

ISSN 2007-4387

PROBLEMA

ANUARIO DE FILOSOFÍA
Y TEORÍA DEL DERECHO **18**

Enero-Diciembre de 2024



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Directora

Dra. Mónica González Contró

Secretario académico

Dr. Mauricio Padrón Innamorato

Jefa del Departamento de Publicaciones

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho

Coordinación de Revistas

Mtro. Ricardo Hernández Montes de Oca

Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 18, núm. 18 (enero-diciembre de 2024) es una publicación anual, editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, Coyoacán, C. P. 04510, Ciudad de México, a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, Alcaldía Coyoacán, C. P. 04510, Ciudad de México, teléfono 5622 7474, correo electrónico problema@unam.mx. Editor responsable: Sandra Gómora Juárez. Certificado de Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2013-081611074100-102, ISSN: 2007-4387. Número de certificado de licitud de título y contenido 15499, otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación.

El contenido de los artículos es responsabilidad de los autores y no refleja necesariamente el punto de vista de los árbitros ni del editor. Se autoriza la reproducción de los artículos (no así de las imágenes) con la condición de citar la fuente y se respeten los derechos de autor.

De las opiniones sustentadas en los trabajos responden exclusivamente sus autores. El hecho de su publicación no implica en manera alguna que esta revista, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, se solidarice con su contenido.

Formación en computadora: Ricardo Hernández Montes de Oca

PROBLEMA
Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho

Dra. Sandra Gómora Juárez
Directora/Editora

Asistente de la revista
Ramsés Guerrero

Coordinación editorial
Mtro. Ricardo Hernández Montes de Oca

Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho es una revista arbitrada fundada en 2007 por iniciativa del área de investigación de Filosofía y Teoría del Derecho y bajo el auspicio del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Problema tiene como propósito publicar colaboraciones, en español e inglés, y está dirigida a profesores, estudiantes y profesionales interesados en diversos temas contemporáneos de filosofía política, jurídica y moral. Este anuario se compone de tres secciones: Discusión, Artículos y Reseñas. A través de la organización de distintos seminarios de discusión sobre un tema previamente definido, *Problema* propicia el intercambio crítico de ideas entre teóricos nacionales y extranjeros cuyos resultados se preparan y recogen en la sección de Discusión. La sección de Artículos recibe colaboraciones originales sobre distintos temas, tradiciones, y corrientes filosóficas. La sección de Reseñas contiene comentarios sobre libros publicados que son de interés para los temas de discusión de la revista. De manera excepcional se publican dos secciones adicionales: entrevistas a filósofos destacados, y una sección de comentarios que se refiere a textos breves pero importantes que pueden servir para futuras discusiones.

Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho is a peer-reviewed journal founded in 2007 by initiative of the Philosophy of Law and Legal Theory Department of the Legal Research Institute, National Autonomous University of Mexico (UNAM).

The main purpose of *Problema* is to publish contributions in English or

Spanish relating to Political, Legal and Moral Philosophy and is directed to scholars, students and professionals interested in general and philosophical discussions relevant to legal matters. The yearbook is composed of three sections: Discussion Topics, Articles and Review Essays. Through the discussion topics section, Problema promotes critical exchanges of ideas amongst the international jurisprudence community. The essays contained in this section are usually a product of discussion seminars organized by our Philosophy of Law and Legal Theory Department. Contributions for the Articles section, is not limited to one specific topic and welcomes original contributions from different traditions and diverse jurisprudential topics and backgrounds. Finally, the Review Essays section contains comments on published books considered relevant to the journals subject matter.

Email: problema@unam.mx

Twitter: @problemaijj

Facebook: @revista.problemaijj

Website: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/filosofia-derecho>

<http://www.unam.mx/>

<http://www.juridicas.unam.mx/>

Problema pertenece a los siguiente sistemas de información:

Problema belongs to the following Journal Indexes:

Bibliografía Latinoamericana en Revistas de Investigación Científica y Social (Biblat).

Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades (Clase).

Portal de Revistas Académicas y Arbitradas de la UNAM.

Scientific Electronic Library Online (SciELO)/ SciELO Citation Index.

SCOPUS: Scimago Journal & Country Rank: Q4.

Sistema de Clasificación de Revistas Mexicanas de Ciencia y Tecnología (Conacyt).

Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (Latindex).

Matriz de Información para el Análisis de Revistas (MIAR).

Enrique Cáceres Nieto / Imer B. Flores / Juan Vega Gómez
Fundadores

CONSEJO EDITORIAL
EDITORIAL ADVISORY PANEL

Jorge Adame Goddard (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México); Enrique Cáceres Nieto (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México); Jaime Cárdenas (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México); Imer B. Flores (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México); Carla Huerta Ochoa (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México); Javier Saldaña Serrano (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México); Juan Vega Gómez (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México).

COMITÉ EDITORIAL
EDITORIAL BOARD

Zenon Bankowski (Edinburgh Law School, Scotland); Samantha Besson (University of Fribourg, Switzerland); Brian Bix (University of Minnesota, United States of America); Brian Burge-Hendrix (Quest University, Canada); Tom Campbell (Charles Sturt University, Australia); Jules L. Coleman (Yale Law School, United States of America); Keith Culver (University of New Brunswick, Canada); Julie Dickson (Oxford University, England); Paulette Dieterlen (Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, México); Ronald Dworkin (†) (New York University, United States of America/University College London, England); Timothy Endicott (Oxford University, England); John Gardner (Oxford University, England); Michael Giudice (York University, Canada); Mark Greenberg (University of California, United States of America); Sandra Gómora Juárez (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México); Olga E. Hansberg (Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, México); Kenneth Einar Himma (University of Washington, United States of America); Iwao Hirose (McGill University, Canada); Guillermo Hurtado (Instituto de Investigaciones Filosóficas, México); Duncan Kennedy (Harvard

Law School, United States of America); Matthew H. Kramer (Cambridge University, England); Dimitrios Kyritsis (University of Sheffield, England); Gerald Lang (Leeds University, England); Larry Laudan (Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, México); Brian Leiter (University of Chicago, United States of America); Neil MacCormick (†) (University of Edinburgh, Scotland); Guillermo J. Mañón Garibay (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México); Andrei Marmor (Cornell Law School, United States of America); Carlos Montemayor (San Francisco State University, United States of America); Joseph Raz (Columbia University, United States of America/Oxford University, England); Adrian Rentería Díaz (Facultad de Derecho, UNAM, México); María Elodia Robles (Facultad de Derecho, UNAM, México); Verónica Rodríguez-Blanco (University of Surrey, United Kingdom); Burkhard Schafer (University of Edinburgh, Scotland); Frederick Schauer (University of Virginia, United States of America); Scott J. Shapiro (Yale Law School, United States of America); Nicos Stavropoulos (Oxford University, England); Natalie Stoljar (McGill University, Canada); Rolando Tamayo y Salmorán (Facultad de Derecho, UNAM, México); Ambrosio Velasco Gómez (Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, México); Enrique Villanueva (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México); Jeremy Waldron (New York University, United States of America/Oxford University, England); Wil Waluchow (McMaster University, Canada); Benjamin Zipursky (Fordham Law School, United States of America).

Número de reserva al título en Derechos de Autor:
04-2013-081611074100-102.
Número de certificado de licitud de título: 15499.
Número de licitud de contenido: 15499.
ISSN 2007-4387

Esta edición y sus características son propiedad
de la Universidad Nacional Autónoma de México

Primera edición: 5 de marzo de 2024

Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho por Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, se distribuye bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial-Sin Derivados 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

Contenido

Table of Content

Discusión.

Liquidez constitucional: estabilidad y cambio en la constitución

Discussion.

Constitutional Liquidity: Stability and Change in the Constitution

Nota editorial. Entre el cambio y la estabilidad constitucional: un debate en torno a las cláusulas de liquidez constitucional . . .	3
<i>Editorial Note. Between Constitutional Change and Stability: A Debate on Constitutional Liquidity Clauses</i>	7
Álvaro Núñez Vaquero	
La liquidez constitucional entre rigidez y flexibilidad: las cláusulas de liquidez constitucional.	11
<i>Constitutional Liquidity between Rigidity and Flexibility: Constitutional Liquidity Clauses.</i>	43
José María Sauca	
De las paradójicas cláusulas de liquidez a la virtuosa apertura constitucional.	75
<i>From the Paradoxical Clauses of Liquidity to the Virtuous Constitutional Openness</i>	87
Josep Aguiló Regla	
Sobre el concepto de liquidez constitucional.	97
<i>On the Concept of Constitutional Liquidity</i>	121
Josep M. Vilajosana	
Sobre la noción de liquidez constitucional. Una idea cercana a la tesis de la cláusula alternativa tácita de Kelsen	145
<i>On the Notion of Constitutional Liquidity. A Close Idea to Kelsen's Thesis of Tacit Alternative Clause</i>	165
Marcela Chahuán Zedan	

¿No hay cláusulas de intangibilidad material en la Constitución Española?	185
Are There No Material Intangibility Clauses in the Spanish Constitution?	213
Ignacio González García	

Artículos
Articles

¿Cuándo estamos frente a un problema? Un análisis del concepto de PROBLEMA y su aplicación a un problema normativo . . .	249
Sebastián Agüero-SanJuan	

Giro epistémico a la teoría del derecho desde las epistemologías feministas	279
Juan Pablo Calvache Sepúlveda	

Justificación y exculpación en tensión: sobre la extrema necesidad a propósito del caso de Jodie y Mary	303
Rodrigo Andrés Guerra Espinosa	

Propuesta cuasi-voluntarista del derecho internacional como derecho: grupos autocontenidos internacionales.	333
Diego Isaac Amador Magaña	
Eduardo Elías Gutiérrez López	

¿Iuspositivismo o iusnaturalismo en bioética? A propósito de la relación entre derecho natural y biojurídica	357
Javier Saldaña Serrano	

<i>The Constitutional Essentials of Immigration and Justice-Based Evaluations</i>	401
Enrique Camacho-Beltrán	

Reseñas
Reviews Essays

Chiassoni, P. (2019). <i>El problema del significado jurídico</i> . Fontamara	429
Iván González del Valle	

Discusión.

Liquidez constitucional:
estabilidad y cambio
en la Constitución

Discussion.

*Constitutional Liquidity:
Stability and Change
in the Constitution*

Nota editorial. Entre el cambio y la estabilidad constitucional: un debate en torno a las cláusulas de liquidez constitucional¹

Editorial Note. Between Constitutional Change and Stability: A Debate on Constitutional Liquidity Clauses

Álvaro Núñez Vaquero

 <https://orcid.org/0000-0001-8665-2381>

Universidad de Murcia
Correo electrónico: alvaro.nunez.vaquero@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2024.18.18778>

Es un orgullo para mí poder introducir el debate que se presenta en la revista *Problema* acerca de las cláusulas de liquidez constitucional. Y es un orgullo no solo por la brillantez y maestría de quienes participan, sino también por introducir la discusión entre estos excelentes teóricos y teórica de la Constitución, amigos, colegas y maestros.

El debate comienza con el trabajo de José María Sauca Cano, profesor titular (desde hace años acreditado como Catedrático) de la Universidad Carlos III de Madrid. La tesis central del trabajo de José María Sauca es novedosa y clara: en la Constitución española existen —y no hay motivos para pensar que no existan en otras Constituciones— cláusulas de liquidez constitucional. Estas cláusulas vienen a otorgar competencias para emanar normas a órganos no sujetos a control, incluso aunque sean materialmente inconstitucionales. Y Sauca propone cuatro ejemplos de la Constitución Española (CE) para ilustrar este tipo de cláusulas: la previsión de interpretación conforme del derecho internacional de los derechos humanos (artículo 10.2, CE); las normas dictadas por su la Casa Real (artículo

¹ El presente debate se desarrolló en el marco de un seminario organizado en el marco del proyecto “Nuevas formas de creación y aplicación del Derecho” (2204/PI/22) financiado por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia a través de la convocatoria de Ayudas a proyectos para el desarrollo de investigación científica y técnica por grupos competitivos, incluida en el Programa Regional de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Plan de Actuación 2022) de la Fundación Séneca, Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia. Contó también con la financiación del ICCG Incorporación finalista contratos artículo 83 LOC con Personal Activo > 20. El seminario se realizó en colaboración con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

lo 65, CE); el reconocimiento de la primacía y efecto directo del Derecho de la Unión Europea (artículo 93); y la actualización de los Derechos Históricos (D.A. 1ª, CE). Estos cuatro ejemplos mostrarían que en nuestros ordenamientos existen mecanismos para dotar de estabilidad a nuestras Constituciones, permitiendo a determinados sujetos y bajo determinadas circunstancias, la creación de normas materialmente inconstitucionales, pero que evitarían tener que llevar a cabo gravosos procedimientos de reforma constitucional. De hecho, el propio Sauca compara los diferentes mecanismos mediante los que se podría adaptar la Constitución a las demandas de cambio, distinguiendo las características singulares de este mecanismo.

En parte por su novedad, en parte por su marcado carácter polémico, la propuesta de Sauca es objeto de múltiples preguntas y críticas. El profesor Josep Aguiló Regla, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, parte poniendo en cuestión la supuesta capacidad de las cláusulas de liquidez constitucional para garantizar la estabilidad constitucional. La pregunta es más que pertinente: ¿en qué sentido tales cláusulas garantizan la estabilidad? ¿Qué se está entendiendo por “estabilidad constitucional”? Y las razones que esgrime Aguiló no son menores: una correcta comprensión de la interpretación constitucional muestra que todas sus disposiciones caen en el dilema existente entre la rigidez y la necesidad de alcanzar nuevos consensos. De este modo, no es que haya cláusulas de liquidez constitucional, sino que habría que distinguir entre darse una Constitución —lo que estaría marcado por la necesidad de alcanzar acuerdos que no pueden ser si no incompletos— y practicar una Constitución, procedimiento que se caracterizaría por la permanente necesidad de adaptación y cambio.

El trabajo del profesor Josep María Vilajosana, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, dirige inicialmente sus críticas hacia la falta de homogeneidad de los fenómenos señalados por Sauca bajo el paraguas conceptual de las cláusulas de liquidez constitucional. A continuación, a partir de la distinción entre normas prescriptivas y normas constitutivas, muestra cómo en realidad caben hasta seis interpretaciones diferentes de las cláusulas de liquidez constitucional. Finalmente, y en relación especialmente con la revisión de los derechos históricos, Vilajosana impugna la idea de que estas cláusulas impliquen una auténtica cesión de soberanía, o sólo en un sentido muy restringido de la misma.

Marcela Chahuán, profesora de Filosofía del Derecho de la Universidad de Chile, afronta el análisis de las cláusulas de liquidez constitucional a través de la cláusula alternativa tácita originalmente formulada por Hans

Kelsen. En particular, según la acreditada interpretación de Kelsen por parte de Chahuán, nuestras Constituciones contendrían “una regulación alternativa, en virtud de la cual, las denominadas normas inconstitucionales están, en realidad, autorizadas vía indirecta por la Constitución”. Y ésta es, sin duda, una forma elegante de afrontar estas cláusulas de liquidez constitucional para dictar normas irregulares. A partir del exhaustivo análisis de cada uno de los ejemplos y de la reconstrucción que propone Sauca, Chahuán saca a la luz la estrecha relación entre la liquidez constitucional y la kelseniana cláusula alternativa tácita: su carácter expreso, su estructura de regla y su primacía aplicativa.

Cierra el debate Ignacio González García, profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Murcia, quien se ha ocupado extensamente de las cláusulas de intangibilidad constitucional. De hecho, González enmienda una de las tesis de partida de Sauca: aquella según la cual en la Constitución Española de 1978 no habría cláusulas de intangibilidad. Más en concreto, González García lleva a cabo un minucioso análisis del artículo 2 del texto constitucional español para concluir que aquella de la indisolubilidad de la nación no sería únicamente una limitación al procedimiento de reforma total de la Constitución, sino un deber positivo de los poderes públicos. Con todo, argumenta el constitucionalista, ello no implica una lectura militante de la Constitución ni de la democracia, puesto que no son instrumento de defensa constitucional, sino de la identidad misma de la norma fundamental.

Tanto el trabajo del profesor Sauca como sus críticas revisten al menos una doble virtud. En primer lugar, se trata de un debate que, mediante una categoría nueva —las cláusulas de liquidez constitucional, precisamente— trata de abordar un fenómeno en parte no observado y en parte conocido: la presencia de normas materialmente inconstitucionales (conocido), pero habiendo normas de competencia que otorguen a determinados órganos la competencia para dictar tales normas (nuevo). En segundo lugar, y sobre todo, el debate que los lectoras y las lectoras se encontrarán a continuación lleva necesariamente a la reflexión, preguntándose por un aspecto original que, aunque su existencia misma sea discutible, pone en cuestión algunas de nuestras concepciones más básicas acerca del funcionamiento de nuestros ordenamientos constitucionales.

Editorial Note. Between Constitutional Change and Stability: A Debate on Constitutional Liquidity Clauses¹

Nota editorial. Entre el cambio y la estabilidad constitucional: un debate en torno a las cláusulas de liquidez constitucional

Álvaro Núñez Vaquero

 <https://orcid.org/0000-0001-8665-2381>

Universidad de Murcia
Correo electrónico: alvaro.nunez.vaquero@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2024.18.18778>

It is an honor for me introducing the debate on constitutional liquidity clauses that is presented in the journal *Problema*. And it is an honor not only due to the brilliance and expertise of those engaged, but also for introducing the discussion among these excellent constitutional theorists, friends, colleagues and professors.

The debate begins with the work of José María Sauca Cano, a professor (accredited as a full professor since years) at the Universidad Carlos III de Madrid. The central thesis of José María Sauca's work is novel and clear: there are constitutional liquidity clauses in the Spanish Constitution (SC)—and there are no reasons to think they do not exist in other constitutions as well. These constitutional liquidity clauses grant powers to issue norms to organs not subject to control, even if they are topically unconstitutional. Sauca offers four examples of the Spanish Constitution to illustrate this type of clauses: provision of interpretation in accordance with International Human Rights Law (Article 10.2 SC), the norms dictated

¹ The debate herein was developed within the framework of a seminar organized under the project "Nuevas formas de creación y aplicación del Derecho (New ways of creating and applying Law)" (2204/PI/22) financed by the Autonomous Community of the Region of Murcia, through the Ayudas a proyectos para el desarrollo de investigación científica y técnica por grupos competitivos (call of Grants to projects for the development of scientific and technical research by competitive groups) —included in the Programa Regional de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Regional Program to Promote Scientific and Technical Research of Excellence), Plan de Actuación 2022 (Action Plan 2022), of the Seneca Foundation, Science and Technology Agency for the Region of Murcia. It was also financed by the ICCG finalist incorporation agreements art. 83 LOC with Active Staff > 20. The seminar was held in collaboration with the Instituto de Investigaciones Jurídicas (Institute for Legal Research) of the National Autonomous University of Mexico.

by the Household of the King (Article 65.2 SC), recognition of the primacy and direct effect of European Union Law (Article 93), and the update of historic rights (1st Additional Provision SC). These four examples would show that there are mechanisms to provide stability to our constitutions in our legal systems, which allow to certain subjects, and under certain circumstances, create topically unconstitutional norms but that would avoid burdensome constitutional reform procedures. In fact, Sauca himself compares the different mechanisms by which the Constitution could adapt to the demands for change and distinguishes the features particular to this mechanism.

Sauca's proposal is the theme of multiple questions and criticisms partly because of its novelty, partly because of its prominently polemical character. As for professor Josep Aguiló Regla, Full Professor of Philosophy of Law at the Universidad de Alicante, he starts by questioning the alleged capability for constitutional liquidity clauses to guarantee constitutional stability. The question is nothing but appropriate: in what sense such clauses guarantee stability? What is meant by "constitutional stability"? The reasons Aguiló claims are not minor: a correct understanding on constitutional interpretation shows how all its provisions fall into the existing dilemma between rigidity and the need to reach new consensus. In this way, we are not talking about constitutional liquidity clauses, but rather about a distinction between having a constitution—highlighted by the need to reach agreements that cannot be if not incomplete—and practicing a Constitution, a procedure that would be characterized by the permanent need for adaptation and change.

Regarding the work of professor Josep María Vilajosana, Professor of Philosophy of Law at the Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, initially he focuses his criticism towards the lack of homogeneity in the phenomena referred by Sauca under the umbrella concept of constitutional liquidity clauses. Afterwards, based on the distinction between prescriptive and constitutive norms, he shows how the constitutional liquidity clauses can have up to six interpretations. Finally, and particularly related to the revision of historic rights, Vilajosana argues that these clauses imply an authentic transfer of sovereignty, or merely in a very restricted sense of the term.

As for Marcela Chahuán, Professor of Philosophy of Law at the Universidad de Chile, she approaches the analysis of constitutional liquidity clauses through the tacit alternative clause originally formulated by Hans Kelsen. In particular, according to the accredited interpretation of Kelsen by Chahuan, our constitutions would contain "an alternative regulation by virtue of which the so-called unconstitutional norms are, in fact, autho-

rized indirectly by the constitution.” And this is undoubtedly an elegant way of dealing with these constitutional liquidity clauses to dictate irregular norms. Based on the exhaustive analysis of each example and the reconstruction proposed by Sauca, Chahuán brings to light the close relationship between constitutional liquidity and Kelsen’s tacit alternative clause: their express character, their rule structure and their precedence.

Ignacio González García closes this debate, who is Full Professor of Constitutional Law at the Universidad de Murcia and has dealt extensively with the constitutional intangibility clauses. In fact, González amends one of Sauca’s starting theses: that according to which there would be no intangibility clauses in the Spanish Constitution of 1978. More specifically, González García carries out a thorough analysis of article 2 of the Spanish constitutional text to conclude that the indissolubility of the nation would not only be a limitation to the procedure of total reform of the Constitution, but a positive duty of the public authorities. However, the constitutionalist argues that this does not imply a militant reading of the Constitution nor democracy, since they are not an instrument for constitutional defense, but for the very identity of the basic norm.

Both Professor Sauca’s work and his criticisms have at least a double virtue. Firstly, it is a debate that, through a new category —namely the constitutional liquidity clauses— attempts to address a phenomenon that is partly unobserved and known: the presence of topically unconstitutional norms (known) that include rules of jurisdiction that grants certain organs the competence to dictate such norms (new). Secondly, and above all, the debate that the readers will find next necessarily leads to a reflection, a wondering about an original aspect that, although its very existence is debatable, puts into question some of our most basic conceptions about the functioning of our constitutional systems.

La liquidez constitucional entre rigidez y flexibilidad: las cláusulas de liquidez constitucional¹

Constitutional Liquidity between Rigidity and Flexibility: Constitutional Liquidity Clauses

José María Sauca

 <https://orcid.org/0000-0001-5472-4491>

Universidad Carlos III de Madrid, España
Correo electrónico: josemaria.sauca@uc3m.es

RECEPCIÓN: 5 de junio de 2023

ACEPTACIÓN: 5 de septiembre de 2023

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2024.18.18712>

RESUMEN: La estabilidad es una de las características centrales de una constitución, aunque su consecución trascienda los planteamientos puramente constitucionales. Los métodos institucionales que se han utilizado para, en cierta medida, intentar alcanzarla son diversos —y a veces contradictorios— según se adapten más o menos fácilmente a la demanda de cambio constitucional. Entre estos fenómenos, este trabajo formula un nuevo concepto denominado liquidez constitucional cuya utilidad radica en propiciar dimensiones de flexibilidad en constituciones rígidas. La liquidez constitucional se canaliza a través de las denominadas cláusulas de liquidez constitucional que se formulan inductivamente a la luz de la Constitución española de 1978 y que son analizadas estructural y funcionalmente. Finalmente, se comparan con otros conceptos tradicionales relativos al tratamiento de la estabilidad y el cambio constitucional.

¹ Este trabajo tiene su origen en un ejercicio académico de carácter más amplio que se vio enriquecido con los oportunos comentarios de los profesores José Juan Moreso y Marina Gascón, a quienes agradezco su generosidad y buen juicio. También agradezco a los participantes en el seminario de filosofía del Derecho de la Universitat Pompeu Fabra las sugerencias y críticas que me fueron formuladas; y, especialmente, a los profesores Marc Carrillo, Víctor Ferreres, José Luis Pérez Triviño y Lorena Ramírez, por su activa participación en el evento. Finalmente, mi gratitud al profesor Álvaro Núñez, de la Universidad de Murcia, por la organización del coloquio del que trae causa esta publicación, y a los profesores Josep Aguiló, Ana Carmona, Marcela Chahuán, Ignacio González y Josep M^a Vilajosana, así como a Rafael Hernández Marín, Juan José Iniesta y Antonio Moreno, por sus sagaces comentarios y certeras críticas. El texto ahora publicado se retrotrae sustancialmente al texto inicial a fin de mantener la lógica del diálogo con los restantes comentaristas. Por demás, el trabajo se inserta en el Proyecto titulado *Construcción de Derechos Emergentes* (PID2019-106904RB-I00) de la Agencia Estatal de Investigación española.

Palabras clave: liquidez constitucional, constituciones flexibles y rígidas, reforma y mutación constitucional, artículo 10.2, artículo 65, artículo 93 y Disposición Adicional 1a. de la Constitución española de 1978.

ABSTRACT: Stability is one of the essential characteristics of a constitution, however, its achievement transcends purely constitutional considerations. The institutional methods that have been used, to some extent, to try to achieve it are diverse — and sometimes contradictory— based on how easily they adapt to the demand for constitutional change. Within these phenomena, this paper proposes a new concept called constitutional liquidity which enables dimensions of flexibility in rigid constitutions. Constitutional liquidity is channelled through the constitutional liquidation clauses that are induced from the Spanish Constitution of 1978 and which this paper analyses in structural and functional terms.

Keywords: constitutional liquidity, flexible and rigid constitutions, constitutional reform and mutation, articles 10.2, 65, 93, and Additional Provision 1 of the Spanish Constitution of 1978.

SUMARIO: I. *En torno a la noción de liquidez constitucional.* II. *Cláusulas de liquidez constitucional.* III. *La previsión de interpretación conforme del derecho internacional de los derechos humanos (artículo 10.2 CE).* IV. *La Casa de S. M. el Rey (artículo 65 CE).* V. *El reconocimiento de la primacía y efecto directo del derecho de la Unión (artículo 93 CE).* VI. *La actualización de los derechos históricos (D. A. 1a. CE).* VII. *Características de las cláusulas de liquidez constitucional y sus implicaciones teóricas.* VIII. *Bibliografía.*

I. EN TORNO A LA NOCIÓN DE LIQUEDEZ CONSTITUCIONAL

La pretensión de estabilidad es una característica común de las dinámicas constitucionales. Cabe incluso pensar, con Joseph Raz, que esta aspiración a la estabilidad es una de las notas definitorias o esenciales de una constitución.² Sin embargo, la estabilidad no es un concepto normativo y menos aún técnico y obedece a una multiplicidad de factores políticos, culturales, sociales, económicos, etcétera, que suelen enmarcarse en evoluciones históricas de largo recorrido, tanto en planos locales como internacionales. De esta forma, aquello que puede ser afrontado con cierta especificidad por parte de la teoría de la constitución, de la regulación institucional y,

² Raz (2007, pp. 43-46) propone definir el concepto de constitución mediante siete criterios: carácter constitutivo, estable (al menos en aspiración), escrita (aunque no necesariamente en su totalidad), suprema, justiciable, rígida y expresión de una ideología común.

en general, de la política constitucional, tiene un perfil mucho más concreto y de efectos más limitados.

Uno de los expedientes que con mayor profusión se asocia al tratamiento de la estabilidad constitucional se refiere al carácter más o menos rígido o flexible que la regulación de la reforma constitucional puede adoptar en relación con los cambios en la constitución. Una primera aproximación a la cuestión pareciera indicar que existe una tendencia a considerar un cierto paralelismo entre rigidez constitucional y estabilidad constitucional y flexibilidad constitucional e inestabilidad constitucional. Creo que no sería correcta esta visión puesto que, como indicaba más arriba, la estabilidad es una característica predicable de una constitución en razón de un conjunto de variables de distinto orden, entre las cuales estas consideraciones técnicas ocupan una posición subalterna. Sin embargo, la elección de alguno de los diversos tipos de regulaciones constitucionales, así como de los tipos de interpretaciones del texto constitucional, operan en un marco de preferencias normativas tendentes a regular el cambio en la constitución adoptando una perspectiva que prime la estabilidad constitucional frente a la adecuación de la constitución a la evolución social, política, económica o cultural de la sociedad a la que intenta ofrecer un marco de regulación.

De esta forma, podemos observar que el marco conceptual con que se elabora y gestiona esta dimensión del cambio constitucional recurre a los conceptos de inmutabilidad, intangibilidad expresa o implícita, intangibilidad temporal —a término o diferida—, hiperrigidez, rigidez, atrincheramiento, reforma, mutación y flexibilidad, los cuales pueden ser presentados en una graduación regulativa que va de la primacía de la estabilidad a la preferencia por la adecuación normativa. Asimismo, los agentes que instan el cambio constitucional pueden ser variados —nación, pueblo, estados, legislativo, ejecutivo e, incluso, judicial— y la referencia a cada uno de ellos comporta también preferencias entre estos dos polos valorativos. Finalmente, también puede apuntarse la progresiva sofisticación de los procedimientos y requisitos para proceder a las reformas constitucionales y cómo, en buena medida, todos ellos atienden a este equilibrio entre estabilidad y progresiva adecuación.³

Entre toda esta complejidad hay un fenómeno que, creo, no ha sido identificado de una manera unívoca y que, por lo tanto, no ha sido tomado en consideración de una forma sistemática. Me refiero a la idea de fluidez regulativa que denominaré liquidez constitucional. Se trata del fenómeno regulativo en cuya virtud coexiste la previsión de ámbitos regulatorios

³ Me he ocupado de estas cuestiones en Sauca (2024, en prensa).

sustancialmente diferentes y eventualmente incompatibles en una misma constitución, y que operan como instrumentos tendentes a propiciar estabilidad constitucional mediante la modulación de la rigidez constitucional. Así, de manera preliminar, esta modulación se refiere a aquellos supuestos en los que las prescripciones constitucionales devienen parcialmente inaplicables en razón de que la propia constitución ha dispuesto la aceptación de la prioridad aplicativa de otra normativa que eventualmente pudiera llegar a existir. Las previsiones constitucionales que operan como fuente de liquidez constitucional serán denominadas cláusulas de liquidez constitucional, y para su identificación me limito a una aproximación inductiva tomando como base la Constitución española de 1978.

II. CLÁUSULAS DE LIQUIDEZ CONSTITUCIONAL

La Constitución española de 1978 establece explícitamente algunas previsiones constitucionales en virtud de las cuales se habilita la posibilidad de que sean adoptadas en el futuro normas jurídicas cuyo contenido pueda ser eventualmente inconstitucional. La remisión de la Constitución al desarrollo legislativo se produce de una forma generalizada en multitud de sus pasajes, tanto en la regulación sustantiva de los derechos que reconoce y los deberes que impone, como en la articulación de algunas dimensiones de las instituciones y órganos por ella establecidos. Asimismo, son numerosas las previsiones y mecanismos de delegación de competencias de desarrollo normativo para las que se disponen las condiciones y procedimientos de cada caso. Todas estas previsiones constitucionales se caracterizan por mantener la exigencia de adecuación del ejercicio de estos poderes normativos con sometimiento a las previsiones constitucionales. De tal manera que el resultado del ejercicio de estas facultades normativas está sujeto a la conformidad sustancial y procedimental con la Constitución.

Una simple lectura del texto constitucional nos ofrece una amplia perspectiva de estas previsiones y mecanismos de remisión, tanto en la regulación sustantiva como en la institucional y en la de delegación. En el primer sentido, el título I, que recoge los derechos y deberes fundamentales, evidencia una profusa utilización de la estrategia del constituyente, remitiendo a la regulación legislativa el desarrollo de los mismos de una forma masiva. La expresión “en los términos que la ley establezca” aparece reiterada en infinidad de ocasiones que diseñan una amplia reserva material de ley.

Para estos efectos, cuando el artículo 53, en su número 1, formula la reserva de ley —que a la luz del artículo 80.1 deberá ser orgánica—

para la regulación del ejercicio de los derechos y libertades de la sección 1a. del capítulo II, no formula más que la síntesis de lo establecido en múltiples derechos. Así, el artículo 15 remite a la legislación de guerra para excepcionar la abolición de la pena de muerte; el 17.1 remite a la ley los casos y formas de privación de la libertad, así como para establecer los términos de la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales; el 17.4 a la regulación del “habeas corpus”; el 18.4 a la limitación del uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos; el 19 al derecho a entrar y salir libremente de España; el 20.3 a la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y la garantía del acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos; el 23.3 al acceso a las funciones y cargos públicos; el 24.2, párr. 2o., a la excepción de la obligación de declarar sobre hechos presuntamente delictivos por razón de parentesco o de secreto profesional; el 25.1 a la remisión a la legislación vigente para las condenas y sanciones; el 25.3 a la remisión a la ley penitenciaria; el 27.7 sobre la participación en los centros educativos de sostén público; el 28.1 para limitar o exceptuar el ejercicio del derecho de libre sindicación para las Fuerzas o Institutos armados o a los demás cuerpos sometidos a disciplina militar y regular sus peculiaridades para los funcionarios públicos; y el 28.2 para la regulación del derecho de huelga.

En la sección 2a. del capítulo II es más frecuente aún la remisión legislativa: según el 30.2 fijará las obligaciones militares de los españoles y el 30.4 los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública; el 31.3 para establecer las prestaciones personales o patrimoniales de carácter público; el 32.2 para la regulación del matrimonio; el 33.2 para la determinación de la función social de la propiedad; el 33.3 para las expropiaciones; el 34.1 para el derecho de fundación para fines de interés general; el 35.2 para regular un estatuto de los trabajadores; el 36 para los colegios profesionales; el 37.1 para garantizar la negociación colectiva laboral y la fuerza vinculante de los convenios y el 37.2 la regulación de las medidas de conflicto colectivo.

En relación con el capítulo III, el artículo 53.3 dispone, con carácter general, que sus principios sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen, limitándose a establecer deberes públicos de promoción. Además, hay previsiones específicas de reserva legislativa, como el artículo 45.3 para las sanciones y reparaciones en materia medioambiental; el artículo 52, para la regulación de las organizaciones profesionales, y, finalmente

en el título I, la previsión de una ley orgánica para desarrollar la institución del Defensor del Pueblo (artículo 54), así como para la suspensión de derechos (artículo 55). Fuera del título I también aparecen recogidas remisiones legislativas para la regulación de aspectos como los derechos de audiencia y acceso a la información del artículo 105; a la indemnización del 106.2; la gratuidad de la justicia del artículo 119; a la acción popular y a participar en el jurado del artículo 125; en la Seguridad Social del artículo 129.1 y en la empresa del artículo 129.2; el régimen tributario y fiscal del artículo 133 o la participación en la elección de autoridades municipales y en concejo abierto del artículo 140. También se prevé la remisión a una ley orgánica para la regulación de los estados de alarma, excepción y sitio (artículo 116).

En el segundo sentido, la parte orgánica recoge reservas de ley de una forma también frecuente, de cara a establecer las condiciones de la configuración de los órganos constitucionales. Así, el título II de la Corona prevé la remisión a la ley orgánica del artículo 57.5 para la cuestión de la sucesión. El título III para las elecciones al Congreso (artículo 68) y al Senado (artículo 69.2); las inelegibilidades e incompatibilidades de los electos a ambos (artículo 70.1), la validez de sus actas y credenciales (artículo 70.2) y las sanciones por incumplimiento de la obligación de comparecer ante las comisiones de investigación (artículo 76). El título IV para la composición del Gobierno (artículo 97.1) y del estatuto e incompatibilidades de sus miembros (artículo 97.2). El título VI para el estatuto de jueces y magistrados (artículos 117.2 y 122.1), sus incompatibilidades (artículo 127.2) y régimen de asociación profesional (artículo 127.1); la determinación de la competencia y procedimiento del ejercicio de la potestad jurisdiccional (artículos 117.3 y 117.4), la regulación de la justicia castrense (artículo 117.5); el carácter público de las audiencias (artículo 120); la constitución, funcionamiento y gobierno del poder judicial (artículo 122.1), así como de su Consejo General (artículos 122.2 y 3) y del presidente del Tribunal Supremo (artículo 123.2); el estatuto del Ministerio Fiscal (artículo 124.3) y la policía judicial (artículo 126). En el título VII, la composición, organización y funciones del Tribunal de Cuentas (artículo 136. 4) y en el título IX, para regular el estatuto de los miembros del Tribunal Constitucional y el procedimiento ante el mismo y las condiciones para el ejercicio de las acciones (artículo 165).

En el tercer sentido, la previsión de la tipología de producción normativa recoge algunos supuestos delegativos. Así, tras establecer las leyes orgánicas del artículo 80, identificamos los artículos 82, 83, 84 y 85 para la delegación legislativa (así como el artículo 75.2); el artículo 86 para las normas del Gobierno con fuerza de ley; el artículo 87.3 para la iniciati-

va legislativa popular; el artículo 92.3 para el referéndum y artículos 94 a 96 para los tratados internacionales; el artículo 134 para la ley de presupuestos —y artículos 156-158 para el ámbito autonómico—; el artículo 135.3 para deuda pública y el crédito; el 135.5 para la estabilidad presupuestaria, y a todos ellos se añaden las peculiaridades de los reglamentos de las cámaras legislativas (artículos 72 y 89). En el título VII también se encuentran otras reservas de ley relativas a la actividad económica (artículo 128.2 iniciativa pública; 131 planificación, 132 bienes dominio público, comunal y patrimonios del Estado y nacional) además de las tributarias ya citadas del artículo 133 al que se añade la previsión local del artículo 142. Finalmente, en el título VIII se prevén múltiples reservas para el desarrollo del proceso autonómico, el reparto de competencias y las leyes de articulación. Así, además de la remisión a la configuración de la provincia en el art. 141, se disponen, en el primer sentido, diversas previsiones de regulación legislativa (artículo 144, artículos 146 y 147.3, artículos 151 y 152 y DD. TT. 1a., 2a., 3a., 5a., 6a. y 7a.). En el segundo, los artículos 148 y 149 y en el tercero el artículo 150.

Todo este complejo engranaje de reservas y remisiones establecidas en la Constitución conforman la estructura de producción normativa a la que se añade la potestad reglamentaria (artículos 97 y 152). Lo relevante, a los efectos aquí tratados, es que el resultante del ejercicio de estas potestades normativas debe guardar conformidad con las previsiones constitucionalmente establecidas y la eventual declaración de inconstitucional reporta, en términos generales, la pérdida de su validez. Sin embargo, hay algunos casos excepcionales en los que esta remisión normativa habilita la producción de normas cuyo contenido puede resultar incompatible con la regulación constitucional. Esta eventual contradicción con la Constitución —y esto es lo decisivo— no implica la inaplicabilidad de dicha normativa, sino que resulta inmune al control de constitucionalidad correspondiente. Así, son casos en los que la regulación constitucional se hace líquida porque es la misma Constitución la que habilita las condiciones de producción de normativa inconstitucional. A estas previsiones normativas de la Constitución que recogen esta posibilidad de generación de normas de contenido inconstitucional las propongo denominar cláusulas de liquidez constitucional.

En la Constitución española de 1978 se pueden identificar, a mi modo de ver, cuatro cláusulas de liquidez, contenidas en el artículo 10.2, el artículo 65.2 (artículo 65.1 in fine), el artículo 93 (en relación con el artículo 135.2 y 3, párr. 3o.) y la Disposición Adicional 1a.

III. LA PREVISIÓN DE INTERPRETACIÓN CONFORME DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (ARTÍCULO 10.2 CE)

La primera de ellas establece que “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 y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Este precepto supone un puente entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos que opera en parámetros interpretativos y de conformidad. Estos elementos parecieran limitar el alcance de esta regulación, pero dada la materia y efectos sigue resultando de amplísima aplicación. La dimensión interpretativa de los derechos fundamentales se constituye como el elemento nuclear que permite identificar los contenidos de cada derecho, así como ponderar su concurrencia con otros eventuales derechos u otras eventuales interpretaciones en los casos concretos. De esta forma, la interpretación de los derechos tiene un componente central en la determinación de su contenido efectivo. Por otra parte, la interpretación se prevé desarrollada de conformidad con la propia Constitución.⁴

Es discutible el alcance que pueda tener esa exigencia de interpretación conforme. Como señala Alejandro Saiz Arnaiz (2013, pp. 48, 51-52), el margen de discrecionalidad que existe para la interpretación de un tratado o un acuerdo internacional es significativamente diferente en el caso de que estos tengan asociados o no un órgano de tipo jurisdiccional encargado de la interpretación de aquellos. En los casos en que no existe dicho soporte institucional, el margen de discrecionalidad de la interpretación de los textos puede resultar relativamente amplio y habilitar las condiciones para esa interpretación conforme. Sin embargo, cuando existen, como significativamente son los casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y los diversos Comités de Naciones Unidas (sean, por caso, los correspondientes al Comité de Derechos Humanos (CCPR), el propio de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), los relativos a la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) y a la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), el del Comité contra la Tortura (CAT), el de los Derechos del Niño (CRC) y el del Subcomité para la Pre-

⁴ De hecho, no se ha suscitado la necesidad de ninguna reforma constitucional en razón de la ratificación por España de ningún tratado internacional en materia de derechos fundamentales. Sobre las observaciones del Consejo de Estado en los Dictámenes de 17 de mayo de 1990 (núm. Expediente: 54617) y de 22 de julio de 1999 (núm. Expediente 1374) véase Jimena Quesada (2020).

vención de la Tortura (SPT)),⁵ y que ejercen una competencia interpretativa autoritativa del Convenio de que se trate, la interpretación estatal tendrá la obligación de seguir dicha interpretación y las posibilidades de que no sea reconducible a una interpretación conforme con la Constitución son inevitables. Todo ello supone “adecuar la actuación de los intérpretes constitucionales a los contenidos de aquellos tratados, que poseen así una nueva y singular eficacia” (Saiz Arnaiz, 2018, p. 231). En el ámbito exclusivo del TEDH, a partir de la doctrina del efecto de cosa interpretada (Queralt Jiménez, 2009; García Roca y Nogueira Alcalá, 2017; García Roca y Queralt Jiménez, 2019; Ferrer Mac-Gregor y Queralt Jiménez, 2017)⁶ y su desarrollo a través de las sentencias piloto (García Roca, 2019), así como con la entrada en vigor del Protocolo núm. 16 para la Convención Europea de Derechos Humanos,⁷ se va reforzando la idea de su progresiva conversión en un tribunal constitucional europeo reforzando el sentido objetivo de sus sentencias (García Roca, 2019, p. 66).

De una forma paralela, se va extendiendo la posibilidad de aplicar un control de convencionalidad en el ámbito de actuación de los tribunales nacionales españoles (Jiménez Quesada, 2019, 2014, 2010; Alonso García, 2020; y, Perotti Pinciroli, 2021). La sentencia 140/2018 del Tribunal Constitucional, de 20 de diciembre, de una manera aun dubitativa, ha venido a ratificar la apertura del ordenamiento español a la incorpora-

⁵ Alejandro Saiz Arnaiz (2018, pp. 234-238) añade, también en una lectura no formalista, las recomendaciones y resoluciones de la Organización Internacional del Trabajo. La Asamblea Parlamentaria y del comité de ministros del Consejo de Europa e incluso algún tratado aún no ratificado e indica completas referencias de sentencias del Tribunal Constitucional español en esa línea. En el fondo, con alguna ambivalencia jurisprudencial, este es el planteamiento clásico sobre la cuestión. Véase Sánchez Morón (1983, pp. 55-56).

⁶ A pesar de la extensión, reproduzco aquí las declaraciones del expresidente Spielmann: «la segunda vía por la que la realidad de los mecanismos de la Convención ha sobrepasado el modelo original es en el impacto de los juicios de la Corte. La obligación expresa de los estados de cumplir con las resoluciones solo concierne a las resoluciones dictadas contra ellos, como prevé el artículo 46.1. Pero esto fracasa en comprender la verdadera potencia de las resoluciones de la Corte. Sus vinculantes determinaciones en un caso, contenidas en las partes dispositivas de su resolución, imponen su interpretación autoritativa del texto de la Convención. Por decirlo de otro modo, res judicata lleva aparejada res interpretata». La traducción es mía y tomo el texto de Alejandro Saiz Arnaiz (2018, p. 226).

⁷ El Protocolo núm. 16 para la Convención Europea de Derechos Humanos (“Convención”) fue sometida a ratificaciones el 2 de octubre de 2013. El 12 de abril de 2018, Francia depositó su instrumento de ratificación. Así, se completó el número de 10 países necesarios para la entrada en vigor del protocolo, que tuvo lugar el 1 de agosto de 2018 completando el denominado «Proceso de Interlaken». Este protocolo, ha sido apodado por el presidente de la Corte Europea de Derechos Humanos en 2013 como “el Protocolo del Diálogo”, ya que abre la posibilidad de que las cortes superiores europeas soliciten opiniones consultivas sobre la interpretación o la aplicación de los derechos y libertades garantizados por la Convención. Véase Cacho Sánchez (2019).

ción de dicho control. Hasta la fecha, el Tribunal Constitucional ha mantenido una posición de integración de su jurisprudencia con la del TEDH; por ejemplo, los análisis sobre la ampliación del concepto de inviolabilidad del domicilio a la esfera de la vida privada en Saiz Arnaiz (2018) y Ripol Carulla (2014). Pero a la luz de estas nuevas expectativas parece que tiende a aceptarse un control difuso de legalidad por parte del juez ordinario respecto de los criterios de interpretación de las sentencias de la Corte Europea. Desde estas premisas, considero que el pronóstico más plausible, a pesar de la defensa de las propias competencias en la última interpretación constitucional y de la exclusión formal de los tratados internacionales de derechos humanos del bloque de constitucionalidad, radica en que se procederá a la integración de las interpretaciones de los tribunales internacionales (y demás órganos de tipo asimilable) con preferencia a las propiamente establecidas en la Constitución. La cláusula del artículo 10.2 de la Constitución opera, así, como una cláusula de liquidez de su propia regulación en favor de la regulación internacional en materia de derechos fundamentales.

IV. LA CASA DE S. M. EL REY (ARTÍCULO 65 CE)

La segunda cláusula de liquidez constitucional que detecto en el texto de la Constitución española alude al artículo 65.2 (artículo 65.1 in fine). Dicho precepto dispone que “2. El Rey nombra y releva libremente a los miembros civiles y militares de su Casa” y lleva como antecedente el aspecto financiero contenido en el número anterior del mismo artículo: “El Rey recibe de los Presupuestos del Estado una cantidad global para el sostenimiento de su Familia y Casa, y distribuye libremente la misma”. La liquidez constitucional de este caso se genera por la habilitación de una potestad que puede tener efectos normativos y que se ejerce libremente por quien es constitucionalmente inviolable y no está sujeto a responsabilidad (artículo 56.3 CE). De esta manera, y expuesto elementalmente, los componentes de la situación se refieren a que la máxima autoridad del Estado puede libremente tomar decisiones con base constitucional y generar normas jurídicas en el ámbito de las relaciones internas de la Casa Real, cuyo contenido puede ser disconforme con principios o derechos constitucionales y ser constitucionalmente irresponsable por todo ello. Como señala Torres del Moral (1992), “el Rey es Rey trescientos sesenta y cinco días al año y veinticuatro horas diarias. Nada en él ni en su familia es ajeno a los intereses del Estado [...] En lo tocante a la Corona, todo es de Derecho Público” (p. 21).

El origen de la Casa Real se vincula con la institución de la monarquía y dispone de una amplia tradición. Asunción de la Iglesia Chamarro apunta que su primera reglamentación en España data de 1707 y pretendía una ordenación del personal al servicio del monarca. Sin embargo, la primera disposición que regula y estructura los distintos servicios y puestos es un reglamento de 18 de marzo de 1749 (2019, p. 130). Desde un punto de vista constitucional, con el antecedente de su regulación en los artículos 25 y 26 del Estatuto de Bayona, los artículos 213 a 218 de la Constitución de 1812 reconocían la institución y la dotación presupuestaria que la acompañaba. Las siguientes constituciones que se refieren a ella son las de 1837, 1845 y 1869, si bien las referencias se reducen a su dotación presupuestaria o al régimen de incompatibilidades (Bassols Coma, 1983, p. 166). La actual Casa de S. M. el Rey se creó a raíz de su proclamación mediante el Decreto 2942/1975, de 25 de noviembre, que unificó las Casas Civil y Militar del anterior jefe del Estado. Tras la proclamación de la Constitución, se aprobó el Real Decreto 310/1979, de 13 de febrero, que reestructuró la Casa del Rey, siendo posteriormente reformado por los Reales Decretos 1677/1987, de 30 de diciembre, 343/1988, de 6 de mayo y 1033/2001, de 3 de septiembre, así como fue incluida en ámbito subjetivo de aplicación (artículo 2 f) y Disp. Adicional 6a.) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Javier Cremades propone una descripción completa de la misma en los siguientes términos:

es el Organismo que, con una dependencia directa y completa del Titular de la Corona, tiene como misión servirle de apoyo en cuantas actividades se deriven del ejercicio de sus funciones como Jefe del Estado. Dentro de esta general tarea y además de desempeñar cuantas funciones políticas, administrativas y económicas le correspondan, deberá atender especialmente a las relaciones del Jefe del Estado con los organismos oficiales, entidades y particulares; a la seguridad de Persona y Real Familia, así como a la rendición de los honores reglamentarios y a la prestación del servicio de escoltas cuando proceda. Del mismo modo deberá atender a la organización y funcionamiento del régimen interior de la Residencia de la Familia Real. (1998, pp. 25-26)

En términos generales, la dirección de esta organización administrativa corresponde al Rey con la plena libertad que deriva del carácter incontrolado con que nombra y releva a los miembros de la misma. Como indica Luis María Díez-Picazo, "el gobierno interno de su Casa es el último residuo que queda al Rey de las ilimitadas potestades de un monarca absoluto" (1982, p. 128). Esta libertad se acompaña de la irresponsabilidad

del Rey, según el artículo 56.3 CE, extremos que han venido a propiciar que, en alguna dimensión y a pesar del carácter libre de organización y de disposición presupuestaria, todo acto del Rey vaya acompañado de alguna fórmula de refrendo. En este sentido, se ha empleado la fórmula del Real Decreto para proceder a los nombramientos por lo que se viene a ofrecer un refrendo por parte del Consejo de Ministros, si bien su contenido parece haber sido designado previamente por el Rey con completa autonomía o, al menos, de una forma pactada. Esta fórmula es controvertida. Por ejemplo, Cremades (1998, pp. 131 y ss.) refrenda plenamente este sistema mientras que Carmen Fernández-Miranda Campoamor (1995, pp. 281-323) entiende que olvida la dignidad de la Corona. Finalmente, Joan Oliver Araújo (2020, pp. 55 y 56) incluye la necesidad de reformar el art. 65 para establecer la necesidad de un preceptivo refrendo para el nombramiento de los miembros civiles y militares de la Casa del Rey.

Sin embargo, dicha fórmula tiene como utilidad ofrecer la cobertura al control jurisdiccional contencioso administrativo (y eventual recurso de amparo constitucional) al que, según la STC 112/1984, de 28 de noviembre, se somete a la Casa Real en cuanto "organización estatal no insertada en ninguna de las administraciones públicas". De esta manera, la situación es que el Rey dirige y selecciona a los miembros de la Casa de S. M. de manera libre y, por demás, es inviolable e irresponsable.⁸ No obstante, se garantiza una protección jurisdiccional de los miembros de la misma en cuanto a sus derechos como participantes en un tipo de administración singular. Esta protección de derechos podrá tener, en su caso, todos los efectos que se deriven del reconocimiento estatutario excepto, precisamente, el de obligar al Rey a incorporar o reincorporar a su Casa a quien no haya sido elegido o haya sido relevado.

En definitiva, el artículo 65.2 de la Constitución determina una arca del poder que no está sometido al principio de legalidad. Se confía en que dimensiones políticas sirvan para configurar un marco de estabilidad que controle el funcionamiento de esta administración singular y se puedan cohonstar esta libertad del monarca con la Constitución y el respeto de los derechos de los integrados en dicha organización. Sin embargo, este control no puede ser un control jurídico que interfiera en la potestad de libre organización de la Casa Real cuyo titular disfruta de irresponsabilidad.

En esta situación radica la liquidez constitucional de esta cláusula. Quizá es parte del precio de disponer de una monarquía parlamentaria. A diferencia de la cláusula de liquidez expuesta en el apartado anterior, en la

⁸ Sobre la evolución de esta materia véase el excelente trabajo de Patricia García Majado (2021).

que se puede operar una tendencia a su progresiva ampliación, en este caso, se puede confiar en un progresivo control y solidificación de la regulación constitucional que, hoy por hoy, se mantiene líquida.

V. EL RECONOCIMIENTO DE LA PRIMACÍA Y EFECTO DIRECTO DEL DERECHO DE LA UNIÓN (ARTÍCULO 93 CE)

La tercera cláusula de liquidez que detecto en la Constitución de 1978 presenta un carácter paradigmático y se contiene en el artículo 93 de su texto que reza:

Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.

Esta previsión se complementa con el artículo 135.2 que, introducido por la reforma constitucional de 27 de septiembre de 2011, establece que “El Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros”.⁹

La enorme complejidad de este proceso no puede, ni debe, ser abordada en este trabajo. Me limito, pues, a recordar que los hitos fundamentales de la materia vienen determinados, sobre la base de una inicial línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional tendente a no reconocer carácter constitucional al derecho europeo,¹⁰ por la Declaración 1/1992, de 1

⁹ También tiene relevancia el párrafo 3o. del número 3 de dicho artículo, introducido en la misma reforma, que dispone “el volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas en relación con el producto interior bruto del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”. A diferencia del supuesto anterior, este precepto se remite a un documento normativo en concreto y no a una remisión a las eventuales e indeterminadas normas que puedan ser adoptadas en el futuro por parte de un ente ajeno al entramado constitucional español.

