un ilícito penal (utilizar colectivamente la violencia contra los representantes de la fuerza pública para saltar el triple vallado), queda por ello privado de derechos tan elementales como el derecho a defensa y al procedimiento debido, o se le suspenda la vigencia del principio de *non-refoulement*, criterio básico del sistema de derecho de asilo y refugio que pone en pie el Convenio de 1951 de Estatuto de Refugiados, principio que, según reconoce expresamente la STEDH (parágrafo 232), no puede anularse en ningún caso.

De otro, como han argumentado las ONG que intervinieron en defensa de los demandantes, pero también como han testimoniado unánimemente todas las ONG que trabajan en la frontera de Melilla en apoyo de inmigrantes y demandantes de refugio (la propia CEAR, Andalucía Acoge, Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (APDHA), Servicio Jesuita para Migrantes, Amnistía Internacional) e incluso representantes institucionales como el Comisionado Europeo de Derechos Humanos, la Defensoría del Pueblo de España e incluso la propia ACNUR, los supuestos en los que se basa la decisión evidencian un total desconocimiento de la práctica en la frontera, de la realidad, es decir, de los hechos: no existe, de hecho, posibilidad alguna de cruzar el paso fronterizo u obtener visado o resolución favorable a la tramitación de la demanda de asilo en ese paso fronterizo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 38 de la LO 12/2009, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, para las personas de origen subsaharia-

no. La estadística es terminante: ni un solo caso⁸. Por no decir que las oficinas de asilo en frontera se encuentran en territorio español (no en el marroquí de Beni Ansar) y no solo no se encontraban abiertas en el momento de producirse los hechos (parágrafo 152), sino que, al expulsar de forma inmediata a los dos demandantes, se les impidió en cualquier caso la personación en dichas oficinas.

En suma, los elementos de hecho en los que se apoya la SETH pueden ser razonablemente considerados endeble y parciales, si es que no cabría incluso hablar de un desconocimiento grosero de la realidad de lo que sucede en esos dos puntos de la verdadera frontera sur de Europa. A esto hay que añadir la incoherencia de los fundamentos jurídicos de la sentencia con normas básicas de Derecho internacional de los derechos humanos, en particular con lo dispuesto en la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de Refugiados.

2.3. SOBRE LA PRÁCTICA EN SÍ DE LAS DENOMINADAS «DEVOLUCIONES EN CALIENTE»

En su 6º examen periódico al Estado español, el 6 y 7 de junio de 2015, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ya se había pronunciado con contundencia contra la práctica de las «devoluciones en caliente». En esa ocasión, y a propósito de las «devoluciones en caliente» en Ceuta y Melilla, el Comité advirtió: «Al Comité le preocupa que dichas expulsiones sumarias se realizan sin las garantías suficientes para que se respete el principio de no devolución, cuando corresponda. El Comité también está preocupado por informes que dan cuenta de casos de solicitantes de asilo no sirios en que se les niega el acceso a las oficinas de asilo en Ceuta y Melilla». Ante esa situación, el Comité expresó su preocupación por «[...] frecuentes informes que dan cuenta de denuncias de malos tratos durante las operaciones de expulsión de inmigrantes, incluyendo solicitantes de asilo en Ceuta y Melilla, tanto por las autoridades españolas como por las autoridades marroquíes que actúan en territorio español», e instó al Estado español a la revisión de la LO 4/2015 de Seguridad ciudadana, para que «[...] garantice que todas las personas que solicitan protección internacional tengan acceso a procedimientos de evaluación justos e individualizados».

Una consideración importante, en la que ha insistido la Comisión Española de Ayuda al Refugiado en sus actuaciones a lo largo de este procedimiento es que, en la medida en que se trata de actuaciones de hecho que permiten eludir el procedimiento administrativo preceptivo en las actuaciones de expulsión del territorio de extranjeros que hayan entrado de forma ilegal, las denominadas «devoluciones en caliente» posibilitan burlar «[...] la observancia de las debidas garantías y salvaguardas procesales, privan a las personas necesitadas de protección internacional del acceso al derecho de asilo contemplado en el artículo 13.4 CE»⁹.

Ya en 2014, un informe jurídico enmarcado en el proyecto de investigación conducido por la profesora Martínez Escamilla y titulado «Devoluciones en caliente: cuando el Estado actúa al margen de la ley», concluía que esta práctica vulneraba más de una docena de normas de Derecho interno e internacional¹⁰. La vulneración del Derecho

vigente en España se argumentaba en estos términos: «[...] [estas devoluciones] vulneran lo dispuesto en la legislación de extranjería, ya que *i*) la legislación de extranjería no contempla la posibilidad de que las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado expulsen a ciudadanos extranjeros que están bajo su custodia mediante vías de hecho; *ii*) los supuestos de ciudadanos extranjeros que intentan acceder al territorio nacional por puestos no habilitados y son interceptados en la frontera o en sus inmediaciones, a lo sumo, pueden ser objeto de la devolución regulada en el artículo 58.3.b) LOEx; y *iii*) esta devolución es una actuación administrativa reglada que exige el cumplimiento de una serie de requisitos como son el traslado de los 20 ciudadanos extranjeros a la comisaría del Cuerpo Nacional de Policía; su identificación; el nombramiento de un abogado del turno de oficio y, en su caso, de un intérprete; una resolución de devolución acordado por el subdelegado o el delegado del Gobierno, según corresponda; y que el acto material de devolución se ejecute por parte del Cuerpo Nacional de Policía». El informe advertía incluso de la posible responsabilidad penal de las actuaciones en cuestión: «La decisión, ejecución, y colaboración activa y pasiva con las “expulsiones en caliente” incurriría en responsabilidad penal y disciplinaria. Son distintos los tipos penales en que podrían subsumirse estas conductas como son, entre otros, el delito de coacciones (art. 172 CP); los delitos de funcionarios públicos de privación de asistencia letrada (art. 537 CP), de privación del ejercicio de otros derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las Leyes (art. 540 CP), o de prevaricación (art. 404 CP). Por otra parte, no pueden operar respecto de los mismos las circunstancias excluyentes de la responsabilidad referidas a la obediencia debida, ejercicio legítimo del cargo o el desconocimiento de la ilicitud del hecho. Además, todo ciudadano está obligado a denunciar los delitos que presencie o de los que tenga conocimiento (arts. 259, 262, 264 LECrim), incurriendo incluso en un delito del 450 CP quien pudiendo evitar estas prácticas no lo haga, y en un delito del art 408 CP la autoridad o funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, deje de promover intencionadamente su persecución».

Conviene recordar que el comisario europeo de Derechos Humanos intervino ante el TEDH en el caso *N.D. y N.T.* y dejó clara su denuncia de la práctica de las devoluciones en caliente: «[...] la existencia de una práctica establecida por la que los agentes de fronteras de España devuelven sumariamente a Marruecos a los inmigrantes que intentan entrar en Melilla saltando la valla [...] que se realizan sin ningún procedimiento formal ni identificación de las personas afectadas o una evaluación de su situación individual». Esta práctica, declaró, «[...] impide que los inmigrantes ejerzan de modo efectivo su derecho a buscar protección internacional». En sus observaciones escritas, el comisario de Derechos Humanos destacó que los inmigrantes devueltos a Marruecos «[...] no tienen acceso a un recurso eficaz que les permitiría impugnar su expulsión o buscar una reparación para el maltrato que puedan haber sufrido»¹¹. En idéntico sentido se han pronunciado reiteradamente los representantes de la Relatoría Especial de Derechos Humanos de los Migrantes, de la ONU (sucesivamente, el canadiense François Crépeau y el chileno Felipe González), que han considerado esta práctica contraria a los principales tratados internacionales generales de derechos humanos del ámbito de la ONU y de la UE, así como a los instrumentos específicos en materia de derechos de los refugiados y de los inmigrantes¹².

3. ALGUNAS CONCLUSIONES ACERCA DEL IMPACTO DE LA STEDH DE 13 DE FEBRERO DE 2020 EN EL MODELO DE POLÍTICA MIGRATORIA Y DE ASILO

3.1. Primera. Quizá, antes de cualquier otra consideración, se impone recordar que el fallo del TEDH no obliga a nuestro Tribunal Constitucional (ni a nuestro Gobierno) a adoptar necesariamente lo que, por las razones aquí expuestas, consideramos una rebaja del rasero garantista adoptada por el TEDH en la STEDH objeto de este comentario

Lo ha explicado muy bien el profesor Presno Linera (2020)¹³ al comentar el alcance de la remisión constitucional del artículo 10.2 de la Constitución: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados... (sin embargo) a la hora de enjuiciar la constitucionalidad de las “devoluciones en caliente” el Tribunal Constitucional tendrá en cuenta lo que acaba de decir la Gran Sala del TEDH, pero eso no implica que su fallo dependa, en exclusiva, de que dichas prácticas hayan sido declaradas conformes al CEDH porque la citada medida debe, en todo caso, ajustarse a lo previsto por los preceptos constitucionales que regulan el asilo y la tutela judicial efectiva y el TC no debería dar primacía a lo que resulta compatible, según el TEDH, con el Convenio Europeo de Derechos Humanos si la Constitución española ha elevado el ámbito de protección de los derechos. En suma, si lo que no es compatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos no lo es con la Constitución española, no todo lo que es compatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos lo es con la Constitución española».

Ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) ni la jurisprudencia del TEDH —al menos desde el punto de vista de una teoría de los derechos fundamentales adecuada a nuestra Constitución— pueden originar límites adicionales a los derechos protegidos por la Constitución española, más allá de los previstos en la legislación orgánica (en este caso, la Ley de extranjería, por vía de la Ley de seguridad ciudadana). Dicho de otra manera, no todo lo que el TEDH considera compatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos es necesariamente compatible con nuestra Constitución, que hasta hoy mantiene un estándar más garantista, por ejemplo, en materia de asilo y garantía judicial efectiva en cuestiones que pueden afectar a los derechos humanos de no nacionales. Lo cierto es que el Tribunal Europeo, garante de los derechos humanos reconocidos en el Convenio Europeo, ha optado en este fallo por lo que ha sido calificado como *un enfoque punitivista* en la protección de tales derechos, reduciendo la titularidad de los mismos a aquellos individuos que no hayan cometido una infracción administrativa —como la entrada irregular al territorio—. Por tanto, puede alegarse que, en virtud del art. 53 del propio CEDH, tanto nuestro Tribunal Constitucional como el propio Gobierno español no tienen por qué vincularse a ese estándar menos garantista que acaba de fijar esta STEDH. Y es que, sin duda alguna, un principio básico del Estado constitucional de Derecho es que el hecho de que una persona haya cometido un acto criminal no le priva del derecho a la protección judicial efectiva. Contra lo que sostiene el TEDH, entrar irregularmente en España no priva del derecho a defensa y a una decisión judicial que justifique la expulsión.

Así lo declara en el ya citado «Manifiesto por una política migratoria y de asilo propia de una sociedad democráticamente avanzada», impulsado por CEAR y publicado el 20 de febrero de 2020: «[...] no existe una obligación de que el Tribunal Constitucional haga suyos los argumentos del Tribunal de Estrasburgo, por lo que no existe impedimento para que pueda declarar estas prácticas inconstitucionales por vulnerar los artículos 9.3, 15, 24 y 106 de nuestra Constitución, tal y como se argumentó en el recurso de inconstitucionalidad. El Convenio Europeo de Derechos Humanos es una garantía “de mínimos” y, conforme a su artículo 53, ninguna de sus disposiciones se puede interpretar limitando o perjudicando aquellos derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos en la legislación de los Estados parte o en cualquier otro Convenio. El Gobierno está legitimado para poner fin a estas prácticas, aunque el Alto Tribunal finalmente las declarase constitucionales, ya que el artículo 97 de la Constitución le asigna la dirección de “política interior y exterior”. De esta manera, el actual Gobierno sería coherente con lo argumentado en el recurso de inconstitucionalidad y con sus compromisos electorales»¹⁴.

Esa interpretación del TEDH, en suma, supone, a mi juicio, *la utilización de forma bastarda el Derecho contra los derechos* con el fin de rebajar el contenido, la garantía y las condiciones de ejercicio de derechos fundamentales. Es evidente que necesitamos seguridad jurídica en las fronteras (también para las fuerzas de seguridad que trabajan con ese objetivo, desde luego), pero eso no puede significar en modo alguno la *suspensión en las fronteras* de normas elementales del Estado de Derecho, como la garantía de la tutela judicial efectiva, cuando están en juego derechos humanos y fundamentales. Lo contrario constituye una aberración jurídica.

3.2. Segunda. Frente a algunas interpretaciones interesadas, conviene precisar el uso de los términos jurídicos. Conocemos la lección de *Alicia a través del espejo*: el secreto del Derecho consiste en que quien tiene el poder de dictar las normas, tiene el poder de imponer el sentido de las palabras o incluso de inventar otras. En este caso, como en la mayoría de las mal llamadas «devoluciones en caliente», se nos dice que se trata de *rechazos* en frontera, no de *expulsiones*. Muchos pensamos que es una perversión del lenguaje, como cuando se habla de *retorno* y lo que en realidad se produce es la *deportación*. No: los hechos demuestran palpablemente que esas personas *traspasaron la frontera* y no fueron rechazadas, sino que, *tras entrar, fueron expulsadas*. Y se hizo, como señaló en su día el presidente del Comité de Derechos Humanos, el profesor Fabián Salvioli, en el arriba citado 6º examen periódico del Estado español ante el Comité en julio de 2015, en abierta contradicción con lo que exige el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, que obliga a España como Estado parte y asimismo fueron consideradas por el Comité contrarias a exigencias básicas del Estado de Derecho y al Derecho internacional de derechos humanos, a comenzar por la violación del principio de *non-refoulement*.

3.3. Tercera. Es cierto que el Gobierno (y el propio TC) esperaron prudentemente a que se conociera el criterio del pleno del TEDH sobre las devoluciones en caliente. Pero no cabe hablar solo de prudencia: lo cierto es que el Gobierno, sostenido por dos partidos que impugnaron abiertamente la reforma de la Ley Orgánica de extranjería llevada a cabo por la Ley Orgánica de seguridad ciudadana y el mismo Gobierno recién llegado al poder

en las elecciones de 2018, sostuvo ante el TEDH el mantenimiento del recurso contra la STEDH de 2017. Pero, a mi juicio, el hecho de haber esperado al pronunciamiento de la Sentencia a propósito de la práctica que está en el centro del debate jurídico, las «devoluciones en caliente», no ha servido de nada. Ante todo, porque, como hemos tratado de argumentar, la STEDH de 2020 no se pronuncia sobre la cuestión. Además, y sobre todo, porque, como bien sabemos todos, en el fondo el problema es la ausencia de vías legales, accesibles y seguras de acceso al procedimiento de asilo, y también de vías legales, accesibles y seguras para los varios millones de inmigrantes que *necesitamos imperiosamente acoger y acomodar entre nosotros*. Lo explicó apenas tomó posesión el ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones: entre 2020 y 2050 necesitaremos recibir entre 8 y 10 millones de trabajadores si queremos mantener el nivel del mercado laboral, asegurar elementos básicos del Estado de bienestar y evitar la «japonización» de nuestra economía, esto es, la aceptación pasiva del envejecimiento demográfico. Hoy por hoy, no tenemos más alternativa que esa *apertura reglada* a la inmigración. Pero no se trata de recibir esclavos, sino sujetos de derechos, para lo que es clave diseñar políticas de acogida e inclusión equitativas.

3.4. Cuarta. *De lege ferenda*, me parece que son de todo punto asumibles las propuestas de modificaciones legislativas formuladas por CEAR, a las que se han sumado otras instancias¹⁵. Resumo a continuación las tres que, a mi juicio, son las más importantes:

3.4.1. La primera y más evidente es la necesidad de la derogación de la Disposición adicional décima de la LO 4/2000 introducida a través de la Disposición final primera de la LO 4/2015, que regula *ad hoc* el rechazo en frontera en Ceuta y Melilla y propicia así las «devoluciones en caliente», una práctica imposible de conciliar con la legalidad interna e internacional, en contraste con el propio tenor literal de la Disposición adicional décima de la LO 4/2000, que remite a la legalidad internacional. En efecto, esa disposición supone una violación directa del principio de *non-refoulement*, sobre el que descansa toda la arquitectura legal de la Convención de Ginebra relativa al estatuto de los refugiados, y es incompatible con el derecho de defensa y el derecho a un procedimiento legal individualizado previo a todo acto administrativo de expulsión (que, además de asistencia letrada y control judicial efectivo, incluye, por ejemplo, el derecho a disponer de traducción en las comunicaciones que afectan a la persona a la que se trata de expulsar)¹⁶.

3.4.2. En segundo lugar, la modificación de la restricción sobre solicitud de asilo desde la reformulación de la LO 12/2009 que en su artículo 38 convierte la tramitación de solicitudes recibidas en embajadas y oficinas consulares españolas en una *facultad discrecional* del embajador o representante consular español, que podrá, o no, decidir la tramitación, acabando así con la interpretación más favorable, que obligaba a los representantes diplomáticos españoles a cursar las solicitudes presentadas en sus legaciones, conforme a la tradición latinoamericana del asilo diplomático, que España mantenía como excepción entre los Estados miembros de la UE¹⁷. Esta medida sería más acorde con las orientaciones del Global Compact on Refugees de diciembre de 2018.

3.4.3. En tercer lugar, el establecimiento de vías complementarias de entrada legal a territorio español. En coincidencia con lo que han señalado diferentes expertos y con las recomendaciones del Global Compact for safe, orderly and regular migration, impulsado por la ONU desde la declaración de la Asamblea General de 18 de diciembre de 2018, CEAR propone estas tres:

3.4.3.1. Facilitar la concesión de *visados humanitarios*, especialmente necesarios en el caso de los *asylum seekers*, dado que este tipo de visados podrían favorecer que las personas que quisiesen solicitar protección internacional pudiesen acceder a España sin arriesgar sus vidas¹⁸.

3.4.3.2. Reforzar la vía del *reasentamiento*, que supone en realidad un bajo coste, según la estadística facilitada por el propio Gobierno. Sería deseable, claro, que en el repertorio de nacionalidades se prestara especial atención a los países del área subsahariana.

3.4.2.3. Una demanda en la que se viene insistiendo desde decenios es la flexibilización de la *reagrupación familiar*.

NOTAS

1. STEDH en el caso *N.D. y N.T. vs. España*, de 13 de febrero de 2020 (demandas nº 8675/15 y 8697/1) [en línea] <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-201353>>.. Conviene precisar que existen otros dos casos contra España pendientes de resolución en el TEDH que se fundamentan en una vulneración del artículo 3 CEDH (*Doumbe Nnabuchi contra España y Balde y Abel contra España*).

2. STEDH (Sala 3º), en el caso *N.D. y N.T. vs. España*, de 3 de octubre de 2017 (demandas nº 8675/15 y 8697/15) [en línea] <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-177683>>

3. El texto de esta Disposición final primera establece lo siguiente: «Disposición final primera. Régimen especial de Ceuta y Melilla. 1. Se adiciona una disposición adicional décima a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, con la siguiente redacción: “Disposición adicional décima. Régimen especial de Ceuta y Melilla. 1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España. 2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte. 3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional.» 2. La disposición final cuarta de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, queda redactada del siguiente modo: «Disposición final cuarta. *Preceptos no orgánicos*. 1. Tienen naturaleza orgánica los preceptos contenidos en los siguientes artículos de esta Ley: 1, 2, 3, 4.1, 4.3, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 15, 16, 17, 18, 18 bis, 19, 20, 21, 22.1, 23, 24, 25, 25 bis, 27, 29, 30, 30 bis, 31, 31 bis, 33, 34, 36, 37, 39, 40, 41, 42, 53, 54, 55, 57, 58, 59, 59 bis, 60, 61, 62, 62 bis, 62 ter, 62 quáter, 62 quinquies, 62 sexies, 63, 63 bis, 64, 66, 71, las disposiciones adicionales tercera a octava y décima y las disposiciones finales. 2. Los preceptos no incluidos en el apartado anterior no tienen naturaleza orgánica».

4. «Los negros no entran», así, lo explicaba un testimonio de la defensa de N.D. y N.T., José Palazón, presidente de PRODEIN, ONG de protección de la infancia en Melilla.

5. En la decisión previa de la Sala Tercera, no se consideró necesario establecer si la valla se encuentra en territorio español o no (par. 54).

6. *Vid.* entre otros pronunciamientos del TEDH, los casos: *Matthews vs. Reino Unido*, de 18 de febrero de 1999 (demanda no. 24833/94), par. 29; y *Assanidze vs. Georgia*, de 8 de abril de 2004 (demanda n.º 71503/01), par. 140 y 142. Además, pese a que el TEDH reconoce la presión migratoria que afecta a algunos Estados, también considera que no es un motivo para la no aplicación de los derechos garantizados por el Convenio (M. S. S., par. 223).

7. Cfr. por ejemplo caso *Hirsi Jamaa y otros*, par. 122, *Sharifi y otros vs. Italia y Grecia*, de 21 de octubre de 2014 (demanda n.º 16643/09), par. 176.

8. La representación de CEAR ante el TEDH lo argumentó de este modo: «Así, según el Ministerio de Interior, durante el año 2018, solo un 0,67% de las solicitudes de asilo fueron presentadas en representaciones diplomáticas españolas únicamente en la modalidad de extensión familiar. Por otro lado, las opciones de conseguir un visado de trabajo para alguien procedente de un país de África subsahariana son mínimas por no decir imposibles. En los consulados o embajada de Marruecos tampoco existe esta opción y además las personas subsaharianas en este país sufren una continua persecución y discriminación por parte de las autoridades alauíes. Por otro lado, en cuanto a la vía del reasentamiento, las cifras a las que se compromete el Gobierno no incluyen a día de hoy a personas de las nacionalidades de los demandantes. Tampoco existe una opción de acudir a esta vía desde Marruecos o desde los países limítrofes a Malí o Costa de Marfil».

9. Así se sostiene en el «Manifiesto por una política migratoria y de asilo propia de una sociedad democráticamente avanzada», publicado el 20 de febrero de 2020, suscrito por un centenar de expertos académicos y con experiencia en procedimiento de asilo y refugio [en línea] <<http://www.cear.es/manifiesto-devoluciones-en-caliente/>>. El Manifiesto subraya: «Las denominadas “devoluciones en caliente”, como vía de hecho sin procedimiento y sin las debidas garantías y salvaguardas procesales, privan a las personas necesitadas de protección internacional del acceso al derecho de asilo contemplado en el artículo 13.4 CE. Esto supone un atentado contra el Estado de Derecho, debido a que la actuación material de la Administración se efectúa sin un acto previo que la legitime».

10. Informe «Devoluciones en caliente: cuando el estado actúa al margen de la ley», del Proyecto I+D+i IUSMIGRANTE (DER 2011-26449), dirigido por la profesora Martínez Escamilla y publicado en junio de 2014, [en línea]: <https://eprints.ucm.es/25993/1/INFORME%20%20EXPULSIONES%20EN%20CALIENTE.%2027_6_2014%20%281%29.pdf>.

11. Cfr. [en línea] <https://www.eldiario.es/politica/Comisario-DDHH-Espana-devoluciones-caliente_0_754875205.html>.

12. Cfr., por ejemplo, [en línea] <<http://www.cvongd.org/va/info/4533>>. Se trata de *tesis ampliamente compartidas por organizaciones como* Jueces para la Democracia, el Consejo General de la Abogacía, la Asociación de los abogados extranjeristas, y numerosos grupos de investigación universitarios sobre inmigración, asilo y refugio.

13. Presno Linera (2020).

14. Una referencia a las críticas formuladas desde la mayor parte de las Asociaciones y ONG especializadas en derecho de migración y asilo puede encontrarse en: [en línea] https://www.eldiario.es/desalambre/Decepcion-denunciantes-devoluciones-derechos-gobiernos_0_995301255.html>., donde también se recogen las reacciones favorables a la STEDH formuladas desde asociaciones profesionales de policía y guardia civil.

15. Vuelvo a referirme aquí al Manifiesto de CEAR que he citado en la nota 8 y que suscribí en su día.

16. Por no hablar de las violaciones de tratados internacionales por la existencia de malos tratos (Convención contra la tortura), o las violaciones de los artículos de la CEDH ya mencionados.

17. Así lo dispone la nueva redacción del artículo 38 de la LO 12/2009: Solicitudes de protección internacional en Embajadas y Consulados: «Con el fin de atender casos que se presenten fuera del territorio nacional, siempre y cuando el solicitante no sea nacional del país en que se encuentre la Representación diplomática y corra peligro su integridad física, los Embajadores de España podrán promover el traslado del o de los solicitantes de asilo a España para hacer posible la presentación de la solicitud conforme al procedimiento previsto en esta Ley. El Reglamento de desarrollo de esta Ley determinará expresamente las condiciones de acceso a las Embajadas y Consulados de los solicitantes, así como el procedimiento para evaluar las necesidades de traslado a España de los mismos».

18. Hay que recordar que en el caso *X. y X. vs. Bélgica* de 7 de marzo de 2017, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estableció que las solicitudes de visado humanitario entraban únicamente dentro del ámbito de aplicación de la legislación nacional, por lo que es responsabilidad de España contribuir a facilitar que se pueda acceder a esta vía. En este momento está pendiente de examinar el recurso presentado por *M.N. and others vs. Belgium*: se trata de un caso en el que una pareja con dos hijos, de nacionalidad siria, solicitaron un visado de corta duración en la Embajada de Bélgica en Beirut con la intención de solicitar asilo en Bélgica, visado que les fue denegado.

BIBLIOGRAFÍA

- CEAR (2020): «Manifiesto por una política migratoria y de asilo propia de una sociedad democráticamente avanzada», 20 de febrero [en línea] <<http://www.cear.es/manifiesto-devoluciones-en-caliente/>>.
- COMITÉ DERECHOS HUMANOS (2013) *6º examen periódico del Estado español ante el Comité, CCPR/C/ESP/6*, 10 mayo. [en línea] <https://eprints.ucm.es/25993/1/INFORME%20%20EXPULSIONES%20EN%20CALIENTE.%2027_6_2014%20%281%29.pdf>.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita *et al.* (2014): «Expulsiones en caliente: cuando el Estado actúa al margen de la ley». Informe Proyecto I+D+i IUSMIGRANTE (DER 2011-26449).
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel (2020): «Algunas consideraciones sobre los efectos de la Sentencia del Tribunal de Estrasburgo sobre las 2devoluciones en caliente», blog el Derecho y el revés, 14 de febrero [en línea] <<https://presnolinera.wordpress.com/2020/02/14/algunas-consideraciones-a-proposito-de-los-efectos-de-la-sentencia-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-sobre-las-devoluciones-en-caliente/>>.

Fecha de recepción: 8 de mayo de 2020.

Fecha de aceptación: 11 de junio de 2020.

IUDICARE Y JURISPRUDENCIA: INTELECCIÓN, TRADICIÓN Y AUTORIDAD
IUDICARE AND JURISPRUDENCE: UNDERSTANDING, TRADITION AND AUTHORITY

Adolfo Jorge Sánchez Hidalgo

Profesor Ayudante Doctor

Área de Filosofía del Derecho

Universidad de Córdoba (España)

RESUMEN

Este artículo tiene como finalidad ofrecer un análisis de la función de juzgar de acuerdo con el paradigma del razonamiento prudencial evaluado conforme a las reglas de la razón práctica. En otro sentido, se examina la funcionalidad de la jurisprudencia en el razonamiento jurídico. Aun tratándose de una reflexión general, se utiliza el ordenamiento jurídico español como modelo de referencia para mostrar la interacción entre decisión judicial y jurisprudencia. Finalmente, se detalla la complementariedad entre racionalidad y razonabilidad desde la perspectiva de una teoría decisional y argumentativa de la actividad judicial.

PALABRAS CLAVE

Juez, jurisprudencia, racionalidad, norma individual, razonabilidad, autoridad, tradición.

ABSTRACT

This work aims to offers an analysis about the function of judging according to the model of prudential reasoning and how it's evaluated in accordance to the rules of practical reason. In other sense, it's analyzed the functionality of the jurisprudence in the legal reasoning. Although this is a general reflection, it's used the Spanish legal order as model of reference to show the interaction between the court decision and jurisprudence. Finally, it's detailed the relation between rationality and reasonableness from the viewpoint of a decisional and argumentative theory of the judicial proceedings.

KEY WORDS

Judge, jurisprudence, rationality, case norm, reasonableness, authority, tradition.

DOI: doi.org/10.36151/td.2020.006

IUDICARE Y JURISPRUDENCIA: INTELECCIÓN, TRADUCCIÓN Y AUTORIDAD

Adolfo Jorge Sánchez Hidalgo

Profesor Ayudante Doctor
Área de Filosofía del Derecho
Universidad de Córdoba (España)

Sumario: 1. Introducción. 2. La jurisprudencia y el sistema jurídico. 3. La jurisprudencia y la dialéctica procesal. 4. Contexto de decisión y contexto de motivación: hechos y normas en la sentencia. 4.1. El juicio de relevancia en la audiencia previa. 4.2. Contexto de decisión: deliberación fáctica y normativa. 4.2.1. La deliberación fáctica. 4.2.2. La deliberación normativa. 4.3. Contexto de motivación: argumentación judicial y sentencia. 5. Conclusiones: racionalidad y razonabilidad. Notas. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Una reflexión que siempre me ha llamado poderosamente la atención es aquella que nos lega Aristóteles (1982: 309) en el Libro II de su obra *Ética a Nicómaco*: «En efecto, en lo que se refiere a las acciones, razonar en general es razonar en buen grado en el vacío, mientras que estando encima de los casos particulares hay posibilidad de acercarse más a la verdad. Las acciones, efectivamente, no miran más que a las cosas particulares; nuestras teorías deben, pues, armonizarse con ellas». Cuando se piensa en este pasaje de la obra aristotélica, puede ser útil observar la correspondencia metafórica que existe entre la figura del sastre y la del juez. En este sentido, la industria textil se sirve de unas medidas genéricas o patrones a partir de los que confecciona y produce su amplia oferta, de modo tal que aglutina la individualidad anatómica de la población en cuatro tallas o estándares. Es más, si no se profundiza mucho, diríase que la talla de cada uno de nosotros se corresponde con alguna de esas mediciones. No obstante, a poco que reparemos en ello, caeremos en la cuenta de que estas tallas son generalizaciones que pueden resultar más o menos idóneas, pero que, realmente, no se corresponden con exactitud con nuestra anatomía. Si buscá-

semos una prenda que se adecuara exactamente a nuestro cuerpo, iríamos en busca de un sastre, quien, tras tomar las medidas de nuestro cuerpo, diseñaría una prenda ajustada a nuestra fisonomía individual y exclusiva. O, más sencillamente, acudiríamos a la sastrería si deseáramos corregir los defectos, imperfecciones o desajustes de las tallas generales de la industria textil.

Esta metáfora puede ilustrar el carácter netamente práctico del razonamiento judicial, en la medida en que este trata de hallar la verdad y aplicarla en las circunstancias del caso concreto, es decir, que posee un carácter intrínsecamente «situacional» (Aparisi, 2017: 155). Como ocurre con el sastre, para el juez solo desde la correcta captación de las circunstancias individuales es posible seleccionar los medios o instrumentos necesarios y encontrar las pautas que orienten su decisión. Al respecto, Aparisi (2017: 172) señala acertadamente: «El razonamiento prudencial no implica deducción ni intuición, sino, más bien, capacidad de deliberación. En consecuencia, reviste mucha complejidad. Conlleva la exigencia, por parte del profesional, de saber combinar juicios de carácter técnico (sobre hechos, datos, circunstancias, normas...) con criterios valorativos y pragmáticos. A través del juicio técnico, el jurista analiza objetivamente los hechos, circunstancias, situaciones... que se le presentan. Ello requiere, a su vez, de otras habilidades como, por ejemplo: saber captar de manera integral y holística la complejidad de la realidad —con sus múltiples perspectivas y aristas—, ser capaz de ordenar y encajar los distintos datos obtenidos, interpretándolos adecuadamente y otorgándoles una unidad».

Ahora bien, más allá de la caracterización de la decisión judicial como arquetipo o paradigma del razonamiento jurídico prudencial, también es cierto que, una vez exteriorizadas en la sentencia las razones de la decisión, estas pueden ser generalizables a casos similares y, en consecuencia, ser empleadas como nuevos criterios de decisión para casos futuros. Por esta razón, como afirma Chiassoni (2012: 18-21), la *ratio decidendi* de la sentencia es el fundamento de la eventual fuerza normativa del precedente, que puede venir determinada por la fuerza pragmática de sus argumentos, por el principio o norma legal cuyo sentido actualiza o por el peso institucional que ostenta el tribunal. Esto hace necesario analizar —aunque sea brevemente— la funcionalidad que adquiere la jurisprudencia tanto en el conjunto del sistema jurídico (funcionalidad normativa) como en la lucha de las partes en el proceso (funcionalidad dialéctica).

El estudio que a continuación se desarrolla comienza por el análisis de la función sistemática y pragmática de la jurisprudencia y, posteriormente, explicita el método prudencial del razonamiento judicial. El objetivo último es, recordando la metáfora, mostrar cómo la jurisprudencia tiende a comprenderse como un estándar o máxima de conducta y tiene una naturaleza general; en cambio, la decisión individual o sentencia del juez es una operación determinativa o prudencial y, por ello, tiene una naturaleza circunstancial o netamente individual. En suma, la jurisprudencia debe ser evaluada en virtud de su razonabilidad u oportunidad, mientras que la decisión judicial debe ser evaluada en virtud de su racionalidad práctica u operativa.

2. LA JURISPRUDENCIA Y EL SISTEMA JURÍDICO

Junto a las normas o disposiciones de carácter general se encuentra la sentencia o norma jurídica individual, que es siempre el resultado de un complejo proceso de interpretación y adaptación del contenido general de las normas a las circunstancias fácticas del caso concreto. Esta concreción o individualización de la norma corresponde siempre a los jueces y magistrados de los tribunales de justicia. A pesar de que el Código Civil español (en adelante CC) niega expresamente su condición de fuente del Derecho, la potencialidad normativa de la decisión judicial resulta innegable, dado que tan solo la sentencia tiene la fuerza real para transformar la realidad social o forzar la acción de los individuos (Cavalla, 2011: 111-113).

Es posible caracterizar sintéticamente la fuerza normativa de la decisión judicial en dos sentidos: *i*) en sentido estricto, la sentencia constituye la determinación individual del contenido o sentido de una norma de carácter general en relación con un caso concreto (Orozco, 2011: 29); y *ii*) en sentido amplio, la sentencia puede ser concebida como un texto jurídico que contiene una *ratio decidendi* apta para su generalización y proyección a casos futuros (Orozco, 2011: 32).

En el primer sentido, la decisión del juez es una forma característica de la determinación individual del contenido de la norma, pero no la única. En efecto, junto a las decisiones del juez deben incluirse también otros actos determinativos en virtud de los cuales se concilian, negocian y dirigen las voluntades de los individuos y la convivencia social. En este sentido, la sentencia del juez refleja el modo de determinación conflictual del Derecho, esto es, la concreción del sentido de la norma ante posiciones enfrentadas en una controversia jurídica de la vida real. Ahora bien, los particulares, como los empresarios, pueden determinar de modo negocial el contenido de sus relaciones mediante el acuerdo de voluntades (art. 1255 CC); igualmente, los notarios y otros operadores jurídicos pueden contribuir a esta determinación individual de las normas jurídicas (Ogayar, 1976: 436). En consecuencia, no solo las decisiones del juez pueden ser el cauce de la norma jurídica individual: también debemos mencionar las decisiones negociales de los individuos en sus relaciones y las decisiones o dictámenes notariales, en la medida en que contribuyan a concretar el contenido general de las normas jurídicas (De Diego, 2016: 30-32).