¹⁰ En especial las STC 28/1991, de 14 de febrero y la STC 64/1991, 22 de marzo, a las que se añade la STC 180/1993, de 31 de mayo. Siguiendo a Pablo Pérez-Tremps (2004, pp. 113-119), hay también un amplio repertorio de sentencias del Tribunal Constitucional en materia de organización territorial del Estado y títulos competenciales: STC 252/1988 (comercio de carnes frescas) [a las que añade las SSTC 79/1992 (Ayudas al ganado vacuno), 117/1992 (Ayudas a la mantequilla), 29/1994 (Primas al ganado ovino y caprino), 213/1994 (Estructuras agrarias 1), 148/1998 (Planes de pesca), 128/1999 (Estructuras agrarias 2), 45 y 95/2001 (Sector lácteo 1 y Sector lácteo 2)]; la STC 208/1991 (las aguas superficiales); STC 236/1991

de julio del Tribunal Constitucional sobre el Requerimiento 1.236/1992 del Gobierno de la Nación en relación con la existencia o inexistencia de contradicción entre el artículo 13.2 de la CE y el artículo 8 B, apartado 1, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, en la redacción que resultaría del artículo G.B. 10. del Tratado de la Unión Europea; por la Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004 al Requerimiento 6603-2004, formulado por el Gobierno de la Nación, acerca de la constitucionalidad de los artículos I-6, II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, y, finalmente, por el Informe del Consejo de Estado de 16 de febrero de 2006, por el que se emite la contestación a la solicitud formulada por el Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005, sobre las modificaciones de la Constitución española entre las que se incluye la pregunta sobre la recepción en la Constitución del proceso de construcción europea.

La jurisprudencia citada, en especial las STC 28/1991 y 64/1991, insistía en el carácter infraconstitucional del derecho europeo y reafirmaban la competencia del Tribunal Constitucional para controlar la afectación de derechos fundamentales por su aplicación. Así, el F.J: 4o. de esta última sostenía:

en conclusión, pues, es claro también que, en la medida en que se impugne en amparo un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del Derecho Comunitario europeo, pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo y sin perjuicio del valor que éste tenga a los efectos de lo dispuesto en el art. 10.2 C.E.

(control metrológico); STC13/1998 (Evaluación de impacto ambiental); STC 14/2004 (Ley aragonesa de ordenación del territorio); STC 147/1998 (Planes de pesca); STC 38/2002 (Cabo de Gata-Níjar); STC 175/2003 (de industria e investigación); STC 235/2001 (de seguridad pública de sustancias químicas catalogadas, de entidades de crédito); STC 235/1999 (disciplina e intervención de entidades de crédito); STC 21/1999 (Materiales forestales de reproducción); STC 330/1994 (Mediación en seguros privados); las SSTC 62 y 72/2003 sobre las Islas Canarias (Impuesto general indirecto canario y Renovación del parque automovilístico, respectivamente) y STC 165/1994 (Oficina vasca en Bruselas). También en materia de derechos fundamentales: STC 145/1991 (Limpiadoras del Hospital Gregorio Marañón), STC 41/2002 (Despido por embarazo), STC 130/1995 (Ahmed c. Instituto Social de la Marina) STC 120/1998 (Contrabando de tortugas), STC 224/1999 (Acoso sexual), STC 292/2000 (protección de datos) y STC 53/2002 (Asilo). Finalmente, en materia de constitución económica la STC 96/2002 (Beneficios fiscales).

Esta lógica se encuentra vigente, en alguna medida, hasta la DTC 1/1992 que vincula al derecho europeo a una reforma implícita de la Constitución que es rechazada. Concluye así la Declaración:

En virtud del art. 93 las Cortes Generales pueden, en suma, ceder o atribuir el ejercicio de “competencias derivadas de la Constitución” no disponer de la Constitución misma, contrariando o permitiendo contrariar, sus determinaciones, pues, ni el poder de revisión constitucional es una “competencia” cuyo ejercicio fuera susceptible de cesión, ni la propia Constitución admite ser reformada por otro cauce que no sea el de su Título X, esto es, a través de los procedimientos y con las garantías allí establecidas y mediante la modificación expresa de su propio texto.

Estos planteamientos han sido objeto de crítica en la medida en que no atienden a la especificidad del proceso de integración (Pérez-Tremps, 1993; López Castillo, 1996; Alonso García, 1999; y López Castillo, Saiz Arnaiz y Ferreres, 2005) y tuvieron una parcial recepción en la doctrina de la DTC 1/2004. A la luz de esta, si bien es cierto que de una manera ambigua tendente a aparentar continuidad con la anterior Declaración, se reafirma el principio de primacía —que no de supremacía— del derecho europeo en virtud de la habilitación del artículo 93 CE, descartando las colisiones sobre la base de que se comparten unos valores y principios comunes entre el mismo y la Constitución. En sus propias palabras,

producida la integración debe destacarse que la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino el propio Tratado cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquélla, si bien la Constitución exige que el Ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión sea compatible con sus principios y valores básicos.

En el fondo, como sintetiza Ricardo Alonso, donde “radica esencialmente lo que considero el principal cambio de la Declaración 1/2004 respecto de la Declaración 1/1992” es en “permitir una mayor flexibilización en la lectura del texto constitucional, susceptible de salvar, en un acentuado marco de interpretación pro-communitate, colisiones que de otra forma aflorarían con mayor facilidad” (2005, p. 356). Finalmente, el Informe del Consejo de Estado de 16 de febrero de 2006, si bien con cierto tono crítico, viene a reconocer que “en principio es posible, al menos en hipótesis, aceptar expresamente en el texto de nuestra Constitución una mutación constitucional que supone la obligación comunitaria de los jueces y tribunales de inaplicar normas con rango de ley en contra de los señalado por los artículos 117 y 163 de la Constitución” (Rubio Llorente

y Álvarez Junco, 2006, p. 94), para concluir en la conveniencia de sustituir por razones de seguridad jurídica el actual artículo 93 CE por una nueva cláusula europea.¹¹

En conclusión, son múltiples los aspectos implicados en la interpretación del artículo 93 CE y su evolución resulta pareja con la desarrollada por las interpretaciones conflictivas que se están generando entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las cortes constitucionales de los estados miembros. Llama la atención la predisposición favorable expresada por el expresidente del Tribunal Constitucional alemán a la colaboración entre ambas instituciones, pero lo cierto es que hay abiertos varios contenciosos de profunda relevancia cuyo sentido está por dilucidar (Voskuhle, 2017). Sin embargo, creo que en la situación en que se encuentra la interpretación actual del mismo es que habilita la primacía del derecho de la Unión sobre el derecho español, incluida la Constitución, más allá de unos límites genéricos que el propio Tribunal Constitucional español juzga de muy improbable transgresión. Creo que se trata de una cláusula paradigmática de liquidez constitucional en virtud de la cual su supremacía se diluye ante la primacía de la integración. Como tempranamente señaló Pablo Pérez-Tremps:

el tenor de estas conclusiones quizá pueda parecer excesivamente alejado de los principios y técnicas jurídicas del Derecho constitucional tradicional. Lo que sucede es que la idea de «integración» pasa, desde este punto de vista, por aceptar que se está limitando la «soberanía» en el sentido indicado. Esta es la idea que subyace en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad y, en cuanto que es congruente con la de «integración», creo que es la que hay que aceptar, siendo el único límite el de la conquista básica de ese Estado moderno en el mundo occidental: el Estado democrático de derecho. (1985, p. 181)

VI. LA ACTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HISTÓRICOS (D. A. 1a. CE)

La cuarta cláusula de liquidez constitucional que detecto en la Constitución española se encuentra en la Disposición Adicional 1a. que establece “La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía”. Este es, probablemente, el más controvertido supuesto de los cua-

¹¹ Véanse los análisis comparados que realiza el propio Informe en las pp. 83-89, así como el trabajo sistemático de Celotto y Groppi (2005).

tro traídos a colación en este análisis y comporta una clara connotación de excepcionalidad en el conjunto del marco constitucional. Sin embargo, no es privativo de esta Disposición pues se entronca con la Disposición Transitoria 4a. que establece un procedimiento excepcional frente al prescrito en el artículo 143 CE, para la eventual incorporación de Navarra, a instancias del Órgano Foral competente y posterior ratificación por referéndum, al Consejo General Vasco o al régimen autonómico vasco que le sustituya, estableciéndose una cadencia de cinco años para cada vez que se pueda plantear la consulta. Asimismo, entre las Disposiciones Derogatorias, la 2a. dispone que “en tanto en cuanto pudiera conservar alguna vigencia, se considera definitivamente derogada la Ley de 25 de octubre de 1839 en lo que pudiera afectar a las provincias de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya. En los mismos términos se considera definitivamente derogada la Ley de 21 de julio de 1876”. La primera de leyes era la de confirmación de los fueros “sin perjuicio de la unidad constitucional” y la segunda la derogatoria del régimen foral.¹²

La terminología de derechos históricos es, según Corcuera, relativamente reciente pues se data en un manifiesto de una escisión radical en el nacionalismo vasco (Comunidad Nacionalista Vasca) en 1922.¹³ Desde una perspectiva controvertida, el que fuera ponente constitucional, Herre-ro de Miñón, sostiene que

los Derechos Históricos son un a priori material caracterizado por la pre y para constitucionalidad. Ello se concreta en tres notas fundamentales: En primer lugar, los Derechos Históricos no son una creación de la Constitución [...] sino que la preceden [...]. En segundo lugar, [...] son inmunes ante la revisión constitucional [...] Por último, [...] suponen una reserva permanente de autogobierno, ello se debe no a la inderogabilidad de unas competencias determinadas, sino a la infungibilidad de un hecho diferencial, conscientemente asumido por el pueblo vasco y que da un “derecho a ser” con identidad propia. (1998, pp. 86-87)¹⁴

¹² Sobre el proceso de adopción de dichas disposiciones véanse Tamayo Salaberría (1994) y Echevarría Pérez-Agua (2019).

¹³ El texto en cuestión sostenía: «1º. Euzkadi, la nación vasca consciente de sí misma, es la única Patria de los Vascos. 2º. Euzkadi, por derecho natural, por derecho histórico, por derecho de conveniencia suprema y por derecho de su propia voluntad, debe ser dueña absoluta de sus propios destinos para regirse a sí misma en la forma que estime conveniente» (Corcuera Atienza, 2001, p. 168; Corcuera Atienza, 1991, p. 302) y lo califica de mito en (1984, p. 10).

¹⁴ En contra, véanse Corcuera (1984) y Fernández (1985). Para una especial referencia a la problemática de los límites a los cambios constitucionales véase Ruipérez (2005, pp. 149 y ss.).

Obviamente, esta referencia a los derechos históricos entronca con la tradición foral que acumula más de seis siglos de historia (Monreal Zía, 2001; en relación a una exposición del sistema foral véase su clásico el trabajo de 1974). Esta tradición del foralismo, como indica Echevarría, tendrá tres lecturas o interpretaciones contemporáneas

que por orden cronológico serán la constitucionalista, la tradicionalista y la soberanista. Cada una de ellas procedía de una ideología propia, que el propio fuerismo logró trascender y modificar: la liberal, la carlista y la nacionalista. De un inicial rechazo, caso del foralismo constitucionalista, al desdén inicial tradicionalista y más marcado aún en el caso soberanista, aquellas ideologías terminaron por asumir completamente la foralidad, que presentaba así otra característica, que confirmará el paso del tiempo: su poliformismo, su adaptación a cualquier doctrina política general, hasta el punto de absorberla, demostrando la propia fortaleza del fuerismo. (2019, pp. 22-23)

En este marco constitucional se debe añadir que a la Disposición Adicional 4a. se vinculan también el Estatuto de Autonomía del País Vasco y el de Navarra, que recogen la negación de la renuncia a dichos derechos históricos.¹⁵ Por lo demás, el Tribunal Constitucional ha mantenido una posición interpretativa restrictiva en relación con su reconocimiento si bien se han mantenido los peculiares sistemas de concierto y convenio económico que ha establecido un régimen fiscal singular que han sido, por demás, ratificado en el marco europeo (Lucas Murillo de la Cueva, 2005 y Pérez Arraiz, 1994). También se ha de significar que el Proyecto de Reforma del Estatuto de Autonomía Vasco que fue conocido como el Plan Ibarretxe, proponía un sistema de cosoberanía de carácter paccional basado en la reactualización de estos derechos históricos y fue rechazado por las Cortes Generales (Sauca, 2010). En definitiva, creo que nos encontramos ante una eventual cláusula de liquidez constitucional cuya virtualidad y eventual proyección resulta indeterminada. Pareciera que la determinación del marco constitucional y estatutario establece los cau-

¹⁵ La Disposición Adicional (única) establece: "La aceptación del régimen de autonomía que se establece en el presente Estatuto no implica renuncia del Pueblo Vasco a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia, que podrán ser actualizados de acuerdo con lo que establezca el ordenamiento jurídico". Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco. Asimismo, la Disposición Adicional Primera de la norma de Navarra dispone: "La aceptación del régimen establecido en la presente Ley Orgánica no implica renuncia a cualesquiera otros derechos originarios e históricos que pudieran corresponder a Navarra, cuya incorporación al ordenamiento jurídico se llevará a cabo, en su caso, conforme a lo establecido en el artículo setenta y uno". Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra.

ces procedimentales de actualización de los citados derechos históricos y que, en su virtud, se han adoptado regímenes excepcionales en el conjunto del diseño constitucional que, en otro caso, no tendrían justificación. El alcance de la liquidez constitucional que puedan alcanzar está indeterminado.

VII. CARACTERÍSTICAS DE LAS CLÁUSULAS DE LIQUEDEZ CONSTITUCIONAL Y SUS IMPLICACIONES TEÓRICAS

En esta última parte voy a formular las características que definirían a este tipo de cláusulas de liquidez constitucional (CLC)¹⁶ mediante un ejercicio inductivo de abstracción de los casos expuestos y de encuadrarlas en la variedad de modalidades de instrumentos que se ocupan de procurar estabilidad constitucional.

La primera característica se refiere a su carácter expreso. Con ello quiero aludir a que existe un precepto constitucional que identifica una regulación constitucional específica o, dicho de una forma más precisa, existe un enunciado lingüístico expreso susceptible de contener una proposición inteligible y con un grado de univocidad aceptable. Obviamente, este precepto está sometido a todas las consideraciones hermenéuticas que corresponde a cualquier norma constitucional,¹⁷ pero no supone la reconstrucción interpretativa de una pluralidad de textos constitucionales, aunados a otras eventuales consideraciones implícitas o subyacentes, sino una formulación explícita de una regulación normativa. El esfuerzo interpretativo que se desarrolle en relación con la reconstrucción de cada

¹⁶ La fórmula cláusulas de liquidez constitucional adolece de cierta ambigüedad que se identifica en su contraposición a la denominación de cláusulas constitucionales de liquidez, en la feliz fórmula que me propuso el profesor Macario Alemany y que le agradezco. Esta última acentúa la dimensión constitucional de estas regulaciones (cláusulas constitucionales) y las identifica funcionalmente con la idea de que son productoras de liquidez, esto es, de la habilitación de producción de normativa que carece de rango constitucional, pero disfruta, como luego reiteraré, de prioridad aplicativa. Sin embargo, la formulación inicial que mantengo en este trabajo abunda en la idea de que estas cláusulas son productoras de liquidez en la constitución, esto es, que determinadas materias reguladas por la Constitución son susceptibles de recibir una regulación alternativa, en algunos aspectos, a la dispuesta en el texto constitucional y diluyen así, en esa medida, la rigidez constitucional. Es cierto que, como decía Jerome Frank de las normas “negar que la vaca esté hecha de hierba no significa negar la existencia de la hierba, ni negar que la vaca efectivamente come hierba” pero siempre soporta, al menos en las lenguas que conozco, alguna ambigüedad diferenciar la leche de vaca de la vaca de leche (Frank, 1949, p. 132).

¹⁷ Reproduciéndose eventualmente así toda la problemática que le es característica. Para estas distinciones, véanse las alternativas de Atienza (2012), que sigo ahora, en especial pp. 67-124 y Guastini (2014, pp. 311-336).

una de las CLC puede resultar más o menos compleja, pero estas se exponen mediante un soporte lingüístico identificable.¹⁸

En segundo lugar, su estructura se asimila a la de una norma que responde a las características que generalmente acompañan a la noción de regla. No creo necesario ni conveniente reproducir aquí la compleja conceptualización de los tipos de normas y los debates que van aparejados a la distinción entre reglas y principios. La idea fundamental a la que me refiero es que su estructura no responde al grado de generalidad y ambigüedad que suelen caracterizar a los principios constitucionales, tiene una relación medial o indirecta con una justificación moral y resultan resistentes a una aplicación en concurrencia ineludible o que requieran estructuralmente de ponderación. Es evidente que los casos expuestos como CLC en la Constitución española aluden o presuponen una justificación política y eventualmente moral a las mismas, pero, como tales, no aparecen recogidas en su formulación. No parece descabellado pensar que la concepción de la interpretación conforme comprendida en el artículo 10.2 CE sobre las declaraciones, tratados y demás instrumentos internacionales sobre derechos humanos que haya ratificado el Reino de España y que cuenten con órganos o instituciones con competencia para formular interpretaciones de los mismos, presuponga una concepción universalista de los derechos humanos. En la medida en que son derechos universales —o como diría Ferrajoli, susceptibles de disponer de un cuantificador universal de sus titulares (1999, p. 379)— el espacio normativo preferente será el que incorpore un elemento subjetivo más amplio y un foro deliberativo más universal. En el caso de la CLC contemplada en el artículo 65, cabe pensar que el presupuesto inspirador sea, probablemente, el principio monárquico con sus connotaciones a la legitimidad histórica para la personificación del Estado y el reconocimiento de un tipo

¹⁸ El carácter nuclear de esta primera nota caracterizadora responde con precisión al proceso inductivo seguido sobre la regulación constitucional española de 1978. Fuera de ese marco de análisis y, eventualmente sobre la base de otros presupuestos normativos, merecería la pena reflexionar sobre la plausibilidad de aceptar lo que quizá podrían denominarse CLC implícitas. Digo que quizá porque, en puridad, no serían cláusulas dada la ausencia de una formulación lingüística en tal sentido. Estas eventuales CLC de carácter implícito compartirían con las explícitas las restantes características señaladas en el texto, pero su formulación se correspondería a una reconstrucción hermenéutica del texto constitucional en su conjunto, así como a los principios y valores subyacentes y abierta a la eventual utilización de la analogía entre CLC explícitas y otras realidades de relevancia constitucional con las que se apreciaría identidad de razón. En puridad, la lógica tendente a reconocer fórmulas de flexibilidad constitucional mediante la generación de liquidez soportaría el esfuerzo justificativo de una eventual transferencia de soberanía implícita o tácita pero no sería conceptualmente inadmisibles. Por demás, estas CLC implícitas se encontrarían, posible, aunque no necesariamente, en el ámbito de las mutaciones constitucionales.

de legitimación tradicional. En el caso de la CLC del artículo 93 parece claro que subyace el principio de la integración que, en su dimensión europea suele conllevar la concomitancia con los valores de la paz, los derechos humanos, la democracia, el Estado de derecho, la prosperidad y demás principios y directrices al uso. Finalmente, la D. A. 1a. presupone un principio de reconocimiento de una identidad política singular que no pareciera ajena al valor del pluralismo y del respeto a las minorías.

En tercer lugar, las CLC son reglas que confieren poderes y, en concreto, normativos. Su nota característica es que habilitan un poder de creación de normas mediante la atribución de normas de competencia. La transferencia de poderes puede presentar una entidad cuantitativamente masiva como en el caso del artículo 93 CE o, por el contrario, un ámbito muy limitado de producción normativa como en el artículo 65 CE. Sin embargo, lo que tienen en común es que, desde el punto de vista normativo, suponen, como decía, la atribución de competencias de producción jurídica. En el caso de las CLC del artículo 10.2, se atribuye a los órganos con competencia para establecer interpretaciones autoritativas de los derechos recogidos en el tratado o convenio correspondiente, la formulación de las interpretaciones correspondientes. Estas interpretaciones constituyen, nuevamente con independencia del tipo de teoría de la interpretación a que nos adhiramos (Guastini, 2008, 2005), la producción normativa generada y aplicable en razón de la CLC. En el caso de la CLC del artículo 65, la atribución del poder normativo se confiere al Rey. Como se tuvo oportunidad de observar, se produce una continuidad entre la persona y el titular de la institución —la Corona— que dispone libremente de las competencias de nombramiento y cese de los miembros de una administración singular, así como de distribución de gasto en ella. Pareciera que el tipo de normativa a producir sea particular y concreta (nombramientos, ceses, contratos, actos administrativos, etc.) pero no se debiera excluir la posibilidad de incluir dimensiones normativas generales puesto que dicha competencia puede implicar el excepcionar la aplicación de disposiciones reglamentarias y laborales —incluso colectivas— concurrentes en la materia.

La CLC del artículo 93 no acredita mayor comentario a la luz de la trascendencia del impacto normativo que comporta para el derecho español. Tanto desde el punto de vista de la prelación normativa, los efectos generales, la aplicación directa, los ámbitos competenciales afectados, etc., la producción normativa que es reconocida mediante la CLC en cuestión es de un orden de magnitud extraordinario. Ello permite comprender las estrategias nacionales de establecer límites últimos o intangibles vinculados al mantenimiento de la propia estatalidad de estados miembros

en la Unión. La CLC contenida en la D. A. 1a. guarda un grado de indeterminación más amplio. El elemento característico de la habilitación de producción normativa remite, de manera indirecta, a un carácter paccional que resulta característico de los procedimientos de elaboración y reforma de los Estatutos de Autonomía establecidos en la Constitución. De esta forma, los derechos históricos constituyen el acervo material de competencias de carácter extraordinario objeto de actualización mediante los procesos bilaterales de novación estatutaria. Dicha actualización, por definición —salvo que sea una disposición vacía de contenido—, excede los límites establecidos en el artículo 149.1 de la CE relativos al reparto competencial sometido al principio de disponibilidad. Por todo ello, la competencia normativa atribuida se refiere a que se confiere el poder normativo de que pueda ser establecida una regulación alternativa a la contemplada en la propia Constitución para la atribución de competencias a algunas comunidades autónomas sin proceder a su reforma formal. En definitiva, las CLC tienen un carácter nomodinámico que, con mayor o menor amplitud y con unos u otros procedimientos, genera nuevas normas jurídicas cuyo contenido no es determinable a priori de los actos de producción normativa.

En cuarto lugar, las CLC determinan una relación de primacía aplicativa en relación con la normativa constitucional, utilizo aquí los conceptos de validez como pertenencia y validez como aplicabilidad en el sentido canónicamente propuesto por Eugenio Bulygin (1991). De esta forma, la Constitución faculta mediante la CLC la existencia de una norma habilitante de la aplicabilidad externa de las normas que puedan ser producidas mediante el ejercicio de dicha competencia.¹⁹ Las normas generadas por las CLC tendrán además de la característica de aplicabilidad externa, la de su validez como pertenencia al sistema jurídico español en los casos de las CLC del artículo 65 y la D. A. 1a., mientras que en los supuestos de las CLC del artículos 10.2 y 93 su aplicabilidad externa no va acompañada de que puedan reputarse como pertenecientes al sistema.²⁰

¹⁹ En relación con el concepto de aplicabilidad externa y su relación con la validez y la efectividad sigo a Pablo E. Navarro y José Juan Moreso (1997).

²⁰ Coincido con el análisis propuesto por los profesores argentinos Jorge L Rodríguez y Daniel E. Vicente (2009). Creo que el planteamiento aquí realizado es compatible con los modelos 2, 3 y 8 expuestos en la p. 199 sobre el derecho internacional. Por otra parte, los autores homologan el tratamiento formal de la aplicabilidad del derecho internacional en general con el del derecho internacional de los derechos humanos cuyos parámetros no son necesariamente idénticos. Asimismo, hay que destacar que las condiciones de aplicabilidad no son homogéneas en las normas internacionales sobre derechos humanos en las que no existe un órgano con competencia interpretativa autoritativa del caso contrario. Me remito, en este sentido, a las observaciones que formulé en Sauca (2021). Finalmente, hay que señalar que esta reconstrucción conceptual no es susceptible de ser proyectado sobre las condiciones de aplicabilidad en el caso del derecho de la Unión Europea ya que su pertinencia no

Esta configuración de las CLC evita que las normas producidas en virtud de cada una de ellas y que puedan tener contenidos discrepantes con la regulación constitucional entren en relación de contradicción. La determinación de condiciones de aplicabilidad diferentes implica que se relacionan mediante un principio de prevalencia y no mediante la aplicación de un criterio de jerarquía o de temporalidad.²¹ Finalmente, es conveniente aclarar que las normas dictadas en virtud de la CLC no tienen el carácter de normas delegadas. Las leyes marco, de transferencia y delegación operan dentro de los parámetros ordinarios de atribución de competencias para el desarrollo normativo. Este se produce, en sentido amplio, en los supuestos de reenvío al legislador del deber de regulación de una determinada materia, como veíamos supra en el apartado 2 de este trabajo, y, en sentido estricto, en las normas derivadas del artículo 150 CE, especialmente en su apartado 2. En todos estos casos, no hay afectación de los límites constitucionalmente establecidos.

En quinto lugar, la Constitución admite que las normas generadas a través de una CLC puedan tener un contenido regulatorio que eventualmente resulte incompatible, o prima facie incompatible, con la regulación ordinaria de la Constitución. Como se señalaba en el párrafo anterior la contradicción normativa no llega a producirse porque estas CLC operan como habilitaciones para una futura regulación alternativa a la contenida en el texto constitucional. Sin embargo, estas remisiones operan como un ejercicio del mismo poder habilitante de la creación de la Constitución (o de sus eventuales reformas). Así, tanto se trate de CLC contenidas en el texto originario de la Constitución (como es el caso de las cuatro aquí analizadas) como en textos de la Constitución resultantes de eventuales reformas de la misma, la habilitación de su creación implica la manifestación de un poder de idéntica naturaleza que el constituyente —o constituido, en el caso de las reformas—. Por ello, las CLC suponen el uso del mismo poder soberano que fundamenta a la Constitución en tanto que son parte de la misma y este poder soberano es filtrado a la normativa que pueda ser creada mediante su ejercicio. En definitiva, las CLC son parte de la Constitución, tienen la misma legitimidad que cualquier otro componente de ella y su peculiaridad radica en que habilita la producción de normas

depende de la aceptación del derecho nacional. No es necesario recordar que la determinación de las condiciones de aplicabilidad referentes al efecto directo y la primacía del derecho europeo se adoptó, vía jurisprudencial, por parte del propio ordenamiento jurídico europeo.

²¹ En este sentido, las consideraciones formuladas por Giorgio Pino (2011) sobre las condiciones de establecimiento de criterios de aplicabilidad que trascienden las regulaciones minuciosas del derecho positivo y solo pueden ser decididas sobre las bases de convicciones internas de la cultura jurídica resultan relevantes para este análisis.

que disfrutarán de preferencia aplicativa sobre las recogidas en la constitución y, evidentemente, las producidas a tenor de la misma. Dicho en breve, las CLC implican una transferencia parcial de soberanía, la misma soberanía que opera como criterio legitimador de la propia Constitución.

A la luz de estas consideraciones, propongo una definición de las CLC que pueda ser objeto de eventual análisis y debate. Su tenor sería el siguiente: las cláusulas de liquidez constitucional son previsiones constitucionales expresas que contienen reglas que transfieren poderes de producción normativa, mediante cuyo ejercicio pueden ser creadas, sucesivamente, normas dotadas de primacía aplicativa sobre las recogidas en el texto de la Constitución, así como del restante derecho derivado de la misma, por lo que implican que se comparten facultades soberanas.

Esta caracterización estructural es conveniente que sea completada con una aproximación funcional sobre las utilidades que pueden propiciar las CLC en un marco constitucional. Las funciones más relevantes serían siete. En primer lugar, desempeñan una función de estabilidad constitucional porque resguardan a la Constitución de tener que ser reformada con mayor frecuencia de la deseable, tal y como es requerido para adecuarla a los cambios que se producen en sectores especialmente dinámicos como algunos de los regulados por las CLC. En segundo lugar, desempeñan una función moderadora de las tensiones que soporta la Constitución para proceder a la necesidad de su reforma formal a fin de corregir las antinomias que puedan derivarse tanto de los compromisos internacionales y supranacionales como de los internos. Asimismo, moderan la necesidad de proceder a la adopción de mutaciones constitucionales para la adecuación de la Constitución a estas mismas exigencias. En tercer lugar, desempeñan una función de integración normativa de las esferas constitucionales ya que habilitan la compatibilidad concurrente de dinámicas de relevancia constitucional diferenciadas. En cuarto lugar, fomenta una función de cooperación institucional entre los diversos agentes y favorece dinámicas de deferencia entre los órganos participantes, especialmente entre tribunales. En quinto lugar, cumple una función de diversificación de los niveles y espacios deliberativos propiciando la interlocución multinivel en función de los ámbitos temáticos relevantes en el contexto de cada CLC y evitando dinámicas de enquistamiento por la disposición de la última palabra. Finalmente, propicia una configuración multinivel de la soberanía contribuyendo a superar una visión monolítica de la misma y distribuyendo su ejercicio en espacios cooperativos diferentes.

A partir de esta caracterización, las diferencias de las CLC con las restantes figuras relevantes relativas a la estabilidad y el cambio constitucional podrían ser identificadas de manera aceptablemente clara. De esta

forma, las CLC se diferenciarían de los fenómenos de mutación constitucional en dos aspectos. Por una parte, las CLC constituyen una decisión consciente del constituyente autor del texto constitucional mientras que las mutaciones no han podido ser contempladas por aquel. Por otra, las CLC tienen un soporte lingüístico explícito en un precepto constitucional mientras que las mutaciones no operan sobre enunciados normativos. Desde el punto de vista contrario, ambas son formas de incrementar el dinamismo constitucional sin tener que recurrir al empleo del poder de reforma.

Igualmente, las CLC comparten con las cláusulas de intangibilidad —al menos las explícitas— una formulación constitucional expresa, aunque su sentido es el contrario: mientras que las cláusulas de intangibilidad operan en la idea de petrificar el cambio formal de la constitución, las CLC habilitan la fluidez de la evolución constitucional, al menos, en los sectores materiales en los que actúan. Asimismo, comparten un sentido netamente contrario a las cláusulas de intangibilidad temporal a término. Estas establecen la intangibilidad de la constitución durante un periodo de tiempo que va desde su formulación hasta un determinado término temporal o a la verificación de un determinado acontecimiento histórico. Las CLC habilitan la posibilidad de que la constitución evolucione de conformidad con las circunstancias de una manera flexible y sin determinación temporal alguna, pero con una clara orientación a futuro.

Las CLC comparten con los procedimientos de reforma constitucional de las constituciones rígidas que generan un cambio constitucional de carácter racional-formal en la medida de que el cambio es producto de la adopción de medidas normativas explícitas formuladas mediante la emisión de nuevos documentos autoritativos. Sin embargo, se diferencian en que la reforma constitucional puede, en algunos supuestos, determinar los textos constitucionales que resultan sustituidos, produciendo una derogación expresa de los mismos, o adicionar nuevos textos constitucionales que podrían tener efectos derogatorios genéricos o tácitos sobre normas contenidas en preceptos constitucionales previos. Por su parte, las CLC no disponen de la capacidad de sustituir textos constitucionales, ni de sustituir normas constitucionales; sólo pueden determinar la generación de normas que obtengan una primacía aplicativa a pesar de su contenido materialmente incompatible. Finalmente, cabe señalar también que las reformas de la constitución que no afecten a las disposiciones de las CLC no tendrían, en aplicación de un principio de *lex posterior derogat anterior*, efectos derogatorios sobre las mismas. La fuerza derogatoria genérica o tácita de una reforma sobrevenida de la constitución no operaría, *ope constitutionis*, una derogación de la normativa

creada por la reforma en cuestión. Los efectos, sin embargo, de una derogación explícita son diferentes. Al igual que toda norma constitucional que no esté definida como una cláusula de intangibilidad, las CLC son susceptibles de ser reformadas, y eventualmente suprimidas, por una reforma constitucional posterior de carácter expreso, todo ello sin menoscabo del cumplimiento de las exigencias específicas suplementarias que hubieran podido adoptarse en tal sentido en el desarrollo normativo generado a través de la propia CLC.

En conclusión, las realidades constitucionales son complejas y presentan necesariamente múltiples facetas que escapan a la univocidad de los criterios clasificatorios al uso. Las caracterizaciones de las constituciones como inmodificables o reformables, escritas o mixtas, flexibles o rígidas, atrincheradas, intangibles, abiertas o cerradas, etc. suelen fracasar en los intentos de determinar una identidad unívoca a cada constitución. Con mayor inclinación a unos u otros de estos criterios, todas las constituciones, y la española no es desde luego una excepción, incorporan varios de estos componentes potencialmente contradictorios entre sí. La Constitución española de 1978 es, aparentemente, una constitución escrita y unitaria, de carácter rígido, con un procedimiento de revisión total hiperrígido que ha sido interpretado como una intangibilidad constructiva y al que una parte de la doctrina constitucional propone añadir la formulación de la existencia de cláusulas de intangibilidad implícita. Es una Constitución con sólo dos reformas puntuales en 44 años de vigencia y, por demás, forzadas por reglamentaciones europeas y que ha sufrido un bloqueo en todas las demás tentativas de reforma que se han producido.²² Finalmente, es una Constitución que adolece, según un consenso creciente, de falta de adecuación a la realidad social, política, cultural, económica, tecnológica, medioambiental, etc. En definitiva, es compleja. En este contexto, la propuesta hermenéutica de las CLC ofrece una comprensión categorial de aspectos de la Constitución que se presentan como controvertidos y habilita una novedosa, y quizá original, perspectiva teórica justificativa de espacios de flexibilidad constitucional. La liquidez

²² Pocos días antes de la última revisión de la edición de este trabajo, se ha procedido a una tercera reforma de la Constitución Española. Se trata de la reforma aprobada el pasado 15 de febrero de 2024 por el que se modifica el artículo 49. La modificación se sustancia fundamentalmente en la sustitución de los términos “disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos” por los de “personas con discapacidad”. Asimismo, se refuerza la previsión de las políticas públicas tendentes a garantizar su autonomía e inclusión, así como la participación de sus organizaciones y se prevé una particular atención a las mujeres y menores. Dicha modificación no afecta sustancialmente a las tesis mantenidas en este trabajo con la salvedad de que incorpora un caso más de previsión de desarrollo legislativo a los ya referidos en las páginas 15 y 16 de este texto.

constitucional se presenta, así, como una fórmula de incremento de la estabilidad constitucional mediante el reforzamiento de procesos de adhesión política a la misma.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- Alonso García, R. (2020). El control de convencionalidad: cinco interrogantes. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (119), 13-51. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.119.01>
- Alonso García, R. (2005). Constitución española y Constitución europea: Guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (73), enero-abril, 339-362. <https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/view/48293>
- Alonso García, R. (1999). *Derecho comunitario y Derechos nacionales. Autonomía, integración e interacción*. Abeledo-Perrot.
- Atienza, M. (2012). *Interpretación Constitucional*. Universidad Libre de Colombia.
- Bassols Coma, M. (1983). Instituciones administrativas al servicio de la Corona: Dotación, Casa de S. M: el Rey y Patrimonio Nacional. En P. Lucas Verdú (Comp.), *La Corona y la Monarquía Parlamentaria en la Constitución de 1978* (pp. 151-196). Universidad Complutense de Madrid.
- Bayón, J. y Sauca, J. M. (Dirs.) (2024). *Reforma constitucional: Problemas filosóficos y jurídicos* (en prensa). Tirant lo Blanch.
- Bulygin, E. (1991). Tiempo y validez. En C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho* (pp. 195-214). Centro de Estudios Constitucionales.
- Cacho Sánchez, Y. (2019). El potencial desarrollo del nuevo procedimiento consultivo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: fortalezas, debilidades, oportunidades y amenazas. *Revista Española de Derecho Internacional*, 71(2), 171-194. <http://dx.doi.org/10.17103/redi.71.2.2019.1.07>
- Celotto, A. y Groppi, T. (2005). Derecho UE y derecho nacional: primauté vs. Contralímites. En M. Cartabia, B. de Witte y P. Pérez-Tremps (Dirs.), *Constitución europea y Constituciones nacionales* (pp. 287-372). Tirant lo Blanch.
- Corcuera Atienza, J. (2001). Derechos históricos y nacionalismo. En M. Herrero de Miñón y E. Lluch (Eds.), *Derechos históricos y constitucionalismo útil* (pp. 161-176). Crítica.
- Corcuera Atienza, J. (1991). Estatutismo en el País Vasco en la II República. En J. Beramendi y R. Máz (Comps.), *Los nacionalismos en la España de la II República* (pp. 357-375). Siglo XXI.

- Corcuera Atienza, J. (1984). La constitucionalización de los derechos históricos. Fueros y autonomía. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (11), 9-38.
- Cremades, J. (1998). *La Casa de S. M. el Rey*. Civitas.
- Díez-Picazo, L. (1982). El régimen jurídico de la casa de rey (un comentario al artículo 65 de la Constitución). *Revista Española de Derecho Constitucional*, (6), 115-138.
- Echevarría Pérez-Agua, J. J. (2019). *La constitucionalización de la foralidad (1975-1978)*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Fernández-Miranda Campoamor, C. (1995). La dotación de la Corona. La Casa del Rey. En A. Torres del Moral y Y. Gómez Sánchez (Coords.), *Estudios sobre la monarquía* (pp. 281-323). UNED.
- Fernández, T. R. (1985). *Los derechos históricos de los territorios forales: bases constitucionales y estatutarias de la administración foral vasca*. Civitas.
- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta.
- Ferrer Mac-Gregor, E. y Queralt Jiménez, A. (2017). El control de convencionalidad americano y el efecto de cosa interpretada europeo; ¿dos caras de una misma moneda? En J. García Roca y E. Carmona Cuenca (Eds.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana* (pp. 133-168). Aranzadi.
- Frank, J. (1949). *Law and Modern Mind*. Stevens & Sons.
- García Majado, P. (2021). Significado y alcance de la inviolabilidad del Rey. *Teoría y Realidad Constitucional*, (47), 357-381. <https://doi.org/10.5944/trc.47.2021.30722>
- García Roca, J. (2019). *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Civitas.
- García Roca, J. y Nogueira Alcalá, H. (2017). El impacto de las sentencias europeas e interamericanas. valor del precedente e interpretación vinculante. En J. García Roca y E. Carmona Cuenca (Eds.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana* (pp. 77-132). Aranzadi.
- García Roca, J. y Queralt Jiménez, A. (2019). Buenas prácticas en el cumplimiento de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En A. von Bogdandy, E. Ferrer Mac-Gregor, M. Morales Antoniazzi y P. Saavedra Alessandri (Coords.), *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades* (pp. 703-771). Max Planck Institute; Universidad Nacional Autónoma de México; IECEQ.

- Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Guastini, R. (2008). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Trotta.
- Guastini, R. (2005). Interpretación y construcción jurídica. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (42), pp. 11-48. <https://doi.org/10.5347/43.2015.71>
- Herrero de Miñón, M. (1998). *Derechos Históricos y Constitución*. Santillana.
- Iglesia Chamarro, A. de la (2019). *Desafíos de la monarquía parlamentaria*. Marcial Pons.
- Jimena Quesada, L. (2020). Reforma constitucional y estándares internacionales de derechos humano. En B. Aláez Corral (Coord.), *Reforma constitucional y defensa de la democracia, Foros y Debates* (pp. 151-185). Universidad de Oviedo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Jimena Quesada, L. (2019). La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales (comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre). *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, (53), 434-461.
- Jimena Quesada, L. (2014). Control de convencionalidad y tutela multinivel de derechos: una cuestión de voluntad doctrinal y jurisprudencial. En J. Goizueta y M. Cienfuegos (Dirs.), *La eficacia de los derechos fundamentales de la UE. Cuestiones avanzadas* (pp. 111-140). Aranzadi.
- Jimena Quesada, L. (2010). El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del control de convencionalidad. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 15(1), 41-74.
- López Castillo, A., Saiz Arnaiz, A., y Ferreres Comella V. (2005). *Constitución española y Constitución europea (Análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional DTC/1 2004, de 13 de diciembre)*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- López Castillo, A. (1996). *Constitución e integración*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Lucas Murillo de la Cueva, E. (2005). *Crisis y renovación del Concierto Económico*. Ad Concordiam.
- Monreal Zia, G. (2001). De los Fueros y la autonomía posforal a la cláusula de reserva de los derechos históricos. En M. Herrero de Miñón y E. Lluçh (Eds.), *Derechos históricos y constitucionalismo útil* (pp. 89-103). Crítica.

- Monreal Zia, G. (1974). *Las instituciones públicas del Señorío de Vizcaya (hasta el siglo XVIII)*. Diputación de Vizcaya.
- Navarro, P. E., y Moreso, J. J. (1997). Applicability and Effectiveness of Legal Norms. *Law and Philosophy*, (16), 201-219.
- Oliver Araújo, J. (2020). La reforma constitucional de la Corona (una propuesta radical y diez moderadas). *Revista de Derecho Político*, (77), 15-69.
- Pérez Arraiz, J. (1994). *El concierto económico: evolución, caracteres y fundamento de la financiación vasca*. Instituto Vasco de Administración Pública, Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea.
- Pérez-Tremps, P. (1985). Justicia Comunitaria, Justicia Constitucional y tribunales ordinarios frente al Derecho Comunitario. (Comentario a la Sentencia de la Corte Constitucional italiana número 170/1984, de 8 de junio). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 5(13), 157-181.
- Pérez-Tremps, P. (1993). Constitución española y Comunidad Europea. Civitas.
- Pérez-Tremps, P. (2004). Constitución española y Unión Europea. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 24(71), 103-121.
- Perotti Pincioli, I. (2021). El control de convencionalidad en el Derecho español: ¿Una importación defectuosa? *Revista electrónica de estudios internacionales*, (41), 1-36.
- Pino, G. (2011). L'applicabilità delle norme giuridiche. *Diritto & Questioni Pubbliche*, (11), 797-871.
- Queralt Jiménez, Argelia (2009). El alcance del efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH. En J. García Roca y P. Fernández Sánchez (Coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado* (pp. 229-255). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Raz, J. (2007). Sobre la autoridad e interpretación de las constituciones: algunas ideas preliminares. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, (1), 3-72. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2007.1.8027>
- Ripol Carulla, S. (2014). Globalización y justicia (Cinco supuestos de la aplicación de las normas de Derecho internacional público y de Derecho europeo por los tribunales españoles). En M. Barranco Avilés, O. Cevalador Angón y F. Vacas Fernández (Coords.), *Perspectivas actuales en la aplicación del Derecho* (pp. 109-147). Dykinson.
- Rodríguez Jorge, L. y Vicente, D. (2009). Aplicabilidad y validez de las normas de Derecho internacional. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (32), 177-204. <https://doi.org/10.14198/DOXA2009.32.10>

- Rubio Llorente, F. y Álvarez Junco, J. (2006). *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*. Consejo de Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ruipérez, J. (2005). Estudio preliminar. Estática y dinámica constitucionales en la España de 1978. Especial referencia a la problemática de los límites a los cambios constitucionales. En S. Roura y J. Tajadura (Dirs.), *La reforma constitucional. La organización territorial del Estado, la Unión Europea y la igualdad de género* (pp. 19-280). Biblioteca Nueva.
- Saiz Arnaiz, A. (2018). Tribunal Europeo de Derechos Humanos y procesos políticos nacionales: Democracia convencional y margen de apreciación. *Teoría y Realidad Constitucional*, (42), 221-245. <https://doi.org/10.5944/trc.42.2018.23636>
- Saiz Arnaiz, A. (2018). Comentario al artículo 10.2 CE. En María Emilia Casas y Miguel Rodríguez-Piñero (Dirs.), *Comentarios a la Constitución* (t. 1, pp. 230-254). BOE.
- Saiz Arnaiz A. (2013). La interpretación de conformidad: significado y dimensión práctica (un análisis desde la Constitución española). En G. R. Bandeira, R. Urueña y A. Torres (Coords.), *Protección Multinivel de Derechos Humanos* (pp. 47-87). Red Derechos Humanos y Educación Superior.
- Sánchez Morón, M. (1983). Capítulo I. Estudio comparado e histórico de la protección internacional de los derechos humanos. En E. García de Enterría, E. Linde Paniagua, L. Ortega Álvarez y M. Sánchez Morón. *El sistema europeo de protección de los derechos humanos* (pp. 25-59). Civitas.
- Sauca, J. (2024). Análisis conceptual de los presupuestos normativos de la estabilidad y el cambio constitucional. En J. Bayón y J. Sauca (Dirs.), *Reforma constitucional: Problemas filosóficos y jurídicos* (en prensa). Tirant lo Blanch.
- Sauca, J. (2021). Deliberación, deferencia y Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso Gelman vs Uruguay. Araucaria. *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, 23(46), 529-551. <https://doi.org/10.12795/araucaria.2021.i46.26>
- Sauca, J. (2010). *Identidad y Derecho. Nuevas perspectivas para viejos debates*. Tirant lo Blanch.
- Tamayo Salaberría, V. (1994). *La autonomía vasca contemporánea: foralidad y estatutismo (1975-1979)*. Instituto Vasco de Administración Pública, Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea.

- Torres del Moral, A. (1992). *Principios de derecho constitucional español*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho.
- Voskuhle, A. (2017). La integración europea a través del derecho. La contribución del Tribunal Constitucional Federal (alemán). *Teoría y Realidad Constitucional*, (39), 103-121. <https://doi.org/10.5944/trc.39.2017.19164>

Constitutional Liquidity between Rigidity and Flexibility: Constitutional Liquidity Clauses¹

*La liquidez constitucional entre rigidez y flexibilidad:
las cláusulas de liquidez constitucional²*

José María Sauca

 <https://orcid.org/0000-0001-5472-4491>

Universidad Carlos III de Madrid
Email: josemaria.sauca@uc3m.es

RECEIVED: June 5, 2023

ACCEPTED: September 5, 2023

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2024.18.18712>

RESUMEN: La estabilidad es una de las características centrales de una constitución, aunque su consecución trascienda los planteamientos puramente constitucionales. Los métodos institucionales que se han utilizado para, en cierta medida, intentar alcanzarla son diversos (y a veces contradictorios) según se adapten más o menos fácilmente a la demanda de cambio constitucional. Entre estos fenómenos, este trabajo formula un nuevo concepto denominado liquidez constitucional cuya utilidad radica en propiciar dimensiones de flexibilidad en constituciones rígidas. La liquidez constitucional se canaliza a través de las denominadas cláusulas de liquidez constitucional que se formulan inductivamente a la luz de la Constitución española de 1978 y que son analizadas estructural y funcionalmente. Finalmente, se comparan con otros conceptos tradicionales relativos al tratamiento de la estabilidad

¹ Traducción realizada por la doctora Ioana Cornea y Mariana Esparza Castilla.

² This work originates from a broader academic effort enriched by the opportune comments of professors José Juan Moreso and Marina Gascón, to whom I extend my gratitude for their generosity and good judgment. I also thank the participants in the seminar on philosophy of law at the Universitat Pompeu Fabra for their suggestions and criticisms, especially, professors Marc Carrillo, Víctor Ferreres, José Luis Pérez Triviño, and Lorena Ramírez for their active participation in the event. Finally, my gratitude to professor Álvaro Núñez of the Universidad de Murcia for assembling the colloquium that motivated this publication and to professors Josep Aguiló, Ana Carmona, Marcela Chahuán, Ignacio González, and Josep M^a Vilajosana, as well as to Rafael Hernández Marín, Juan José Iniesta and Antonio Moreno for their sharp comments and accurate criticisms. The text now published substantially goes back to the source text in order to keep the logic of the dialogue with the remaining commentators. Moreover, the work is part of the project *Construcción de Derechos Emergentes* (Construction of Emerging Rights)(PID2019-106904RB-I00) of the Agencia Estatal de Investigación española (State Research Agency).

y el cambio constitucional.

Palabras clave: Liquidez constitucional. Constituciones flexibles y rígidas. Reforma y mutación constitucional. Artículo 10.2, artículo 65, artículo 93 y Disposición Adición 1ª de la Constitución Española de 1978.

ABSTRACT: Stability is one of the essential characteristics of a constitution, however, its achievement transcends purely constitutional considerations. The institutional methods that have been used to try to achieve it are diverse —and sometimes contradictory— based on how easily they adapt to the demand for constitutional change. Within these phenomena, this paper proposes a new concept called constitutional liquidity which enables dimensions of flexibility in rigid constitutions. Constitutional liquidity is channeled through the constitutional liquidity clauses that are induced from the Spanish Constitution of 1978 and which this paper analyses in structural and functional terms.

Keywords: Constitutional liquidity, flexible and rigid constitutions, constitutional reform and mutation, Articles 10.2, 65, 93, and Additional Provision 1 of the Spanish Constitution of 1978. Lastly, these clauses are compared with other traditional concepts regarding stability treatment and constitutional change.

CONTENTS: I. On the notion of constitutional liquidity. II. Constitutional liquidity clauses. III. Provision of interpretation in accordance with International Human Rights Law (Article 10.2 SC). IV. The Household of HM the King (Article 65 SC). V. Recognition of the primacy and direct effect of European Union Law (Article 93 SC). VI. Update of historic rights (1st AP SC). VII. Features of constitutional liquidity clauses and their theoretical implications. VIII. References.

I. ON THE NOTION OF CONSTITUTIONAL LIQUIDITY

The claim to stability is a common feature of constitutional dynamics. One might even think along with Joseph Raz that this aspiration to stability is one of the defining or essential features of a constitution.³ However, stability is not a normative concept nor a technical one, and obeys a multiplicity of political, cultural, social, economic factors, among others, that are usually framed in long-standing historical evolutions, both at the local and international levels. Therefore, what can be confronted with certain specificity by constitutional theory, institutional regulation and, in general, constitutional politics has a far more concrete profile and more limited effects.

³ Raz proposes to define the concept of constitution by seven criteria: constitutive, stable (at least in terms of aspiration), written (although not necessarily in its entirety), supreme, justiciable, and rigid character, and expression of a common ideology (2007, pp. 43-46).

One of the issues most profusely associated with the treatment of constitutional stability concerns the greater or lesser degree of rigidity or flexibility that the regulation of constitutional reform may adopt regarding changes in the constitution. A first approach to the matter would seem to indicate a tendency to regard a parallelism between constitutional rigidity and constitutional stability, on the one hand, and constitutional flexibility and constitutional instability, on the other. I believe this view would be incorrect since, as I indicated above, stability is a notorious characteristic of constitutions due to a set of variables of different nature, among which these technical reflections hold a subordinate position. However, the choice of one of the different constitutional regulations, as well as the interpretations of the constitutional text, operate within a framework of normative preferences tending to regulate constitutional change from a perspective that prioritizes constitutional stability over the adequacy of the constitution to the social, political, economic or cultural evolution of the society to which it seeks to provide a regulatory framework.

Thus, we can observe that the conceptual framework from which this dimension of constitutional change is elaborated and managed resorts to the concepts of immutability, express or implicit intangibility, temporary intangibility (premature or deferred), hyper-rigidity, rigidity, entrenchment, reform, mutation, and flexibility that can be presented in a regulative scale ranging from the primacy of stability to the preference for normative adequacy. Furthermore, considering the agents that urge constitutional change —nation, people, states, legislative, executive, even judicial— may vary and the reference to each of them also entails preferences between these two value poles. Finally, we can also mention the progressive sophistication of the proceedings and requirements to undertake constitutional reforms and how, to a large extent, they all serve this balance between stability and progressive adequacy.⁴

Within all this complexity there is one phenomenon that I believe has not been unequivocally identified and, thus, has not been systematically considered. I mean the idea of regulatory fluidity, which I will call constitutional liquidity. It is the regulatory phenomenon whereby substantially different and eventually incompatible regulatory spheres coexist in the same constitution and operate as instruments aimed to promote constitutional stability by modulating constitutional rigidity. So, in a preliminary basis, this modulation refers to those cases in which constitutional prescriptions become partially inapplicable due to the constitution itself has provided the acceptance of precedence of other regulations that

⁴ I have dealt with these matters in (Sauca, 2024, in press).

may eventually come into existence. The constitutional provisions that operate as source of constitutional liquidity will be referred to as constitutional liquidity clauses and for their identification I shall limit myself to an inductive approach based on the Spanish Constitution of 1978.

II. CONSTITUTIONAL LIQUIDITY CLAUSES

The Spanish Constitution of 1978 establishes in an explicit manner some constitutional provisions that enable the possibility of adopting, in the future, legal norms whose content may be eventually unconstitutional. The referral of the Constitution to legislative development occurs in general throughout many of its passages, both in the substantive regulation of the rights it recognizes and the duties it imposes, and in the articulation of certain dimensions of the institutions and bodies it establishes. Likewise, there are numerous provisions and mechanisms for the delegation of competences of normative development for which the conditions and proceedings of each case are established. All these constitutional provisions are characterized by maintaining the demand of adequacy in the exercise of these normative powers in compliance with such constitutional provisions. Thus, the outcome of these normative powers is subject to substantial and procedural conformity with the Constitution.

A simple reading of the constitutional text offers a broad perspective of these provisions and referral mechanisms, both in substantive and institutional regulation and delegation. In the first sense, Title I, which concerns about fundamental rights and duties, displays a profuse use of the strategy of the constituent, referring their development to the legislative regulation in a comprehensive manner. The expression “in the manner provided by the law” appears repeatedly in numerous occasions that set a vast substantive reservation of the law.