En el segundo sentido, el artículo 1.6 del CC establece: «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho». De acuerdo con el tenor literal de este precepto, solo las sentencias reiteradas del Tribunal Supremo podrán cumplir esa función complementaria del ordenamiento jurídico, es decir, solo de las sentencias del alto tribunal será posible extraer las reglas o criterios (*ratio decidendi*) que permitan desarrollar o completar el sentido de las normas generales del ordenamiento jurídico. Más aún, la fuerza normativa de la jurisprudencia del Tribunal Supremo es evidente en las sentencias dictadas en casación (art. 477 Ley Enjuiciamiento Civil, en adelante LEC) y en las dictadas con motivo del recurso en interés de ley (art. 490

LEC), dado que, en ambos casos, tienen una clara vocación de regular en lo sucesivo la actividad de los tribunales.

No obstante, esta afirmación precisa ser completada, pues a la jurisprudencia del Supremo debe añadirse la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y su labor interpretativa de la Constitución y de los derechos en ella reconocidos, de modo que a la clásica función de legislador negativo habrá que añadirse la fuerza vinculante de su jurisprudencia, en la medida en que desarrolla y perfila el contenido de los derechos fundamentales y principios constitucionales a cuyo respeto quedan obligados todos los poderes públicos (art. 53.1 Constitución Española, en adelante CE) y, como es obvio, la Administración de Justicia (Prieto, 2016: 265-267). De modo que esta función complementaria del ordenamiento jurídico no es solo ejercida por el Tribunal Supremo y hay que extenderla necesariamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Es más, la infracción por parte de los tribunales ordinarios de la jurisprudencia constitucional en materia de derechos fundamentales puede ser objeto del recurso extraordinario por infracción procesal (art. 469. 4º. 2 LEC) y del recurso de apelación (art. 477. 2 LEC), sin olvidar que, como recuerda Gascón (1993: 76-80), también puede dar lugar al recurso de amparo ante el mismo Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE) por vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE) o del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

En todo caso, sin perjuicio de la consideración de la decisión judicial como norma jurídica individual, aún debe considerarse la capacidad de los jueces de desarrollar disposiciones de carácter general mediante sus sentencias, especialmente cuando estas tienen por objeto la aplicación o consideración de los principios generales del Derecho y la costumbre. Es claro que, aunque tanto los principios generales del Derecho como la costumbre aparecen en el catálogo de fuentes del Derecho relacionado en el artículo 1 del CC, su extensión y potencialidad resolutoria dependen directamente de la decisión judicial.

Sin perjuicio de que se trata de una *praxis* vital de la comunidad con vocación jurídica —cuya finalidad es, por tanto, ordenar la conducta de los miembros de la colectividad—, la autoridad de la costumbre depende, sin embargo, de la decisión judicial que así la reconozca, reconocimiento en virtud del cual se incorporará al ordenamiento jurídico (Robles, 2015: 133). Del mismo modo, aunque los principios generales del Derecho y los principios particulares de cada sector del ordenamiento jurídico ostentan de suyo un lugar central en la explicación e interpretación de la realidad jurídica y poseen una relevancia teórica innegable, son fórmulas generales e imprecisas que necesitan desarrollarse y concretarse en función de las circunstancias fácticas y normativas de los sucesos de la vida real. Estos principios jurídicos pueden ser alumbrados por los juristas prácticos (Vallet, 1991: 354) y contruidos científicamente por los juristas teóricos (Robles, 2015, II: 556), pero solo adquieren su dimensión normativa y su concreción fáctica a través de la sentencia judicial (Puig Brutau, 2006: 225). A este respecto, es pertinente traer a colación la tesis defendida por Gregorio Robles en su teoría comunicacional del Derecho. Para Robles, el sistema jurídico en sentido estricto, es decir, el sentido elaborado, real y actual de cada norma y del ordenamiento jurídico, puede obtenerse mediante el examen detenido de la jurisprudencia de los tribunales (Robles, 2015, II: 602-612).

3. LA JURISPRUDENCIA Y LA DIALÉCTICA PROCESAL

Sin desmerecer la diversa funcionalidad de la actividad judicial que, en suma, aporta dinamismo y vivifica el ordenamiento jurídico con ocasión de cada decisión judicial, cabe señalar que la jurisprudencia desempeña otra función igualmente útil. Esta funcionalidad deriva de su importancia en la argumentación jurídica de las partes, tanto en la dimensión fáctica como en la dimensión estrictamente normativa. De hecho, en la práctica la jurisprudencia ocupa un lugar muy destacado entre las posibles fuentes de argumentación de las partes, ya que puede ser utilizada de manera muy versátil: como argumento de ejemplo en sentido estricto, como argumento de autoridad y como fuente para el conocimiento de los lugares comunes en la comunidad jurídica.

Como argumento de ejemplo, la jurisprudencia servirá al jurista para ilustrar la identidad entre el hecho que se discute en el juicio y hechos anteriores resueltos por los tribunales y para solicitar, por tanto, un mismo tratamiento jurídico invocando la regla de justicia de acuerdo con la cual los mismos hechos merecen la misma respuesta (precedente judicial). Como argumento de autoridad, la jurisprudencia se citará en la argumentación para defender una interpretación considerada plausible, bien por el prestigio del tribunal referenciado, bien por la permanencia de dicho criterio en la vida judicial (jurisprudencia legal). De otro modo, la jurisprudencia también puede servir de apoyatura a la argumentación jurídica de las partes si en sus sentencias incluye la categorización de un determinado principio jurídico, un concepto indeterminado, una pauta de valor, una institución o cualquier otro instrumento dogmático que sea generalmente aceptado por la comunidad jurídica (dogmática jurisprudencial). Siendo así, la jurisprudencia constituye una fuente del conocimiento jurídico de la que el jurista práctico obtendrá las reglas y orientaciones oportunas para construir su discurso jurídico y, más aún, para robustecer la fuerza persuasiva del mismo.

En suma, la relevancia que la jurisprudencia puede llegar a desempeñar en el terreno de la retórica jurídica se manifiesta en tres categorías principales: ejemplaridad, autoridad y dogmática.

La jurisprudencia desempeñará su carácter ejemplar cuando el abogado logre persuadir al juzgador de que el hecho del caso se corresponde con los hechos ya juzgados en la sentencia citada; de este modo, la representación mental de la sentencia pretérita determinará al juzgador a la hora de dar solución al caso actual. En este sentido, la jurisprudencia sirve como imagen representativa de ciertos hechos sociales que, merced a la sentencia referenciada, parecen tipificados y se imponen al juzgador (Orozco, 2011: 185).

La jurisprudencia desplegará su autoridad cuando la fuerza de convicción de una determinada línea jurisprudencia derive del prestigio del tribunal (Tribunal Supremo) o, igualmente, cuando la obligatoriedad de dicha interpretación sea consecuencia de la propia naturaleza del tribunal (Tribunal Constitucional). La apelación a la autoridad del tribunal se utiliza para mover la voluntad del juzgador, pues debe someterse a la dignidad del tribunal citado y prestarle aquiescencia (Orozco, 2011: 269-276).

Finalmente, el carácter dogmático o cognitivo de la jurisprudencia se hace patente cuando la sentencia alumbró o desarrolla categorías teóricas que contribuyen al conocimiento o sistematización del ordenamiento jurídico (Robles, 2015, II: 290), lo que puede ocurrir de diversas formas: desarrollando el contenido de los principios generales del Derecho, matizando o tipificando por vía decisonal ciertas relaciones jurídicas atípicas, clasificando y desarrollando instituciones jurídicas, puliendo conceptos jurídicos indeterminados, concretando mediante juicios de valor las pautas morales o axiológicas contenidas en las normas, resolviendo antinomias o colmando lagunas, desarrollando el mandato y contenido de los derechos fundamentales, adaptando a las cambiantes circunstancias de la vida social nociones jurídicas clásicas y reglas de decisión, glosando prácticamente el mandato de las leyes, etc. Por lo general, hallaremos estas elaboraciones dogmáticas jurisprudenciales en los altos tribunales, pero esto no es óbice para comprender que realmente se trata de construcciones teórico-prácticas que, inicialmente, tuvieron su génesis en la labor conjunta de los juristas prácticos (abogados y notarios, principalmente) y teóricos (tratadistas, científicos y filósofos del Derecho), operadores que, progresivamente, han ganado presencia en la comunidad jurídica hasta influir en las altas esferas jurisdiccionales y, quizás, en la propia legislación.

Al igual que ocurre con las leyes, la jurisprudencia de los tribunales también sirve como instrumento para construir el discurso jurídico de las partes. No será difícil encontrar en sus argumentaciones jurisprudencia de todo signo, en la medida en que contribuya a dotar de credibilidad a sus posiciones de sentido sobre las normas aplicables. En función de la naturaleza de la jurisprudencia invocada, será conveniente el empleo de diversos modos de refutación.

Este uso retórico de la jurisprudencia de los tribunales demuestra que las sentencias no escapan a la naturaleza dialéctica del proceso judicial y que el sentido pragmático de la jurisprudencia se obtiene en el debate dialéctico entre las partes. Aunque la sentencia del juez suponga el final del proceso que le ocupa, en la medida en que la *ratio decidendi* permite su generalización y proyección para problemas futuros, no bien se dicta sentencia esta se transforma, a su vez, en instrumento retórico al servicio de la lucha dialéctica procesal. Si bien pudiera parecer que, ante esta situación, el principio de universalización kantiano¹ sirve para explicar la actitud que debe adoptar el decisor ante la toma de una decisión, que pasará a ser un precedente en el futuro (Díez Sastre, 2009: 470), lo cierto es que el juez no dicta una sentencia para casos futuribles, sino para conflictos presentes. Por ello, la mejor garantía de la rectitud y corrección de la decisión judicial es la posibilidad de su revisión en un nuevo proceso dialéctico (Moro, 2012: 34).

4. CONTEXTO DE DECISIÓN Y CONTEXTO DE MOTIVACIÓN: HECHOS Y NORMAS EN LA SENTENCIA

El proceso de determinación individual del Derecho consiste en un conjunto de decisiones que adopta el juez a lo largo del proceso judicial y que culminan con su sentencia, en la que se exteriorizan o hacen públicos los hechos probados, la normativa reguladora

de los mismos y el fallo. El fallo es la materialización volitiva del proceso judicial que, con efectos coactivos, declara la condena o aplicación de la sanción correspondiente, proporciona ejecutividad a una sentencia anterior o, en su caso, absuelve o libera de responsabilidad por los hechos juzgados. Para lograr una mayor claridad expositiva y didáctica, parece oportuno aludir a la distinción propuesta por Canale (2019: 87) entre contexto de decisión y contexto de motivación. El primero tiene por objeto la intelección, explicitación o descubrimiento de la solución, y el segundo la justificación y oportunidad de esta decisión. La decisión del juez adoptada en el marco de un proceso contradictorio no es un acto de voluntad desnuda, sino que responde a distintos actos de intelección o deliberación en función de los cuales se mueve esta voluntad. Además, esta deliberación está reforzada por el mandato constitucional de que toda decisión judicial deberá estar motivada conforme a Derecho (art. 120.3 CE). El mandato de motivación no solo refuerza la exigencia de una deliberación racional sobre lo juzgado: también supone el deber de justificar y explicar esta intelección, y es aquí donde aparece el carácter argumentativo de la decisión judicial.

No es baladí recordar que la exigencia de motivación está perfectamente sintetizada por la jurisprudencia, como demuestra la lectura de la Sentencia Tribunal Supremo (en adelante STS) de 26 mayo de 2006: «La *motivación* de las *sentencias* y autos constituye una exigencia constitucional y de legalidad ordinaria. En el primer aspecto, forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en el que se incluye como contenido básico el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones planteadas que sea motivada y fundada en Derecho y no manifiestamente arbitraria o irrazonable, aunque la fundamentación jurídica pueda estimarse discutible o puedan formularse reparos respecto a la misma. (Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 1990 y del Tribunal Supremo de 14 de Enero de 1991). Dice el Tribunal Constitucional que la exigencia constitucional de *motivación* no impone ni una argumentación extensa ni una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino que la respuesta judicial esté argumentada en Derecho y que tal respuesta se anude con los extremos sometidos por las partes a debate (Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de junio de 1992). La exigencia formal de la *motivación* responde esencialmente a una doble finalidad: exteriorizar, de un lado, el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que esta responda a una determinada interpretación del Derecho y permitir, de otro, su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos (Sentencias del Tribunal Constitucional de 5 de mayo de 1990 y 28 de octubre de 1991 y del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1992 y 20 de febrero de 1993)».

Como puede verse, la exigencia de motivación alcanza a todas las decisiones del juzgador dentro del marco del proceso judicial, desde la audiencia previa hasta la decisión final o fallo. Ahora bien, la naturaleza de la audiencia previa y la del juicio en sentido estricto son muy diferentes: la audiencia previa es tan solo una aproximación a los hechos objeto del proceso que persigue la delimitación de la cuestión litigiosa; en cambio, el juicio oral persigue la resolución del litigio mediante la determinación de lo que es justo. En consecuencia, el razonamiento judicial despliega toda su potencialidad en el acto mismo del juicio.

4.1. EL JUICIO DE RELEVANCIA EN LA AUDIENCIA PREVIA

La primera y más elemental decisión corresponde al letrado de la Administración de Justicia y es la aceptación de la demanda. Esta decisión no requiere una compleja deliberación y en principio lo general será decidir la aceptación de la demanda. Tal es el espíritu del art. 403 de la LEC cuando afirma: «Las demandas solo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley». De hecho, el control que realiza el antiguo secretario judicial es meramente formal y se limita a constatar que se han aportado los documentos legalmente exigidos y se han cumplido los actos previos a la demanda de comunicación y requerimiento al demandado (art. 403.2 LEC).

A partir de la audiencia previa, se inicia la actividad del juez como autoridad decisonal del proceso. En la audiencia previa, la decisión judicial consiste en un juicio de relevancia sobre los hechos relatados por las partes, un juicio sobre la pertinencia de las pruebas propuestas y la fijación del objeto del proceso mediante la inicial calificación jurídica de aquellos hechos. El juicio de relevancia es el primer contacto del juzgador con los hechos y constituye una actuación de naturaleza introductoria, es decir, se limita a juzgar si los hechos tienen relevancia jurídica. En este momento inicial, la precomprensión del juez es clave, pues será su intuición la que determine la posibilidad o imposibilidad de encuadrar los hechos relatados en el amplio margen del ordenamiento jurídico, sin que deba decidir todavía acerca del objeto del proceso (Asís Roig, 1995: 223).

Respecto al juicio sobre la pertinencia de las pruebas propuestas por las partes o la admisión de las mismas en el juicio posterior, cabe señalar que la decisión sobre la pertinencia y utilidad de la prueba es una valoración judicial sobre la relación de la prueba con los hechos alegados, de suerte que la prueba guarde una relación directa con los hechos y sea útil para su esclarecimiento (art. 283 LEC). El derecho a la aportación de pruebas pertinentes es una consecuencia del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho de defensa (art. 24 CE) y se traduce en la exigencia de que el tribunal motive racionalmente en su auto las causas de la denegación (STS de 7 de marzo de 1995). En este sentido, la STS de 22 de enero de 1991 afirma: «[...] si se quiere defender el derecho a la *prueba*, no solo [es necesario] que la misma se proponga legalmente, en tiempo y forma según clásica e histórica expresión, sino que sea procedente, es decir, pertinente. No ya necesaria, útil o relevante (en la apreciación subjetiva de los jueces), que eso es distinta panorámica. La pertinencia significa *prueba* directamente conectada con el *thema decidendi*, *prueba* que funcional y materialmente guarde relación con los hechos enjuiciados, operativa y posible para formar la íntima convicción».

Además, la jurisprudencia ha establecido un tercer requisito relativo a la necesidad de la prueba cuyo sentido es desechar la práctica de pruebas imposibles. Al respecto, la STS de 9 de mayo de 2018 declara: «Finalmente, es de significarse que la pertinencia y la *utilidad* de la *prueba* no son suficientes para que esta pueda practicarse, de manera que, pese a no aparecer recogida en la legislación, la jurisprudencia ha venido requiriendo, además, que la *prueba* sea necesaria. A este respecto, tanto en la doctrina del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, se viene reconociendo que, junto con la pertinencia de las *pruebas*,

debe ponderarse su necesidad y la posibilidad de su práctica, incluyendo las consecuencias negativas que una demora indefinida en el procedimiento puede tener en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas». Como se observa, este principio de relevancia tiene una función negativa, es decir, es utilizado para rechazar o excluir pruebas (Taruffo, 2008: 40).

Una vez que el juez ha valorado la posible relevancia jurídica de los hechos relatados y ha valorado la procedencia o no de las pruebas, el juzgador deberá fijar el objeto del proceso judicial. La determinación del objeto del proceso es una inicial interpretación del juez sobre los hechos y las normas aducidas que no tiene carácter absoluto y definitivo, pero sí un carácter delimitador, en el sentido de que establece los extremos fácticos y jurídicos sobre los que versará el juicio posterior. En realidad, estamos en presencia de lo que anteriormente se ha denominado la cuestión jurídica objeto del proceso, a cuya formación han contribuido las partes mediante sus escritos de demanda y contestación, pero cuya fijación corresponde exclusivamente al juez. Sin duda, esta decisión supone una inicial calificación jurídica de los hechos, en la medida en que los hechos relatados son puestos en relación con el ordenamiento jurídico para determinar su correspondencia con las normas, relaciones e instituciones jurídicas. La importancia de esta calificación jurídica es clave en el juicio ulterior, ya que establece el objeto a discutir por las partes y, con ello, las posibles direcciones de sus tesis y argumentos. No creo que sea predicable, en sus justos términos, la apelación a la subsunción como método de proceder del juez, dado que, en este momento inicial, la cuestión fáctica no está construida ni los argumentos jurídicos han sido efectivamente postulados y, por tanto, no hay silogismo posible. Sencillamente, se trata de evidenciar el objeto del proceso y anticipar el límite, el alcance y la finalidad del mismo (Asís Roig, 1995: 219).

4.2. CONTEXTO DE DECISIÓN: DELIBERACIÓN FÁCTICA Y NORMATIVA

Llegado el día del juicio, en la sala del tribunal las partes comenzarán su disputa acerca de los hechos y su prueba, las normas y sus particulares posiciones interpretativas ante la mirada atenta del juez, quien, desde su posición de tercero imparcial, vigilará el orden y desarrollo de esta contienda dialéctica al tiempo que tratará de vislumbrar en su acontecer la verosimilitud de los hechos y la justicia o razonabilidad de las normas alegadas.

Por supuesto, con carácter previo al proceso, el juez habrá estudiado la cuestión jurídica que debe resolver y sus antecedentes, de modo tal que dispondrá de una precomprensión del asunto. Sin embargo, esta inicial posición de sentido está llamada a transformarse en el acto del juicio, destinado a que el juzgador alcance pleno convencimiento sobre los hechos pasados —merced a las pruebas practicadas— y su correspondencia normativa. La interpretación del juez no es diferente al método interpretativo desarrollado con anterioridad; efectivamente, el objeto de la interpretación y su extensión es siempre el mismo: hechos y normas. Sin embargo, la deliberación judicial se ve enriquecida por la actividad dialéctica de las partes y, durante el desarrollo de la misma, es muy posible que las iniciales posiciones de sentido del juez y su particular consideración de los hechos se vean modificadas por la fuerza persuasiva y racional de las tesis y argumentaciones de las partes. En consecuencia,

puede afirmarse que, a pesar de que la deliberación judicial es un acto estrictamente individual, esto no excluye su carácter dialógico, ya que los argumentos y peticiones de las partes están siempre presentes en su entendimiento (Moro, 2004: 96-98). En este sentido, la interpretación del juez no es absolutamente hermética; al contrario, está condicionada por las tesis, los argumentos y las peticiones de las partes, sobre las cuales deberá versar su decisión y a las que habrá de dar respuesta.

Hablando con total exactitud, la deliberación judicial no permite su división racional en dos momentos: juicio sobre hechos y juicio sobre normas. Esta división responde a un propósito explicativo del problema de la interpretación. Hoy es comúnmente aceptado que la interpretación del juez responde a una dinámica circular en la que continuamente comprende los hechos a la luz de las normas y las normas a la luz de los hechos (Vallet, 2003: 1687).

4.2.1. La deliberación fáctica

Tradicionalmente se han distinguido dos visiones enfrentadas en relación con la deliberación fáctica del juez: por una parte, una teoría no racional que hace hincapié en la convicción del juzgador sobre los hechos, enfatiza el carácter intuitivo del discernimiento de la *quaestio facti* y privilegia la subjetividad y el carácter del juzgador; por otra parte, una teoría racionalista en virtud de la cual la subjetividad del juez se encuentra limitada por los resultados de la actividad probatoria, los derechos y garantías procesales, así como las reglas legales en materia de prueba (Andrés Ibáñez, 2000a: 168). En este estudio se defiende una concepción racionalista, que Ferrer (2017a: 3) resume perfectamente en las siguientes premisas: *i*) el empleo del método de refutación y corroboración como forma de valoración probatoria; *ii*) la defensa de una versión débil o moderada del principio de inmediación; *iii*) una fuerte exigencia de motivación sobre los hechos; y *iv*) la defensa de un sistema de recursos que permita un control amplio y profundo de la decisión judicial en procesos posteriores.

De conformidad con esta concepción racionalista o «prudencial», la actividad intelectual que realiza el juez en relación con los hechos puede sintetizarse en una doble operación de deconstrucción y construcción. Por lo general, la primera operación será más sencilla, mientras que la labor reconstructiva exigirá un mayor esfuerzo intelectual. La deconstrucción es una depuración fáctica del hecho bruto orientada a eliminar sus impurezas y a desechiar aquella información que carece de relevancia o significación jurídica. El juez deberá ser cauteloso en esta labor y no despreciar en esta primera aproximación aquellos datos o elementos que pudieran servir para su configuración jurídica.

Concluida esta labor de depuración fáctica, comienza la operación de construcción jurídica del hecho bruto. Esta configuración constituye una aproximación del hecho bruto a la realidad jurídica, que se llevará a cabo mediante la comparación de los datos fácticos sustanciales del hecho bruto con los múltiples elementos del supuesto de hecho de las normas, instituciones, relaciones y hechos jurídicos con la finalidad de obtener las semejanzas y diferencias. Paralelamente, el intérprete deberá tomar en consideración las pautas de va-

lor contenidas en las normas y comprobar su correspondencia con los acontecimientos que está analizando. Así, es posible individualizar una primera operación inferencial del juez en virtud de la cual los hechos se relacionan con los conceptos e instituciones legales; esta puesta en relación desdibuja la distinción estricta entre cuestiones fácticas y normativas y supone una vía de entrada a la precomprensión del juez y sus particulares posiciones de sentido sobre el Derecho y su práctica (Lifante, 2013: 35).

Es cierto que, en general, la operación deconstructiva ya ha sido realizada en la audiencia previa y que ahora le corresponde al juez construir propiamente los hechos probados. Dicho de otro modo, la decisión sobre la valoración de las pruebas practicadas y la argumentación fáctica realizada por las partes. Respecto a la valoración de la prueba, la legislación únicamente impone al juez atenerse a las «reglas de la sana crítica» (arts. 316.2, 348 y 376 LEC), lo que, por lo general, se traduce en que el juzgador establece el valor de la prueba caso por caso, discrecionalmente y sin estar sujeto a reglas abstractas y generales (Taruffo, 2008: 136). Ahora bien, esto no puede significar que sean admisibles las valoraciones arbitrarias o incoherentes basadas en la atribución de un poder ilimitado al juzgador sobre los hechos; al contrario, las pruebas y los hechos dimanantes de las mismas deberán interpretarse lógicamente, es decir, con arreglo a una exigencia material de coherencia y conforme al principio de contradicción (Ferrer, 2017*b*: 103-105). Así, el juez no podrá estimar que pruebas contradictorias tienen mismo valor ni deducir de estos resultados interpretativos claramente inconexos. Desde esta perspectiva lógica, el juez deberá respetar las posibles relaciones inferenciales entre pruebas y hechos desvelados. Con el mismo rigor, el juez deberá valorar racionalmente las pruebas practicadas, lo que significa que no puede desentenderse de la finalidad de la actividad probatoria ni de la finalidad de justicia del mismo proceso. En este sentido, como observa Ferrer (2017*b*: 99), el principio de contradicción es «[...] un mecanismo epistemológico para determinar la falibilidad de las pruebas [...] un instrumento cognoscitivo crucial para la posterior evaluación de la fiabilidad de las distintas pruebas». Desde un punto de vista estrictamente formal, la garantía de la racionalidad de esa valoración se traduce en la necesidad de argumentar en la sentencia los motivos y criterios que han sido tenidos en cuenta. Desde un punto de vista material, es indudable el valor que cobran las máximas de experiencia en esta labor inferencial (Lifante, 2013: 31).

Metodológicamente, la deliberación o razonamiento judicial respecto a las pruebas libres opera con arreglo al método inductivo, ya que por medio de la consideración sucesiva de elementos individuales se intenta acceder a la realidad completa del hecho enjuiciado. Tradicionalmente, se han categorizado dos grandes sistemas de razonamiento inductivo, el sistema CARNAP (también CARNAP II) y el sistema de Cohen. Este último es particularmente relevante en la práctica judicial, dado que el principio de conjunción y de uniformidad de Cohen es ampliamente usado en la jurisprudencia, a pesar de que no siempre haya conciencia de ello. El principio de conjunción se utiliza cuando la demanda contiene varios alegatos; en virtud de este principio, la fundamentación probatoria de cada alegato contribuye a reforzar probabilidad inductiva de los sucesivos. El principio de uniformidad tiene carácter empírico e inductivo y su fundamento probabilístico es el siguiente: si normalmente algo acontece de un determinado modo, se puede pensar que sucederá del mis-

mo modo en el futuro (Aísa, 1997: 445-456). No obstante, como previene Aísa (*Ibidem*: 457), estos principios son siempre conjeturales, parciales y falibles.

En un plano diferente deben situarse las pruebas legales y los hechos aceptados por las partes, pues su valoración viene predeterminada por la legislación y el juez solo puede prestarle asentimiento. No obstante, esto no debe provocar la elusión del problema de la naturaleza de dicho tratamiento legal. Sin perjuicio de que responden a consideraciones ideológicas dirigidas a limitar la libertad del juez, lo cierto es que los motivos de la condición privilegiada de ciertas pruebas en el ordenamiento jurídico responden, en gran medida, a criterios materiales de justicia. El caso de los documentos públicos y notariales es evidente: estos documentos se elaboran ante la presencia de determinados poderes públicos que dan fe de su veracidad y legalidad, de modo que para el juez no se trata de la noticia de hechos pasados que habrá de dilucidar, sino de hechos ciertos que no puede desconocer. Igualmente, los hechos aceptados por las partes se imponen al juez porque carece de sentido discutir aquello que no es objeto de polémica y sobre lo que alguna parte ha prestado su conformidad. Dentro de estos mandatos legales de valoración fáctica desempeñan una función principal las ficciones y presunciones legales, en la medida en que, a falta de prueba en contrario, el juez debe aceptar las consecuencias fácticas que tenga su aplicación so pena de incurrir en error al dictar sentencia. En términos metodológicos la deliberación judicial sobre las llamadas pruebas legales se desarrolla conforme a un método deductivo (Taruffo, 1992: 396-401).

En definitiva, como ha señalado Taruffo, la valoración conjunta de las pruebas libres o legales debe seguir un doble método: atomístico y holístico (Taruffo, 1992: 288-290). El método atomístico puede ser sintetizado del siguiente modo: sobre la base de considerar la validez individual de cada una de las pruebas se construye una cadena de validez hasta el esclarecimiento de los hechos; ahora bien, si algún eslabón de esta cadena no resiste este juicio de validez, la cadena quiebra y, con ella, también las conclusiones. Por su parte, el método holístico consiste en la construcción de la verosimilitud del relato fáctico mediante la valoración global de las pruebas y su conexión conjunta. La combinación de ambos métodos se lleva a cabo adscribiendo el método atomístico al nivel del análisis de las pruebas y el método holístico al nivel de la construcción del relato o narración fáctica, de modo que la valoración atomística precede temporalmente a —y prepara el problema para— el método holístico (Tuzet, 2016: 277). En definitiva, el juzgador debe construir un relato que corresponda descriptivamente a la realidad de los hechos que se desprenda de las pruebas y que sea también narrativamente coherente, consistente, completo y plausible (Taruffo, 2008: 224).

4.2.2. La deliberación normativa

El razonamiento judicial aplicado a la intelección de las normas consiste en juzgar los enunciados normativos alegados por las partes con arreglo a los siguientes criterios: su validez, su interpretación, su valoración e integración y su justicia o razonabilidad (Asís Roig, 1995: 219-221).

El juicio de validez de las normas alegadas consiste en examinar la validez formal y material de estos enunciados normativos. La validez formal de la norma es la constatación de la inserción de la misma en el ordenamiento jurídico, lo que generalmente se producirá si ha sido dictada por un órgano legítimo, en el ejercicio de su competencia y de acuerdo con el procedimiento establecido. La validez material de la norma exige su análisis con arreglo a los mandatos y el espíritu de las normas jerárquicamente superiores y, en todo caso, supondrá juzgar la coherencia de la norma con los derechos fundamentales y valores jurídicos contenidos en la Constitución (Robles, ⁶2015, I: 380-384).

El juicio de la interpretación de la norma es un proceso hermenéutico que pretende alcanzar la auténtica comprensión del sentido de la norma. Para ello, será necesario escudriñar dialógicamente la norma en diversos niveles de análisis, cada uno de los cuales nos permitirá alcanzar parcialmente su sentido; pero, como se explicará, la primacía está reservada a la comprensión teleológica de la norma. Se trata de un proceso dialógico porque el intérprete realmente entabla un diálogo con los sujetos implicados en la norma, el texto de la misma y su contexto con la finalidad de alcanzar las respuestas que desvelen su sentido.

El primer nivel de análisis busca las respuestas al sentido de la norma en los sujetos implicados en ella, esto es, en su autor (legislador) y en sus destinatarios (juristas y población).

En relación con el autor de la norma, tradicionalmente se han diferenciado dos clases de interpretación: la subjetiva y la objetiva. La primera busca el sentido del precepto en la voluntad de su creador y la segunda considera que el sentido del mismo trasciende la voluntad de su creador y se deduce de su inserción en el conjunto del ordenamiento jurídico. Se trata, en definitiva, de la clásica distinción entre *mens legislatoris* y *ratio legis*. El problema de la llamada interpretación subjetiva estriba en si realmente existe voluntad en el legislador, dado que la voluntad es una capacidad de las personas físicas y el legislador es un órgano, no una persona (Larenz, 1980: 325). Se atribuye voluntad al legislador en virtud de la ficción de que la voluntad de la mayoría de los miembros de la cámara conforma la voluntad del legislador, ficción que plantea otra serie de problemas: *i*) ¿qué ocurrirá cuando la voluntad declarada de los miembros de la cámara no coincida con su voluntad real?; *ii*) en la persona física no hay posibilidad de una voluntad contradictoria, hipótesis que sí es posible en el caso del legislador; *iii*) ¿cómo determinamos la voluntad real de los miembros de la cámara? ¿Atenderemos a sus declaraciones previas, coetáneas o posteriores a la votación? ¿A sus gestos en la cámara o en los pasillos?, y *iv*) si, en última instancia la teoría subjetiva descansa en la convicción de que los miembros de la cámara legislativa conocen y quieren lo que votan (Kelsen, 1992: 131), ¿qué ocurrirá de no ser así? Por otro lado, los detractores de la teoría objetiva reprochan a esta perspectiva el hecho de que esté cimentada sobre la realidad mística de una ley sin autor, como si las leyes surgiesen por arte de magia (Dualde, 1933: 163). Ilustrativas son, al respecto, las palabras de Legaz (1943: 392): «Nos parece que en esta cuestión hay cierto bizantinismo. Hablar de “voluntad de la ley”, a diferencia de “voluntad del legislador”, nos parece, por lo menos, una impropiedad. Si la ley es voluntad, solo puede ser voluntad del legislador. La ley no quiere nada, sino lo que ha querido hacerle querer quien la estableció. Pero quizá fuese conveniente romper con el mito de la voluntad del legislador: pues lo que el legislador quiso no lo sabemos sino

a través de la ley, o mejor, a través de todo el sistema del orden jurídico, de suerte que no hay otra posible investigación de la voluntad del legislador que la interpretación objetiva».

Si queremos ser coherentes con el compromiso de alcanzar una comprensión plena de la norma, obviamente no podremos basar nuestra búsqueda en ficciones. Esa es la razón por la que, finalmente, frente a la *mens legislatoris* se impone la *ratio legis* y la convicción de que el legislador no expresa lo que quiere, sino lo que jurídicamente debe ser (Larenz, 1980: 326-330). Esta visión abre el camino hacia la interpretación objetiva, de acuerdo con la cual el hallazgo del sentido propio de la norma es el resultado de su comprensión hermenéutica o sistemática.

Por lo que respecta a los destinatarios, cabe distinguir dos sujetos colectivos: la comunidad de los juristas y la población. Efectivamente, la comunidad de los juristas contribuye a forjar el sentido de la norma mediante su metabolización doctrinal o científica, reforzando así la coherencia y sistematicidad del ordenamiento jurídico. Por otra parte, a partir de la observación de la población, el intérprete podrá acceder a nuevos horizontes sobre el sentido de la norma, que podrá percibir bien en la conducta práctica del pueblo materializada en la costumbre, bien en la conciencia jurídica popular u opinión pública (Vallet, 2004, III: 99-104).

El segundo nivel de análisis interroga a la norma tomando como referencia su texto, esto es, el sentido propio de sus palabras. Este análisis exige comprender la realidad del texto normativo desde los niveles de análisis sintáctico, semántico y pragmático. Si la sintaxis tiene por objeto la estructura formal oracional, en el ámbito jurídico el análisis sintáctico deberá permitir identificar la estructura formal de la norma, esto es, el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. El análisis semántico tiene por objeto la averiguación del significado de las palabras, de modo que en su aplicación a la comprensión normativa implicará la búsqueda de la necesaria correspondencia entre el texto de la norma y la realidad institucional, relacional o fáctica, dado que los objetos de las normas son instituciones, relaciones o hechos. El análisis pragmático permite dilucidar el tipo de lenguaje empleado: así, identificar el sentido del texto en el terreno jurídico supondrá determinar el tipo de lenguaje usado por el legislador: imperativo, declarativo, expositivo o definitorio (Vallet, 2004, III: 105-107).

En un tercer nivel de análisis, el juez o intérprete profundizará en la búsqueda del sentido de la norma mediante la observación de su contexto interno y externo. El contexto interno (normativo) estaría compuesto por el conjunto de elementos normativos implicados en el texto de la norma: normas que aclaren su significado, normas que compongan su título, capítulo o libro, normas que la completen y normas que concurren junto a ella (Larenz, 1980: 321-324). En este contexto interno nos encontramos con el clásico criterio de interpretación: la interpretación sistemática, que culmina en la constitución entendida como norma suprema y fundante. El contexto externo (extranormativo) puede definirse como el conjunto de elementos no normativos que acompañan al texto normativo; en este contexto, se trata de analizar el contexto sociológico, político, económico e histórico de la norma y, de ese modo, perfeccionar la comprensión de su mensaje (Vallet, 2004, III: 111-120). En esta intelección contextual de la norma legal tienen una importancia esencial los

derechos fundamentales reconocidos en la constitución: en primer lugar, porque suponen el primer desarrollo normativo de los valores superiores recogidos en la constitución; en segundo término, porque sirven de guía para la producción, aplicación e interpretación del Derecho; y, en tercer lugar, porque los derechos fundamentales son el reflejo normativo de las aspiraciones morales, económicas y políticas de los individuos y los grupos en los que se integran (Bustamante, 2005: 148). Por tanto, los derechos fundamentales son verdaderos imperativos que coordinan el conjunto del sistema jurídico y armonizan la vida normativa con la vida social.