To this end, when art. 53, in section 1, formulates the reservation of law—which must be organic considering art. 80.1—to regulate the exercise of the rights and liberties of Section 1 of Chapter Two, it merely summarizes what is established in multiple rights. Thus, art. 15 refers to the law of war to exempt the abolition of death penalty; whereas art. 17.1 refers to the cases and forms of deprivation of liberty and provides the terms for the arrested person’s access to a lawyer in legal and criminal proceedings. Moreover, art. 17.4 refers to the regulation of “habeas corpus”. Article 18.4, to the limitation on the use of information technology to guarantee the honor and both personal and family privacy of citizens, and the full exercise of their rights. Article 19, to the right to freely enter

and leave Spain. Article 20.3, to the organization and parliamentary control of the social communications media under the control of the State or any public agency, and the guarantee of access to such media to the main social and political groups. Article 23.2 refers to the access on equal terms to public office, and the second paragraph of art. 24.2 refers to the exempt of the obligation of making statements regarding alleged criminal offences for reasons of family relationship or professional secrecy. Article 25.1, to the referral to the law in force for convictions and sanctions, and art. 25.2 to the referral to penal law. Article 27. 7, to the involvement in educational centers funded by the State. Article 28.1 concerns to limit or exempt the right to freely join a trade union in the case of the Armed Forces or Institutes or other bodies subject to military discipline, and to regulate the special conditions of its exercise by civil servants and art. 28.2 devote to regulate the right to strike. In Section 2 of Chapter II, the referral to the law is even more frequent. According to art. 30.2, it shall determine the military obligations of Spaniards and art. 30.4, the duties of citizens in the event of grave risk, catastrophe, or public calamity. Article 31.3 refers to the law for establishing personal or property contributions for public purposes, art. 32.2 for the regulation of marriage, art. 33.2 for determining the social function of property, art. 33.3 for expropriations, art. 34.1 for the right to set up foundations for purposes of general interest, art. 35.2 for establishing a Workers' Statute, art. 36 for Professional Associations, art. 37.1 for guarantee the right to collective labor bargaining and the binding force of the agreements to guarantee collective labor bargaining and the binding force of agreements and lastly, art. 37.2 for regulating collective labor dispute measures. Regarding Chapter III, Article 53.3 provides, in general, that its principles may only be invoked before the ordinary courts in accordance with the legal provisions by which they are developed, limiting itself to establishing public duties of promotion. Furthermore, there are specific provisions of reservation of law such as art. 45.3. for sanctions and obligations to make good the damage in environmental matters, art. 52 for the regulation of professional organizations, and, finally, in Title I, the provision of an organic law to develop the institution of the Ombudsman (art. 54), and for the suspension of rights (art. 55). Apart from Title I, there are also referrals to the law for the regulation of issues such as: the rights of hearing and access to information of article 105, compensation of art. 106.2, free justice of art. 119, popular action of art. 125, tax and fiscal regime of article 133, and the participation in the jury of art. 125, in Social Security of art. 129.1, within companies of art. 129.2 or in the election of municipal authorities and in open council of art. 140. The Constitu-

tion also provides a referral to an organic law for the regulation of states of alarm, emergency, and siege (art. 116).

In the second sense, the organic part includes reservations of law also in a frequent way to establish the conditions for the organization of the constitutional organs. Thus, Title II of the Crown provides a referral to the organic law of art. 57.5 for the succession question. Title III provides a referral for elections to Congress (art. 68) and Senate (art.69.2), for the ineligibilities and incompatibilities for the elected to (art. 70.1), their validity of the certificates of election and credentials (art. 70.2), and the penalties imposed for failure to comply with the fact-finding committees. Title IV provides a referral for the composition of the Government (art. 97.1), and for the status and incompatibilities of its members (art. 97.2). Title VI provides a referral for the statute of judges and magistrates (arts. 117.2 & 122.1), their incompatibilities (art. 127.2), and the system and methods of professional association (art. 127.1), for the establishment of authority and procedure of the exercise of judicial authority (arts. 117.3 & 117.4), for the regulation of justice within military limits (art. 117.5), for the public nature of hearings (art. 120), for the Constitution, for the setting up, operation and control of judicial power (art. 122.1), of its General Council (arts.122.2 & 122.3), and the President of the Supreme Court (art. 123.2), for the statute of the Office of the Public Prosecutor (art. 124.3), and for the judicial police (art. 126). Title VIII provides a referral for the composition, organization and duties of the Court of Audit (art. 136.4) and Title IX provides it for regulating the statutes of Constitutional Court members, and the procedure to be followed, and the conditions governing actions brought before it (art. 165).

In the third sense, the typology of normative production includes some cases of delegation. Hence, in art. 80 for establishing the organic laws, in arts. 8, 83, 84 and 85 for legislative delegation— as art. 75.2—, in art. 86 for norms of the Government with the status of law, in art. 87.3 for popular legislative initiative, in art. 92.3 for referendum, in arts. 94 and 96 for international treaties, in art. 134 for budget law— arts. 156, 157 and 158 for the Autonomous Communities—, in art. 135.3 for public debt or borrowing commitments, and in art. 135.5 for budget stability. The peculiarities and standing Orders of the Parliament (arts. 72 and 89) are included in all of them. Title VII also provides other reservations of law regarding economic activity —art. 128.2 for public initiative, art. 131 for planning, art. 132 for public domain and community property and State and national heritage—. It also includes the reservations of tax law in art. 133 and local provision of art. 142. Lastly, Title VIII includes multiple reservations for the development of the process, distribution of competences

and laws of functioning of the autonomous communities. In this manner, besides the referral to the organization of the provinces in art. 141, the Constitution offers in the first sense several provisions for legislative regulation (arts. 144, 146, 147.3, 151, 152, repeals TT. 1st, 2nd, 3rd, 5th, 6th and 7th). In the second sense, it provides arts. 148 and 149 and in the third sense, art. 150.

This complex mechanism of reservations and referrals set forth in the Constitution conforms the normative production structure to which the statutory authority is added (arts. 97 and 152). What is relevant herein is that the outcome of the exercise of these normative powers must comply with the established constitutional provisions and, thus, the eventual declaration of unconstitutionality entails the loss of its validity. However, there are some rare exceptions in which this normative referral enables the production of norms whose content may be incompatible with constitutional regulation. This possible contradiction with the Constitution, and this is the decisive point, does not imply the inapplicability of such regulations, but rather that they are immune from the corresponding control of constitutionality. They are, therefore, cases in which constitutional regulation becomes liquid since the Constitution itself enables the conditions for unconstitutional normative creation. I suggest the term constitutional liquidity clauses for referring to these normative provisions of the Constitution that contain the possibility of creating norms of unconstitutional content.

We can find four constitutional liquidity clauses in the Spanish Constitution of 1978 contained in art. 10.2, art. 65.2 (art. 65.1 in fine), art. 93 (regarding art. 135.2 and art. 135.6 3rd paragraph), and first additional provision.

III. PROVISION OF INTERPRETATION IN ACCORDANCE WITH INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW (ARTICLE 10.2 SC)

The first one sets forth that “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 y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (The principles relating to the fundamental rights and freedoms recognized by the Constitution shall be interpreted in conformity with the Universal Declaration of Human Rights and the international treaties and agreements thereon ratified by Spain.)” This provision implies a bridge between national law and international human rights law that

operates within interpretative and compliance parameters. The scope of this regulation would seem to be limited by such parameters, however, given its subject matter and effects, it continues to be universally applicable. The interpretative dimension of fundamental rights is the core element that allows identifying the contents of each right and weighing its concurrence with other rights or interpretations in specific cases. Thus, the interpretation of rights plays a key role in determining their practical content. Moreover, it is envisaged to interpretate in compliance with the Constitution itself.⁵

The scope of this requirement of compliant interpretation is debatable. As Alejandro Saiz Arnaiz (2013, pp. 48, 51-52) points out, the margin of appreciation on the interpretation of an international treaty or agreement is significantly different whether they have a judicial organ in charge of their interpretation. In the absence of such institutional support, the margin of appreciation regarding the interpretation of the texts may be wide and enable the conditions for such compliant interpretation to be fulfilled. Nevertheless, when they do exist— as notably in the cases of the European Court of Human Rights (ECHR) and the various United Nations Committees (such as the Human Rights Committee (HRC), the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), the Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD) and on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW), the Committee against Torture (CAT), the Committee on the Rights of the Child (CRC) and the Subcommittee on Prevention of Torture (SPT)⁶— and when they exercise an authoritative interpretative power over the Convention in question, the State interpretation must follow that one. The chances that it may not be consistent with the Constitution are unavoidable. All this implies “*adecuar la actuación de los intérpretes constitucionales a los contenidos de aquellos tratados, que poseen así una nueva y singular eficacia (adapting the actions of constitutional interpreters to the contents of those treaties, which thus possess a new and singular effectiveness. Transl. Mariana Esparza)* (Saiz Arnaiz, 2018, p. 231).” The idea that the ECHR has pro-

⁵ In fact, there has been no need for any constitutional reform due to Spain's ratification of no international treaty on fundamental rights. Regarding the remarks of the Council of State in the Opinions of May 17, 1990 (File No. 54617) and July 22, 1999 (File No. 1374), see (Jimena Quesada, 2020).

⁶ Alejandro Saiz Arnaiz (2018, pp. 234-238) adds, also in a non-formalist reading, the recommendations and resolutions of the International Labour Organization, both the Parliamentary Assembly and the Committee of Ministers of the Council of Europe, and even some treaty not yet ratified. He gives as well comprehensive references to judgments of the Spanish Constitutional Court along these lines. Basically, with some jurisprudential ambivalence, this is the classic approach to the issue. See (Sánchez Morón, 1983, pp. 55-56).

gressively become a European constitutional court is strengthened by the doctrine of *res judicata* (Queralt Jiménez, 2009; García Roca y Nogueira Alcalá, 2017; García Roca y Queralt Jiménez, 2019; Ferrer Mac-Gregor & Queralt Jiménez, 2017)⁷, its development through *pilot judgments* (García Roca, 2019), and with the entry into force of Protocol No.16 of the European Convention on Human Rights⁸. And thus, the objective meaning of this Court judgments is enhanced (García Roca, 2019, p. 66). At the same time, the possibility of applying a control on conventionality in the scope of Spanish national courts' action has become more widespread (Jiménez Quesada, 2019, 2014, 2010, Alonso García, 2020, & Perotti Pin-cirolí, 2021). The Constitutional Court judgement 140/2018, of December 20, in a still hesitant manner, has ratified the openness of the Spanish legal system to the incorporation of such control. So far, the Constitutional Court has held a position of integration between its case law and the ECHR's — for example, the analyses on the extension of the concept of inviolability of the home within privacy in Saiz Arnaiz (2018) and Ripol Carulla (2014). But considering these new expectations, a diffuse control of legality by the ordinary judge on the criteria for interpreting the judgments of the European court tends to be accepted. Based on these premises, I deem that the forecast is the integration of the interpretations by international courts (and any other incorporated organs) with preference to those established in the Constitution itself, regardless the defense of its own powers in the last constitutional interpretation and the formal exclusion of international human rights treaties from the constitutional framework. Hence, the clause of art. 10.2 of the Constitution operates as a liquidity clause of its own regulation in favor of international regulation on fundamental rights.

⁷ Despite the extension, I hereby quote the statements of former President Spielmann: "The second way in which the reality of the Convention mechanism surpasses the original model is in the impact of the Court's judgments. The States' express obligation to abide by judgments only concerns judgments delivered against them, as Article 46 § 1 provides. Yet that fails to capture the true potency of the Court's rulings. Its binding determinations in a case, contained in the operative provisions of the judgment, rest upon its authoritative interpretation of the text of the Convention. To put it another way, *res judicata* is paired with *res interpretata*". The translation in the original text is from the author, José María Sauca, and the quote is from the text of Alejandro Saiz Arnaiz (2018, p. 226).

⁸ Protocol No. 16 to the European Convention on Human Rights ("Convention") was submitted for ratifications on October 2, 2013. On April 12, 2018, France filed its instrument of ratification. Thus, the number of 10 countries required for the entry into force of the protocol was completed on August 1, 2018, fulfilling the so-called "Interlaken Process". The President of the European Court of Human Rights in 2013 referred to this protocol as "Protocol of Dialogue", since it allows European highest courts to request advisory opinions on the interpretation or application of the rights and freedoms guaranteed by the Convention. See (Cacho Sánchez, 2019).

IV. THE HOUSEHOLD OF HM THE KING (ARTICLE 65 SC)

The second constitutional liquidity clause that I identify in the Spanish Constitution alludes to art. 65.2 (art. 65.1 in fine). Such Article provides that “The King freely appoints and dismisses the civil and military members of his Household.” And has as antecedent the financial angle contained in the former section thereof: “The King receives an overall amount from the State Budget for the upkeep of his Family and Household and distributes it freely.” The constitutional liquidity of this case results from the enablement of a power that may have normative effects and that is freely exercised by that who is constitutionally inviolable and not held accountable (art. 56.3 SC). In this way, and to say it plainly, the highest authority of the State can freely make decisions on constitutional grounds and create legal norms on the internal relations of the Royal Household whose content may not be in compliance with constitutional principles or rights and may be constitutionally unaccountable for all of this. As Torres del Moral states: “el Rey es Rey trescientos sesenta y cinco días al año y veinticuatro horas diarias. Nada en él ni en su familia es ajeno a los intereses del Estado... En lo tocante a la Corona [sic], todo es de Derecho Público (The King is King three hundred sixty-five days a year, twenty-four hours a day. Nothing about him nor his family is unrelated to the interests of the State... regarding the Corana [sic], everything is public law. Transl. Mariana Esparza) (1992, p. 21)”.

The dawn of the Royal Household is related to the institution of monarchy and has a long history. Asunción de la Iglesia Chamarro indicates that the first regulation in Spain regarding the King Household dates to 1707 and sought to regulate the staff in the service of the monarch. However, the first provision that regulates and structures the different services and ranks is a regulation of March 18, 1749 (2019, p. 130). On a constitutional basis and following the precedent of its regulation in arts. 25 and 26 of the Bayona Statute, arts. 213 to 218 of the Constitution of 1812 recognized the institution and the budgetary endowment that went with it. The subsequent constitutions that mention the King Household regulation are those of 1837, 1845 and 1869, although they only refer to its budgetary endowment or the system of incompatibilities (Bassols Coma, 1983, p. 166). The current Household of HM the King was created by proclamation of Decree 2942/1975, of November 25, which unified the civil and military households of the former Head of State. After the promulgation of the Constitution, Royal Decree 310/1979 (of February

13) was approved, which restructured the Household of the King. Later, it was reformed by Royal Decrees 1677/1987 (of December 30), 343/1988 (of May 6), and 1033/2001 (of September 3) and it was included in the subjective scope of application (art. 2 f and 6th Additional Provision) of Act 19/2013 (of December 9) on Transparency, Access to Public Information, and Good Governance. Javier Cremades proposes to describe the Household of the King as follows:

es el Organismo que, con una dependencia directa y completa del Titular de la Corona, tiene como misión servirle de apoyo en cuantas actividades se deriven del ejercicio de sus funciones como Jefe del Estado. Dentro de esta general tarea y además de desempeñar cuantas funciones políticas, administrativas y económicas le correspondan, deberá atender especialmente a las relaciones del Jefe del Estado con los organismos oficiales, entidades y particulares; a la seguridad de Persona y Real Familia, así como a la rendición de los honores reglamentarios y a la prestación del servicio de escoltas cuando proceda. Del mismo modo deberá atender a la organización y funcionamiento del régimen interior de la Residencia de la Familia Real (Is the body that, directly and completely subordinated to the Head of the Crown, is responsible for supporting him in all activities deriving from the exercise of his functions as Head of State. Within this general task, and besides performing all the political, administrative, and economic functions that may correspond it, it must especially attend to the relations of the Head of State with official agencies, entities, and individuals, to the personal and royal family safety, and to the rendering of the statutory honors and escort service when appropriate. Likewise, it must attend to the organization and operation of the internal regime of the Royal Family Residence. Transl. Mariana Esparza) (1998, pp. 25-26).

In general terms, the management of this administrative organization belongs to the King with full freedom from the unlimited nature with which he appoints and dismisses the members of his Household. As Luis María Díez-Picazo indicates, “el gobierno interno de su Casa es el último residuo que queda al Rey de las ilimitadas potestades de un monarca absoluto (the internal government of his Household is the final remainder left to the King of the unlimited powers of an absolute monarch. Transl. Mariana Esparza) (1982, p. 128)”. Such freedom is complemented by the unaccountability of the King, according to art. 56.3 SC, which has favor that, to some extent and despite the *free* nature on the organization and budgetary disposition, every act of the King is supported by some kind of counter-signature. In this sense, Royal Decrees have been used to proceed with the appointments, thus the Council of Ministers offers an endorsement, although its content seems to have been previously designated by the

King with complete autonomy or, at least, in an agreed manner. This approach is controversial, for example, Cremades (1998, pp. 131 et seq.) fully supports this system while Carmen Fernández-Miranda Campoamor (1995, pp. 281-323) understands that it forgets about the dignity of the Crown. Lastly, Joan Oliver Araújo (2020, pp. 55 and 56) considers that art. 65 must be reformed to establish a statutory endorsement for the appointment of the civilian and military members of the Household of the King. Nevertheless, the purpose of this approach is to cover the administrative judicial control (and possible “*recurso de amparo constitucional*” [appeal for constitutional protection]) to which, according to Constitutional Court Judgment (CCJ) 112/1984, of November 28, the Royal Household is subject as a “*organización estatal no insertada en ninguna de las administraciones públicas* (state organization not part of any of the public administrations).” Hence, the situation is that the King freely manages and selects the members of H.M. Household and, otherwise, is inviolable and unaccountable.⁹ However, judicial protection for the members of the Household is guaranteed in terms of their rights as participants in a unique type of administration. When appropriate, this rights protection may have all the effects derived from the statutory recognition except, precisely, that of forcing the King to incorporate or reincorporate into *his* Household anyone who may not have been elected or may have been relieved from his duties. Indeed, art. 65.2 of the Constitution determines an arcane power that is not subject to the principle of legality. I trust that political dimensions will serve to establish a framework of stability that controls the functioning of this singular administration and to reconcile the freedom of the monarch on the Constitution and the respect for the rights of the members of this organization. But such control cannot be a legal one interfering with the power of free organization granted to the Royal Household whose holder enjoys unaccountability.

Herein lies the constitutional liquidity of this clause. Perhaps it is part of the price for having a parliamentary monarchy. Unlike the liquidity clause discussed in the previous section where there is a tendency towards its progressive extension, we can rely herein on a progressive control and solidification of constitutional regulation, which, currently, remains liquid.

V. RECOGNITION OF THE PRIMACY AND DIRECT EFFECT OF EUROPEAN UNION LAW (ARTICLE 93 SC)

⁹ See the excellent work of Patricia García Majado (2021) for further information on the evolution of this matter.

The third liquidity clause that I identify in the Constitution of 1978 displays a paradigmatic character and is contained in Article 93, which provides:

Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión (By means of an organic law, authorization may be granted for concluding treaties by which powers derived from the Constitution shall be vested in an international organization or institution. It is incumbent on the Cortes Generales or the Government, as the case may be, to guarantee compliance with these treaties and with the resolutions emanating from the international and supranational organizations in which the powers have been vested).

This provision is supplemented by art. 135.2 —introduced by the constitutional reform of September 27, 2011— which establishes that: “El Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros (Neither the State nor the Autonomous Communities shall enter into a structural deficit beyond the limits stipulated, if applicable, by the European Union for its Member States)”.¹⁰

The enormous complexity of this process cannot, and should not, be addressed herein. Thus, and since the Constitutional Court is inclined not to recognized the constitutional character of European Union Law,¹¹

¹⁰ It is also relevant paragraph 3 of number 3 of such Article, which was introduced in the same reform, because it states that: “el volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas en relación con el producto interior bruto del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (The volume of public debt for all the Public Administrations as a whole as a ratio of the State’s Gross Domestic Product shall not surpass the benchmark figure set forth in the Treaty on the Functioning of the European Union).” Contrary to the prior case, this Article refers to a specific normative document and not to a referral to the eventual and unspecified norms that may be adopted in the future by an entity outside the Spanish constitutional system.

¹¹ In particular, CCJ 28/1991, of February 14, 1991, and CCJ 64/1991, of March 22, to which CCJ 180/1993, of May 31, is added. Pablo Pérez-Tremps (2004, pp. 113-119) argues that there is also a wide repertoire of Constitutional Court judgments on territorial organization of the State and titles of competence: CCJ 252/1988 (fresh meat trade) —to which it adds Supplemented Constitutional Court Judgment (SCCJ) 79/1992 (Aid to cattle), 117/1992 (Aid to butter), 29/1994 (Sheep and goat premiums), 213/1994 (Agricultural structures 1), 148/1998 (Fishing plans), 128/1999 (Agricultural structures 2), 45, and 95/2001 (Dairy sector 1 and Dairy sector 2)—, CCJ 208/1991 (surface waters), CCJ 236/1991 (metrological control), CCJ 13/1998 (Environmental Impact Assessment), CCJ 14/2004 (Aragonese Law on

I will only recall that the major milestones on the matter are established by Statement 1/1992 —made by the Constitutional Court on July 1 regarding Request 1.236/19 of the Spanish government for finding the existence or inexistence of a contradiction between art. 13.2 of the SC and art. 8 B, section 1, of the Treaty establishing the European Economic Community, in the wording that would result from art. G B 10, of the Treaty on European Union—, 10. by the statement of the plenary session of the Constitutional Court 1/2004 —made on December 1, 2004, about the Request 6603-2004 of the Spanish government for determining the constitutionality of Articles I-6, II-111, and II-112 of the Treaty establishing a Constitution for Europe signed on October 29, 2004, on Rome—, and, lastly, by the report of the State Council —made on February 16, 2006, by means of which it is issued the response for the request submitted by the Council of Ministers of March 4, 2005, *for changes on the Spanish Constitution*, which includes the question about *the reception in the Constitution of the European Union establishment process*.

The case law cited herein, specifically CCJ 28/1991 and CCJ 64/1991, insisted on the sub-constitutionality of European law and reaffirmed the authority of Constitutional Court to control the grievances of fundamental rights by their application. Thus, the 4th ground the decision held that:

Therefore, in conclusion, it is also clear that when, by means of an injunction —*amparo* trial—, an action from any public power made from the enforcement of European Union Law may damage a fundamental right, this constitutional jurisdiction shall know of such claim regardless of whether that action is regulate or not from the strict perspective of the European Community system and without prejudice to the value that it may have for the purposes of the provisions of art. 10.2 SC (Transl. Mariana Esparza).

To some extent, this logic is still in force until Constitutional Court Statement (CCS) 1/1992 that relates European law to an implicit reform of the Constitution that is rejected. Thus, the Statement concludes as follows:

Territorial Planning), CCJ 147/1998 (Fishing Plans), CCJ 38/2002 (Cabo de Gata-Níjar), CCJ 175/2003 (industry and research), CCJ 235/2001 (public safety of listed chemical substances), CCJ 235/1999 (discipline and intervention of credit institutions), CCJ 21/1999 (forest reproductive material), CCJ 330/1994 (mediation in private insurance), CCJ 62 and 72/2003 on the Canary Islands (Canary Islands general indirect tax and refurbish of the fleet of vehicles, respectively), and CCJ 165/1994 (Basque Office in Brussels). As well as a repertoire on fundamental rights: CCJ 145/1991 (Cleaners of the Gregorio Marañón Hospital), CCJ 41/2002 (Dismissal for pregnancy), CCJ 130/1995 (Ahmed v. Instituto Social de la Marina), CCJ 120/1998 (turtle smuggling), CCJ 224/1999 (Sexual harassment), CCJ 292/2000 (data protection), and CCJ 53/2002 (Asylum). And, lastly, on constitutional economics, CCJ 96/2002 (Tax benefits).

By virtue of art. 93, the Cortes Generales can, in sum, transfer or assign the exercise of “powers derived from the Constitution” but they cannot dispose of the Constitution itself, contradicting or allowing contradicting its resolutions, because neither the power of constitutional revision is a “power” whose exercise is susceptible to be transferred nor does the Constitution itself admit being reformed by any other channel than that of Title X, i.e., by the procedures and guarantees provided therein and the express modification of its own text (Transl. Mariana Esparza).

These approaches received some critiques since they do not address the specificity of the integration process (Pérez-Tremps, 1993, López Castillo, 1996, Alonso García, 1999, and López Castillo, Saiz Arnaiz & Ferreres, 2005) and had a partial reception in the doctrine of CCS 1/2004. In the light of same, the principle of primacy —not supremacy— of European law is reaffirmed, albeit ambiguously to appear to be in continuity with the previous Statement, by virtue of the enablement art. 93 SC which dismiss contradictions on common values and principles shared between it and the Constitution. In its own words, “producida la integración debe destacarse que la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino el propio Tratado cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquélla, si bien la Constitución exige que el Ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión sea compatible con sus principios y valores básicos (once the integration has taken place, it should be stressed that the Constitution is no longer the framework for the validity of community norms, but the Treaty itself whose conclusion implements the sovereign operation of transferring the exercise of powers derived from same, although the Constitution requires that the resulted legal system be compatible with its basic principles and values. Transl. Mariana Esparza)”. As Ricardo Alonso summarizes, where “essentially lies what I deem the main change of Statement 1/2004 in relation to Statement 1/1992” is in “allowing greater flexibility in the reading of the constitutional text capable of saving, in an accentuated framework of interpretation *pro-communitate*, collisions that would otherwise arise more readily (2005, p. 256)”. Finally, the Report of the Council of State of February 16, 2006, although with a certain critical tone, recognizes that “at first, hypothetically, in principle it is possible to expressly accept in our Constitution a constitutional mutation that supposes the community obligation of the judges and courts to not enforce norms with law status against those provided by Articles 117 and 163 of the Constitution” (Transl. Mariana Esparza) (Rubio Llorente & Álvarez Junco, 2006, p. 94) to conclude that, for reasons of le-

gal certainty, replacing the current art. 93 SC by a new *European clause* is appropriate.¹²

In conclusion, there are multiple aspects involved in the interpretation of art. 93 SC and its evolution is in line with the one developed by the conflicting interpretations between the Court of Justice of the European Union and the Constitutional Courts of the Member States. The favorable predisposition expressed by the former president of the German Constitutional Court to the collaboration between both institutions is noteworthy, but the truth is that there are several deeply relevant disputes open whose meaning is yet to be elucidated (Vosskuhle, 2017). Nevertheless, I believe that the situation of the current interpretation of Article 93 enables the precedence of European Union Law over Spanish Law, including the Constitution, except for some general limits that the CC deems improbable to be transgressed. I think it is a paradigmatic clause of constitutional liquidity by virtue of which its supremacy succumbs to the precedence of the integration. As Pablo Pérez-Tremps early pointed out:

el tenor de estas conclusiones quizá pueda parecer excesivamente alejado de los principios y técnicas jurídicas del Derecho constitucional tradicional. Lo que sucede es que la idea de «integración» pasa, desde este punto de vista, por aceptar que se está limitando la «soberanía» en el sentido indicado. Esta es la idea que subyace en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad y, en cuanto que es congruente con la de «integración», creo que es la que hay que aceptar, siendo el único límite el de la conquista básica de ese Estado moderno en el mundo occidental: el Estado democrático de derecho (The tone of these conclusions may seem excessively apart from the legal principles and techniques of Traditional Constitutional Law. What happens from this point of view is that the idea of “integration” accepts that “sovereignty” is being limited in the indicated sense. This idea underlines the doctrine of the Court of Justice of the European Community and, as far as it is consistent with that of “integration”, I think it is the one we must accept. The only limit is the basic conquest of that modern State in the Western world: the democratic rule of law. Transl. Mariana Esparza) (1985, p. 181).

VI. UPDATE OF HISTORIC RIGHTS (1ST AP SC)

¹² See the comparative analyses in the Report itself on pp. 83-89, and the systematic work of Celotto & Groppi (2005).

The fourth constitutional liquidity clause that I identify within the Spanish Constitution is contained in the 1st Additional Provision, which states that: “La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía (The Constitution protects and respects the historic rights of the territories with fueros —local laws—. The general updating of the fuero system shall be carried out, when appropriate, within the framework of the Constitution and of the Statutes of Autonomy. Transl. From the official translation of the Spanish Constitution).” This Article is probably the most controversial of all the studied herein and has a clear connotation of exceptionality within constitutional framework. However, it is not exclusive of this Provision because is related with the 4th Interim Provision that establishes an exceptional procedure compared to the one prescribed in art. 143 SC for the eventual incorporation of Navarre, at the request of the competent Foral Organ and subsequent ratification by referendum, to the Basque General Council or the Basque autonomous regime that replaces it, which establishes a five-year period for each time that the consultation may be proposed. Moreover, among Repeals, the 2nd provides that “to the extent that it may still retain some validity, the Law of October 25, 1839, shall be definitively repealed in so far as it affects the provinces of Alava, Guipuzcoa and Vizcaya. Subject to the same terms, the Law of July 21, 1876, shall be considered definitively repealed.” The first law was about the confirmation of the fueros (local laws) “without prejudice to constitutional unity” and the second about the repeal of the Foral regime.¹³

According to Corcuera, the term *historic rights* is recent as it is dated in a manifesto of a radical split in Basque nationalism (Basque Nationalist Community) in 1922.¹⁴ From a controversial perspective, the former constitutional rapporteur, Herrero de Miñón, argues that

los Derechos Históricos son un a priori material caracterizado por la pre y para constitucionalidad. Ello se concreta en tres notas fundamentales: En primer

¹³ See [\(Tamayo Salaberria, 1994\)](#) and [\(Echevarría Pérez-Agua, 2019\)](#) on the process of adopting these provisions.

¹⁴ The text in question stated: “1st. Euzkadi, la nación vasca consciente de sí misma, es la única Patria de los Vascos. 2nd. Euzkadi, por derecho natural, por derecho histórico, por derecho de conveniencia suprema y por derecho de su propia voluntad, debe ser dueña absoluta de sus propios destinos para regirse a sí misma en la forma que estime conveniente (Euzkadi, the self-aware Basque nation, is the only homeland of the Basques. Euzkadi, by natural right, historical right, right of supreme convenience and right of her own will, should be the absolute master of its own destiny to govern itself as it sees fit)” (Corcuera Atienza, 2001, p. 168 and 1991, p. 302) and qualifies them as a myth in (1984, p. 10).

lugar, los Derechos Históricos no son una creación de la Constitución [...] sino que la preceden [...]. En segundo lugar, [...] son inmunes ante la revisión constitucional [...] Por último, [...] suponen una reserva permanente de autogobierno, ello se debe no a la inderogabilidad de unas competencias determinadas, sino a la infungibilidad de un hecho diferencial, conscientemente asumido por el pueblo vasco y que da un "derecho a ser" con identidad propia (historic rights are a priori material characterized by pre-constitutionality and para-constitutionality. He gives three main arguments: Firstly, Historic Rights are not a creation of the Constitution [...] but rather they precede it [...]. Secondly, [...] they are immune from constitutional revision [...] Finally, [...] they imply a permanent reservation of self-government due not to the non-repealance of certain powers, but to the infungibility of a differential fact, consciously assumed by the Basque people and which gives a "right to be" with its own identity (Transl. Mariana Esparza) (1998, pp. 86-87).¹⁵

Obviously, this reference to historic rights relates to the Foral tradition that gathers more than six centuries of history (Monreal Zia, 2001). To see an exposition of the Foral system refer to the classic work of Monreal Zia (1974). As Echevarría states, the Foralist tradition will have three contemporary readings or interpretations

que por orden cronológico serán la constitucionalista, la tradicionalista y la soberanista. Cada una de ellas procedía de una ideología propia, que el propio fuerismo logró trascender y modificar: la liberal, la carlista y la nacionalista. De un inicial rechazo, caso del foralismo constitucionalista, al desdén inicial tradicionalista y más marcado aún en el caso soberanista, aquellas ideologías terminaron por asumir completamente la foralidad, que presentaba así otra característica, que confirmará el paso del tiempo: su poliformismo, su adaptación a cualquier doctrina política general, hasta el punto de absorberla, demostrando la propia fortaleza del fuerismo (that in chronological order will be the constitutionalist, the traditionalist, and the sovereigntist. Each of them came from its own ideology, which fuerismo itself managed to transcend and modify: the liberal, the Carlist and the nationalist. From an initial rejection, as in the constitutionalist Foralism, to the initial traditionalist disdain which was even more notorious in the sovereigntist case, those ideologies came to completely assume forality which, thus, presented another characteristic, one that time will confirm: its polymorphism, its adaptation to any general political doctrine up to the point of absorbing it and demonstrating, this way, the very strength of fuerism) (Transl. Mariana Esparza) (2019, p. 22-23).

Within this constitutional framework, it should be added that the 4th Additional Provision also refers to the Statute of Autonomy of the Basque

¹⁵ Against, see (Corcuera, 1984) and (Fernandez, 1985). For a special reference to the problem of constitutional changes limitations, see Ruy Pérez (2005, pp. 149 et seq.).

and the Statute of Autonomous Government of Navarre and includes their denial of waiver.¹⁶ Nevertheless, the Constitutional Court has held a restrictive interpretative position regarding their recognition, although it has maintained the peculiar systems of the Basque Economic Agreement, which has established a unique tax regime that has been ratified in the European context (Lucas Murillo de la Cueva, 2005 y Pérez Arraiz, 1994). I should also highlight that the Proposal to Reform the Statute of Autonomy of the Basque Country, known as *the Ibarretxe Plan*, proposed a joint sovereignty system under agreement based on the updating of these historic rights and was rejected by the Cortes Generales (Sauca, 2010). We are indeed facing an eventual constitutional liquidity clause whose virtuality and future projection is undetermined. The constitutional and statutory frameworks establish the procedural channels for updating the historic rights herein and that, by virtue of them, exceptional regimes have been adopted within constitutional design that, otherwise, would not have justification. The extent of constitutional liquidity they can achieve is to be seen.

VII. FEATURES OF CONSTITUTIONAL LIQUIDITY CLAUSES AND THEIR THEORETICAL IMPLICATIONS

Hereinafter I will enlist the features that would define this type of constitutional liquidity clauses (henceforward CLC)¹⁷ through an inductive exercise

¹⁶ The only Additional Provision establishes that: "The acceptance of the system of autonomy established in this Statute does not imply that the Basque People waive the rights that as such may have accrued to them in virtue of their history and which may be updated in accordance with the stipulations of the legal system." Organic Law 3/1979, of 18 December, on The Statute of Autonomy of the Basque Country. Moreover, the First Additional Provision provides that: "The acceptance of the regime established hereby does not mean the waiver of any other original and historic rights that may belong to Navarre, whose incorporation into the legal system will be carried out, where appropriate, in accordance with the provisions of Article 71. (Transl. Mariana Esparza)" Organic Law 13/1982, of August 10, on the Restoration and Improvement of the Autonomous Government of Navarre.

¹⁷ The formula *constitutional liquidity clauses* suffers from a certain ambiguity that is identified in its opposition to the denomination of *constitutional clauses of liquidity*, in the happy formula that Professor Macario Alemany suggested me and that I thank him for. The latter emphasizes the constitutional dimension of these regulations (constitutional clauses) and functionally deems them as producers of liquidity, that is, of the enablement of normative creation that lacks constitutional status but enjoys, as I will soon explain, of precedence. However, the initial claim that I hold herein is based on the idea that these clauses are producers of liquidity in the Constitution. In other words, that certain matters regulated by the Constitution are susceptible of receiving an alternative regulation, in some aspects, to the provided in the constitutional text and, therefore, dilute, to that extent, constitutional rigidity.

involving the abstraction of presented cases. This will be accomplished by situating them within various types of instruments that pertain to constitutional stability.

The first feature concerns their express nature. By this I convey that there is a constitutional precept that identifies a specific constitutional regulation or, more precisely, there is a linguistic statement capable of containing an intelligible proposition with an acceptable degree of univocity. Obviously, this precept is subject to all the hermeneutic considerations relevant to any constitutional norm¹⁸. However, it does not imply the interpretative reconstruction of a plurality of constitutional texts, along with other implicit or underlying considerations, but rather an explicit formulation of a normative regulation. Although the interpretative effort involved in the reconstruction of each one of the CLCs may be complex, they are displayed by an identifiable linguistic support.¹⁹

Secondly, their structure resembles that of a norm that responds to the characteristics that generally accompany the concept of rule. I deem it unnecessary and inconvenient to reproduce herein the complex conceptualization of the types of norms and the debates that go along with the distinction between rules and principles. I am referring to the fundamental idea that their structure does not respond to the degree of generality and ambiguity that usually characterizes constitutional principles. Instead, they have an average or indirect relationship with a moral justification, and they are resistant to an application under unavoidable concur-

It is true what Jerome Frank states about norms: "to deny that a cow consists of grass is not to deny the reality of grass or that the cow eats it", nevertheless, at least in the languages that I know, its different to say *the milk of the cow than the cow of the milk* (Transl. Mariana Esparza) (Frank, 1949, p. 132).

¹⁸ Thus, eventually reproducing its typical problems. Regarding this distinctions, see the alternatives of (Atienza, 2012) that I follow below, in particular pp. 67-124 and (Guastini, 2014, pp. 311-336).

¹⁹ The centrality of this first feature responds precisely to the inductive process followed on the Spanish constitutional regulation of 1978. Outside this framework of analysis and, eventually, based on other normative presumptions, it would be worth reflecting on the plausibility of accepting what could perhaps be called implicit CLC. I say *perhaps* because they would not strictly be *clauses* since the absence of a linguistic formulation in this sense. Such implicit CLCs would share with the explicit ones the remaining features indicated herein, but their formulation would mean both an hermeneutic reconstruction of the constitutional text as a whole, and the underlying principles, and values and the possibility of eventually using the analogy between explicit CLCs and other constitutional relevance realities by which identity of reason would be appreciated. Strictly speaking, the logic inclined to recognize formulas of constitutional flexibility through the generation of liquidity would endure the justifying effort of an eventual implicit or tacit transfer of sovereignty, but it would not be conceptually inadmissible. Nonetheless, same implicit CLCs would be found, possibly but not necessarily, within the scope of constitutional mutations.

rence or that they structurally require weighting. It is evident that the cases presented as CLC in the Spanish Constitution allude or presuppose a political and, eventually, moral justification, however, these aspects are not included in their formulation. It does not seem unreasonable to think that a universal conception of human rights is presupposed by the concept of conforming interpretation included in art. 10.2 SC regarding declarations, treaties, and other international instruments on human rights that have been ratified by the Kingdom of Spain and that have organs or institutions empowered to formulate interpretations of the same. When these rights are considered fundamental—or as Ferrajoli would say, capable of having a universal quantifier of their holders (1999, p. 379)—, the preferred normative space will be the one that incorporates a broader subjective element and a more universal deliberative forum. Regarding the CLC contained in art. 65, the inspiring assumption is probably the monarchical principle with its connotations to the historical legitimacy for the personification of the State and the recognition of a type of traditional legitimacy. Meanwhile, it seems clear that in the CLC contained in art. 93 the principle of integration underlies, which, in its European dimension, usually entails concomitance with the values of peace, human rights, democracy, the rule of law, prosperity and other principles and guidelines for use. Finally, the 1st AP presupposes a principle of recognition of a singular political identity that does not seem to be alien to the value of pluralism and respect for minorities.

Thirdly, CLCs are rules that confer powers, especially normative ones. Their specific feature is that they enable rule-making power by attributing jurisdictional rules. The transfer of powers may be of a massive scope as in art. 93 SC or, on the contrary, of an extremely limited scope of normative creation as in art. 65 SC. However, from a normative standpoint, they share the assumption, as I was saying, of the attribution of legal creation powers. In the case of the CLC in art. 10.2, the formulation of the corresponding interpretations belongs to the organs with the power to establish authoritative interpretations of the rights contained in the corresponding treaty or convention. The same interpretations constitute the normative production generated and applicable by reason of the CLC, regardless of the type of theory of interpretation to which we adhere (Guastini, 2008, 2005). The attribution of normative power is conferred to the King in the CLC of art. 65. As we had the opportunity to observe, there is a continuity between the person and the title of the institution—the Crown—that holds the power to freely appoint or dismiss the members of a particular administration, and to distribute the budget in it. We would think that the normative created is particular and concrete (appointments, dismiss-

als, agreements, administrative instruments, etc.) but we should hold the possibility of including general normative dimensions since such power may imply the exception of the application of normative and labor provisions—even collective—concurrent in the matter.

The CLC contained in art. 93 does not merit further comment considering the transcendence of the normative impact it entails for Spanish law. From the point of view of the normative precedence, general effects, direct application, powers affected, etc., the normative creation that is recognized by the CLC in question is of an extraordinary order of magnitude. Therefore, we can understand the national strategies for establishing ultimate or intangible limits regarding the maintenance of the statehood of each Member State in the Union. The CLC contained in the 1st AP has a higher degree of indeterminacy. The distinctive element concerning the enablement of normative production entails, indirectly, an agreement character typical of the proceedings for the elaboration and reform of the Statutes of Autonomy established in the Constitution. In this way, historic rights constitute the material heritage of extraordinary powers, which are subject to the updating through the bilateral proceedings for statute innovation. Such updating, by definition—unless it is a provision lacking meaning—exceeds the limitations set forward in art. 149.1 of the SC regarding the distribution of powers subject to the principle of disponibility. Consequently, the normative power conferred means that the normative power of establishing an alternative regulation to that provided in the Constitution on the attribution of powers is conferred to some Autonomous Communities without requiring its formal reform. Indeed, CLCs have a nomodynamic character that, to a greater or lesser extent and through one or another procedure, generates new norms whose content is not set a priori of the acts of normative production.

Fourthly, CLCs establishes a relationship of precedence over constitutional regulations—I employ herein the concepts of validity as pertaining and validity and applicability in the sense canonically proposed by Eugenio Bulygin (1991). This way, the Constitution, through the CLCs, authorizes the existence of an enabling rule for the external applicability of the rules that may be produced through the exercise of such power.²⁰ The norms produced by CLCs shall possess, in addition to the feature of external applicability, that of their validity as pertaining to the Spanish legal system in the cases of the CLCs of art. 65 and 1st AP, while the external applicability in the scenarios of CLCs provided by art. 10.2 and 93 does

²⁰ Regarding the concept of external applicability and its relation with validity and effectiveness, I follow Pablo E. Navarro and José Juan Moreso (1997).

not entail they can be deemed as pertaining to the system.²¹ Configuring the CLCs in this manner avoids that the norms produced due to each one of them, and that may have contents discrepating from the constitutional regulation, come into a relation of contradiction. The determination of different conditions of applicability implies that they are related through the principle of prevalence rather than the application of a criterion of hierarchy or temporality²² Lastly, we should clarify that the norms issued under CLC do not have the character of delegated norms. The framework, transfer and delegation laws operate within the ordinary parameters of attribution of powers for normative development. This happens, in a broad sense, in the cases of forwarding to the legislator the duty of regulate certain matters, as we saw *supra* in paragraph 2 herein, and, strictly speaking, in the norms derived from art. 150 SC, in particular paragraph 2 thereof. In all these cases, the constitutionally established limits are not affected.

Fifthly, the Constitution admits that the norms produced by a CLC may have a normative content that, eventually, becomes incompatible or *prima facie* incompatible with the ordinary regulation of the Constitution. As I stated in the previous paragraph, the normative contradiction does not occur because these CLCs operate as enablements for a future alternative regulation to the one contained in the constitutional text. However, these referrals operate as an exercise of the same power that enabled the creation of the Constitution (or its eventual reforms). Thus, whether the CLCs are contained in the original text of the Constitution (as the ones provided herein) or in texts resulted from constitutional reforms, their creation enablement implies the manifestation of a power of the same nature as the constituent —or constituted, in the case of reforms. Therefore,

²¹ I agree with the analysis of Argentine professors Jorge L. Rodríguez and Daniel E. Vicente (2009). I believe that the approach herein is compatible with models 2, 3 and 8 explained in p. 199 on International Law. Furthermore, the authors equalize the formal treatment of the applicability of International Law in general with that of International Human Rights Law, whose parameters are not necessarily identical. Likewise, I should stress that the conditions of applicability are not homogeneous in international human rights regulations, in which there is no organ with authoritative interpretative power in the opposite case. On this matter, I refer to the remarks I made in (Saucá, 2021). Finally, it should be noted that this conceptual reconstruction is not susceptible of being a project on the conditions of applicability of European Union Law since its relevance does not depend on the acceptance of national law. We do not need to remind that the settling of the conditions of applicability concerning the primacy and direct effect of European Union Law was adopted, via jurisprudence, by the European legal system itself.

²² In this sense, the remarks made by Giorgio Pino (2011) about the conditions for establishing applicability criteria that transcend the detailed regulations of positive law and that can only be decided based on internal convictions of legal culture are relevant for this analysis.

the CLCs imply the use of the same sovereign power that substantiates the Constitution if they are part of it and such sovereign power is filtered to the regulations that may be created through its exercise. Indeed, CLCs are part of the Constitution, they have the same legitimacy as any other component thereof and their peculiarity lies in the enablement of normative production that shall enjoy precedence over those contained in the constitutional text and those produced under it. To simply put it, CLCs imply a partial transfer of sovereignty, the same sovereignty that legitimates the Constitution itself.

In the light of these considerations, I hereby suggest a definition of CLCs, which may be analyze and debate in the future:

Constitutional liquidity clauses are express constitutional provisions that contain rules transferring powers of normative creation. The exercise of these powers can create, successively, norms conferred with precedence over those provided within the constitutional text or the law derived thereof, thus implying that sovereign powers are shared.

This structural characterization should be observed from a functional approach regarding the benefits that CLCs can provide in a constitutional framework. There are six most relevant functions. First, they play a role of constitutional stability because they protect the Constitution from having to be reformed more frequently than desirable, as some of the changes from particularly dynamic sectors, such as those regulated by CLCs, require. Second, they play a moderating role in the tensions that the Constitution endures to proceed with the need for its formal reform to correct the antinomies that may arise from international and supranational commitments and internal ones. Likewise, they also moderate the need to proceed with the adoption of constitutional mutations for the adaptation of the Constitution to these same requirements. Third, they play a role of normative integration of the constitutional spheres since they enable the concurrent compatibility of differentiated dynamics of constitutional relevance. Fourth, they encourage institutional cooperation between the various actors and favor dynamics of deference between the participating organs, especially between courts. Fifth, they diversify the deliberative levels and spaces by promoting multi-level dialogue based on the relevant thematic areas in the context of each CLC and avoiding entanglement dynamics due to the last word decision. Finally, they promote a multi-level configuration of sovereignty, which contributes to overcoming a monolithic vision of it and distributing its exercise in different cooperative spaces.

From this characterization, the differences of the CLCs with the other relevant figures related to constitutional stability and change could

be identified in an obvious way. Thus, CLCs would differ from constitutional mutation phenomena in two aspects. On the one hand, the CLCs imply a conscious decision from the constituent author thereof, while the mutations could not have been contemplated by him. On the other hand, CLCs have an explicit linguistic support in a constitutional precept, while mutations do not operate on normative statements. From the opposite point of view, both are ways of increasing constitutional dynamism without having to resort to the use of power of reform.

Moreover, CLCs share with the intangibility clauses, at least the explicit ones, an express constitutional formulation, although their meaning is the opposite: while the intangibility clauses operate on the idea of petrifying the formal change of the constitution, the CLCs enable the fluidity of constitutional evolution, at least, in the material scopes in which they act. Likewise, they share a clearly opposite meaning to the clauses of temporary intangibility at term. Same establishes the intangibility of the Constitution for a period ranging from its formulation to a certain time or to the verification of a certain historical event. CLCs enables the possibility that the Constitution evolves in accordance with circumstances in a flexible way and without any time limit, but with a clear orientation to the future.

CLCs share the constitutional reform procedures of rigid constitutions that generate a constitutional change of a rational-formal nature as far as the change is the product of the adoption of explicit normative measures formulated through the issuance of new authoritative documents. Nevertheless, the difference lies in that constitutional reform can, in some cases, decide the constitutional texts that are replaced, produce an express repeal of them, or add new constitutional texts that may have generic or tacit repeal effects on norms contained in previous constitutional precepts. Whereas CLCs cannot replace constitutional texts nor constitutional norms, they can only determine that the norms created would have precedence despite their materially incompatible content. Finally, I should stress that reforms to the Constitution that do not affect CLC provisions would not have, in application of the principle of *lex posterior derogat legi priori*, derogatory effects on them. The generic or tacit repeal force of an impending reform of the Constitution would not be, *ope constitutionis*, a repeal of the regulations created by the reform in question. However, the effects of an explicit repeal are different. Like any constitutional norm that is not defined as an intangibility clause, CLCs are susceptible of being reformed, and eventually abolished, by a subsequent constitutional reform of an express nature, all without impairing compliance with the specific supplementary requirements that could have been adopted in this regard in the normative development generated through the CLC itself.

In conclusion, constitutional realities are complex and necessarily present multiple aspects that escape the univocity of the classifying criteria of employment. The categorization of constitutions as unchangeable or reformable, written or mixed, flexible or rigid, entrenched, intangible, open or closed, etc., usually fails to establish a unique identity for each constitution. All constitutions, with a greater inclination to one criterion or another, include several of these components that may contradict each other, and the Spanish Constitution is certainly not an exception. The Spanish Constitution of 1978 is a written and unitary constitution of a rigid nature. It employs a hyper-rigid entire revision procedure that has been deemed as a constructive intangibility and to which part of the constitutional doctrine suggests adding the formulation of the existence of implicit intangibility clauses. Over its 44 years of effectiveness, the Constitution has undergone only two specific reforms, both compelled by European regulations. Other attempts at reform have faced blockades. Finally, it is a Constitution that suffers, according to a growing consensus, from a lack of adaptation to social, political, cultural, economic, technological, environmental, etc., reality. It is definitely complex. In this context, the hermeneutic proposal of CLCs offers a categorical understanding of aspects of the Constitution that are presented as controversial and enables a novel, and perhaps original, theoretical perspective that justifies spaces of constitutional flexibility. Constitutional liquidity is thus presented as a formula for increasing constitutional stability by strengthening processes of political adherence to it.

VIII. REFERENCES

- Alonso García, R. (2020). El control de convencionalidad: cinco interrogantes. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (119), 13-51. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.119.01>
- Alonso García, R. (2005). Constitución española y Constitución europea: Guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía, *Revista Española de Derecho Constitucional*, (73), 339-362. <https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/view/48293>
- Alonso García, R. (1999). *Derecho comunitario y Derechos nacionales*. Autonomía, integración e interacción, Abeledo-Perrot.
- Atienza, M. (2012). *Interpretación Constitucional*. Universidad Libre de Colombia.
- Bassols Coma, M. (1983). Instituciones administrativas al servicio de la Corona: Dotación, Casa de S.M: el Rey y Patrimonio Nacional. In Pab-

lo Lucas Verdú (Comp.), *La Corona y la Monarquía Parlamentaria en la Constitución de 1978*, (pp. 151-196). Universidad Complutense de Madrid.

Bayón, J. & José María, S. (Dirs.). (2024). *Reforma constitucional: Problemas filosóficos y jurídicos* (in press). Tirant lo Blanch.

Bulygin, E. (1991). *Tiempo y validez*. In Carlos Alchourrón & Eugenio Bulygin, *Análisis lógico del Derecho*. Centro de Estudios Constitucionales.

Cacho Sánchez, Y. (2019). El potencial desarrollo del nuevo procedimiento consultivo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: fortalezas, debilidades, oportunidades y amenazas. *Revista Española de Derecho Internacional*, 71(2), 171-194. <http://dx.doi.org/10.17103/redi.71.2.2019.1.07>

Celotto, A. & Groppi, T. (2005). Derecho UE y derecho nacional: primauté vs. Contralímites. In M. Cartabia, B. de Witte & P. Pérez-Tremps (Dirs.), *Constitución europea y Constituciones nacionales*, (pp. 287-372). Tirant lo Blanch.

Corcuera Atienza, J. (2001). Derechos históricos y nacionalismo. In M. Herrero de Miñón & E. Lluch (Eds.), *Derechos históricos y constitucionalismo útil*, (pp. 161-176), Crítica.

Corcuera Atienza, J. (1991). Estatutismo en el País Vasco en la II República. In J. Beramendi & R. Máz (Comps.), *Los nacionalismos en la España de la II República* (pp. 357-375). Siglo XXI.

Corcuera Atienza, J. (1984). La constitucionalización de los Derechos Históricos. Fueros y Autonomía, *Revista Española de Derecho Constitucional*, (11), 9-38.

Cremades, J. (1998). *La Casa de S.M. el Rey*. Civitas.

Díez-Picazo, L. (1982). El régimen jurídico de la casa de rey (Un comentario al artículo 65 de la Constitución). *Revista Española de Derecho Constitucional*, (6), 115-138.

Echevarría Pérez-Agua, J. J. (2019). *La constitucionalización de la foralidad (1975-1978)*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Fernández-Miranda Campoamor, C. (1995). La dotación de la Corona. La Casa del Rey. In A. Torres del Moral & Y. Gómez Sánchez (Coords.), *Estudios sobre la monarquía* (pp. 281-323). UNED.

Fernández, T. R. (1985). *Los derechos históricos de los territorios forales: bases constitucionales y estatutarias de la administración foral vasca*. Civitas.

Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta.

Ferrer Mac-Gregor, E. & Queralt Jiménez, A. (2017). El control de convencionalidad americano y el efecto de cosa interpretada europeo ¿dos caras de una misma moneda? In J. García Roca & E. Carmona Cuenca

- (Eds.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana* (pp. 133-168). Aranzadi.
- Frank, J. (1949). *Law and Modern Mind*. Stevens & Sons Ltd.
- García Majado, P. (2021). Significado y alcance de la inviolabilidad del Rey. *Teoría y Realidad Constitucional*, (47), 357-381. <https://doi.org/10.5944/trc.47.2021.30722>
- García Roca, J. (2019). *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Civitas.
- García Roca, J. & Nogueira Alcalá, H. (2017). El impacto de las sentencias europeas e interamericanas. valor del precedente e interpretación vinculante. In J. García Roca & E. Carmona Cuenca (Eds.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana* (pp. 77-132). Aranzadi.
- García Roca, J. & Queralt Jiménez, A. (2019). Buenas prácticas en el cumplimiento de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. In A. von Bogdandy, E. Ferrer Mac-Gregor, M. Morales Antoniazzi & P. Saavedra Alessandri (Coords.), *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades* (pp. 703-771). Max Planck Institute-UNAM-IECEQ.
- Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Guastini, R. (2008). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Trotta.
- Guastini, R. (2005). Interpretación y construcción jurídica. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (42), pp. 11-48. <https://doi.org/10.5347/43.2015.71>
- Herrero de Miñón, M. (1998). *Derechos Históricos y Constitución*. Santillana.
- Iglesia Chamarro, A. de la. (2019) *Desafíos de la monarquía parlamentaria*. Marcial Pons.
- Jimena Quesada, L. (2020). Reforma constitucional y estándares internacionales de derechos humano. In B. Aláez Corral (Coord.), *Reforma constitucional y defensa de la democracia, Foros y Debates* (pp. 151-185). Universidad de Oviedo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Jimena Quesada, L. (2019). La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales (comentario a la STC 140/2018, de 20

- de diciembre). *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, (53), 434-461.
- Jimena Quesada, L. (2014). Control de convencionalidad y tutela multinivel de derechos: una cuestión de voluntad doctrinal y jurisprudencial. In J. Goizueta y M. Cienfuegos (Dir.), *La eficacia de los derechos fundamentales de la UE. Cuestiones avanzadas* (pp. 111-140). Aranzadi.
- Jimena Quesada, L. (2010). El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del control de convencionalidad. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 15(1), 41-74.
- López Castillo, A., Saiz Arnaiz, A. & Ferreres Comella V. (2005). *Constitución española y Constitución europea (Análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional DTC/1 2004, de 13 de diciembre)*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- López Castillo, A. (1996). *Constitución e integración*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Lucas Murillo de la Cueva, E. (2005). *Crisis y renovación del Concierto Económico*. Ad Concordiam.
- Monreal Zia, G. (2001). De los Fueros y la autonomía posforal a la cláusula de reserva de los Derechos históricos. In M. Herrero de Miñón & E. Lluch (Eds.), *Derechos históricos y constitucionalismo útil* (pp. 89-103). Crítica.
- Monreal Zia, G. (1974). *Las instituciones públicas del Señorío de Vizcaya (hasta el siglo XVIII)*. Diputación de Vizcaya.
- Navarro Pablo E. & Moreso, J. J. (1997). Applicability and Effectiveness of Legal Norms. *Law and Philosophy*, (16), 201-219.
- Oliver Araújo, Joan. (2020). La reforma constitucional de la Corona (una propuesta radical y diez moderadas). *Revista de Derecho Político*, (77), 15-69.
- Pérez Arraiz, Javier. (1994). *El concierto económico: evolución, caracteres y fundamento de la financiación vasca*. Instituto Vasco de Administración Pública-Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea.
- Pérez-Tremps, P. (1985). Justicia Comunitaria, Justicia Constitucional y tribunales ordinarios frente al Derecho Comunitario. (Comentario a la Sentencia de la Corte Constitucional italiana número 170/1984, de 8 de junio). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 5(13), 157-181.
- Pérez-Tremps, P. (1993). *Constitución española y Comunidad Europea*. Civitas.
- Pérez-Tremps, P. (2004). Constitución española y Unión Europea. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 24(71), 103-121.

- Perotti Pincirolì, I. (2021). El control de convencionalidad en el Derecho español: ¿Una importación defectuosa?. *Revista electrónica de estudios internacionales*, (41), 1-36.
- Pino, G. (2011). L'applicabilità delle norme giuridiche. *Diritto & Questioni Pubbliche*, (11), 797-871.
- Queralt Jiménez, Argelia (2009). El alcance del efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH. In J. García Roca y P. Fernández Sánchez (Coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, (pp. 229-255). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Raz, J. (2007). Sobre la autoridad e interpretación de las constituciones: algunas ideas preliminares. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, (1), 3-72. <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2007.1.8027>
- Ripol Carulla, S. (2014). Globalización y justicia (Cinco supuestos de la aplicación de las normas de Derecho internacional público y de Derecho europeo por los tribunales españoles). In M. Barranco Avilés, O. Celador Angón & F. Vacas Fernández (Coords.), *Perspectivas actuales en la aplicación del Derecho* (pp. 109-147). Dykinson.
- Rodríguez Jorge, L. & Vicente, D. (2009). Aplicabilidad y validez de las normas de Derecho internacional. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (32), 177-204. <https://doi.org/10.14198/DOXA2009.32.10>
- Rubio Llorente, F. & Álvarez Junco, J. (2006). *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*. Consejo de Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ruipérez, J. (2005). Estudio preliminar. Estática y dinámica constitucionales en la España de 1978. Especial referencia a la problemática de los límites a los cambios constitucionales. In S. Roura & J. Tajadura (Dirs.), *La reforma constitucional. La organización territorial del Estado, la Unión Europea y la igualdad de género*, (pp. 19-280). Biblioteca Nueva.
- Saiz Arnaiz, A. (2018). Tribunal Europeo de Derechos Humanos y procesos políticos nacionales: Democracia convencional y margen de apreciación. *Teoría y Realidad Constitucional*, (42), 221-245. <https://doi.org/10.5944/trc.42.2018.23636>
- Saiz Arnaiz, A. (2018). Comentario al artículo 10.2 CE. In María Emilia Casas & Miguel Rodríguez-Piñero (dirs.). *Comentarios a la Constitución* (pp. 230-254). Volume 1. BOE.
- Saiz Arnaiz A. (2013). La interpretación de conformidad: significado y dimensión práctica (un análisis desde la Constitución española). In G.

- R. Bandeira, R. Uruña y A. Torres (Coords.), *Protección Multinivel de Derechos Humanos* (pp. 47-87). Red Derechos Humanos y Educación Superior.
- Sánchez Morón, M. (1983). Chapter I. Estudio comparado e histórico de la protección internacional de los derechos humanos. In E. García de Enterría, E. Linde Paniagua, L. Ortega Álvarez & M. Sánchez Morón. *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, (pp. 25-59). Civitas.
- Sauca, J. (2024). Análisis conceptual de los presupuestos normativos de la estabilidad y el cambio constitucional. In J. Bayón y J. Sauca (Dir.), *Reforma constitucional: Problemas filosóficos y jurídicos*, (in press). Tirant lo Blanch.
- Sauca, J. (2021). Deliberación, deferencia y Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso Gelman vs Uruguay. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, 23(46), 529-551. <https://doi.org/10.12795/araucaria.2021.i46.26>
- Sauca, J. (2010). *Identidad y Derecho. Nuevas perspectivas para viejos debates*. Tirant lo Blanch.
- Tamayo Salaberría, V. (1994). *La autonomía vasca contemporánea: foralidad y estatutismo (1975-1979)*. Herri Arduralaritzaren Euskal Erakundea, Instituto Vasco de Administración Pública.
- Torres del Moral, A. (1992). *Principios de Derecho Constitucional Español*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho.
- Voskuhle, A. (2017). "La integración europea a través del Derecho". La contribución del Tribunal Constitucional Federal (alemán). *Teoría y Realidad Constitucional*, (39), 103-121. <https://doi.org/10.5944/trc.39.2017.19164>

De las paradójicas cláusulas de liquidez a la virtuosa apertura constitucional

*From the Paradoxical Clauses of Liquidity
to the Constitutional Openness*

Josep Aguiló Regla

 <https://orcid.org/0000-0002-8560-8802>

Universidad de Alicante, España
Correo electrónico: josep.aguil@ua.es

RECEPCIÓN: 24 de julio de 2023

ACEPTACIÓN: 23 de septiembre de 2023

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2024.18.18657>

RESUMEN: Este trabajo se aboca al texto de José María Sauca, intitulado “Estabilidad y cambio en la constitución: la liquidez constitucional”. La estabilidad constitucional es el eje principal sobre el que gira la discusión y, en torno a este eje, se discuten temas relacionados como la continuidad, el cambio y las resistencias a dichos cambios.

Palabras clave: estabilidad constitucional, continuidad, cambios constitucionales, cláusulas, Constitución española.

ABSTRACT: This paper addresses the work by José María Sauca entitled “Estabilidad y cambio en la constitución: la liquidez constitucional” (Stability and Change in the Constitution: Constitutional Liquidity). The discussion revolves around constitutional stability, and, along this axis, it debates related issues as continuity, change and resistance to such changes.

Keywords: constitutional stability, continuity, constitutional changes, clauses, Spanish Constitution.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Sobre el concepto de “estabilidad constitucional”*. III. *¿Continuidad y cambio de qué?* IV. *El concepto de “resistencia constitucional”*. V. *Referencias*.

I. INTRODUCCIÓN

En este texto me propongo formular algunas críticas al bien elaborado trabajo de José María Sauca (2023), titulado “Estabilidad y cambio en la

constitución: la liquidez constitucional". Antes que nada, quiero resaltar el enorme afecto intelectual y personal que siento por Txema, y dejar bien claro que, en mi opinión, estamos ante un muy buen texto con el que se puede aprender muchísima teoría constitucional. Dicho lo cual, como se verá de inmediato, mis discrepancias con José María Sauca no son de detalle; se trata, más bien, de cuestiones fundamentales: de concepción de la constitución.

II. SOBRE EL CONCEPTO DE "ESTABILIDAD CONSTITUCIONAL"

La primera cuestión que quiero impugnar es el uso que Sauca hace del concepto de "estabilidad constitucional". Él asume que hay tres perspectivas de análisis de una Constitución: la histórica (que se centra en la historia política de la comunidad regida por una determinada constitución); la sociológica (que estudia la trama de intereses sociales que subyacen a un cierto orden constitucional), y la racional-normativa (que estudia el documento constitucional en términos jurídico-formales).

Pues bien, según Sauca, estudiar la estabilidad constitucional desde esta última perspectiva supone estudiar los mecanismos institucionales que hacen difícil o imposible el cambio del texto constitucional. Es decir, estudiar los conceptos de inmutabilidad, intangibilidad (expresa e implícita, temporal o diferida), rigidez, atrincheramiento, reforma, mutación y flexibilidad en cuanto que designan instrumentos que tratan de asegurar —dice— la estabilidad constitucional.

Naturalmente, no hay que ser esencialista lingüístico y reconocer que cada cual puede usar las palabras como quiera. Pero, en mi opinión, llamar a todas estas cláusulas y/o situaciones constitucionales "mecanismos de estabilidad constitucional" despista más que aclara las cosas. La razón es nítida: todos estos conceptos aluden a la diferente "dinámica jurídica" que la "forma [jurídica] constitución" puede presentar frente a la "forma [jurídica] ley". En un extremo están las llamadas "constituciones flexibles", que se caracterizan por ser constituciones sin forma diferenciada respecto de las leyes (paradigmáticamente, la Constitución del Reino Unido); y, a partir de ahí, pueden graduarse de más a menos — como hace Sauca— los mecanismos formales destinados a dificultar o imposibilitar el cambio. Pues bien, el estudio que hace Sauca en el primer apartado de su trabajo no versa, en mi opinión, sobre la estabilidad constitucional, sino sobre las diversas formas que puede adoptar la "dinámica constitucional": es un análisis jurídico-formal de la dinámica de los textos constitucionales.

El concepto de “estabilidad constitucional” remite, por lo general, a análisis externos (sociológicos) de la constitución, no a análisis meramente formales y normativos. Una constitución es estable en la medida en que genera orden; es decir, en la medida en que estabiliza expectativas de conducta de los sujetos relevantes. Una constitución formal deviene estable cuando un número importante de sujetos relevantes sitúan en el texto constitucional la fuente última de sus deberes jurídicos. La estabilidad de una constitución formal (y/o de un sistema jurídico) está en función de las expectativas de conducta que genera la aceptación por parte de los sujetos destinatarios de la misma, y no de la forma de sus cláusulas normativas. Si todos o casi todos los sujetos relevantes aceptan la constitución y la toman como la fuente última de sus deberes, entonces esa constitución es estable con independencia de cuáles sean las previsiones normativas relativas a la dinámica constitucional.

Si mi análisis es acertado, caben todas las combinaciones posibles entre las diferentes cláusulas de “dinámica constitucional”, por un lado, y las realidades sociales de aceptación del texto constitucional, por otro.¹ España ofrece dos buenos ejemplos de cómo con las mismas cláusulas de reforma constitucional se han vivido diferentes momentos de grave inestabilidad constitucional.

El primer ejemplo nos lo suministra lo que se convino en llamar “el ruido de sables”, que se produjo entre los años 1978 (año de aprobación de la Constitución española) y 1981 (año del intento de golpe de Estado del “23 de febrero”). La inestabilidad constitucional fue el resultado de que algunos de los generales que venían del franquismo no situaban la fuente última de sus deberes en la Constitución del 78, sino en cosas tales como “la lealtad al caudillo”, “la unidad de la patria”, “el anticomunismo” o “la catolicidad de España”.

El otro momento de grave inestabilidad constitucional se produjo como consecuencia del *procés* en Cataluña. En realidad, ocurrió algo muy parecido: una parte muy importante de las autoridades catalanas dejaron de situar en la Constitución española la fuente última de sus debe-

¹ Ernesto Garzón Valdés (1992), estudiando el concepto de estabilidad de los sistemas políticos, parte de la idea —que yo comparto plenamente— de que la estabilidad no es una propiedad estructural (como, por ejemplo, tener una constitución con tales o cuales cláusulas), sino una propiedad disposicional que se muestra en el orden que genera (las expectativas de conducta) en torno a sus normas.

La capacidad de una constitución para prolongarse en el tiempo (la estabilidad) no se muestra en el tipo de cláusulas que incorpora; no puede ser el producto de un análisis jurídico-formal. Si fuera así, y recurriendo a la vieja clasificación de las constituciones formales que hacía Loewenstein (1982), nos podríamos encontrar con constituciones meramente semánticas (puras “hojas de papel”) a las que tendríamos que calificar como “estables”.

res jurídicos (es decir, abandonaron la legitimidad legal propia del Estado de Derecho), para situarla en “fantasmagorías” tales como “la nación”, “la independencia”, “el derecho a la autodeterminación”, etcétera. En términos jurídico-formales la Constitución española permaneció igual a sí misma durante esos dos periodos críticos; sus cláusulas constitucionales no se vieron alteradas en absoluto, pero la estabilidad constitucional sí se vio gravísimamente comprometida.

Ambos ejemplos ilustran bien el hecho de que la estabilidad constitucional no es una cuestión meramente formal, sino de aceptación y de estabilización de expectativas en torno a un texto; y cuando eso no ocurre, ese texto se halla en crisis. En conclusión: la estabilidad constitucional es una variable independiente de cuáles sean las cláusulas de reforma constitucional.

En definitiva, el primer apartado del trabajo de Sauca, intitulado “La estabilidad como característica constitucional”, es en realidad un estudio jurídico-formal de “dinámica constitucional”, en el que se analizan las distintas formas de articular los criterios de *lex superior* y de *lex posterior* en la “continuidad” y el “cambio” del texto constitucional. Sin embargo, y a pesar del título, este estudio nada tiene que ver con la estabilidad constitucional entendida de manera significativa y distinta de la mera dinámica formal de la constitución.

III. ¿CONTINUIDAD Y CAMBIO DE QUÉ?

La segunda crítica que quiero dirigir al trabajo está relacionada con el concepto de *constitución* utilizado por Sauca. Tal como se afirma en diversas ocasiones, el autor recurre a un concepto racional-formal o jurídico-formal de constitución. Conforme a este concepto, todo (y sólo) lo que está en el texto constitucional es constitución; en consecuencia, la continuidad constitucional debe entenderse en esencia como continuidad del propio texto constitucional. En mi opinión, las llamadas “mutaciones constitucionales” muestran la insuficiencia de estos planteamientos. Tratemos de explicarlo.

En términos puramente externos, es obvio que tiene pleno sentido hablar de una *mutación constitucional*. Alguien puede observar el hecho de que el contenido del texto constitucional cambió como consecuencia, por ejemplo, de una decisión del tribunal constitucional. Se observa un producto (un resultado, un hecho) que es un cambio del contenido de la constitución. Hasta ahí no hay problema. Ahora bien, ¿qué papel puede jugar la noción de mutación constitucional en términos internos (de aceptación de la constitución)? Si se trata de justificar el cambio

de contenido, entonces no tiene sentido recurrir a la noción de mutación constitucional: cualquier interpretación que trate de justificar el cambio de contenido tendrá necesariamente que mostrar (resaltar) lo contrario: la continuidad constitucional.

En términos internos, la justificación de un cambio del contenido deberá girar en torno a la continuidad constitucional, no a la discontinuidad. El énfasis en la discontinuidad sólo puede tener alguno de estos dos objetivos. El primero es para descalificar el pasado constitucional; la interpretación que se venía haciendo de la constitución estaba equivocada, era un error que ahora se trata de revisar. El segundo es para descalificar la nueva propuesta de interpretación: cierta interpretación de la constitución no es válida porque excede los límites interpretativos de la constitución; no constituye una interpretación, sino una mutación. Cualquier interpretación de la constitución que aspire a ser legítima tendrá que fundarse en la continuidad constitucional, y no en la discontinuidad. El énfasis en la discontinuidad interpretativa presupone o bien la ilegitimidad del pasado (se viene de un error interpretativo), o la del futuro (se propone una interpretación que excede los límites interpretativos). En este sentido, la operatividad normativa del concepto de mutación constitucional sólo puede ser la denuncia de un "incumplimiento constitucional" (ya sea del pasado, ya sea del futuro).

En cualquier caso, en mi opinión, debe modificarse el marco conceptual elegido por Saucá: el concepto de constitución formal se queda demasiado estrecho para dar cuenta de todo lo que los juristas proyectamos sobre la constitución de un Estado constitucional.²

El marco teórico correcto es el de "constitución de un Estado constitucional". Este cambio puede parecer meramente superficial o de palabras, pero no lo es: tiene un alcance mucho mayor. En el Estado constitucional hay una prioridad de los componentes valorativos del texto constitucional frente a los componentes normativos. Por ejemplo, mientras que con un concepto meramente formal de constitución tiene pleno sentido afirmar que un derecho es fundamental porque está protegido frente al cambio por la intangibilidad o la rigidez constitucionales, con el concepto de constitución del Estado constitucional ocurre precisamente al revés, los derechos fundamentales son definitorios del Estado constitucional y por eso se les protege con la intangibilidad y/o la rigidez.

Sólo si se dota a la constitución del sentido y el nervio valorativo del constitucionalismo, es posible hablar de cambio constitucional (cambio no formal de algún contenido de la constitución) sin necesidad de que

² Me he ocupado en diversas ocasiones del concepto de constitución del Estado constitucional; las dos más relevantes probablemente sean Aguiló Regla (2001, 2019).

ello conlleve el incumplimiento de la constitución o la ruptura de su continuidad. Desde los parámetros de la constitución del constitucionalismo tiene pleno sentido hablar de cambio de algún contenido constitucional y de continuidad valorativa de la constitución misma. En muchas ocasiones, como se verá, la apertura regulativa de una constitución del constitucionalismo es una propiedad virtuosa que permite afrontar problemas prácticos. Apertura regulativa no significa indeterminación constitucional; y no lo significa porque la noción de apertura presupone las nociones de continuidad constitucional y de coherencia valorativa.

Si operamos esta modificación del marco y pasamos de un concepto meramente formal de constitución al de constitución del Estado constitucional, dos cosas se nos hacen inmediatamente patentes en relación con las cláusulas de liquidez constitucional estudiadas por Sauca. La primera es que no se ve la manera de dotar de unidad a los cuatro ejemplos elegidos de la Constitución española; y la segunda es que ninguno de esos ejemplos puede verse como atribuciones de poder normativo que autorizan el dictado de normas inconstitucionales como parece sostener Sauca.

Repasemos brevemente los cuatro ejemplos de cláusulas de liquidez constitucional contemplados. El primer ejemplo se refiere a la cláusula contenida en el art. 10,2 de la Constitución española, que establece que se impondrá la interpretación de los derechos fundamentales conforme a la declaración universal de derechos humanos y a los tratados internacionales sobre la materia que haya ratificado España. El segundo es el art. 65,2, que establece que "el Rey nombra y releva libremente a los miembros civiles y militares de su Casa". El tercer ejemplo es el art. 93, en combinación con el art. 135,2, los cuales vienen a establecer la primacía del derecho de la Unión Europea sobre el derecho español. Y, finalmente, el cuarto ejemplo es la disposición adicional primera que se refiere a la actualización de los derechos históricos de los territorios forales: "La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía".

Según Sauca, estas cuatro cláusulas de liquidez constitucional compartirían las propiedades de ser *a)* cláusulas expresas, *b)* que adoptan la forma de una regla, *c)* que confiere poderes normativos, *d)* que determinan la primacía aplicativa de esos resultados normativos por encima de la propia constitución, y *e)* que su contenido regulatorio puede resultar eventualmente incompatible con la regulación constitucional.

Si cruzamos la enumeración de ejemplos de cláusulas de liquidez constitucional con las propiedades generales que Sauca predica de las mismas, y observamos ese cruce desde la perspectiva de la constitución

del Estado constitucional, algunas perplejidades saltan inmediatamente a la vista.

La primera causa de perplejidad hay que situarla en la heterogeneidad que muestran los referidos ejemplos. En mi opinión, no hay forma de encontrarles la unidad. El caso del art. 10,2 (de la interpretación de los derechos fundamentales como derechos humanos reconocidos internacionalmente) poco tiene que ver con los otros ejemplos. Se trata de una manifestación clara del carácter universalista (y en absoluto idiosincrásico) del constitucionalismo de los derechos. Las constituciones del constitucionalismo reconocen los derechos fundamentales —no los constituyen— y, en consecuencia, se abren a su desarrollo internacional, no local. De ahí a hablar de “resultados normativos superiores y eventualmente inconstitucionales” hay un salto que sólo es posible ignorando la idea de “una práctica compartida de reconocimiento universal de los derechos”. De hecho, cláusulas semejantes a la española son muy comunes en las nuevas constituciones.

Los restantes ejemplos poco tienen que ver con este. El del art. 65,2 (los nombramientos del Rey) y el de la disposición adicional primera (la actualización de los derechos forales) lejos de representar los componentes universalistas del constitucionalismo, resultan estrictamente idiosincrásicos: son una manifestación inequívoca de “españolidad constitucional”. Por más vueltas que se le dé, no hay forma de encontrar la unidad conceptual entre estas cláusulas estrictamente idiosincrásicas con la de la universalidad de los derechos fundamentales. Pero, además, bien mirado, tampoco es fácil encontrar la unidad entre estos dos últimos ejemplos. Otorgar al Rey el poder de nombrar libremente a los miembros civiles y militares de su Casa no es en absoluto atribuirle un poder de dictar “disposiciones generales” susceptibles de “asumir un contenido regulatorio eventualmente incompatible” con la Constitución. Estos nombramientos del Rey podrán ser tal vez ilegales (contrarios, por ejemplo, al derecho laboral), pero no se ve cómo podrían ser inconstitucionales. Este caso no se parece en absoluto al del 10,2, pero tampoco al de la actualización de los derechos forales.

En efecto, el ejemplo de la actualización de los derechos forales sí reconoce una competencia normativa para dictar “disposiciones generales”, pero lo que no se ve ahora es que pueda caber (prevalecer) la “eventual inconstitucionalidad del contenido regulatorio”, pues, según se dice en la propia disposición adicional, la actualización del régimen foral se realizará dentro del “marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía”. En este ejemplo, a diferencia del de los nombramientos del Rey, sí tiene

sentido hablar de “apertura regulativa” de la Constitución, pero, en mi opinión, no lo tiene hacerlo en términos “liquidez constitucional”.

El caso de la construcción de la Unión Europea y de la primacía del derecho comunitario muestra de manera patente cómo el marco constitucional desborda el ámbito meramente estatal. Lo que no se ve es por qué esta cláusula convierte en “líquida” la constitución. La constitución resulta “abierta” respecto de algunos contenidos regulativos, pero se mantiene “soberana” a efectos de recuperar las competencias delegadas mediante tratado. De nuevo, para dar cuenta de estos procesos de construcción compartida, como el de la Unión Europea, es necesario leer las claves de continuidad constitucional de manera más sofisticada que la que nos propone una lectura meramente formal de la constitución. El desarrollo del proyecto de construcción de la Unión Europea exige apertura constitucional, pero no liquidez. Por decirlo de manera un tanto provocativa y siguiendo con el lenguaje metafórico: sin “solidez” constitucional no hay proyecto europeo posible.

IV. EL CONCEPTO DE “RESISTENCIA CONSTITUCIONAL”

En mi opinión, el gran ausente del trabajo de Sauca es Francisco Tomás y Valiente. Este autor acuñó la expresión “resistencia constitucional” y la explicó en los siguientes términos:

La resistencia de la Constitución puede ser entendida como adaptabilidad a la dinámica política [...] también como su capacidad para ser interpretada de forma flexible y hasta cierto punto cambiante en función de nuevos problemas y nuevas sensibilidades o exigencias a propósito de los derechos fundamentales en ella positivizados, pero no definidos. Y además como resistencia a la reforma, haciéndola innecesaria [...] Si la rigidez implica prohibición o dificultad de reforma [...] resistencia significa adaptabilidad al cambio haciendo innecesaria la reforma [...] Creo que puede formularse la hipótesis de que una Constitución dotada de mecanismos acertados para hacerla resistente en el sentido expuesto, protege su supremacía y alcanza una vigencia efectiva y duración prolongada, sin tener que pagar el precio de las reformas agravadas (Francisco Tomás y Valiente, 1994)

En un trabajo destinado a tratar de teorizar la noción de *resistencia constitucional* de Tomás y Valiente (Aguiló Regla, 2003), sostuve que cualquier redactor de una constitución que fuera consciente, por un lado, del problema de la tiranía de las generaciones pasadas (la irracionalidad práctica que supone la acción meramente obediente a una norma-

tiva del pasado que resulta inmodificable) y, por otro, de los problemas de consenso (es decir, de unificar a las poblaciones en torno a un texto constitucional) y de compromiso (esto es, aceptar que no se está plenamente seguro de los contenidos normativos a consolidar para el futuro), debería moverse dentro de una función que relacionara la rigidez de la constitución (dificultad del cambio del texto) con la apertura regulativa de los contenidos constitucionales. Según ello, la racionalidad práctica establecería una relación de dependencia (una función) entre ellas: si hay problemas de consenso (aceptación) y/o de compromiso (inseguridad práctica), a medida que se incrementa la rigidez constitucional tiene que incrementarse también la apertura regulativa de la constitución. Naturalmente, ello supone aceptar que la continuidad constitucional viene dada por la continuidad de los valores constitucionales, no por la de cada uno de los contenidos concretos de la constitución.

Desde aquel escrito vengo insistiendo en dos tesis de teoría jurídica de la constitución que, en mi opinión, resultan esenciales para una correcta comprensión de la dinámica constitucional. La primera es la tesis de la diferencia entre la "interpretación de la ley" y la "interpretación de la constitución". Esta tesis que tiene como corolario la máxima de que lo que es virtud en la ley (por ejemplo, el cierre regulativo) puede ser vicio en la constitución; y, a la inversa, lo que es vicio en la ley (la apertura regulativa) puede ser virtud en la constitución. Visto así, la apertura constitucional no convierte en "líquida" a la constitución. Y la segunda tesis es la de que una buena teoría jurídica de la constitución debe ser capaz de distinguir y dotar de sentido a tres perspectivas (o momentos) diferentes a la hora de considerar una constitución: "darse una constitución", "tener una constitución" y "practicar una constitución". Si bien se considera esta última tesis está muy emparentada con la anterior, pues la diferencia interpretativa entre constitución y ley tiene mucho que ver con la diferencia entre la "dinámica rígida de la constitución" y la "dinámica flexible de la legislación".

Un corolario de lo anterior es la máxima interpretativa de que "si tiene sentido en términos sustantivos alcanzar «acuerdos sobre principios» o «acuerdos incompletamente teorizados» (Sunstein²⁰⁰⁰) (abiertos) en el momento de «darse una constitución», tiene que tener sentido interpretarlos en los momentos de «tener» y de «practicar» una constitución". Naturalmente, la aceptación de esta máxima presupone haber optado por una de las posiciones que se han generado en una de las discusiones teóricas más importantes de las últimas décadas. Me refiero a la discusión generada por la apertura constitucional y la presencia de conceptos valorativos y/o "esencialmente controvertidos" en las constituciones. ¿Deben entenderse como conceptos sin contenido por falta de acuerdo (es decir, se li-

mitan a canalizar el conflicto político) o como “conceptos interpretativos” a la busca de su mejor versión?³; Deben leerse estos conceptos en términos meramente políticos (procedimentales); o tiene sentido hacerlo en términos jurídicas (sustantivos)?⁴

La gran diferencia entre la virtuosa resistencia constitucional de Tomás y Valiente y la paradójica liquidez constitucional de Sauca está en la noción de “práctica constitucional”. La continuidad de la constitución no viene dada sólo por el texto ni por los contenidos concretos, sino esencialmente por la continuidad de los valores constitucionales. Pero para aceptar este nuevo marco conceptual hay que haber dejado atrás, me parece, algunos presupuestos del positivismo jurídico.

V. REFERENCIAS

- Aguiló Regla, J. (2001). Sobre la constitución del Estado constitucional. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (24), 429-457. <https://doi.org/10.14198/DOXA2001.24.16>
- Aguiló Regla, J. (2019). En defensa del Estado constitucional de Derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (42), 85–100. <https://doi.org/10.14198/DOXA2019.42.04>
- Aguiló Regla, J. (2003). Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (26), 289-317. <https://doi.org/10.14198/DOXA2003.26.15>
- Aguiló Regla, J. (2012). Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta. *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, (35), 235-258. <https://doi.org/10.14198/DOXA2012.35.11>
- Aguiló Regla, J. (2008). “Tener una constitución”, “darse una constitución” y “vivir en constitución”. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (28), 67-86. <https://www.isonomia.itam.mx/index.php/revista-cientifica/article/view/394>

³ Confío que a estas alturas haya quedado claro que, en mi opinión, los conceptos constitucionales valorativos no deben verse sólo como “conceptos esencialmente controvertidos” (Gallie, 1956) sino como “conceptos interpretativos” (Dworkin, 1986). En cualquier caso, escribo sobre estas cuestiones en Aguiló Regla (2012, 2008).

⁴ En el texto “Cuatro pares de concepciones opuestas de la constitución” (Aguiló Regla et al., 2007) oponía la concepción “mecánica” a la “normativa”, la “procedimentalista” a la “sustantivista”, la de “fuente de las fuentes del derecho” a la de “fuente del derecho” y la “concepción política” a la “jurídica”. Los primeros términos de cada par enfatizan la lectura meramente política de las constituciones; los segundos, la lectura jurídica de las mismas.

- Aguiló Regla, J. (2007). Cuatro pares de concepciones opuestas de la constitución. En J. Aguiló Regla, M. Atienza y J. Ruiz Manero (Eds.), *Fragmentos para una teoría de la constitución* (pp. 21-62). Iustel.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Fontana Press.
- Gallie, W. B. (1956). Essentially Contested Concepts. *Proceedings of the Aristotelian Society*, 56(1), 167-198.
- Garzón Valdés, E. (1992). *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*. Fontamara.
- Loewenstein, K. (1982). *Teoría de la constitución* (2a. ed.; A. Gallego Anabitarte, Trad.). Ariel.
- Sauca, J. M. (2023). *Estabilidad y cambio en la constitución: la liquidez constitucional* [Manuscrito inédito]. Programa de Doctorado en Derecho, Universitat Pompeu Fabra.
- Sunstein, C. R. (2000). Constitutional Agreements without Constitutional Theories. *Ratio Juris*, 13(1), 117-130.
- Tomás y Valiente, F. (1994). La resistencia constitucional y los valores. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (15-16), 635-650. <https://doi.org/10.14198/DOXA1994.15-16.31>

From the Paradoxical Clauses of Liquidity to the Virtuous Constitutional Openness¹

De las paradójicas cláusulas de liquidez a la virtuosa apertura constitucional

Josep Aguiló Regla

 <https://orcid.org/0000-0002-8560-8802>

Universidad de Alicante
Correo electrónico: josep.aguilo@ua.es

RECEIVED: July 24, 2023

ACCEPTED: September 23, 2023

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2024.18.18657>

ABSTRACT: This paper addresses the work by José María Sauca entitled “Estabilidad y cambio en la constitución: la liquidez constitucional” (Stability and Change in the constitution: constitutional liquidity). The discussion revolves around constitutional stability, and, along this axis, it debates related issues as continuity, change and resistance to such changes.

Keywords: Constitutional Stability, Continuity, Constitutional Changes, Clauses, Spanish Constitution

RESUMEN: Este texto se aboca al texto de José María Sauca titulado: “Estabilidad y cambio en la constitución: la liquidez constitucional”. La estabilidad constitucional es el eje principal sobre el que gira la discusión y en torno a este eje se discuten temas relacionados como la continuidad, el cambio y las resistencias a dichos cambios.

Palabras clave: estabilidad constitucional, continuidad, cambios constitucionales, cláusulas, Constitución española.

CONTENT: I. Introduction. II. On the concept of “constitutional stability”. III. Continuity and change of what?. IV. The concept of constitutional “resistance”. V. References.

I. INTRODUCTION

In this paper I will formulate some criticisms of the well-elaborated work of José María Sauca titled “Estabilidad y cambio en la Constitución: la li-

¹ Traducción realizada por la doctora Ioana Cornea y Mariana Esparza Castilla.

quidez constitucional”² (Stability and change in the constitution: constitutional liquidity). First, I would like to emphasize the enormous intellectual and personal affection I feel for this work and clarify that, in my opinion, we are facing an outstanding text from which we can learn a great deal of constitutional theory. However, as you will immediately notice, my disagreements with José María Sauca are not about matters of detail, but rather about fundamental issues such as the conception of the constitution itself.

II. ON THE CONCEPT OF “CONSTITUTIONAL STABILITY”

The first issue I want to challenge is how Sauca uses the concept of constitutional stability. He assumes that a constitution can be analyzed from three perspectives: the historical (which focuses on the political history of a community governed by a given constitution), the sociological (which studies the web of social interests underlying a certain constitutional order) and the rational-normative (which studies the constitutional document in formal-legal terms). Well, according to Sauca, studying constitutional stability from the latter perspective implies studying the institutional mechanisms that hinder or preclude change in the constitutional text. In other words, the author states that the concepts of immutability, intangibility (express and implicit, temporary, or deferred), rigidity, entrenchment, reform, mutation, and flexibility should be studied as instruments that seek to ensure constitutional stability.

Naturally, we do not have to be a linguist to recognize that everyone may employ the words as they want; however, in my opinion, calling all these clauses or constitutional situations as “mechanisms of constitutional stability” misleads more than it clarifies. And the reason is clear, all these concepts allude to the different “legal dynamics” that the “(legal) form of the constitution” can present as opposed to the “(legal) form of law.” On the one hand, there are the so-called “flexible constitutions” which are characterized for being constitutions without a form differentiated from laws (like, paradigmatically, the United Kingdom Constitution). Thereafter, we can graduate —as Sauca does— the formal mechanisms designed to make change difficult or impossible from higher to lower. Thus, from my personal standpoint, the study Sauca makes in the first section of his work is not about constitutional stability, but about the various forms that “constitutional dynamics” can take. As such, it is a formal-legal analysis of the dynamics of constitutional texts.

² Sauca, José María. Citar

The concept of “constitutional stability” usually refers to external (sociological) analyses of the constitution, not to merely formal and normative analyses. A constitution is stable to the extent that it generates order; that is, to the extent that it stabilizes expectations of behavior from the relevant subjects. A formal constitution becomes stable when a significant number of relevant subjects place the ultimate source of their legal duties in the constitutional text. The stability of a formal constitution (or legal system) depends on the behavioral expectations generated by the acceptance of the subjects to whom it is addressed, and not by the form of its normative clauses. If all or nearly all the relevant subjects accept the constitution and adopt it as the ultimate source of their duties, then that constitution is stable regardless of the normative provisions related to the constitutional dynamics.

If my analysis is correct, there is room for all possible combinations between the different “constitutional dynamics” clauses, on the one hand, and the social realities in which the constitutional text is accepted, on the other.³ Spain offers two good examples of how the same constitutional reform clauses have led to different moments of serious constitutional instability. The so-called “Spanish Saber-rattling” which took place between 1978 —year of the approval of the Spanish Constitution— and 1981 —year of the attempted coup d’état “February 23rd”— provides us the first example. The constitutional instability was the result of the fact that some of the generals who came from Francoism did not place the ultimate source of their duties in the Constitution of 1978, but rather in such things as “loyalty to the caudillo”, “homeland unity”, “anticommunism” or “the catholicity of Spain”. The other moment of serious constitutional instability occurred because of the Catalan sovereignty process (procés). In fact, something remarkably similar happened: a significant part of the Catalan authorities stopped placing the ultimate source of their legal duties in the Constitution (i.e., they abandoned the legitimacy of the Rule of Law), to place it in “phantasmagoria” such as “nation”, “independence”, “right to self-determination”, and so forth. In formal-legal terms, the Spanish Constitution remained unchanged during those two critical periods,

³ Ernesto Garzón Valdés studies the concept of stability of political systems starting from the idea —which I fully share— that stability is not a structural feature (such as, for example, having a constitution with these or those clauses), but a dispositional feature shown by the order it generates (the expectations of conduct) regarding its supreme norms. (Garzón Valdés, 1992). The capacity of a constitution to be prolonged in time (stability) is not shown in the type of clauses it contains and, thus, cannot be the product of a formal-legal analysis. If it were so, and resorting to the old classification of formal constitutions made by Loewenstein, we could find ourselves with merely semantic constitutions (pure “sheets of paper”) that we would have to qualify as “stable” (Loewenstein, 1982, pp. 216-219).

and although its constitutional clauses were not altered at all, the stability of the Constitution was severely compromised. Both examples clearly illustrate the fact that constitutional stability is not merely a question of form, but of acceptance and stabilization of expectations about a text; when this fails to happen, the text finds itself in crisis. In conclusion, constitutional stability is a variable unrelated to the constitutional reform clauses.

The first epigraph of Sauca's work, entitled "Estabilidad y cambio en la constitución: la liquidez constitucional" (Stability and Change in the constitution: constitutional liquidity) is in fact a legal-formal study of "constitutional dynamics", which analyzes the diverse ways of articulating the criteria of *lex superior* and *lex posterior* in the continuity and change of the constitutional text; but, despite the title, this study has nothing to do with constitutional stability understood in a meaningful and distinct way from the merely formal dynamics of the constitution.

III. CONTINUITY AND CHANGE OF WHAT?

The second criticism I would like to address to this work is related to the concept of constitution employed by Sauca. As stated on several occasions, the author resorts to a rational-formal or formal-legal concept of constitution. According to this concept, everything within the constitutional text (and only it) is the constitution. Therefore, constitutional continuity must be understood in its essence as a continuity of the constitutional text itself. In my opinion, the so-called "constitutional mutations" show the inadequacy of these approaches. Let us try to explain it. In purely external terms it is obvious that it makes full sense to speak of constitutional mutation. We can observe that the content of the constitutional text changed consequently, for example, of a constitutional court judgment. We observe a product (a result, a fact) of a change in the content of the constitution. So far there is no problem. Now, what role can the notion of constitutional mutation play in internal terms —of constitution acceptance—? If the aim is to justify the change in content, then it makes no sense to resort to the notion of constitutional mutation because any interpretation that tries to justify the change in content must necessarily show (emphasize) the opposite: constitutional continuity. In internal terms, the justification for a change in content should revolve around constitutional continuity, not discontinuity. The emphasis on discontinuity can only have one of two objectives. The first is to disqualify the constitutional past, i.e., regard the interpretation that had been made of the constitution as wrong, as an error that now needs to be revised. The second is to disqualify the new in-

terpretation proposal, i.e., a certain interpretation of the constitution is not valid because it exceeds the interpretative limits of the constitution; thus, it does not constitute an interpretation, but a mutation. Any interpretation of the constitution that aspires to be legitimate must be based on constitutional continuity, not discontinuity. The emphasis on interpretative discontinuity presupposes either the illegitimacy of the past (an interpretative error) or that of the future (an interpretation that exceeds the interpretative limits). In this sense, the normative operability of the concept of constitutional mutation can only be the denouncement of a “constitutional non-compliance” (either of the past or the future). In any case, in my opinion, the conceptual framework chosen by Sauca should be modified since the concept of formal constitution fails to explain all that we jurists envision about the constitution of a constitutional state.⁴

The correct theoretical framework is that of “the constitution of a constitutional state”. This change may seem merely superficial or wordy, but it is not, it is much more far-reaching. In the constitutional state the evaluative components of the constitutional text take precedence over the normative components. For example, while with a merely formal concept of constitution it makes perfect sense to state that a right is fundamental because it is protected against change by constitutional intangibility or rigidity, with the concept of the establishment of the constitutional state it is precisely the other way around, fundamental rights are defining of the constitutional state and are therefore protected by intangibility or rigidity. Only if the constitution is endowed with the sense and valutive nerve of constitutionalism, it is possible to speak of constitutional change (non-formal change of some content of the constitution) without the need for it to entail the non-compliance with the constitution or the rupture of its continuity. From the parameters of the constitution of constitutionalism it makes full sense to speak of a change of some constitutional content and of a value continuity of the constitution itself. On many occasions, as you will see, the regulative openness of a constitution of constitutionalism is a virtuous property that allows one to face practical problems. Regulative openness does not mean constitutional indeterminacy because the notion of openness presupposes the notions of constitutional continuity and value coherence.

If we proceed with this modification of the framework and move from a merely formal concept of constitution to that of the constitution of the constitutional state, two things regarding the constitutional liquidity claus-

⁴ I have dealt with the concept of the constitutional state constitution on several occasions; probably, the two most relevant are the following: (Aguiló Regla, 2002; Aguiló Regla, 2019).

es studied by Sauca become immediately clear to us. The first one is that there is no way to endow the four examples chosen from the Spanish Constitution with unity and the second one is that none of these examples can be seen as attributions of normative power that authorize the enactment of unconstitutional norms, as Sauca appears to claim.

Let us briefly review the four examples of constitutional liquidity clauses considered. The first example refers to the clause provided in article 10 § 2 of the Spanish Constitution, which establishes that fundamental rights shall be interpreted in accordance with the Universal Declaration of Human Rights and the international treaties on the subject ratified by Spain. The second is article 65 § 2, which establishes that “the King freely appoints and dismisses the civilian and military members of his Household”. The third example is article 93 along with article 135 § 2, which establishes the precedence of European Union Law over Spanish Law. And, finally, the fourth example is the first additional provision which refers to the updating of the historical rights of the territories with *fueros* (local laws). “The general updating of said foral regime will be carried out, as the case may be, within the framework of the Constitution and the Statutes of Autonomy”.

According to Sauca, these four constitutional liquidity clauses would share the properties of a) being express clauses, b) taking the form of a rule, c) vesting normative authority, d) giving normative results precedence over the constitution itself, and e) making their regulatory content potentially incompatible with constitutional regulation.

If we intercross the examples of constitutional liquidity clauses with the general properties that Sauca attributes to them and attentively look at it from the perspective of the constitution of the constitutional state, then some perplexities immediately come to light.

The first cause of perplexity lies in the heterogeneity of these examples. In my opinion, there is no way of finding unity in them. The case of article 10 § 2 (of the interpretation of fundamental rights as human rights internationally recognized) has little to do with the other examples. It is a clear manifestation of the universalist (and by no means idiosyncratic) character of constitutionalism of rights. Constitutions of constitutionalism recognize fundamental rights, but they do not constitute them, and, therefore, are open towards their international, not local, development. There is a leap from there to speak of “superior and eventually unconstitutional normative results” that is only possible by ignoring the idea of “a shared practice of universal recognition of rights”. In fact, clauses such as the Spanish’s are quite common in modern constitutions.

The remaining examples have almost nothing to do with this one. Both article 65 § 2 (the King's appointments) and the first additional provision (the updating of foral rights) rather than representing the universalist components of constitutionalism, are strictly idiosyncratic since they are an unequivocal manifestation of "constitutional Spanishness". No matter how hard one tries, it is impossible to find conceptual unity between these strictly idiosyncratic clauses and that of the universality of fundamental rights. Moreover, looking attentively at the latter two examples, it is not easy to find unity between them either. Granting the King authority to freely appoint the civilian and military members of his Household is different as granting him the authority to dictate "general provisions" likely to "assume a regulatory content that may be eventually incompatible" with the Constitution. These appointments by the King may be illegal (in violation of labor law, for instance), but it is hard to see how they could be unconstitutional. This case has nothing in common with article 10 § 2, but neither does it resemble that of the updating of foral rights.

Indeed, the example of the updating of foral rights does recognize a normative competence to dictate "general provisions", but now we cannot see how the "eventual unconstitutionality of the regulatory content" can fit (prevail) for, as it is stated in the additional provision itself, the updating of the foral regime shall be carried out within the "framework of the Constitution and the Statutes of Autonomy". In this example, unlike that of the King's appointments, it is meaningful to speak of "regulatory openness" of the Constitution, although not in terms of "constitutional liquidity".

The establishment of the European Union and the precedence of Union law demonstrate without doubt how the constitutional framework goes beyond the purely domestic sphere. However, we fail to see why this clause makes the constitution "liquid". The constitution is "open" for certain regulatory contents but remains "sovereign" to regain the competences delegated by treaty. Once again, to account for these processes of shared construction, like the European Union's, it is required to read the constitutional continuity highlights in a more sophisticated way than that proposed by a solely formal reading of the Constitution. The development of the European Union establishment project requires constitutional openness, but not liquidity. To say it in a somewhat provocative way and keeping up with the metaphorical language: without constitutional "solidity" there is no possible European project.

IV. THE CONCEPT OF CONSTITUTIONAL “RESISTANCE”

In my opinion, the great absentee in Sauca’s work is Francisco Tomás y Valiente. This author coined the expression “resistencia constitucional” (constitutional resistance) and explained it in the following terms:

The resistance of the Constitution can be understood as adaptability to political dynamics [...] also as its capacity to be interpreted in a flexible and, to a certain extent, changing way in accordance with new problems and awareness or demands regarding the fundamental rights positivized in it, but not defined. And also, as resistance to reform, making it unnecessary [...] If rigidity implies prohibition or difficulty of reform [...] resistance means adaptability to change, making reform unnecessary [...] I believe we can claim that a constitution endowed with appropriate mechanisms to make it resistant in the aforementioned sense, protects its supremacy and achieves an effective validity and prolonged duration, without having to pay the price of aggravated reforms (Francisco Tomás y Valiente, 1994).

In a paper aiming to theorize Tomás y Valiente’s (Aguiló Regla, 2003, pp. 289-317) notion of “constitutional resistance”, I argued that any drafter of a constitution should operate in a way that relates the rigidity of the constitution—difficulty to change the text—with the regulative openness of the constitutional contents. This would only be possible if the drafter is aware, on the one hand, of the problem of tyranny of past generations—the practical irrationality of merely obeying a past norm that cannot be changed—and, on the other hand, of the problem of both consensus—i.e., of unifying populations around a constitutional text—and commitment—i.e., accepting that one is not fully sure of the normative contents to be consolidated in the future—. Accordingly, practical rationality would establish a relationship of dependence (a function) between the given problems of consensus (acceptance) or commitment (practical insecurity), as constitutional rigidity increases, the regulative openness of the constitution must also increase. Of course, this implies agreeing with the fact that constitutional continuity is due to the continuity of constitutional values, not to the continuity of each of the specific contents of the constitution.

Since that paper, I have been stressing two theses of constitutional legal theory which, in my opinion, are crucial for a correct understanding of constitutional dynamics. The first thesis is the distinction between “interpretation of the law” and “interpretation of the constitution”. This thesis states that virtue in the law (for example, regulatory closure) can be vice in the constitution and, conversely, vice in the law (regulatory openness) can be virtue in the constitution. From this point of view, constitution-

al openness does not make the constitution “liquid”. The second thesis is that a proper legal theory of the constitution must be able to distinguish and confer meaning to three different perspectives (or moments) regarding a constitution: “to give oneself a constitution”, “to have a constitution” and “to practice a constitution”. This last thesis is closely related to the previous one because the interpretative difference between constitution and law shares a great deal with the difference between the “rigid dynamics of the constitution” and the “flexible dynamics of legislation”.

A corollary of the above is the interpretative maxim that “if it makes sense in substantive terms to reach ‘agreements on principles’ or ‘incomplete theorized agreements’ (Sunstein, 2000) (open-ended) at the moment of ‘giving oneself a constitution’, it must also make sense to interpret them at the moments of ‘having’ and ‘practicing’ a constitution.” Of course, the acceptance of this maxim presumes having adopted one of the views from one of the most important theoretical discussions of the last few decades. I mean the discussion generated by constitutional openness and the presence of valuative and “essentially controversial” concepts in constitutions, i.e., should they be understood as concepts without content due to the lack of agreement (that is, they merely convey political conflict) or as “interpretative concepts” in search of their best version?⁵ Should these concepts be read in merely political (procedural) terms, or does it make sense to do so in legal (substantive) terms?⁶

The significant difference between the virtuous constitutional resistance of Tomás y Valiente and the paradoxical constitutional liquidity of Sauca lies in the notion of “constitutional practice”. The continuity of the constitution is not only given by the text nor by the concrete contents, but by the continuity of constitutional values. But to accept this new conceptual framework, it seems to me, we must leave behind some of the assumptions of legal positivism.

⁵ I trust that by now it has become evident that, in my opinion, value-based constitutional concepts should not be seen only as “essentially contested concepts” (Gallie, W. B., 1956), but rather as “interpretative concepts” (Dworkin, 1986). In any case, of these issues in Aguiló Regla (2012) and Aguiló Regla (2008).

⁶ In the text “Cuatro pares de concepciones opuestas de la constitución” (Four pairs of opposing conceptions of the constitution) he opposed the “mechanical” conception to the “normative”, the “proceduralist” to the “substantivist”, the “source of the legal sources” to the “source of law” and the “political conception” to the “legal conception”. The first terms of each pair emphasize the merely political reading of the constitutions; the second ones, its legal reading. In Aguiló Regla, J. (2007). Cuatro pares de concepciones opuestas de la constitución. In J. Aguiló Regla, M. Aienza, & Ruiz Manero (Eds.), *Fragmentos para una teoría de la constitución* (pp. 18-62). Iustel. 18-62.

V. REFERENCES

- Aguiló Regla, J. (2002). Sobre la constitución del Estado constitucional. *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, (24), 429-458. <https://doi.org/10.14198/DOXA2001.24.16>
- Aguiló Regla, J. (2019). En defensa del Estado constitucional de Derecho. *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, (42), 85-100. <https://orcid.org/0000-0002-8560-8802>
- Aguiló Regla, J. (2003). Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (26), 289-317. <https://doi.org/10.14198/DOXA2003.26.15>
- Aguiló Regla, J. (2012). Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta. *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, (35), 235-258. <https://doi.org/10.14198/DOXA2012.35.11>
- Aguiló Regla, J. (2008). Tener una constitución, darse una constitución y vivir en constitución. *Isonomía*, (28), 67-86.
- Aguiló Regla, J. (2007). Cuatro pares de concepciones opuestas de la constitución. En J. Aguiló Regla, M. Atienza y J. Ruiz Manero (Eds.), *Fragments para una teoría de la constitución* (pp. 18-62). Iustel.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Fontana Press.
- Gallie, W. B. (1956). Essentially Contested Concepts. *Proceedings of the Aristotelian Society*, 56, 1955-1956, 167-198.
- Garzón Valdéz, E. (1992). *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*. Fontamara.
- Loewenstein, K. (1982). *Teoría de la Constitución (2ª edición)*. (Alfredo Gallego trad.) Editorial Ariel.
- Sunstein, C. (2000). Constitutional Agreements Without Constitutional Theories. *Ratio iuris*, 13(1), mayo, 117-130.
- Tomás y Valiente, F. (1994). La resistencia constitucional y los valores. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2(15-16), 635-650. <https://doi.org/10.14198/DOXA1994.15-16.31>

Sobre el concepto de liquidez constitucional

On The Concept of Constitutional Liquidity

Josep M. Vilajosana

 <https://orcid.org/0000-0001-8416-2418>

Universidad Pompeu Fabra. España
Correo electrónico: josep.vilajosana@upf.edu

RECEPCIÓN: 7 de julio de 2023

ACEPTACIÓN: 22 de septiembre de 2023

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2024.18.18652>

RESUMEN: En este trabajo se analizan las cláusulas de liquidez constitucional (CLC), tal como han sido caracterizadas por José María Sauca. Sobre los rasgos estructurales se sostiene, primero, que es difícil reconducir los ejemplos de CLC a un sólo modelo, por cuanto, una vez introducida la distinción entre reglas prescriptivas y constitutivas, caben seis posibles reconstrucciones; segundo, que el principio de prevalencia, lejos de suponer que no hay contradicciones entre las normas que puedan emanar de las CLC y la normativa constitucional, las presuponen; tercero, que mantener que las CLC implican una transferencia de soberanía sólo puede obedecer a un uso ambiguo del término "soberanía". Por lo que hace a las funciones, y en contra de lo sostenido por Sauca, se muestra que las CLC pueden conducir a mutaciones constitucionales y es factible considerarlas mecanismos de última palabra.

Palabras clave: liquidez constitucional, reglas constitutivas, soberanía, mutación constitucional, interpretación evolutiva.

ABSTRACT: This paper analyses constitutional liquidity clauses (CLCs), as characterized by José María Sauca. On the structural features, firstly, it argues that it is difficult to reduct the examples of CLCs to a single model, hence, once the distinction between prescriptive and constitutive rules has been introduced, there are six possible reconstructions. Secondly, it states that the principle of prevalence, far from assuming that there are no contradictions between the rules that may emanate from CLCs and constitutional norms, presupposes them. Thirdly, it argues that maintaining that CLCs imply a transfer of sovereignty can only be due to an ambiguous use of the term "sovereignty". As far as functions are concerned, and contrary to Sauca's argument, it shows that CLCs can lead to constitutional mutations and can feasibly be seen as mechanisms of last resort.

Keywords: constitutional liquidity, constitutive rules, sovereignty, constitutional mutations, evolutive interpretation.

SUMARIO: I. Introducción. II. Observaciones sobre la estructura de las cláusulas de liquidez constitucional. III. Observaciones sobre las funciones de las cláusulas de liquidez constitucional. IV. Conclusiones. V. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

La obra de José María Sauca, “Estabilidad y cambio en la constitución: la liquidez constitucional”, supone una aportación de primer orden a la hora de abordar algunos problemas centrales que presenta la dinámica constitucional. La pregunta que late a través del texto es si el aparato conceptual del que dispone la filosofía jurídica y la teoría constitucional resulta adecuado para dar cuenta de tales problemas; o, por el contrario, si tiene sentido proponer una nueva categoría —la de *liquidez constitucional*— que sirva para resaltar ciertos mecanismos de los que se dotan las constituciones, cuya especificidad no se vería suficientemente reflejada en las clasificaciones usuales, como es la que distingue entre constituciones rígidas y flexibles.

El texto objeto del presente comentario se divide en dos partes claramente diferenciadas. En la primera, el autor afronta el concepto de estabilidad constitucional pasando revista a algunas de las distinciones que los juristas suelen emplear en su análisis; en la segunda, explora las posibilidades que ofrece el concepto de liquidez constitucional para mostrar fenómenos relevantes y que no encajarían del todo en los conceptos tradicionales.

A lo largo del estudio pueden hallarse indudables aciertos. Por lo que hace a la primera parte, resulta meritorio el intento de clarificación de las nociones que giran alrededor de la idea de estabilidad constitucional. En especial, es destacable el tratamiento que se realiza de la distinción entre constituciones flexibles y rígidas, mostrando algunas ambigüedades y paradojas que surgen precisamente por el hecho de la falta de claridad conceptual. Además, la manera de abordar esta primera parte pone de relieve la extensa cultura jurídica de la que hace gala el autor y la elegancia de su estilo. En cuanto a la segunda parte, el tratamiento de la liquidez constitucional combina una doble perspectiva, estructural y funcional. En mi opinión, esto también es un acierto, por cuanto el descuido en cualquiera de estas dos aproximaciones al estudio de un tema con tantas aristas como el de la dinámica constitucional, ocasionaría una imagen no sólo incompleta, sino distorsionada. Es a partir de esa doble perspectiva que Sauca propone tomar en consideración cuatro ejemplos extraídos

de la Constitución española (CE) de 1978 a los que califica como “cláusulas de liquidez constitucional” (CLC).