Finalmente, el cuarto nivel de análisis reenvía a la observación teleológica de la norma, esto es, a la finalidad intrínseca de la misma. Desechada la idea de la voluntad del legislador, la finalidad de la norma no puede ser otra que la promoción de la justicia o, mejor dicho, de lo que es generalmente justo en el supuesto que contempla. Larenz (1980: 331-337) considera que la finalidad particular de la norma debe estar, a su vez, en armonía con la finalidad general del ordenamiento jurídico, conformidad que puede comprobarse mediante una puesta en relación de elementos teleológicos particulares (la naturaleza de la cosa, los principios particulares de cada sector del Derecho, la justicia particular, etc.) con datos teleológicos generales (la idea de Derecho, la justicia, la naturaleza de las cosas, los principios generales del Derecho, los valores superiores, etc.). A mi juicio, la comprensión teleológica de la norma no puede ser otra cosa que la determinación en cada caso concreto de lo que es justo, objetivo al que está subordinado el conjunto de la interpretación de los hechos y las normas. Desde esta perspectiva, la interpretación es el medio a través del cual se realiza toda actividad jurídica y esta *praxis*, en tanto jurídica, no puede consistir más que en una permanente búsqueda de lo justo en las particulares circunstancias de cada caso a la luz de las normas (Vallet, 2003: 1707). El hecho del caso deberá ser construido conforme a esta finalidad respetando las premisas procesales necesarias para su justa determinación y las normas a él referidas habrán de ser comprendidas de acuerdo con la vocación de justicia que ellas contienen.

De este modo, la interpretación jurídica abandona el terreno de la especulación teórica para introducirse en el ámbito de la razón práctica, dado que la culminación de este proceder intelectual es la decisión llamada a transformar la realidad y establecer lo justo en concreto (Viola y Zaccaria, 2007: 431-433). Es decir, más allá de la pertinencia teórica de ciertas posiciones doctrinales o de la racionalidad de las tesis dogmáticas, todo actuar en el Derecho tiene como finalidad inherente la obtención individual de lo justo o, en otro caso, servir de instrumento para su obtención. Así, el respeto a la legalidad cobra su sentido en la operación hermenéutica de actualización del sentido de las normas legales, en virtud del cual el Derecho es lo justo individual y la ley no es una realidad jurídica acabada, sino una posibilidad o vía de acceso a lo justo (Ollero, 1993: 137). Si se comparte esta perspectiva, resulta necesario coordinar el conjunto de la intelección normativa de acuerdo con la orientación finalista o teleológica de la *praxis* jurídica.

Paralelamente a esta interpretación o indagación del sentido de las normas, la deliberación del juez se encuentra determinada por la argumentación de las partes y sus posiciones

de sentido, así como por la propia comprensión axiológica del juez y la tradición jurisprudencial heredada como juzgador.

La comprensión axiológica del juez consiste en la reflexión sobre los valores que encierran los hechos y las normas, ya que interpretar es también ponderar: medir los bienes en juego y decidir sobre lo que a cada uno corresponde, la (pro)porción de cada parte (Villey, 2003: 52). Sin embargo, la diferencia entre los valores y las cosas o los hechos es que las cosas son realidades sensibles, mientras que los valores o bienes éticos son realidades espirituales que no tienen una existencia autónoma, sino que aparecen en hechos singulares y exigen un esfuerzo para sentirlos (Carnelutti, 1961: 266). Si las cosas existen con independencia de que las pensemos, los valores existen porque los pensamos. Por ello, deliberar sobre valores es algo diferente a deliberar sobre cosas: implica formular un juicio de valor o, dicho de otro modo, tomar posición (Larenz, 1980: 285). Esta posición vendrá determinada, está claro, por la observación del hecho y el valor, pero también por la particular conciencia o inteligencia ética y las cualidades o virtudes del juzgador.

¿Es posible un conocimiento racional de los valores? No creo que sea posible un conocimiento último y absoluto, pero esto no debe llevar a la desilusión; tampoco creo que haya nadie capaz de definir, en su propia mismidad, qué es el «amarillo», pero todos lo sabemos en cuanto lo vemos (Moore, 2002: 30). Con los valores ocurre lo mismo que con los colores: se perciben cuando acontecen. Teniendo esto presente, se tratará de ofrecer un conocimiento razonable de los mismos y argumentar en cada caso concreto sobre los valores en cuestión (Alexy, 2016: 40). De lo contrario, quedaríamos entregados al relativismo y al nihilismo, pues si todo vale lo mismo, nada vale nada. Para Aristóteles, lo bueno era inducido en las circunstancias particulares y de ahí era elevado hasta los principios universales e indemostrables. Es decir, «lo bueno en sí» carece, en Aristóteles (1982: 417), de definición o demostración y es más bien una evidencia racional humana (*nous* o entendimiento intuitivo).

Claro es que, en el Derecho, el conocimiento de los valores no solo se fundamenta en la experiencia ética o vital del intérprete: también es reforzado por la enseñanza implícita en la tradición jurisprudencial. Efectivamente, la jurisprudencia sirve como vehículo de una tradición ética que procura la orientación necesaria en casos especialmente difíciles (Canaris, 1998: 168). No es extraño, pues, afirmar que un detenido análisis de las sentencias y otros dictámenes ofrecerá una desarrollada tópica axiológica (buena fe, diligencia de un buen padre de familia, enriquecimiento injusto, proporcionalidad, moral, costumbres, etc.) que permitirá al jurista configurar valorativamente hechos y normas o, dicho de un modo más sencillo, llenarlos de valor. Llegados a este punto, es evidente que la tradición y la tópica jurisprudencial son herramientas especialmente aptas para fundamentar los juicios de valor, pero ello no excluye la posibilidad de su refutación. Todo postulado práctico está sometido al juicio sobre su corrección o incorrección, evaluación que dependerá siempre de su razonabilidad y de su adecuación a las circunstancias singulares (Carpintero, 1993: 31). El conocimiento de esta pléyade de pautas de valor, más allá de la ayuda que pueda ofrecer la tradición jurisprudencial, está siempre determinado en cierto sentido por la conciencia subjetiva del juez, por sus intuiciones y creencias sobre los valores y los fines

inherentes al Derecho y su práctica. Por esta razón, quizás una propuesta plausible sea la idea de equilibrio reflexivo, en virtud de la cual el juzgador debe tener presentes tanto las concepciones morales o éticas propias como las posibles concepciones alternativas, evaluar sus ventajas y oportunidades y aceptar la posibilidad de revisar sus propias convicciones (Bernal, 2013a: 48-52).

Finalmente, el juez deberá adoptar su decisión sobre la aplicación o inaplicación de la norma sobre la que delibera, y en esta operación puede encontrarse con tres alternativas: *i*) el supuesto de una identidad plena entre los hechos enjuiciados y la norma interpretada; *ii*) la hipótesis de una similitud suficiente entre el enunciado normativo y el hecho enjuiciado; y, también, *iii*) el caso en el que, aunque la norma interpretada ofrezca una correspondencia entre el supuesto de hecho y el hecho enjuiciado, las consecuencias de su aplicación puedan ser consideradas inapropiadas o notoriamente injustas.

En el primer caso, lo oportuno es proceder a la subsunción aplicativa del hecho enjuiciado y norma interpretada para derivar la solución jurídica establecida en la norma². En el segundo caso, el juez interpretará con arreglo a la analogía el texto de las normas y el hecho enjuiciado para dictar la solución jurídica oportuna, que solo será posible cuando se halle una identidad de razón suficiente que lo justifique (Vallet, 2010: 33). En el tercer caso, el juez, impelido por su sentido de la equidad, comprende que la aplicación de la norma es desaconsejable por sus efectos prácticos, de modo que, dentro de los límites del ordenamiento jurídico, deberá iniciar la búsqueda de una nueva norma que resuelva mejor y más satisfactoriamente el hecho enjuiciado (Montoro, 1980: 54). La equidad se manifiesta, así, como un juicio de corrección o rectificación de la generalidad de las normas legales (Aristóteles, 1982: 397-398) que recomienda flexibilizar su mandato o incluso acudir a otras normas o a los principios generales del Derecho para encontrar la justa solución en el caso planteado (SSTS de 9 de mayo de 1983; de 10 octubre de 1986; de 28 de marzo de 1990; de 30 diciembre de 1998; y de 18 marzo de 2002).

4.3. CONTEXTO DE MOTIVACIÓN: ARGUMENTACIÓN JUDICIAL Y SENTENCIA

El juicio concluye con la sentencia del juez, que es la exteriorización documental de la decisión del juzgador sobre los hechos enjuiciados y su resolución normativa. Como texto, la sentencia es un relato argumentado sobre la explicitación y justificación del proceso de deliberación fáctico y normativo realizado por el tribunal a la luz de los hechos y pretensiones discutidas por las partes en el proceso. La sentencia posee una estructura formalizada, dividida en tres partes principales y consecutivas: antecedentes de hecho, hechos probados, fundamentos jurídicos y fallo o decisión. Obviamente, esta estructura responde a una adecuada «disposición» retórica del curso del proceso que facilite su comprensión por la comunidad de los juristas y el conjunto social. Igualmente, el juez deberá justificar o motivar en cada una de estas partes cuál ha sido el proceso mental (causas, razones e interpretaciones) que le ha llevado a tomar la decisión sobre los hechos, normas y fallo. Por supuesto, no se trata de una redacción estrictamente individual o literaria. Todo lo contrario: en la exposición de las razones de la decisión y de la interpretación de los hechos y las

normas, el juzgador deberá rendir cuenta de las pretensiones de las partes con arreglo a los términos en los que tuvo lugar el debate procesal. El juez debe tomar en consideración las argumentaciones normativas y proposiciones fácticas de cada actor, evaluar su idoneidad racional, esto es, su veracidad con arreglo a la actividad probatoria y su corrección conforme a las reglas del proceso contradictorio, así como justificar suficientemente la decisión que adopte (Canale, 2019: 82-86).

En lo que respecta a la dimensión racional del texto, dado que el documento de la sentencia es la exteriorización de la voluntad del juzgador, está sometido a dos exigencias elementales de todo discurso jurídico racional: *i*) la motivación jurídica de la decisión y *ii*) la congruencia entre los hechos probados, la norma aplicable y el fallo.

i) La fundamentación jurídica de la sentencia es, en primer lugar, una exigencia del principio de legalidad sobre el que se basa el Estado de Derecho (art. 9.3 CE) y del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y, en segundo término, una exigencia del deber constitucional de fundar en Derecho las sentencias (art. 120.3). En virtud de estos artículos y otros mandatos constitucionales (entre ellos el art. 14 CE, que consagra el derecho a la igualdad y el propio art. 9.3, que prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos), el razonamiento judicial debe realizarse conforme a normas y, de igual modo, la interpretación de los hechos será conforme a las previsiones de las normas, los principios jurídicos las instituciones del ordenamiento jurídico (Buenagua, 2016: 60).

ii) La exigencia de congruencia supone el deber del juez de armonizar su decisión con los hechos enjuiciados y las pretensiones de las partes, de modo que proporcione una respuesta coherente con estas pretensiones en virtud de los hechos que ha considerado probados y las normas interpretadas. Esta exigencia ha sido desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 29 de marzo de 2007), que ha sostenido que «[...] la congruencia se caracteriza por exigir una concordancia o armonía entre lo solicitado en la demanda –delimitado por la respuesta de la contestación– y lo concedido en la sentencia, y si bien se vulnera tal principio cuando se altera la *causa petendi*, entendida como el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión, esta solo resulta contradicha cuando el fundamento determinante de la decisión judicial toma en cuenta hechos distintos de los que conforman el objeto del proceso, en cuyo ámbito no se comprenden todos los de la narración histórica, ni siquiera siempre todos los constitutivos, sino solo aquellos con relevancia jurídica para individualizar e identificar la pretensión procesal (SSTS de 3 de diciembre de 2001; de 17 de octubre de 2005 y de 22 de mayo de 2006, entre otras)». La incongruencia puede producirse de dos modos: bien por la omisión de respuesta judicial a alguna de las pretensiones o peticiones de las partes, bien por la incoherencia de la decisión judicial con los hechos declarados probados o con la fundamentación jurídica. La motivación en el plano de la congruencia fáctica ha sido muy bien sintetizada por Andrés (2000b: 28), autor que ha señalado que la sentencia debe reflejar claramente: *i*) cuáles han sido las hipótesis fácticas de partida; *ii*) cuáles han sido las fuentes de prueba utilizadas; *iii*) cuáles han sido los métodos de evaluación o examen; *iv*) cuáles han sido los elementos de prueba obtenidos; y *v*) cuál ha sido la influencia de estos elementos de prueba en el resultado considerado hechos probados.

En términos generales, puede afirmarse que la sentencia judicial será un texto motivado si respeta la estructura formal típica, contiene la justificación de la razón material del fallo y respeta las exigencias básicas del discurso jurídico racional: la adecuada fundamentación jurídica y la congruencia. Si se respetan estos extremos, estaremos en presencia de una sentencia judicial debidamente argumentada y, por ello, razonable. Ciertamente, la calidad argumentativa de las sentencias es inevitablemente desigual, pero lo cierto es que, siempre que respete estos principios retóricos³, la sentencia podrá ser asumida por la sociedad y servir a los tribunales en juicios posteriores. En similares términos, Ferrer (2011: 107) concluye: «Se dirá, pues, de una sentencia que está debidamente motivada cuando la norma individual que constituye su conclusión se derive lógicamente de las premisas y exprese analíticamente las razones que justifiquen la selección de estas premisas fácticas y normativas». Si bien pudiera pensarse que este deber de motivación constituye una exigencia legal muy poco precisa o vaga, lo cierto es que, como apunta Endicott (2003: 184-189), solo una legislación vaga y unos estándares mínimos procedimentales pueden permitir una adecuada ordenación de la actividad judicial y de las funciones jurídicas.

5. CONCLUSIONES: RACIONALIDAD Y RAZONABILIDAD

De acuerdo con una visión dialéctica de la práctica forense o de los tribunales, resulta clara la necesidad de distinguir la función de juzgar (*iudicare*) de la jurisprudencia. La función de juzgar es una *praxis* prudencial o determinativa enriquecida por la confrontación dialéctica de las partes gracias a la cual el juez o tribunal alcanza la convicción necesaria sobre los hechos y las normas, base a partir de la cual dicta la decisión final del proceso. En cambio, la jurisprudencia —desde esta perspectiva— constituye un instrumento retórico al servicio de las partes y del juez, de modo que su comprensión no responde al modelo de la racionalidad práctica propia de las operaciones humanas, sino que resulta operativa en función de su utilidad y oportunidad en el marco del discurso jurídico.

En consecuencia, es necesario diferenciar entre las pautas de racionalidad de la decisión judicial y la razonabilidad u oportunidad de la jurisprudencia. En efecto, la decisión judicial es un acto prudencial y, como tal, resulta incomprensible sin los presupuestos característicos de la racionalidad práctica, a saber: *i*) es necesario el conocimiento de las reglas propias del arte o de la disciplina; *ii*) es imprescindible el estudio y conocimiento de la situación sobre la que se proyecta la decisión o actuación; *iii*) debe tenerse presente la finalidad o el bien perseguido; *iv*) deben identificarse y ponderarse los valores o principios éticos presentes en la situación; y *v*) es imperioso anticipar las consecuencias reales de la decisión o actuación. Ciertamente, como escribe Lifante (2012: 143) a propósito de la discrecionalidad judicial, se trata de una optimización de los instrumentos normativos; en otras palabras, un desarrollo y una concreción del Derecho que no es ni creación ni aplicación de este. La decisión judicial es, entonces, desde esta perspectiva prudencial, una operación más compleja que la tradicional subsunción, próxima, como defiende la autora, a una concepción funcional o determinativa del Derecho en virtud de la cual la decisión

judicial supone la individualización, la realización o la elaboración del Derecho caso a caso, actualizando el mandato de las normas a las circunstancias individuales de la vida. La recta decisión es, pues, un acto de la voluntad presidido por una racionalidad operativa que ofrece en cada momento la orientación necesaria a nuestro intelecto en el dominio técnico de los instrumentos propios de la disciplina, en la recta comprensión del acontecer, en la meta digna de ser perseguida, en la percepción de los valores o bienes éticos y, finalmente, en la anticipación de los resultados. Consiste fundamentalmente en la capacidad de discriminar con rectitud las notas de lo justo y lo injusto en la pluralidad ingente de acontecimientos sociales, hallar la racionalidad operativa (práctica) de las relaciones humanas y obtener prudencialmente la sustancia jurídica (Medina, 2015: 557-574).

Este razonamiento prudencial no es sino la aceptación del «giro aretaico» propuesto por Amaya (2015: 39-44), que, pese a las posibles objeciones, nos recuerda la necesidad de educar el razonamiento en la virtud, más allá del mero consecuencialismo y de la lógica silogística. Además, es conveniente concebir el razonamiento jurídico como un proceso más complejo que la mera percepción o conocimiento de los hechos y las normas; más aún, se hace necesario un juicio de carácter moral que trate de hallar los valores éticos. Obviamente, esta apertura hacia la ética requiere una especial sensibilidad (Salles, 1999: 224-225). En este sentido, Aparisi (2017: 168) afirma: «El jurista, para actuar, no tanto con el Derecho sino, más bien, en el Derecho, no solo necesita un conocimiento formal de la ley y una capacidad de razonamiento lógico-deductivo, sino también ciertas cualidades personales o de carácter, en definitiva, virtudes y habilidades». Siguiendo esta consideración dianoética del razonamiento jurídico, la autora (*ibidem*: 159-166) enumera las siguientes exigencias: *i*) una proyección de la *praxis* jurídica racional y coherente; *ii*) un particular *ordo amoris* o escala de valores; *iii*) no admitir preferencias arbitrarias entre personas o la toma de conciencia de la alteridad existencial humana; *iv*) imparcialidad; *v*) fidelidad; *vi*) la anticipación de las consecuencias de la decisión jurídica; *vii*) no violentar los derechos humanos; *viii*) ponderar en todo momento la decisión jurídica con arreglo a la justicia general o bien común. Ciertamente, como piensa Bernal (2003b: 238), la ponderación no excluye la subjetividad del juez; más aún, como se ha indicado, para ponderar es necesario poseer cierto carácter, ciertas cualidades y un particular orden afectivo.

Ahora bien, si se juzgase la corrección de la decisión judicial, el revisor debería recorrer el camino inverso y, en función de los resultados aparejados a la sentencia, examinar la corrección del uso de los instrumentos, la apreciación racional de las circunstancias fácticas, la ponderación de los bienes éticos y la finalidad perseguida. Como concluye Ferrer (2017a: 18): «[...] la garantía de la doble instancia y la protección del derecho a la prueba, a una decisión judicial justificada y a la presunción de inocencia requieren sin duda que se lleve a cabo ese control de forma minuciosa». A este efecto, la corrección de la decisión judicial dependerá, en parte, de la razonabilidad de la sentencia, que deberá valorarse en función de la justificación de las fuentes normativas utilizadas y las pruebas practicadas. Sin embargo, la garantía más desarrollada o profunda de la corrección y racionalidad de la decisión judicial es la propia posibilidad de su revisión y discusión dialéctica en un nuevo proceso (Sarra, 2010: 177).

Racionalidad y razonabilidad no son palabras sinónimas, aunque entre ellas hay un importante parentesco semántico. La racionalidad (práctica) debe incardinarse en el denominado contexto de descubrimiento y responde, a nuestro juicio, al paradigma de la *phronesis* en Aristóteles, esto es, la ordenación sapiencial de toda clase de conocimiento teórico y práctico a la realización de lo justo individual. En cambio, la razonabilidad debe situarse en el contexto de justificación y, por tanto, remite al predicado discursivo o argumentativo de la decisión. Lo razonable es, así, el resultado de un discurso argumentativo sobre la decisión en el cual lo verosímil puede confundirse con la rectitud o racionalidad. El papel esencial de la jurisprudencia –esto es, su posible uso persuasivo, tradicional y dogmático– radica en la necesidad del jurista (o el juez) de construir un discurso razonable. Aquí encuentra su importancia la jurisprudencia como fuente de razonabilidad, que puede manifestarse de diversos modos: como criterio ejemplar, dada su similitud con los hechos presentes; como criterio de autoridad, en función de la tradición que expresa o de la dignidad del órgano decisor; o, finalmente, en una suerte de combinación de estos factores en una misma sentencia.

Tres son los posibles usos argumentales de la jurisprudencia en el diálogo jurídico. Como elemento de persuasión o esencialmente retórico, el precedente judicial puede servir para mostrar las posibles similitudes entre el conflicto que trata de resolverse y aquel del que se ocupa la sentencia. Estas similitudes pueden hallarse en la calificación jurídica del hecho objeto de la controversia, en la apreciación de las pautas de valor normativas o en la conveniencia de una misma solución. En estos casos, la jurisprudencia servirá como cauce para un razonamiento fundado en la similitud de los hechos, cobrará sentido como argumento de ejemplo y, en la medida en que pueda cumplir esta función, deberá ser utilizada por el juez. En este sentido, Díez Sastre (2009: 446) acierta al afirmar que «[...] cualquier persona razonable estaría de acuerdo en admitir que el recurso a las decisiones pasadas es una forma de garantizar un mínimo de justicia en la actuación presente».

La jurisprudencia también puede operar como un vehículo de la tradición jurídica y, en virtud de esta autoridad asociada a la tradición, imponerse al entendimiento del juez. Esto ocurre, generalmente, en las sentencias de los altos tribunales que consagran una determinada línea interpretativa, que actualizan la presencia u obligatoriedad de la tradición jurisprudencial y que, al amparo de su autoridad, imponen aquella tradición a los jueces ordinarios. No obstante, la fuerza de esta jurisprudencia no se halla directamente en la autoridad del tribunal que consagra la tradición. Más exactamente, estriba en la fuerza o autoridad misma de la tradición. El alto tribunal únicamente recuerda la vigencia de esta jurisprudencia tradicional y declara que no hay motivos suficientes que justifiquen su rechazo o redefinición. El fundamento de su razonabilidad puede encontrarse a través de diversas vías: bien en el rendimiento técnico-funcional o en el consenso de la comunidad jurídica que la sentencia en cuestión refleja (Aarnio, 1991: 286-288); bien en el sentido institucional o constitutivo que subyace a la resolución (Zanetti, 2016: 46-47). De este modo, el precedente coadyuva a mejorar la previsibilidad de las decisiones judiciales y contribuye a dar continuidad al orden jurídico (Marinoni, 2012: 263)

Finalmente, la fuerza u obligatoriedad de la jurisprudencia (o del precedente judicial) puede venir determinada directamente por la autoridad del tribunal. Se trata de la obligación

legal—o constitucional, en su caso— de los jueces ordinarios de obedecer las sentencias y dictados de los tribunales superiores. La potestad jurisdiccional del Tribunal Supremo, la especial dignidad garantista del Tribunal Constitucional o la autoridad federal de otros tribunales (TJUE y TEDH) son, así, el fundamento de la obligatoriedad de sus sentencias, que están llamadas a condicionar inmediatamente la práctica forense. Los elementos del juicio o la evaluación sobre su razonabilidad han sido sintetizados por Endicott (2015: 56), autor para el que el órgano sentenciador debe examinar: *i*) las razones de su legitimidad; *ii*) su jurisdicción o competencias; *iii*) el abanico de razones excluidas por esta decisión; *iv*) la relevancia individual de las razones de la decisión; y *v*) la compatibilidad entre razones excluidas y razones de la decisión. De acuerdo con este esquema, la razonabilidad y la autoridad de este tipo de jurisprudencia dependerá de que el juzgador reconozca, o deba legalmente reconocer, la legitimidad propia de estos tribunales superiores (evaluación jerárquica y formal); así como de la ponderación, por parte del juez, de las decisiones alternativas, no tenidas en cuenta por estos tribunales, y las razones materiales de la sentencia examinada (evaluación material).

A modo de conclusión, cabe observar que el juez hace un uso retórico de la jurisprudencia y que esta adquiere plenamente su sentido en el contexto de justificación del razonamiento judicial, es decir, que constituye un argumento especialmente digno de consideración para la justificación de la decisión judicial. Es natural, entonces, valorar la jurisprudencia en virtud de su potencialidad retórica y medir su razonabilidad a partir de un criterio pragmático, es decir, en la medida en que pueda servir como criterio de oportunidad o de justificación de la decisión judicial. La funcionalidad de la jurisprudencia en el razonamiento jurídico no está dirigida directamente a la determinación de la regla aplicable ni al descubrimiento de las razones o criterios para decidir; más bien parece dirigirse a la motivación, justificación o fundamentación de la decisión judicial.

NOTAS

1. En virtud de este principio, el juez deberá emplear el criterio que considere más adecuado para resolver los posibles casos similares que se presenten.
2. Se utiliza el término «subsunción» en un sentido impropio, pues no se contempla como una operación silogística que abarque el conjunto del razonamiento jurídico; al contrario, la «subsunción» se entiende como una operación final dentro del complejo proceso racional de determinación del Derecho. La subsunción sería un recurso óptimo en aquellos «casos fáciles» en los que se comprueba la identidad entre el hecho objeto del proceso y norma jurídica; si bien, para alcanzar esta identidad entre cuestión jurídica y norma aplicable ha sido necesaria una interpretación hermenéutica o reconstructiva de la realidad fáctica y normativa.
3. Afirmando que se trata de principios retóricos porque son materializaciones de las partes del discurso, su estructuración en tres módulos (*dispositio*), la explicación racional del *logos* de la decisión (*intelectio*, que en la sentencia es, necesariamente, la *ratio decidendi*) y la justificación de la fundamentación jurídica y razonabilidad de la argumentación judicial (*inventio*).

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, Aulis (1991): *Lo racional como razonable*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- AÍSA MOREU, Diego (1997): *El razonamiento inductivo en la ciencia y en la prueba judicial*, Zaragoza: Universidad de Zaragoza.
- ALEXY, Robert (2016): *La institucionalización de la justicia*, Granada: Comares.
- AMAYA, Amalia (2015): «Virtudes y Filosofía del Derecho», *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, México: UNAM.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (2000a), «Sentencia penal: formación de los hechos, análisis de un caso e indicaciones prácticas de redacción», *Revista del Poder Judicial*, 57.
- (2000b), «La argumentación probatoria y su reflejo en la sentencia», *Estudios de Derecho Judicial*, 32.
- APARISI MIRALLES, Ángela, (2017): «Razón práctica y praxis jurídica: algunas reflexiones», *Persona y Derecho*, I., n. 75.
- ARISTÓTELES, (1982): *Obras. Ética a Nicómaco*, Madrid: Aguilar.
- ASÍS ROIG, Rafael de (1995): *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento Jurídico*, Madrid: Marcial Pons.
- BERNAL PULIDO, Carlos (2013a): «En busca de la estructura ontológica del Derecho», *Revista de Derecho del Estado*, 30.
- (2003b): «Estructura y límites de la ponderación», *Doxa*, 26.
- BUENAGA CEBALLOS, Óscar (2016): *Metodología del razonamiento jurídico-práctico: elementos para una teoría objetiva de la argumentación jurídica*, Madrid: Dykinson.
- BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo (2005): «Un modelo de interrelación entre moral, poder y derecho. El modelo prescriptivo de Gregorio Peces-Barba», *Universitas*, 2.
- CANALE, Damiano (2019): *En busca de lo implícito. Ensayos sobre razonamiento e interpretación en el Derecho*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- CANARIS, Claus-Wilhelm (1998): *El sistema en la jurisprudencia*, Madrid: Fundación Cultural del Notariado.
- CARNELUTTI, Francesco (1961): *Discorsi in torno al diritto*, v. III, Padua: Cedam.
- CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco (1993): *Derecho y ontología jurídica*, Madrid: Actas.
- CAVALLA, Francesco (2012): «Sull'attualità del dibattito tra giusnaturalismo e giuspositivismo», *Rivista di Filosofia del Diritto*, 1.
- CHIASSONI, Pierluigi (2012): «The philosophy of precedent; conceptual analysys and rational reconstruction», *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 133.
- CLEMENTE DE DIEGO, Felipe (2016): *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Granada: Comares.
- DÍEZ SASTRE, Silvia (2009): «La fuerza vinculante del precedente administrativo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 143.
- DUALDE, Joaquín (1933): *Una revolución en la Lógica del derecho*, Barcelona: Bosch.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina (1993): *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid: Tecnos.
- ENDICOTT, Timothy (2003): «El derecho es necesariamente vago», *Derechos y Libertades*, 12.
- (2015): «Interpretación, ámbito competencial y la autoridad en el Derecho», *Crónica Jurídica Hispalense*, 13.
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2011): «Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales», *Isonomía*, 34.
- (2017a): «El control de la valoración de la prueba en segunda instancia», *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 33.
- (2017b): «Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 36.
- KELSEN, Hans (1992): *¿Qué es la Justicia?*, Barcelona: Ariel.
- LARENZ, Karl (1980): *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona: Ariel.

- LEGAZ LACAMBRA, Luis (1943): *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Barcelona: Bosch.
- LIFANTE VIDAL, Isabel (2012): «Poderes discrecionales», *Eunomia*, 2.
- (2013): «Tres modelos de argumentación judicial», *Aequitas*, 2.
- MARINONI, Luiz Guilherme (2012): «El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica», *Ius et Praxis*, 18 (1).
- MEDINA MORALES, D. (2015): «El arte del Derecho. La ley como instrumento del operador jurídico», en C. Hermida del Llano y J. A. Santos Arnaiz (coords.), *Una Filosofía del Derecho en Acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*, Madrid: Congreso de los Diputados.
- MONTORO BALLESTEROS, Alberto (1980): *Conflicto social, derecho y proceso*, Murcia: Universidad de Murcia.
- MOORE, George Edward, (2002): *Principia ethica*, Barcelona: Critica.
- MORO, Paolo (2004): *La via della Giustizia. Il fondamento dialettico del processo*, Pordenone: Libreria Al Segno.
- (2012): «Ripensare la legge nell'epoca del diritto giudiziario», en P. Moro y C. Sarra, *Positività e Giurisprudenza*, Milán: FrancoAngeli.
- OGAYAR y AYLLÓN, Tomás (1976): «Aplicación notarial del derecho», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 19.
- OLLERO TASSARA, Andrés, (1993): «Juzgar o decidir: el sentido de la función judicial», *Revista del Poder Judicial*, 32.
- OROZCO MUÑOZ, Martín (2011): *La creación judicial del Derecho y el precedente vinculante*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2016): «Neoconstitucionalismo y positivismo», *Crónica Jurídica Hispalense*, 14.
- PUIG BRUTAU, José (2006): *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Barcelona: Bosch.
- ROBLES MORCHÓN, Gregorio (2015): *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*, v. I, Cizur Menor: Civitas, Thomson Reuter, Aranzadi.
- SALLES, Arleen (1999): «Percepción y emociones en la moralidad», *Isegoría*, 20.
- SARRA, Claudio (2010): *Lo Scudo di Dioniso*, Milán: FrancoAngeli.
- TARUFFO, Michele (1992): *La prova dei fatti giuridici*, Milán: Giuffrè.
- (2008): *La prueba*, Madrid: Marcial Pons.
- TUZET, Giovanni (2016): *La filosofia della prova giuridica*, Turín: Giappichelli.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. (1991): *Metodología de las leyes*, Madrid: Edersa.
- (2003): *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho. Elaboración sistemática*, t. II, v. II, Madrid: Fundación Cultural del Notariado.
- (2004a): *¿Fuentes formales del Derecho o elementos mediadores entre la naturaleza de las cosas y los hechos jurídicos?*, Madrid: Marcial Pons.
- (2004b): *Manuales de metodología Jurídica*, v. III, Madrid: Fundación Cultural del Notariado.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B., (2010): «La función de juzgar y sus aportaciones al arte y la ciencia del Derecho», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*.
- VILLEY, Michel (2003): *Filosofía del Derecho*, Barcelona: Scire.
- VIOLA, Francesco y Giuseppe ZACCARIA (2007): *Derecho e interpretación. Elementos de Teoría Hermenéutica del Derecho*, Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson.
- ZANETTI, Gianfrancesco (2016): «On normative discourse», *Ratio Juris*, 29 (1).

Fecha de recepción: 15 de enero de 2020.

Fecha de aceptación: 28 de abril de 2020.

EL DERECHO Y EL DEBER DE DEFENDER ESPAÑA EN EL SIGLO XXI UNA MIRADA CONSTITUCIONAL

THE RIGHT AND DUTY TO DEFEND SPAIN IN THE 21 ST CENTURY

Fernando Flores Giménez

Profesor titular de Derecho constitucional

Universitat de València (España)

RESUMEN

La transformación que el mundo de la defensa y la seguridad ha experimentado en los últimos años obliga a realizar una revisión a fondo del derecho-deber de defender España. Por ello, es pertinente preguntarse si caben formas de defender a la nación diferentes a las militares. La política de defensa, es decir, el conjunto de acciones orientadas a defender España, se manifiesta en la actualidad en una variedad de actividades dirigidas a fines compartidos por otras políticas no consideradas estrictamente como «de defensa», es decir, militares. En consecuencia, lo que hoy se considera «defender España» (proteger tanto su independencia e integridad territorial como el Estado social, entendido como el pleno ejercicio de los derechos y libertades) puede ser y es realizado también por sujetos de naturaleza no militar por medios diferentes a los militares. Si ponemos en el centro de nuestro interés, de nuestra protección, el Estado constitucional, y no la seguridad en sí misma, resulta necesario asumir que una noción amplia de la seguridad y defensa (del Estado) exige correlativamente una noción amplia del derecho-deber de procurarla.

PALABRAS CLAVE

Defensa, seguridad, derecho-deber, Estado constitucional, cultura de defensa, España.

ABSTRACT

The transformation that the defence and security has undergone in recent years requires a thorough review of the right-duty to defend Spain. In this respect, it is pertinent to ask ourselves if there is room for ways of defending the nation other than the military. Defence policy, that is, the set of actions aimed at defending Spain, is currently manifested in a variety of activities aimed at ends shared by other policies not strictly considered as «defence», that is, military. Consequently, what today is considered to be «defending Spain» (protecting both its independence and territorial integrity, as well as the Social State and the full exercise of rights and freedoms) can be and is also carried out by non-military subjects by means other than the military. If we put the constitutional State, and not the security itself, in the center of our interest, it is necessary to assume that a wide notion of security and defence (of the State) requires correlatively a wide notion of the right-duty to protect it.

KEY WORDS

Defence, security, right-duty, constitutional State, culture of defence, Spain.

DOI: doi.org/10.36151/td.2020.007

EL DERECHO Y EL DEBER DE DEFENDER ESPAÑA EN EL SIGLO XXI. UNA MIRADA CONSTITUCIONAL

Fernando Flores Giménez

Profesor titular de Derecho constitucional
Universitat de València (España)

Sumario: 1. La defensa y la seguridad en los antiguos y en los modernos. 2. Defender España, hoy. 2.1. Un derecho y un deber constitucional. 2.2. Pero ¿qué es defender España? 2.2.1. La defensa militar. 2.2.2. Otras amenazas: otra defensa, otro derecho-deber. 3. La perspectiva ciudadana: la cultura de la defensa. 4. Conclusión. Bibliografía.

1. LA DEFENSA Y LA SEGURIDAD EN LOS ANTIGUOS Y EN LOS MODERNOS

Durante el Antiguo Régimen, el pueblo se mantenía al margen de las batallas que definían la guerra, aunque no cabe duda de que padecía sus consecuencias. De poco le servía quedarse en casa mientras militares adiestrados luchaban por dinero, por su honor y por su monarca. Las consecuencias sociales y económicas de los conflictos bélicos siempre acababan aplastando a la población. Sin embargo, los perfiles de esa implicación (no tanto sus efectos) empezaron a cambiar con la Revolución Francesa, concretamente tres años después de la toma de la Bastilla, en 1792, en la histórica batalla de Valmy.

En este enfrentamiento, las crónicas más épicas relatan cómo el ejército francés revolucionario, «movilizado en defensa de un ideal» (Clausewitz), se impuso al ejército profesional prusiano, más numeroso y mejor preparado. Dejando a un lado las versiones más heroicas e inflamadas (la batalla no produjo más de 500 muertos entre los dos bandos, y el hecho de que los prusianos se retirasen por los gritos patrióticos de los franceses es discutible), lo cierto es que la de Valmy fue la primera victoria de un ejército inspirado por la ciudadanía y el nacionalismo, y por eso se le atribuye un simbolismo muy preciso en el contexto de la decadencia de las monarquías absolutas. De una parte, porque se entiende que las armas

que vencieron ya no pertenecían al rey, sino que, por derecho, eran de los ciudadanos; y de otra, porque en ese combate, y a partir de ese momento, el sentimiento nacional reemplazaba a la lealtad de los súbditos, súbditos convertidos en ciudadanos que defendían algo propio, es decir, que se defendían a sí mismos. En suma, la defensa dejaba de ser un privilegio aristocrático para pasar a constituir un derecho y un deber de los ciudadanos.