En lo que sigue, voy a concentrar mi atención en esta segunda parte. Tomaré como referencia de mi análisis esta doble perspectiva estructural-funcional. Así, en el apartado II trataré tres cuestiones que tienen que ver con los rasgos estructurales que el autor asigna a las CLC, mientras que reservaré el apartado III para discutir otros asuntos que tienen que ver con las funciones que el autor asigna a dichas cláusulas. El trabajo terminará con un apartado en el que se resumirán sus conclusiones. Debo advertir que mi aproximación será crítica, pero en mayor medida de carácter interno. Con esto quiero decir que las cuestiones que voy a plantear están destinadas prioritariamente al debate constructivo, deseando contribuir a clarificar, en la medida de lo posible, las propias tesis del autor. Sólo en pocos casos, que oportunamente destacaré, la aceptación de la crítica en cuestión podría llevar a desatender la tesis de fondo defendida por Sauca. No obstante, incluso en tales ocasiones, no voy a ofrecer una visión alternativa.

II. OBSERVACIONES SOBRE LA ESTRUCTURA DE LAS CLÁUSULAS DE LIQUIDEZ CONSTITUCIONAL

Sauca identifica en cuatro preceptos de la CE otros tantos ejemplos de CLC. Los rasgos estructurales que les acabará atribuyendo surgen de una especie de proceso de inducción a partir de tales modelos. Los preceptos son los siguientes:

a) Art. 10.2: 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 y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

b) Art. 65.2: El Rey nombra y releva libremente a los miembros civiles y militares de su Casa.

c) Art. 93: Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.

d) Disposición Adicional primera: La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía.

De los preceptos transcritos, Sauca extrae los cinco rasgos estructurales que caracterizarían a las CLC:

- 1) Están formuladas con carácter expreso.
- 2) Tienen estructura de regla, no de principio.
- 3) Confieren poderes normativos, mediante la atribución de normas de competencia.
- 4) Determinan una relación de primacía aplicativa en relación con la normativa constitucional: las incompatibilidades se resuelven por el principio de prevalencia.
- 5) Implican transferencia parcial de soberanía.

A continuación, organizaré mis aportaciones críticas en tres subapartados correspondientes a los rasgos 2 y 3 (el primero), 4 (el segundo) y 5 (el tercero).

1. Relevancia de las reglas constitutivas

Sauca sostiene que la forma que adopta una CLC es la de una regla, y no la de un principio (rasgo 2). Creo que esta elección es acertada, teniendo en cuenta los mencionados preceptos: todos ellos especifican condiciones de aplicación de los que carecerían si fueran principios. Ahora bien, dentro de la categoría de las reglas, estaríamos hablando de reglas que confieren poderes (rasgo 3), pero esta indicación merecería un mayor desarrollo.

El autor sostiene que las CLC son, y cito literalmente, “reglas que confieren poderes normativos [...], que habilitan un poder de creación de normas mediante la atribución de normas de competencia”. Sin embargo, esta formulación es confusa. ¿Se trata de una única regla de competencia o de una regla de competencia que habilita otra regla de competencia? ¿Esta formulación excluye la posibilidad de que la CLC consista en una obligación de seguir lo que acuerde un órgano que ha sido designado como competente?

Frente a estas dudas, tal vez resultaría útil distinguir entre dos sentidos de “regla” que pueden ser relevantes. Así, se puede hablar de “regla” como regla prescriptiva, es decir, como aquella que establece que, en explícitas circunstancias (las condiciones de aplicación que distinguirían las reglas de los principios), se asocia un determinado contenido (clase de acciones, por ejemplo) a un operador deóntico (obligatorio, prohibido o facultativo). Este uso de “regla” se suele expresar a través de la forma de un condicional en el que el antecedente está constituido por las condiciones de aplicación y el consecuente por el operador deóntico corres-

pondiente y la clase de acciones de que se trate. Otra forma de decirlo, más precisa, es que la norma expresada a través de una regla prescriptiva asocia un caso genérico (clases de acciones, estados de cosas o sujetos) con una solución normativa (formada por el operador deóntico y la acción correspondiente) (Alchourrón y Bulygin, 1971). El otro uso de “regla” es el que la trata como regla constitutiva, que obedece a la forma canónica que acuñó en su día John Searle: “X cuenta como Y en el contexto C” (Searle, 1997). Aunque haya maneras distintas de entender este uso distinto de “regla” (Ramírez y Vilajosana, 2022), para lo que ahora interesa, bastará con concebirla de este modo: una regla constitutiva carece de solución normativa y, en cambio, asocia dos casos genéricos (Moreso y Vilajosana, 2004, p. 65 y ss.).

Si introducimos la anterior distinción entre regla en sentido prescriptivo y regla en sentido constitutivo, entonces las posibilidades que se nos abren a la hora de caracterizar estructuralmente las CLC aumentan. En concreto, teniendo en cuenta que pudieran ser entendidas como la expresión de una sola norma o la combinación de dos, los casos posibles de CLC serían seis:

- a) *Una CLC expresa una sola norma que adopta la forma de regla prescriptiva.*
- b) *Una CLC expresa una sola norma que adopta la forma de regla constitutiva.*
- c) *Una CLC expresa una combinación de normas, de modo que su estructura es la de una regla que prescribe el uso de una regla constitutiva.*
- d) *Una CLC expresa una combinación de normas, de modo que su estructura es la de una regla constitutiva que se refiere a otra regla constitutiva.*
- e) *Una CLC expresa una combinación de normas, de modo que su estructura es la de una regla constitutiva que se refiere a una regla prescriptiva.*
- f) *Una CLC expresa una combinación de normas, de modo que su estructura es la de una regla que prescribe el uso de otra regla prescriptiva.*

Que todas las CLC encajen o no en el mismo caso posible es una de las cuestiones que cabría aclarar. En principio, no es descartable que cada ejemplo propuesto se ajuste mejor a un supuesto que a otro no necesariamente coincidente con el resto.

Para desbrozar el camino, por de pronto, habrá que determinar si cuando Sauca habla de “reglas que confieren poderes normativos” y “normas de competencia” está utilizando dos expresiones sinónimas.

Probablemente sea así. En este caso, como es sabido, ha habido diversas formas de caracterizar a las normas de competencia, algunas que pueden ser asociadas a las reglas prescriptivas y otras a las reglas constitutivas. Actualmente parece que se ha llegado a un cierto consenso en la teoría del derecho a la hora de entenderlas mejor en este último sentido (Ferrer, 2000).

De ser así, el caso *d*) se acomodaría mejor a la idea del texto de Sauca: una estructura en la que se combinan dos reglas constitutivas. En efecto, así podría inferirse, una vez hecha la aclaración anterior, de la definición dada por el autor, según el cual las CLC son “reglas que confieren poderes normativos [...], que habilitan un poder de creación de normas mediante la atribución de normas de competencia”. Incluso esta forma de “encadenar” reglas constitutivas tendría su sustento teórico en el propio Searle cuando propone la idea de iteración de reglas constitutivas como la forma típica en la que se genera la “realidad institucional” (Searle, 1997, p. 93 y ss.). La forma de hacerlo sería, dicho de forma resumida, que aquello que en una primera regla constitutiva ha ocupado el lugar de *Y*, en la fórmula “*X* cuenta como *Y* en el contexto *C*”, pase a ocupar la posición de *X* en la siguiente regla constitutiva, y así sucesivamente. Por ejemplo, primera regla constitutiva: “Prestar el consentimiento (*X*) cuenta como contraer una obligación (*Y*) en nuestra sociedad (*C*)”; segunda regla constitutiva: “Contraer una obligación (*X*) cuenta como haber realizado un contrato válido (*Y*), según el Código civil (*C*)”, etc. Me aventuro a decir, pues, que esta sería una forma que cabría explorar para intentar recoger la intuición que se halla tras la mencionada definición de Sauca. No obstante, cuando contrastamos la definición con los ejemplos de CLC, no parece que el caso *d*) los refleje demasiado bien.

Así, esta elección se compadece mal con el tenor literal de la CLC contenida en el art. 10.2. CE. Cuando en este precepto se utiliza la expresión “se interpretarán” es difícil no asociarlo a una regla de carácter prescriptivo (en concreto, de obligación); tampoco refleja adecuadamente la CLC correspondiente al art. 93 CE, al decir “Mediante ley orgánica se podrá autorizar”, la cual puede ser reconstruida como una regla prescriptiva (en este caso de carácter facultativo). Por tanto, la forma más adecuada de entender estos ejemplos de CLC es tratarlos como casos *c*), es decir, como reglas prescriptivas que obligan o facultan a usar una regla constitutiva.

Por otro lado, el supuesto contemplado en el art. 65.2 no es otra cosa que la expresión de una única norma de competencia, por ende, un ejemplo de caso *b*). En efecto, “El Rey nombra y releva libremente a los miembros civiles y militares de su Casa” puede ser reconstruido así: “Los nombramientos y relevos realizados por el Rey (*X*) cuentan como actos válidos (*Y*) según la CE (*C*)”.

Por último, la CLC ejemplificada en la Disposición Adicional primera parece ser una adición de caso a) y caso b). En efecto, una forma razonable de entender el contenido de la misma pasa por distinguir la primera parte (“La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales”) de la segunda (“La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía”). La primera parte puede reconstruirse como una regla constitutiva: “Los derechos históricos de los territorios forales (X) cuentan como derecho válido (Y) según la CE (C)”. En cambio, la segunda parte se presta a una mejor reconstrucción como regla prescriptiva: “Si se quiere actualizar el régimen foral es obligatorio hacerlo de acuerdo con la CE y los Estatutos de Autonomía”.

Hemos visto, pues, que, una vez hechas las oportunas distinciones, se dan seis posibilidades de reconstrucción de las CLC desde la perspectiva estructural. A pesar de que una de esas posibilidades encajaría bien en la definición dada por Sauca, una vez analizados los cuatro ejemplos de CLC aportados por el autor, se torna difícil reducirlos todos a una misma estructura y que, además, esta sea la sugerida por la definición.

2. Principio de prevalencia y antinomias

El cuarto rasgo estructural que Sauca asocia a las CLC es que estas establecen una suerte de “primacía aplicativa” de las normas resultantes del ejercicio de poderes que sean incompatibles con la CE. El párrafo que resume la posición del autor al respecto es el siguiente:

Esta configuración de las CLC evita que las normas producidas en virtud de cada una de ellas y que puedan tener contenidos discrepantes con la regulación constitucional entren en relación de contradicción. La determinación de condiciones de aplicabilidad diferentes implica que se relacionan mediante el principio de prevalencia y no mediante la aplicación de un criterio de jerarquía o de temporalidad.

Quisiera realizar tres comentarios en relación con este punto. En primer lugar, hay que clarificar la idea de contradicción normativa. En efecto, el autor admite que las normas producidas a partir del uso de las CLC pueden tener “contenidos discrepantes” respecto a las normas de la CE; pero a renglón seguido aclara que esas mismas cláusulas evitan la relación de contradicción. Sin embargo, no queda claro de lo que se dice en el texto cuál sería la diferencia entre “contenido discrepante” (que se admite que pueda darse) y “contradicción” (que se niega que se dé). Además, cabe recordar que la relación de contradicción entre normas es una cues-

ción puramente lógica. Una norma N es contradictoria con una norma N' si ambas regulan el mismo caso genérico, pero con soluciones normativas incompatibles entre sí. Por ejemplo, en N se sostiene que para el caso C será facultativo realizar *p*, mientras que, según N', en el caso C está prohibido realizar *p*. Al ser una relación lógica, que exista o no una contradicción normativa entre ambas normas no se ve afectado por ninguna circunstancia fáctica, como pudiera ser el distinto ordenamiento en el que aparezcan. Así, pues, salvo que se sostenga que "contenido discrepante" es algo significativamente distinto a contradicción, habrá que concluir que estamos ante dos expresiones sinónimas o que, al menos, comparten propiedades definitorias relevantes.

En segundo lugar, la razón que aduce Saucá para sostener que en estos supuestos no se da una contradicción es el hecho de que se utilice el principio de prevalencia y no los típicos criterios de resolución de antinomias (*lex posterior*, *lex superior*, *lex specialis*). Pero esta no es una buena razón. Como acabo de decir, la relación de contradicción se da con independencia de lo demás. Así, el hecho de que se utilice en estos casos el "principio de prevalencia" para resolver la "discrepancia" normativa no demostraría que no existe una contradicción. En todo caso, habría que considerar que, si "contenido discrepante" y "contradicción" son sinónimos o comparten un campo semántico relevante, entonces lo que se sigue es que el "principio de prevalencia" sería uno más de los criterios usados por los juristas para resolver antinomias.

Esto no es tan sorprendente. Baste recordar que otra manera de resolver posibles contradicciones normativas es el uso del criterio de competencia (por ejemplo, a la hora de resolver disputas entre normas emanadas de las Comunidades Autónomas y aquellas de competencia estatal, en la medida en que entren en contradicción).

Por otra parte, a este argumento conceptual se le puede añadir uno de derecho positivo. Así, el alcance que se dé al ejemplo de CLC recogido en el art. 93 CE debería complementarse con lo que dispone el art. 95.1 CE: "La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la CE exigirá la previa revisión constitucional". A tenor de lo que dice este precepto, primero, se da por hecho que pueden existir contradicciones normativas entre lo que se disponga en los tratados internacionales y lo regulado por la CE; y, segundo, se obliga a que en estos casos se acuda a una revisión constitucional. Esto último, por cierto, pondría en duda que en el caso de la CLC recogida en el art. 93 se cumpliera con una de las funciones básicas que Saucá atribuye a este tipo de cláusulas, que es la de contribuir a la estabilidad constitucional, evi-

tando la reforma formal continuada. Pero de las funciones que cumplen las CLC me ocuparé más adelante.

En tercer lugar, según Sauca, entender convenientemente el funcionamiento del principio de prevalencia demanda distinguir entre normas pertenecientes al sistema y normas aplicables según el mismo (para esta distinción, véase Moreso y Navarro, 1998). No obstante, este planteamiento lleva a resultados contraintuitivos.

La distinción entre la pertenencia y la aplicabilidad funciona bien en algunos supuestos, porque ayuda a explicar cuestiones que de otro modo resultarían paradójicas. Así, por ejemplo, una norma en período de *vacatio legis* puede ser concebida como una norma perteneciente a un sistema jurídico, pero que no es aplicable, según el propio sistema. Igualmente, una norma extranjera, que por definición no pertenece a un determinado sistema jurídico, puede ser en cambio aplicable según ese sistema, si existe una norma del mismo que así lo dispone (es decir, que obliga o faculta a que los jueces de ese sistema usen esa norma para resolver un caso), como sucede emblemáticamente en Derecho internacional privado con las remisiones que se dan a partir de las normas de conflicto (estas sí que pertenecen al sistema, pero las normas que deberá o podrá aplicar el juez no, aunque podrán ser consideradas aplicables).

Pero el empleo de esta distinción para otros casos no resulta convincente. Por ejemplo, ello ocurre cuando se usa para dar cuenta de la recepción de normas a través de órdenes jurídicos sucesivos pertenecientes a un mismo orden estatal. En estos supuestos, se dice que las normas receptadas no pertenecen al sistema jurídico actual, sino que sólo son aplicables en relación con el mismo (Moreso y Navarro, 1998). Pero si esto fuera así, habría que concluir que, si por hipótesis, a partir de la promulgación de la Constitución española de 1978, las normas del anterior orden jurídico español no contradictorias con la CE son normas receptadas, entonces son aplicables, pero no pertenecientes. Esta conclusión es claramente contraintuitiva (como se argumenta en Vilajosana, 2022), por cuanto habría que concluir, por ejemplo, que las normas contenidas en el Código Civil español, a partir del orden inaugurado por la CE, son aplicables, aunque no perteneciente a él. El concluir que las normas del Código Civil no pertenecen al sistema jurídico actualmente vigente en España no parece ser una conclusión afortunada; pero, si no lo es, entonces hay que revisar el uso de aquella distinción para estos casos.

Lo mismo puede ocurrir *mutatis mutandis* en determinados supuestos de CLC. Sauca explica el uso de esta distinción para el caso que nos ocupa de esta manera:

la Constitución faculta mediante la CLC la existencia de una norma habilitante de la aplicabilidad externa de las normas que puedan ser producidas mediante el ejercicio de dicha competencia. Las normas generadas por las CLC tendrán además de la característica de aplicabilidad externa, la de su validez como pertenencia al sistema jurídico español en los casos de las CLC del art. 65 y la DA 1ª, mientras que en los supuestos de las CLC del art. 10.2 y 93 su aplicabilidad externa no va acompañada de que puedan reputarse como pertenecientes al sistema. Esta configuración de las CLC evita que las normas producidas en virtud de cada una de ellas y que puedan tener contenidos discrepantes con la regulación constitucional entren en relación de contradicción. La determinación de condiciones de aplicabilidad diferentes implica que se relacionan mediante un principio de prevalencia y no mediante la aplicación de un criterio de jerarquía o de temporalidad.

El carácter contraintuitivo de lo que se dice en relación con lo dispuesto en las CLC formuladas en los artículos 10.2 y 93 (los únicos en los que la distinción entre pertenencia y aplicabilidad es decisiva) parece evidente. Por lo que hace al art. 10.2, se trata de una regla que impone una determinada interpretación en caso de discrepancia, por lo que es ajena a la distinción entre normas perteneciente y aplicables. Finalmente es en el art. 93 donde parece radicar la aparente plausibilidad de aplicar dicha distinción a las CLC. Sin embargo, el carácter contraintuitivo en este caso viene reforzado por una disposición clave de la propia CE, como es el art. 96.1: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento interno”. Si esto es así, cualquier interpretación razonable de este precepto, llevaría a concluir que las normas contenidas en los tratados a los que se alude en el art. 93, si no son contradictorias con la CE, una vez publicadas oficialmente serán normas pertenecientes al sistema jurídico español y, si son contradictorias, debería procederse a la modificación de la CE (ex art. 95.1 CE) para que terminaran siendo normas pertenecientes al mismo. En definitiva, y a diferencia de lo que ocurre en los supuestos relativos al derecho internacional privado a los que antes aludí, no hay espacio en este caso para admitir normas que sean aplicables, pero no pertenecientes al sistema.

3. *Dos conceptos de soberanía*

Sauca sostiene, como quinto rasgo estructural, que “las CLC implican una transferencia parcial de soberanía, la misma soberanía que legitima a la propia Constitución”. No obstante, la defensa de esta tesis presenta alguna dificultad.

Por lo pronto, más bien parece un rasgo de carácter funcional, ya que no está dicho que del examen de la estructura de un precepto pueda

derivarse sin más que se ceda parte de la soberanía. Pero, aun admitiendo que sea un elemento estructural, sigue quedando la duda sobre si en los casos a los que alude Sauca se da esa cesión de soberanía.

Seguramente los candidatos más claros son aquellos en los que interviene un elemento de extranjería. Así, el art. 10.2 podría entenderse como una transferencia de soberanía a la hora de interpretar los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales y libertades. Por ejemplo, podría decirse que el Tribunal Constitucional (TC) perdería parte de su “soberanía interpretativa” en favor del Tribunal Europeo de Derechos humanos (TEDH) por lo que hace a los derechos y libertades recogidos en el Convenio Europeo de derechos humanos. De forma más clara, lo dispuesto en el art. 93 lleva aparejada la posibilidad de transferencia de soberanía (en este caso, “política”), como pone de relieve, por ejemplo, el hecho de que el Estado español haya suscrito los tratados que le ligan a lo que dispongan las instituciones de la Unión Europea.

Ahora bien, es muy dudoso que haya una transferencia de soberanía en los otros dos supuestos de CLC. En este sentido, resulta particularmente chocante decir que el art. 65.2 implica una transferencia parcial de soberanía por el hecho de que el Rey pueda nombrar y relevar libremente a los miembros civiles y militares de su Casa. Parece, más bien, un caso de distribución de competencias (del mismo modo podría ser interpretado lo que se dice en la Disposición Adicional primera). En efecto, no hay que olvidar que, en ambos casos (tanto el del Rey como el de las instituciones correspondientes a los territorios forales con derechos históricos), se está hablando de órganos del Estado español. Si esto es así, no hay transferencia de soberanía de España hacia otros Estados, sino distribución de competencias dentro un mismo orden estatal.

La explicación de por qué entender que en los cuatro casos de CLC se da transferencia parcial de soberanía seguramente haya que buscarla en una ambigüedad en el uso del término “soberanía”. Como mínimo, se pueden apreciar dos conceptos diferentes de soberanía en estos casos. En los relativos a los artículos 10.2 y 93 se produce una afectación a la soberanía entendida como “soberanía estatal” (aunque en el primero se circunscriba a órganos interpretativos, mientras que en el segundo incluya la posibilidad de abarcar, además, instituciones legislativas y ejecutivas). Aquí estamos frente a un Estado que cede parte de su soberanía a organismos ajenos al mismo. En cambio, cuando se mantiene que el art. 65.2 y la Disposición Adicional primera, transfieren soberanía, el término “soberanía” habría que entenderlo no como soberanía estatal, por cuanto, como queda dicho, estamos frente a organismos perteneciente al mismo Estado, sino como “soberanía popular”. El caso que contempla el art.

65.2 es emblemático al respecto: la competencia que se le atribuye al Rey sustrae su actuación en este ámbito al escrutinio de las decisiones democráticas, pero dentro del mismo Estado. De este modo, cobran sentido las palabras de Sauca, citadas al inicio de este subapartado, al indicar que la soberanía que se cede es “la misma soberanía que legitima a la propia Constitución”, puesto que es la “soberanía popular” la que le confiere legitimación como sistema democrático.

III. OBSERVACIONES SOBRE LAS FUNCIONES DE LAS CLÁUSULAS DE LIQUIDEZ CONSTITUCIONAL

Como dije al inicio de este trabajo, una de las virtudes que, en mi opinión, atesora el estudio de Sauca es el de combinar el análisis estructural de las CLC con una visión funcional. Aunque en la teoría jurídica contemporánea suele predominar el enfoque estructural a la hora de categorizar las normas jurídicas, no hay que olvidar que autores tan destacados como Hart han otorgado preponderancia a la perspectiva funcional a la hora de clasificar el material normativo con el que trabajan los juristas. Este autor no hace otra cosa cuando, por ejemplo, formula su conocida distinción entre diversas reglas secundarias. Como es sabido, las reglas de cambio, de adjudicación y de reconocimiento vienen a suplir, respectivamente, los defectos que tendría un sistema jurídico poco evolucionado: carácter estático, presión social difusa y falta de certeza (Hart, 1961, cáp. V). Tengo para mí que algunas de las discusiones recurrentes acerca de la mejor caracterización de tales tipos de reglas han priorizado el análisis estructural (véase, por todas, la mantenida por Bulygin (1991) y Ruíz Manero (1991)) a expensas del funcional, que era justamente el que estaba en la base de la distinción hartiana. Cierto es que cuando se da prioridad a la función por encima de la estructura, habría que admitir que las normas de las que se trate no tengan por qué compartir los mismos rasgos estructurales. Esto le sucedía a Hart, emblemáticamente con la regla de reconocimiento (Vilajosana, 2019) y esto también puede explicar algunas de las dificultades que debe afrontar la propuesta de Sauca y a las que ya me he referido en el anterior apartado.

Sea como fuere, las funciones que Sauca asigna a las CLC son las siguientes:

- 1) Contribuyen a la estabilidad constitucional, evitando la reforma formal continuada.
- 2) Moderan tensiones debidas a eventuales antinomias entre compromisos internos e internacionales.

- 3) Moderan la necesidad de acudir a mutaciones constitucionales.
- 4) Ayudan a la integración de distintas dinámicas constitucionales.
- 5) Fomentan la cooperación institucional, favoreciendo dinámicas de deferencia.
- 6) Evitan mecanismos de última palabra, abriendo espacios deliberativos.
- 7) Ayudan a configurar una soberanía multinivel.

A continuación, realizaré una serie de comentarios acerca de dos cuestiones vinculadas a estas funciones. En primer lugar, en relación con las funciones primera y tercera, pondré de relieve las dificultades de diferenciar los cambios de interpretación “normales”, a los que parecen asociarse en algún caso las CLC y que evitarían la reforma formal, de los que suponen una mutación constitucional; en segundo lugar, cuestionaré la sexta función adscrita a las CLC, por cuanto resulta difícil diferenciar estas cláusulas de los usuales mecanismos de concesión de la última palabra.

1. *Mutaciones constitucionales e interpretación evolutiva*

Como queda dicho, Sauca asigna a las CLC las funciones de, por un lado, evitar la reforma formal continuada y, por otro, la de moderar la necesidad de acudir a mutaciones constitucionales. Me parece que este es un punto central en el esquema planteado por el autor, por cuanto si las CLC cumplen este doble cometido, se justifica que sean tratadas como un recurso que está a medio camino entre la reforma y la mutación, sin identificarse con ninguna de ellas. Por ello, emitir un juicio acerca de si eso es así, requiere un análisis previo de qué entendemos por “reforma formal” y por “mutación constitucional”.

Sin duda, trazar la distinción entre reforma y mutación requiere diferenciar entre el texto de una constitución y su significado. Sólo entonces podremos decir que el cambio que afecta al texto supone una reforma, mientras que la mutación tiene que ver con la modificación de su significado. Pero con ser esto cierto de entrada, no termina de resolver los problemas que hay que afrontar, sobre todo por lo que hace al alcance que haya que dar al concepto de mutación constitucional.

Para empezar, aceptar la distinción entre texto y significado implica admitir también que se puede alterar el texto sin cambiar el significado y que se puede cambiar el significado sin alterar el texto. El primer caso, más de carácter experimental, se daría si la “reforma formal” modificara un enunciado normativo presente en una constitución y lo sustituyera por otro enunciado sinónimo. Es lo que sucedería, por ejemplo, si el art. 11.2 CE (“Ningún español de origen podrá ser privado de su nacionali-

dad”) se substituyera por “Se prohíbe que a cualquier español de origen se le prive de su nacionalidad”. Se habría cambiado el texto, pero su significado seguiría siendo el mismo. El segundo caso, la variación de significado sin alterar el texto, es el más relevante para lo que aquí estamos tratando, por cuanto debería llevarnos a entender las dificultades a la hora de diferenciar los supuestos de mutación constitucional de los producidos mediante la actividad interpretativa.

Históricamente ha habido casos indudables de mutación constitucional, casos que precisamente han mostrado la necesidad de usar esa categoría de manera contrapuesta a la de reforma formal de la constitución. El más emblemático al respecto quizás sea el del acceso de Hitler al poder. Como es notorio, aprovechando la oportunidad que le brindaba la previsión de la Constitución de Weimar en materia de excepción (fundamentalmente, su art. 48), Hitler consiguió modificar el diseño institucional del Estado alemán sin tocar ni una coma de su texto constitucional. Puesto que los cambios provocados por este proceder eran indudablemente significativos, pero no encajaban en el concepto de reforma constitucional, hubo quien habló de mutación (Boldt, 1971).

En efecto, casos como este muestran que, cuando está en juego la determinación de la identidad de un orden jurídico, un análisis basado en criterios puramente formales no resulta convincente. Ahora bien, tampoco cualquier cambio no formal de una constitución diríamos que produce una mutación constitucional. Si esto es así, entonces hay que establecer un criterio de relevancia para distinguir entre aquellas variaciones que dan lugar a la mutación y las que no. El criterio de relevancia debe ser de carácter político y el mejor candidato es el relativo a los elementos que definen un tipo de régimen político (Vilajosana, 1996). Los cambios producidos en la época de Hitler originan una mutación constitucional porque implican un cambio de régimen político sin modificar formalmente el texto constitucional.

Tal vez esta idea podría ser tomada por Sauca para establecer una distinción entre las CLC y la mutación constitucional: las primeras no pretenden modificar el régimen político que va asociado a la Constitución. No obstante, queda algún problema no menor por resolver. Si la mutación no se produce a través de un cambio de estructuras institucionales, como es el caso de que un jefe de Estado o de gobierno pase a legislar a espaldas del Parlamento en un sistema formalmente democrático, sino mediante una tarea interpretativa, entonces surgen contrariedades específicas asociadas a esta actividad.

Interpretar un texto consiste en atribuirle un significado. ¿Podría llegar la mutación constitucional por vía interpretativa? En principio, sí. Cabe

pensar que el intérprete de la misma, por ejemplo un determinado Tribunal Constitucional o la judicatura en su conjunto (dependiendo del tipo de ordenamiento jurídico de que se trate), puede producir a través de esa actividad cambios profundos en el significado de los textos constitucionales sin que se haya procedido a su reforma formal (o, mejor dicho, una variación en los significados asociados originariamente a los textos, porque no tiene sentido en esta sede hablar de textos carentes de significado). De nuevo, aquí tendríamos el problema de o bien aceptar que cualquier cambio de interpretación de un precepto de la Constitución supone una mutación constitucional; o bien, proporcionar un criterio de relevancia del cambio interpretativo, que bien podría ser el que indiqué hace un momento. Únicamente se daría una mutación constitucional por vía interpretativa si los cambios en los significados asociados a los textos constitucionales conllevan un cambio de régimen político. Este, sin embargo, puede ser un criterio demasiado exigente. Así, algunos autores parecen sostener, a veces de manera implícita, que los cambios han de ser relevantes para entrar en la categoría de mutación constitucional, pero no necesariamente han de conllevar un cambio de régimen político.

En este caso surge una problemática interesante y difícil de resolver que se pone claramente de relieve cuando se utilizan pautas hermenéuticas como la llamada interpretación evolutiva, cuyo uso admite y justifica que precisamente deben producirse cambios en la interpretación de textos constitucionales, y no de poco calado, para acompañarlos a los cambios sociales que se van produciendo. Tanto el TEDH como el TC han empleado este recurso. Y tiene sentido que así sea en ambos casos debido en parte a algunas de las razones que Sauca esgrime para justificar la presencia de CLC. Cuando las reformas formales son muy difíciles de alcanzar, el recurso a la interpretación evolutiva se torna un mecanismo interpretativo capaz de llevar a cabo transformaciones que de otro modo serían muy onerosas. En el caso del TEDH, porque conseguir consensos formales para modificar tratados internacionales que afectan a un buen número de Estados no es tarea fácil; en el caso del TC, dado el procedimiento costoso de reforma formal regulado en el título X CE.

El uso de la interpretación evolutiva goza de una larga tradición en la jurisdicción internacional y, más en concreto, en la del TEDH a la hora de interpretar el Convenio Europeo de Derecho Humanos. También se ha utilizado, entre otros, por el Tribunal Internacional de Justicia,¹ por el Tri-

¹ Algunos de los casos donde se puede hallar son: *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, [1971] ICJ Reports 16, para. 53. *Aegean Sea Continen-*

bunal Europeo de Justicia,² por la Corte interamericana de Derechos Humanos³ o por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.⁴

El TEDH, como mínimo desde la resolución del caso Tyrer,⁵ ha ido elaborando la doctrina según la cual los derechos humanos deben ser interpretados de manera evolutiva. Eso significa que su contenido y alcance no pueden verse limitados, apelando a que en el momento de la promulgación de la normativa de que se trate (en el caso de este Tribunal, el Convenio) se interpretaba el derecho en cuestión de manera restringida o con determinadas connotaciones. Lo relevante en estos casos no es la voluntad que tenía en su momento quien aprobó la normativa, sino las connotaciones y el alcance que el concepto haya ido adquiriendo con el paso del tiempo (Helmersen, 2013).

Con mayor o menor rigor y coherencia, el TC también ha empleado esta pauta hermenéutica en pronunciamientos sobre materias tan diversas como la protección de los derechos fundamentales frente al ruido ambiental que puede surgir de la sociedad tecnológica,⁶ la lucha contra la violencia de género,⁷ el matrimonio entre personas del mismo sexo,⁸ la discriminación por razón de sexo,⁹ el impacto de las redes sociales en la ponderación entre el derecho al honor y la intimidad personal y las libertades de expresión e información¹⁰ o sobre la legalidad del aborto.¹¹

Además, el alto tribunal añade que el encaje constitucional de este tipo de interpretación viene avalado por el artículo 10.2: “la regla hermenéutica del art. 10.2 CE lleva asociada una regla de interpretación evolutiva”.¹² El argumento que conduce a esta conclusión puede ser reconstruido del siguiente modo. Como sabemos, el artículo 10.2 CE establece que las

tal Shelf [1978] ICJ Reports 3, para. 77. *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)* [2009] ICJ Reports 213, para. 64-66.

² Caso 283/81, *Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health* [1982] ECR 3415, para. 20.

³ *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the due Process of Law*, Advisory Opinion, OC-16, Inter-American Court of Human Rights Series A No 16 (1 October 1999), para. 114.

⁴ *Roger Judge vs. Canada*, 2003, Human Rights Committee, Communication No. 829/1998, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/829/1998, para. 10.3.

⁵ *Tyrer v. The United Kingdom* (1978) Series A n. 26, para. 31.

⁶ STC 119/2001, de 24 de mayo.

⁷ STC 59/2008, de 14 de mayo.

⁸ STC 198/2012, de 6 de noviembre.

⁹ STC 233/2007, de 5 de noviembre, 108/2019, de 30 de septiembre y 153/2021, de 13 de septiembre.

¹⁰ STC 8/2022, de 27 de enero.

¹¹ STC 44/2023, de 4 de mayo.

¹² STC 198/2012, de 6 de noviembre, fundamento 9.

normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se deberán interpretar de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre estas materias ratificados por el Estado español. Ya que este llamamiento al ámbito internacional incluye, según la propia doctrina del TC,¹³ la interpretación que hacen de esta Declaración y de aquellos tratados los órganos pertinentes, y puesto que en el proceso hermenéutico de estos órganos juega un papel decisivo la interpretación evolutiva, podemos concluir, entonces, que cuando el TC lo utiliza no hace otra cosa que cumplir el mandato del artículo 10.2.

Si lo anterior es cierto, ¿no se estará dando pie, justamente a través del art. 10.2 (uno de los ejemplos de CLC dados por Sauca), a la posibilidad de que se origine una mutación constitucional, algo que las CLC vendrían a evitar? Por supuesto, el responder adecuadamente a esta pregunta pasa por disponer de un criterio lo más claro posible que permita deslindar los supuestos en que determinadas actividades interpretativas (emblemáticamente las llevadas a cabo mediante la interpretación evolutiva) dan lugar a mutaciones constitucionales de aquellos que son expresión de simples cambios interpretativos sin mayor trascendencia. Antes he ofrecido alguna pista de por dónde podría trazarse tal distinción, pero para admitir el criterio sugerido (relacionar la mutación con el cambio de régimen político) o cualquier otro, es preciso aceptar que, al menos por lo que hace al art. 10.2 CE y según la interpretación de este dada por el TC, el uso de la interpretación evolutiva puede desembocar en mutaciones constitucionales.

2. Mecanismos de última palabra y el dilema de la liquidez constitucional

Una de las funciones que atribuye Sauca a las CLC es que estas evitan mecanismos de última palabra, abriendo espacios deliberativos. Sin embargo, del análisis de los cuatro ejemplos de CLC propuestos, surge la sospecha de que las CLC puedan ser, después de todo, mecanismos de última palabra.

Puesto que, como ya dije, la contradicción entre dos enunciados es una relación lógica, no es descartable que resoluciones emitidas por el TC puedan ser contrarias a la CE. Estas, además, puede adquirir firmeza, a pesar de ser inconstitucionales, por no ser susceptibles de recurso o bien porque, siéndolo, ha transcurrido el plazo preceptivo para recurrir-

¹³ STC 116/2006, de 24 de abril y STC 38/2011, de 28 de marzo, entre muchas.

las. Estos son casos bien conocidos de organismos a los que se concede la última palabra, con lo cual se corre el riesgo de incorporar al ordenamiento normas inconstitucionales. Pone de relieve un problema más específico del problema general de las llamadas normas irregulares. Como se sabe, Kelsen ofreció una solución a esta contrariedad: la cláusula alternativa tácita.

Este recurso aparece en Kelsen como solución al problema de las contradicciones normativas entre normas con distinto grado jerárquico. La posición de Kelsen (1960, p. 277) al respecto es negar precisamente que puedan darse tales contradicciones. Para él, sostener que una norma válida es “inconstitucional” constituye una *contradictio in adjecto*. Sin embargo, no puede obviar el hecho de que en la práctica diaria del derecho se tilde a ciertas normas jurídicas de inconstitucionales y, a pesar de ello, se las considere “válidas”. Frente a esta práctica, Kelsen elabora la siguiente respuesta: la constitución faculta al legislador a producir normas jurídicas generales también en un procedimiento distinto del determinado directamente por las normas de la constitución, dándoles otro contenido del que determinen directamente las normas constitucionales. Estas últimas formulan sólo una de las dos posibilidades que la constitución crea. La otra posibilidad es creada por la constitución al no delegar en ningún otro órgano, salvo el legislativo, la decisión sobre la cuestión de si una ley promulgada por ese órgano es una ley en sentido constitucional. Las disposiciones constitucionales que regulan la legislación tienen el carácter de disposiciones alternativas. De ahí que quepa concluir, según Kelsen (1960, p. 279), que la constitución contiene una regulación directa y una indirecta de la legislación, teniendo el órgano legislativo la elección entre ambas.

Así, pues, el hecho de que una norma sea válida a pesar de no adecuarse a las condiciones que expresamente se establecen para su creación (y sea por ello llamada por algunos “inconstitucional” o simplemente “ilegal”), sólo puede explicarse, según Kelsen, mediante la hipótesis de que la norma superior contiene tácitamente una autorización abierta que faculta al órgano en cuestión (no sólo al poder legislativo, ya que Kelsen lo hace extensivo a los demás órganos) a dictar normas mediante el procedimiento y el contenido que él determine, aun en contradicción con el texto de la misma. De este modo, toda norma jurídica coincidiría con una norma superior, ya sea con la formulación expresa de ésta última o con la cláusula de habilitación tácita. Así, cabría concluir que no hay posibilidad de conflictos entre normas de distinto grado. La diferencia entre ambas alternativas de creación jurídica reside únicamente en que, si se elige la segunda, o sea la que tácitamente permite plena autonomía en la elec-

ción del procedimiento y el contenido, el órgano se expone a la anulación de las normas que dicta y eventualmente a ser sancionado.

La cláusula alternativa tácita ha recibido varias críticas. Baste citar una de las iniciales y más demoledoras. La tesis de Kelsen implica suponer que todas las normas del sistema jurídico son tautológicas, puesto que autorizarían una conducta normativa y también su opuesta (Vernengo, 1960, p. 17). En definitiva, ello supone que el sistema en cuestión no determinaría ninguna pauta de comportamiento: decir “debes hacer p o no p ” no tiene mucho sentido para un sistema normativo que tenga la pretensión de regular las conductas de las personas y hacerlo como “técnica social específica”, que es la forma de entender el derecho que tenía el propio Kelsen.

No se puede negar que las CLC, tal como han sido concebidas por Sauca, guardan un cierto parecido familiar con la idea que subyace al uso de la cláusula alternativa tácita, aunque hay ciertas diferencias entre ellas. Por un lado, la cláusula alternativa tácita postulada por Kelsen es una hipótesis de conocimiento, como lo era en este autor su famosa *Grundnorm*. Podemos decirlo de este modo: el recurso a esta categoría es un expediente propio de la teoría a través de la cual se intenta dar cuenta de algún elemento de la práctica jurídica. En cambio, Sauca ha insistido suficientemente que las CLC son preceptos de derecho positivo; de ahí los cuatro ejemplos que ofrece relativos a artículos de la CE.

No obstante, sigue existiendo entre ambas figuras un aire de familia. Este se halla seguramente en el hecho de incorporar al ordenamiento normas que puedan ser inconstitucionales, pero sobre las cuales ya no puede suscitarse discusión jurídica. Y esto, de nuevo, nos lleva a tener que determinar si efectivamente las CLC evitan o no constituir mecanismos de última palabra.

Llegados a este punto, nos encaminamos hacia una suerte de dilema. Por un lado, consciente del problema que puede generar admitir normas inconstitucionales de los órganos a los que se les atribuye “poderes normativos” a través de las CLC, Sauca recurre a la distinción, ya mencionada anteriormente, entre pertenencia y aplicabilidad, que otros autores han aplicado precisamente a las llamadas “normas irregulares” (Moreso y Navarro, 1998): esas eventuales normas inconstitucionales no pertenecerían al ordenamiento jurídico español pero serían aplicables según este, por cuanto una norma (contenida en la CLC en cuestión y esta sí perteneciente al ordenamiento) obligaría o facultaría su uso por parte de un juez a la hora de resolver un caso. Ya dije en su momento que esto en algunos supuestos podía llevar a resultados contraintuitivos, pero lo que ahora deseo destacar es que, al echar mano de esta distinción para resolver un pro-

blema como el de las normas irregulares, se está aceptando la posibilidad de que efectivamente exista tal contradicción, puesto que su presencia es la que origina el problema. Por otro lado, si se dan los casos generales de normas irregulares y el más específico de normas inconstitucionales a las que pueden dar lugar el ejercicio de competencias otorgadas por las CLC, entonces se está aceptando que los órganos que ejercen esas competencias funcionan como instituciones de última palabra.

He ahí, pues, el dilema al que me refiero. Si los supuestos contemplados en las CLC instituyen mecanismos de última palabra (como parece evidente en el ejemplo de las competencias otorgadas al Rey por el art. 65.2), no cabe diferenciarlos de otros mecanismos “normales” de concesión de la última palabra, con lo que la función de evitar este tipo de mecanismos no podría ser una función característica de las CLC. Si, por el contrario, las decisiones tomadas por los órganos a quienes las CLC otorga competencia son decisiones susceptibles de ser revisadas por otras instituciones, entonces efectivamente las CLC no instaurarían mecanismos de última palabra y este rasgo funcional podría ser postulado como distintivo de estas, pero entonces decaen otras características que Sauca atribuye a las CLC. En concreto, deja de tener sentido decir tanto que las incompatibilidades entre lo dicho por estos órganos y la normativa constitucional se resuelve acudiendo al principio de prevalencia de los primeros frente a los segundos (cuarto rasgo estructural), como que las CLC implican transferencia de soberanía (quinto rasgo estructural). Del mismo modo, cuesta ver desde este cuerno del dilema, cómo se cumpliría con los rasgos funcionales cuarto y quinto, es decir, en qué medida las CLC ayudarían a integrar distintas dinámicas constitucionales o fomentarían la cooperación institucional, favoreciendo dinámicas de deferencia.

IV. CONCLUSIONES

Lo sostenido a lo largo de este trabajo puede quedar resumido en las siguientes conclusiones:

1. La combinación entre un análisis estructural y funcional de las CLC llevado a cabo por Sauca es un acierto, lo cual no excluye que su estudio pueda ser objeto de observaciones críticas en relación con ambos tipos de análisis.

2. En el apartado II he fijado mi atención en tres cuestiones relativas a los rasgos estructurales que caracterizarían a las CLC: que sean reglas que confieren poderes normativos, que las discrepancias que puedan originar su uso con respecto a la normativa constitucional se resuelvan a tra-

vés del principio de prevalencia, y que conlleven una transferencia parcial de soberanía.

3. Respecto a que las CLC sean reglas que confieren poderes normativos, he sostenido que puede resultar útil introducir la distinción entre reglas prescriptivas y reglas constitutivas. A partir de ahí, y según que las CLC expresen una o dos normas, caben seis formas distintas de reconstruirlas. A pesar de que, a tenor de la definición que de las CLC ofrece Sauca, parecería factible reducir las CLC a un modelo unitario (como una regla constitutiva que se refiere a otra regla constitutiva), un examen pormenorizado de las mismas muestra las dificultades de este empeño.

4. Sobre el principio de prevalencia, he mantenido que, si entendemos que “contenidos discrepantes” y “contradicción” son expresiones (al menos parcialmente) sinónimas y admitimos que la relación de contradicción entre dos normas es de carácter lógico, entonces el uso del principio de prevalencia, lejos de negar que pueda existir contradicción entre las normas resultantes del uso de las CLC y la Constitución, la presupone. Por otro lado, he subrayado que el empleo en este caso de la distinción entre pertenencia y aplicabilidad lleva a resultados contraintuitivos, como lo pone de relieve el art. 96.1 CE.

5. Acerca de la afirmación de que las CLC suponen una transferencia parcial de soberanía, he mostrado que es dudoso que sea así en algunos casos y he avanzado que su eventual plausibilidad provendría de una ambigüedad en el uso del término “soberanía”. Así, mientras que, mediante los arts. 10.2 y 93, podría entenderse que se cede “soberanía estatal”, no ocurre así con el art. 65.2, el cual se referiría más bien a una cuestión relativa a la legitimación democrática, más cercana, por tanto, a la idea de “soberanía popular”.

6. En el apartado III he concentrado mi atención en el escrutinio de tres funciones que Sauca atribuye a las CLC: evitar la reforma formal continuada, moderar la necesidad de acudir a mutaciones constitucionales, y evitar mecanismos de última palabra.

7. Respecto a la posibilidad de que las CLC contribuyan a la estabilidad constitucional alejándose de complejos dispositivos de reforma constitucional, pero sin caer en la mutación constitucional, he puesto de relieve la necesidad de establecer una clara distinción entre mutación constitucional y los cambios de significado del texto constitucional fruto de la actividad interpretativa. Que esta no es tarea fácil se muestra especialmente en lo tocante a la llamada interpretación evolutiva. Y más, por cuanto el máximo intérprete de la CE ha sostenido en alguna de sus sentencias que el art. 10.2, precisamente uno de los casos de CLC destacado por Sauca, contiene el mandato de realizar este tipo de interpretación

cuando estamos frente a derechos fundamentales y libertades reconocidas en la CE.

8. Finalmente, por lo que hace a la tesis según la cual la presencia de CLC evita acudir a mecanismos de última palabra, he puesto de relieve que la manera de entender tales cláusulas comparte un cierto aire de familia con la cláusula alternativa tácita propuesta por Kelsen para abordar el problema de las normas irregulares. El uso en esta sede de la distinción entre pertenencia y aplicabilidad evita a Sauca caer en ciertos resultados autodestructivos a los que conduce la cláusula kelseniana, pero no le exime de tener que afrontar un dilema: o bien las CLC son mecanismos de última palabra (lo cual contradice la función que comentamos), o bien no lo son (pero entonces quedan afectados ciertos rasgos estructurales y otras funciones que Sauca atribuye a las CLC).

Aunque estas conclusiones muestran algunos desacuerdos con las tesis mantenidas por Sauca, creo que también dan fe del interés que me han suscitado. Estamos frente a un estudio que aborda cuestiones determinantes, de gran complejidad, y lo hace con un alto grado de solvencia académica. Por eso, como ocurre con todo buen trabajo intelectual, el mayor elogio que pueda hacerse de él consiste en discutirlo a fondo.

V. REFERENCIAS

- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1975). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Astrea.
- Boldt, H. (1971). Article 48 of the Weimar Constitution: Its Historical and Political Implications. En A. Nicholls y E. Matthias (Eds.), *German Democracy and the Triumph of Hitler* (pp. 79-97). Unwin.
- Bulygin, E. (1991). Regla de reconocimiento: ¿norma de obligación o criterio conceptual? Réplica a Juan Ruiz Manero. *Doxa; Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (9), 311-318. <https://doi.org/10.14198/DOXA1991.9.16>
- Ferrer, J. (2000). *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Hart, H. L. A. (1961). *El concepto de derecho* (G. R. Carrió, Trad.). Abeledo-Perrot.
- Helmensen, S. (2013). Evolutive Treaty Interpretation: Legality, Semantics and Distinctions. *European Journal of Legal Studies*, 6(1), 127-148.
- Kelsen, H. (1979). *Teoría pura del derecho* (R. J. Vernengo, trad.). Universidad Nacional Autónoma de México.

- Moreso, J. J. y Navarro, P. (1998). The Reception of Norms, and Open Legal Systems. En S. L. Paulson y B. L. Paulson (Eds.), *Normativity and Norms* (pp. 273-292). Clarendon Press.
- Moreso, J. J. y Vilajosana, J. M. (2004). *Introducción a la teoría del derecho*. Marcial Pons.
- Ramírez, L. y Vilajosana, J. M. (Eds.) (2022). *Reglas constitutivas y derecho*. Marcial Pons.
- Ruiz Manero, J. (1991). Normas independientes, criterios conceptuales y trucos verbales; Respuesta a Eugenio Bulygin. *Doxa; Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (9), 281-293. <https://doi.org/10.14198/DOXA1991.9.14>
- Searle, J. (1997). *La construcción de la realidad social* (A. Doménech, Trad.). Paidós.
- Vernengo, R. (1960). La función sistemática de la norma fundamental. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, (1-2), 207-225.
- Vilajosana, J. M. (1996). Towards a Material Criterion of Identity of a Legal Order. *Rechtstheorie. Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts*, (27), 45-64.
- Vilajosana, J. M. (2019). Social Facts and Law: Why the Rule of Recognition is a Convention. En L. Ramírez y J.M. Vilajosana (Eds.), *Legal Conventionalism* (pp. 89-107). Springer.
- Vilajosana, J. M. (2022). Persistencia y recepción de normas jurídicas. En J.J. Moreso, P. Navarro, J. L. Rodríguez y J. Ferrer (Coords.), *Eugenio Bulygin en la teoría del derecho contemporánea* (pp. 355-368). Marcial Pons.

On the Concept of Constitutional Liquidity¹

Sobre el concepto de liquidez constitucional

Josep M. Vilajosana

 <https://orcid.org/0000-0001-8416-2418>

Universidad Pompeu Fabra
Correo electrónico: josep.vilajosana@upf.edu

RECEIVED: July 7, 2023

ACCEPTED: September 22, 2023

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2024.18.18652>

ABSTRACT: This paper analyses constitutional liquidity clauses (CLCs), as characterized by José María Sauca. On the structural features, firstly, it argues that it is difficult to reconduct the examples of CLCs to a single model, hence, once the distinction between prescriptive and constitutive rules has been introduced, there are six possible reconstructions. Secondly, it states that the principle of prevalence, far from assuming that there are no contradictions between the rules that may emanate from CLCs and constitutional norms, presupposes them. Thirdly, it argues that maintaining that CLCs imply a transfer of sovereignty can only be due to an ambiguous use of the term "sovereignty". As far as functions are concerned, and contrary to Sauca's argument, it shows that CLCs can lead to constitutional mutations and can feasibly be seen as mechanisms of last resort.

Keywords: Constitutional Liquidity, Constitutive Rules, Sovereignty, Constitutional Mutations, Evolutive Interpretation.

RESUMEN: En este trabajo se analizan las cláusulas de liquidez constitucional (CLC), tal como han sido caracterizadas por José María Sauca. Sobre los rasgos estructurales, se sostiene, primero, que es difícil reconducir los ejemplos de CLC a un solo modelo, por cuanto, una vez introducida la distinción entre reglas prescriptivas y constitutivas, caben seis posibles reconstrucciones; segundo, que el principio de prevalencia, lejos de suponer que no hay contradicciones entre las normas que puedan emanar de las CLC y la normativa constitucional, las presuponen; tercero, que mantener que las CLC implican una transferencia de soberanía solo puede obedecer a un uso ambiguo del término "soberanía". Por lo que hace a las funciones, y en contra de lo sostenido por Sauca, se muestra que las CLC pueden conducir a mutaciones constitucionales y es factible considerarlas mecanismos de última palabra.

¹ Traducción realizada por la doctora Ioana Cornea y Mariana Esparza Castilla.

Palabras clave: liquidez constitucional, reglas constitutivas, soberanía, mutación constitucional, interpretación evolutiva.

CONTENTS: I. Introduction. II. Observations on the structure of constitutional liquidity clauses. III. Observations on the functions of constitutional liquidity clauses. IV. Conclusions. V. References.

I. INTRODUCTION

José María Sauca's work "Estabilidad y cambio en la constitución: la liquidez constitucional" (Stability and change in the constitution: constitutional liquidity) is a major reference piece when one addresses some of the main problems of constitutional dynamics. The question that resonates throughout the text is whether both the philosophy of law and the constitutional theory have an conceptual apparatus adequate to deal with such problems or, quite the contrary, whether it is appropriate to introduce a new category (constitutional liquidity's) that would highlight some of the mechanisms with which constitutions are endowed—whose specificity is not sufficiently reflected in the usual classifications, such as the one distinguishing between rigid and flexible constitutions.

The text of this commentary is divided into two clearly differentiated parts. In the former, the author addresses the concept of constitutional stability reviewing some of the distinctions that jurists usually employ in their analysis. In the latter, he explores the possibilities that the concept of constitutional liquidity offers to show relevant phenomena that would not entirely fit into the traditional concepts.

Certainly, there are some good points found throughout the study. As for the first part, it is worth mentioning the attempt to clarify the notions revolving the idea of constitutional stability. It is particularly noteworthy the treatment of the distinction between flexible and rigid constitutions, which shows some ambiguities and paradoxes caused precisely by the lack of conceptual clarity. Furthermore, the way the author approaches this first part reveals his vast legal knowledge and the elegance of his style. As for the second part, the treatment of constitutional liquidity blends a double perspective, namely a structural and a functional one. In my opinion, this is also a wise move because neglecting either of these two approaches in the study of a subject with as many aspects as that of constitutional dynamics would lead to an image that is not only incomplete but distorted. Based on this dual perspective, Sauca proposes to take into consideration four examples extracted from the Spanish Constitution of 1978 (hereinafter

SC), which he designates as “constitutional liquidity clauses” (hereinafter CLCs).

From this point forward I will focus my attention on this second part. This dual structural-functional perspective will be the reference for my analysis. Thus, in section II I will deal with three issues concerning the structural features that the author assigns to CLCs, while I will reserve section III to discuss other issues concerning the functions that the author assigns to such clauses. Finally, the paper will end with a section that summarizes the conclusions. I shall warn you that I will take an analytical approach, although, to a greater extent, of an internal nature. By this I mean that the questions I am going to raise are mainly aimed to promote a constructive debate in hope of contributing to clarify, as far as possible, the author’s own thesis. Only in a few cases, which I will opportunely remark, accepting the criticism in question could lead to disregard the fundamental thesis defended by Sauca. However, even in such cases, I will not provide an alternative view.

II. OBSERVATIONS ON THE STRUCTURE OF CONSTITUTIONAL LIQUIDITY CLAUSES

Sauca identifies in four precepts of the SC other examples of CLCs. The structural features he eventually attributes to them emerge from an induction process based on such models. The precepts are the following:

- a) art. 10.2: “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 y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (The principles relating to the fundamental rights and freedoms recognized by the Constitution shall be interpreted in conformity with the Universal Declaration of Human Rights and the international treaties and agreements thereon ratified by Spain).”
- b) art. 65.2: “El Rey nombra y releva libremente a los miembros civiles y militares de su Casa (The King freely appoints and dismisses the civil and military members of his Household).”
- c) art. 93: “Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titu-

lares de la cesión. (By means of an organic law, authorization may be granted for concluding treaties by which powers derived from the Constitution shall be vested in an international organization or institution. It is incumbent on the Cortes Generales or the Government, as the case may be, to guarantee compliance with these treaties and with the resolutions emanating from the international and supranational organizations in which the powers have been vested).”

- d) First Additional Provision: “La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía. (The Constitution protects and respects the historic rights of the territories with fueros—local laws—. The general updating of the fuero system shall be carried out, when appropriate, within the framework of the Constitution and of the Statutes of Autonomy).”

Sauca extracts from the precepts five structural features that would distinguish CLCs:

- 1) They are formulated in an express way.
- 2) They are structured as a rule, not as a principle.
- 3) They confer normative powers by attributing rules of jurisdiction.
- 4) They determine a relation of precedence of constitutional regulation: any incompatibility is solved by the principle of prevalence.
- 5) They imply partial transfer of sovereignty.

In the following, I will arrange my critical contributions in three subsections. The first one concerns features 2 and 3, the second, 4, and the third, 5.

1. *Relevance of constitutive rules*

Sauca argues that a CLC takes the form of a rule, not of a principle (feature 2). I believe this choice is right since all the precepts specify conditions of application which they would lack if they were principles. Now, within the category of rules, we would be talking about rules that confer powers (feature 3), but this statement deserves further development.

The author claims that CLCs are, and I quote, “reglas que confieren poderes normativos (...), que habilitan un poder de creación de normas mediante la atribución de normas de competencia (rules that confer normative powers [...]), which enable a rule-making power by attributing

rules of jurisdiction)”. However, this formulation is confusing. Is it a single rule of jurisdiction or rather a rule of jurisdiction that enables another rule of jurisdiction? Does this formulation preclude the possibility of the CLC as an obligation to follow what an authority conferred with jurisdiction agrees to?

Faced with these doubts, it may be useful to distinguish between two meanings of “rule” that may be relevant. We can speak of “rule” as a prescriptive rule, in other words, as one that establishes that—in explicit circumstances (the conditions of application that would distinguish rules from principles)—a certain content (i.e., type of actions) is associated with a deontic operator (obligatory, prohibited, or optional). This use of “rule” is usually expressed through the form of a conditional in which the antecedent consists of the conditions of application and the consequent of the respective deontic operator, and the type of actions in question. Describing it in a more precise way, the norm expressed by a prescriptive rule associates a general case (types of actions, states of affairs or subjects) with a normative solution (formed by the deontic operator and its corresponding action) (Alchourrón and Bulygin, 1971). The other use of “rule” is that of a constitutive rule which obeys the standard form once coined by John Searle: “X counts as Y in context C” (Searle, 1997). Although there are several ways of understanding this different use of “rule” (Ramírez and Vilajosana, 2022), for the purposes of the present discussion, it will suffice to conceive it in this way: a constitutive rule lacks a normative solution and, instead, associates two general cases (Moreso and Vilajosana, 2004, p. 65 et seq.).

If we introduce the above distinction between rule in the prescriptive sense and rule in the constitutive sense, then the possibilities of structurally characterizing CLCs increases. Provided that they could be understood as the expression of a single norm or the combination of two, there would be six scenarios for CLCs:

- a) A CLC expresses a single norm that takes the form of a prescriptive rule.
- b) A CLC expresses a single norm that takes the form of a constitutive rule.
- c) An CLC expresses a combination of norms, so that its structure is that of a rule which prescribes the use of a constitutive rule.
- d) An CLC expresses a combination of norms, so that its structure is that of a constitutive rule which refers to another constitutive rule.
- e) A CLC expresses a combination of norms, so that its structure is that of a constitutive rule that refers to a prescriptive rule.

- f) An CLC expresses a combination of norms, so that its structure is that of a rule that prescribes the use of another prescriptive rule.

Whether or not all CLCs fit into the same possible case is one of the issues to be clarified. Initially, we cannot discard that each proposed example can fit better in one case than in another and may not have to coincide with the rest.

To clear the way, we must first determine whether Sauca uses two synonymous expressions when he speaks of “rules that confer normative powers” and “rules of jurisdiction”. This is likely to be the case. In this case, as is well known, there have been several ways of characterizing the rules of jurisdiction, some of which can be associated with prescriptive rules and others with constitutive rules. Nowadays, it seems that we have reached some consensus in legal theory to better understand them in the latter sense (Ferrer, 2000).

If so, case d) would best fit the idea of Sauca’s text: a structure in which two constitutive rules are combined. Once the above clarification has been made, we could infer this from the definition the author provides, according to which the CLCs are “reglas que confieren poderes normativos (...), que habilitan un poder de creación de normas mediante la atribución de normas de competencia (rules that confer normative powers (...), which enable a rule-making power by attributing rules of jurisdiction)”. Even this form of “chaining” constitutive rules would find its theoretical basis in Searle himself when he proposes the idea of the iteration of constitutive rules as the typical way “institutional reality” is generated (Searle, 1997, p. 93 et seq.). The way of doing so would be, in simple terms, that all which has taken the place of Y in a first constitutive rule, in the formula “X counts as Y in context C”, moves to the position of X in the following constitutive rule, and so forth. For instance, provided the first constitutive rule as: “Giving consent (X) counts as acquiring an obligation (Y) in our society (C)”; the second constitutive rule would be: “Acquire an obligation (X) counts as entering into a valid contract (Y), according to the Civil Code (C)”, and so on. I therefore venture to say that this would be an approach that could be explored to grasp the intuition behind Sauca’s definition. However, when we contrast the definition with the examples of CLCs, it seems as though case d) does not reflect them very well.

Thus, this choice is poorly reconciled with the exact wording of the CLC contained in art. 10.2 SC. When this precept uses the expression “shall be interpreted”, it is hard not to associate it with a rule of a prescriptive nature (specifically one of obligation). Neither does the precept accurately reflect the CLC under art. 93 SC when it says, “By means of an

organic law, authorization may be granted [...]”, which can be reconstructed as a prescriptive rule (in this case, of an optional nature). Therefore, the most appropriate way to understand these examples of CLCs is to consider them as cases c), i.e., as prescriptive rules that require or authorize the use of a constitutive rule.

On the other hand, the scenario contemplated in art. 65.2 is nothing but the expression of a single rule of jurisdiction, hence, an example of case b). Indeed, “The King freely appoints and dismisses the civil and military members of his Household” can be reconstructed like this: “Appointments and dismisses made by the King (X) are considered as valid acts (Y) according to the SC (C).”

Finally, the CLC illustrated in the first additional provision appears to be an addition of case a) and b). Indeed, a reasonable way to understand its content require to distinguish the first part (“The Constitution protects and respects the historic rights of the territories with fueros [local laws]”) from the second (“The general updating of the fuero system shall be carried out, when appropriate, within the framework of the Constitution and of the Statutes of Autonomy.”). The first part can be reconstructed as a constitutive rule: “The historic rights of the territories with fueros (X) are considered as valid rights (Y) according to the SC (C).” On the other hand, the second part could be better reconstructed as a prescriptive rule: “If you want to update the fuero system, it is mandatory to do so in accordance with the SC and the Statutes of Autonomy.”

Therefore, we have seen that, once the appropriate distinctions have been made, there are six possibilities for the reconstruction of the CLCS from a structural perspective. Although one of these possibilities would fit into the definition given by Sauca, after having analyzed the four examples of CLCs provided by the author, it becomes difficult to reduce them all to the same structure and, moreover, to regard this structure as the one suggested by the definition.

2. *The principle of prevalence and antinomies*

The fourth structural feature that Sauca associates with the CLCs is that they establish a certain “precedence” of the norms resulting from the exercise of powers incompatible with the SC. The paragraph that summarizes the authors’ standpoint on this matter is the following:

Esta configuración de las CLC evita que las normas producidas en virtud de cada una de ellas y que puedan tener contenidos discrepantes con la regulación constitucional entren en relación de contradicción (Configuring the CLCs in this manner avoids that the norms produced due to each one of

them, and that may have contents disrupting from the constitutional regulation come into a relation of contradiction).” That different conditions of applicability must be determined implies that they are related by the principle of prevalence rather than the application of a criterion of hierarchy or temporality.

I would like to address three comments in relation to this point. First, we must clarify the idea of normative contradiction. While the author admits that the norms produced from the use of CLCs may have “*contenidos discrepantes (discrepant contents)*” regarding the norms of the SC, he goes on to clarify that these same clauses avoid the relation of contradiction. However, it is not clear from what the text says what would be the difference between “*contenido discrepante (discrepant content)*”, which Sauca recognizes as possible, and “*contradicción (contradiction)*”, whose existence Sauca denies. Moreover, it is worth recalling that the relation of contradiction between norms is a purely logical matter. Rule N is contradictory to rule N’ if both regulate the same general case but with mutually incompatible normative solutions. For example, N states that provided C, p would be possible, whereas N’ states that provided C, p is prohibited. Since it is a logical relation, any factual circumstance, such as the different legal system in which they appear, does not affect whether there is a normative contradiction between them. Thus, unless it is argued that “*discrepant content*” is something significantly different from contradiction, we must conclude that we are faced with two synonymous expressions or that, at least, they share relevant defining properties.

In second place, the reason Sauca claims that there is no contradiction in these cases is the fact that the principle of prevalence is used instead of the typical criteria for resolving antinomies (*lex posterior, lex superior, lex specialis*). But that is not a good reason. As I just said, the relation of contradiction occurs regardless of everything else. Thus, using the “*principle of prevalence*” in these cases to resolve the normative “*discrepancy*” would not prove that there is no contradiction. In any case, we should bear in mind that, if “*discrepant content*” and “*contradiction*” are synonyms or share a relevant semantic field, then the “*principle of prevalence*” would be one more of the criteria used by jurists to resolve antinomies.

This is not that surprising. We only need to recall that another way of resolving possible normative contradictions is the use of the criterion of jurisdiction (for example, when resolving disputes between norms issued by the Autonomous Communities and those of state jurisdiction, if they are in contradiction with each other).

On the other hand, a positive law argument can be added to this conceptual argument. Thus, the scope given to the example of CLC contained in art. 93 SC should be supplemented by the provisions of art. 95.

1 SC: “La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la CE exigirá la previa revisión constitucional (The conclusion of any international treaty containing stipulations contrary to the Constitution shall require prior constitutional review)”. We can say from what is set forth in this precept that, firstly, it assumes there may be normative contradictions between the provisions of international treaties and those regulated by the SC and, secondly, that it mandates a constitutional review for these cases. The latter would question whether the CLC contained in art. 93 complies with one of the basic functions that Sauca attributes to this type of clause, which is to contribute to constitutional stability and avoid continuous formal reform. But I will address the functions the CLCs fulfill later.

In third place, as Sauca argues, a proper understanding of the functioning of the principle of prevalence requires a distinction between rules pertaining to the system and rules applicable according to the system (for this distinction, see Moreso and Navarro, 1998). However, this approach leads to counterintuitive results.

The distinction between pertaining and applicability works well in some assumptions since it helps to explain issues that would otherwise be paradoxical. Therefore, for example, a rule in a period of *vacatio legis* may be conceived as a rule pertaining to a legal system, but which is not applicable in accordance with the system itself. Likewise, a foreign rule, which by definition does not pertain to a given legal system, may be applicable under such system if there is a rule within it that provides so (i.e., that compels or authorizes the judges of said system to use it to resolve a case). This emblematically happens in private international law with the referrals arose from the rules of conflict (these do pertain to the system, but the rules that must or may be applied by the judge do not, although they may be considered applicable).

But employing this distinction for other cases does not seem convincing. For instance, this happens when it is used to account for the reception of rules through successive legal systems pertaining to the same state legal system. In these cases, it is said that the receptive rules do not pertain to the current legal system, but they are only applicable in terms of it (Moreso and Navarro, 1998). However, if this were so, we should conclude that, hypothetically, after the promulgation of the Spanish Constitution of 1978, the rules of the previous Spanish legal system that do not contradict the SC are receptive rules; thus, they are applicable but not pertaining to it. This conclusion is clearly counterintuitive (as argued in Vilajosana, 2022), since we would have to conclude, for example, that the rules contained in the Spanish Civil Code, based on the system inaugurated by the SC, are ap-

plicable although not pertaining to it. The conclusion that the rules of the Civil Code do not pertain to the legal system currently in force in Spain does not seem to be a fortunate conclusion, but, if it is not, then we must reconsider the use of that distinction for these cases.

The same *mutatis mutandis* can happen in certain scenarios of CLCs. Sauca explains the use of this distinction for the case at hand in this way:

[...] la Constitución faculta mediante la CLC la existencia de una norma habilitante de la aplicabilidad externa de las normas que puedan ser producidas mediante el ejercicio de dicha competencia. Las normas generadas por las CLC tendrán además de la característica de aplicabilidad externa, la de su validez como pertenencia al sistema jurídico español en los casos de las CLC del art. 65 y la DA 1ª, mientras que en los supuestos de las CLC del art. 10.2 y 93 su aplicabilidad externa no va acompañada de que puedan reputarse como pertenecientes al sistema. Esta configuración de las CLC evita que las normas producidas en virtud de cada una de ellas y que puedan tener contenidos discrepantes con la regulación constitucional entren en relación de contradicción. La determinación de condiciones de aplicabilidad diferentes implica que se relacionan mediante un principio de prevalencia y no mediante la aplicación de un criterio de jerarquía o de temporalidad (the Constitution authorizes through the CLCs the existence of an enabling norm for the external applicability of the norms that may be produced through the exercise of such power. The norms generated by the CLCs will have, in addition to the characteristic of external applicability, their validity as pertaining to the Spanish legal system in the cases of the CLCs of art. 65 and the first additional provision (AP), while in the cases of the CLCs of art. 10.2 and 93 their external applicability is not accompanied by the fact that they can be considered as pertaining to the system. Configuring the CLCs in this manner avoids that the norms produced due to each one of them, and that may have contents disrupting from the constitutional regulation come into a relation of contradiction. The fact that different conditions of applicability must be determined implies that they are related by the principle of prevalence rather than the application of a criterion of hierarchy or temporality).

The counterintuitive nature of what is said regarding the provisions of the CLCs formulated in articles 10.2 and 93—the only ones in which the distinction between pertaining and applicability is decisive—seems obvious. As for art. 10.2, it is a rule that imposes a certain interpretation in case of discrepancy and is therefore unrelated to the distinction between pertaining and applicable rules. It seems that the apparent possibility of applying such distinction to CLCs lies in art. 93. Nonetheless, the counterintuitive nature in this case is reinforced by a key provision of the SC itself, such as art. 96.1: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, forman parte

del ordenamiento interno (Validly concluded international treaties, once officially published in Spain, shall form part of the internal legal order).” If this were the case, any reasonable interpretation of this precept would lead to the conclusion that the rules contained in the treaties referred to in art. 93, if they are not contradictory to the SC, will be rules pertaining to the Spanish legal system once officially published. And, if they are contradictory, the SC should be amended (*former art. 95.1 SC*) so that they end up being rules pertaining to said legal system. Certainly, and unlike what happens in the private international law scenarios, there is no room in this case for admitting rules that are applicable but not pertaining to the system.

3. *Two concepts of sovereignty*

Sauca states as the fifth structural feature that “las CLC implican una transferencia parcial de soberanía, la misma soberanía que legitima a la propia Constitución (CLCs imply a partial transfer of sovereignty, the same sovereignty that legitimates the constitution itself.” However, defending this thesis is rather difficult.

For the time being, it seems more of a functional feature since it is not stated that we can derive it from the scrutiny of the structure of a precept without further ado that the transfer of part of its sovereignty. But, even admitting that it is a structural feature, the doubt remains as to whether such transfer of sovereignty happens in the cases referred to by Sauca.

Most certainly the clearest candidates are those in which an element of foreignness is involved. Thus, art. 10.2 could be understood as a transfer of sovereignty when it comes to interpreting the constitutional precepts that recognize fundamental rights and freedoms. For example, it could be said that the Constitutional Court (hereinafter CC) would lose part of its “soberanía interpretativa (interpretative sovereignty)” in favor of the European Court of Human Rights (hereinafter ECHR) regarding the rights and freedoms contained in the European Convention on Human Rights. More clearly, the provisions of art. 93 entail the possibility of transferring sovereignty (in this case, “political”), as evidenced, for instance, by the fact that the Spanish State signed the treaties that bind it to the provisions of the European Union institutions.

However, it is very doubtful that a transfer of sovereignty occurs in the other two cases of CLCs. In this regard, it is particularly shocking to say that art. 65.2 implies a partial transfer of sovereignty because the King can freely appoint and dismiss the civilian and military members of his Household.

It seems, rather, a case of distribution of jurisdiction (we could also understand the first additional provision in the same way). Indeed, we should not forget that in both cases—both that of the King and that of the institutions pertaining to the territories with *fueros* (local laws) and historic rights—we are talking about organs of the Spanish State. If this is true, there is no transfer of sovereignty from Spain to other States, but rather a distribution of jurisdictions within the same legal system.

Perhaps an ambiguity in the use of the term “sovereignty” explains why in the four cases of CLCs we see a partial transfer of sovereignty. At the very least, we can discern two different concepts of sovereignty in these cases. In articles 10.2 and 93 there is an affection of sovereignty understood as “state sovereignty”—although in the former it is limited to interpretative organs, while in the latter it may also include legislative and executive institutions—. Here, thus, we are dealing with a State that transfers part of its sovereignty to external organs. On the other hand, when we argue that art. 65.2 and the first additional provision transfer sovereignty, we should understand the term “sovereignty” not as state sovereignty, since, as it has been said, we are dealing with organs pertaining to the same State, but as “popular sovereignty”. The case provided by art. 65.2 is illustrative on this matter: the power attributed to the King subtracts his actions in this field from the scrutiny of democratic decisions, but within the State itself. Hence, the words of Sauca, quoted at the beginning of this subsection, make sense when he indicates that the transferred sovereignty is “la misma soberanía que legitima a la propia Constitución (the same sovereignty that legitimates the Constitution itself)” for it is the “popular sovereignty” that confers its legitimacy as a democratic system.

III. OBSERVATIONS ON THE FUNCTIONS OF CONSTITUTIONAL LIQUIDITY CLAUSES

As I said at the beginning of this paper, one of the virtues of Sauca’s study is that it combines the structural analysis of CLCs with a functional perspective. Although in contemporary legal theory the structural approach often prevails when categorizing legal rules, we must recall that prominent authors such as Hart have given preponderance to the functional perspective when classifying the normative material with which jurists work. Hart does nothing else, for example, when he formulates his well-known distinction between different secondary rules. As is well known, the rules of change, adjudication and recognition come to compensate, respectively, for the defects that a legal system with little evolution

would have, namely, static character, diffuse social pressure, and uncertainty (Hart, 1961, chap. V). It seems to me that some of the recurrent discussions on the best characterization of such types of rules have prioritized the structural analysis (see, for example, that sustained by Bulygin, 1991 and Ruíz Manero, 1991) at the expense of the functional one, which was precisely the one at the basis of Hart's distinction. It is true that when we give priority to function over structure, we should admit that the rules in question do not necessarily share the same structural features. This happened to Hart, emblematically with the rule of recognition (Vilajosana, 2019) and this may also explain some of the difficulties that Sauca's proposal must face—which I have already referred to in the previous section.

Nevertheless, the functions that Sauca assigns to CLCs are the following:

- 1) They contribute to constitutional stability and avoid continuous formal reform.
- 2) They moderate tensions due to eventual antinomies between domestic and international commitments.
- 3) They moderate the need to resort to constitutional mutations.
- 4) They help integrate different constitutional dynamics.
- 5) Encourage institutional cooperation and favor dynamics of deference.
- 6) They avoid mechanisms of the last word and open deliberative spaces.
- 7) They help to set up a multilevel sovereignty.

I will now make a few comments on two issues related to these functions. Firstly, I will highlight the problems of differentiating "normal" changes of interpretation—with which the CLCs seem to be associated in some cases and which would avoid formal reform—from those changes involving a constitutional mutation. Secondly, I will challenge the sixth function ascribed to the CLCs since it is difficult to differentiate these types of clauses from the usual mechanisms for granting the last word.

1. Constitutional mutations and evolutionary interpretation

As stated, Sauca assigns to the CLCs the functions of, on the one hand, preventing continuous formal reform and, on the other, moderating the need to resort to constitutional mutations. It seems to me that this is a crucial point in the framework proposed by the author because if the CLCs fulfill both roles, there is justification for treating them as a resource halfway between reform and mutation, without being identified with either of them. Hence, before making any judgment as to whether this

is the case, we must first analyze what we mean by “formal reform” and by “constitutional mutation”.

Of course, drawing the distinction between reform and mutation requires differentiating between the text of a constitution and its meaning. Only then, we will be able to say that the change that affects the text supposes a reform, while the mutation is related with the modification of its meaning. However, even if it is true from the outset, there remain problems to be solved, especially regarding the scope we must grant to the concept of constitutional mutation.

To begin with, accepting the distinction between text and meaning implies also acknowledging that we can alter the text without changing the meaning, and we can change the meaning without changing the text. The first case, more of an experimental nature, would occur if the “formal reform” were to modify a normative statement within a constitution and replace it with another synonymous statement. This is what would happen, for example, if art. 11.2 SC, “No person of Spanish origin may be deprived of his or her nationality,” was replaced by “It is prohibited for any person of Spanish origin to be deprived of his or her nationality.” The text would have been changed but its meaning would have remained the same. The second case, the variation of meaning without alteration of the text, is the foremost relevant for the issue at hand because it should lead us to understand the difficulties when it comes to differentiating between scenarios of constitutional mutation and those produced by interpretative activity.

There have been undoubted cases of constitutional mutation throughout history, which have precisely demonstrated the need to use this category as opposed to that of formal reform of the constitution. The most emblematic one in this regard is perhaps that of Hitler’s accession to power. As is well known, by taking advantage of the opportunity provided by the provisions of the Weimar Constitution in terms of exceptions (mainly Article 48), Hitler managed to modify the institutional design of the German state without touching a single comma of its constitutional text. Considering that the changes brought by this procedure were undoubtedly significant but did not fit into the concept of constitutional reform, some people spoke of mutation (Boldt, 1971).

Indeed, cases like this show that an analysis based on purely formal criteria is not convincing when the determination of the identity of a legal system is at stake. However, we cannot say that any non-formal change of a constitution produces a constitutional mutation either. If this would be the case, then we must establish a criterion of relevance to distinguish between those variations that lead to mutation and those that do not.

The criterion of relevance must be of a political nature and the best candidate is the one related to the elements that define the type of political regime (Vilajosana, 1996). The changes produced in Hitler's time originate a constitutional mutation because they imply a change of political regime without formally modifying the constitutional text.

Perhaps Sauca could consider this idea to establish a distinction between CLCs and constitutional mutation: the former do not seek to modify the political regime that is associated with the constitution. Nevertheless, there is still a not minor problem to be solved. If the mutation does not occur through a change of institutional structures—for instance, when a head of state or government legislates behind Parliament's back in a formally democratic system—but through an interpretative endeavor, then specific setbacks associated with such activity arise.

Interpreting a text is attributing a meaning to it. Could we reach constitutional mutation by an interpretative way? Initially, yes. We might conceive that its interpreter, for example, a certain Constitutional Court or the judiciary as a whole (according to the type of legal system involved), can produce through this activity profound changes in the meaning of constitutional texts without their formal reform—or, rather, a variation in the meanings originally associated with the texts because it makes no sense to speak of texts devoid of meaning in this context. Here again we would have the problem of either accepting that any change in the interpretation of a precept of the constitution implies a constitutional mutation or else providing a criterion of relevance for the interpretative change, which might well be the aforementioned one. A constitutional mutation would only occur through interpretation if the changes in the meanings associated with the constitutional texts entail a change of political regime. However, this may be an overly demanding criterion. Thus, some authors seem to claim, sometimes implicitly, that the changes must be relevant to fit into the category of constitutional mutation, but they must not necessarily entail a change of political regime.

This case raises an interesting and difficult problem to solve, which is clearly highlighted when we use hermeneutic principles such as the so-called evolutionary interpretation, whose use admits and justifies that changes in the interpretation of constitutional texts, and not just minor ones, must occur to keep pace with the social changes that are taking place. Both the ECHR and the CC have used this resource. It makes sense in both cases, partly due to some of the reasons that Sauca wields to justify the presence of CLCs. When formal reforms are elusive, the resource of evolutionary interpretation becomes an interpretative mechanism capable of achieving transformations that would otherwise be very onerous.

As for the ECHR, it occurs because it is not easy to achieve formal consensus to modify international treaties that affect many States; and as for the CC, because of the expensive procedure of formal reform regulated by Title X of the SC.

The practice of evolutionary interpretation has a long tradition in international jurisdiction and, more specifically, in the ECHR when interpreting the European Convention on Human Rights. The International Court of Justice,² Court of Justice of the European Union,³ the Inter-American Court of Human Rights⁴ and the Human Rights Committee,⁵ among others, have also used this resource.

The ECHR, at least since the Tyrer⁶ resolution, has been developing the doctrine whereby human rights must be interpreted in an evolutionary manner. This means that we cannot limit its content and scope on the grounds that the law itself was interpreted in a restricted manner or with certain connotations at the time of the enactment of the legislation at hand (in the case of this Court, the Convention). What is relevant in these cases is not the will of the individual who approved the regulation at the time, but the connotations and scope that the concept may have acquired over time (Cf. Helmersen, 2013).

With greater or lesser rigor and consistency, the CC has also used this hermeneutic principle in pronouncements on such diverse subjects as the protection of fundamental rights against the environmental noise that may result from the technological society,⁷ the fight against gender

² Some of the cases where it can be found are: Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), [1971], ICJ Reports 16, <https://www.icj-cij.org/case/53> for 53. Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey), [1978], ICJ Reports 3, <https://www.icj-cij.org/case/62>, for 77. Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), [2009], ICJ Reports 213, <https://www.icj-cij.org/case/133>, for 64-66.

³ Case 283/81 Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health, [1982], ECR 3415, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61981CJ0283>, for 20.

⁴ The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the due Process of Law, Advisory Opinion, [1999], OC-16, Inter-American Court of Human Rights Series A No 16, https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_ing.pdf, for 114.

⁵ Roger Judge v. Canada, Human Rights Committee, [2003], Communication No. 829/1998, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/829/1998, <https://www.refworld.org/cases,HRC,404887ef3.html>, for 10.3.

⁶ Tyrer v. The United Kingdom, [1978], Series A n. 26, judgment Application no. 5856/72, <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57587>, for 31.

⁷ Constitutional Court Judgment (CCJ) 119/2001, of May 24, 2001.

violence,⁸ same-sex marriage,⁹ sex-based discrimination,¹⁰ the impact of social media on the balance between the right to honor and privacy and the freedoms of speech and information¹¹ or as the legality of abortion.¹²

Furthermore, the High Court adds that the constitutional suitability of this type of interpretation is guaranteed by article 10.2: “the hermeneutic rule of article 10.2 SC has an associated rule of evolutionary interpretation.”¹³ We can reconstruct the argument leading to this conclusion as follows. As we know, article 10.2 SC establishes that the rules relating to fundamental rights and freedoms recognized by the Constitution must be interpreted in accordance with the Universal Declaration of Human Rights and both the international treaties and agreements on these matters ratified by the Spanish State. In the view that this appeal to the international sphere includes, pursuant to the Constitutional Court¹⁴ own doctrine, the interpretation of said Declaration and treaties made by the pertinent organs, and bearing in mind that evolutionary interpretation plays a decisive role in the hermeneutic process of these organs, we can conclude, therefore, that when the Constitutional Court applies this resource, it does nothing more than comply with the mandate of article 10.2.

If that were true, would not article 10.2 (one of the examples of CLCs provided by Saucha) lead to the possibility of a constitutional mutation, which is something that CLCs would help to avoid? Of course, an appropriate answer to this question requires the clearest possible criterion to distinguish the cases in which certain interpretative activities (emblematically those of evolutionary interpretation) lead to constitutional mutations from those that are merely the expression of interpretative changes of no greater significance. While I have previously painted the path whereby we could address such distinction, to admit the suggested criterion (relating mutation to political regime change) or any other, we must accept that, at least as far as art. 10.2 SC is concerned and based in its interpretation by the CC, the use of the evolutionary interpretation can lead to constitutional mutations.

⁸ CCJ 59/2008, of May 14, 2008.

⁹ CCJ 198/2012, of November 6, 2012.

¹⁰ Second Division of the Constitutional Court Judgment (SCCJ) 233/2007, of November 5, 2007, 108/2019, of September 30, 2019, and 153/2021, of September 13, 2021.

¹¹ CCJ 8/2022, of January 27, 2022.

¹² CCJ 44/2023, of May 4, 2023.

¹³ CCJ 198/2012, of November 6, 2012, ground 9.

¹⁴ CCJ 116/2006, of April 24, 2006, and CCJ 38/2011, of March 28, 2011, among many others.

2. Mechanisms of last word and the dilemma of constitutional liquidity

One of the functions that Sauce attributes to CLCs is that they avoid mechanisms of last word and instead provide deliberative spaces. However, from the analysis of the four CLCs proposed examples, we can fairly suspect that CLCs may be mechanisms of last word.

Since, as I already said, the contradiction between two statements is a logical relation, we cannot discard the possibility that resolutions issued by the CC may be contrary to the SC. These resolutions, moreover, may become final despite being unconstitutional because either they are not subject to appeal or, even if they are, the period of limitation for appealing them has elapsed. These are well-known organs granted the last word, risking unconstitutional rules in the legal system. It highlights a more specific problem of the general problem of the so-called irregular rules. As we know, Kelsen offered a solution to this contradiction: the tacit alternative clause.

This resource appears in Kelsen as a solution to the problem of normative contradictions between rules with different hierarchical status. Kelsen's stance in this regard is precisely to deny that such a contradiction may occur. For the author, claiming that a valid rule is "unconstitutional" constitutes a *contradictio in adjecto* (Kelsen, 1960, p. 277). However, he cannot ignore the fact that in the day-to-day practice of law certain legal norms are deemed unconstitutional and, nevertheless, are considered "valid". Confronted with this practice, Kelsen develops the following solution: the constitution empowers the legislator to make general legal rules also through a procedure different from that directly determined by the rules of the constitution, thus providing them with a different content from that directly determined by the constitutional rules. The latter formulates only one of the two possibilities that the constitution provides. The other possibility is provided by the constitution when it delegates to none but the legislative branch the decision on the question of whether a law enacted by that branch is a law in the constitutional sense. The constitutional provisions which regulate legislation have the status of alternative provisions. Hence, we can conclude, based on Kelsen, that the constitution contains a direct and indirect regulation of the law and that the legislative branch has the choice between both (Kelsen, 1960, p. 279).

Therefore, the fact that a norm is valid despite not complying with the conditions expressly established for its creation—and is hence called by some "unconstitutional" or simply "illegal"—can only be explained, according to Kelsen, by the hypothesis that the higher norm tacitly contains an open authorization that empowers the organ involved—not only

the legislative branch, since Kelsen broadens it to the other organs— to issue norms through the procedure and content that said organ determines, even in contradiction with the text of the higher norm itself. In this way, every legal rule would coincide with a higher norm, either with its express formulation or with the tacit empowering clause. Thus, we may conclude that there is no possibility of conflict between rules of different hierarchical levels. The difference between both alternatives of legal enactment lies only in the fact that, if the latter is chosen, i.e., the one that tacitly grants full autonomy in the choice of procedure and content, the organ risks the avoidance of the rules it issues and eventually to be sanctioned.

The tacit alternative clause has received several criticisms. Suffice it to quote one of the earliest and most devastating. Kelsen's thesis implies the assumption that every rule in the legal system is tautological since it would authorize both a normative conduct and its opposite (Vernengo, 1960, p. 17). This means, in sum, that the system in question would not determine any pattern of behavior: saying "you must do p or not p " makes little sense for a normative system that claims to regulate the conduct of individuals and to do so as a "specific social technique" —which is Kelsen's own understanding of law.

We cannot deny that CLCs, as conceived by Sauca, share a certain resemblance with the idea underlying the use of the tacit alternative clause, although there are certain differences between them. On the one hand, the tacit alternative clause postulated by Kelsen is a hypothesis of knowledge, as it was his renowned *Grundnorm*. We can put it this way, resorting to this category is an attempt by the theory to account for some element of legal practice. On the other hand, Sauca has stressed enough that CLCs are precepts of positive law, thus the four examples he offers regarding articles of the SC.

However, there remains a certain resemblance between both figures. It lies in incorporating into the legal system rules that may be unconstitutional but can no longer be the subject of legal discussion. And this situation makes us, once again, wonder if CLCs do indeed avoid constituting mechanisms of last word or not.

At this point, we are heading towards a form of dilemma. On the one hand, aware of the problem that may arise from the admission of unconstitutional rules issued by the organs to which "normative powers" are attributed through CLCs, Sauca resorts to the distinction between pertaining and applicability. Other authors have applied this distinction precisely to the so-called "irregular rules" (Moreso and Navarro, 1998): These eventual unconstitutional rules would not pertain to the Spanish legal system but would be applicable in accordance with it, thereupon a rule (con-

tained in the CLC at hand which does pertain to the legal system) would oblige or empower its use by a judge to resolve a case. I mentioned at the time that this could lead to counterintuitive results in some cases, but what I wish to emphasize now is that, by using this distinction to solve a problem such as that of irregular rules, we are admitting the possibility that there is indeed such a contradiction since it is its presence that causes the problem. On the other hand, if the general cases of irregular rules as well as the more specific one of unconstitutional rules that may result from the exercise of powers granted by the CLCs occur, then we are admitting that the organs that exercise those powers function as institutions of last word.

Therein lies the dilemma to which I refer. If the assumptions contemplated in the CLCs institute mechanisms of last word (as it seems evident in the example of the powers granted to the King by art. 65.2), they cannot be distinguished from other “normal” mechanisms for granting the last word. Therefore, avoidance of this type of mechanism could not be a characteristic function of the CLCs. If, by contrast, the resolutions taken by the organs to whom the CLCs grants power are resolutions susceptible of review by other institutions, then indeed the CLCs would not establish mechanisms of last word. Therefore, this functional feature could be postulated as a distinctive feature of the CLCs, but consequently other characteristics that Saucá attributes to them would decline. Specifically, it ceases to make sense to say both that the incompatibilities between what is said by these organs and constitutional regulation can be resolved by resorting to the principle of prevalence of the former over the latter (fourth structural feature) and that CLCs imply a transfer of sovereignty (fifth structural feature). Likewise, it is hard to see from this corner of the dilemma how the fourth and fifth functional features would be fulfilled, i.e., to what extent CLCs would help to integrate different constitutional dynamics or would encourage institutional cooperation, favoring deferential dynamics.

IV. CONCLUSIONS

What I have argued throughout this paper can be summarized into the following conclusions:

1. Saucá made a wise move when he combined a structural and functional analysis of CLCs, however there is still room for possible critical remarks regarding both types of analysis in his study.

2. In section II I focused my attention on three aspects of the structural features that would characterize CLCs: that they be rules that confer normative powers, that the discrepancies that may result from their applica-

tion regarding constitutional regulation be resolved through the principle of prevalence, and that they entail a partial transfer of sovereignty.

3. About the fact that CLCs be rules that confer normative powers, I have argued that it may be useful to introduce the distinction between prescriptive rules and constitutive rules. From there and depending on whether CLCs express one or two rules, there are six diverse ways of reconstructing them. Although, based on Sauca's definition for CLCs, it would seem feasible to reduce CLCs to a unitary model, namely, as a constitutive rule referring to another constitutive rule. A detailed examination of CLCs shows the difficulties of this endeavor.

4. About the principle of prevalence, I have stated that, if we understand that "discrepant contents" and "contradiction" are (at least partially) synonymous expressions and we admit that the relation of contradiction between two rules is of a logical nature, then the use of the principle of prevalence, far from assuming that there are no contradictions between the rules that may emanate from CLCs and the Constitution, presupposes them. Furthermore, I have stressed that the use of the distinction between pertaining and applicability in this case leads to counterintuitive results, as art. 96.1 SC highlights.

5. About the claim that the CLCs imply a partial transfer of sovereignty, I have shown that it is doubtful this to be the case in some instances and I have proposed that its eventual plausibility would be due to an ambiguity in the use of the term "sovereignty". Thus, while we could understand that "state sovereignty" is transferred by means of arts. 10.2 and 93, this is not the case with art. 65.2, which would refer rather to a matter of democratic legitimation, closer, therefore, to the idea of "popular sovereignty".

6. In section III I focused my attention on the scrutiny of three functions that Sauca attributes to the CLCs: avoid continuous formal reform, moderate the need to resort to constitutional mutations, and avoid mechanisms of last word.

7. About the possibility of CLCs contributing to constitutional stability by distancing themselves from complex constitutional reform mechanisms but without falling into constitutional mutation, I have stressed the need to establish a clear distinction between constitutional mutation and changes of meaning in the constitutional text because of interpretative activity. It is particularly clear that this is not an easy task in the so-called evolutionary interpretation. Moreover, because the highest interpreter of the SC has held in some rulings that art. 10.2, precisely one of the cases of CLC highlighted by Sauca, contains the mandate to interpret it in this way when we are dealing with fundamental rights and freedoms recognized in the SC.

8. Finally, as for the thesis whereby the presence of CLCs avoids resort to mechanisms of last word, I have stressed that the way of understanding such clauses shares a certain resemblance with the tacit alternative clause proposed by Kelsen to address the problem of irregular rules. The use here of the distinction between pertaining and applicability saves Sauca from falling into certain self-defeating results to which the Kelsenian clause leads, but does not spare him from having to face a dilemma: either CLCs are mechanisms of last word (which contradicts the function we discussed) or they are not (which would affect certain structural features and other functions that Sauca attributes to CLCs).

Notwithstanding these conclusions show some disagreements with Sauca's thesis, they also attest to the interest they caused in me. We are witnessing a study that addresses decisive issues of great complexity with great academic expertise. That is why, as with every fine intellectual work, the highest praise we can possibly give is to discuss it in depth.

V. REFERENCES

- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1975). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Astrea.
- Boldt, H. (1971). Article 48 of the Weimar Constitution: Its Historical and Political Implications. En A. Nicholls y E. Matthias (Eds.), *German Democracy and the Triumph of Hitler*. Unwin.
- Bulygin, E. (1991). Regla de reconocimiento: ¿Norma de obligación o criterio conceptual? Réplica a Juan Ruiz Manero. *DOXA*, 9, 311-318. <https://doi.org/10.14198/DOXA1991.9.16>
- Ferrer, J. (2000). *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Hart, Herbert L. A. (1961). *El concepto de derecho*. (Genaro R. Carrió, trad.) Abeledo-Perrot.
- Helmersen, S. (2013). Evolutive Treaty Interpretation: Legality, Semantics and Distinctions. *European Journal of Legal Studies*, 6(1), 127-148.
- Kelsen, H. (1979). *Teoría pura del derecho*. (trad. Roberto J. Vernengo) UNAM.
- Moreso, J. J. y Navarro, P. (1998). The Reception of Norms, and Open Legal Systems. En S. L. Paulson y B. L. Paulson (Eds.), *Normativity and Norms* (pp. 273-292). Clarendon Press.
- Moreso, J. J. y Vilajosana, J. M. (2004). *Introducción a la teoría del derecho*. Marcial Pons.

- Ramírez, L. y Vilajosana, J. M. (Eds.). (2022). *Reglas constitutivas y derecho*. Marcial Pons.
- Ruiz Manero, J. (1991). Normas independientes, criterios conceptuales y trucos verbales; Respuesta a Eugenio Bulygin. *DOXA*, 9, 281-293. <https://doi.org/10.14198/DOXA1991.9.14>
- Searle, J. (1997). *La construcción de la realidad social*. (Antoni Doménech, trad.) Paidós.
- Vernengo, R. (1960). La función sistemática de la norma fundamental. *Revista jurídica de Buenos Aires*, (I-II), 207-225.
- Vilajosana, J. M. (1996). Towards a Material Criterion of Identity of a Legal Order. *Rechtstheorie. Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts*, 27, 45-64.
- Vilajosana, J. M. (2019). Social Facts and Law: Why the Rule of Recognition is a Convention. En L. Ramírez y J.M. Vilajosana (Eds.), *Legal Conventionalism* (pp. 89-107). Springer.
- Vilajosana, J. M. (2022). Persistencia y recepción de normas jurídicas. En J.J. Moreso, P. Navarro, J. L. Rodríguez y J. Ferrer (Coords.), *Eugenio Bulygin en la teoría del derecho contemporánea* (pp. 355-368). Marcial Pons.

Sobre la noción de liquidez constitucional. Una idea cercana a la tesis de la cláusula alternativa tácita de Kelsen¹

On the Notion of Constitutional Liquidity. A Close Idea to Kelsen's Thesis of Tacit Alternative Clause

Marcela Chahuán Zedan

 <https://orcid.org/0000-0001-7862-2334>

Universidad de Chile, Chile
Correo electrónico: mchahuan@derecho.uchile.cl

RECEPCIÓN: 31 de julio de 2023

ACEPTACIÓN: 19 de septiembre de 2023

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2024.18.18653>

RESUMEN: En el presente trabajo examino la tesis de José María Sauca sobre la “liquidez constitucional” y las cláusulas de este tipo que identifica en la Constitución Española. Propondré analizarlas a la luz de la tesis de la cláusula alternativa tácita presentada por Kelsen.

Palabras claves: liquidez constitucional, cláusula alternativa tácita, control de regularidad normativa, interpretación auténtica de la Constitución, Constitución Española.

ABSTRACT: In this paper I examine the thesis statement of José María Sauca on “Constitutional Liquidity” and the clauses of this kind that he identifies in the Spanish Constitution. I will analyze them under the light of the tacit alternative clause thesis presented by Kelsen.

Keywords: constitutional liquidity, tacit alternative clause, control of normative regulation, authentic interpretation of Constitution, Spanish Constitution.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *En torno a la tesis de la cláusula alternativa tácita.* III. *Las cláusulas de liquidez constitucional en la Cons-*

¹ Agradezco a Álvaro Núñez por invitarme a participar en el seminario de la Universidad de Murcia que dio origen a este texto. Por supuesto, también a José María Sauca, por compartir las agudas y estimulantes ideas que fueron discutidas en el seminario y en esta publicación. Asimismo, agradezco a quienes realizaron la revisión de este escrito, que con sus comentarios contribuyeron a mejorar su estructura y el desarrollo de algunas ideas.

titudin Española. Una lectura a través de la tesis de la cláusula alternativa tácita. IV. Características estructurales de las cláusulas de liquidez constitucional. Estrecha cercanía con la tesis de Kelsen. V. Conclusión. VI. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

José María Sauca (2023), en su trabajo *Estabilidad y cambio en la constitución: la liquidez constitucional*, analiza, desde una perspectiva teórica y también histórica, algunas características de las constituciones. En particular, examina la idea de estabilidad y los mecanismos institucionales para conseguir este objetivo, así como los modos en que la estabilidad puede adecuarse a las exigencias de cambio social. En esta línea, considera los conceptos de inmutabilidad, intangibilidad, rigidez, atrincheramiento, reforma, mutación y flexibilidad, todos ellos referidos a la constitución. También, aborda en su investigación un fenómeno normativo que propone denominar “liquidez constitucional”, y que, según presenta, se habilita mediante ciertas *cláusulas de liquidez constitucional* (CLC) contenidas de manera expresa en algunas constituciones. El autor identifica cuatro CLC en la Constitución Española de 1978, y las analiza mediante la caracterización que presenta sobre este fenómeno.

Sauca anota que la liquidez constitucional es una dimensión que no ha sido explorada de manera sistemática. En sus palabras, se refiere a “aquellos supuestos en los que las prescripciones constitucionales devienen parcialmente inaplicables en razón de que la propia constitución ha dispuesto la aceptación de la prioridad aplicativa de otra normativa que eventualmente pudiera llegar a existir” (Sauca, 2023, p. 31). A continuación, señala que las previsiones constitucionales que operan como fuente de liquidez constitucional serán denominadas CLC. Para su identificación, dice, se limita a una aproximación a la Constitución Española de 1978.

Reseñaré las CLC que Sauca identifica en la Constitución Española y propondré analizarlas a la luz de las ideas que Kelsen expuso sobre la *cláusula alternativa tácita* (CAT). Sostendré que las ideas de Sauca sobre liquidez constitucional (no obstante que atribuye a las cláusulas habilitantes un carácter expreso) son cercanas a lo que Kelsen intentaba esclarecer mediante la tesis de la CAT. Esto es, que la aplicabilidad y efectos jurídicos de normas que podrían tener un contenido incompatible con otras normas constitucionales está estrechamente relacionado con el diseño institucional del control de la constitucionalidad. Así, se vincula con las decisiones que dichos órganos toman sobre la regularidad de las normas jurídicas y la prioridad aplicativa de estas.

II. EN TORNO A LA TESIS DE LA CLÁUSULA ALTERNATIVA TÁCITA

Kelsen es uno de los teóricos que enfatiza el carácter dinámico del derecho, en el sentido de que regula su propia producción mediante normas que establecen las condiciones para producir válidamente otras normas. Esta idea está estrechamente vinculada con su noción de estructura jerárquica del orden jurídico, según la cual, este se compone de normas de distintos niveles, y las normas de inferior jerarquía están subordinadas a las normas superiores. En el nivel superior del derecho positivo de los órdenes jurídicos se encuentran las constituciones. Las normas superiores instauran condiciones de validez formal, relativas al órgano competente y el procedimiento que ha de seguir dicho órgano para la producción normativa. Y, también, en los órdenes jurídicos contemporáneos, las normas superiores establecen requisitos materiales que, generalmente, limitan el contenido de las normas a producir (Kelsen, 1960, p. 201 y ss.).²

De lo recién expuesto, podría concluirse que una norma que no se adecúa a las condiciones formales y/o materiales establecidos por las normas superiores es, según esta propuesta, una norma inválida. Sin embargo, cuando Kelsen aborda la cuestión de las normas inconstitucionales formula la polémica tesis de la CAT.

Según plantea Kelsen, las constituciones tienen, por una parte, una regulación que fija las condiciones que han de seguirse para producir válidamente las otras normas de un sistema jurídico. Pero, además, dice, tienen una regulación alternativa, en virtud de la cual, las denominadas normas inconstitucionales están, en realidad, autorizadas vía indirecta por la constitución. Esta regulación alternativa faculta tácitamente al legislador y a los jueces a formular normas generales o individuales, respectivamente, según el procedimiento y contenido que los mismos decidan. Salvo que el control de la regularidad se encargue a un órgano diverso a estos, pues en este último caso, la constitucionalidad dependerá de la decisión de los órganos a cuyo cargo se encuentre dicho control (Kelsen, 1960, p. 279).³

² Hay que precisar que, según Kelsen, la primera constitución de un orden jurídico deriva de la norma fundamental, la que no es una norma puesta o positivada, sino una norma supuesta; una hipótesis metodológica que utiliza el autor para justificar la validez (en sentido de obligatoriedad) de la primera constitución (Kelsen, 1960, p. 205 y ss.). Sobre la ambigüedad conceptual con que Kelsen utiliza la expresión "validez" me referiré, someramente, unos párrafos adelante. Críticas a la noción de norma fundamental y el concepto de validez en sentido de obligatoriedad, pueden revisarse en la bibliografía mencionada en la nota 7 de este escrito.

³ Kelsen ya había formulado la CAT en la primera edición de la *Teoría Pura del Derecho* (Kelsen 1934, p. 115-116).

Entonces, de acuerdo con esta tesis, aunque las normas superiores fijen condiciones de validez formal relativas al procedimiento conforme al cual han de formularse las normas, y/o establezcan condiciones de validez material, las normas disconformes con estos requisitos cuentan como “válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por un órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la constitución” (Kelsen, 1960, p. 280).

Es interesante notar que, en este contexto, Kelsen hace la referencia al Rey Midas, explicando que: “En este respecto, el Derecho se asemeja al Rey Midas. Así como todo lo que aquel tocaba se convertía en oro, todo aquello a que el derecho se refiere, toma carácter jurídico. Dentro del orden jurídico, la nulidad es sólo el grado superior de la anulabilidad” (Kelsen, 1960, p. 283).

Para una comprensión de esta tesis de Kelsen es prudente conectarla con otros aspectos de su teoría.⁴ Uno de estos aspectos es la ambigüedad conceptual con que utiliza la expresión *validez*. Si bien es cierto que Kelsen propone como criterio de validez jurídica la conformidad con las normas superiores que condicionan la producción normativa, también utiliza la expresión “validez” para referirse a la existencia jurídica de las normas y, también, a la obligatoriedad de cumplir con estas. Así, la tesis de la CAT puede entenderse como una propuesta para explicar la existencia y efectos jurídicos de normas inválidas (en sentido de irregulares o disconformes con las normas sobre producción jurídica), mientras no sean positivamente expulsadas del orden jurídico.⁵

Pero, sobre todo, para un mejor entendimiento de la tesis de la CAT esta ha de conectarse con la idea del carácter de constitutivo de las sentencias y de las “declaraciones” de inconstitucionalidad, así como con la noción de interpretación auténtica del autor. Sobre lo primero, cabe recordar que, según Kelsen, las denominadas “declaraciones de inconstitucionalidad” no meramente declaran, sino que constituyen la inconstitucionalidad (Kelsen, 1960, p. 246-251). A su vez, de acuerdo con Kelsen, hay que considerar que los intérpretes auténticos no son, como se entien-

⁴ En esta oportunidad me referiré, solamente, a los aspectos de la teoría de Kelsen que tienen mayor relevancia a los efectos de esta propuesta. En otro escrito he analizado con mayor profundidad las conexiones de la CAT con otras tesis de la teoría del derecho de Kelsen (Chahuán, 2017).

⁵ En este sentido afirma: “Una norma no válida es una no existente, es la nada jurídica. La expresión «ley inconstitucional», aplicada a un precepto legal que se considera válido, es una contradicción en los términos” (Kelsen, 1960, p. 277). La ambigüedad con que Kelsen utiliza el término “validez”, tanto en sentido de existencia jurídica y obligatoriedad, ha sido criticada por otros autores. Cito a modo de ejemplo: Hart (1958); Ross (1961); Raz (1979); Nino (1985); Celano (1999); Bulygin (1982, 1990); Guastini (1992, 2002).

de tradicionalmente, los autores de los textos. Los intérpretes auténticos en sentido kelseniano son los órganos con competencias para atribuirle significado a los textos normativos, cuya decisión produce efectos jurídicos y se impone sobre las demás. En especial, dice Kelsen, es auténtica la interpretación que llevan a cabo los tribunales superiores que tienen la última palabra sobre el significado de los textos normativos (Kelsen, 1960, p. 350-354).⁶

La tesis de la CAT, en general, ha sido bastante criticada por considerarse contradictoria con la propia teoría del derecho de Kelsen, concretamente, con la idea de estructura jerárquica del orden jurídico.⁷ En mi opinión, aun cuando sea una tesis que fue formulada de un modo que puede parecer paradójico, Kelsen observa una cuestión central para el análisis de las normas inconstitucionales: el diseño institucional de los mecanismos de control de la regularidad constitucional. Cuando una norma no está sujeta a un control distinto al de aquel que la formula, entonces, será este mismo órgano quien decida sin límites su contenido (o procedimiento). En cambio, cuando existe un órgano diferente a quien se atribuye competencia para decidir sobre la constitucionalidad, será quien decida lo que vale como una norma jurídica regular. Además, cuando existe dicho órgano encargado del control de la regularidad, mientras una norma no sea positivamente expulsada del orden jurídico por este, aunque haya sido formulada de modo irregular (o interpretada de este modo por algunas intérpretes), esta cuenta como si fuese válida.

Algunos autores que son críticos de la CAT, me refiero en particular a Eugenio Bulygin (1995, p. 17) y a Juan Ruiz Manero (1990, p. 65-67), la han interpretado como una tesis que alude a una regla que ordenaría conductas opuestas: por una parte, ordena formular normas ajustadas a las normas constitucionales y, también, autoriza formular normas inconstitucionales. Así, cualquier curso de acción resultaría conforme con las normas constitucionales, de modo que estas no podrían ser infringidas. Por eso estos autores creen que, de seguirse esta tesis, supondría la pérdi-

⁶ Sobre la noción de interpretación auténtica de Kelsen puede revisarse Troper (1999, p. 475-476).

⁷ En este sentido puede revisarse a Bulygin (1995). Una crítica similar se encuentra en Ruiz Manero (1990). Letizia Gianformaggio (1995) plantea sugerentes interrogantes sobre la tesis de la CAT de Kelsen (en esa misma publicación, esta autora junto a Stanley Paulson recopilan uno de los debates más difundidos en torno a la tesis de Kelsen). En defensa de la CAT y rescatando aspectos realistas de la teoría del derecho de Kelsen, véase Comanducci (1997, 1998, 2012); Chiassoni (2012a, 2012b, 2012c, 2013, 2017); Ratti (2014). Una propuesta de análisis que vincula a la CAT con la idea de derrotabilidad puede consultarse en Tur (2013).

da del contenido normativo, entendido como la capacidad de las normas de guiar la conducta.

En mi opinión, en cambio, la CAT es una tesis que no alude a reglas de conducta, sino a normas de competencia.⁸ La tesis de Kelsen consiste en mostrar que a los órganos con competencias normativas se les concede un poder para formular normas sin ningún límite (más que aquellos que los mismos consideren), si es que sus decisiones no están sometidas a un control que sea ejercido por un órgano diverso. De este modo, los órganos con competencias normativas pueden formular normas que resultan contradictorias con otras normas que regulan la producción normativa. En cambio, cuando se confiere poder a un órgano distinto al que formula las normas, a cuyo cargo se encuentra el control de constitucionalidad, este podrá invalidarlas. Será así quien tenga la última palabra sobre la regularidad o irregularidad de las normas jurídicas.