El derecho a armarse —el pueblo en armas— se definió, pues, como un derecho natural a la autodefensa y como un compromiso que adquirirían los ciudadanos en defensa de la nación, como una condición de pertenencia a la comunidad nacional. Y se pensó, también, al menos en la mente teórica de los revolucionarios, como una escuela de civismo dirigida a servir a los intereses de la patria (en aquel momento, de Francia) y no a los de una facción o un partido. Prueba de todo ello son los argumentos, de la ley y de la razón, con los que el Club de Ciudadanas Republicanas reclamaba en 1793 la creación de un batallón de Amazonas francesas: «Armémonos; tenemos derecho por naturaleza y también por ley, mostremos a Europa que las francesas conocen sus derechos y están a la altura de las luces del siglo XVIII». Como subraya Dorlin (2017: 95), la prohibición a las mujeres de armarse, o de distinguirse por su capacidad de lucha, era considerada por ellas mismas contrarrevolucionaria. Luchar por la nación era un derecho y un deber cívico cuyo ejercicio era necesario para convertirse en personas libres.

En cuanto a España, es cierto que la movilización popular que significó la guerrilla durante la guerra de la Independencia (una guerrilla que necesitó el apoyo masivo de la población civil) determinó la derrota francesa, pero también lo es que fueron los ejércitos regulares, el español y el británico, los que obligaron a las tropas francesas a retirarse tras los Pirineos. Este hecho, y la peculiar historia social y política de nuestro país desde entonces, explican el singular protagonismo que los militares y «la defensa de España» han tenido entre nosotros. A ello se refiere Payne (1986: 5) cuando afirma que «[...] la historia del ejército español en cuanto institución política se extiende durante 125 años desde 1814 hasta 1939, y alcanza su cumbre en la Guerra Civil de 1939 y durante la *pax armata* de Francisco Franco». Y de ello habló el mismo Azaña (2007: 248) al declarar, en su discurso de marzo de 1932 ante las Cortes, que «[...] el Ejército servía en España para todo [...] había tomado en España la preponderancia que todos conocíais, no por su culpa, ni de la función militar, ni siquiera de los militares personalmente [...] sino por la falta de densidad de la sociedad política española [...] en la cual resultaba que la autoridad militar era la única fuerza existente, el único resorte de mando y de ejecución de que disponían los débiles gobiernos parlamentarios del siglo pasado para hacerse obedecer y aún para conquistar el poder». Una idea de la defensa de España, pues, que se alejaba de cualquier conexión con el pueblo, con el ciudadano libre que defiende su comunidad, para servir de herramienta a intereses políticos de unas y otras fuerzas, durante un tiempo de las liberales, y, más tarde, de grupos monárquicos, católicos, caciquiles o simplemente partidistas.

Una idea de la defensa que, tras la victoria franquista en la Guerra Civil que acabó con la Segunda República, se instaló definitivamente en la España de la dictadura. Una idea de la defensa que fortaleció un ejército sobredimensionado, de «edad avanzada», partícipe del

poder político, que se consideraba a sí mismo depositario de los valores de la patria —anticomunistas, católicos practicantes— y garante del orden institucional (Serra, 2008: 119).

De modo que, cuando en 1978 se aprobó la Constitución española, la idea de la «defensa» existente en España no era, ni de lejos, la misma que domina hoy. Tampoco la percepción de lo que significaba la seguridad coincidía exactamente con lo que en la actualidad entendemos por ella, pues hoy bien puede decirse que la seguridad está en vías de (con)fundirse con la defensa.

Hace cuarenta años, la defensa significaba fundamentalmente protección de las fronteras y del territorio frente al enemigo exterior (y, hasta cierto momento, también el interior), y de ella eran responsable los militares. La seguridad se refería fundamentalmente al mantenimiento del orden público, y su garantía recaía en manos de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado.

Hoy el panorama ha cambiado. Los problemas que activaban las respuestas militares y policiales han experimentado una transformación notable. Los denominados *riesgos* y *amenazas* por las cada vez más conocidas «estrategias de seguridad» de los Estados no se reducen a conflictos que afectan solo al territorio estatal o al orden público tal y como lo concebíamos. El siglo XXI alberga un mundo complejo desde el punto de vista de la defensa y la seguridad. Con la globalización, las disfunciones geopolíticas que ya existían o que estaban en estado embrionario —la pobreza, la desigualdad, los desequilibrios demográficos, el cambio climático, la brecha tecnológica, las ideologías extremistas y no democráticas, el capitalismo financiero...— se han acentuado de forma considerable. Estas y otras disfunciones constituyen hoy factores transnacionales, transversales y asimétricos que potencian los efectos de esas «amenazas» sobre la defensa y seguridad de los Estados y que, al cabo, han transformado de forma radical los mismos conceptos de defensa y seguridad, conceptos que han evolucionado (lo están haciendo todavía) hacia una consideración integral de los ámbitos que abarcan.

En este marco de transformación, las previsiones de la Constitución española relativas a las cuestiones de defensa han quedado en buena medida superadas. A lo largo de las próximas páginas vamos a realizar un breve balance de lo que el reconocimiento constitucional del derecho-deber de defender España ha supuesto para la sociedad y las instituciones, así como para el ordenamiento jurídico; y vamos a analizar desde una óptica propositiva el modo en que las transformaciones profundas que en los últimos años se han experimentado en materia de defensa deben repercutir en la idea de lo que es, en qué consiste o debe consistir, el derecho y deber de defender España.

2. DEFENDER ESPAÑA, HOY

«Los españoles tienen el derecho y el deber de defender España», establece el artículo 30 CE en su primer párrafo. Pero ¿qué implica ese derecho y ese deber?, ¿de qué manera se defiende España? En principio, la respuesta, o parte de ella, parece determinada por el párrafo

segundo del mismo precepto: «La ley fijará las obligaciones militares de los españoles». Es decir, de primeras, la Constitución parece limitar a la vía militar el deber de defender España, de modo que solo a través de la incorporación a la estructura de las Fuerzas Armadas el español podría cumplir con este derecho y deber constitucional. Sin embargo, a la vista del resto del artículo 30, así como de la novedosa naturaleza que en la actualidad muestran las amenazas a la seguridad, también cabe interpretar que esa defensa pueda desarrollarse igualmente por otros medios. Volveré enseguida sobre ello.

Antes, puede resultar útil detenerse un momento en el alcance conceptual de lo que consideramos «derecho» y «deber» constitucional, en su ubicación sistemática en el texto fundamental, así como recordar cómo se ha implementado en el ámbito de la defensa durante los cuarenta años que han transcurrido desde la aprobación de la Constitución. Después, pasaré a considerar la idea de lo que es o debe ser la obligación de «defender España» en el contexto de un mundo global muy diferente al de la Transición.

2.1. UN DERECHO Y UN DEBER CONSTITUCIONAL

La Constitución establece una serie de «derechos-deberes», bien de forma expresa, como el de trabajar (artículo 35) o el de defender España (artículo 30), bien relacionándolos con otros temas, como el medio ambiente (artículo 45) o la educación (artículo 27). En la práctica, en algunos de esos derechos-deberes prevalece la consideración de los segundos. Así ocurre, como es notorio, con el derecho-deber de defender España (Díaz Revorio, 2012: 69).

Si nos detenemos primero en la consideración del derecho de defender España, puede aceptarse, de entrada, que esta visión (es decir, que lo que normalmente se entiende como una obligación también se conciba como un derecho) se explica «[...] por considerarse que participar en la defensa de la patria es un honor que a nadie en condiciones de asumir esta carga se puede negar» (Alzaga, 2017: 215). Como subrayan algunos autores (Espín, 2016: 181), esta caracterización como derecho constitucional impide que su goce se atribuya de manera discriminatoria, lo que ha acabado provocando la intervención del Tribunal Constitucional en la resolución de recursos de amparo como el del caso de las *Mujeres Aviadoras* (STC 216/1991), así como la progresiva incorporación de las mujeres a todos los ámbitos de las Fuerzas Armadas. Más tarde, la suspensión del servicio militar obligatorio en 2001 (Real Decreto 247/2001, de 9 de marzo, por el que se adelanta la suspensión de la prestación del servicio militar, en relación con las disposiciones adicionales decimotercera y decimotava de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas), resolvió la cuestión práctica claramente opuesta a la igualdad que suponía una conscripción solo masculina, una realidad contraria a la igualdad tanto si se considera la defensa de España un derecho como si se la considera desde la perspectiva del deber.

En cuanto a este, la Constitución española plantea la noción de deber constitucional de forma genérica en el artículo 9.1. En él establece una obligación de sujeción de los ciudadanos y de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Después, tras enunciar los derechos fundamentales y las libertades públicas (entre los que

aparece —artículo 27.1— el «carácter obligatorio de la enseñanza básica»), dedica la Sección Segunda del Capítulo 2º del Título I a «los derechos y deberes de los ciudadanos», entre los cuales figuran el derecho-deber de defender España (artículo 30.1), la contribución al sostenimiento de los gastos públicos (artículo 31), los «deberes de los cónyuges» (artículo 32), y el deber de trabajar y el derecho al trabajo (artículo 35). Más adelante, ya en el Capítulo III del mismo Título, entre los «Principios rectores de la política social y económica», encontramos el deber de asistencia de los padres a los hijos (artículo 39.3), los deberes relativos a la protección de la salud pública (artículo 43.2), y el deber de conservación del medio ambiente (artículo 45.1). Esta lista se amplía con otros deberes como el de conocer el castellano (artículo 3) o el de cumplir las resoluciones judiciales (artículo 118).

De la configuración de este repertorio se deduce que, a diferencia de lo que sucede con los derechos y las libertades públicas, la Constitución no ha sistematizado los deberes con arreglo a criterios de eficacia jurídica, sino de dependencia o relación material con determinados temas. En este sentido, tales deberes constituirían lo que Kelsen denomina «elementos jurídicamente irrelevantes», es decir, simples manifestaciones de deseos del legislador sin alcance jurídico alguno, declaraciones que precisan ser completadas para convertirse en verdaderas normas jurídicas (Varela, 1982: 82). Ello no significa que no tengan relevancia o que carezcan totalmente de eficacia; más bien puede decirse que se trata de mandatos al legislador, que debe regular la materia concreta en el marco de los límites que establece la Constitución. De este modo, puede decirse que la Constitución impone a los ciudadanos unos deberes jurídicos que, concretados por ley, se convierten en obligaciones específicas que pueden ser reclamadas bien por un particular, bien por la Administración. Así, el deber de defensa, constitutiva de lo que se denomina «contribución personal» frente a «contribución real» (relativa, fundamentalmente, al deber de abonar impuestos), se articulará según lo dispuesto por el Parlamento, ya a través de las obligaciones militares, ya por otra vía.

2.2. PERO, ¿QUÉ ES DEFENDER ESPAÑA?

2.2.1. La defensa militar

Defender España consiste en la facultad u obligación de los españoles para participar en la protección o auxilio de la nación, entendiéndose, al menos durante un largo período de tiempo, que esa participación se traduce exclusivamente en la forma que establezca la ley al regularla para el ámbito militar.

De hecho, hasta el año 2001, como desarrollo del artículo 30 CE, la ley establecía para los españoles dos tipos de obligaciones militares: la que debían realizar los varones mayores de edad en el denominado «servicio militar obligatorio», y la relativa a la imposición de acudir a filas cuando el Gobierno, ante una situación de enfrentamiento bélico o peligro de guerra, se viera compelido a movilizar a más personal militar del que estuviera en servicio activo.

En relación con esta última, la obligación de acudir a filas en caso de situación de guerra, el artículo 22 de la Ley 5/2005, de la Defensa Nacional, atribuye al Gobierno la facultad para establecer los criterios relativos a «la preparación y disponibilidad de los recursos humanos y materiales no propiamente militares para satisfacer las necesidades de la Defensa Nacional en situaciones de grave amenaza o crisis», concretando el artículo 29 que la aportación de estos recursos no militares se materializará (por el ministro de Defensa, según dispone el artículo 123.4 de la Ley 39/2007, de la carrera militar) «[...] de acuerdo con el derecho y el deber que los españoles tienen de defender a España», mediante la incorporación adicional de ciudadanos reservistas a la Defensa, de forma gradual y proporcionada a la situación de amenaza que sea necesario afrontar. Estos reservistas son definidos por el Real Decreto 383/2011 como «[...] españoles que, en aplicación del derecho y deber constitucionales de defender España, pueden ser llamados a incorporarse a las Fuerzas Armadas para participar en las misiones definidas en la Ley de la Defensa Nacional». Se trata, naturalmente, de situaciones excepcionales, pero que configuran, al menos en parte, lo que ha de considerarse incluido en el deber constitucional de defender España.

Por lo que se refiere al servicio militar obligatorio, este no fue objeto de debate en los trabajos preparatorios de la Constitución de 1978 fundamentalmente por dos motivos: porque no había formado parte de la reflexión programática de los partidos políticos, y porque el ambiente tampoco aconsejaba poner a prueba la paciencia del estamento militar en temas considerados sensibles. La mención constitucional al servicio militar obligatorio «[...] parece consecuencia del campo gravitatorio político de aquel momento», sugiere Aguilar (1991), quien, sin embargo, señala como un verdadero avance político-constitucional la incorporación al artículo 30.2 de la objeción de conciencia y la prestación social sustitutoria.

De lo que no cabe mucha duda es de que el servicio militar no se justificaba en las necesidades de la defensa nacional y de que su organización como sostén básico de los ejércitos no era el resultado de estudios sobre las amenazas exteriores. El argumento sobre su función alfabetizadora y formadora de profesionales era poco sostenible (¿significaba eso que el derecho-deber de defender España se traducía también en un derecho y una obligación a ser instruido por esa vía?) y más bien escondía otros fines menos confesables. Por ello, en el momento en que llevar adelante una estructura de llamamiento a filas comenzó a entorpecer la necesaria modernización que a las Fuerzas Armadas exigía la OTAN, fue haciéndose perentoria la necesidad de transformarlas en un ejército profesional. Casi veinte años después, este argumento no ha hecho más que confirmarse. No hay más que atender a los argumentos que en febrero de 2018 expuso el JEMAD para negar la posibilidad de restablecer el servicio militar obligatorio en España: más allá de las implicaciones presupuestarias que ello requeriría, resulta imposible que alguien se ajuste a las nuevas capacidades de las Fuerzas Armadas en el plazo de un mes (esta era la propuesta del presidente Macron en Francia), ya que lo que se busca actualmente es la especialización, así como el reforzamiento de capacidades, por ejemplo en el ámbito de la ciberseguridad.

Con todo, la obligación constitucional que era el servicio militar obligatorio dio lugar a uno de los debates en materia de derechos fundamentales más importantes de los años

ochenta, a saber, el que lo enfrentaba al también derecho constitucional a la objeción de conciencia y, por ende, al movimiento insumiso. Lo interesante de esta relación se manifestó, en primer lugar, en el hecho de que, siendo la objeción de conciencia una clara manifestación de la libertad de pensamiento —en sus manifestaciones ideológica o religiosa— que llevaba a oponerse a cualquier forma de violencia, la Constitución la ubicara en el artículo 30.2, fuera de la catalogación como derecho fundamental, aunque sí expresamente entre los derechos susceptibles de amparo constitucional (artículo 53.2). Una decisión formal del constituyente que permitió al Tribunal Constitucional realizar una interpretación restrictiva (acorde con la tardía legislación que en diciembre de 1984 reguló la figura) de la objeción de conciencia. En efecto, tras una primera jurisprudencia en la que calificó la objeción de conciencia como derecho fundamental por ser una concreción de la libertad ideológica contenida en el artículo 16 CE (STC 23/1982), en 1987 el Tribunal cambió su línea interpretativa y sostuvo que se trataba de un derecho constitucional autónomo, no fundamental, cuyo contenido consiste en que constituye una excepción al cumplimiento del servicio militar, servicio que equiparó de forma exclusiva y excluyente con el deber de defender España (SSTC 160 y 161/1987).

Esta interpretación obedeció, sin embargo, más a planteamientos políticos de corte conservador y restrictivo que a argumentos jurídico-constitucionales rigurosos. En 2015, el propio TC no tuvo problema en contradecir lo establecido en 1987 y más tarde en 1994 (STC 321/1994) para admitir como objeción de conciencia, «[...] que forma parte del contenido del derecho a la libertad ideológica (art. 16.1 CE)», la negativa de un farmacéutico a disponer en su establecimiento de la píldora del día después.

Sea como fuere, lo más sugestivo para la mirada que me interesa subrayar en este análisis es la consideración del «deber constitucional» que sustituye al servicio militar: la prestación social sustitutoria. Porque la realidad es que esta prestación constituye un deber, un deber constitucional que la legislación convirtió, como hizo con el servicio militar, en una obligación concreta. La pregunta que cabe hacerse llegados a este punto, poniendo en duda la conclusión del Tribunal Constitucional, es si esa obligación de realizar un servicio social sustitutorio puede comprenderse como una de las manifestaciones del derecho-deber de defender España o debe concebirse como una actividad que queda fuera de esa consideración. Dicho de otra manera: la pregunta es si caben formas de defender a la nación diferentes a las militares.

2.2.2. Otras amenazas: otra defensa, otro derecho-deber

La respuesta a la pregunta ¿cabén formas de defender a la nación diferentes a las militares? ha de ser afirmativa: la contribución a la defensa de España puede llevarse a cabo de diferentes maneras, no solo con las armas. En primer lugar, porque una lectura no sesgada del artículo 30 CE conduce sin dificultad a esa conclusión. El deber genérico de la defensa de España establecido en el párrafo primero del artículo 30 comprende todos los deberes cívicos para el servicio de la comunidad nacional, los cuales se diversifican, además de en el servicio militar, al menos en los deberes (autónomos conceptual e institucionalmente) que

regulan los números 2, 3 y 4 del mismo precepto, es decir, en la prestación social sustitutoria, en un posible servicio civil para el cumplimiento de fines de interés general (servicio que puede tener o no un contenido militar) y en los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública, todos ellos supuestos claros de defensa de la nación (Cámara, 1997: 738).

Otra pista que fundamenta una respuesta positiva a la cuestión planteada viene dada por la Ley de la Defensa Nacional. Esta, en su artículo 2 («Finalidad de la política de defensa»), establece:

«La política de defensa tiene por finalidad la protección del conjunto de la sociedad española, de su Constitución, de los valores superiores, principios e instituciones que en esta se consagran, del Estado social y democrático de derecho, del pleno ejercicio de los derechos y libertades, y de la garantía, independencia e integridad territorial de España. Asimismo, tiene por objetivo contribuir a la preservación de la paz y seguridad internacionales, en el marco de los compromisos contraídos por el Reino de España».

De modo que la política de defensa, es decir, el conjunto de acciones orientadas a defender España, se manifiesta en una variedad de actividades dirigidas a fines compartidos por otras políticas no consideradas estrictamente «de defensa», es decir, militares. En consecuencia, lo que hoy se considera «defender España» (proteger tanto su independencia e integridad territorial como el Estado social, es decir, el pleno ejercicio de los derechos y libertades) puede ser y es realizado también por sujetos de naturaleza no militar por medios diferentes a los militares. No quiere decirse que solo por ellos, pero sí que también por ellos.

En realidad, esta concepción de la defensa como algo compartido ya podía deducirse del artículo 8 CE, que atribuye a las Fuerzas Armadas la misión (las misiones) de «[...] garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional», funciones que, obviamente, cumplía y cumple en colaboración con otras instituciones, que también «defienden España». Sin embargo, a nadie se le escapa que, hasta hace poco (e incluso en la actualidad), los ejércitos han sido vistos (por otros y por ellos mismos) más como garantes de la independencia e integridad territorial que como protectores del ordenamiento constitucional. De hecho, los periodistas suelen preguntar intencionadamente a los militares de alto rango qué harían en caso de declaraciones de independencia o hipotéticas invasiones de una parte del territorio nacional (como si pudieran hacer algo diferente a lo que decidan sus superiores, es decir, el gobierno civil), pero nunca se dirigen a ellos en casos de graves recortes del Estado social o de limitación legal de libertades públicas, como si ello nada tuviera que ver con su función de protectores del ordenamiento constitucional.

La identificación de la defensa de España con la integridad territorial ha ido cambiando con la transformación que en los últimos años han experimentado los conceptos de seguridad y defensa. Esa transformación ha provocado, de entrada, el avance de dos cambios relevantes. Por un lado, la propia transformación de las Fuerzas Armadas (las cuales no se dedican solo, y ni siquiera principalmente, a la defensa de la soberanía y de la integridad territorial), así como la asunción de que hay otros actores, en este caso civiles, que también

contribuyen a esa defensa, digamos, clásica. Por otro lado, la comprensión de que existen otras vías para la defensa de la nación distintas a las utilizadas por las armas, y que estas, no violentas, también pueden utilizarse por los militares.

La globalización ha acarreado cambios políticos y sociales significativos, los cuales también se han reflejado en la modificación de lo que se percibe como un peligro o amenaza para la seguridad de los Estados. Partiendo de aquí, lo primero que hay que entender es que hoy las amenazas escapan a la lógica puramente militar, pues son en su mayoría transfronterizas, sus protagonizadas son actores no estatales y tienen un carácter transversal y fluido. De ahí que la Ley 36/2015, de Seguridad Nacional, advierta que los desafíos que la afectan «[...] revisten en ocasiones una elevada complejidad, que desborda las fronteras de categorías tradicionales como la defensa, la seguridad pública, la acción exterior y la inteligencia, así como de otras más recientemente incorporadas a la preocupación por la seguridad, como el medio ambiente, la energía, los transportes, el ciberespacio y la estabilidad económica». En definitiva, que el objeto protegido hoy por la defensa y la seguridad, los denominados «intereses nacionales», es hoy mucho más difuso que lo defendido hace años.

Por eso, no es extraño escuchar que los Estados protegen a sus ciudadanos —defienden a la nación— haciendo uso de las «3 D» (la Defensa, la Diplomacia y el Desarrollo), y que la perspectiva contemporánea de la seguridad debe ser necesariamente una perspectiva de carácter «integral». En efecto, en la actualidad los Estados son conscientes de que el poder y la fuerza (el enfoque puramente militar) no se traducen por sí mismos en seguridad, por lo que su aproximación a esta se realiza, o trata de realizarse, a través de una perspectiva omnicomprendensiva y multifuncional. Esta perspectiva se refiere, de una parte, a la necesidad de llevar a cabo acciones conjuntas y coordinadas por parte de los Estados para hacer frente con eficacia a los riesgos y amenazas globales más relevantes, y, de otra, asume un enfoque de la seguridad en el que se conjugan muchos elementos de diferente naturaleza; un enfoque en el que, como se ha comentado, la diplomacia, la inteligencia y la ayuda humanitaria comparten protagonismo con el enfoque puramente militar y policial. Se trata de un planteamiento comprensivo de la seguridad que reconoce tanto una permeabilidad fronteriza entre las distintas áreas tradiciones de la seguridad (exterior-interior) como un equilibrio entre sus dimensiones políticas, económicas, socioculturales y ambientales. Así, la Estrategia de Seguridad Nacional de 2013 definió la Seguridad Nacional como la acción del Estado dirigida a proteger la libertad y el bienestar de sus ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, así como a contribuir a la seguridad internacional en el cumplimiento de los compromisos asumidos.

Como puede comprenderse, esta nueva visión de lo que es la seguridad nacional —en realidad, algo confusa por su amplitud— tiene o ha de tener como consecuencia una diferente consideración de lo que definitivamente debe entenderse hoy por defender España. Defender España no solo puede consistir en participar en las respuestas a amenazas que requieran acciones de tipo militar. También debe incluirse en ese objetivo las actividades no militares orientadas a alcanzar los fines que la Ley de la Defensa Nacional consigna en su artículo 2, es decir, aquellas acciones dirigidas a proteger el Estado Social y Democrático de Derecho, sus principios y valores constitucionales y, fundamentalmente, promover y

defender el libre ejercicio de los derechos y libertades por las personas que se encuentran en territorio nacional, sean españoles o extranjeros.

Ciertamente, no puede confundirse la defensa de la nación con la protección, en general, de todo el ordenamiento jurídico, pues eso sería tanto como vaciarla de contenido. Y es claro también que, en sentido estricto, habrá de considerarse incluido en la defensa a la que hace referencia el artículo 30 CE todo aquello que el legislador designe como una acción comprendida en dicho precepto, y en principio no otra cosa. Sin embargo, a la vista de lo expuesto hasta ahora, e independientemente del reflejo legal que las mayorías parlamentarias decidan darle, creo que puede afirmarse que la noción de derecho-deber constitucional de defensa de la nación (que, como se ha visto, incluye la protección del Estado Social y Democrático de Derecho) está presente en todas aquellas actividades (individuales y compartidas) claramente dirigidas a la promoción, reivindicación y defensa del mismo, defensa tanto respecto del ataque que pueda sufrir por parte de otros Estados (por ejemplo, actos de vigilancia masiva o de *desinformación*), por parte de actores no estatales (grupos terroristas, organizaciones de criminalidad organizada) o por parte —debe subrayarse— del propio Estado.

En mi opinión, si ponemos en el centro de nuestro interés, de nuestra protección, el Estado constitucional, y no la seguridad en sí misma, resulta necesario asumir que una noción amplia de seguridad y defensa (de dicho Estado) exige correlativamente una noción amplia del derecho-deber de procurarla. Dicho de otro modo: si el mundo de la defensa y la seguridad reclama (con razón) su protagonismo en la protección de los derechos y las libertades de los ciudadanos, por tratarse tal protección de la propia defensa del Estado y la nación, parece lógico que quienes tradicionalmente han procurado la garantía de esos derechos y libertades (sean instituciones públicas o privadas) reclamen su inclusión y su espacio en el mundo de la defensa y la seguridad.

Esto tiene relevancia al menos en una cosa. Hasta ahora, este concepto integral de seguridad, «amplio y dinámico», del que venimos hablando no ha incorporado de forma expresa una mirada sobre los riesgos que la propia dinámica de la seguridad y la defensa puede suponer para la protección del orden constitucional y el Estado de Derecho. Es decir, se echa en falta esta idea: si es verdad que sin un Estado de Derecho fuerte no existe seguridad, pero también lo es que el Estado, en su legítima y debida acción para preservar la seguridad de los ciudadanos frente a las riesgos locales y globales, puede erosionar los fundamentos del propio orden constitucional y convertirse en una amenaza para la propia seguridad que pretende garantizar, entonces una visión integral de la seguridad debe tener muy presente el impacto que las respuestas estatales a las amenazas pueden producir sobre orden constitucional. En pocas palabras, en una visión integral de la defensa y la seguridad no debe perderse de vista que la propia seguridad puede convertirse en una amenaza, y que sin el Estado de Derecho y la garantía efectiva de los derechos fundamentales no existe «seguridad integral». Para garantizar la misma, los mecanismos que la Constitución establece para controlar los abusos del Estado adquieren todo su significado. En este marco, el derecho-deber de defensa de la nación (también frente a los excesos de las instituciones), es decir, la perspectiva ciudadana, resulta de vital importancia.

3. LA PERSPECTIVA CIUDADANA: LA CULTURA DE LA DEFENSA

Parece evidente que si el derecho-deber de defender España solo comprendiese lo establecido en el artículo 30 CE, su contenido se limitaría al cumplimiento de obligaciones militares o del servicio social sustitutorio (artículo 30.2) a un servicio civil para el cumplimiento de fines de interés general (artículo 30.3), o a prestaciones en determinados casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública. Todo ello del modo y manera en que el legislador estableciese. Así, esta interpretación estricta nos llevaría a deducir que defender España es, en la actualidad, lo que hacen los militares más los servicios realizados por los ciudadanos que establecen los párrafos 3 y 4 del artículo 30 (servicios no convocados hasta la fecha). Y a deducir, además, que una misma actividad (por ejemplo, acciones de *ciber-defensa*) forma parte de la defensa de España si la realizan los militares, pero no si la llevan a cabo civiles a los que legalmente, en virtud del mismo precepto, no se les ha atribuido esa función.

Sin embargo, esto no debe ser interpretado así. Probablemente, uno de los muchos artículos que habrían de ser reformulados en la tan necesaria reforma constitucional tendría que ser el artículo 30 CE. En el siglo de la globalización, el pacto constitucional que vertebró los Estados democráticos deberá incorporar, además de un objetivo por la paz acorde con las resoluciones de Naciones Unidas, una perspectiva de la defensa y la seguridad colectivas que afronte las verdaderas amenazas que ellos mismos sufren, entendiendo aquí por Estados no solo las superestructuras institucionales, sino también los colectivos de personas que en ellos viven.

Esta última perspectiva, la ciudadana, es vital, dado que el objeto de la seguridad es sin duda el Estado, pero también lo son, y principalmente, los ciudadanos. Ciertamente, es el Estado, asentado en sus instituciones, el que ha de procurar defensa y protección a su población. Pero deben ser los individuos los que, bien pertrechados con herramientas de control democrático sobre aquel, comprendan, acepten y dirijan (a través de sus representantes) modelos defensivos y de seguridad acordes con los valores constitucionales, con la garantía de sus derechos y libertades y con los compromisos e intereses estratégicos de España. Es lo que se entiende como poseer «cultura de defensa».

Esta mirada no es una idea nueva. La idea de «cultura de la defensa» tiene su origen en las Directivas de Defensa Nacional (DDN), documentos en los que se marcan los ciclos de planeamiento de la Defensa, es decir, la situación estratégica, las grandes líneas de la política de defensa, sus objetivos y directrices y los medios y recursos disponibles para alcanzarlos. En un principio, el enfoque con que se asumía la promoción de esa cultura iba dirigido a procurar cierto conocimiento y reconocimiento por parte de los ciudadanos de sus Fuerzas Armadas y a recabar el apoyo y compromiso con sus acciones, pero poco más. Así sucede en las primeras DDN públicas, en la de 1992 (antes había habido DDN en 1980, 1984 y 1986), y en la de 1996, en las que todavía no se menciona el concepto. Este se incorporaría en 2002, cuando, junto a la DDN 5/2002 fue aprobado el Plan Director de Cultura de Defensa, el cual, según sus propias palabras, nació con la intención de «[...] desarrollar los medios que ofrezcan a los ciudadanos responsables la oportunidad de agregar

a su cultura cívica la dimensión de la defensa». Más tarde, el concepto y la idea alcanzarán notoriedad en 2005, con la Ley de la Defensa Nacional, cuyo artículo 31 —«Cultura de Defensa»— dispone: «El Ministerio de Defensa promoverá el desarrollo de la cultura de defensa con la finalidad de que la sociedad española conozca, valore y se identifique con su historia y con el esfuerzo solidario y efectivo mediante el que las Fuerzas Armadas salvaguardan los intereses nacionales. Asimismo, el resto de los poderes públicos contribuirán al logro de este fin». Como se aprecia, este enfoque adolece de cierto cariz *sensibilizador*, en cierto modo propagandístico, poco claro, alejado todavía de una idea de cultura de defensa y seguridad (en 2005 esos conceptos ya no podían ser separados de forma tajante) más moderna, más madura y democrática.

En la actualidad —concretamente, desde 2011—, se aprecia un paso más. Las denominadas «estrategias de seguridad» incorporan al ciudadano como elemento interesado en los planeamientos relativos a la seguridad y la defensa. En esa línea, la Estrategia Española de Seguridad, de 2011, incorporaba como subtítulo «Una responsabilidad de todos», la de Seguridad Nacional de 2013 llevaba el nombre de «Un proyecto compartido», y la vigente de 2017 lleva por título «Un proyecto de todos y para todos». La DDN de 2012 afirma con claridad que «[...] la defensa de España debe ser asumida por todos los españoles como asunto de especial trascendencia, de la que depende, junto a la independencia, la soberanía y la integridad territorial, la paz, la libertad, el respeto a nuestros intereses y a nuestra propia prosperidad. Una defensa eficaz exige la participación ciudadana, única fórmula para otorgarle continuidad y profundidad a las políticas». Y el artículo 8 de la Ley de Seguridad Nacional dispone que «[...] el Gobierno, en coordinación con las Comunidades Autónomas, establecerá mecanismos que faciliten la participación de la sociedad civil y sus organizaciones en la formulación y la ejecución de la política de Seguridad Nacional». De lo que fácilmente se deduce que esa participación ciudadana ha de constituir el sentido básico de lo que actualmente hemos de entender por el derecho y deber de defender España.

Sin embargo, en relación con esta última fase, en principio más cercana a lo que se espera de una actualización de lo que debamos asumir con la seguridad y defensa de la nación, han de plantearse dos consideraciones. La primera es que, pese a que la ESN, en su presentación y aspectos teóricos, atribuye un aparente protagonismo a los derechos y libertades de los ciudadanos, la realidad es que a lo largo del texto desaparece toda mención a los mismos. Esto es importante, en la medida en que resulta notorio que las mismas herramientas que se articulan para responder a los peligros y amenazas a la seguridad pueden ser, ellas mismas, vulneradoras de los derechos y libertades que están destinadas a proteger (piénsese en medidas antiterroristas que afectan a la privacidad de la ciudadanía o en la misma declaración del estado de alarma en la crisis del COVID-19). La segunda consideración es que, a diferencia de lo que sucede con la educación, la sanidad o el trabajo, lo cierto es que no existe en España un debate público, siquiera embrionario, sobre la política de defensa y seguridad. Tampoco una línea de información al ciudadano que lo ponga en condiciones de opinar crítica, constructiva y acertadamente sobre ella, que lo mantenga en condiciones de participar con plena conciencia, de apoyar o rechazar unas estructuras y unos modelos defensivos y de seguridad u otros, en definitiva, de ejercer plenamente su derecho y deber

de defender la nación. Las noticias sobre la elaboración de textos educativos para la educación primaria que refuercen la imagen de las Fuerzas Armadas (una iniciativa de 2018 del Gobierno popular, a instancia de la Comisión de Defensa del Senado, dirigida a facilitar a los alumnos información para que puedan llevar a cabo los derechos recogidos en el artículo 30 de la Constitución, entre ellos «el derecho y el deber de defender a España»), así como la identificación de la cultura de la defensa con la reciente disposición de una Plan de subvenciones para financiar programas destinados a que los españoles «[...] se identifiquen con su historia y con el esfuerzo solidario de las Fuerzas Armadas salvaguardando los intereses nacionales», nos hacen retroceder en este sentido varias décadas.

4. CONCLUSIÓN

La transformación que el mundo de la defensa y la seguridad ha experimentado en los últimos años obliga a realizar una revisión a fondo del derecho-deber de defender España. Este se ha ido desembarazando poco a poco de la comprensión propia de la coyuntura de la Transición, que lo constreñía a un sentido antiguo, preconstitucional, el que reservaba la «defensa de la nación» a la defensa de las fronteras y a la actividad puramente militar. La Constitución, el sistema democrático, la aplicación de los derechos y libertades fundamentales, la objeción de conciencia al servicio militar, la desobediencia civil, la incorporación de España a la OTAN, la profesionalización de las Fuerzas Armadas, la suspensión de la *mili*, y el propio cambio que en el marco de un mundo global han experimentado los riesgos y amenazas a la seguridad nacional, aconsejan llevar a cabo una revisión de lo que ha de entenderse por «defender España» más allá del limitado marco que dibuja el artículo 30 CE.

Lo cierto es que el variable (por intercambiable en muchas ocasiones) contenido que por el legislador, los poderes públicos y la propia realidad cambiante se atribuye a los términos que en la actualidad dibujan el nuevo contexto —peligros, riesgos, amenazas, seguridad nacional, defensa nacional, seguridad interior, seguridad exterior, cultura de defensa, cultura de seguridad; actores de la seguridad, herramientas y actividades para obtenerla, objetivos y fines...— resta claridad a lo que, en sentido estricto, deberíamos entender por «defender España». Sin embargo, esta ausencia de precisión no debería permitir ni un uso vacío o meramente propagandístico de los conceptos ni un uso interesado en la justificación de cualquier medida contraria al ordenamiento jurídico, concretamente a la efectividad de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

La llamada a la participación ciudadana, así como la extensión de la cultura de la seguridad y la defensa, no pueden desembocar en un concepto de la defensa nacional como figura para uso interesado, partidista, emotivo e irracional. El contenido del derecho y deber de defender España, como derecho y deber constitucional, debe alinearse con aquellas acciones de los particulares dirigidas a proteger el ordenamiento constitucional de las amenazas y los ataques que actores estatales (y aquí está incluido el propio Estado con sus

decisiones, normativas y ejecutivas) y no estatales dirijan contra el Estado social y democrático de Derecho, poniendo en peligro el sistema constitucional.

Digamos, en conclusión, que, por eso mismo, una buena cultura de seguridad y defensa (informada, transparente, debatida) llevará aparejada una conciencia social de defensa, es decir, la comprensión por los ciudadanos de la importancia de esta en la protección de la sociedad, de sus intereses y de sus valores. Con todas sus consecuencias. Y que dará contenido a lo que debe empezar a comprenderse como el derecho-deber de defender España en el siglo XXI.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR, Miguel Angel (1991): «Las obligaciones militares de los españoles», *El País*, 7 de octubre de 1991 [en línea] <https://elpais.com/diario/1991/10/07/espana/686790012_850215.html>.
- ALZAGA, Oscar (2017): *Derecho político español según la Constitución de 1978*, t. II, Madrid: UNED.
- AZANA, Manuel (2007): *Obras completas*, v. 3, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BLANCO VALDÉS, Roberto (1988): *La ordenación constitucional de la defensa*, Madrid: Tecnos.
- CÁMARA VILLAR, Gregorio (1997): «El conflicto de los insumisos (reflexiones y propuestas sobre la objeción de conciencia y la insumisión en España)», en *Estudios de Derecho Público (Homenaje a J.J. Ruiz Rico)*, Madrid: Tecnos, 726-756.
- CASADO BURBANO, Pablo (1986): *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (2012): «Sobre el concepto de deber constitucional y los deberes en la Constitución de 1978», *Pensamiento Constitucional*, 16, 55-86.
- DORLIN, Elsa (2017): *Autodefensa. Una filosofía de la violencia*, Navarra: Txalaparta.
- ESPÍN TEMPLADO, Eduardo (2016): «Los deberes constitucionales», en *Derecho Constitucional I*, Valencia: Tirant lo Blanch, 179-190.
- FERNÁNDEZ BASTARRECHE, Fernando (1978): *El ejército español en el siglo XIX*, Madrid: Siglo XXI editores.
- FLORES GIMÉNEZ, Fernando (2012): «Las Fuerzas Armadas y la Constitución española de 1978», en *Actas del Congreso del V Congreso de Historia de la Defensa*, Madrid: Instituto Universitario Gutiérrez Mellado.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y Fernando FLORES GIMÉNEZ (2018): «Seguridad y derechos: una propuesta metodológica», en J.L. González Cussac y F. Flores Giménez (coords.), *Seguridad y derechos: análisis de las amenazas, evaluación de las respuestas y valoración del impacto en los derechos fundamentales*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- OLIVER ARAUJO, Joan (1994): «El deber constitucional de defender a España», en F. Fernández Segado (ed.), *El servicio militar: aspectos jurídicos y socio-económicos*, Madrid: Dykinson.
- PAYNE, Stanley (1986): *Los militares y la política en la España contemporánea*, París: Ruedo Ibérico.
- SERRA, Narcís (2008): *La transición militar*, Barcelona: Debate.
- VARELA DÍAZ, Santiago (1982): «La idea de deber constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 4, 69-96.

Fecha de recepción: 5 de marzo de 2020.

Fecha de aceptación: 28 de abril de 2020.

EL RECONOCIMIENTO DE LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE POR LOS TRIBUNALES

RECOGNITION OF MULTIPLE DISCRIMINATION BY THE COURTS

Rosario Serra Cristóbal

Catedrática de Derecho constitucional

Universitat de València (España)

RESUMEN

Este trabajo analiza la recepción del concepto de discriminación múltiple por parte de los tribunales. En primer lugar, haremos referencia a casos en los que la confluencia de diversos factores discriminatorios era evidente y, sin embargo, ninguna de las partes, tampoco el juez, alegó discriminación múltiple. Identificaremos, asimismo, supuestos en los que, si bien al menos alguna de las partes en el proceso o el propio juez han alegado la circunstancia de la discriminación multicausal, los tribunales han resuelto el caso focalizando el análisis en una sola de las causas de discriminación, negando que existiera multidiscriminación o rechazándola por considerar que no estaba prevista legalmente la posibilidad de combinar dos motivos de discriminación. También se verán asuntos en los que, afortunadamente, la confluencia de causas discriminatorias ha sido aceptada por los tribunales, tendencia que marca una tenue evolución de la jurisprudencia hacia el reconocimiento de la discriminación múltiple como una forma singular de discriminación y, por lo tanto, hacia la efectiva lucha contra la misma

PALABRAS CLAVE

Discriminación múltiple, discriminación interseccional, doble discriminación, Derecho antidiscriminatorio, jurisprudencia antidiscriminatoria, igualdad.

ABSTRACT

This paper analyses how the concept of multiple discrimination has been recognised by the courts. It refers to cases where the confluence of various discriminatory factors was evident and yet none of the parties, nor the judge himself, alleged multiple discrimination. We will find cases in which at least one of the parties to the proceedings or the judge himself has alleged the circumstance of multi-causal discrimination, but the courts have judged the case by focusing the analysis on only one of the alleged cases of discrimination, or by denying the existence of multi-causal discrimination, or rejecting it on the grounds that the possibility of combining two grounds of discrimination was not legally provided for. And we will also see cases in which the confluence of discriminatory cases has fortunately been recognized by the courts as part of the same item, which points to a slight evolution in jurisprudence in the recognition of multiple discrimination as a unique form of discrimination and, therefore, to the effective fight against it.

KEY WORDS

Multiple discrimination, intersectional discrimination, double discrimination, anti-discrimination Law, anti-discrimination case law, equality.

DOI: doi.org/10.36151/td.2020.008

EL RECONOCIMIENTO DE LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE POR LOS TRIBUNALES

Rosario Serra Cristóbal

Catedrática de Derecho constitucional
Universidad de València (España)

Sumario: 1. Introducción. 2. Un apunte sobre las previsiones normativas en materia de interseccionalidad. 3. La discriminación múltiple ante los tribunales. 3.1. Escaso pero progresivo reconocimiento de la discriminación múltiple en sede judicial. 3.2. Cuando nadie alega en el proceso discriminación múltiple a pesar de que concurren sus elementos. 3.3. El no reconocimiento de la multidiscriminación como una forma singular de discriminación. 3.4. La admisión jurisprudencial de la interseccionalidad. 4. Reflexión final. Notas. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

Se ha señalado que la discriminación múltiple y la interseccionalidad constituyen una de las mayores contribuciones conceptuales del feminismo en los últimos veinticinco años (La Barbera, 2016). Esta elaboración teórica representa un peldaño adicional en la construcción del Derecho antidiscriminatorio, un Derecho en permanente revisión.

I. Cuando hablo de interseccionalidad, me estoy refiriendo con carácter amplio a ese conjunto de situaciones de discriminación que la doctrina ha catalogado bajo conceptos diferentes, entre ellos «discriminación múltiple», «doble discriminación», «discriminación interseccional», «discriminación compuesta», «discriminación multiseccional», «discriminación multidimensional», «discriminaciones superpuestas o solapadas», «discriminaciones aditivas», etc. Sin perjuicio de que más abajo introduciré una distinción conceptual para aclarar nociones concretas, debe advertirse que en este trabajo se designará a todas ellas conjuntamente utilizando de manera indistinta las expresiones «discriminaciones múltiples» y «discriminaciones interseccionales», dado que son las más extendidas.

Los individuos multidiscriminados son aquellos en los que, junto al hecho de pertenecer a un grupo en riesgo de ser discriminado, concurre otro factor discriminatorio adi-

cional. Por ejemplo, los inmigrantes discapacitados, las mujeres discapacitadas, las mujeres romaní, las extranjeras que ejercen la prostitución, los inmigrantes de color o de la etnia romaní, etc. Ello les coloca en una especial situación de vulnerabilidad o de dificultad para disfrutar de sus derechos en condiciones de igualdad. En no pocas ocasiones, se produce incluso la concurrencia de más de dos factores discriminatorios, circunstancia que incrementa aún más su riesgo de exclusión.

La concepción de discriminación múltiple tiene un marcado origen anglosajón, pues fue en Estados Unidos, en el Reino Unido y en Canadá donde se publicaron los primeros trabajos en los que se consideraba la tesis de que un individuo podía pertenecer simultáneamente a varios grupos en desventaja y sufrir, por ello, formas agravadas y específicas de discriminación.

La discriminación múltiple es una realidad que se produce desde antaño, pero que, desde el punto de vista jurídico, no ha sido objeto de la atención que sí han recibido otros tipos de discriminación (Rey Martínez, 2008). De hecho, se ha señalado que los instrumentos clásicos del Derecho antidiscriminatorio (la distinción conceptual entre discriminación directa e indirecta y el más relevante desde el punto de vista político: la acción afirmativa o positiva) adolecen de notables limitaciones a la hora de responder a muchas otras realidades discriminatorias, entre ellas, singularmente, la discriminación interseccional (Barrère, 2010: 226).

La primera formulación de este concepto se debe a Kimberlé Crenshaw (1989). Desde entonces, los diferentes estudios sobre la interseccionalidad han contribuido al reconocimiento de la complejidad de los procesos formales e informales que generan las desigualdades sociales. La jurista feminista estadounidense constituye un referente incuestionado en materia de discriminación múltiple o discriminación interseccional. Crenshaw se refirió a este nuevo concepto en el marco del estudio de la discriminación sufrida por las mujeres de raza negra en Estados Unidos y dirigió su crítica al Derecho antidiscriminatorio dominante construido sobre ejes aislados de discriminación (raza y género). La autora trató de subrayar que, en los casos de discriminación racial, la discriminación se visualiza en los varones negros, mientras que, en los casos de discriminación sexual, la discriminación se focaliza tradicionalmente en las mujeres blancas. Crenshaw pretendía poner de manifiesto la falta de interacción de ambos factores en el caso de las mujeres negras y, con ella, su exclusión de las teorías feministas y de las políticas antirracistas. Para Crenshaw, esta realidad no puede resolverse mediante la inclusión de las mujeres negras en alguna de las estructuras discriminatorias ya establecidas, debido a que la experiencia de la interseccionalidad genera un resultado discriminatorio más grave que el que resulta de la suma del racismo y el sexismo. Se trata de una situación discriminatoria singular y agravada.

Desde entonces, el esfuerzo por definir y desarrollar el concepto de discriminación múltiple ha sido asumido por autores de diversas áreas del conocimiento (entre otras, la Sociología, la Ciencia Política o el Derecho y, dentro de este último, por diversos sectores del mismo). En la doctrina constitucionalista española, Fernando Rey fue uno de los pioneros; el autor se ha hecho eco en sus publicaciones de numerosos precedentes foráneos y ha aportado sus propias conclusiones sobre las teorías antidiscriminatorias (Rey

Martínez, 2008). Asimismo, han sido fundamentales las aportaciones realizadas desde otras disciplinas del Derecho, entre ellas las de M. Ángeles Barrère, Dolores Morondo o María José Añón.

La evolución del concepto de discriminación múltiple ha llevado a distinguirlo del de discriminación interseccional. Así, Makkonen diferencia la *discriminación múltiple*, que se produce cuando una persona es discriminada por varios factores distintos que operan en un mismo momento (raza, sexo, discapacidad...) y la *discriminación interseccional*, que tiene lugar cuando varios factores de discriminación *interactúan* simultáneamente, interconexionando entre ellos y produciendo una forma singular de discriminación (Makkonen, 2002). En definitiva, la discriminación interseccional no solo se refiere a la discriminación basada en diferentes motivos, sino que atiende a la concurrencia simultánea de diversas causas de discriminación que pueden tener un efecto sinérgico, más intenso que la simple suma de varias formas de discriminación que, combinadas, generan un tipo particular de discriminación.

Fernando Rey ilustra la discriminación interseccional recurriendo al ejemplo de las mujeres gitanas, colectivo en el que el trato desigual es el resultado de la combinación entre el género y la adscripción étnica. La mujer gitana sufre un tipo de discriminación específica, distinta a la que sufre el hombre gitano o a la que padecen las mujeres no pertenecientes a esta etnia. Es más, incluso son discriminadas dentro de su propio colectivo, pues dentro del núcleo familiar son las últimas que acceden a la educación, a la formación y al ámbito laboral regularizado (Rey Martínez, 2008).

Se ha señalado que, además de una aproximación al concepto de interseccionalidad o discriminación múltiple vinculada a la identidad de los sujetos que la padecen o como resultado de una acción individual, también puede realizarse un acercamiento a la cuestión desde el enfoque estructural, perspectiva que se centra de modo más específico en las dinámicas de poder (por ejemplo, los sistemas de opresión como el patriarcado o el racismo) (Ghidoni, 2018). Se trata de unos procesos que asignan poder y privilegios a algunos colectivos y que se traducen en la exclusión y subordinación sistemática de otros grupos sociales. Según esta segunda visión, los sistemas de poder que conducen a determinados grupos o individuos a esa situación están interconectados. Si ello es así, la única estrategia valiosa para contrarrestarlos es reconocer su existencia y enfrentar a ambos conjuntamente, tratar de desmantelarlos (Ghidoni, 2018:107). Desde este enfoque, pues, la atención a la multidiscriminación debe centrarse en las jerarquías sociales más que en las acciones concretas que provocan la multidiscriminación. Si atendemos a esta perspectiva, y pese a que muchas veces se utilicen como sinónimos discriminación múltiple y discriminación interseccional, ambos conceptos podrían distinguirse, pues la teorización de la primera no enfatiza la interconexión entre las distintas formas de discriminación, mientras que el concepto de discriminación interseccional sí lo hace, identificando nuevas y más acusadas situaciones de opresión. La terminología de la discriminación interseccional explica mejor ese proceso, permite visibilizar todas las formas de opresión y concienciar a la sociedad sobre el tema (Cavalcante Carvalho, 2018: 15).

II. Decíamos al comienzo que la discriminación múltiple constituye una de las mayores contribuciones del feminismo porque, en gran parte de los casos, uno de los factores de discriminación que concurren es el sexo, el hecho de ser mujer. En términos porcentuales, los individuos afectados por una discriminación múltiple son, principalmente, mujeres (Burri y Schiek, 2009: 5)¹. Ello demuestra nuestra hipótesis de que, en muchos de los supuestos en los que una mujer es discriminada, el sexo es solo uno de los factores discriminatorios —lo cual ha patentizado una realidad secular, aunque reconocida solo recientemente, en la que, lamentablemente, las mujeres vuelven a ser las protagonistas²—. Y ha aportado un argumento más al discurso feminista: en las últimas décadas, la noción de discriminación múltiple se ha convertido en un concepto clave en los estudios feministas de habla inglesa (La Barbera, 2016: 104). Como se ha apuntado más arriba, esta nueva aproximación teórica ha venido a dar respuesta a una realidad para cuyo análisis no eran suficientes otros conceptos más clásicos como la discriminación directa, la discriminación indirecta o las acciones positivas.

Tanto en el Derecho supranacional como en el nacional, la tendencia tradicional ha consistido en abordar los supuestos de discriminación desde una sola variable: el sexo, la raza, las creencias o cualquier otra. Así, por ejemplo, normalmente la lucha contra la discriminación por razón de sexo se ha acometido exclusivamente desde esa única perspectiva: el género (Uccellari, 2008: 24). Excepción hecha de algunos casos puntuales, en la mayoría los países europeos el concepto jurídico de multidiscriminación ha presentado normalmente tintes muy débiles (Burri y Schiek, 2009: 11-13). Consecuentemente, el análisis realizado bajo la óptica de un solo factor de discriminación ha sido la tónica general en la política antidiscriminatoria.

Aunque esto es cierto, no lo es menos que, desde hace ya unos años, ha empezado a ponerse de relieve la inadecuación de esta perspectiva para dar solución a muchas situaciones discriminatorias por razón de sexo (u otros factores), lo que ha coadyuvado a la apertura de nuevos enfoques en las teorías feministas. En este trabajo quisiera subrayar el modo en que esa realidad ha ido cambiando. Acaso sea ya posible hablar de una nueva orientación en la interpretación del derecho a no ser discriminado que incorpora la multidiscriminación, tendencia que ha comenzado a ser acogida tenuemente por el legislador —y, de forma mucho más sólida, por la doctrina—, pero que también se ha reflejado en la aplicación de tal concepto por parte de los tribunales. A lo largo de este trabajo se analizará un elenco de decisiones jurisprudenciales que en modo alguno pretende ser exhaustivo; se trata, simplemente, de exponer, a título de ejemplo, un conjunto de fallos recaídos en casos que tienen especial interés para la cuestión que nos ocupa.

2. UN APUNTE SOBRE LAS PREVISIONES NORMATIVAS EN MATERIA DE INTERSECCIONALIDAD

Analizar extensamente la presencia de la interseccionalidad en el Derecho antidiscriminatorio a escala nacional y supranacional escapa a los objetivos de este trabajo —y, resulta-

ría, de todos modos, una tarea inabarcable—. No obstante, no podemos dejar de hacer una breve mención al progresivo reconocimiento que ha ido adquiriendo este tipo de discriminación. Si lo que pretendemos analizar principalmente es la recepción jurisprudencial del concepto de discriminación múltiple, no cabe duda de que la existencia de una normativa previa que incluya tal figura constituye un elemento esencial en su reconocimiento por parte de los tribunales.

I. Por lo que respecta al ámbito supranacional, la realidad de la discriminación múltiple, situación que afecta especialmente a las mujeres, ha sido reconocida tardíamente. La interseccionalidad aparecía muy tímidamente en los textos normativos internacionales como la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 (CEDAW), que en su parte expositiva reconoce la influencia de la pobreza en el incremento de la discriminación contra la mujer y establece su vinculación con otros fenómenos como el racismo. En todo caso, el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, en su Resolución nº 18 de 1991 sobre las mujeres discapacitadas, utilizó el término «doble discriminación», aunque fue la Resolución nº 19 (1995) la que abordó de manera más abierta la problemática de la interseccionalidad³. El cambio de paradigma se observó de forma más clara a partir de la Conferencia contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y la Intolerancia celebrada en Durban en 2001. La Declaración de Durban introdujo el concepto de «discriminación múltiple» para referirse a motivos conexos que agravan la discriminación basada en la raza, el color, linaje o el origen nacional o étnico.

Desde entonces, no son pocos los textos dictados en el marco de Naciones Unidas en los que el concepto que aquí es objeto de análisis ha anidado. Por poner un ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de la ONU señaló en 2003 que «[...] la discriminación contra las mujeres está a veces acompañada de discriminación por otra causa como la raza, color, lengua, religión, política o ideológica, nacional o de origen social, pobreza, nacimiento u otro estatus»⁴. Igualmente, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006) reconoce que las mujeres y los niños con minusvalías tienen que hacer frente a múltiples formas de discriminación por razón no solo de esta condición, sino también por su género, edad u otros factores⁵.

En la Unión Europea, el preámbulo de la Directiva del Consejo (2000), relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, indica que la Comunidad debe «[...] proponerse la eliminación de las desigualdades y fomentar la igualdad entre hombres y mujeres, máxime considerando que, a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples». La Estrategia marco de la UE contra la discriminación y por la igualdad de oportunidades para todos, de 1 de junio de 2005, hace referencia a la necesidad de «[...] tener en cuenta el hecho de que algunas personas pueden sufrir discriminaciones múltiples por varios motivos».

En 2006, la Comisión Europea encargó a un grupo de expertos en derecho a la igualdad la elaboración de un informe sobre el tema, texto que vio la luz en julio de 2009 bajo el título *Multiple discrimination in EU Law. Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination* (Burri y Schiek, 2009). Se encomendó al grupo de expertos el estudio

de soluciones legales para luchar contra la discriminación de las mujeres basada en más de una causa. De nuevo, quedó en evidencia que la UE era consciente de que, en el fenómeno de la multidiscriminación, el «factor mujer» tiene un peso específico y su presencia es mayoritaria. En sus conclusiones, el informe puso de manifiesto que el hecho de que existan personas que sufren discriminación por razón de diversas causas genera en ellas un efecto de exclusión más acentuado, circunstancia que constituye un punto de partida para la articulación de nuevas políticas comunitarias contra la discriminación. Para el grupo de expertos, era necesario ese impulso normativo comunitario para incentivar políticas nacionales en el mismo sentido. Es más, algunos de ellos recurrieron al principio de subsidiariedad para defender la tesis de que el mejor modo de alcanzar mayores logros en la política antidiscriminatoria es su regulación en el ámbito supranacional.

En esa senda ha de ubicarse también el trabajo que el Parlamento Europeo viene realizando en defensa de la igualdad. Así, en su Resolución de 2 de abril de 2009 (Resolución A6-0149/2009), sobre la Propuesta de Directiva sobre el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual (COM (2008)0426-C6-0291/2008-2008/0140 (CNS)), formulaba diversas enmiendas para que se tuviera en consideración la discriminación múltiple. En particular, planteaba que «[...] los procedimientos jurídicos nacionales deben garantizar que un demandante pueda exponer todos los aspectos de una demanda por discriminación múltiple en un único procedimiento» (enmienda 23). Y en la enmienda 37 proponía la siguiente definición de discriminación múltiple en relación con la Directiva:

«Existirá discriminación múltiple cuando la discriminación se base:

- a) en una combinación de los motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad, y orientación sexual, o
- b) en uno o varios de los motivos contemplados en el apartado 1 y también en uno o varios de los motivos siguientes:
 - i. en el sexo (cuando la situación denunciada pertenezca al ámbito material de aplicación de la Directiva 2004/113/CE y de la presente Directiva),
 - ii. en el origen racial o étnico (cuando la situación denunciada pertenezca al ámbito de aplicación de la Directiva 2000/43/CE y de la presente Directiva), o
 - iii. en la nacionalidad (cuando la situación denunciada pertenezca al ámbito de aplicación del artículo 12 del Tratado CE)»

Un paso ulterior en la implementación de la interseccionalidad en la UE se produjo con la resolución del Parlamento Europeo de 2013 sobre mujeres con discapacidad (2013/2065/INI), texto que reconocía que las mujeres con discapacidad están expuestas a discriminaciones múltiples que derivan de la desigualdad de género, edad, religión, etc., estereotipos relativos a la discapacidad que necesitan ser enfrentados⁶. Lo mismo sucedió en la Resolución de 2014 sobre violencia contra las mujeres (2013/2004/INL) o en la Resolución del mismo año sobre explotación sexual y prostitución (2013/2013/INI).

En otros marcos regionales, como el interamericano, debe destacarse que la perspectiva interseccional ya fue recogida en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994) como un criterio interpretativo relativo a las obligaciones internacionales de los Estados⁷. Según este texto, condiciones como la raza

o la migración pueden incrementar la vulnerabilidad de las mujeres tanto en su condición de víctimas potenciales de la violencia como en su percepción diferenciada de la misma en función de la etapa del ciclo vital, las capacidades diversas o la ubicación socioeconómica.

II. En el ámbito doméstico, los ordenamientos jurídicos de algunos Estados (Austria, Alemania, Italia, Polonia, Rumanía, Reino Unido o Grecia) aluden a la posibilidad de que la discriminación pueda estar basada simultáneamente en más de un motivo o, al menos, recuerdan a los poderes públicos su deber de llevar a cabo acciones positivas que aborden el problema de la múltiple discriminación. Es el caso de Bulgaria y España.

Efectivamente, en España se ha progresado en este terreno. No solo se ha iniciado el camino de la lucha contra la discriminación entre mujeres y hombres desde una perspectiva transversal, sino que el concepto «doble discriminación» se ha abierto paso en el marco legislativo. Se trata de un concepto nuevo en nuestro ordenamiento que fue incorporado en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y que cuenta con escasos precedentes doctrinales. Como es sabido, en España el concepto ha sido estudiado recientemente solo por los sociólogos (Beyoda, 2000; David, 2004; Ramos Quintana, 2006; Malo Ocaña, 2007) y, mucho más limitadamente, por la doctrina jurídica (Rey Martínez, 2008; Barrère y Morodo, 2011; Serra Cristóbal, 2013). La Ley 3/2007 declara que la realidad demuestra que, al hecho de pertenecer al sexo femenino, muchas veces se añaden condiciones o circunstancias que generan situaciones adicionales de vulnerabilidad en las mujeres. Esta situación exige la adopción de medidas particulares para estos casos, medidas que deben tomar en consideración ese doble (o múltiple) condicionante que erosiona notablemente el acceso de la mujer a sus derechos en plenas condiciones de igualdad⁸.

El mismo camino se ha seguido en el ámbito autonómico: muchas leyes de igualdad regionales han asumido el concepto de multidiscriminación de la ley de igualdad estatal.

3. LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE ANTE LOS TRIBUNALES

3.1. ESCASO PERO PROGRESIVO RECONOCIMIENTO DE LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE EN SEDE JUDICIAL

Uno de los elementos que puede fomentar la adecuada salvaguarda de los derechos de las mujeres multidiscriminadas es la consolidación legal y jurisprudencial del propio concepto de discriminación múltiple. Ahora bien, solo si existe un adecuado conocimiento del fenómeno y la mentada discriminación se mantiene como figura jurídica autónoma, la respuesta judicial frente al fenómeno podrá desplegarse en toda su integridad.

Como se ha señalado al respecto, «[...] debido a que el origen del Derecho antidiscriminatorio está muy vinculado a la producción jurisprudencial, existe una cierta tendencia a judicializarlo, es decir, a vincularlo al proceso aplicativo del Derecho, con todo lo que ello conlleva de reduccionismo (de individuación o conversión a “casos”) en el tratamiento jurídi-

co de la discriminación» (Barrère, 2010: 227; Barrère y Morondo 2011: 38 y 39). Ese peligro se cierne sobre la figura de la discriminación múltiple, cuyo desarrollo conceptual, e incluso legislativo, ha avanzado mucho más que su aplicación jurisprudencial.

En todo caso, también es cierto que hay muchos países en los que, aunque no incluyen en su normativa el concepto de discriminación múltiple ni directa ni indirectamente, el abordaje jurídico del fenómeno se ha producido a través de la jurisprudencia. A pesar de que determinado ordenamiento no reconozca legalmente la discriminación interseccional, ello no implica que no pueda presentarse un caso ante los tribunales en el que se alegue más de una causa de discriminación. De todos modos, cabe insistir en que la recepción legal de la figura de la discriminación múltiple unida a un enraizado desarrollo doctrinal de tal concepto coadyuvan a una mejor aplicación y reconocimiento de la misma, eliminan barreras a la hora de alegar circunstancias de tal naturaleza ante los tribunales y contribuyen a garantizar la protección los derechos del justiciable que se encuentra en una situación singular.

Si echamos un vistazo al tratamiento jurisprudencial de la discriminación múltiple, veremos respuestas judiciales de todo tipo, si bien, en todo caso, hay que remarcar que, en términos porcentuales, son escasas. Cabe aludir a casos concretos en los que, aunque la confluencia de diversos factores discriminatorios era evidente, ni las partes ni el propio juez alegaron discriminación múltiple. Encontraremos, asimismo, supuestos en los que, al menos por alguna de las partes o por el propio juez, se ha alegado la circunstancia de la discriminación multicausal y, sin embargo, los jueces han resuelto focalizando el análisis únicamente en una de las causas de discriminación alegadas, negando directamente que existiera multidiscriminación o rechazándola por considerar que la posibilidad de combinar dos motivos de discriminación carecía de apoyatura legislativa. No obstante, también hay ejemplos en los que, afortunadamente, la confluencia de diversos factores discriminatorios ha sido reconocida por el órgano judicial. A este respecto, hemos de felicitarnos por el dictado de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *B.S. vs. España*, de 24 de julio de 2012, que por primera vez reconoció una discriminación desde el punto de vista interseccional en el marco del Consejo de Europa, o por las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Desde el punto de vista estatal, los recursos judiciales presentados por doble o múltiple discriminación han sido escasos y han recibido una respuesta insuficiente por parte de los tribunales, excepto en EE. UU., Canadá, Irlanda y Reino Unido. En estos países, los tribunales llevan años reconociendo la existencia de una doble discriminación, aunque los criterios para determinar si se trata de una discriminación interseccional o una discriminación aditiva no han sido demasiado claros.

3.2. CUANDO NADIE ALEGA EN EL PROCESO DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE A PESAR DE QUE CONCURREN SUS ELEMENTOS

Más arriba se ha dicho que, tradicionalmente, los tribunales han tendido a abordar los supuestos de discriminación a partir de una sola variable: el sexo, la raza, las creencias o cualquier otra. Durante mucho tiempo, esta tendencia ha conducido a plantear estratégica-

mente los procesos judiciales en los que concurre una discriminación desde esa perspectiva monocausal, sin que las partes planteen la concurrencia de la multidiscriminación ni el juez contemple esa posibilidad, ello incluso en procesos en los que había elementos evidentes para que el caso hubiera podido ser analizado bajo ese prisma.

Si analizamos la jurisprudencia española, tanto ordinaria como constitucional, observaremos que no se ha contemplado la discriminación múltiple como un supuesto específico, ello a pesar de que los tribunales han tenido que decidir sobre casos en los que concurrían más de un factor discriminatorio.

Fernando Rey propuso como ejemplo más destacado el llamado *caso del matrimonio gitano*, resuelto en España por el Tribunal Constitucional en la STC 69/2007, de 16 de abril. El objeto del amparo era la eventual discriminación asociada a la denegación de la pensión de viudedad a una mujer gitana que en el pasado había contraído nupcias por el rito gitano y nunca formalizó el matrimonio por las vías civil o religiosa establecidas legalmente, de modo que no fue inscrito en el Registro Civil. La pensión se le denegó porque, para la percepción de la pensión, la literalidad de la ley exigía la existencia de un matrimonio válido previo. Como señala Rey, podría haberse reconocido la existencia de discriminación por razón de raza o convicciones culturales (la prestación se concede a aquellos que tienen una forma de convivencia matrimonial y no a otros, los matrimonios gitanos) y por razón de sexo (dado que una denegación de esta naturaleza afecta particularmente a las mujeres de etnia gitana, que son las que no trabajan y no cotizan, una situación de desamparo en la que nunca se habría encontrado un hombre gitano) (Rey Martínez, 2009). Sin embargo, el Tribunal Constitucional no planteó ni resolvió el bajo esta óptica. Tampoco el Tribunal Europeo de Derechos Humanos asumió esta perspectiva cuando examinó posteriormente el caso, ello a pesar de que el TEDH sí reconoció que se había producido una discriminación (Asunto *Muñoz Díaz vs. España*, STEDH de 8 de diciembre de 2009). En ningún momento del proceso ante el TEDH se alegó la posible situación de discriminación interseccional ni el tribunal tomó en consideración su posible concurrencia.

La esterilización forzada es otro claro supuesto de interseccional donde el sexismo se superpone —por ejemplo— con el racismo y el «capacitismo». Aunque el TEDH parece ser más sensible al problema de la desigualdad estructural y haya prohibido toda justificación de un trato desigual basado en estereotipos de género o de otra naturaleza, este es otro de los casos en los que no ha analizado la discriminación de carácter pluricausal. Un ejemplo de ello lo encontramos en la cuestión de la esterilización forzada de las mujeres romaníes en la región de los Balcanes, que ha generado un número considerable de casos judiciales. Se trata de un supuesto en el que el Tribunal podría haber reconocido la existencia de un sistema estructural discriminatorio patriarcal y racista que limita los derechos reproductivos de las mujeres romaníes. Sin embargo, no solo no se abordó esa perspectiva, sino que tampoco se apreció la violación del art. 14 del Convenio, que reconoce el derecho a las personas a no ser discriminadas. Así, en el caso *V.C. vs. Eslovaquia* (de 8 de noviembre 2011), la demandante, V.C., fue hospitalizada en agosto de 2000 para dar a luz a su segundo hijo. Después de pasar varias horas de parto, antes del alumbramiento el personal médico le hizo saber que su vida corría peligro si volvía a quedarse embarazada. Aterrorizada, V.

C. firmó bajo presión una autorización solicitando la esterilización. Los médicos también anotaron en el registro: «La paciente es de origen romaní». La demandante afirmó haber sido segregada en una habitación en la que solo había mujeres gitanas. Tras la esterilización, sufrió consecuencias en su vida privada, pues a causa de su infertilidad fue rechazada en su comunidad y su marido se divorció de ella. La propia demandante alegó que a las mujeres romaníes se les ofrecían incentivos económicos para ser esterilizadas. Aun así, el TEDH no identificó de manera clara —ni reconoció— los estereotipos de género y etnia que claramente impactaron sobre la situación de la mujer, cuya situación no era más que un ejemplo de muchos otros casos similares.

Por citar otros ejemplos, no hace muchos años que el Tribunal Supremo español (TS), reiterando doctrina anterior, llamaba la atención al legislador sobre los efectos discriminatorios de la normativa sobre concesión de prestaciones de jubilación, pero lo hacía desde una perspectiva monocausal. En realidad, si se analiza el caso a fondo, puede sostenerse que la discriminación se producía por razón de sexo y por razón de edad (una negación de la prestación de jubilación que afecta a las mujeres de determinada edad y solo, o mayoritariamente, a las mujeres, mujeres que, además, cuando fueron madres se vieron obligadas a dejar de trabajar). Y eso que el Tribunal reconocía que «[...] el legislador no puede obviar el dato de que el colectivo afectado (pensionistas SOVI: Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez) está integrado fundamentalmente por mujeres y que, a mayor abundamiento, si no acreditan ulteriores trabajos y cotizaciones es, también mayoritariamente, porque abandonaron el mercado laboral a consecuencia de su matrimonio y ulterior maternidad. Negar el beneficio a los pensionistas SOVI supone una negación que afectará fundamentalmente a las mujeres, que, además, abandonaron sus carreras laborales y de seguro en razón de la circunstancia biológica de la feminidad» (STS 969/2012, de 23 de enero, Sala Cuarta).

El TS también ha tenido que pronunciarse en supuestos de posible discriminación de mujeres extranjeras que, además, eran víctimas de violencia de género (STS 4013/2011, de 15 de junio, Sala Tercera) o se enfrentaban a la posibilidad de ser obligadas a casarse contra su voluntad y sufrir la mutilación genital femenina (STS 3414/2011, de 31 de mayo, Sala Tercera, y STS 2781/2009, de 11 de mayo, Sala Tercera). Se trata de decisiones adoptadas por el Tribunal tras la denegación del derecho de asilo a las recurrentes. En todos ellos, el TS ha reconocido que estos hechos pueden ser considerados como una persecución y discriminación por razón de sexo, puesto que las víctimas lo son «por su pertenencia al género femenino», pero no ha enfocado los casos desde la posible confluencia de múltiples factores de discriminación.

3.3. EL NO RECONOCIMIENTO DE LA MULTIDISCRIMINACIÓN COMO UNA FORMA SINGULAR DE DISCRIMINACIÓN

En segundo lugar, cabe hacer alusión a aquellos supuestos en los que, en algún momento del proceso, se ha alegado la concurrencia de varias causas de discriminación, pero los tribunales no han apreciado la existencia de un trato discriminatorio o, si lo han hecho,

ha sido atendiendo solo a uno de los varios factores discriminatorios que confluían en los hechos.