Kelsen destaca que la cuestión de la regularidad depende de quién sea el organismo a cuyo cargo se encuentra el control de constitucionalidad. Dicho de otra manera, enfatiza que el órgano con competencia normativa será el que decida el contenido y el procedimiento de las normas que formula, o bien, será el órgano con competencias de control, si es que existe, quien decida finalmente sobre lo anterior.

Sobre la cercanía de estas ideas de Kelsen con las de Sauca, profundizaré en los puntos siguientes al examinar las CLC que identifica en la Constitución Española y sus características estructurales.

III. LAS CLÁUSULAS DE LIQUIDEZ CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. UNA LECTURA A TRAVÉS DE LA TESIS DE LA CLÁUSULA ALTERNATIVA TÁCITA

Según propone Sauca, la Constitución Española de 1978 contiene algunas previsiones constitucionales que habilitan la posibilidad de que se formulen, en el futuro, normas cuyo contenido sea eventualmente inconstitucional. Estas cláusulas, expone, son inmunes al control de constitucionalidad correspondiente. La regulación constitucional se hace así líquida, en el sentido que es la misma Constitución la que explícitamente habilita las condiciones de producción de normativa inconstitucional. Estas cláusulas son:

- 1) La previsión de interpretación conforme al derecho internacional de los derechos humanos (artículo 10.2)

⁸ En un sentido similar véase Guastini (2016).

- 2) La Casa del Rey (artículo 65.2)
- 3) El reconocimiento de la primacía y efecto directo del derecho de la Unión Europea (artículo 93)
- 4) La actualización de los derechos históricos (Disposición Adicional 1a.)

1. *Previsión de interpretación conforme*

La primera CLC que Sauca identifica en la Constitución Española es la contenida en el artículo 10.2 que establece que “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 y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Si entiendo bien el argumento de Sauca, esta disposición contiene una CLC porque habilita a los intérpretes estatales a interpretar las disposiciones normativas relativas a derechos fundamentales, de un modo tal que se extraigan normas que pueden resultar disconformes con la Constitución. Esto se explica, a su vez, debido a que las disposiciones sobre derechos fundamentales deben interpretarse de manera que se adecúen a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales sobre estas materias ratificados por España. Y, sobre todo, porque deben ajustarse a las interpretaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y los diversos comités de Naciones Unidas. Estas interpretaciones no son necesariamente compatibles con una interpretación conforme con la Constitución.

Esta cláusula daría prioridad aplicativa a las interpretaciones según la normativa internacional por sobre las interpretaciones conforme con la Constitución. Según plantea Sauca (2023, p. 35), esto se da, especialmente, cuando existen órganos internacionales a cargo de la interpretación de estos instrumentos, como es el caso del TEDH y los diversos Comités de Naciones Unidas, dado que los intérpretes estatales deben seguir sus interpretaciones, aun cuando sean incompatibles con normas constitucionales.

Sauca explica que el TEDH ha ido progresivamente convirtiéndose en un tribunal constitucional europeo, especialmente, a partir de la doctrina del efecto de cosa juzgada y su desarrollo a través de las sentencias piloto, así como con la vigencia del Protocolo 16 de la Convención Europea de Derechos Humanos. También, según indica, se ha ido extendiendo la posibilidad de aplicar un control de convencionalidad en el ámbito de actuación de los tribunales españoles.

Como ya he adelantado, esta disposición constitucional (y también las demás que examina el autor) se puede analizar con la tesis de la CAT de Kelsen, la que, como observé unas páginas atrás, se conecta con su noción de interpretación auténtica. Sobre esto último, cabe recordar que, según el autor de la *Teoría pura del derecho*, la interpretación auténtica es aquella que llevan a cabo los órganos con competencias para interpretar. Consiste en decidir un significado de los textos que se impone por sobre otras interpretaciones. Especialmente, es aquella que realizan los tribunales superiores que tienen la última palabra en materia de interpretación.

Aunque Sauca insiste en que las CLC son cláusulas expresas (no tácitas), apunta a la misma idea de Kelsen: lo que cuenta como válido o regular desde el punto de vista jurídico está estrechamente vinculado con el diseño institucional de los mecanismos de control de la regularidad constitucional y de la legalidad. Así, depende de quién tiene la última palabra sobre esto.

Esta idea se refuerza si se tiene en cuenta que, en el análisis de cada una de las cláusulas de liquidez, Sauca concluye dando cuenta de los mecanismos de control de la regularidad, ya sea de la constitucionalidad, o bien la regularidad respecto de la normativa internacional. En el desarrollo de sus argumentos subraya las diferencias, que considera significativas, entre las situaciones en que existe un órgano jurisdiccional encargado de interpretar autoritativamente la normativa internacional y las situaciones en que no existe un órgano de este tipo.⁹ En esta misma línea, Sauca (2023, p. 37) explica que actualmente tiende a aceptarse que los jueces ordinarios del sistema jurídico español ejercen un control difuso de legalidad respecto de los criterios de interpretación de las sentencias de la Corte Europea. En otras palabras, ellos también ejercen una cuota de control de la regularidad de la normativa.

En síntesis, una parte considerable del análisis se dirige a dar cuenta del diseño de los mecanismos de control y lo que han decidido los órganos con competencias para interpretar las disposiciones normativas en cuestión. Con relación al sistema jurídico español, cabe preguntarse, quién tiene la última palabra en materia de interpretación (quién o quiénes son los intérpretes auténticos en sentido kelseniano): el TEDH (u órganos similares), o bien los órganos estatales como el Tribunal Constitucional

⁹ Cito una parte del texto en que Sauca (2023) explícitamente recalca las diferencias relativas al diseño del control de regularidad normativa: “el margen de discrecionalidad que existe para la interpretación de un tratado o un acuerdo internacional es significativamente diferente en el caso de que estos tengan asociados o no un órgano de tipo jurisdiccional encargado de la interpretación de aquellos” (p. 35).

(TC) que decide seguir o no seguir las interpretaciones de los tribunales internacionales y considerarlas o no como prioritarias.

2. La Casa del Rey

Sauca identifica una segunda CLC que extrae del artículo 65.2 que dispone que: "El Rey nombra y releva libremente a los miembros civiles y militares de su Casa".

Esta cláusula, según registra, tiene como antecedente el aspecto financiero contenido en el número anterior del mismo artículo, que señala: "El Rey recibe de los Presupuestos del Estado una cantidad global para el sostenimiento de su Familia y Casa, y distribuye libremente la misma".

Al respecto, Sauca sostiene que, si bien es cierto que los integrantes de la casa del Rey tienen protección jurisdiccional en cuanto a sus derechos como miembros de una administración singular, el control jurisdiccional no interfiere en la libre administración que tiene el Rey. Sobre esto goza de "irresponsabilidad". Así, Sauca concluye que el artículo 65.2 contiene una CLC que habilita al Rey a producir actos relativos a la administración de su casa que están por fuera de la legalidad y del control jurisdiccional. Nota que, a diferencia del supuesto anterior, la tendencia es que vaya en disminución, dada la disposición a una mayor regulación constitucional de la monarquía (Sauca, 2023, p. 39-40).

Una primera cuestión que podría comentarse aquí es que puede interpretarse que hay una antinomia entre, por una parte, esta norma constitucional que exime de responsabilidad al Rey por la administración interna de su casa, y, por la otra, las normas constitucionales que sujetan los actos de los órganos del estado o de las administraciones a la legalidad. El mismo Sauca, unas páginas adelante, descarta que las CLC se traten de antinomias porque, según señala, las CLC habilitan a producir normas que pueden resultar incompatibles con otras normas constitucionales, pero no son ellas mismas incompatibles. Son cláusulas habilitantes de aplicabilidad externa que dan prioridad aplicativa a la normativa producida en virtud de ella.

En mi opinión, nuevamente se trata de lo que muestra Kelsen con la tesis de la CAT. Si no hay un órgano diverso al que formula la normativa que tenga competencia para controlar su regularidad, entonces, será este mismo quién decida las normas que cuentan como regulares. En este caso, si no hay un órgano diferente al Rey que controle la constitucionalidad de sus actos (el control jurisdiccional queda fuera) es este quien decide sin límites el contenido de los actos relativos a la administración interna de su casa.

Así, explicado a través de la tesis de la CAT esta disposición diría lo siguiente. Aun cuando el Rey produzca actos relativos a la administración interna de su casa que puedan ser interpretados como incompatibles con otra normativa constitucional, estos operarán como si fuesen válidos. Esto porque es el mismo Rey el que controla la regularidad de los actos relativos a la administración interna de su casa. Tales actos están exentos de un control a cargo de un órgano diferente, caso en el cual sería este último quien decide si se ajustan o no a la Constitución.

3. El reconocimiento de la primacía y efecto directo del derecho de la Unión

La tercera CLC que Sauca identifica es la que contiene el art. 93 de la Constitución Española, que dispone:

Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.

Esta disposición, según menciona Sauca, se complementa con el artículo 135.2 (introducido por reforma constitucional del 27 de septiembre de 2011) que establece que: “El Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros”.

El autor reconoce que no pretende abordar todas las complejidades de los múltiples aspectos involucrados en la interpretación de estas disposiciones. No obstante, puntualiza que, en un comienzo la tendencia jurisprudencial fue a no reconocer el carácter constitucional del derecho europeo, más bien se consideró de rango infra constitucional. Sin embargo, cree que actualmente la tendencia es a defender la primacía del derecho de la Unión por sobre el derecho español, incluida la Constitución, más allá de unos límites genéricos que el TC juzga de improbable transgresión.

Entonces, de nuevo depende de quién o quiénes tienen la última palabra sobre las normas que cuentan como válidas en un sistema jurídico, tal como en la tesis de la CAT. En este punto, Sauca examina la jurisprudencia del TC español y observa que este órgano es quien ha decidido el estatus del derecho europeo en el sistema jurídico español (infra o supra constitucional). Por consiguiente, destaca las decisiones del órgano

con competencia para determinar en última instancia lo que cuenta y lo que no cuenta como válido o regular en el derecho español y su jerarquía.

De este modo, al analizar esta CLC, Sauca se enfoca en prácticamente los mismos aspectos que Kelsen aborda en su explicación sobre la CAT. Recuérdese que Kelsen insiste en que cuando existe un órgano competente —como un tribunal constitucional— para revisar la regularidad de cierta normativa, será este quien finalmente decida su estatus en el orden jurídico y si tal normativa se ajusta o no a la constitución. Estos mismos aspectos se encuentran en el análisis de Sauca cuando examina las tendencias jurisprudenciales de las decisiones del órgano a cargo del control de constitucionalidad en el sistema jurídico español. También en este punto es interesante considerar las conexiones entre la tesis de la CAT y la tesis del carácter constitutivo de las “declaraciones de constitucionalidad e inconstitucionalidad”, así como con la noción kelseniana de *intérprete auténtico*. Aplicado al análisis de Sauca, me parece interesante, sobre todo, por los comentarios relativos a los órganos que han decidido el estatus del derecho europeo en relación con la Constitución Española.

4. *La actualización de los derechos históricos*

La cuarta CLC en la Constitución Española es, según Sauca, la norma que se extrae de la Disposición Adicional 1a. que establece que: “La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía”.

Según Sauca, este es el supuesto más complejo y probablemente más controvertido de las cuatro CLC analizadas, y cree que connota una excepcionalidad en el marco constitucional español. Según algunos han sostenido, los derechos históricos preceden a la constitución “son pre y para constitucionales, inmunes a revisión constitucional y suponen reserva permanente de autogobierno” (Sauca, 2023, p. 44, citando a Herrero de Miñón).

La idea aquí, según entiendo, es que se trata de una CLC porque, según tal interpretación de esta disposición, se habilita a producir normativa según derechos históricos, lo que podría resultar incompatible con otras normas constitucionales. Sauca indica que a este marco constitucional se debe añadir la Disposición Adicional 4a., relativa al estatuto de autonomía del País Vasco y el de Navarra. Sobre estas cláusulas subraya lo que cito continuación:

Por demás, el Tribunal Constitucional ha mantenido una posición interpretativa restrictiva en relación con su reconocimiento. Si bien se han mantenido los peculiares sistemas de concierto y convenio económico que ha establecido un régimen fiscal singular que ha sido, por demás, ratificado en el marco europeo. (Sauca, 2023, p. 45)

En este punto, Sauca destaca cómo el TC español ha interpretado los márgenes de la normativa relativa a los derechos históricos y su estatus en el derecho español. De esta manera, una vez más apunta hacia lo que advierte Kelsen con la tesis de la CAT en cuanto al diseño institucional de los mecanismos de control de la regularidad constitucional. Los márgenes constitucionales respecto al contenido y procedimiento para formular normas dependen, en la práctica, de las decisiones que adopten los órganos a los que el propio sistema jurídico atribuye competencia para decidir sobre esto. Así, las normas que sean producidas en virtud de esta CLC continuarán o no produciendo efectos jurídicos, dependiendo de la decisión que, al respecto, tomen los órganos competentes para producir una interpretación auténtica de la constitución, en sentido kelseniano.

IV. CARACTERÍSTICAS ESTRUCTURALES DE LAS CLÁUSULAS DE LIQUIDEZ CONSTITUCIONAL. ESTRECHA CERCANÍA CON LA TESIS DE KELSEN

Al final del texto, Sauca propone algunas características estructurales y otras funcionales de las CLC, así como sus implicaciones teóricas. Haré algunos comentarios sobre las características estructurales.

1. *Carácter expreso*

En primer lugar, Sauca plantea que estas cláusulas tienen un *carácter expreso*. Es decir, están contenidas en una formulación explícita, en el sentido de que existe un "enunciado lingüístico susceptible de contener una proposición inteligible y con grado de univocidad aceptable", que habilita a producir normativa de este tipo (Sauca, 2023, p. 46).

Intuyo que Sauca defendería la idea de que esta es, al menos, una de las características que diferencia su propuesta de análisis sobre estas cláusulas de la tesis de Kelsen. Las que él analiza no son cláusulas tácitas o supuestas, sino reglas que explícitamente confieren poderes para producir una normativa que, eventualmente, puede tener un contenido inconstitucional.

Pero ¿qué indican de manera explícita estas disposiciones? Considerando el propio análisis de Sauca, en el desarrollo de sus argumen-

tos enfatiza, más bien, cómo está diseñado el control de la regularidad de las normas producidas en ejercicio de la competencia conferida por las CLC. En algunos casos, según relata, están exentas de control jurisdiccional de constitucionalidad, de modo que el órgano o sujeto que formula la norma es el mismo que decide sobre la regularidad de sus actos (como en el caso de la administración interna de la casa del Rey). O bien, se refiere al órgano encargado del control y qué es lo que ha decidido sobre la constitucionalidad o la primacía de otra normativa (como la normativa del derecho internacional o la de los derechos históricos). Así también, examina si es que hay otro órgano con competencias para interpretar que está “por encima” de los órganos estatales (el TEDH como tribunal constitucional), en el sentido que estos deben seguir sus interpretaciones o que, en la práctica, las siguen.

Entonces, tal como Kelsen, Sauca desprende su tesis de la configuración o diseño de los mecanismos de control de constitucionalidad. Extrae las características estructurales —incluida la del carácter expreso— a partir de lo mismo: de normas que confieren poder para interpretar autoritativamente si es que la normativa producida en virtud de las CLC se ajusta o no a normas superiores. Y recalca lo que han decidido tales órganos al respecto. O bien, saca sus conclusiones a partir de la ausencia de competencias para controlar la constitucionalidad de algunos actos, en el sentido de que no hay un órgano a cargo del control que sea distinto al que los formula.

2. Estructura de una regla

Una segunda característica que Sauca atribuye a las CLC es la estructura de una regla. Al respecto, precisa que las CLC no responden al grado de generalidad y ambigüedad que caracterizan a los principios.

En el caso de la tesis de Kelsen, también alude a las reglas que organizan el control de constitucionalidad. De estas reglas sobre el diseño del control, Kelsen extrae la tesis de la CAT. Esto está íntimamente relacionado con la característica siguiente.

3. Reglas que confieren poderes

Las CLC son, según Sauca, reglas que atribuyen competencias para la creación de otras normas. Entonces, ¿cuáles son, concretamente, los poderes atribuidos por estas CLC y a qué sujeto u órgano se le confieren? Intentaré reconstruir la respuesta a esta pregunta sobre la base de las afirmaciones

de Sauca, aunque no siempre resulta del todo claro cuál es el poder conferido ni a qué sujeto u órgano.

La norma que se extrae del artículo 10.2 atribuye a los órganos estatales el poder de interpretar los textos normativos de acuerdo con normativa internacional sobre derechos humanos. O más bien, según las interpretaciones de organismos internacionales, aun cuando de esas interpretaciones se extraigan normas disconformes con normas constitucionales. Esta cláusula establece así la prioridad de la interpretación según la normativa internacional de los derechos humanos, frente a una interpretación conforme con la Constitución.

La norma que se extrae del artículo 65.2 confiere el poder normativo al Rey para disponer libremente de los nombramientos de los miembros de esta administración singular, y de la distribución del gasto. Dicho de otra manera, el mismo Rey “controla” estos actos (no hay órgano diferente que controle su regularidad).

Sobre la norma contenida en el artículo 93, no estoy muy segura de qué poder confiere exactamente y a quiénes. Sauca asevera que la producción normativa reconocida por esta CLC es de magnitud extraordinaria: establece una prelación normativa, efectos generales y aplicación directa del derecho de la Unión, así como también, hay ámbitos competenciales afectados.

Respecto de la Disposición Adicional 1a., según entiendo, Sauca plantea que esta CLC confiere el poder normativo para producir una regulación alternativa a la contemplada en la Constitución, respecto de la atribución de competencias a las comunidades autónomas, sin proceder a su reforma formal.¹⁰

En este punto, finalmente comenta que, en definitiva: “las CLC tienen un carácter nomodinámico que, con mayor o menor amplitud [...], genera nuevas normas cuyo contenido no es determinable *a priori* de los actos de producción normativa” (Sauca, 2023, p.).

Sobre esta característica, al igual que la tesis de Kelsen, se refiere a normas que atribuyen competencia. Como subrayé anteriormente, Kelsen observa que en los casos en que el examen de constitucionalidad

¹⁰ Sobre esta CLC, Sauca señala que es de un grado de indeterminación más amplio y que “[...] la habilitación de producción normativa remite, de manera indirecta, a un carácter paccional que resulta característico de los procedimientos de elaboración y reforma de los Estatutos de Autonomía establecidos en la Constitución. De esta forma, los Derechos Históricos constituyen el acervo material de competencias de carácter extraordinario objeto de actualización mediante los procesos bilaterales de novación estatutaria. Dicha actualización, por definición -salvo que sea una disposición vacía de contenido-, excede los límites establecidos en el art. 149.1 de la CE relativos al reparto competencial sometido al principio de disponibilidad” (Sauca, 2023, p. 48).

no se delega en un órgano distinto al legislador, no se puede concluir otro resultado que la autorización tácita para formular normas irregulares. Distinta es la situación cuando se contemplan dichos mecanismos de control, destacando que:

es esencialmente diferente cuando la constitución delega en otro órgano, distinto al legislativo el examen o resolución de la pregunta de si una ley corresponde a las determinaciones constitucionales que directamente regulan la legislación, facultándole a anular la ley que considere "inconstitucional". Esta función puede ser conferida a un tribunal especial, o a un tribunal supremo, o a todos los tribunales. (Kelsen, 1960, p. 279- 280).

Estas mismas ideas pueden extraerse de las aseveraciones de Sauca. Así, por ejemplo, cuando al referirse a la primera CLC, acentúa que es significativamente diferente la situación si es que existe un órgano jurisdiccional a cargo de las interpretaciones de los tratados o acuerdos internacionales sobre derechos humanos, como el TEDH. En este caso, sostiene, este tendrá la última palabra sobre la interpretación de estos documentos. En caso de que no exista un órgano internacional de este tipo, los órganos estatales tendrán mayor discrecionalidad para interpretarlos. Incluso en el primer caso, creo que vale la pena evaluar con mayor detenimiento si es que el TEDH es el órgano que tiene, realmente, la última palabra en estas materias en el sistema jurídico español.

Las ideas de Sauca también se acercan bastante a la tesis de Kelsen cuando, respecto de la segunda cláusula, explica que los actos de la administración interna de la casa del Rey están por fuera del control jurisdiccional. Asimismo, respecto de la tercera y cuarta CLC, cuando presenta lo que ha resuelto el TC español sobre la primacía o subordinación del derecho europeo o de los derechos históricos respecto de la Constitución Española.

4. Relación de primacía aplicativa en relación con la normativa constitucional

Sobre este punto tengo más bien preguntas y solicitudes de aclaración al autor. Según expone Sauca:

Las normas generadas por las CLC tendrán además de la característica de aplicabilidad externa, la de su validez como pertenencia al sistema jurídico español en los casos de las CLC del art. 65 y la D. A. 1a., mientras que en los supuestos de las CLC del art. 10.2 y 93 su aplicabilidad externa no va acompañada de que puedan reputarse como pertenecientes al siste-

ma. Esta configuración de las CLC evita que las normas producidas en virtud de cada una de ellas y que puedan tener contenidos discrepantes con la regulación constitucional entren en relación de contradicción. La determinación de condiciones de aplicabilidad diferentes implica que se relacionan mediante un principio de prevalencia y no mediante la aplicación de un criterio de jerarquía o de temporalidad. Finalmente, es conveniente aclarar que las normas dictadas en virtud de la CLC no tienen el carácter de normas delegadas. (Sauca, 2023, p. 49-50).

De estas afirmaciones, puede extraerse que las CLC, además de conferir poderes, son normas o criterios de aplicabilidad externa, es decir, que ordenan o autorizan la aplicación de otras normas,¹¹ las producidas en ejercicio de la competencia que confieren. Estas últimas, aun cuando no pertenezcan al sistema jurídico de referencia (en este caso el español), resultan aplicables. Asimismo, las CLC establecen una primacía aplicativa de estas normas frente a otras con las que pudiesen resultar incompatibles.

Mi pregunta es la siguiente: según Sauca, lo que no entra en relación de contradicción, ¿son las CLC con la Constitución? O bien, ¿las normas producidas en virtud de las CLC con la Constitución, aun cuando tengan un contenido incompatible?

Entiendo que las cláusulas habilitantes (las CLC) no entren en relación de contradicción con la constitución, porque son una habilitación para producir una futura legislación que eventualmente podría —o no— resultar incompatible con la constitución. Pero las normas en virtud de ellas producidas, en caso de que tengan un contenido inconstitucional (se interprete de ese modo), ¿por qué no entran en relación de contradicción con la Constitución? De contenido inconstitucional parece decir precisamente eso. Podría concluirse, entonces, que, aunque las normas producidas como ejercicio de la competencia atribuida resulten inconstitucionales,

¹¹ Moreso y Navarro (1996) introducen, al concepto de aplicabilidad propuesto por Bulygin (1982), la distinción entre aplicabilidad externa y aplicabilidad interna. La primera coincide con el concepto de aplicabilidad propuesto por Bulygin, de modo que “Una norma *Ni* es externamente aplicable en un tiempo *t* a un caso individual *c*, que es una instancia del caso genérico *C* si y sólo si otra norma *Nj*, perteneciente al sistema *Sj* del tiempo *t*, prescribe (obliga o faculta) aplicar *Ni* a los casos individuales que son instancias de *C*” (p. 125). En cambio, la aplicabilidad interna de una norma alude a los eventos o estados de cosas regulados por su propio “ámbito de validez”. Definen así a la aplicabilidad interna del siguiente modo: “Una norma *Ni* es internamente aplicable en un momento *t* a un caso individual *c* si y sólo si *c* es una instancia del caso genérico *C*, delimitado por las propiedades definitorias de los ámbitos de validez (espacial, temporal, personal y material) de *Ni*” (Moreso y Navarro, 1996, p. 127).

son igualmente aplicables, porque otra norma constitucional (la respectiva CLC) autoriza y también prioriza su aplicación.

Otra cuestión. Las normas producidas en virtud de la CLC contenidas en el artículo 65.2 y la de la Disposición Adicional 1a., según Sauca, son aplicables y, además, pertenecientes al sistema jurídico en cuestión. En cambio, en los supuestos de los artículos 10.2 y 93, afirma que las normas producidas son aplicables mas no pertenecientes. Sobre esto, no me queda claro cuál es el criterio de pertenencia asumido por el autor. ¿Por qué las dos primeras pertenecen y las otras no? Pareciera que todas las normas producidas como ejercicio de las competencias conferidas por las CLC pertenecen al sistema jurídico de referencia —no obstante, tengan un contenido incompatible con la Constitución—, porque, por ejemplo, el criterio asumido es el de la vigencia. O bien, podría decirse que, cuando tienen un contenido incompatible con la Constitución, no son pertenecientes al sistema jurídico en cuestión, pero son aplicables porque otra norma (la respectiva CLC) autoriza su aplicación, como sostiene Bulygin (1982) respecto de las normas inconstitucionales. No es mi intención aquí defender algún criterio de pertenencia frente a otro, sino más bien mostrar que no es claro el criterio de pertenencia asumido por Sauca.

Ahora, respecto a la CAT de Kelsen, se puede entender también que las normas relativas al diseño del control de constitucionalidad son normas o criterios de aplicabilidad. De este modo, las normas producidas por autoridades normativas son aplicables a los supuestos que regulan, mientras no sean expulsadas del sistema por la decisión de los órganos que tienen a su cargo el control de la regularidad normativa.

5. Las CLC habilitan a producir normativa que puede resultar incompatible con otras normas constitucionales

Como quinta característica estructural, Sauca plantea que la Constitución admite que las normas generadas a través de una CLC puedan tener un contenido que, eventualmente, resulte incompatible con la regulación ordinaria de la Constitución.

La idea de que las cláusulas de liquidez habilitan a producir una regulación alternativa a la constitución es muy similar, incluso en su redacción, a la tesis de la CAT. No tengo más que agregar aquí que lo ya dicho.

Hacia el final de esta caracterización, Sauca añade que la liquidez constitucional implica la manifestación de un poder de idéntica naturaleza que el poder constituyente, o el poder constituido en el caso de las refor-

mas; y que, por ello, suponen el uso del poder soberano que fundamenta a la Constitución. En esa línea, sostiene que:

Las CLC son parte de la Constitución, tienen la misma legitimidad que cualquier otro componente de ella y su peculiaridad radica en que habilita la producción de normas que disfrutarán de preferencia aplicativa sobre las recogidas en el texto constitucional y, evidentemente, las producidas a tenor de la misma. Dicho en breve, las CLC implican una transferencia parcial de soberanía, la misma soberanía que legitima a la propia Constitución. (Saucá, 2023, p. 50).

Sobre la idea de transferencia de poderes soberanos, tengo también una duda y una solicitud de aclaración: ¿la transferencia de la soberanía se produce de quién hacia quién, o de cuál órgano a cuál otro órgano en cada una de las CLC identificadas? Para este análisis me parece relevante, nuevamente, evaluar quién tiene la última palabra sobre lo que cuenta como derecho y cuál es su jerarquía en el sistema jurídico español.

V. CONCLUSIÓN

En este trabajo he intentado mostrar que la noción de *liquidez constitucional* que propone José María Saucá es muy cercana a la tesis de la CAT de Kelsen. En otras palabras, apunta hacia la misma idea: algunas disposiciones constitucionales expresan normas que autorizan a producir normativa que puede resultar incompatible con otras normas constitucionales. En el análisis de Saucá, estas normas son aquellas que denomina “cláusulas de liquidez constitucional”, cuyo examen sitúa en la Constitución Española de 1978, en la que identifica cuatro CLC. La tesis de Kelsen alude a las normas de competencia que configuran el control de constitucionalidad. En ambos análisis el foco está en esto último, sólo que la propuesta de Saucá está referida a una normativa específica y, también, al diseño del control de la regularidad que esa normativa, en particular, tiene. Así como a las decisiones que los respectivos órganos a cargo del control de la regularidad han tomado.

Saucá subraya como una de las características estructurales de las CLC su carácter expreso y, por tanto, no de carácter tácito como la cláusula de Kelsen. Sin embargo, el análisis de cada una de las cláusulas que identifica está enfocado, ya sea en la idea de que la normativa producida en virtud de la cláusula está exenta de control de constitucionalidad, o bien plantea que los órganos estatales que deciden sobre esto deben seguir, o de hecho siguen, las interpretaciones de otros organismos (*i. e.*

órganos internacionales). Y es exactamente esto lo que advierte Kelsen con la tesis de la CAT: la regularidad de una norma y el hecho de que esta pueda continuar produciendo efectos jurídicos depende, en la práctica, de la decisión del órgano que tiene la última palabra sobre el control de la regularidad.

Las demás características estructurales que identifica en estas cláusulas son las mismas que las de la tesis de la CAT. En síntesis: alude a normas de competencia que confieren poderes a ciertos órganos para producir normativa que, eventualmente, puede tener un contenido incompatible con otras normas constitucionales, cuestión que decidirán quienes tengan la última palabra sobre la regularidad de la normativa producida.

VI. REFERENCIAS

- Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (1991). *Análisis lógico y derecho*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Bulygin, E. (1995). Cognition and interpretation of law. En L. Gianformaggio y S. Paulson (Eds.), *Cognition and Interpretation of Law* (pp. 11-35). Giappichelli.
- Celano, B. (1999). *La Teoria del diritto di Hans Kelsen: una introduzione critica*. Il Molino.
- Comanducci, P. (1997). Taking Kelsen seriously. En E. Garzón Valdés et al. (Eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory* (pp. 165-182). Duncker & Humblot.
- Comanducci, P. (1998). *Assagi di metaetica due*. Giappichelli.
- Comanducci, P. (2012). Tomando a Kelsen en serio. En G. A. Ramírez Cleves (Ed.), *Ecos sobre Kelsen* (pp. 439-460). Universidad Externado.
- Chahuán, M. (2017). Sobre la tesis de la cláusula alternativa tácita. Aspectos realistas que rescatar. *Analisi & Diritto*, (2017), 257-299.
- Chiassoni, P. (2012a). Dos preguntas, una solución. Sobre el realismo radical de Hans Kelsen. En J. J. Moreso y J. L. Martí (Eds.), *Contribuciones a la Filosofía del Derecho. Imperia en Barcelona 2010* (pp. 177-198). Marcial Pons.
- Chiassoni, P. (2012b). *Desencantos para abogados realistas*. Universidad Externado.
- Chiassoni, P. (2012c). Il realismo radicale della teoria pura del diritto. *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, (1), 237-262. <https://www.rivisteweb.it/doi/10.1436/36850>

- Chiassoni, P. (2013). Wiener realism. En L. Duarte D'almeida, J. Gardner y L. Green (Eds.), *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law* (pp. 157-160). Hart Publishing.
- Chiassoni, P. (2017). Cuatro etapas en la epistemología jurídica de Hans Kelsen. En C. Bernal, y M. Porciuncula (Eds.), *Kelsen para erizos: ensayos en honor a Stanley L. Paulson* (pp. 85-126). Universidad Externado.
- Gianformaggio, L. (1995). Pure theory of law and tacit alternative clause. En L. Gianformaggio y S. Paulson (Eds.), *Cognition and Interpretation of Law* (pp. 257-273). Giappichelli.
- Guastini, R. (1992). *Dalle fonti alle norme*. Giappichelli.
- Guastini, R. (2002). Cinco observaciones sobre validez y derogación. *Discusiones. Inconstitucionalidad y Derogación*, (2), 59-63.
- Guastini, R. (2016). Kelsen on validity (once more). *Ratio Juris*, 29(3), 402-409.
- Kelsen, H. (1960). *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho* (Mario G. Losano, Trad.). Editorial Universitaria.
- Kelsen, H. (1986). *Teoría pura del derecho* (2a. Ed.; Roberto Vernengo, Trad.). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Moreso, J. J. y Navarro, P. (1996). Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (5), 119-139.
- Nino, C. S. (1985). *La validez del derecho*. Astrea.
- Sauca, J. M. (2023). *Estabilidad y cambio en la constitución: la liquidez constitucional* [Manuscrito inédito]. Programa de Doctorado en Derecho, Universitat Pompeu Fabra.
- Ratti, G. B. (2015). Un poco de realismo sobre inconstitucionalidad y derogación. *Discusiones*, 14(1), 253-276. <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2014.2469>
- Raz, J. (1979). *The authority of Law. Essays on Law and Morality*. Oxford University Press.
- Ross, A. (1991). *El concepto de validez y otros ensayos*. Fontamara.
- Ruiz Manero, J. (1990). *Jurisdicción y normas*. Centros de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Troper, M. (1999). Una teoría realista dell'interpretazione. *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, (2), 473-493. <https://www.rivisteweb.it/doi/10.1436/6738>
- Tur, R. (2013). The Alternative Character of the Legal Norm: Kelsen as a Defeasibilist? En L. Duarte D'almeida, J. Gardner, y L. Green (Eds.), *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law* (pp. 245-258). Hart Publishing.

On the Notion of Constitutional Liquidity. A Close Idea to Kelsen's Thesis of Tacit Alternative Clause¹

*Sobre la noción de liquidez constitucional.
Una idea cercana a la tesis de la cláusula alternativa tácita de
Kelsen²*

Marcela Chahuán Zedan

 <https://orcid.org/0000-0001-7862-2334>

University of Chile
E-mail: mchahuan@derecho.uchile.cl

RECEIVED: July 31, 2023

ACCEPTED: September 19, 2023

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2024.18.18653>

RESUMEN: En el presente trabajo examino la tesis de José María Sauca sobre la “liquidez constitucional” y las cláusulas de este tipo que identifica en la constitución española. Propondré analizarlas a la luz de la tesis de la cláusula alternativa tácita presentada por Kelsen.

Palabras claves: liquidez constitucional, cláusula alternativa tácita, control de la regularidad normativa, interpretación auténtica de la Constitución, Constitución Española.

ABSTRACT: In this paper I examine the thesis statement of José María Sauca on “constitutional liquidity” and the clauses of this kind that he identifies in the Spanish Constitution. I will analyze them under the light of the tacit alternative clause thesis presented by Kelsen.

Keywords: Constitutional Liquidity, tacit alternative clause, control of normative regulation, authentic interpretation of Constitution, Spanish Constitution.

CONTENTS: I. Introduction. II. On the tacit alternative clause thesis. III. Constitutional liquidity clauses in the Spanish Constitution. A reading through the tacit alternative clause thesis. IV. Structural features

¹ Traducción realizada por la doctora Ioana Cornea y Mariana Esparza Castilla.

² I am grateful to Álvaro Núñez for inviting me to take part in the seminar at the University of Murcia that resulted in this text. Also, of course, I would like to thank José María Sauca for sharing the sharp and stimulating ideas that were discussed at that seminar and in this publication. Likewise, I thank those who reviewed this paper, whose comments contributed to improve its structure and the development of some ideas.

I. INTRODUCTION

In his work "Estabilidad y cambio en la constitución: la liquidez constitucional" (Stability and change in the constitution: constitutional liquidity) (Saucá, 2023), José María Saucá analyzes some features of the constitutions from a theoretical perspective. Specifically, he examines the idea of stability and the institutional mechanisms to reach it, and the ways stability can be adjusted to social change demands. In this framework, the author ponders the concepts of immutability, intangibility, rigidity, entrenchment, reform, mutation, and flexibility, all of them regarding the constitution. In his research, he also addresses a normative phenomenon, which he calls "constitutional liquidity", that, according to him, is enabled by certain clauses (hereinafter CLCs) expressly contained in some constitutions. The author identifies four CLCs in the Spanish Constitution of 1978 and analyzes them by the characterization he provides of this phenomenon.

Saucá stresses that constitutional liquidity is a dimension that has not been systematically explored. In his words, he means:

aquellos supuestos en los que las prescripciones constitucionales devienen parcialmente inaplicables en razón de que la propia constitución ha dispuesto la aceptación de la prioridad aplicativa de otra normativa que eventualmente pudiera llegar a existir (those cases in which constitutional prescriptions become partially inapplicable due to the constitution itself have provided the acceptance of precedence of other regulations that may eventually come into existence. Transl. Mariana Esparza) (Saucá, 2023, p. 31).

Then, he states that the constitutional provisions that serve as source for constitutional liquidity will be called constitutional liquidity clauses. He confines himself to an examination of the Spanish Constitution of 1978 to identify them.

I will review the CLCs identified by Saucá in the Spanish Constitution and analyze them in the light of Kelsen's ideas about the tacit alternative clause (hereinafter TAC). I claim that the ideas that Saucá has on constitutional liquidity (although he attributes an express nature to the enabling clauses) are close to what Kelsen was trying to clarify through his TAC thesis. That is to say, both the applicability and the legal effects of norms that may be incompatible with other norms are intimately related to the institutional design of the control of constitutionality. Thus, it relates to the

judgment that such organs make on the regularity of legal norms and their precedence.

II. ON THE TACIT ALTERNATIVE CLAUSE THESIS

Kelsen is one of the theorists that stresses the dynamic nature of law since it regulates its own creation through norms providing the conditions to validly create other norms. This idea is intimately related to his notion of the hierarchical structure of the legal system, which is formed by norms of different hierarchical levels, whereby the lower hierarchical norms are subordinate to the higher ones. At the highest level of the positive law of legal systems lie the constitutions. Higher norms establish conditions of formal validity regarding the organ with jurisdiction and the procedure it must follow for normative creation. Moreover, in contemporary legal systems, higher norms establish material requirements that usually restrict the content of the norms to create (Kelsen, 1960, p. 201 et seq.).³

Thus, we can conclude that a norm that does not comply with the formal or material provisions established by higher norms is, under this proposal, an invalid norm. However, when Kelsen addresses the issue of unconstitutional norms, he formulates the controversial TAC thesis.

Kelsen claims that constitutions have, on the one hand, a regulation establishing the conditions that must be followed to validly create the other norms of a legal system. And, on the other hand, they have an alternative regulation through which the so-called unconstitutional norms are, in fact, authorized indirectly by the constitution. This alternative regulation implicitly empowers both legislator and judges to formulate general or individual norms, respectively, according to the procedure and content they decide. Unless the control of regularity is entrusted to a different organ other than these, in this case, the constitutionality will rely on the judgments of the organs in charge of such control (Kelsen, 1960, p. 279).⁴

Therefore, following this thesis, even if higher norms establish conditions of formal validity regarding the procedure whereby norms are to

³ We must specify that, according to Kelsen, the first constitution of a legal system comes from a basic norm, which is not a posited nor positive norm but a presupposed one. The author employs this thesis to justify the validity (in a binding sense) of the first constitution (Kelsen, 1960, p. 205 and et seq.). I will briefly address the conceptual ambiguity on Kelsen's use of the expression "validity" paragraphs later. If anyone wishes to consult the critiques regarding the notion of basic norm and the concept of validity in a binding sense, can see the references provided in footnote No. 7 herein.

⁴ Kelsen had already formulated the TAC thesis in the first edition of *Pure Theory of Law* (Kelsen 1934, p. 115-116).

be formulated or establish conditions of material validity, the norms that do not comply with these requirements are “*válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por un órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la constitución* (valid until they are annulled by a court or a competent organ according to the procedure established in the constitution. Transl. Mariana Esparza) (Kelsen, 1960, p. 280).”

It is interesting the reference that Kelsen makes here to King Midas explaining that:

En este respecto, el Derecho se asemeja al Rey Midas. Así como todo lo que aquel tocaba se convertía en oro, todo aquello a que el derecho se refiere, toma carácter jurídico. Dentro del orden jurídico, la nulidad es sólo el grado superior de la anulabilidad (In this respect the law is like King Midas: just as everything he touched turned to gold, so everything to which the law refers assumes legal character. Within the legal order, nullity is only the highest degree of annullability. Transl. Mariana Esparza) (Kelsen, 1960, p. 283).

An understanding of this thesis requires connecting it with other aspects of Kelsen’s theory.⁵ One of such is the conceptual ambiguity in his use of the term validity. While it is true that Kelsen proposes as a criterion of legal validity the compliance with higher norms that determine normative creation, he also uses the term “validity” to indicate the legal existence of norms and, also, the enforceability of complying with them. Hence, we can understand the TAC thesis as an attempt to explain the existence and legal effects of invalid norms (irregular norms or not in compliance with the norms on legal creation), so long as they are not positively expelled from the legal system.⁶

Nevertheless, a better understanding of the TAC thesis requires connecting it with the idea of constitutive nature of judgments and “statutes” of unconstitutionality, as well as with the author’s notion of authentic inter-

⁵ I will focus only on those aspects of Kelsen’s theory that are most relevant for the purposes of this proposal. In another paper I have discussed in greater depth the connections the TAC bears with other theses of Kelsen’s theory of law (Chahuán, 2018).

⁶ In this regard, the author states that: “Una norma no válida es una no existente, es la nada jurídica. La expresión “ley inconstitucional”, aplicada a un precepto legal que se considera válido, es una contradicción en los términos (A norms that is not valid would be null, which means it would not be a legal norm at all. The expression “unconstitutional law” applied to a legal precept regarded as valid is a contradiction in terms).” Kelsen, 1960, p. 277. The ambiguity in Kelsen’s use of the term “validity”, both in a legal existence and binding sense, has been criticized by other authors. I quote the following works as examples: Hart, 1958; Ross, 1961; Raz, 1979; Nino, 1985; Celano, 1999; Bulygin, 1982, 1990, and Guastini, 1992, 2002.

pretation. Regarding the former, we should remind that, for Kelsen, the so-called “unconstitutional statutes” not only declare but rather constitute unconstitutionality (Kelsen, 1960, p. 246-251). Furthermore, Kelsen argues that authentic interpreters are not, as traditionally understood, the authors of texts. The authentic interpreters in the Kelsenian sense are the organs with the competence to attribute meaning to normative texts, whose judgment establishes legal effects and takes precedence over others. In particular, the authentic interpretation is the one carried out by the higher courts which have the last word on the meaning of normative texts (Kelsen, 1960, p. 350-354).⁷

Overall, the TAC thesis has been widely criticized as contradictory to Kelsen’s own theory of law, specifically, to the idea of the hierarchical structure of the legal system.⁸ In my opinion, although the thesis may seem paradoxical, Kelsen highlights a central issue for the analysis of unconstitutional norms: the institutional design of the mechanisms for the control of constitutional regularity. When there is no authority over a norm other than the one that formulates it, then this same organ shall decide its content (or procedure) without limitations. In contrast, when there is a different organ conferred with the competence to decide on constitutionality, it shall be the one to decide what counts as a regular legal norm. Furthermore, provided such an organ entrusted with the regularity control, a norm counts as valid so long as it has not been positively expelled from the legal system, even if it has been formulated in an irregular way (or thus interpreted by some interpreters).

Some critics of the TAC, particularly Eugenio Bulygin (Bulygin, 1995, p. 17) and Juan Ruiz Manero (Ruiz Manero, 1990, p. 65-67), argue that it alludes to a rule that would mandate opposite conducts: on the one hand, it mandates the formulation of norms in accordance with constitutional norms and, on the other hand, it also authorizes the formulation of unconstitutional norms. In this way, any course of action would comply with constitutional norms and thus cannot be violated. This is why such authors believe that, if we were to follow Kelsen’s thesis, it would entail the loss of normative content, understood as the capacity of norms to guide behavior.

⁷ On Kelsen’s notion of authentic interpretation, see Troper, 1999, p. 475-476.

⁸ On this point, see Bulygin, 1995. A similar criticism can be found in Ruiz Manero, 1990. Letizia Gianformaggio raises suggestive questions about Kelsen’s TAC thesis in Gianformaggio, 1995—in which she also compiles, along with Stanley Paulson, one of the most widespread debates on Kelsen’s thesis. For a defense of the TAC with realist aspects of Kelsen’s legal theory, see Comanducci, 1997; 1998; 2012; Chiassoni 2010, 2012a y 2012b, 2013; 2017; Ratti, 2014. A proposal for an analysis relating the TAC to the idea of defeatability can be found in Tur, 2013.

However, as I see it, the TAC is a thesis that does not allude to behavioral norms, but to rules of jurisdiction.⁹ Kelsen's thesis shows that the organs with normative competence are granted a power to formulate norms without limitations (other than those they deem appropriate), if their judgments are not subject to a control exercised by a different organ. In this way, the organs with normative powers can formulate norms that contradict other norms regulating normative creation. Conversely, when power is conferred over a different organ than the one formulating the norms, which controls the constitutionality, such organ may invalidate them. It will thus have the last word on the regularity or irregularity of legal norms.

Kelsen emphasizes that the question of regularity relies on which organ oversees the control of constitutionality. In other words, he stresses that the organ with normative power will decide on the content and procedure of the norms it formulates, otherwise, it will be the organ with powers of control, if any, who will finally decide on this.

Regarding the closeness between Kelsen's and Saucá's ideas, I will further discuss it in the following section examining the CLCs that Saucá identifies in the Spanish Constitution and their structural features.

III. CONSTITUTIONAL LIQUIDITY CLAUSES IN THE SPANISH CONSTITUTION. A READING THROUGH THE TACIT ALTERNATIVE CLAUSE THESIS

Saucá argues that the Spanish Constitution of 1978 contains some constitutional provisions that enable the possibility of formulating, in the future, norms whose content may eventually be unconstitutional. These clauses, he states, are immune to the corresponding control of the constitutionality. Therefore, constitutional regulation becomes liquid since the constitution itself explicitly enables the conditions for unconstitutional normative creation. These clauses are:

- Provision of interpretation in accordance with International Human Rights Law (Article 10.2)
- The Household of the King (Article 65.2)
- Recognition of the primacy and direct effect of European Union Law (Article 93)
- Update of historic rights (1st Additional Provision)

⁹ On a similar line of thought see Guastini, 2016.

1. *Provision of interpretation in accordance with International Human Rights Law (Article 10.2)*

The first CLC identified by Sauca in the Spanish Constitution is contained in article 10.2 which states that

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 y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (The principles relating to the fundamental rights and freedoms recognized by the Constitution shall be interpreted in conformity with the Universal Declaration of Human Rights and the international treaties and agreements thereon ratified by Spain).

If I understand Sauca's argument correctly, this provision contains a liquidity clause because it empowers state interpreters to interpret normative provisions regarding fundamental rights, in a way that extracts norms that may be not in conformity with the Constitution. This is explained, in turn, because the provisions regarding fundamental rights must be interpreted to be in line with the Universal Declaration of Human Rights and the international treaties and agreements thereon ratified by Spain. More importantly, because they must comply with the interpretations of the European Court of Human Rights (ECHR) and several committees of the United Nations. However, these interpretations are not necessarily in line with an interpretation complying with the Constitution.

This clause would grant precedence to interpretations based on international normative over interpretations complying with the Constitution. As stated by Sauca, this happens particularly when there are international organs in charge of interpreting such instruments. For instance, in the case of the ECHR and the several committees of the United Nations, state interpreters must follow their interpretations although they may be incompatible with constitutional norms (Saucu, 2023, p. 35).

Saucu explains that the ECHR has progressively become a European constitutional court, mainly due to the doctrine of *res judicata* and its development through pilot judgments, as well as with the entry into force of Protocol 16 of the European Convention on Human Rights. Moreover, as he points out, the possibility of applying a control of conventionality in the scope of Spanish courts action has become more widespread.

We can analyze this constitutional provision (as well as the others discussed by the author) through Kelsen's TAC thesis, which, as I remarked herein above, is related to his notion of authentic interpretation. On the latter, it is worth recalling that, for the author of *Pure Theory of Law*, au-

thentic interpretation is that one carried out by the organs with the powers to interpret. It consists of deciding the meaning of texts that takes precedence over other interpretations. Especially, it is the interpretation made by the higher courts that have the last word on interpretation.

Although Sauca emphasizes that the CLCs are express clauses (not tacit), he points to the same idea as Kelsen: what counts as valid or regular from the legal standpoint is closely related to the institutional design of the mechanisms for the control of constitutional regularity and legality. So, it depends on who has the final word about this.

This idea is reinforced if we consider that, in Sauca's analysis of every liquidity clause, he concludes with an explanation of the mechanisms of control of regularity, whether for constitutionality or regarding international normative. Throughout his arguments he underlines the differences he deems significant between the scenarios with a judicial organ in charge of authoritatively interpreting international normative and the scenarios without such organ.¹⁰ In this framework, Sauca explains that it is currently accepted that the ordinary judges of the Spanish legal system exercise a diffuse control of legality on the criteria for interpreting the judgments of the European Court (Sauca, 2023, p. 37). In other words, they also exercise some control over normative regularity.

In synthesis, a considerable part of the analysis focuses on the design of the mechanisms of control and the judgments of the organs with powers to interpret the normative provisions in question. About the Spanish legal system, it is worth asking who has the last word on interpretation (who is or are the authentic interpreters in the Kelsenian sense): the ECHR (or the alike) or state organs such as the Constitutional Court (CC) that decides to follow or not the interpretations of international courts and to grant them precedence or not.

2. *The Household of the King (article 65.2)*

Sauca identifies a second CLC in article 65.2, which states that: "*El Rey nombra y releva libremente a los miembros civiles y militares de su Casa* (The King freely appoints and dismisses the civil and military members of his Household)."

¹⁰ I quote a fragment whereby Sauca explicitly emphasizes the differences regarding the design for the control of normative regularity "(...) el margen de discrecionalidad que existe para la interpretación de un tratado o un acuerdo internacional es significativamente diferente en el caso de que estos tengan asociados o no un órgano de tipo jurisdiccional encargado de la interpretación de aquellos (the margin of discretion for the interpretation of an international treaty or agreement is significantly different whether or not they have a judicial organ in charge of their interpretation) (Sauca, 2023, p. 35)."

This clause, he remarks, has as antecedent the financial angle contained in the former section thereof, which states: *El Rey recibe de los Presupuestos del Estado una cantidad global para el sostenimiento de su Familia y Casa, y distribuye libremente la misma* (“The King receives an overall amount from the State Budget for the upkeep of his Family and Household and distributes it freely.”) In this regard, Sauca argues that, while the members of the King’s Household have judicial protection for their rights as members of a singular administration, judicial control does not interfere with the King’s free administration. He enjoys “irresponsibility” over this. Thus, Sauca concludes that article 65.2 contains a CLC that empowers the King to perform acts concerning the administration of his Household that are beyond legality and judicial control. He observes that, unlike the previous assumption, this case is likely to decrease since the disposition towards a greater constitutional regulation of the monarchy (Saucu, 2023, p. 39-40).

Here we may comment that there is an antinomy between, on the one hand, this constitutional rule that exempts the King from liability for the internal administration of his Household and, on the other hand, the constitutional norms that subject the acts from the organs of the state or the administrations to legality. Some pages later, Sauca himself dismisses CLCs as antinomies because, as he points out, CLCs enable the production of norms that may be incompatible with other constitutional norms, but they are not incompatible themselves. They are enabling clauses of external enforcement that grant precedence of enforcement to the normative produced by virtue of it.

In my opinion, this is again what Kelsen shows with his TAC thesis. If there is no organ other than the one formulating the norms with the power to control their regularity, then it shall be this organ itself who decides which norms count as regular. In this case, if there is no organ other than the King to control the constitutionality of his acts (judicial control is left out), it is the King who decides without limitations the content of the acts concerning the internal administration of his Household.

Hence, explained through the TAC thesis, this provision would read as follows. Even when the King performs acts concerning the internal administration of his Household that may be interpreted as incompatible with other constitutional norms, they shall proceed as if they were valid. Because it is the King himself who controls the regularity of the acts concerning the internal administration of his Household. Such acts are exempt from control of another organ, in which case it would be the latter who would decide whether they comply with the Constitution.

3. *Recognition of the primacy and direct effect of European Union Law (Article 93)*

Sauca identifies the third CLC in article 93 of the Spanish Constitution, which states that:

Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión (By means of an organic law, authorization may be granted for concluding treaties by which powers derived from the Constitution shall be vested in an international organization or institution. It is incumbent on the Cortes Generales or the Government, as the case may be, to guarantee compliance with these treaties and with the resolutions emanating from the international and supranational organizations in which the powers have been vested).

This provision, Sauca mentions, is supplemented by article 135.2 — introduced by the constitutional reform of September 27, 2011— which establishes that: Neither the State nor the Autonomous Communities shall enter a structural deficit beyond the limits stipulated, if applicable, by the European Union for its Member States.

The author acknowledges that he does not seek to address all the complexities of the many issues involved in the interpretation of these provisions. Nonetheless, while he points out that the jurisprudential tendency was initially to deny the constitutional nature of European Law (instead it was regarded as infra-constitutional), Sauca believes that the current trend is to defend the primacy of Union law over Spanish law, including the Constitution, except for some general limits that the CC deems improbable to be transgressed.

Then again it depends on who has the last word on the norms that count as valid in a legal system, just as in the TAC thesis. Herein Sauca examines the jurisprudence of the Spanish CC and notices that this organ is who has decided the status of European law in the Spanish legal system (infra or supra-constitutional). Following this framework, he highlights the judgments of the organ with the power to have the last word in determining what counts as valid or regular in Spanish law and its hierarchy and what does not.

Therefore, Sauca focuses on the same aspects that Kelsen addresses in his explanation about the TAC in the analysis of this CLC. We should recall that Kelsen insists that, when there is a competent organ such as a

constitutional court to review the regularity of a certain regulation, it will be who decides its status in the legal order and whether it complies or not with the constitution. We find the same aspects in Sauca's analysis when he examines the jurisprudential tendencies of the judgments of the organ entrusted with the control of the constitutionality within the Spanish legal system. On this point, it is also interesting to consider the connections between the TAC thesis and the constitutive character thesis of "statutes of constitutionality and unconstitutionality", as well as with the Kelsenian notion of authentic interpreter. If we apply it to Sauca's analysis, I find it interesting mainly due to the comments about the organs that have decided the status of European law in relation to the Spanish Constitution.

4. Update of historic rights (1st AP)

According to Sauca, the fourth CLC within the Spanish Constitution is the rule contained in the first additional provision, which states that: "*La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía* (The Constitution protects and respects the historic rights of the territories with fueros —local laws—. The general updating of the fuero system shall be done, when appropriate, within the framework of the Constitution and of the Statutes of Autonomy)."

Sauca argues that this CLC is the most complex and, probably, controversial scenario of the four and believes that it connotes an exceptionality in the Spanish Constitutional framework. Some have claimed that historic rights precede the constitution, that "*are both pre- and para-constitutional, that are immune to constitutional review, and they imply a permanent reserve of self-government* (Herrero de Miñón) (Sauca, 2023, p. 44)."

As I understand, the idea here is that we are dealing with a CLC because, under such an interpretation of this provision, it enables normative production according to historic rights, which could be incompatible with other constitutional norms.

Sauca indicates that the 4th Additional Provision on the statute of autonomy of the Basque autonomous regime and Navarra should be added to this constitutional framework.