Pongamos como uno de los primeros ejemplos el asunto *Degraffenreid vs. General Motors* (413 F Supp. 142 (E D Mo 1976))⁹. El Tribunal Supremo norteamericano había reconocido la posibilidad de que, en el despido practicado por la compañía de un grupo de mujeres afroamericanas, pudiera recurrirse a la justicia por discriminación racial o por discriminación sexual. Aunque esto constituyó un reconocimiento importante de la realidad a la que nos estamos refiriendo, el Tribunal Supremo no estableció que las mujeres afroamericanas conformaran una clase especial, esto es, no decidió bajo la óptica de la interseccionalidad; de hecho, determinó que las demandantes no podían ser indemnizadas debido a la dificultad de identificar el daño alegado con claridad. También en relación con las mujeres negras y su eventual consideración de grupo particular volvió a pronunciarse en ocasiones posteriores y en el mismo sentido [*Lam vs. University of Hawaii* 40 F. 3d 1551, 1561 (9th Cir. 1994)].

En Reino Unido, en el caso *Bahl vs. Law Society* (2004, EWCA, Civ 1070, 30 July 2004), en el que una demandante asiática de raza negra que alegó haber sufrido *bullying* en un momento en que se barajaba su posible nombramiento como vicepresidenta de dicha sociedad, se planteó el asunto bajo esa doble perspectiva discriminatoria (género y etnia). Aunque previamente el Employment Appeal Tribunal consideró a la Law Society responsable de discriminación por razón de raza y sexo, el tribunal de apelaciones no reconoció la concurrencia de ambos factores de discriminación (un comentario sobre estos casos puede verse en Solanke, 2009). De hecho, esta ha sido muchas veces la tónica jurisprudencial, a saber, mantener una actitud tradicional y no reconocer la discriminación o afrontar los casos desde una única perspectiva discriminatoria (Uccellari, 2008: 35).

En el marco del Convenio Europeo de Derechos humanos cabe citar el caso *Carvalho Pinto de Sousa Morais vs. Portugal*, de 27 de julio de 2017. Se trataba de una ciudadana portuguesa, nacida en 1945, sometida en 1995 a una operación quirúrgica para la extracción de las glándulas de Bartholin, intervención en la que, debido un error médico, se le inutilizó el nervio pudiendo. A partir de entonces, empezó a sufrir incontinencia urinaria, dolor al andar y sentarse e imposibilidad de tener relaciones sexuales. El Tribunal Supremo portugués redujo la indemnización para contratar una empleada de hogar para realizar las tareas domésticas porque la demandante, dada la edad de sus hijos, «solo debía cuidar de su esposo», y no era a su juicio necesaria la contratación a tiempo completo de una empleada; asimismo, redujo la indemnización por daños al considerar que, con 50 años, tenía «[...] una edad en la que el sexo no es tan importante como en los años de juventud; su significación disminuye con la edad». Cuando el asunto llegó ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, este reconoció una discriminación por sexo y por edad, pero realmente no analizó el caso bajo la perspectiva de la interseccionalidad o de la multidiscriminación como un fenómeno que genera una especial situación de vulnerabilidad para la persona que es objeto de la discriminación.

En la esfera de actuación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), el reconocimiento de la discriminación múltiple ha sido también escaso, o más bien nulo, a

pesar de que ante el TJUE se han planteado algunos casos en los que la parte alegaba una discriminación múltiple. Así sucedió, por ejemplo, en el *Caso Meister* (C-415/2010, de 19 de abril de 2012), en el que la trabajadora demandante alegaba la existencia de un rechazo al empleo por una discriminación múltiple vinculada a su sexo, su edad y su origen étnico. Sin embargo, la cuestión resuelta por el TJUE no tuvo que ver con el concepto de discriminación múltiple ni con sus consecuencias jurídicas, sino con la aplicación de las reglas de la carga de la prueba que contienen las tres directivas referidas a esas causas de discriminación —a saber, artículo 8 de la Directiva 2000/43/CE, artículo 10 de la Directiva 2000/78/CE, y artículo 19 de la Directiva 2006/54/CE—.

En la STJUE de 24 de noviembre de 2016, *Caso Parris* (C-443/15), se enjuició si era discriminatorio por razón de orientación sexual, o por razón de edad, o por ambas razones conjuntamente, un plan de pensiones de empleo que supeditaba el derecho de las parejas registradas supervivientes de los afiliados a disfrutar de una prestación de supervivencia al requisito de que la unión civil registrada se hubiese celebrado antes de que el afiliado hubiera cumplido la edad de 60 años. El Derecho irlandés no había permitido a dicho afiliado celebrar una unión civil registrada antes de alcanzar esa edad porque su pareja sentimental era de su mismo sexo. El TJUE rechazó la existencia de discriminación primero por orientación sexual y luego por edad, y concluyó —contra el criterio de la abogada general— que tampoco había discriminación combinada. Según el razonamiento del TJUE, «[...] aunque, ciertamente, una discriminación puede basarse en varios de los motivos contemplados en el artículo 1 de la Directiva 2000/78, no existe sin embargo ninguna nueva categoría de discriminación resultante de la combinación de algunos de esos motivos, como la orientación sexual y la edad, que pueda concurrir cuando no se haya constatado una discriminación en razón de dichos motivos considerados por separado» (Lousada Arochena, 2017: 36).

3.4. LA ADMISIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA INTERSECCIONALIDAD

3.4.1. La recepción de la multidiscriminación en la jurisprudencia doméstica

El primer caso que se cita como ejemplo de reconocimiento de la confluencia de varios factores discriminatorios es un asunto decidido en EE. UU., el caso *Jefferies vs. Harris Cty Community Action Association* (615 E 2nd 1025 (5th Cir. 1980)). El tribunal entendió que las mujeres negras constituían un grupo específico para la legislación antidiscriminatoria relativa al empleo, admitiendo así la existencia de una discriminación interseccional. Las mujeres negras podían ser discriminadas en cuanto tales, con independencia de que en el ámbito laboral existiese discriminación contra las mujeres o discriminación contra las personas de color. En esta y otras sentencias posteriores recaídas durante los años 80 se reconoció que la confluencia de dos causas de discriminación sobre una misma persona —la raza y el sexo— generaban una sinergia que producía una nueva condición mucho más perjudicial que la que genera la suma de ambas causas de discriminación consideradas de modo separado. También cabe citar, entre esas primeras sentencias, la dictada en el caso *Lam vs. University of Hawaii* [164 F.3d 1186 (1998)].

En la misma línea, en Canadá pueden citarse casos del Tribunal Supremo como *Canada vs. Mossop* [(1993) 1 SCR 554] o del *British Columbia Human Rights Tribunal, Commeau vs. Cote* [(2003) BCHRT 32].

En contraste, el reconocimiento por parte de los jueces de la discriminación múltiple ha sido, en Europa, muy escaso. De hecho, el informe que la Comisión de expertos de la UE elaboró en 2009 sobre la materia señala que los 30 expertos de diversos países europeos reunidos solo pudieron aportar unos 29 ejemplos de decisiones jurisprudenciales nacionales sobre multidiscriminación (Burri y Schiek, 2009: 13).

El informe cita, entre otros ejemplos, el de los tribunales daneses en el caso *Fotex* (2005), en el que se analizaba el despido de una mujer cuando empezó a llevar el *hijab*. Finalmente, la Corte Suprema no pudo reconocer el despido como improcedente porque la prohibición del uso de dicha prenda se ajustaba a un código de vestimenta de la empresa tenido por razonable. Pero lo interesante es que analizó la causa no solo desde la perspectiva de una discriminación por razón de sexo, sino también sobre la base de la concurrencia de discriminación étnica y religiosa.

En Reino Unido, en casos como *Lewis vs. Tabard Gardens* [TMC Ltd (2005) ET/2303327/04], en el que la demandante era una mujer negra, y en *Mackie vs. G&N Car Sales* (2003), en el que la demandante era una mujer india, los tribunales entendieron que el factor sexo y el factor raza actuaban conjuntamente y reconocieron que ambas mujeres habían sido objeto de una discriminación múltiple. Puede igualmente citarse el asunto *Ministry of Defence vs. Tiler de Bique* [(2010) IRLR 471]. En él, la demandante era una mujer soldado perteneciente al ejército de San Vicente y las Granadinas y madre soltera con una hija pequeña. El Tribunal de Empleo determinó que el Ministerio de Defensa le aplicaba dos disposiciones, criterios o prácticas, a saber, que fuera un soldado disponible para ser desplegado las 24 horas del día, los 7 días de la semana; y que no podía tener a un miembro de su familia extensa (una hermana) para que se quedara con ella en el Servicio de Alojamiento para Familias porque era extranjera y solo tenía derecho a permanecer en el Reino Unido durante un breve periodo de tiempo. El Tribunal de Empleo consideró que tales requisitos constituían una discriminación indirecta derivada de la intersección entre raza y sexo que le impedía acceder al empleo que solicitaba en condiciones de igualdad.

Junto a estos procesos en los que confluían los factores género y raza, los tribunales nacionales europeos han conocido de varios asuntos relativos a discriminaciones múltiples que afectaban a mujeres de la etnia romaní¹⁰, o a mujeres discriminadas por sus circunstancias personales/familiares o por su edad. Se han presentado recursos ante los tribunales porque mujeres de etnia romaní habían sido inadmitidas en un establecimiento por llevar la indumentaria tradicional de dicha etnia (véanse los casos recogidos en European Commission, 2007: 13).

Asimismo, se han llevado a los tribunales casos en los que se excluía a las familias monoparentales del acceso a becas de ayudas para el estudio, proceso en el que se entendió que una medida de tal naturaleza constituye no solo una discriminación por razón de circunstancia familiar, sino también por razón de sexo, habida cuenta de que una notable mayo-

ría de familias monoparentales están encabezadas por mujeres. Cabe también mencionar aquellos supuestos en los que las mujeres son despedidas del trabajo —o no admitidas— porque tienen hijos pequeños a su cargo. En estos casos, resulta plausible sostener que se trata de una medida que *solo* afecta a mujeres y *solo* a las que tienen niños de corta edad, y que la confluencia de ambos factores discriminatorios es la que provoca la exclusión.

3.4.2. La tardía incorporación de la discriminación múltiple en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La perspectiva parece haber cambiado más recientemente también en el ámbito del Consejo de Europa. El Tribunal de Estrasburgo tuvo que pronunciarse sobre un caso que se planteó bajo la óptica de la discriminación interseccional. Me refiero al asunto *B.S. vs. España*, de 24 de julio de 2012, que previamente había sido recurrido en amparo ante el Tribunal Constitucional español. El recurso que fue inadmitido porque el TC no apreció la especial trascendencia constitucional del mismo¹¹. La demandante era una mujer negra nigeriana que ejercía la prostitución y que, en un control de identidad llevado a cabo por la policía, fue agredida físicamente y verbalmente y recibió insultos racistas, entre ellos «puta negra, vete de aquí». La recurrente alegó que otras mujeres que también ejercen la prostitución, pero que presentaban un «fenotipo europeo», no eran molestadas ni tratadas de ese modo por la policía española. Entendía que su condición de mujer negra y trabajadora de la calle la hacía especialmente vulnerable a los ataques discriminatorios y que esos factores no podían dissociarse y debían contemplarse en conjunto, pues su interacción era esencial para comprender el fenómeno discriminatorio. Además, la mujer nigeriana se consideraba víctima de los problemas estructurales de discriminación presentes en el sistema judicial español, pues no había recibido amparo por parte de las instituciones españolas en relación con su derecho a no ser discriminada. Lo interesante es que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estimó que ello era así. El TEDH consideró que la jurisdicción española «[...] no había tomado en consideración la vulnerabilidad específica de la recurrente, inherente a su condición de mujer africana que ejerce la prostitución [...] faltando con ello a su obligación que le incumbe en virtud del art. 14 de la Convención [...] de adoptar todas las medidas posibles para analizar si una actitud discriminatoria se había producido».

En este caso, terceras partes intervinientes, entre ellas Women's Link Worldwide, subrayaron la importancia de que el tribunal hubiera tomado en consideración que la vulneración de derechos sufrida por la demandante fue el resultado de la intersección entre el género, el origen nacional y la situación social.

Pese a que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha profundizado en el concepto de doble o múltiple discriminación, en el sentido de que no ha entrado a definirlo o precisarlo, esta sentencia puede ser calificada como satisfactoria a los efectos de lo que aquí se defiende, dado que la Corte reconoce por primera vez un supuesto de discriminación motivado por la confluencia conjunta de varios factores de exclusión.

Sin duda, esta sentencia contribuye a dar un paso en esa nueva tendencia multidimensional de la interpretación del derecho a no ser discriminado. Esa visión plural de la igual-

dad es importante, ya que, como adelantábamos, cuando nos referimos a la discriminación múltiple o interseccional estamos hablando de un tipo de discriminación cuyas consecuencias para sus víctimas pueden ser más gravosas que la simple suma de discriminaciones que la componen. Ello es así porque, en muchas ocasiones, son discriminaciones con una especificidad propia y porque la vulnerabilidad que generan es exponencialmente mayor que la mera adición del daño que cada una de ellas produciría por separado. La limitación que generan en el acceso a los derechos puede ser de tal calado que les excluya de su disfrute. Hay que tener en cuenta que un tratamiento unidimensional de los supuestos de discriminación múltiple no hace justicia a la realidad y que ello genera resultados insatisfactorios para quien padece semejantes situaciones, dado que la respuesta que el ordenamiento acaba ofreciendo no compensa los daños sufridos

3.4.3. La Corte Interamericana y la valiosa labor en el reconocimiento de la discriminación interseccional

La actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹² ha sido muy valiosa en el ámbito de la discriminación interseccional. Baste hacer mención al caso *Rosendo Cantú y otra vs. México* (2010)¹³, en el que se analizó la interacción e intersección de diferentes categorías protegidas frente a la discriminación como el género, la raza, la edad y la pobreza; o el caso *Inés Fernández Ortega vs. México* (2009)¹⁴, donde, a través de análisis de la intersección entre la raza, la clase, la etnia y el género, la Corte resaltó no solo los importantes obstáculos en el acceso a la justicia, sino también su impacto negativo en el acceso a las oportunidades, los derechos sociales, la tierra y la producción. En estos casos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reconoció que las mujeres indígenas afrontan simultáneamente relaciones de exclusión social, sexismo, racismo y discriminación, y que, por ende, las obligaciones estatales de protección de sus derechos deben tratar de erradicar de manera articulada esos factores. Esta aproximación concibe, pues, la perspectiva de la discriminación interseccional desde el punto de vista estructural. En el caso paradigmático *González y otras vs. México* (llamado asunto «Campo Algodonero») (2009), la Corte también analizó la relación entre la violencia de género y las relaciones sociales, culturales y económicas de discriminación para caracterizar la situación de las víctimas: las tres víctimas de este caso eran mujeres jóvenes, de escasos recursos, trabajadoras o estudiantes, como muchas de las víctimas de los homicidios perpetrados en Ciudad Juárez. Algunos casos más ejemplifican el modo en que la Corte Interamericana ha sido consciente de la especial desventaja en la que pueden encontrarse las mujeres en las que concurren otros factores de discriminación.

En el asunto *Gonzales Lluy vs. Ecuador*, de 1 de septiembre de 2015, la Corte Interamericana de Derechos Humanos atendió la interseccionalidad de la discriminación sufrida por la víctima y la analizó considerando las características específicas de la misma (Vargas Vera, 2016). El caso se relaciona con la presunta responsabilidad internacional del Estado por la afectación a la vida digna e integridad personal de Talía Gonzales Lluy (TGGL) a consecuencia del contagio de VIH por una transfusión de sangre que se le realizó el 22 de

junio de 1998, cuando tenía tres años de edad. Tras el contagio de VIH, Talía fue expulsada del colegio donde estudiaba debido a que se consideró que su condición de persona seropositiva era un riesgo para las personas que convivían con ella en el colegio. Las autoridades judiciales determinaron que, además de no poder asistir a ese colegio, Talía no debía asistir a ningún otro, sino que debía estudiar a distancia para no poner en riesgo la integridad y la vida de las personas con las que interactuaba. Adicionalmente, la situación de pobreza en la que ya se encontraba la familia de Talía se vio agravada debido a que su madre fue despedida de su trabajo por tener a su hija a cargo. También tuvo dificultades para acceder a una vivienda digna y a los servicios de salud pública.

La Corte constató que Talía había sido objeto de una discriminación asociada a diversos circunstancias —ser mujer, ser una persona con VIH, ser discapacitada, ser menor de edad y padecer una situación socioeconómica desfavorable— que la hicieron más vulnerable y agravaron los daños que sufrió, y entendió que, en el caso de Talía, confluyeron de forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación que derivaron en una forma particular de discriminación. La Corte destacó, entre otros extremos, que, en su Recomendación General núm. 28, el Comité CEDAW había reconocido la existencia de las formas «combinadas» y «entrecruzadas» de discriminación que pueden sufrir las mujeres por motivos adicionales a su edad y condición económica o social, y que, a su vez, había señalado que los Estados deben reconocer y prohibir en sus legislaciones estas formas entrecruzadas de discriminación y e impedir su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas. Resulta interesante subrayar que, en el texto de su decisión, la Corte se hizo eco del asunto resuelto por el TEDH *B.S. vs. España*, citado más arriba.

4. REFLEXIÓN FINAL

En su expresión más sencilla, el principio de igualdad implica que los casos iguales deben ser tratados de igual modo, mientras que los casos desiguales deben ser tratados de modo desigual. Por supuesto, esta regla es mucho más compleja, pues exige, como primera tarea, establecer los términos de comparación para determinar si, efectivamente, nos encontramos ante supuestos comparables o no y si, por lo tanto, podemos apreciar discriminación de trato. Esta tarea resulta extremadamente complicada cuando nos encontramos ante supuestos de discriminación indirecta o de acciones positivas.

La regla del trato distinto de aquello que no es igual ha sido un argumento frecuentemente esgrimido por la legislación y jurisprudencia antidiscriminatorias. La determinación de los supuestos de hecho a contrastar constituye el punto de partida para llegar finalmente a la conclusión de que, cuando dichos elementos de comparación son distintos, la respuesta del legislador o del aplicador de la ley ha de ser también distinta. En el asunto *Thlimmenos vs. Greece* (2015), que ilustra muy bien la cuestión de la que venimos hablando, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció a este respecto. A un ciudadano griego se le había vetado el acceso a un empleo público porque en el pasado se había negado a vestir el uniforme del ejército y la ley establecía dicha causa de exclusión para todos aquellos que

hubiesen renegado del cumplimiento de sus deberes militares. El demandante era testigo de Jehová, razón por la cual se había opuesto a cumplir su deber. El Tribunal entendió que era contrario al principio de igualdad el hecho de que el legislador estableciese la misma sanción a todos aquellos que no cumplieran sus deberes militares sin distinguir entre los que lo hacían por razones religiosas (ejerciendo, por tanto, un derecho) y los que lo hacían por cualquier otra causa. Para la Corte de Estrasburgo, se trataba de supuestos distintos que estaban siendo tratados por el legislador griego de igual modo, lo cual contravenía el principio de igualdad.

Cuando nos encontramos ante una situación de discriminación múltiple, podríamos acudir a la misma esencia del principio de igualdad: no podemos tratar de igual modo las situaciones en las que una persona se enfrenta a un solo factor discriminatorio que aquellas en las que confluyen dos o más causas de discriminación. Considero que, en este supuesto, se está tratando de igual modo situaciones no comparables y que, por ello, tal equiparación constituye una profundización en la discriminación.

La interseccionalidad es un concepto que describe la interacción entre situaciones de discriminación muchas veces arraigadas en los sistemas de opresión tradicionales que perjudican especialmente a las mujeres. El análisis interseccional permite, en este sentido, analizar las interdependencias entre diversos factores de opresión y, de manera simultánea, promover una interpretación indivisible e interdependiente de los derechos humanos.

La realidad exige adoptar una visión más transversal de la igualdad. No se trata solo de sostener que las políticas de igualdad deben impregnar todas las políticas y todas las esferas de la sociedad, sino también de admitir que, en el caso de determinados individuos o colectivos, pueden concurrir varias causas de discriminación, y que, en esos casos, debe otorgarse un tratamiento especial tanto al hecho discriminatorio y como al sujeto o al colectivo afectados por el mismo.

Es primordial que este enfoque se traslade a la legislación, pero igualmente importante es conseguir que los tribunales apliquen el Derecho antidiscriminatorio con esta óptica interseccional. Solo así podrá hacerse realmente efectivo el principio de igualdad en los supuestos en los que concurre más de una causa de discriminación.

NOTAS

1. En el mismo sentido, pero refiriéndose a las mujeres con minusvalía, se pronuncia De Silva (2009: 295).

2. Lo mismo sucede en tiempos de crisis. Los periodos de crisis sociales y económicas conducen inevitablemente a una pérdida en los niveles de disfrute de derechos en la generalidad de la ciudadanía. Pero esa pérdida no es igualitaria. Siempre sufren en mayor medida aquellos colectivos de la sociedad más desfavorecidos. Las desigualdades económicas agudizan la desigualdad de derechos y, en ese marco, las mujeres —al igual que las personas con limitaciones físicas o psíquicas y los niños— acaban siendo los más vulnerables. Por supuesto, esta discriminación múltiple se agrava en los países en vías de desarrollo o en zonas de lo que se ha considerado «primer mundo» azotadas por la pobreza. Es más, a veces, es la propia pobreza la que provoca o agudiza las deficiencias motoras, sensoriales o psicológicas de las mu-

jeros con discapacidades. Incluso estas discapacidades pueden ser generadas por determinadas prácticas sociales, que pueden causar lesiones que inciden especialmente en la mujer. Pongamos como ejemplos la quema de los rostros con ácido o las minusvalías que son resultado de la violencia doméstica. En el caso de los países del denominado «primer mundo», también las crisis económicas afectan especialmente a aquellos que se encuentran en especial situación de desventaja, y estos son los colectivos a los que nos referiremos especialmente.

3. En el Comité CEDAW encontramos la idea de la discriminación interseccional en los dictámenes que ha emitido en los procedimientos de comunicaciones individuales en los casos *A.S. vs. Hungría, Jallow vs. Bulgaria, S.V.P. vs. Bulgaria, Kell vs. Canadá, R.P.B. vs. Filipinas y M.W. vs. Dinamarca*.

4. Human Rights Committee. General Comment 28 on equality of rights between men and women, in *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, UN.doc.HRI/GEN/1/Rev.6,2003, par. 30.

5. Preámbulo p): «*Preocupados* por la difícil situación en que se encuentran las personas con discapacidad que son víctimas de múltiples o agravadas formas de discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico, indígena o social, patrimonio, nacimiento, edad o cualquier otra condición»

Art. 6: «Los Estados Partes reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación [...]»

6. Esa discriminación múltiple ha sido subrayada en otros informes en relación a otros ámbitos. Así, por ejemplo, la Agencia Europea de los Derechos Fundamentales (FRA) realizaba en 2013 un informe precisamente sobre discriminación múltiple en la asistencia sanitaria [en línea] <<http://fra.europa.eu/en/publication/2013/inequalities-discrimination-healthcare>>.

7. Artículo 9: «[...] los Estados Parte tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad».

8. La Ley de igualdad se refiere a este hecho en los siguientes términos: «[...] se contempla, asimismo, una especial consideración con los supuestos de doble discriminación y las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres que presentan especial vulnerabilidad, como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes y las mujeres con discapacidad». Posteriormente, añade otras situaciones o especiales condiciones o circunstancias que pueden concurrir en una mujer y situarla en una especial situación de vulnerabilidad, que son las recogidas en el art. 6: las mujeres mayores, las mujeres viudas, o las mujeres víctimas de la violencia de género. A estos factores cabría añadir los supuestos de mujeres presas, mujeres prostitutas, o mujeres lesbianas, entre otros. Además, el art. 20 c) de la citada Ley dispone que los poderes públicos, en la elaboración de sus estudios y estadísticas, «[...] deberán diseñar e introducir los indicadores y mecanismos necesarios que permitan el conocimiento de la incidencia de otras variables cuya concurrencia resulta generadora de situaciones de discriminación múltiple en los diferentes ámbitos de intervención». En este precepto, la Ley 3/2007 sí utiliza el término «múltiple».

9. Este caso puede resumirse del siguiente modo: cinco mujeres negras demandan a la multinacional General Motors alegando que el sistema de antigüedad de la empresa perpetúa los efectos de la discriminación pretérita de las mujeres negras. La pretensión se basa en el hecho de que las mujeres negras habían sido contratadas por la empresa a partir de 1970 y, por lo tanto, más tarde que las mujeres blancas (que lo habían sido antes de 1964), pero también más tarde que los hombres negros (que lo habían sido después de 1964 pero con anterioridad a 1970). A consecuencia de ello, cuando en un momento de recesión la

empresa empieza a despedir al personal siguiendo el criterio de la antigüedad, las mujeres negras son las primeras en ser despedidas.

10. La discriminación específica que enfrentan las mujeres gitanas es particular y diferente a la discriminación que suelen enfrentar los hombres gitanos y las mujeres no gitanas, y coloca a las mujeres gitanas en una situación de vulnerabilidad (Sordo Ruz, 2017: 26).

11. El recurso fue inadmitido por decisión de 22 de diciembre de 2009.

12. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no contiene una definición explícita del concepto de «discriminación» ni de discriminación múltiple o discriminación interseccional. No obstante, la existencia de motivos sobre cuya base está prohibida la discriminación llevó a la adopción de instrumentos de derechos humanos específicos, dedicados a la protección de grupos sociales que, por distintos motivos, han requerido una protección reforzada que vaya más allá de la enunciación de los motivos prohibidos para discriminar (por ejemplo, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad o la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer).

13. Valentina Rosendo Cantú es una mujer indígena perteneciente a la comunidad indígena Me'phaa que vive en el Estado de Guerrero. Los hechos se produjeron cuando tenía 17 años, estaba casada y tenía una hija. El 16 de febrero de 2002, Valentina Rosendo Cantú se encontraba en un arroyo cercano a su domicilio. Cuando se disponía a bañarse, ocho militares, acompañados de un civil que llevaban detenido, se acercaron a ella y la rodearon. Dos de ellos la interrogaron sobre «los encapuchados», le mostraron una foto de una persona y una lista con nombres, mientras uno de ellos le apuntaba con su arma. Ella les indicó que no conocía a la gente sobre la cual la interrogaban. El militar que la apuntaba la golpeó en el estómago con el arma, haciéndola caer al suelo. Posteriormente, uno de los militares la tomó del cabello mientras insistió sobre la información requerida. Finalmente, le quitaron la falda y la ropa interior y la violaron. Tanto Valentina Rosendo Cantú como su esposo presentaron una serie de recursos a fin de denunciar los hechos y solicitar que se realizaran las investigaciones necesarias para identificar y sancionar a los responsables. La investigación fue remitida a la jurisdicción penal militar, que decidió archivar el caso.

14. La señora Fernández Ortega es una mujer indígena perteneciente a la comunidad indígena Me'phaa, residente en Barranca Tecoani, estado de Guerrero. Cuando se produjeron los hechos, tenía casi 25 años. El 22 de marzo de 2002, la señora Fernández Ortega se encontraba en su casa en compañía de sus cuatro hijos cuando un grupo de aproximadamente once militares, vestidos con uniformes y portando armas, entraron en su casa. Uno de ellos la violó mientras los demás miraban. Se interpusieron una serie de recursos con el fin de investigar y sancionar a los responsables de los hechos. No obstante, estos acabaron archivados.

BIBLIOGRAFÍA

- AÑÓN ROIG, María José (2013): «Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja», *Isonomía*, 39, 127-157.
- BARRÈRE UNZUETA, M. Ángeles (2010): «La interseccionalidad como desafío al *mainstreaming* de género en las políticas públicas», *Revista Vasca de Administraciones Públicas*, 87-88, 225-227.
- BARRÈRE UNZUETA, M. Ángeles y Dolores MORONDO TARAMUNDI (2011): «Subdiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45.
- BEYODA, María Helena (2000): «Mujer extranjera: una doble exclusión. Influencia de la Ley de Extranjería sobre las mujeres inmigrantes», *Papers. Revista de sociologia*, 60, 241-256.

- BURRI, Susanne y Dagmar SCHIEK (2009): The European network of legal experts in the field of gender equality: *Multiple discrimination in EU Law. Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?*, Bruselas: Comisión Europea.
- CAVALCANTE CARVALHO, Alana Micaelle (2018): «Discriminación interseccional: concepto y consecuencias en la incidencia de violencia sexual contra mujeres con discapacidad», *Journal of Feminist, Gender and Women studies*, 7, 15-25.
- CRENSHAW, Kimberlé (1989): «Demarginalizing the intersection of Race and Sex: A black feminist critique of antidiscrimination doctrine», *Feminist Theory and antiracist politics*, University of Chicago Legal Forum, 137-167.
- DAVID, Narascha (2004): «Las mujeres con discapacidad sufren doble discriminación», *Educación obrera*, 137 (ejemplar dedicado a: Sindicatos y discapacidad: promover el trabajo decente y combatir la discriminación), 19-24.
- DE SILVA DE ALWIS, Rangita (2009): «Mining the intersections: advancing the rights of women and children with disabilities within an interrelated web of human rights», *Pacific Rim Law & Policy Journal Association*, 18, 293-322.
- European Commission (2007): *Tackling Multiple discrimination: practices, policies and laws*, Bruselas: European Commission.
- GHIDONI, Elena (2018): «La esterilización forzada en intersecciones distintas: un enfoque estructural para el análisis de las desigualdades complejas», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 38, 102-122.
- HANNETT, Sarah (2003): «Equality at the intersections: the legislative and judicial failure to tackle multiple discrimination», *Oxford Journal of Legal Studies*, 43 (1), 65-86.
- MAKKONEN, Timo M. (2002): «Compound and intersectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the Fore», Turku: Åbo Akademi Institute for Human Rights [en línea] <http://www.abo.fi/instut/imr/degree_programmes/norfa/timo.pdf>.
- MALO OCAÑA, Miguel Ángel (2007): «¿Existe la doble discriminación salarial por sexo y discapacidad en España? : Un análisis empírico con datos del Panel de Hogares», *Moneda y crédito*, 225, 7-42.
- McCRUDDEN, Christopher y Sacha PRECHAL (2009): «The concepts of equality and non-discrimination in Europe: a practical approach», Bruselas: Comisión Europea, Dirección General de empleo, asuntos sociales e igualdad de oportunidades.
- RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel (2006): «Mujeres inmigrantes: la doble discriminación», *Revista de derecho migratorio y extranjería*, 12, 9-20.
- REY MARTÍNEZ, Fernando (2008): «La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 84, 251-283.
- RUWANPURA, Kanchana N. (2005): «Exploring the links of multi-discrimination: Considering Britain in India», *Discussion Paper Series* (International Institute for Labour Studies), 157.
- SCHIEK, Dagmar y ANNA Lawson (dirs.) (2016): *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality: Investigating the triangle of racial, gender and disability discrimination*, Londres-Nueva York: Routledge.
- SERRA CRISTÓBAL, Rosario (coord.) (2013): *La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídicos español y europeo*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- SOLANE, Iyiola (2009): «Putting race and gender together: a new approach to intersectional», *Modern Law Review*, 72 (5), 723-749.
- SORDO RUZ, Tania (coord.) (2017): *Guía sobre discriminación interseccional. El caso de las mujeres gitanas*, Serie Materiales de Trabajo n. 68, Madrid: Fundación Secretariado Gitano.
- UCCELLARI, Paola (2008): «Multiple discrimination: How law can reflect reality», *The Equal Rights Review*, 1, 24-48.
- VARGAS VERA, Georgina (2016): «Interseccionalidad de la discriminación, formas agravadas de vulnerabilidad. El caso Gonzales Llu y otros vs. Ecuador», *Iuris Dictio*, 18, 139-148.

ZOTA-BERNAL, Andrea (2015): «Incorporación del análisis interseccional en las sentencias de la Corte IDH sobre grupos vulnerables, su articulación con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 9, 67-85.

Fecha de recepción: 13 de marzo de 2020.
Fecha de aceptación: 28 de abril de 2020.

TEMAS DE HOY

La afectación del COVID-19 al sistema penitenciario español: breve
esbozo

José León Alapont

LA AFECTACIÓN DEL COVID-19 AL SISTEMA PENITENCIARIO ESPAÑOL: BREVE ESBOZO THE IMPACT OF COVID-19 ON THE SPANISH PRISON SYSTEM: A BRIEF OUTLINE

José León Alapont

Profesor Ayudante Doctor

Departamento de Derecho Penal

Universitat de València (España)

RESUMEN

El artículo que presentamos pretende resumir de forma sistemática la incidencia del conjunto de disposiciones que en el ámbito penitenciario ha generado la declaración del estado de alarma ocasionado por el COVID-19. Nos centraremos, de un lado, en el plano de los efectos jurídicos que se proyectan sobre la población de los centros penitenciarios españoles y, de otro lado, en la proyección que determinadas medidas contenidas en el «Plan de Choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma» (elaborado por el CGPJ) pueden tener en un futuro sobre estos.

PALABRAS CLAVE

Coronavirus, Derecho penitenciario, centros penitenciarios, presos.

ABSTRACT

The article that we are presenting is intended to systematically summarize the incidence of the set of provisions that the declaration of the state of alarm caused by COVID-19 has had in the prison environment. Focusing, on the one hand, on the plane of the legal effects that are projected on the prisoners of the Spanish penitentiary centers and, on the other hand, on the projection that certain measures contained in the «Shock Plan in the Administration of Justice after the state of alarm» (prepared by the CGPJ) may have in the future about these.

KEY WORDS

Coronavirus, penitentiary Law, prisons, prisoners.

DOI: doi.org/10.36151/td.2020.009

LA AFECTACIÓN DEL COVID-19 AL SISTEMA PENITENCIARIO ESPAÑOL: BREVE ESBOZO

José León Alapont

Profesor Ayudante Doctor
Universitat de València (España)

Sumario: 1. Consideraciones iniciales. 2. Efectos sobre la vida en prisión. 2.1.. Situación previa a la entrada en vigor del Estado de Alarma. 2.2. Declaración del Estado de Alarma. 2.3. Control telemático. 2.4. Documento técnico «Recomendaciones en centros penitenciarios en relación al COVID-19» (versión de 27 de marzo de 2020). 2.5. Videollamadas. 2.6. Reapertura de talleres productivos. 2.7. Manifiesto «Por el respeto a los derechos de las personas privadas de libertad». 2.8. Plan de desescalada. 3. Propuesta del Consejo General del Poder Judicial (plan de choque). 4. Consideraciones finales. Notas.

1. CONSIDERACIONES INICIALES

Corren tiempos de desolación para la humanidad. La pandemia ocasionada por el COVID-19 nos ha reportado cifras de contagiados, ingresos hospitalarios en las UCI, fallecidos, etc., que son terribles. España ha sido fuertemente golpeada por este tipo de coronavirus y ello ha derivado, junto a la evidente crisis sanitaria, en gravísimas consecuencias, tanto de índole económica como social, que ya empiezan a hacerse patentes.

Como consecuencia de la propagación de este virus y sus efectos en nuestro país, el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. El principal impacto de dicha norma en los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Carta Magna se tradujo severas restricciones a la libertad de circulación de las personas (art. 19).

Pero, ¿cuáles fueron, son y pueden volver a ser las limitaciones para aquellos que ya están privados de libertad? Ciertamente, los ámbitos sanitario, económico y laboral han copado la atención de la mayoría de los medios de comunicación. No obstante, también en el campo penitenciario se han dictado una batería de disposiciones que han repercutido

en la vida de los internos en centros penitenciarios, pero estas medidas no han suscitado el debido interés público, más allá de su enorme importancia. Al repaso de dicha normativa dedicaremos brevemente las líneas que siguen.

Por otro lado, el CGPJ aprobaba en abril de 2020 el denominado «Plan de Choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma», en cuyo «Primer documento de trabajo sobre medidas destinadas a colectivos especialmente vulnerables para el plan de choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma» se prevé la supresión del recurso de apelación contra determinados autos de los jueces de Vigilancia Penitenciaria resolviendo recursos contra la denegación de permisos y otras quejas. Esta propuesta de modificación de la DA 5ª LOPJ, como veremos más adelante, supone una limitación de derechos de los internos contraria a la tutela judicial efectiva y limitativa del derecho de defensa.

2. EFECTOS SOBRE LA VIDA EN PRISIÓN

2.1. SITUACIÓN PREVIA A LA ENTRADA EN VIGOR DEL ESTADO DE ALARMA

Cabe destacar que, desde el 4 de febrero de 2020, siguiendo las recomendaciones del Ministerio de Sanidad, se adoptaron las siguientes decisiones¹:

- La cancelación de visitas, comunicaciones o actividades que implican el contacto de internos y funcionarios con personas procedentes de zonas con transmisión comunitaria;
- El aislamiento en celda individual de los casos sospechosos mientras se da traslado a las autoridades sanitarias para su evaluación y la toma de medidas;
- La comunicación inmediata a la autoridad sanitaria y judicial correspondiente en el caso de que se decrete la libertad de un caso confirmado o de sospecha; y,
- La suspensión de congresos, seminarios, jornadas y cursos de los profesionales sanitarios fuera de los que se produzcan en sus respectivos centros y la cancelación de reuniones y acciones que impliquen la entrada en prisión de profesionales sanitarios extrapenitenciarios.

Posteriormente, el 12 de marzo de 2020, la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, en coordinación con el Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias del Ministerio de Sanidad, tomó la decisión de ampliar a todos los centros penitenciarios las medidas adoptadas el 10 de marzo para contener el coronavirus COVID-19 y que afectaban a las prisiones de Madrid, Álava, Logroño, Ocaña, Burgos y Dueñas.

La decisión llegó tras la declaración de pandemia por parte de la Organización Mundial de la Salud, y contemplaba las siguientes previsiones²:

- La suspensión de todas las comunicaciones familiares, de convivencia e íntimas. Solo se permitirán las comunicaciones ordinarias ya que se producen en locutorios separados por una mampara de cristal.
- Los letrados y ministros de culto comunicarán exclusivamente a través de locutorio.
- Solo se permitirá el acceso a personal funcionario, laboral y personal extrapenitenciario cuya labor sea imprescindible. Queda excluida, por tanto, la entrada a voluntarios de ONG, entidades colaboradoras, profesionales acreditados, etc.
- En cuanto a la actividad docente, se estará a lo dispuesto por las diferentes administraciones educativas.
- Se suspenden los traslados intercentros, salvo aquellos que obedezcan a razones excepcionales, sanitarias o judiciales.
- Se cancelan las salidas programadas, así como el resto de salidas tratamentales, que se comunicarán a Vigilancia Penitenciaria en el caso de que hubiesen sido autorizadas por dicho órgano.

Estas decisiones no implicaban la suspensión de los permisos penitenciarios ni las salidas contempladas en el artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario. No obstante, todos los ingresos de libertad o de permiso tendrían que permanecer en observación sanitaria en módulos separados del resto de internos.

Los penados en tercer grado, residentes en los Centros de Inserción Social o secciones abiertas de los centros penitenciarios, continuaban con su régimen de semilibertad.

2.2. DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA

Con la entrada en vigor de la declaración de estado de alarma, el Ministerio del Interior dictó la Orden INT/227/2020, de 15 de marzo, en relación con las medidas que se adoptan en el ámbito de Instituciones Penitenciarias al amparo del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19³.

El artículo primero de la Orden contenía las principales medidas adoptadas en este ámbito, que exponemos a continuación:

- a) Se suspenden todas las comunicaciones ordinarias de los internos en los centros penitenciarios, dada la limitación de la libertad de circulación que tienen tanto los internos como los familiares y amigos que les visitan.
- b) Se suspenden las salidas de permiso, salidas programadas y cualquier otra salida, salvo por causas de fuerza mayor o situación de necesidad para evitar los desplazamientos que están prohibidos por el artículo 7 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.
- c) Los internos clasificados en tercer grado o que tengan aplicado el régimen de flexibilidad que se hallen destinados en centros de inserción social, secciones abiertas o

centros ordinarios podrán salir para la realización de las actividades expresamente relacionadas en el artículo 7 del mencionado Real Decreto, adoptándose los protocolos establecidos cuando regresen al centro penitenciario. En todo caso, en cualquier desplazamiento deberán respetarse las recomendaciones y obligaciones dictadas por las autoridades sanitarias⁴.

- d) En todos los centros penitenciarios se ampliarán las comunicaciones telefónicas que tengan autorizadas los internos, especialmente con sus abogados, a fin de que en todo momento quede garantizado el derecho de defensa.

2.3. CONTROL TELEMÁTICO

La Secretaría General de Instituciones Penitenciarias remitió el 18 de marzo de 2020 un escrito a los Centros de Inserción Social (CIS) y a las secciones abiertas de los centros penitenciarios con el fin de que la Orden Ministerial enviada el 15 de marzo fuera desarrollada a través de medidas orientadas paliar el contagio del coronavirus COVID-19 entre los internos que custodian: terceros grados e internos que tienen aplicado el régimen de flexibilidad (artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario).

En relación con el citado escrito, se hicieron las siguientes aclaraciones⁵:

- La modalidad de cumplimiento de un tercer grado es competencia de las Juntas de Tratamiento de los establecimientos penitenciarios. La Secretaría General de Instituciones Penitenciarias no puede ordenar —ni ha ordenado— que se envíe a los clasificados en tercer grado a su domicilio para finalizar el cumplimiento de su condena.
- El artículo 86.4 del Reglamento Penitenciario es una modalidad de cumplimiento del tercer grado en el domicilio con un control telemático. Es, por tanto, aplicable exclusivamente a los internos en tercer grado, previa deliberación individualizada —caso por caso— de la Junta de Tratamiento.
- Los internos clasificados de acuerdo con el artículo 100.2 no tienen posibilidad de pernoctar en sus domicilios ni de acceder al control telemático, salvo que lo haya autorizado previamente el juez en su plan de tratamiento individualizado.
- Con la crisis del coronavirus, muchos CIS y muchas secciones abiertas de la Administración General del Estado han optado por incrementar la concesión del artículo 86.4 con el fin de que —solo en aquellos casos en los que es posible, no en todos— los internos en tercer grado puedan cumplir su condena con pulsera telemática desde casa.
- Ante ese incremento, la Secretaría General de Instituciones Penitenciaria envió un escrito a esos establecimientos explicando que, mientras se adquieren nuevos dispositivos telemáticos, el control del cumplimiento en casa puede realizarse vía telefónica.

El escrito, remitido desde la Dirección General de Ejecución Penal, contemplaba otras medidas para los CIS y las secciones abiertas. Entre ellas, la posibilidad de que se enlacen permisos de salida a los internos en tercer grado, ya que los permisos forman parte de su

régimen de vida, o de que el control de los liberados condicionales se pueda hacer también vía telefónica, previa comunicación al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

2.4. DOCUMENTO TÉCNICO «RECOMENDACIONES EN CENTROS PENITENCIARIOS EN RELACIÓN AL COVID-19» (VERSIÓN DE 27 DE MARZO DE 2020)

El 27 de marzo de 2020, el Ministerio de Sanidad publicó un documento técnico en el que se recogían una serie de directrices o protocolos a seguir en los centros penitenciarios⁶.

Entre las principales indicaciones contenidas en dicho documento cabe destacar las siguientes:

«2.2. Medidas generales de información y actuación dirigidas a los directores de los centros penitenciarios en relación con las salidas y los ingresos de los internos en el centro penitenciario.

[...] A los ingresos tanto de libertad como procedentes de hospitales, de juzgados o de cualquier otra procedencia externa al centro penitenciario, si no presentan síntomas compatibles con el COVID-19, se les someterá a cuarentena, máximo de 14 días, en el módulo de ingresos o en el que el centro penitenciario haya preparado para esta situación. Estos internos podrán salir al patio por pequeños turnos agrupándolos por fecha de ingreso. Si durante la cuarentena alguno de estos internos presentara síntomas compatibles de COVID-19 se le aislará en celda de aislamiento y se tratará según se muestra en el punto de actuaciones ante casos de COVID-19.

En el caso de ingresos de internos sintomáticos se les proveerá de mascarilla quirúrgica y se les aislará en celda individual hasta que los servicios sanitarios confirmen o descarten el caso».

2.5. MEDIDAS DIRIGIDAS A LA ATENCIÓN SANITARIA DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

2.5.1. Actuaciones ante casos de COVID-19

Los casos posibles o confirmados que se atiendan en el centro penitenciario que no precisen ingreso hospitalario deberán permanecer en una celda individual con buena ventilación (si es posible de presión negativa), con baño propio y con la puerta cerrada. No podrán salir a las zonas comunes y si su salida fuera imprescindible, se hará evitando la presencia de otros internos y deberán llevar una mascarilla quirúrgica. Se ha de insistir en la higiene de manos antes y después de colocarse la mascarilla.

Si el número de internos lo aconseja y la estructura del centro penitenciario lo permite, se acondicionará un módulo específico para el aislamiento de estos internos. El módulo origen del caso en investigación o confirmado deberá permanecer en cuarentena un máximo de 14 días, impidiendo las entradas y las salidas del mismo.

En caso de necesidad por falta de espacio, se considerará el aislamiento conjunto de varias personas que sean casos de COVID-19 en una misma celda (aislamiento en cohorte).

La atención sanitaria de los casos leves que no requieran ingreso hospitalario y que en consecuencia deba realizarse en el centro penitenciario, se hará según el documento técnico

«Manejo domiciliario de pacientes con COVID-19». <https://www.msrebs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCovChina/documentos.htm>

La toma de muestras y su transporte al laboratorio se realizará por personal de los servicios asistenciales comunitarios. Si esto no fuera posible, la toma se realizará por personal sanitario del centro penitenciario, previamente formado por los servicios de salud pública comunitarios, que aportarán el EPI si el CP no dispone del mismo, el material necesario para la toma de muestras y procederán al transporte de la misma.

No se realizarán conducciones o traslados de los casos posibles o confirmados, salvo por razones de necesidad estrictamente sanitarias, en cuyo caso se deberán tomar las medidas de protección pertinentes. De igual forma, tampoco se realizarán salidas a diligencias judiciales de los casos en investigación o confirmados, comunicando inmediatamente dicha circunstancia a la autoridad judicial competente.

En caso de que se decretara la libertad de un caso confirmado o de sospecha, se comunicará urgentemente a la autoridad sanitaria y judicial correspondiente para que determinen las actuaciones correspondientes.

2.5.2. Actuaciones ante contactos de COVID-19

Cuando se detecte que un interno pueda haber sido contacto de un caso de COVID-19, se procederá a la cuarentena siguiendo las precauciones por contacto y por gotas del interno en su celda (trasladando al compañero o compañeros de celda si los hubiera) y se comunicará a los servicios de salud pública que valorarán la situación según el «Procedimiento de actuación frente a casos de infección por el nuevo Coronavirus (SARSCoV-2)». <https://www.msrebs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCovChina/documentos.htm>

En caso de necesidad por falta de espacio, se considerará la cuarentena conjunta de personas que hayan sido contactos de un caso de COVID-19 en una misma celda.

En el seguimiento de una persona privada de libertad clasificada como contacto de un caso posible, probable o confirmado se tendrá en cuenta lo siguiente: deberá restringir sus movimientos lo máximo posible y quedarse en una celda individual con buena ventilación e idealmente con un baño propio durante el periodo de vigilancia establecido. Las salidas a las zonas comunes deberán restringirse al mínimo posible y si estas fueran necesarias, deberán salir con una mascarilla quirúrgica. Se realizará una vigilancia activa en busca de síntomas de infección respiratoria aguda.

Si una persona clasificada como contacto de un caso posible, probable o confirmado desarrolla clínica, se informará a las autoridades de salud pública y se realizará la investigación del caso siguiendo lo establecido en el apartado anterior.

En caso de que se decretara la libertad de una persona clasificada como contacto estrecho de un caso confirmado, se comunicará urgentemente a la autoridad sanitaria y judicial correspondiente para que determinen las actuaciones correspondientes».

2.6. VIDEOLLAMADAS

La Secretaría General de Instituciones Penitenciarias remitió a los centros penitenciarios dependientes de la Administración General del Estado 205 terminales de telefonía móvil para paliar la restricción de las comunicaciones derivada del Real Decreto del Estado de Alarma.

Se trataba de 205 *smartphones* con los que los internos que lo solicitasen podrían comunicar mediante videollamada con sus familias o sus letrados.

Según el protocolo que la Dirección de Ejecución Penal remitió el 31 de marzo de 2020 a los establecimientos penitenciarios⁷, serían los directores de los centros quienes ordenasen su uso por todos los internos que lo solicitasen, garantizando las medidas higiénicas adecuadas para evitar posibles contagios.

Los teléfonos estarían permanente controlados y custodiados por un funcionario responsable.

Las videollamadas, de 10 minutos de duración, se realizarían en espacios en los que garantizara la intimidad y la seguridad de la comunicación. Solo estaría controlada visualmente por un funcionario para evitar el uso inadecuado del terminal —por ejemplo, la toma de fotografías—, exceptuando los casos en los que se hubiera decretado la intervención de las comunicaciones.

Respecto a las videoconferencias para el Servicio de Orientación Jurídica, los Servicios de Orientación Jurídica, que quedaron suspendidos por el estado de alarma se están reactivando mediante la implantación en los centros penitenciarios de mecanismos tecnológicos que permitan la comunicación de los internos a través de videollamadas y videoconferencias RDSI con los respectivos colegios de abogados.

Mientras se completa su implantación, se ha posibilitado que los letrados de Orientación Jurídica puedan contactar con los internos a través de los teléfonos que faciliten los centros y, excepcionalmente, por locutorio, siempre que las condiciones sanitarias del interno permitan su desplazamiento.

La comunicación con los abogados defensores está totalmente garantizada.

Tras la suspensión de las comunicaciones como mecanismo de protección contra la infección por COVID-19, Instituciones Penitenciarias decretó el incremento del número de llamadas telefónicas a las que tienen derecho los internos de las 8 reglamentarias a 15. Además, se estableció la gratuidad de las llamadas para los internos sin recursos económicos.

2.7. REAPERTURA DE TALLERES PRODUCTIVOS

La Secretaría General de Instituciones Penitenciarias ha dispuesto la apertura paulatina y progresiva de los talleres productivos de los centros penitenciarios cuyo trabajo quedó suspendido el pasado 19 de marzo.

Durante la tercera semana de abril, se reanudó la producción en el taller del Centro Penitenciario de Álava —en el que se fabrican piezas para el mantenimiento de ascensores y el cableado de diferentes equipos sanitarios— y el de la prisión Madrid VII, en Estremera, dedicado también a la fabricación de piezas para el mantenimiento de ascensores, muchos de ellos ubicados en hospitales. La reapertura se realizó con el personal mínimo imprescindible para dar abasto a los pedidos de urgencia. No fueron más de 10 internos por taller. El acceso de los trabajadores externos no penitenciarios, que asesoran a los internos, se realizaría bajo estrictas condiciones de seguridad, entre ellas acreditar la prueba PCR negativa o una declaración responsable, y estar dotados de Equipos de Protección Individual (EPI). El acceso se realizaría de tal manera que se limitase lo máximo posible el contacto con la población reclusa.

Hasta la fecha, los talleres habían permanecido cerrados, excepción hecha de aquellos que han reorientado su producción y, en esos momentos, se dedicaban a la fabricación de material sanitario. Entre otros, Sevilla I, que estaba elaborando batas para los hospitales de campaña sevillanos, Madrid I, que ha producido ya casi 3000 mascarillas para la Comunidad de Madrid, o las prisiones de Córdoba, Huelva, Topas, y Alcalá de Guadaíra, que fabricaban mascarillas no homologadas para abastecer al resto de establecimientos penitenciarios.

La directriz era que, en próximas fechas, tras el estudio de cada caso, se podría proceder a la reapertura paulatina de otros talleres productivos. Para ello, se tendrían en cuenta las condiciones arquitectónicas de los talleres así como la situación sanitaria de los centros⁸.

2.8. MANIFIESTO «POR EL RESPETO A LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD»

El 11 de mayo de 2020, los partidos políticos Unidas Podemos/En Comú Podem/Galicia en Común, Esquerra Republicana, Junts per Catalunya, EAJ-PNV, Euskal Herria Bildu, Más País, CUP, Compromís y BNG suscribieron conjuntamente un manifiesto en el que instaban al Gobierno de la nación a adoptar una serie de medidas en el ámbito penitenciario.

El manifiesto subrayaba que la normativa penitenciaria ofrece distintas vías para responder de forma humanitaria a la excepcionalidad planteada por el riesgo del COVID-19, entre ellas:

- Clasificación en tercer grado humanitario (art. 104.4. RP y 36.3 CP) para decretar el cumplimiento domiciliario de la pena de quienes presenten patologías previas serias, crónicas o agravadas por la edad (mayores de 65 años) que les hagan especialmente vulnerables a la pandemia.
- Aplicación generalizada de la modalidad de tercer grado prevista en el artículo 86.4. RP, junto al principio de flexibilidad previsto en el art. 100.2. RP, para internos/as ya clasificados/as en tercer grado.

- Revisión de clasificación de grado de quienes se encuentren en la actualidad clasificados en segundo grado y disfrutando de permisos, y presenten un pronóstico favorable de reinserción, para su inmediata progresión a tercer grado.
- En el mismo sentido, vía artículo 91 CP, revisión de las circunstancias individuales de personas penadas para que las Juntas de Tratamiento eleven a los juzgados correspondientes la propuesta de libertad condicional en los casos de aquellos/as internos/as que hayan cumplido las tres cuartas partes de la condena, no presenten alto riesgo de reincidencia y/o presenten pronóstico favorable de reinserción social, previa clasificación en tercer grado⁹.

2.9. PLAN DE DESESCALADA

En línea con el Plan para la desescalada de las medidas extraordinarias adoptadas para hacer frente a la pandemia de COVID-19, aprobado por el Consejo de Ministros en su reunión de 28 de abril de 2020, el Ministerio del Interior publicó la Orden INT/407/2020, de 12 de mayo, por la que se adoptan medidas para flexibilizar las restricciones establecidas en el ámbito de Instituciones Penitenciarias al amparo del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19¹⁰.

En la introducción de dicha Orden puede leerse la siguiente motivación: «[...] En el momento actual, y dado que en España se ha iniciado un proceso de reducción gradual de las medidas extraordinarias de restricción de la movilidad y del contacto social establecidas mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, con el objetivo de conseguir la recuperación paulatina de la vida cotidiana, preservando la salud pública, minimizando el riesgo que representa la epidemia para la salud de la población, y evitando que las capacidades del Sistema Nacional de Salud se puedan desbordar, se hace necesario acomodar el ámbito penitenciario a la nueva situación actual [...]».

En este sentido, el artículo único de la citada disposición prevé que se reanuden en los centros penitenciarios del Estado, de forma paulatina y gradual, manteniendo como referencia la protección de la salud pública, las siguientes actividades:

- a)* Las comunicaciones ordinarias de los internos.
- b)* Las salidas de permiso y las salidas programadas, de acuerdo con las indicaciones de la autoridad sanitaria.
- c)* Los internos clasificados en tercer grado o que tengan aplicado el régimen de flexibilidad y se hallen destinados en centros de inserción social, secciones abiertas o centros ordinarios, podrán seguir saliendo para la realización de las actividades expresamente relacionadas en el artículo 7 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, adoptándose los protocolos establecidos cuando regresen al centro penitenciario. En todo caso, en cualquier desplazamiento deberán respetarse las recomendaciones y obligaciones dictadas por las autoridades sanitarias.
- d)* Los traslados de los internos cuando sean solicitados por las autoridades judiciales, los traslados por razones sanitarias y aquellos que por circunstancias regimentales o tratamientos se requieran, según sean las indicaciones sanitarias que, en cada caso y momento, se vayan adoptando.

e) Las actividades educativas, formativas, terapéuticas, deportivas, culturales y religiosas en el interior de los centros penitenciarios, en función de la situación de estos y de las medidas que se puedan ir adoptando por las autoridades competentes en la materia.

Las actuaciones y actividades anteriormente citadas podrán revertirse si la situación epidemiológica así lo aconseja, de forma global o individualizada para uno o varios centros penitenciarios».

La Secretaría General de Instituciones Penitenciarias envió el 13 de mayo de 2020 a todos los centros penitenciarios dependientes de la Administración General del Estado las instrucciones para el desarrollo de la Orden INT/407/2020, de 12 de mayo, para la flexibilización de las medidas adoptadas a consecuencia de la crisis sanitaria de la COVID-19.

Las medidas, de momento, solo serán de aplicación en aquellos centros penitenciarios que se encuentren en zonas en fase 1 o 2 de la desescalada.

Se establecen las siguientes condiciones para las actividades que comenzarán a reanudarse, gradualmente, con la entrada en vigor de la Orden del Ministerio del Interior¹¹.

Comunicaciones ordinarias

- Se autorizan las comunicaciones por locutorio con familiares, amigos, abogados, profesionales externos para actividades autorizadas, letrados de los servicios de orientación jurídica y ministros de culto, siempre que el comunicante provenga de la provincia o el territorio sanitario en el que se encuentre el centro penitenciario.
- Los internos acudirán a comunicar siempre que no exista impedimento desde el punto de vista clínico o sanitario.
- Se reduce el número de visitantes a dos personas por comunicación.
- Será obligatorio el uso de mascarillas y guantes, y no se permitirá el acceso a aquellas personas que presenten síntomas de infección respiratoria.
- Para favorecer el distanciamiento social, se reduce al 50% el uso de los locutorios, que, sin embargo, podrán utilizarse durante 6 días a la semana, mañana y tarde.
- Se procederá a la desinfección de los mismos después de cada comunicación y a la desinfección general del departamento de comunicaciones una vez a la semana.

Permisos de salida y salidas programadas

- Se reanudan los permisos ordinarios, extraordinarios y las salidas programadas de acuerdo con las indicaciones de la autoridad sanitaria.
- Se revisarán los permisos ordinarios pendientes, a efectos de autorizar aquellos que vayan a disfrutarse en el ámbito geográfico en el que esté permitida la movilidad.
- Se facilitará mascarilla a los internos.
- Se recabará consentimiento expreso por parte del interno interesado para permanecer en cuarentena durante 14 días —o el tiempo que determine el personal sanitario— a su regreso al centro.

Traslados

- Se autorizan los requeridos por autoridades judiciales, los derivados de cuestiones sanitarias y los que obedezcan a razones excepcionales o causas de fuerza mayor.
- Los internos deberán portar mascarilla.
- No se procederá al traslado de ningún interno que se encuentre en módulo en cuarentena o internos aislados por sospecha de COVID-19.
- Se recabará consentimiento expreso por parte del interno interesado para permanecer en cuarentena durante 14 días -o el tiempo que determine el personal sanitario- a su regreso al centro.

Además, se retomarán gradualmente aquellas actividades educativas, formativas, terapéuticas, culturales, etc. que realizan los profesionales de la Administración Penitenciaria y que hubieran quedado suspendidos durante la crisis sanitaria.

3. PROPUESTA DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (PLAN DE CHOQUE)

Como ya adelantamos al inicio de este artículo, el CGPJ, en el marco del «Plan de Choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma», elaboró en abril de 2020 un «Primer documento de trabajo sobre medidas destinadas a colectivos especialmente vulnerables para el plan de choque en la administración de justicia tras el estado de alarma», en cuyo punto 5 propone la supresión del recurso de apelación contra determinados autos de los jueces de Vigilancia Penitenciaria resolviendo recursos contra la denegación de permisos y otras quejas¹².

Concretamente, el CGPJ plantea la modificación de los siguientes apartados de la DA 5ª LOPJ:

«2. Las resoluciones del juez de Vigilancia Penitenciaria en materia de ejecución de penas serán recurribles en apelación y queja ante el tribunal sentenciador, excepto cuando se hayan dictado resolviendo **la impugnación de una resolución administrativa o actuación administrativa** que no se refiera a la clasificación del penado.

En el caso de que el penado se halle cumpliendo varias penas, la competencia para resolver el recurso corresponderá al juzgado o tribunal que haya impuesto la pena privativa de libertad más grave, y en el supuesto de que coincida que varios juzgados o tribunales hubieran impuesto pena de igual gravedad, la competencia corresponderá al que de ellos la hubiera impuesto en último lugar.

3. Las resoluciones del juez de Vigilancia Penitenciaria en lo referente al régimen penitenciario y demás materias no comprendidas en el apartado anterior serán recurribles en apelación o queja **siempre que no se hayan dictado resolviendo una impugnación de una resolución o actuación administrativa y salvo que se vean afectados derechos fundamentales**. Conocerá de la apelación o de la queja la Audiencia Provincial que corresponda, por estar situado dentro de su demarcación el establecimiento penitenciario.

A los efectos del párrafo anterior no serán susceptibles de apelación los autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria resolviendo quejas contra la denegación de permisos o actuaciones administrativas, salvo afectación de derechos fundamentales.

[...]

6. Cuando quien haya dictado la resolución recurrida sea un Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, tanto en materia de ejecución de penas como de régimen penitenciario y demás materias, la competencia para conocer del recurso de apelación y queja, siempre que no se haya dictado resolviendo **una impugnación de una resolución o actuación administrativa que no se refiera a la clasificación del penado**, corresponderá a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional».

Arguye el CGPJ que:

«La propuesta, en cuya elaboración han participado jueces y fiscales especializados en vigilancia penitenciaria, supondría liberar una importante cantidad de recursos humanos y materiales en la tramitación de apelaciones contra autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que se podrían emplear en atender necesidades más urgentes y graves de tutela judicial efectiva de las personas privadas de libertad.

Evitaría situaciones abusivas, y de común conocimiento en los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, donde es frecuente que las secciones especializadas de las Audiencias Provinciales tengan que resolver en cuatro o seis ocasiones anuales recursos de un mismo interno contra denegaciones periódicas de permisos de salida por una misma causa, y asimismo quejas carentes de la más mínima fundamentación fáctica o jurídica.

Con la redacción propuesta sí serían accesibles a la apelación aquellos autos en los que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria deniega la concesión del permiso en contra del criterio de la junta de tratamiento y naturalmente todas aquellas denegaciones de permisos, o de quejas en general, en las que la denegación pueda afectar a un derecho fundamental.

Los juzgados de vigilancia penitenciaria resuelven un gran volumen de recursos de personas en situación de especial vulnerabilidad, y contribuyen de forma importante a mantener el buen orden de los centros penitenciarios».

Por su parte, el Consejo General de la Abogacía Española hizo público el 21 de abril de 2020 un documento titulado «Aportaciones del CGAE al primer documento de trabajo sobre medidas destinadas a colectivos especialmente vulnerables para el plan de choque en la administración de justicia tras el estado de alarma», en el que muestra la total oposición a dicha medida¹³.

Suscribimos plenamente el contenido la sintética argumentación expresada en dicho documento, que transcribimos a continuación:

«La propuesta tiene carácter permanente y parece considerar que el control sobre los permisos o las actuaciones administrativas que no se refieran exclusivamente a la clasificación del penado es rutinario y carente de utilidad, frente a pretensiones de mayor calado, lo que no es admisible en un colectivo que se considera muy vulnerable, por un lado, por la relación administrativa de sujeción especial del interno/a con la institución penitenciaria (de cuya actuación deriva normalmente el procedimiento judicial) y por otro por el bajo estatus socioeconómico prevalente en los internos e internas (lo que debería estimular, en lugar de intentar combatirla, la generalización de la asistencia letrada preceptiva para todos los recursos que el interno interponga en relación con su situación).

Eliminar el recurso de apelación frente al auto del juez de Vigilancia Penitenciaria en los supuestos indicados supondría un recorte en los derechos de las personas presas, la denegación del

acceso al recurso bajo el pretexto de frenar un posible colapso judicial y una privación, *de facto*, del derecho a la asistencia letrada de las personas presas, pues en las instancias anteriores al recurso de apelación no resulta legalmente preceptiva la asistencia letrada.

Ante el incremento del número de procedimientos debe garantizarse el íntegro respeto de los derechos de las personas presas y priorizar los que afecten a derechos fundamentales.

La propuesta es claramente restrictiva de derechos, contraria a la tutela judicial efectiva y limitativa del derecho de defensa, lo que resulta tanto más grave en un colectivo altamente vulnerable como es la población reclusa».

4. CONSIDERACIONES FINALES

Estamos en condiciones de afirmar, sin miedo a equivocarnos, que la población reclusa en España ha tenido un comportamiento ejemplar, salvo casos muy puntuales, ante las restricciones que la pandemia y el estado de alarma han añadido a la ya de por sí gravosa situación de privación de libertad que padece. No podemos decir lo mismo de la población en general. ¡Quién lo iba a decir!

Los datos, por otro lado, no pueden ser mejores: el rápido cierre de las prisiones al exterior, días antes de la entrada en vigor del estado de alarma, ha tenido como consecuencia que el impacto de la COVID-19 entre los reclusos dependientes de la Administración Central sea aproximadamente 4 veces inferior al impacto en la población general. La tasa de afectación es algo superior a 1 por mil internos, mientras que entre la población en general es de 4,3 por mil habitantes. En cuanto a la mortalidad, Instituciones Penitenciarias ha lamentado el fallecimiento de dos internos, ambos del Centro Penitenciario Madrid VII, en Estremera. La tasa de mortalidad se sitúa en el 0,04 por mil internos, lo que supone aproximadamente 10 veces menos que en la población general (0,48 por mil habitantes), mientras que la tasa de hospitalización es aproximadamente 7 veces inferior a la del resto de la población¹⁴.

En situaciones excepcionales como la que nos ha tocado vivir, las soluciones en el plano jurídico-penitenciario deben ser también excepcionales. Por ello, si las medidas adoptadas tras la declaración del estado de alarma nos parecían razonables, más razonable nos parece aún que también la vida en prisión transite hacia la llamada «nueva normalidad». Con todo, la situación sanitaria puede cambiar en cuestión de semanas, si no de días, por lo que los esfuerzos invertidos y los logros obtenidos pueden desvanecerse rápidamente, con las consecuencias que nuevamente ello volvería a tener en el ámbito de prisiones.

Consideramos, no obstante, que la actual coyuntura no puede servir de pretexto para restringir los derechos fundamentales de aquellos que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad. Y esto es lo que, precisamente, sucedería de manera flagrante en el caso de que la propuesta del CGPJ —la limitación del recurso de apelación— saliera adelante.

NOTAS

1. [En línea] <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Noticias/Noticias/noticia_0523.html>. [Consulta: 13/05/2020.]
2. [En línea] <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Noticias/Noticias/noticia_0524.html>. [Consulta: 13/05/2020.]
3. BOE núm. 68, de 15 de marzo de 2020.
4. Dichas actividades son: a) Adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad; b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios; c) Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial; d) Retorno al lugar de residencia habitual; e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables; f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros; g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad; y, h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza que habrá de hacerse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad o por otra causa justificada.
5. [En línea] <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Noticias/Noticias/noticia_0527.html>. [Consulta: 13/05/2020.]
6. [En línea] <https://www.msbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/Recomendaciones_en_centros_penitenciarios_COVID19.pdf>. [Consulta: 13/05/2020.]
7. [En línea] <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Noticias/Noticias/noticia_0529.html>. [Consulta: 13/05/2020.]
8. [En línea] <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Noticias/Noticias/noticia_0538.html>. [Consulta: 13/05/2020.]
9. [En línea] <<http://ehbildu.eus/es/noticias/por-el-respeto-a-los-derechos-de-las-personas-privadas-de-libertad>>. [Consulta: 13/05/2020.]
10. BOE núm. 134, de 13 de mayo de 2020.
11. [En línea] <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Noticias/Noticias/noticia_0553.html>. [Consulta: 13/05/2020.]
12. [En línea] <<https://www.icav.es/bd/archivos/archivo15176.pdf>>. [Consulta: 26/05/2020.]
13. [En línea] <<https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2020/04/APORTACIONES-CGAE-SOBRE-MEDIDAS-COLECTIVOS-VULNERABLES-v3.pdf>> [Consulta: 26/05/2020.]
14. [En línea] <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Noticias/Noticias/noticia_0553.html>. [Consulta: 13/05/2020.] Para una actualización de los datos: <<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Noticias>>.

Fecha de reposición: 4 de mayo de 2020.

Fecha de aceptación: 11 de junio de 2020.

VARIA

Decir no. El imperativo de la desobediencia, de Javier de Lucas
Fernando Flores Giménez

DECIR NO. EL IMPERATIVO DE LA DESOBEDIENCIA, DE JAVIER DE LUCAS

Fernando Flores Giménez

Profesor titular de Derecho constitucional
Universitat de València (España)

¿Tiene sentido la desobediencia civil en el marco de los Estados democráticos? La pregunta es pertinente porque responde a la realidad de un tiempo, el nuestro, cargado de revueltas y desobediencias contra el poder, y rico, además, en argumentos y argumentarios de dudoso rigor a favor y en contra de esas protestas.

La desobediencia civil es una cuestión que interesa a todos aquellos que creen en los derechos humanos como derechos independientes del poder del Estado y que consideran que la acción del Estado es legítima en la medida en que esté orientada a la tutela de esos mismos derechos.

Este interés es indiscutible en el caso del profesor Javier de Lucas, quien ya en 1980 se preguntaba «¿Por qué obedecer a las leyes de la mayoría?» y que, cuarenta años después, tras haber reflexionado en numerosas publicaciones sobre los aspectos más relevantes del tema, nos ofrece el excelente ensayo *Decir No. El imperativo de la desobediencia*. Un trabajo que, desde el Derecho y la razón práctica, y en permanente diálogo con los autores que con mayor lucidez han abordado la materia, no se limita a teorizar sobre aspectos conceptuales de la desobediencia civil, sino que responde puntualmente a las cuestiones más urgentes con las que una «democracia de banda estrecha», la actual, interpela a los pensadores que hoy se la toman en serio.

Decir no aborda tres temas: por qué decir no, por qué (y a qué) decir sí, y qué modos hay de decir no.

El ser humano dice no, desobedece por su inclinación a la libertad. Y desobedece legítimamente porque le dan motivos. En la primera parte, el profesor De Lucas reflexiona sobre la desobediencia como condición básica de la libertad y el ejercicio de la conciencia y como respuesta justificada y radical a situaciones políticas que producen desafección extrema.

La inclinación a la libertad toma forma con la «conciencia humanista», la voz autónoma y sin miedo de las personas que se enfrenta a la «conciencia autoritaria», cuna de la

paciencia (y la obediencia) de las masas. En este sentido, el valor de la autonomía ilustrada (desde La Boétie a Fromm, pasando por De Gondi, Spinoza, Nietzsche y Camus) radica en la formación de una ciudadanía no domesticada, leal pero, si es necesario, con voz (Hirschman) desobediente, capaz de defenderse de los abusos del poder.

Si esa conciencia existe, la desobediencia se activa cuando los motivos son realmente peligrosos. Quizás sea esa la explicación de que en este siglo XXI «los indignados» hayan transitado desde un primer deseo, quizás naíf, de mejorar la democracia con las herramientas legales disponibles hacia un rechazo profundo de las instituciones democráticas que en principio les protegen. Instituciones que muchos ciudadanos consideran al servicio de la secesión de unos ricos que, a nivel planetario, son responsables de la desigualdad, concentran la riqueza y administran ilegítimamente la capacidad de determinar las decisiones políticas más básicas. En este marco amenazante, en esta sociedad no decente (Margalit), incapaz de reparar «lo injusto concreto» (Shklar), no es extraño que surja con fuerza el motor más genuino de la desobediencia civil, la lucha por el Derecho, por los derechos y contra la injusticia.

Pero esta defensa del imperativo de la desobediencia exige, si no se desea formar parte de quienes solo se atreven con la negación, proponer la idea de sociedad y de ciudadanía a las que decir sí. Porque identificar lo ilegítimo debe llevarnos a identificar lo legítimo y a defenderlo.

Y a ello dedica el profesor De Lucas los dos capítulos centrales de su ensayo. Primero, a certificar cómo el contexto social y político sobre los que se edificó la teoría y la práctica de la desobediencia civil se ha transformado radicalmente. La globalización y la dimensión multicultural de las sociedades de «diversidad profunda» (Taylor) han provocado un ensanchamiento alarmante de los niveles de exclusión, pues la democracia liberal —y su mejor cara, la socialdemocracia— no ha sido capaz de frenar la quiebra de los mecanismos sobre los que se sostiene la cohesión social que justifica la obediencia. ¿Qué hacer entonces? ¿Admitir que no hay alternativa? ¿O repensar a fondo las categorías a través de las cuales nos construimos como seres en sociedad? Solo contestando adecuadamente a esta última pregunta podremos asegurar la obediencia de la comunidad política a sus gobernantes.

Se trata de una pregunta cuya respuesta es compleja, pero que, de entrada, debe desprenderse de los valores irreversibles en los que se fundamenta la «vieja democracia» y asumir el pluralismo inclusivo (contingente, negociable, abierto) como reto esencial de una nueva gramática de la democracia (Bovero). Una nueva gramática que, sobre todo, ha de ser social (debe vincular cohesión social con diversidad social y justicia social), pues en este adjetivo radica la clave de quien pretenda construir un orden moral, jurídico y político estable y aceptable. De ahí que, como sostiene Honneth, los derechos sociales sean uno de los elementos necesitados de revisión (de expectativas a derechos) en esa nueva gramática para que el respeto y reconocimiento de los individuos, de la «nueva ciudadanía», justifique su obediencia a quienes ostentan el poder.

Una nueva ciudadanía que ha de desprenderse de la ficción de una homogeneidad sociocultural que no es real, y que, en cambio, ha de centrarse en la dimensión de pleno

estatuto jurídico (más allá de la soberanía y la identidad) que ha de otorgar a sus titulares. En este sentido, la realización del principio del pluralismo inclusivo exige aceptar la «concepción republicana» de la ciudadanía defendida por Ferrajoli, de raíz ciceroniana. Esta no conforma un pueblo *etnonacional* exclusivo, sino una comunidad convencional y democrática de individuos iguales en derechos (la *egalibertad* de Balibar), una ciudadanía inclusiva capaz de acomodar a la inmigración, coherente con la dimensión multicultural de nuestras sociedades. No cabe duda de que romper la «jaula de hierro» que conforma la nacionalidad, el trabajo formal y la homogeneidad es un reto enormemente difícil, pero de ello depende la configuración de una ciudadanía a la que se puede exigir legítimamente el deber de obediencia.

Por último, el profesor De Lucas aborda los modos de decir no, las manifestaciones de la desobediencia civil y su discutida conceptualización como derecho *básico* que, matizadamente, rechaza. Y lo hace aclarando los conceptos, repasando su evolución, focalizando la mirada sobre algunas acciones de protesta y desobediencia contemporáneas y explicando que no todas pueden ser consideradas estrictamente desobediencia civil, incluso aunque reclamen para sí tal denominación.

En este punto, quizás lo más destacable sea la referencia a la actual configuración compleja del concepto de desobediencia civil, que ha evolucionado a lo largo del tiempo desde la facultad de *tiranicidio* inicial hasta la diferenciación entre desobediencia civil *jurídica* y desobediencia civil *política*. La desobediencia civil *jurídica* se propone, en la línea de la resistencia de Thoreau, como instrumento para la lucha por los derechos. Acepta las reglas del Estado de Derecho y la democracia liberal y se dirige a corregir sus deficiencias, no a impugnar el sistema en sí. La desobediencia civil *política*, en cambio, se propone como un instrumento radical de la lucha por la democracia. Si la desobediencia civil de filiación política reprocha a desobediencia civil *jurídica* un tendencial *fetichismo legalista*, la segunda censura a la primera que incurra en el *fetichismo populista*.

El autor del ensayo opta claramente por la primera opción, la jurídica, pero con un matiz y una justificación de fondo. Su aceptación del modelo jurídico, que también es político, va unido al rechazo al formalismo que domestica y debilita las reivindicaciones de la desobediencia, un formalismo que la mayor parte de las veces es la coartada para evitar los cambios. En cuanto al argumento de fondo, conecta con la centralidad del Derecho, del Estado de Derecho, como el instrumento de organización social al que acudir si no se desea correr el riesgo de que se produzcan daños mayores. En este sentido, el modelo *exclusivamente político*, ajeno al Derecho, abocaría a formas de insurrección y rebelión (pacíficas o violentas) por parte de causas no siempre aceptables y no pocas veces de consecuencias desproporcionadas.

Para terminar, el ensayo analiza algunas manifestaciones de resistencia y desobediencia civil en la España de hoy como la campaña por la sanidad universal (contra la exclusión de los inmigrantes en situación irregular) o el movimiento contra los desahucios que expulsaron (y expulsan todavía hoy) de su vivienda habitual a miles de familias cada año, sin dejar de lado las reivindicaciones del independentismo catalán, movimiento secesionista al que no considera desobediencia civil, sino, en el mejor de los casos, una muestra de resistencia no violenta.

Se cierra con estas reflexiones un trabajo de enorme calado, un ensayo que delimita y profundiza en los debates esenciales para la configuración de una sociedad decente que parece alejarse de nosotros en los últimos años. Un ensayo que muestra la inquietud y el vivo interés que desde hace muchos años ha mostrado Javier de Lucas por la libertad, la democracia, y el respeto y la reivindicación del Derecho.

NORMAS DE EDICIÓN DE LA REVISTA

<http://teoriayderecho.tirant.com>

I. CRITERIOS GENERALES PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS A LA REVISTA *TEORÍA & DERECHO*

1. Los textos presentados para su publicación deberán ser trabajos originales e inéditos.
2. Los originales de los artículos de las dos primeras secciones («Debate» y «Estudios») tendrán una extensión de entre 8.000 y 14.000 palabras como máximo, un interlineado de 1.5 y letra de cuerpo 12. Deberán presentarse en soporte informático, preferentemente en Word (o formato revisable).
3. Los términos de presentación de originales finalizan el 1 de mayo (para el número que se publica en diciembre) y el 1 de noviembre (para el número que se publica en junio del año siguiente).
4. Al comienzo del texto han de indicarse el título del artículo, el nombre y apellidos del autor o autora, su cargo o profesión y la vinculación institucional con la que los autores o autoras desean aparecer identificados en el encabezamiento del artículo.
5. Los autores y autoras harán llegar con el artículo los datos suficientes para que la redacción de la Revista se pueda poner en contacto con ellos (dirección postal, teléfono y dirección electrónica).
6. Todos los artículos deberán ir acompañados de un resumen de 10 líneas o 1.000 caracteres en castellano y en inglés. También hay que incluir una lista de cinco o seis palabras clave o descriptores de la materia en castellano y en inglés. El título del artículo debe escribirse en español y en inglés.
7. Los artículos deben ir precedidos de un sumario de los diferentes apartados en que se estructuran. Los títulos y subtítulos de los textos seguirán el denominado «Sistema de numeración decimal de capítulos» y se escribirán solo con cifras arábigas. Las secciones se numerarán correlativamente a partir de 1; cada sección o epígrafe puede subdividirse en n partes (subtítulos o subepígrafes) desde 1 hasta n ; cada subepígrafe, a su vez, puede dividirse en otras subsecciones o partes menores desde 1 hasta n , y así sucesivamente: (1., 1.1., 1.2., 1.2.1...) (4., 4.1, 4.1.1, 4.1.2...).
8. En el caso de los artículos publicados en la sección «Temas de Hoy», se podrán obviar algunos requisitos formales de la revista (resumen, informes externos, extensión, originalidad), pero nada impide que el original enviado los cumpla plenamente, en cuyo caso la Revista lo hará constar.
9. En las traducciones y textos de la sección titulada «Varia» no se exige el cumplimiento de los requisitos anteriores.

II. ADMISIÓN DE ORIGINALES Y SISTEMA DE EVALUACIÓN

Los originales publicados en las secciones «Debates» y «Estudios» serán sometidos al criterio de expertos. El sistema de arbitraje recurre a evaluadores externos y la Revista garantiza su anonimato. Cualquiera de los evaluadores puede hacer observaciones o sugerencias a los autores, siempre y cuando el trabajo haya sido aceptado. Los autores recibirán el resultado de la evaluación y, en su caso, se les concederá un período de tiempo suficiente para que puedan hacer las modificaciones propuestas por los evaluadores.

Los evaluadores tendrán en cuenta, especialmente: *i)* la idoneidad temática; *ii)* la calidad y el rigor de los argumentos que se presentan; *iii)* la adecuación de la estructura expositiva del texto; *iv)* la oportunidad y relevancia del artículo para la discusión de problemas en su área de investigación; y *v)* la validez de los datos y las fuentes bibliográficas.

Tras la evaluación realizada por los expertos, la publicación definitiva de los trabajos será sometida de nuevo a la consideración del Consejo Editorial de *Teoría & Derecho*, que se reserva la facultad de revisar y corregir los textos si estos presentan errores ortotipográficos, gramaticales o de estilo.

III. CORRESPONDENCIA CON LA REVISTA

Los originales deben ser enviados por correo electrónico a la dirección: teoria.derecho@uv.es. Los autores deben mandar dos archivos diferenciados en formato Word o compatible. El primero de ellos será el texto original que deberá estar completamente cegado y no contener ninguna referencia que permita al revisor/a conocer su autoría. En este mismo deberá aparecer el título, resumen y palabras clave en español e inglés. Asimismo, deberá suprimirse cualquier propiedad del archivo que haga referencia al autor o autora. El segundo documento debe contener título del texto, nombre y apellidos del autor, institución de origen, puesto que se ocupa en la actualidad, dirección de correo electrónico, así como los agradecimientos y referencias a proyectos de investigación en los que se enmarque la investigación del artículo.

Adjunto a los anteriores debe remitirse cumplimentado el formulario relativo a la gestión y protección de los datos personales por parte de la editorial de acuerdo con la normativa vigente. Dicho formulario puede encontrarse en la web de la revista: teoriayderecho.tirant.com.

También pueden remitirse por correo postal (copia impresa y en soporte digital) a la siguiente dirección: Revista *Teoría & Derecho*. Editorial Tirant lo Blanch, C/ Artes Gráficas 14, entresuelo, Valencia 46010.

IV. SISTEMA DE CITAS

1. Habida cuenta de la naturaleza de la revista, orientada fundamentalmente a la reflexión y al pensamiento teórico, el Consejo Editorial considera que la forma óptima de presentar las referencias es a través de una nota bibliográfica general situada al final del texto que refleje el estado de la cuestión, los textos más relevantes y la fundamentación de las tesis del autor.

2. Podrá utilizarse también el sistema fecha / autor (o «sistema Harvard») de citas, esto es, referencia en el texto y elenco bibliográfico al final del artículo.

Cuando se opte por este sistema, las citas se insertarán en el texto con un paréntesis que contenga: autor (coma), año de aparición de la obra y número(s) de página(s) precedido(s) de dos puntos. Ejemplo: (Vives, 2011:129).

Si se trata de una segunda (o posterior) edición de la obra, tal circunstancia se indicará con una voladita situada antes del año de publicación. Ejemplo: (Vives, ²2011: 129).

– Al final del artículo se incluirá un elenco con las referencias completas de todas las obras mencionadas, según los criterios que se indican seguidamente.

En el caso de que se citen varias obras del mismo autor, se ordenarán cronológicamente. En la segunda y siguientes menciones, se sustituirán los apellidos y el nombre del autor por una doble raya (—) seguida de un espacio fijo y sin ninguna puntuación antes del paréntesis en el que se indica el año de publicación.

Si se citan varias obras del mismo autor y año, tanto en las referencias del texto principal como en el elenco bibliográfico se ordenarán alfabéticamente con letra minúscula, que se escribirá en cursiva (2011*a*).

Si la obra referenciada es de dos o más autores, únicamente se invertirá el orden del nombre y los apellidos del primer autor de la obra, pero no el de los autores sucesivos. Ejemplo: Pérez López, José, Marisa Fernández García y Javier Rodríguez Jiménez (2015): «Los delitos económicos», *Revista de Penología*, 23 (2), 45-64.

La fórmula anterior es preferible a la de consignar únicamente el nombre del primer autor seguido de las expresiones *et al.* (en cursiva) o «y otros», que también son admisibles.

Tanto en el texto principal como en la bibliografía se utilizarán las comillas angulares o latinas (« »), no las inglesas (“ ”). Si dentro de una oración o segmento de texto ya entrecomillado hay una expresión o un enunciado también entrecomillado, se utilizarán las comillas inglesas: (« “ ” »)

– En todo caso, las referencias completas del elenco bibliográfico deberán ser presentadas de la siguiente forma:

- Libros: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero), año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del libro (en cursiva y con mayúscula sólo en la inicial de la primera palabra: la mayúscula en todas las palabras del título es una práctica anglosajona), lugar de edición (dos puntos), nombre del editor, (y, eventualmente, colección).

Ejemplo: Vives Antón, Tomás S. (2011): *Fundamentos de derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

- Capítulos de libro: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título de la obra (entre comillas angulares), responsables subordinados (compiladores, editores, etc., precedidos de «en»; el nombre de pila de los responsables subordinados puede consignarse con la inicial antes del apellido), título del libro (ver arriba), lugar de edición (dos puntos), nombre del editor, (y, eventualmente, colección) y páginas (sin las grafías «pp.»).

Ejemplo: Pérez Pérez, María y Laura Martínez Martínez (2014): «Algunas acotaciones sobre los actuales modelos de teoría de la legislación», en P. Rodríguez Pérez y M. Ramos Ramos (comps.), *Nuevos modelos de teoría de la legislación*, Madrid: Teorema, 34-51.

- Artículos de revista científica: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del artículo (entre comillas angulares y con mayúscula solo en la primera palabra), nombre de la revista (en cursiva y mayúsculas), (eventualmente, volumen y número de la revista) y páginas (sin las grafías «pp.»).

Ejemplo: Cotterrell, Roger (2015): «The politics of jurisprudence revisited: a Swedish realist in historical context», *Ratio Juris*, 28 (1), 1-14.

- Recursos electrónicos: la inclusión de la referencia de los textos en formato electrónico en el elenco bibliográfico solo será obligatoria cuando el documento *únicamente* sea accesible en la red y no esté publicado en una revista o libro (incluidos los electrónicos). En este caso, la cita deberá presentarse del siguiente modo: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título de la obra, indicación de soporte entre corchetes («[en línea]»), dirección completa y disponibilidad, que empezará siempre con el protocolo de transferencia de hipertexto (http) e irá entre antitildas y con punto después de la antitilda de cierre (< >.), y fecha de consulta (entre corchetes y con punto final antes del corchete de cierre).

Ejemplo: Romero Carrascal, Susana (2008): «Archivos y delitos. La actuación de la Fiscalía de Patrimonio Histórico» [en línea], <<http://www.arxivars.com/index.php/documents/formacio-1/jornades-d-estudi-i-debat-1/228-jed-080528-romero-1/file>>. [Consulta: 12/06/2014.]

V. DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Los autores y autoras ceden en exclusiva a la Revista los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos. Asimismo, permiten al Consejo de la revista distribuir sus contenidos en todas aquellas bases de datos científicas en la que se encuentre indexada la Revista, siempre con el objetivo de asegurar una amplia distribución de los contenidos cedidos por los autores.

VI. ÍNDICES DE CALIDAD Y BASES DE DATOS

Cumple todos los criterios de calidad de revistas establecidos por el Comité 9 CNEAI (sexenios) Journal Scholar Metrics. Revistas Españolas de Derecho

http://www.journal-scholar-metrics.infoec3.es/layout.php?id=rank&subject=law&start=100&order=h5_index&sort=DESC&related=T&country=es

ERIH PLUS (European Index for de Humanities and the Social Sciences) La revista Teoría y derecho ha sido incluida en este índice en febrero de 2017.

<https://dbh.nsd.uib.no/publiseringskanaler/erihplus/periodical/info?id=488762>

Google Scholar Metrics (2011-2015), Índice H de las revistas científicas españolas. La revista es la 81 de 148 posiciones.

CARHUS PLUS : valorada como A

RESH (Revistas españolas de ciencias sociales y humanidades).

Incluida en revistas jurídicas interdisciplinarias. La mejor valorada por los expertos

<http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores>

DICE (Difusión y calidad editorial de las revistas españolas de humanidades y ciencias sociales y jurídicas) <http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443>

LATINDEX: cumple 33 criterios, sobre 33.

ISOC: Sumarios Derecho

CIRC: Calificada como B

I. GENERAL CRITERIA FOR SUBMISSIONS TO THE JOURNAL *TEORÍA & DERECHO*

1. All manuscripts submitted for consideration should be original and unpublished.
2. «Debate» and «Estudios» original texts should average between 8.000 and 14.000 words in length, spaced in 1.5, and 12p for the body type. They must be submitted electronically, preferably in Word (or other similar revisable format).
3. Submissions are required to be sent before May 1st. (for December's issue) and before November 1st. (for next year's June's issue).
4. At the beginning of the article, authors must indicate the title of the paper, full name of the author(s), position of the author(s), and the institution they come from.
5. Authors must send their contact information (specifically: address, telephone number and e-mail) within their submission form in order to allow the Journal to maintain regular contact with them.
6. Submissions must include an abstract of 10 lines or 1000 characters and a list of 5-6 key words in Spanish and English languages in any case. Titles must be written in Spanish and English.
7. Submissions should include a Summary, where titles of the different sections of the text are written. Submission structure must follow the so-called «Decimal Numbering System for Chapters and Subheading», and they should be written only with Arabic figures. Sections will be numbered consecutively starting on number 1. Each one can be divided in n sections, from 1 to n ; each subsection can also be divided from 1 to n , and so on: (1., 1.1., 1.2., 1.2.1...) (4., 4.1., 4.1.1., 4.1.2...).
8. Submissions to the section «Temas de Hoy» may omit, fully or partially, the formal requirements mentioned (abstracts, peer review, length and the requirement to be an unpublished work), although the manuscript submitted may accomplished some or all of them. In this case, the Journal *Teoría & Derecho* would mention it.
9. In the case of texts and translations submitted to the «Varia» section, there is no need to comply with the formal requirements mentioned above.

II. PEER REVIEW PROCESS AND REVIEW OF SUBMISSIONS

In order to select the texts to be published, all submissions will be reviewed through a peer review process. The assessment will be carried out by two reviewers. These reviewers, preferably external experts, will be anonymous and they will present their reconsiderations on admitted texts. In order to be published, submissions should obtain a positive assessment of both reviewers. In case of contradiction, the final decision will be taken by the Editorial Board. Authors will receive the reviewers' reconsiderations and they will be given an appropriate period of time to modify their texts according to the comments of the experts.

Reviewers will take into consideration the following: *i)* the thematic suitability; *ii)* the scientific quality and the competence of the arguments presented; *iii)* the appropriateness of the text's structure; *iv)* the opportunity and relevance of the submission in a given research area; and *v)* the acceptance of the data and bibliographical resources used.

Once the revision process undertaken by the experts has finished, the final text to be published will be approved by the Editorial Board of the Journal, which will be competent as well to make orthotypographics, gramatical and writting-style corrections, if necessary.

III. CORRESPONDENCE WITH THE JOURNAL

Manuscripts should be sent to this e-mail address: teoria.derecho@uv.es

Authors must send two different files in Word (or compatible format). First the manuscript which must be completely blind. This is, no reference may let the reviewer know the authorship. In this one, the title, the abstract and the keywords must be include in English and Spanish. Moreover, all the properties of the file referring the author/s must be also erased. The second file should contain: the title, name and surname/s of the author/s, institution, current position, email address, and the acknowledgments and references to the research projects or so on within which the research has been developed.

Attached to the former ones, the form related to the personal data protection and its treatment should be submitted to the editorial, according to the current regulations. This form can be downloaded at the website of the journal: teoriayderecho.tirant.com

Manuscripts can be also sent through postal mail to Revista *Teoría & Derecho*. Editorial Tirant lo Blanch, C/ Artes Gráficas 14, entresuelo, 46010 Valencia.

IV. QUOTES CITATION FORMAT

Only two citation systems can be used:

1. Taking into account the nature of the Journal, which is orientated to theoretical thought, it should be preferred to include the bibliographical references at the end of the article, through a bibliographic note which reflects the state of the question, the most relevant articles and the fundamentals of the author's thesis or reasoning.

2. The date / author citation system (or Harvard system) could also be used. In this case, a list of bibliography must be placed at the end of the document.

Doing this, citations should go in brackets, including author's surname, date of publication and the page / s. For instance, (Vives 2011:129).

If it is a second or later edition, this matter will be indicated with a superscript, written just before the year of publication. For instance, (Vives, ²2011: 129).

– At the end of the article, a complete list of bibliography should be included according to the following criteria:

If several papers of the same author are cited, they should follow a chronological order. In second and subsequent mentions, authors' surnames and names will be substituted by a double line (—), followed by a space, and no punctuation before the brackets, with the year of publication.

If the articles or books are published by the same author in the same year, they will be ordered alphabetically with a lowercase letter written in italics (2001*a*).

If the paper referenced to is written by two or more authors, the order will be changed only in relation to the first author's name and surnames. For instance, Pérez López, José, Marisa Fernández García y Javier Rodríguez Jiménez (2015): «Los delitos económicos», *Revista de Penología*, 23 (2), 45-64.

The previous system will be preferable to the one in which the first author's name is followed by the expression *et al.* (italics) or «and others», although the latter is also allowed.

In the main text and in the bibliography, Latin / Spanish quotation marks (« ») will be used, not English quotation marks (“ ”). English quotation marks can be used whenever an expression and / or part of a sentence is already quoted, within the major sentence (« “ ” »).

– In any case, bibliographical references must be quoted in the following way:

Books: Author's or Authors' Surname / s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the book (italics and capital letter only the initial of the first word, not all the words), place of edition (colon), editor's name, and, eventually, collection.

For instance: Vives Antón, Tomás S. (2011): *Fundamentos de derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Book chapter: Author's or Authors' Surname / s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the chapter (double quotation marks), person in charge of the edition (editor, coordinator, compiler..., preceded by «in»; name of person in charge may be written with the initial before the surnames), title of the book (italics and capital letter only the first letter of the first word, not with all the words), place of edition (colon), editor's name, eventually, collection, and pages (without any graphical symbol).

For instance: Pérez Pérez, María y Laura Martínez Martínez (2014): «Algunas acotaciones sobre los actuales modelos de teoría de la legislación», en P. Rodríguez Pérez y M. Ramos Ramos (comps.), *Nuevos modelos de teoría de la legislación*, Madrid: Teorema, 34-51.

Article of Scientific Journals: Author's or Authors' Surname/s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the article (double quotation marks), title of the journal (italics and capital letters), eventually volumen and issue of the journal, and pages (without any graphical symbol).

For instance: Cotterrell, Roger (2015): «The politics of jurisprudence revisited: a Swedish realist in historical context», *Ratio Juris*, 28 (1), 1-14.

Electronic Resources: References to an electronic resources in the list of bibliography is not compulsory when the resource is only available online and it is not published in a journal or book (even electronic ones). If so, the reference should be as follows: Author's or Authors' Surname/s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the resource (double quotation marks), format between square brackets («[on line]»), link and availability, beginning always with the Hypertext Transfer Protocol (http) and it will be between broken brackets, followed by a stop after the end (< >.), and date of reference (with square brackets and full stop before the end square bracket).

For instance, Romero Carrascal, Susana (2008): «Archivos y delitos. La actuación de la Fiscalía de Patrimonio Histórico» [en línea], <<http://www.arxivars.com/index.php/documents/formacio-1/jornades-d-estudi-i-debat-1/228-jed-080528-romero-1/file>>. [Date of reference: 12/06/2014.]

V. COPYRIGHT NOTICE

The authors of submitted texts agree to assign their copyright and reproduction rights to the Journal. Therefore, the Journal will have exclusive rights to authorize the reproduction public display and / or distribution of the work. The authors authorize the Journal to make the work available and to share its content in scientific databases, in which the Journal is indexed, in order to make sure a greater citation of those contents granted by the authors.

VI. SCIENTIFIC RANKINGS AND DATABASES

The Journal meets the quality criteria established by the “Comité 9 CNEAI” (six-year terms) Journal Scholar Metrics / Spanish Scientific Legal Journals
http://www.journal-scholar-metrics.infoec3.es/layout.php?id=rank&subject=law&start=100&order=h5_index&sort=DESC&related=T&country=es

ERIH PLUS (European Reference Index for the Humanities and Social Sciences). The Journal *Teoría & Derecho* has been indexed in February 2017.

<https://dbh.nsd.uib.no/publiseringskanaler/erihplus/periodical/info?id=488762>

Google Scholar Metrics (2011-2015), H Index of Spanish Scientific Journals. The Journal is ranked 81 out of 148.

CARHUS PLUS : Position A

RESH (Spanish Journals of Social Sciences and Humanities). The journal is the highest ranked within the interdisciplinary scientific journals.

<http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores>

DICE (Dissemination and editorial quality of the Spanish Scientific Journal of Humanities and Social and Legal Sciences)

<http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443>

LATINDEX: it meets 33 criteria out of 33.

ISOC: Abstracts in Law

CIRC: Position B

NORMAS ÉTICAS Y DECLARACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS

<http://teoriayderecho.tirant.com>

NORMAS ÉTICAS Y DECLARACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS

Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico es una revista académica que publica trabajos científicos y asume un firme compromiso con el cumplimiento de los estándares éticos y buenas prácticas. Tirant lo Blanch, editor de la revista, y su Comité editorial son responsables de determinar y mantener las siguientes normas en el proceso de selección y aceptación de contribuciones remitidas, así como de asumir las responsabilidades que deriven del proceso de publicación. Asimismo, se comprometen a velar por la ética y la calidad científica y académica de la revista, y a que todas las partes involucradas acepten y respeten los principios que siguen.

OBLIGACIONES DE LOS AUTORES

Los autores de los artículos deberán respetar las siguientes obligaciones, así como cumplir las instrucciones para los autores que pueden encontrarse en la página web de la Revista y que se incluyen en cada número.

Los autores se comprometen a presentar manuscritos que no estén sujetos a consideración o que hayan sido enviados previamente a otras publicaciones, y a someterlos a un proceso anónimo de revisión. La investigación debe haber sido desarrollada de acuerdo con estándares éticos e incluirse en la publicación, de modo que se aporte la suficiente información para permitir la réplica académica. Todos los autores deben mencionar las fuentes de financiación que les ha permitido llevar a cabo la investigación y alcanzar los resultados pertinentes, así como la posible influencia de estos en los mismos.

Los artículos remitidos deben ser trabajos completamente originales y, en el caso de que los autores hayan utilizado el trabajo y/o fragmentos de otros, estos deben ser citados de forma adecuada, según las indicaciones anteriormente referidas. Cualquier forma de plagio constituye una práctica contraria a estas buenas prácticas y no se aceptará bajo ninguna circunstancia. Los autores no deben plagiar, práctica por la que se entenderá una copia literal o casi literal, una paráfrasis del texto o de los resultados de la investigación de otros autores.

No es adecuado que un autor remita más de un trabajo en los que se describa una misma investigación, a menos que se trate de una remisión de un artículo rechazado para su publicación en otra revista.

En caso de conocer un error fundamental o una imprecisión relevante en los trabajos ya publicados, los autores deben comunicarlos a la revista.

OBLIGACIONES ÉTICAS DE LOS EDITORES

Los editores son responsables del cumplimiento de las obligaciones anteriormente enunciadas, deben velar por asegurar la calidad científica y académica de *Teoría & Derecho*, y son los principales responsables de la legalidad en materia de propiedad intelectual, derechos de autor, infracción y plagio.

El editor debe respetar la independencia intelectual de los autores y considerar todos los originales remitidos para su publicación, valorando cada una de las contribuciones de forma objetiva. También es el responsable de garantizar a autores y revisores que los manuscritos serán sometidos a un proceso de revisión anónimo. La decisión última y la responsabilidad sobre la aceptación o rechazo de un original recaerá en el Comité editorial.

Es obligación de los editores buscar revisores, que serán escogidos por razón de su prestigio, conocimientos y buen juicio, y valorarán la calidad científica de los trabajos remitidos a la revista. No obstante, los trabajos pueden ser rechazados para su publicación sin revisión externa si, a juicio de los editores, el trabajo es inapropiado para ser publicado en la revista. Esta decisión deberá basarse en la inadecuación del trabajo al contenido y la línea de la revista, la ausencia de actualidad o de suficiente interés, la

incorrección formal, o cualquiera otra razón relacionada con el ámbito de la revista. Los artículos, por tanto, se valorarán únicamente con base en su contenido, con independencia de intereses comerciales y sin discriminación de tipo étnico, racial, ideológico, religioso, de género o cualquier otra hacia el autor.

Los editores deben comunicar el resultado de los informes de valoración a los autores sin revelar ningún tipo de información acerca de la identidad de los revisores, pero informarán de los criterios utilizados por estos a la hora de evaluar el trabajo de cara a su publicación.

Los miembros del Comité editorial y cualquier otro editor no deben desvelar ningún tipo de información sobre un original sometido a consideración a nadie más que aquellos a quienes se solicite asesoramiento académico o científico. La confidencialidad debe ser protegida en todo caso durante el proceso de revisión (de los revisores para el autor, y viceversa). Los editores se abstendrán de participar de la evaluación y cualquier otro proceso editorial que incluya manuscritos en caso de tener algún conflicto de interés a causa de una posible relación competitiva, de colaboración o de otro tipo con cualquiera de los autores del manuscrito presentado.

La información no publicada, los argumentos o las interpretaciones contenidas en un original remitido a la revista no podrán ser utilizados en investigaciones desarrollada por los editores.

OBLIGACIONES DE LOS REVISORES

Los revisores tienen el deber de enjuiciar y valorar de forma objetiva la calidad de los originales, así como su originalidad, haciendo especial hincapié en el mantenimiento de la calidad científica y los estándares científicos. Los revisores ayudan a los editores en la toma de decisiones y pueden asistir a los autores a la mejora de los trabajos.

El revisor advertirá al editor de cualquier similitud sustantiva entre el manuscrito bajo revisión y cualquier artículo o manuscrito similar enviado o publicado en cualquier otra revista o editorial.

Los revisores deben actuar de forma adecuada, remitiendo su informe de valoración en el plazo establecido, aun de modo aproximado. Cuando un revisor propuesto considere no que no es la persona idónea o apta para valorar de la investigación presentada o que sepa que no será posible cumplir los plazos para la revisión, deberá notificar al editor y excusarse tan pronto como sea posible.

Los revisores deben considerar un original sometido a revisión como un documento confidencial. Nunca deberá ser mostrado o discutido con terceros, salvo en casos excepcionales en los que podrá consultarse a personas que puedan asesorar científica o académicamente; en estos supuestos, las identidades de las personas consultadas deben ser reveladas al editor.

CORRECCIONES Y RETRACTACIÓN

En caso de reconocer algún dato o información publicado en la revista *Teoría & Derecho* como falso, erróneo, engañoso o fraudulento, los editores deberán informar a los autores de estas circunstancias y esperar una respuesta de los mismos antes de tomar una decisión editorial. En caso de no quedar satisfechos con la respuesta o si no hay ninguna, los editores podrán decidir retractarse de lo publicado previo acuerdo del Consejo editorial.

La revista *Teoría & Derecho* atenderá cualquier reclamación y queja sobre los contenidos publicados a través de la dirección teoria.derecho@uv.es. Los editores se comprometen a hacer un seguimiento y proceder a la revisión y, en su caso, retractación si estos son necesarios.

Cuando proceda una retractación o una corrección de lo publicado en la revista, los editores se guiarán por los principios contenidos en las Guidelines for Retracting Articles del Committee on Publication Ethics (COPE).

ETHICAL GUIDELINES FOR JOURNAL PUBLICATION

Teoría & Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico is an academic journal publishing scientific articles with a firm commitment with the meeting of these ethical standards and good practices. Tirant lo Blanch, as editor of the journal, and its Editorial Board have the responsibility to establish and maintain the guidelines to select and accept papers submitted to this journal, assuming those responsibilities arising from the publishing process. Also, they fully commit to ensure that all parties involved meet the ethics, scientific and scholar standards.

ETHICAL OBLIGATIONS OF AUTHORS

The authors are expected to adhere to the following ethical guidelines and to respect the instructions for authors, posted to the website of the Journal and included within each issue.

The authors commit to submit originals which are not submitted to another journals, and to submit them to a double blind review process. The research conducted should be developed according to ethical standards, including sufficient information in the article to allow an academic response. The authors should refer the funding resources to develop the research and achieve the results, as well as the possible influence of these resources in the results.

The authors should ensure that they have written entirely original works, and if the authors have used the work and/or words of other, that this has been appropriately cited. Plagiarism in all its forms constitutes unethical and publishing behavior and is not acceptable. Authors should not engage in plagiarism —verbatim or near— verbatim copying, or very close paraphrasing, of text or results from another's work.

It is improper for an author to submit manuscripts describing essentially the same research to more than one journal of primary publication, unless it is a resubmission of a manuscript rejected for or withdrawn from publication.

When a fundamental error or a relevant inaccuracy within already published articles is known, the authors should advertise it to the editors.

ETHICAL OBLIGATIONS OF EDITORS

The Editor should be responsible for the accomplishment of these and above obligations, and shall ensure the scientific and academic quality of the journal *Teoría & Derecho*, including the respect of legal issues concerning submissions to this Journal, specially intellectual property rights.

The editor should respect the intellectual independence of authors and should consider manuscripts submitted for publication, judging each on its own merits. They are also in charge to ensure that authors and reviewers get involve in a double blind review process. The final decision and the responsibility for acceptance or rejection of a manuscript rests with the Editorial Board.

The editor is required to seek advice from reviewers, who will be chosen for their expertise and good judgment, as to the quality and reliability of manuscripts submitted for publication. However, manuscripts may be rejected without external review if considered by the editors to be inappropriate for the journal. Such rejections may be based on the failure of the manuscript to fit the scope of the journal, to be of current or sufficiently broad interest, to provide adequate depth of content, to be written properly, or other reasons related to the journal. Therefore, contributions may be reviewed solely according to their contents, regardless their commercial interest and without discrimination on the basis of racial, ideological, religious, gender, or any other feature of the author.

The editor should inform about the result of the assessment reports to the authors without disclosing any detail about the reviewers' identity, but the editor should provide the most detailed information about the criteria used by the reviewers to assess the submission.

Members of the Editorial Board and members of the editor's staff should not disclose any information about a manuscript under consideration to anyone other than those from whom professional advice is sought. Confidentiality shall be protected in any case during the peer-review process. The editor should refrain from participating in the review process in case of any conflict of interest due to a competitive or collaboration relation with the author/s of the submission.

Unpublished information, arguments, or interpretations disclosed in a submitted manuscript should not be used in an editor's own research.

ETHICAL OBLIGATIONS OF MANUSCRIPT REVIEWERS

Reviewers have an obligation to do a fair share of reviewing. A reviewer of a manuscript should judge objectively the quality of the manuscript and its originality, with due regard to the maintenance of high scientific and theoretical standards. A reviewer should call to the editor's attention any substantial similarity between the manuscript under consideration and any published paper or any manuscript submitted concurrently to another journal.

The reviewer should inform the editor about any substantive similarity of the submission under review with any other submission or published article in any other journal or publication.

Reviewers should act promptly, submitting a report in a timely manner. A chosen reviewer who feels inadequately qualified to judge the research reported in a manuscript or knows that its prompt review will be impossible should notify the editor and excuse himself from the review process as soon as possible.

A reviewer should treat a manuscript sent for review as a confidential document. It should neither be shown to nor discussed with others except, in special cases, to persons from whom specific advice may be sought; in that event, the identities of those consulted should be disclosed to the editor.

CORRECTIONS AND RETRACTION

In case of misconduct, inaccuracy or any fraudulent, false or misleading information published in the journal *Teoría & Derecho*, the editor should consult the author/s giving them the opportunity to respond to any allegations before taking an editorial decision. In case of insufficient or lack of response, the editor may decide to adopt a formal retraction or withdrawal of a publication from the journal, in conjunction with informing the head of the author or reviewer's department, Abstracting & Indexing services and the readership of the publication, with the agreement of the Editorial Board.

The journal *Teoría & Derecho* will take account of any claim and complaint about the published contents through the email teoria.derecho@uv.es. The editor is fully committed to follow them up and proceed to the review and, when applicable, to the retraction.

When a retraction or corrections proceed, the editor will follow the Guidelines for Retracting Articles del Committee on Publication Ethics (COPE).

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*



www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

 96 369 41 51

 www.tirantonline.com