About these clauses he highlights, and I quote:

Por demás, el Tribunal Constitucional ha mantenido una posición interpretativa restrictiva en relación con su reconocimiento. Si bien se han mantenido los peculiares sistemas de concierto y convenio económico que ha establecido un régimen fiscal singular que ha sido, por demás, ratificado en el marco

européo (Moreover, the Constitutional Court has maintained a restrictive interpretative stance towards its recognition. Nevertheless, the peculiar system of the Basque Economic Agreement has been maintained, which has established a unique tax regime that has been ratified in the European context. Transl. Mariana Esparza). (Sauca, 2023, p. 45).

Sauca stresses herein how the Spanish CC has interpreted the normative margins relating to historic rights and their status in Spanish law. In this way, he once again aims at what Kelsen warns with the TAC thesis concerning the institutional design of the mechanisms of control for constitutional regularity. The constitutional margins regarding the content and proceeding to formulate norms depend, in practice, on the judgments that the organs granted with power by the legal system itself to decide on this matter may adopt. Thus, the norms produced by virtue of the CLC that confers power to formulate norms according to historic rights will continue or not to produce legal effects according to the judgment that the competent organs make in this regard to produce an authentic interpretation of the constitution, in the Kelsenian sense.

IV. STRUCTURAL FEATURES OF CONSTITUTIONAL LIQUIDITY CLAUSES. CLOSE RESEMBLANCE WITH KELSEN'S THESIS

At the end of the text, Sauca provides some structural and functional features of CLCs, as well as their theoretical implications. I will make some remarks on the structural features.

1. *Express character*

Firstly, José María Sauca claims that these clauses have an express character, that is, they are contained in an explicit formulation. In the sense that there is an "*enunciado lingüístico susceptible de contener una proposición inteligible y con grado de univocidad aceptable* (linguistic statement susceptible of containing an intelligible proposition and with an acceptable degree of univocity)", which enables this type of normative production (Sauca, 2023, p. 46).

I presume that Sauca would defend the argument that this is, at least, one of the features that differentiates his analysis on these clauses from Kelsen's thesis. The ones he analyzes are not tacit or assumed clauses, but norms that explicitly confer powers to produce norms that, eventually, may have unconstitutional content.

But what do these provisions explicitly state? In his own analysis, Sauca emphasizes throughout his arguments how the control of the regularity for norms produced in exercise of the power conferred by the CLCs is designed. In some cases, he says, they are exempt from judicial control of constitutionality, so that the organ or subject that formulates the rule is the same one that decides on the regularity of its acts (as the internal administration of the King's Household). Otherwise, it refers to the organ entrusted with control and to what it has decided on the constitutionality or the primacy of other norms (i.e., international law or historic rights). It also examines whether there is another organ with the power to interpret that is "above" the state organs (the ECHR as a constitutional court), namely, that the latter must follow its interpretations or that, in practice, they do follow them.

Just like Kelsen, hence, Sauca derives his thesis from the configuration or design of the mechanisms of control for constitutionality. He draws the structural features, including that of the express character, from the same thing: from norms that confer power to interpret in an authoritative manner whether the normative produced by virtue of the CLCs complies with higher norms. He stresses what such organs have decided on the matter as well. Otherwise, he draws his conclusions from the absence of powers to control the constitutionality of certain acts, which is entrusted to an organ different than the one that formulates them.

2. Structure of a rule

Secondly, he attributes to CLCs the structure of a rule. In this regard, he indicates that CLCs do not meet the degree of generality and ambiguity that characterizes principles.

In the case of Kelsen's thesis, he also alludes to the norms that organize the control of constitutionality. Kelsen extracts the TAC thesis from these norms on the design of control, and this is closely related to the following feature.

3. Rules that confer powers

According to Sauca, such norms are the kind that confer normative powers, i.e., norms that confer competences for the creation of norms.

What, then, are, precisely, the powers conferred by these CLCs and to which subject or organ are they conferred? I shall endeavor to reconstruct the answer to this question based on Sauca's assertions, although it is not always entirely clear what power is conferred and to whom.

The rule provided by article 10.2 attributes to state organs the power to interpret normative texts in accordance with international human rights law. Or rather, in accordance with the interpretations of international organizations, even when such interpretations lead to norms inconsistent with constitutional norms. Thus, this clause establishes the precedence of the interpretation pursuant to international human rights law, as opposed to an interpretation in compliance with the constitution.

The rule provided by article 65.2 confers normative power upon the King to freely dispose of the appointments of the members of this singular administration and of the distribution of the budget. In other words, the King himself “controls” these acts (there is no other organ to control their regularity).

As to the rule contained in article 93, I am not sure about what power it exactly confers and upon whom. Sauca claims that the normative production recognized by this CLC is of an extraordinary magnitude for it establishes a normative precedence, general effects, and direct application of Union Law, as well as affecting areas of competence.

As I understand it, Sauca argues that the First Additional Provision confers normative powers to create a regulation alternative from the one provided by the Constitution on the competences’ distribution to the Autonomous Communities without his formal reform.¹¹

On this, he states that, indeed, “*las CLC tienen un carácter nomodinámico que, con mayor o menor amplitud [...], genera nuevas normas cuyo contenido no es determinable a priori de los actos de producción normativa* (the CLCs have a nomodynamic character that, in a greater or lesser extent [...], generates new norms whose content is not set a priori of the acts of normative production. Transl. Mariana Esparza) (Saucu, 2023, p.).”

With this feature, he refers, just as Kelsen, to norms that confer powers. As I highlighted before, Kelsen stresses that when constitutionality examination is not entrusted to another organ than the legislature, we cannot but conclude the outcome of the tacit authorization to formulate irregular

¹¹ About this CLC, the author remarks that it is of a higher degree of indeterminacy and “[...] the enablement of normative production entails, indirectly, an agreement character typical of the proceedings for the elaboration and reform of the Statutes of Autonomy established in the Constitution. In this way, historic rights constitute the material heritage of extraordinary competences, which are subject to the updating through the bilateral proceedings for statute innovation. Such updating, by definition —unless it is a provision lacking of meaning—, exceeds the limitations set forward in art. 149.1 of the SC regarding the competence distribution subject to the principle of disponibility (Saucu, 2023, p. 48).”

norms. Nonetheless, the situation changes if we take into consideration the mechanisms of control since Sauca claims that:

es esencialmente diferente cuando la constitución delega en otro órgano, distinto al legislativo el examen o resolución de la pregunta de si una ley corresponde a las determinaciones constitucionales que directamente regulan la legislación, facultándole a anular la ley que considere "inconstitucional" (is fundamentally different when the constitution entrusts to an organ aside from the legislative the examination or resolution of whether a law corresponds to the constitutional provisions that directly regulate the legislation, and thus, it has the power to annul the norms it deems "unconstitutional." Such a function may be entrusted to a special court, a supreme court or to every court. Transl. Mariana Esparza). (Kelsen, 1960, p. 279- 280).

We can derive the same ideas from the claims of Sauca. Therefore, for example, he emphasizes in the first CLC that the scenario would significantly change if there were a judicial organ in charge of the interpretations regarding the international treaties and agreements on human rights, such as the ECHR. He argues that in this case that organ shall have the last word on the interpretations of the documents thereon. If there is not such an international organ, the state organs shall bear more discretion to interpret them. Even in the first scenario, I consider it worthy to evaluate with more detail if the ECHR is the organ that does have the last word on these matters within the Spanish legal system.

Furthermore, Sauca's ideas are quite close to Kelsen's thesis when he explains about the second clause that the acts of internal administration of the King's Household are beyond judicial control. Likewise, when he provides, on the third and fourth CLCs, the judgments of the Spanish CC regarding the primacy or subordination of European law or historic rights over the Spanish Constitution.

4. Relationship of primacy of enforcement regarding constitutional legislation

On this regard I hold doubts and requests to clarifying them for the author. As Sauca explains:

Las normas generadas por las CLC tendrán además de la característica de aplicabilidad externa, la de su validez como pertenencia al sistema jurídico español en los casos de las CLC del art. 65 y la DA 1ª, mientras que en los supuestos de las CLC del art. 10.2 y 93 su aplicabilidad externa no va acompañada de que puedan reputarse como pertenecientes al sistema. Esta configuración de las CLC evita que las normas producidas en virtud de cada

una de ellas y que puedan tener contenidos discrepantes con la regulación constitucional entren en relación de contradicción. La determinación de condiciones de aplicabilidad diferentes implica que se relacionan mediante un principio de prevalencia y no mediante la aplicación de un criterio de jerarquía o de temporalidad. Finalmente, es conveniente aclarar que las normas dictadas en virtud de la CLC no tienen el carácter de normas delegadas (The norms produced by CLCs shall have, in addition to the feature of external applicability, that of their validity as pertaining to the Spanish legal system in the cases of the CLCs of art. 65 and 1st AP, while the external applicability in the scenarios of CLCs provided by art. 10.2 and 93 do not entail that they can be deemed as pertaining to the system. Configuring the CLCs in this manner avoids that the norms produced due to each one of them, and that may have contents in dispute with the constitutional regulation, come into a relation of contradiction. The fact that different conditions of applicability must be determined implies that they are related by the principle of prevalence rather than the application of a criterion of hierarchy or temporality. Lastly, we should clarify that the norms issued under the CLC do not have the character of delegated norms. Transl. Mariana Esparza). (Saucu, 2023, p. 49-50).

We can derive from these statements that, besides conferring powers, CLCs are norms or criteria of external applicability, i.e., they command or authorize the application of other norms¹², those produced by the exercise of the power they confer. The latter, although they do not pertain to the legal system at hand, in this case the Spanish system, are applicable. Moreover, CLCs establish a primacy of application for these norms over those with which they may be incompatible.

So, I would ask: are CLCs what Saucu claims do not contradict the constitution, or rather, are the norms produced by virtue of CLCs what does not contradict the constitution, even if its content is incompatible thereon?

I understand that the enabling clauses (the CLCs) do not enter a relation of contradiction with the constitution since they enable the production of future legislation that eventually (may or may not) be incompatible with the constitution. However, if the norms produced by virtue of them have

¹² Moreso and Navarro introduce to the concept of applicability proposed by Bulygin (Bulygin 1982) the distinction between external and internal applicability. The first coincides with the concept of applicability proposed by Bulygin, so that "A rule N_i is externally applicable at a time t to an individual case c , which is an instance of the general case C if and only if another rule N_j , pertaining to the system S_j at t time, prescribes (obliges or empowers) to apply N_i to the individual cases that are instances of C (Moreso and Navarro, 1996, p. 125)." Contrariwise, the internal applicability of a norms refers to the events or states of affairs regulated by its own "sphere of validity". They thus define internal applicability as follows: "A rule N_i is internally applicable at a time t to an individual case c if and only if c is an instance of the general case C , delimited by the defining properties of N_i 's spheres of validity (spatial, temporal, personal and material) (Ibid.: 127)."

an unconstitutional content (if interpreted as such), why do they not enter a relation of contradiction with the Constitution? Because it seems that Sauca is precisely saying that about unconstitutional content. Therefore, we could conclude that, although the norms produced as an exercise of the entrusted competence may be unconstitutional, are nonetheless applicable because another constitutional rule (the respective CLC) authorizes and prioritizes their application.

Another matter. According to Sauca, the norms produced by virtue of the CLCs contained in article 65.2 and the 1st Additional Provision are not applicable but also pertaining to the legal system in question. On the contrary, he states that the norms produced by articles 10.2 and 93 are applicable but not pertaining. In this regard, I am uncertain as to what is the criterion of pertaining assumed by the author. Why do the former two pertain and the latter do not? It would seem as, on the one hand, any rule produced as exercise of the powers conferred by the CLCs pertains to the legal system in question (notwithstanding the fact that its content is incompatible with the constitution) because, for example, the criterion assumed is that of validity. Or, on the other hand, one might say that, when such norms have a content incompatible with the constitution, they do not pertain to the legal system in question but are applicable because another rule (the respective CLC) authorizes their application, as Bulygin states regarding unconstitutional norms (Bulygin, 1982). My intention here is not to defend one criterion of pertaining over another but rather to demonstrate that the criterion of pertaining assumed by Sauca is not clear.

Now, regarding Kelsen's TAC, one might also understand that the norms concerning the design for the control of constitutionality are norms or criteria of applicability. Therefore, the norms produced by normative authorities are applicable to the cases they regulate, so long as they are not expelled from the system by the judgment of the organs entrusted with the control of normative regularity.

As for the fifth structural feature, Sauca claims that the Constitution admits that the norms produced by a CLC may have a content that, eventually, becomes incompatible with its ordinary regulation.

5. CLCs enable the production of legislation that may be incompatible with other constitutional norms

The idea that liquidity clauses enable the production of an alternative regulation to the constitution closely resembles, even in its wording, the CAT thesis. I have nothing more to add than what I already said.

Sauca adds to the end of this description that constitutional liquidity implies the manifestation of a power of the same nature as the constituent one, or the constituted power in the case of reforms. And that is why they involve the use of sovereign power which is the foundation of the Constitution. On that matter, the author argues that:

Las CLC son parte de la Constitución, tienen la misma legitimidad que cualquier otro componente de ella y su peculiaridad radica en que habilita la producción de normas que disfrutaran de preferencia aplicativa sobre las recogidas en el texto constitucional y, evidentemente, las producidas a tenor de la misma". Dicho en breve, las CLC implican una transferencia parcial de soberanía, la misma soberanía que legitima a la propia Constitución (The CLCs are part of the Constitution, they have the same legitimacy as any other component thereof and their peculiarity lies in the enablement of normative production that shall enjoy precedence over those contained in the constitutional text and, evidently, those produced under it." To simply put it, CLCs imply a partial transfer of sovereignty, the same sovereignty that legitimates the Constitution itself. Transl. Mariana Esparza). (Sauca, 2023, p. 50).

I also hold both a doubt and request about the idea of transference of sovereign powers, namely, who transfers the sovereignty to whom, or from which organ to which one in every identified CLC? I find, once again, relevant for the purposes of this analysis to determine who has the last word on what counts as law and what is its hierarchy in the Spanish legal system.

V. CONCLUSIONS

Through this paper I aimed to illustrate that the notion of constitutional liquidity proposed by José María Sauca has a close resemblance with the tacit alternative clause thesis held by Kelsen. In other words, it leads to the same idea: some constitutional provisions express norms that authorize the production of norms that may be incompatible with other constitutional norms. In Sauca's analysis, these norms are what he calls "constitutional liquidity clauses", which he studies within the Spanish Constitution of 1978 and therein he identifies four CLCs. Kelsen's thesis alludes to the norms of competence that shape the control of constitutionality. In both analyses, the focus is on the latter, the only difference is that Sauca's proposal refers to a specific normative, the design for the control of the regularity that this normative, in particular, has, and the judgment made by the respective organs entrusted with the control of regularity.

Sauca highlights as one of the structural features of CLCs their express nature and, therefore, not its tacit character like Kelsen's clause. However, the analysis of every clause he identifies is focused either on the idea that the normative produced under the clause is exempt from control of constitutionality, or on the assumption that the state organs that judge on this matter must follow, or in fact do follow, the interpretations of other organs (i.e., international organs). And this is exactly what Kelsen warns with the CAT thesis: both the regularity of a rule and the fact that it can still produce legal effects depend, in practice, on the judgment of the organ with the last word on the control of regularity.

All the other structural features he identifies in these clauses are the same as those in the TAC thesis. Summarizing: it refers to norms of competence that confer powers to certain organs to produce norms that, eventually, may have a content incompatible with other constitutional norms, a question that will be decided by those who have the last word on the regularity of the normative produced.

VI. REFERENCES

- Alchourrón, C. E. and Bulygin, E. (1991). *Análisis Lógico y derecho*. Center of Constitutional Studies.
- Bulygin, E. (1995). Cognition and Interpretation of Law. In L. Gianformaggio, and S. Paulson (Eds.), *Cognition and interpretation of law* (pp. 11-35). Giappichelli.
- Celano, B. (1999). *La Teoría del derecho de Hans Kelsen: una introducción crítica*. Il Molino.
- Comanducci, P. (1997). Taking Kelsen seriously. In E. Garzón Valdés, et al. (Eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory* (pp.165-182.). Duncker & Humblot.
- Comanducci, P. (1998). *Assagi di metaetica due*. Giappichelli.
- Comanducci, P. (2012). Tomando a Kelsen en serio. In G. A. Ramírez Clevés (Ed.), *Ecos sobre Kelsen* (pp. 439-460). Universidad Externado.
- Chahuán, M. (2018). Sobre la tesis de la cláusula alternativa tácita. Aspectos realistas que rescatar. In *Análisi & Diritto 2017* (pp. 257-299). Marcial Pons.
- Chiassoni, P. (2012). Dos preguntas, una solución. Sobre el realismo radical de Hans Kelsen. In J.J. Moreso, and J.L. Martí (Eds.), *Contribuciones a la Filosofía del Derecho. Imperia Barcelona 2010* (pp. 177- 198). Marcial Pons.

- Chiassoni, P. (2012a). *Desencantos para abogados realistas*, Universidad Externado.
- Chiassoni, P. (2012b). Il realismo radicale della teoria pura del diritto. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, (1), (237-262). <https://doi.org/10.1436/36850>
- Chiassoni, P. (2013). Wiener Realism. In L. Duarte D'almeida, J. Gardner, and L. Green (Eds.), *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law* (pp.157-160). Hart Publishing.
- Chiassoni, P. (2017). Cuatro etapas en la epistemología jurídica de Hans Kelsen. In C. Bernal, y M. Porciuncula (Eds.), *Kelsen para Erizos: Ensayos en Honor A Stanley L. Paulson* (pp. 85-126). Universidad Externado.
- Gianformaggio, L. (1995). Pure Theory of Law and Tacit Alternative Clause. In L. Gianformaggio and S. Paulson (Eds.), *Cognition and interpretation of law* (pp. 257-273). Giappichelli.
- Guastini, R. (1992). *Dalle fonti alle norme*. Giappichelli.
- Guastini, R. (2002). Cinco observaciones sobre validez y derogación. *Discusiones. Inconstitucionalidad y Derogación*, (2), (59-63).
- Guastini, R. (2016). Kelsen on Validity (once more). *Ratio Juris*, 29(3), sept. 2016, 402-409.
- Kelsen, H. (1960). *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la ciencia del derecho*. (Mario G. Losano, trans.) Editorial Universitaria.
- Kelsen, H. (1986). *Teoría Pura del Derecho (2nd Edition)*. (Roberto Vernengo, trans.) UNAM.
- Moreso, J. J. and Navarro, P. (1996). Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (5), October, 1996, 119-139.
- Nino, C.S. (1985). *La validez del derecho*. Astrea.
- Sauca, J. M. (2023). "Estabilidad y cambio en la constitución: la liquidez constitucional" (in this journal).
- Ratti, G. B. (2015). Un poco de realismo sobre inconstitucionalidad y derogación. *Discusiones*, 14(1), 253-276. <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2014.2469>
- Raz, J. (1979). *The authority of Law. Essays on Law and Morality*. Oxford University Press.
- Ross, A. (1991). *El concepto de validez y otros ensayos*. Fontamara.
- Ruiz Manero, J. (1990). *Jurisdicción y normas*. Centros de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Troper, M. (1999). Una teoría realista dell'interpretazione. *Materiali per una storia della cultura Giuridica*, XXIX, (2), 473-493.
- Tur, R. (2013). The Alternative Character of the Legal Norm: Kelsen as a Defeasibilist?. In L. Duarte D'almeida, J. Gardner, and L. Green (Eds.), *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law* (pp. 245-258). Hart Publishing.

¿No hay cláusulas de intangibilidad material en la Constitución Española?

Is there any Entrenched Clause in the Spanish Constitution?

Ignacio González García

 <https://orcid.org/0000-0003-1882-721X>

Universidad de Murcia. España
Correo electrónico: igongar@um.es

RECEPCIÓN: 31 de julio de 2023

ACEPTACIÓN: 1 de noviembre de 2023

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2024.18.18710>

RESUMEN: El profesor Sauca Cano parte en su trabajo de una premisa comúnmente admitida por la doctrina constitucionalista de nuestro país: la Constitución española de 1978 no recoge ninguna cláusula de intangibilidad material de carácter expreso. En el presente texto se intenta justificar, desde la óptica del derecho constitucional, por qué el artículo 2o. de la Constitución sí establece ese tipo de cláusula expresa cuando prescribe la condición indisoluble e indivisible del sujeto titular de la soberanía.

Palabras clave: cláusulas de intangibilidad, límite expreso, indisolubilidad, indivisibilidad, soberanía, reforma constitucional.

ABSTRACT: In his work, Professor Sauca Cano assumes a premise commonly accepted by the constitutional doctrine of our country: the Spanish Constitution of 1978 does not contain any entrenched clause of an express nature. The aim of this paper is to argue, from the constitutional law perspective, why article 2 of the Constitution does establish this type of express clause when it prescribes the indissoluble and indivisible condition of the holder of sovereignty.

Keywords: Entrenched clauses, express limit, indissolubility, indivisibility, sovereignty, constitutional reform.

SUMARIO: I. *Planteamiento: la unanimidad doctrinal sobre la inexistencia de cláusulas de intangibilidad expresas en la Constitución española.* II. *Sobre las cláusulas de intangibilidad: su concreta redacción y ubicación.* III. *La indisolubilidad e indivisibilidad de la Nación: mandato normativo positivo.* IV. *El procedimiento para la revisión total de la Constitución y su alcance hermenéutico.* V. *La irrelevancia de la categoría de democracia no militante a estos efectos.* VI. *Recapitulación.* VII. *Referencias.*

I. PLANTEAMIENTO: LA UNANIMIDAD DOCTRINAL SOBRE LA INEXISTENCIA DE CLÁUSULAS DE INTANGIBILIDAD EXPRESAS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

En la primera parte de su trabajo, el profesor Sauca aborda de modo sagaz la cuestión de la incorporación de las cláusulas de intangibilidad a los textos constitucionales, aportando interesantes reflexiones y categorizaciones de la óptica de la teoría del derecho que resultan muy estimulantes y útiles para la labor de los constitucionalistas. Lógicamente, viene a concluir que en nuestra Constitución española (CE) vigente no hay más cláusula de intangibilidad que aquella de carácter circunstancial recogida en el artículo 169 CE; esto es, no habría límites materiales expresos a la reforma constitucional. Es esta una de las premisas de las que parte para desplegar el resto de sus razonamientos relativos a la posibilidad de que nuestro texto constitucional sí haya previsto, por el contrario, algunas cláusulas de *liquidez constitucional*, que operarían en la lógica contraria.

Y, efectivamente, se suma así a lo que ha sido siempre un sentir unánime de la doctrina constitucionalista de nuestro país, con el aval de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.¹ Por supuesto, quienes defienden la inexistencia de límites materiales absolutos de cualquier tipo (Pérez Royo, 2015; Aláez Corral, 2000; García-Escudero Márquez, 2007), pero también aquellos otros autores que propugnan la existencia de límites materiales de carácter implícito (Ruipérez Alamillo, 2014, pp. 145-146; De Vega García, 1985; Fondevila Marón, 2015, pp. 249-260), coinciden en afirmar sin margen para la duda que nuestra Constitución vigente no ha previsto de forma expresa ninguna cláusula de intangibilidad material.

Mi aportación a este debate consiste en, al menos, cuestionar —por supuesto, desde la perspectiva del Derecho Constitucional, no de la Filosofía del Derecho— esa premisa general por todos compartida. Concretamente, ¿no cabría entender que el constituyente dispuso un límite material expreso a la reforma constitucional cuando estableció el carácter *indisoluble e indivisible* de la Nación española, esto es, del titular de la soberanía, en el artículo 2 CE de 1978? Desde luego, si echamos un vistazo

¹ Véase STC 103/2008, de 11 de septiembre: “El procedimiento que se quiere abrir, con el alcance que le es propio, no puede dejar de afectar al conjunto de los ciudadanos españoles, pues en el mismo se abordaría la redefinición del orden constituido por la voluntad soberana de la Nación, cuyo cauce constitucionalmente no es otro que el de la revisión total de la Constitución por la vía del artículo 168 CE. [...] La cuestión que ha querido someterse a consulta de los ciudadanos del País Vasco afecta (artículo 2 CE) al fundamento del orden constitucional vigente (en la medida en que supone una reconsideración de la identidad y unidad del sujeto soberano [...]) y por ello sólo puede ser objeto de consulta popular por vía del referéndum de revisión constitucional. Es un asunto reservado en su tratamiento institucional al procedimiento del artículo 168 CE”.

a la mejor literatura jurídica de nuestro país al respecto, habría que responder negativamente a ese interrogante.²

Sin embargo, creo que cabe separarse de esa tesis a través de la refutación de los principales argumentos doctrinales sobre los que se apoya. Así, intentaré justificar: la viabilidad jurídica de las cláusulas de intangibilidad expresas y sus posibles diversas formulaciones; la condición de fundamento pero también de mandato positivo de la indisolubilidad e indivisibilidad consignadas en el artículo 2 de la Constitución; la ausencia de valor hermenéutico de la previsión de un procedimiento para la revisión total de la Constitución (artículo 168.1); y, finalmente, la irrelevancia a estos efectos de la condición de democracia no militante de nuestro modelo. Veámoslo.

II. SOBRE LAS CLÁUSULAS DE INTANGIBILIDAD: SU CONCRETA REDACCIÓN Y UBICACIÓN

Tanto la licitud jurídica de incorporar cláusulas de intangibilidad material a los textos constitucionales, como su pertinencia y potencial eficacia desde una óptica más política o incluso sociológica, han sido objeto de discusión doctrinal desde los inicios mismos del constitucionalismo (véase la síntesis de corrientes críticas en García-Atance García, 2002, pp. 182-187). Aun no faltando debates relativos a la primera de esas dimensiones —la estrictamente jurídica (Hernández Valle, 1993, pp. 151-153)— es lo cierto que, como ha señalado acertadamente Jiménez Campo, la mayor parte de los argumentos esgrimidos por la doctrina constitucionalista para criticar la incorporación de estas cláusulas a las constituciones se han centrado en la segunda de tales dimensiones, la eficacia en términos políticos.³ Valga, por todos, el ejemplo de Loewestein (2018):

² Véanse los diferentes enfoques: Aláez Corral y Bastida Freijedo (2019, pp. 243-298); Aragón Reyes (2019, pp. 183-214); Caamaño Domínguez (2020); De Carreras Serra (2018); López Basaguren (2014, pp. 87-106); Ruipérez Alamillo (2003); Solozábal Echavarría (2018); Tajadura Tejada (2018); Vera Santos (2007); Virgala Foruria (2017).

³ Jiménez Campo (1980) explica que “Más interés tiene para la interpretación de nuestra Constitución el problema de los límites expresos —*textuales*, como, con mayor precisión, los identifica Cicconetti— a la revisión constitucional. Como habrá ocasión de apuntar, la cuestión de la existencia de tales límites no puede, sin más, resolverse negativamente a propósito del texto fundamental español, y ello pese a que no pueda ignorarse la importancia de la previsión de una revisión total del mismo. Como es de sobra conocido, el recurso a las cláusulas de intangibilidad no escasea en el Derecho comparado, por más que dicha práctica siga siendo objeto de una aguda polémica doctrinal. No se trata ya de la argumentación según la cual los límites en cuestión nunca tendrían carácter absoluto y sí sólo relativo, siendo removible el procedimiento más agravado, al modo como lo ha expuesto Biscaretti

En general, sería de señalar que las disposiciones de intangibilidad incorporadas a una Constitución pueden suponer en tiempos normales una luz roja útil frente a mayorías parlamentarias deseosas de enmiendas constitucionales —y según la experiencia tampoco existe para esto una garantía completa—, pero con ello en absoluto se puede decir que dichos preceptos se hallen inmunizados contra toda revisión. En un desarrollo normal de la dinámica política puede ser que hasta cierto punto se mantengan firmes, pero en épocas de crisis son tan sólo pedazos de papel barridos por el viento de la realidad política. (p. 192)

Entiendo, no obstante, que tales argumentos, atendibles desde determinadas ópticas, no pueden restar valor jurídico a estas cláusulas, como prueba el hecho de que han sido incorporadas y efectivamente aplicadas por los tribunales constitucionales de no pocos sistemas constitucionales de referencia en nuestro ámbito, singularmente en Italia, como en seguida veremos.⁴

Comparto, en este punto, lo sostenido, entre otros, por Vera Santos cuando justifica la procedencia de este tipo de cláusulas en la medida en que “expresan la identificación de toda la Constitución con determinado régimen político, aclaran de alguna manera las posibles concomitancias y diferencias entre el poder constituyente y el poder de revisión y determina contundentemente el significado y el alcance de las funciones de la Justicia Constitucional” (Vera Santos, 2007, p. 261). Y ello en el entendido de que esos límites absolutos a la reforma de la Constitución no serían, en sentido estricto, límites al poder constituyente, por cuanto lo que se limita es el poder de revisión constitucional, que es un poder constituido y necesariamente limitado. Lo cual obliga a que planteemos, como ha hecho certeramente Tajadura Tejada (2016), que los tribunales constitucionales deben estar facultados para controlar las reformas que puedan vulnerar los límites no sólo formales sino también materiales que el propio texto constitucional imponga:

y como en España sostuvo Ruiz del Castillo. Desde un punto de vista más sociológico que jurídico, se ha afirmado la inutilidad de semejantes cautelas incapaces, se argumenta, de enfrentarse al cambio político-, cuando no su potencial *revolucionario*, en la medida en que contribuirían a obstaculizar la juridificación de determinadas demandas políticas que, desprovistas de cauce constitucional adecuado, devendrían fatalmente anti-sistema” (p. 94).

⁴ En este mismo sentido, García-Atance García (2002) sostiene que “No resulta suficiente la afirmación de la inutilidad de tales circunstancias, para negarles carácter y valor jurídico a las mismas, en consideración al potencial revolucionario que asumen, obstaculizando la juridificación de ciertas demandas políticas que, careciendo de previsión jurídica al respecto, desembocarían en posible revolución” (p. 204).

Es preciso afrontar la principal objeción que suele formularse al establecimiento de cláusulas de intangibilidad: su inoperancia. Se afirma que estas cláusulas resultan jurídicamente inútiles puesto que carecen de mecanismos o procedimientos para garantizar su efectividad. A mi juicio, la objeción deja de tener sentido en el momento mismo en que se faculta al órgano de defensa para controlar la reforma constitucional. El Tribunal Constitucional debe estar facultado para anular una reforma constitucional que no respete los límites materiales finados por la propia Constitución. En estos casos, y para evitar un enfrentamiento directo con la voluntad popular es preciso defender la necesidad de que el control de constitucionalidad de la reforma se verifique, en todo caso, siempre, antes de que ésta sea sometida a referéndum. La atribución de esta decisiva función o facultad al Tribunal refuerza su posición de supremo órgano de defensa del Texto Constitucional, y nos exige, a su vez, replantearnos el complejo y delicado diseño de esta institución como auténtica clave de bóveda del edificio constitucional. (p. 277)

En lo que nos separamos abiertamente del criterio prácticamente unánime de la doctrina es en entender que esas cláusulas de intangibilidad material —que, por supuesto, han de ser claras y explícitas en el texto constitucional— deban estar necesariamente ubicadas en el Título X, relativo a la reforma de la Constitución, y tengan que estar formuladas con la redacción *el precepto X es inmodificable/irreformable*.⁵ Así ocurre, por ejemplo, en el caso italiano, especialmente atendible en la medida en que, como el nuestro, se trata en origen de un Estado unitario descentralizado y no propiamente un Estado federal:⁶ no hay en el Título correspondiente a la reforma de la Constitución italiana una típica cláusula de inmodificabilidad del carácter indivisible de la República, pero la Corte Constitucional (Sentencias 1146/1988 y 118/2015) ha entendido que la literalidad del artículo 5 de su Constitución: “La República, una e indivisible [...]”, refiere de modo más que suficiente una decisión del constituyente que queda “sustraída incluso de la facultad de revisión constitucional”, esto es, que establece un límite material expreso a la reforma de la Constitución, que no precisa de otras formulaciones ni de mayores ni más explícitos refuerzos en otras zonas del texto constitucional.

⁵ Al respecto, Carreras Serra (2014) afirma: “Si este inciso —la *indisoluble unidad de la Nación española*— fuera irreformable, la misma Constitución debería advertirlo, como hacen otras Constituciones (tales como la alemana, italiana o francesa) respecto de otros preceptos” (pp. 86-87).

⁶ Quizá ante distinta situación nos pudiéramos encontrar en el caso de tener una Constitución federal que procediera del poder constituyente originario de los Estados federados. Véase Solozábal Echavarría (2018, p. 68). Véase también las muy sugerentes reflexiones de Vera Santos (2014, pp. 157-172).

Creo que es más que razonable trazar este potencial paralelismo entre el alcance del artículo 5 de la Constitución italiana y el del todavía más rotundo artículo 2 de la Constitución española, por más que la postura de nuestro Tribunal Constitucional haya sido bien diferente a la de la Corte Constitucional italiana. Y ello en virtud de las razones que siguen.

III. LA INDISOLUBILIDAD E INDIVISIBILIDAD DE LA NACIÓN: MANDATO NORMATIVO POSITIVO

El artículo 2 CE es categórico al señalar que la Constitución, esto es, el conjunto de todas las decisiones del constituyente, “se fundamenta” en la indisoluble unidad de la Nación española, para añadir a continuación que esa Nación es “patria común e indivisible” de todos los españoles. Conectando esta afirmación con la previsión del artículo 1.2 CE que le precede, alusiva al pueblo español como el titular de la soberanía, no se puede más que concluir que el constituyente, el soberano, y su condición unitaria preceden a la decisión constitucional, como es lógico.

Pero, por lo tanto, siendo incuestionable que la indisoluble unidad de la Nación es precondition y fundamento de la propia Constitución, ello no significa que tal cualidad quede exclusivamente en el mundo de lo pre-jurídico, de lo meta o supra positivo. La afirmación del artículo 2 de la Constitución no es únicamente el reconocimiento de una realidad previa sobre la cual asentar la manifestación de voluntad del constituyente, sino que, precisamente a través de esa incorporación al texto de la Constitución, adquiere, además, el carácter de decisión constitucional positiva. Esto es, la Nación española y su indisoluble naturaleza preceden en el tiempo a la Constitución, pero también es decisión del soberano *constituir* esa realidad extrajurídica y transformarla en mandato positivo de la norma fundamental. Al margen de su preexistencia, es también voluntad del constituyente de 1978 dotar a la Nación española de la condición de indisoluble. Por decirlo en palabras de Schmitt (2019), la indisoluble unidad sería, a la vez, *fundamento y voluntad política del ser político*:

Una Constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez. Se apoya en una decisión política surgida de un *ser político*, acerca del modo y forma del propio ser. La palabra *voluntad* denuncia —en contraste con toda dependencia respecto de una justicia normativa o abstracta— lo esencialmente *existencial* de ese fundamento de validez. El poder constituyente es voluntad política: ser político concreto. (p. 124)

Así, vaya por delante mi parecer de que en modo alguno es incompatible la condición de fundamento previo con la de primera decisión normativa del constituyente,⁷ con todas las relevantes consecuencias que de ello se derivan, como, por ejemplo, que los argumentos contrarios a entender que el artículo 2 CE establece un límite a la reforma de la Constitución basados en la autorreferencialidad y positividad del texto constitucional decaerían.

Pero es que, además, resulta en contra de lo defendido por una buena parte de la doctrina de nuestro país, que ha entendido que la posterior alusión al carácter también “indivisible” de la Nación, nada nuevo, diferente o complementario añade a esta primera afirmación. Por ejemplo, Alzaga Villaamil (1978, p. 970), entiende que “indisoluble” e “indivisible” son utilizados por el constituyente como “sinónimos”; y califica la afirmación “patria común e indivisible de todos los españoles” como “retórica redundancia”. Mientras que Herrero de Miñón (2008), llega a afirmar que ese añadido

no introduce en la Constitución ningún nuevo elemento normativo [...]. Sirvió y sirve, en el plano afectivo, para compensar los sentimientos, en este caso de recelo, que el propio legislador constituyente abrigaba al introducir en el mismo artículo la expresión nacionalidades. El lenguaje catárquico, en consecuencia, pretende, tan sólo, ser enunciado. Su finalidad se agota en sí mismo. (pp. 6-7)

La *indivisibilidad* que postula a continuación el mismo artículo 2 CE 78 no es un aserto ajeno, pero sí separado y distinto del relativo a la *indisolubilidad*.⁸ Esta consideración nos llevaría a poder interpretar que sólo la insolubilidad es fundamento de la Constitución y que la indivisibilidad

⁷ De Carreras Serra (2014, p. 86), entiende también que se trata de una decisión normativa del constituyente, si bien niega, precisamente por ello, su carácter de presupuesto de la decisión constitucional y, como consecuencia, su condición de límite implícito a la reforma de la Constitución: “La Unidad de España no es un presupuesto de la Constitución, aunque una interpretación literal del artículo 2 CE nos pueda confundir. En efecto, el primer inciso de este artículo dice: *La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española* [...]. Algunos autores, mediante una interpretación literal y descontextualizada, han considerado que la redacción de este precepto establece que la unidad es un presupuesto de la Constitución, con lo cual no puede ser objeto de reforma. No nos parece acertada esta interpretación ya que, como hemos argumentado, toda la Constitución puede ser reformada y la expresión *se fundamenta*, producto como toda ella de la voluntad del constituyente, puede ser modificada en la misma medida que el resto y no es, por tanto, presupuesto de la Constitución sino parte de la misma”.

⁸ Distinto sería si la redacción del artículo 2 CE78 hubiera sido, por ejemplo, la propuesta por Cámara Villar: “La Constitución se fundamenta en la unidad e indivisibilidad de la Nación Española [...]” (2018, p. 53).

del soberano es, no una realidad previa y extrajurídica, sino una plena —y, ahora sí, inequívoca— decisión normativa del constituyente, que viene a establecer —autorreferencialidad y positividad— un límite explícito a la revisión constitucional. Dicho de otro modo, la Nación española, además de insoluble en origen, sería también indivisible porque así lo ha dispuesto el constituyente y sólo porque así lo ha dispuesto el constituyente.

Para ello, lógicamente, es indispensable justificar que estamos ante dos categorías perfectamente diferenciables y no equivalentes. Quizá quien, con intención distinta a la nuestra, primero advirtiera de la pertinencia —o, al menos, la utilidad— de distinguir entre ambas, pese a compartir inicialmente la tesis mayoritaria contraria a ello, fuera Torres del Moral (1992):

En un principio se interpretó como un desliz del constituyente el hablar de *insoluble* unidad de la nación española. Acaso un prurito literario le hizo utilizar este término por no repetir dos veces *indivisible* en el mismo precepto. Al cabo del tiempo ha resultado un acierto. La desaparición de la URSS ha puesto de relieve que una cosa es la división de un Estado y otra su disolución. La URSS no se ha dividido: se ha disuelto. Así, pues, el término insoluble ha resultado ser mucho más preciso de lo que acaso pretendió el constituyente. (p. 23)

Ya en el Informe del Consejo de Estado de 2006, sobre la propuesta gubernamental de modificación de algunas partes de la Constitución, se apuntaba también la idea de que no hay reiteración cuando la Constitución habla de insolubilidad e indivisibilidad, hasta el punto de recomendar el mantenimiento en su actual literalidad de esa primera parte del artículo 2 CE 78:

La referencia al derecho a la autonomía de nacionalidades y regiones sirvió a los constituyentes de vía para introducir en la Constitución la idea de lo que se ha llamado la España plural, una Nación única e indivisible, pero integrada por partes diferenciadas. A juicio del Consejo de Estado es imprescindible mantener incólume esta idea [...]. Las modificaciones que han de introducirse en el artículo 2 no afectan en modo alguno a la primera parte del precepto; es decir, a la afirmación de que *la Constitución se fundamenta en la insoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles*. (Rubio Llorente y Álvarez Junco, 2006, pp. 150-151)

Conviene también destacar que todas las enmiendas presentadas durante los trabajos parlamentarios de elaboración de este artículo 2 CE tendientes a eliminar la presunta reiteración de estos dos términos aparentemente sinónimos fueron rechazadas por las Cortes Constituyentes.

Más recientemente, Virgala Foruria (2017) ha señalado —certeramente, a mi juicio— que la indivisibilidad quebraría con una hipotética secesión, pero no necesariamente la indisolubilidad, si bien no ve en aquella un límite —ni expreso, ni implícito— a la reforma de la Constitución:

Se mantiene la unidad de lo previo y la unidad de lo posterior [en caso de secesión de una parte del territorio]. La soberanía sigue perteneciendo al conjunto del pueblo español que permite en un momento dado, y por los procedimientos constitucionales establecidos, que los ciudadanos de un determinado territorio decidan la separación, reestructurándose en ese momento la unidad del Estado a la nueva situación. (pp. 393)

En mi opinión, un eventual reconocimiento constitucional del derecho a la autodeterminación sí sería incompatible con la prescripción de la indisoluble unidad de la Nación, pero no en el supuesto de que una reforma de la Constitución decidiera la secesión directa de un territorio concreto. Esa secesión estaría proscrita no por la indisolubilidad sino por la indivisibilidad de la Nación establecida en el mismo precepto. Se trata de una decisión del constituyente, de un mandato normativo de rango constitucional, que va un paso más allá en la restricción de las posibilidades de alterar la integridad del territorio nacional. Proscripción que, a mi criterio, se adopta como límite expreso y absoluto a la reforma de la Constitución de 1978. Se prohíbe así expresamente lo menos —la división del sujeto soberano—, por lo que, al margen del valor jurídico que le podamos dar a la indisolubilidad como fundamento de la Constitución, es lo cierto que, de este modo, difícilmente podremos entender permitido lo más —la disolución de la Nación—.

Además, no sólo se formula como límite, sino como premisa primera o mayor de otras decisiones constitucionales que le siguen, también de las previstas en el Título X correspondiente a la revisión constitucional. Sin ninguna duda, el derecho a la autonomía política —y, por tanto, todo el Título VIII de la Constitución— se establece y regula en los términos que conocemos porque se parte de un indisponible: la indivisibilidad de la Nación.⁹ Pero, asimismo, como señalamos a continuación, en el artículo 168 CE se prevé un procedimiento para la revisión *total* de la Constitución,

⁹ Véase al respecto, Blanco Valdés (2003): “Y es que la autonomía existe porque existe la unidad, sin la cual la autonomía resulta simple y sencillamente inconcebible: la unidad es el presupuesto, lógico y político, de una autonomía que ha sido en España el punto de llegada del proceso descentralizador y no, como ha ocurrido en la mayoría de los Estados federales, el punto de partida que ha conducido, tras el correspondiente proceso de vertebración territorial, a la construcción de una unidad política estatal formada por territorios previamente soberanos” (p. 111).

no pese a que el artículo 2 establece la indivisibilidad de la Nación, sino una vez que dicho precepto ha blindado la unidad del sujeto soberano frente a cualquier reforma posterior que pretendiera alterarla.

IV. EL PROCEDIMIENTO PARA LA REVISIÓN TOTAL DE LA CONSTITUCIÓN Y SU ALCANCE HERMENÉUTICO

UNA muy importante mayoría doctrinal ha venido justificando la inexistencia de cualquier límite material a la reforma de la Constitución —tanto implícito como expreso— casi exclusivamente en el hecho de que el artículo 168 CE haya previsto un procedimiento para la *revisión total* de la Constitución. Se ha ido así —incomprensiblemente, a mi juicio— a una lectura aislada y literalísima del primer apartado de ese precepto constitucional,¹⁰ a partir de la cual se interpretan restrictivamente —o, sencillamente, se desatienden— algunas de las más relevantes decisiones constitucionales situadas en el Título Preliminar de la norma fundamental, pórtico de la misma. Ejemplifica este modo de ver la cuestión con meridiana claridad Aláez Corral (2000):

Si el límite material se ha podido definir como aquella disposición constitucional de estructura normativa abierta que, a través de un mandato o de una prohibición, clausura la capacidad de conocimiento de la forma jurídica suprema, resulta meridiano que tanto el artículo 169 como el artículo 168 CE establecen límites materiales respecto al procedimiento de reforma constitucional del artículo 167 CE. [...]. En el caso del artículo 168 CE, la norma adopta la forma de un mandato, obligando a seguir un determinado procedimiento agravado para proceder a esta modificación. No es posible, pues, acudir a otras disposiciones constitucionales cuyo objeto no es la regulación de la reforma

¹⁰ Jiménez Campo (1980) lo plantea de modo elocuente: “A partir de la lectura aislada del artículo 168.1, nuestro texto fundamental ha optado por un indiferentismo ideológico total que le lleva a la misma previsión de su revisión —de su *destrucción* mejor— íntegra. Semejante decisión —aunque no falten precedentes en otros ordenamientos históricos o vigentes— implica olvidar que, desde el punto de vista jurídico, y como ha recordado recientemente De Vega, la revisión es fundamentalmente un problema de defensa, no de subversión, de la Constitución, así como una excesiva confianza en la utilidad de los cauces jurídicos para la abrogación de la Constitución. [...] Y es precisamente la idea de Derecho presente en nuestra Constitución la que debe ser tenida en cuenta para el tema que ahora nos ocupa. Porque, como ha quedado planteado, la tensión entre el Título X —en su artículo 168 sobre todo— y otras disposiciones de la Constitución es, ante todo, la tensión entre un aparente indiferentismo ideológico, que llega hasta el cuestionamiento del texto en su totalidad, y una voluntad del constituyente, de otra parte, en la que aparecen resueltamente adoptadas posiciones cruciales —institucionales e ideológicas— acerca de la organización de la convivencia política” (pp. 87, 88 y 90).

constitucional, ni a disposiciones heterorreferentes de otros sistemas jurídicos, con pretendida validez autónoma, para hallar en nuestro ordenamiento jurídico nuevos límites materiales. (p. 306)

No obstante, una minoría doctrinal —si bien muy autorizada— ha entendido por el contrario que, incluso desde una lectura aislada del artículo 168.1 CE, la previsión de un procedimiento para la revisión total no abre la puerta a la elaboración, por esa vía, de una nueva Constitución que sustituya a la anterior. En palabras de Solozábal Echavarría (1998) cabría “cambiar la Constitución, pero no cambiar de Constitución” (p. 475). No en vano ya el artículo 28 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793, tantas veces invocado por los defensores de la ilicitud de los límites materiales absolutos a la reforma de cualquier Constitución, se refería expresamente a tres categorías diferenciadas: revisar, reformar y cambiar la Constitución.¹¹ Sirva también como ejemplo de esta línea doctrinal la postura de Ugartemendía Eceizabarrena y Donaire Villa (2019):

Los términos *reforma* y *revisión* aparecen, concretamente, en la rúbrica y el varios preceptos del Título X del texto fundamental español de 1978 con el significado de la realización de cambios en la redacción de todo o parte de los preceptos constitucionales. Pero no con el significado de poder hacer una Constitución nueva a su amparo, o, lo que es lo mismo, de poder hacer mediante él un cambio de Constitución. Incluso la revisión total que el artículo 168 permite realizar, con observancia del procedimiento en él establecido, supone hacer cambios en determinadas partes de la Constitución o en toda ella, pero no hacer otra nueva, pues eso no sería hacer cambios en la Constitución, algo que presupone su permanencia, sino hacer otra nueva, lo cual iría más allá de la idea de revisión, incluso total. (p. 122)

En el mismo sentido, puede citarse a García-Atance García (2002):

Ni aun en el supuesto de que, en el propio texto constitucional, como el presente caso —aunque no falten precedentes en el Derecho comparado—, se mencione específicamente la posibilidad de la reforma total, habrá que interpretarse literalmente porque ello supondría olvidar [...] que el instituto de revisión configura un instrumento de defensa del orden constitucional y no la vía para la destrucción. Lo cual nos autoriza a rechazar la literalidad

¹¹ Artículo 28 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793, votada por la Convención Nacional de 23 de junio de 1793, e incorporada como preámbulo a la Constitución francesa de 24 de junio de 1793: “El pueblo tiene siempre el derecho a revisar, reformar y cambiar la Constitución. Una generación no puede comprometer con sus leyes a generaciones futuras”.

prevista en el artículo 168 CE relativa a la reforma total, en base al argumento que se fundamenta en el carácter de defensa que el instituto de reforma asume. (p. 277)

En efecto, deducir, sin más, que la previsión de un cauce para reformas *totales* de la Constitución significa, necesariamente, que se dan por proscritas las potenciales cláusulas de intangibilidad que pudieran recogerse en cualquier otra parte de la Constitución, sería tan absurdo como entender a *contrario* que las reformas que se calificaran de *totales* habrían de afectar inexcusablemente a todos los preceptos de la CE 78 y que, haciéndolo, tendría que ser, además, en un sentido que alterara sustancialmente el/los mandato/s normativo/s contenido/s en cada uno de ellos.

Pero, más allá de esas lecturas aisladas del artículo 168.1 CE, es claro que, como reiteradamente ha recordado el Tribunal Constitucional, la Constitución “no es la suma y el agregado de una multiplicidad de mandatos inconexos”, debiendo resultar “un sistema coherente en el que todos sus contenidos encuentren el espacio y la eficacia que el constituyente quiso otorgarles”.¹² También la mejor doctrina ha insistido sobre ello en términos muy similares. Por todos, Ruipérez Alamillo (2003) sostiene:

La Constitución no puede ser concebida como una serie de preceptos que se superponen y yuxtaponen los unos a los otros, de suerte tal que pueden contener soluciones contrapuestas. Por el contrario, la misma se presenta, o se ha de presentar, como un conjunto armónico de decisiones que, al ser positivizadas, conforman una norma equilibrada y coherente. Es por ello por lo que su interpretación, si pretende ser ponderada y cabal, no pueda llevarse a cabo tomando de manera aislada e individualizada cada uno de sus artículos, sino poniendo en relación unos mandatos con otros. (p. 335)

Por este motivo, también ha señalado claramente nuestro Tribunal Constitucional que cabe separarse de una interpretación estrictamente gramatical de los diferentes mandatos de la Constitución cuando “exista ambigüedad o cuando la ambigüedad pueda derivar de conexión o coherencia sistemática entre preceptos constitucionales”,¹³ por lo que, a la vista del habitual contenido y estructura de los textos constitucionales, como acertadamente ha advertido Díaz Revorio (2004), “el criterio literal o gramatical se muestra manifiestamente insuficiente en esta labor interpretativa [de la Constitución], y sólo en contados casos puede resultar decisivo” (p. 44). No en mi opinión, desde luego, en el caso que nos ocupa.

¹² STC 206/1992, de 27 de diciembre.

¹³ STC 10/1984, de 14 de junio.

Así, se ha insistido en el relevante papel de la interpretación sistemática de toda la Constitución, que es “un todo en el que cada precepto adquiere su pleno valor y sentido en función del conjunto”¹⁴ y, por supuesto, en el criterio finalista como pieza angular de esta tarea, tal y como recuerda Torres del Moral (2005):

Las reflexiones siguientes quieren ceñirse a la interpretación finalista o teleológica de la Constitución, que tantas veces nos orienta sobre el verdadero sentido de un precepto cuando, perplejos ante su dicción literal, sus antecedentes históricos y su inserción sistemática en un capítulo o un título de la norma suprema, nos preguntamos qué es lo que en realidad se pretende con tal precepto. No se trata tanto, aunque también, de las clásicas preguntas sobre la *voluntas constitutionis* o la *voluntas constituentis*, sino, más radicalmente, cuál es el cometido o función de tal precepto en el conjunto normativo en el que se instala o en la institución que contribuye a regular jurídicamente. (p. 13)

Lógicamente, en este contexto juega un rol absolutamente protagonista lo que Garrarena Morales (1980) llamó “el núcleo en el que queda anudada la coherencia última del sistema constitucional”, esto es, las decisiones constitucionales fundamentales del Título Preliminar, o la “Constitución de la Constitución”. Se trata de premisas básicas que “devienen presupuesto inexcusable —netamente privilegiable— a la hora de interpretar el sentido de cualquier norma inmersa dentro del ordenamiento que presiden” (pp. 14-15 y 17), tanto *ad extra* como *ad intra* del propio texto constitucional.

Evidentemente, no todos los mandatos normativos ubicados en el Título Preliminar de la Constitución ostentan tal condición, pero sin ninguna duda tanto el artículo 1.2 como el artículo 2 CE comparten esa particular naturaleza. Diría más aún: de entre todos los preceptos del Título Preliminar que configuran el basamento del edificio constitucional, seguramente sean estos dos los más relevantes. Y, concretamente, el artículo 2 es una de las decisiones capitales relativas a la forma política que se ha dado el pueblo español y, por ello, como ya nos advirtiera Solozábal Echavarría (2018), se proyecta “en el resto de la Constitución, a la que informa en congruencia con su contenido”, siendo además esa condición basililar y fundante “no sólo un tributo que le reconoce el intérprete, sino que ha querido el constituyente”. Así, pues, el artículo 2 —junto con otros del Título Preliminar— “encabeza la Constitución, cuyas parte dogmática y or-

¹⁴ STC 101/1983, de 18 de noviembre.

gánica no sólo antecede, sino que, en el sentido que hemos expresado, preside” (pp. 61-62).

Además, no deja de resultar revelador que, precisamente en esta cuestión de la organización territorial del poder, sobre la que durante el proceso constituyente apenas si se pudo alcanzar un “compromiso apócrifo” (Tajadura Tejada, 2017, pp. 272-273)¹⁵ que dejaba extraordinariamente abierta —notablemente desconstitucionalizada— la configuración final del modelo, esa primera premisa sí fuera formulada de modo tan incontrovertible. Consecuentemente, a la hora de enfrentarnos a la aparente contradicción en la que entra la rotunda, clara y explícita afirmación de que la Nación española es indisoluble e indivisible del Título Preliminar y la previsión de un procedimiento para la revisión total de la Constitución en el Título X, no podemos sino partir de esta ineludible reflexión.

Por lo tanto, pese a que nuestro Tribunal Constitucional parezca haber dispuesto lo contrario, no cabe sostener en modo alguno que la lectura del artículo 2 CE deba hacerse a la luz del artículo 168.1 CE. El instituto de la reforma, como el resto de las decisiones orgánicas de la Constitución, se encuentra al servicio de la permanencia de esta y, muy especialmente, de la permanencia de sus fundamentos y sus decisiones basilares. No se trata tanto de dar un valor supra o metaconstitucional a una realidad histórica anterior a la decisión del constituyente, como de entender cuáles fueron las primeras premisas de esa decisión fundamental sobre las que, sin ningún género de duda, se cimentó el desarrollo del resto de preceptos del texto constitucional, incluidos los relativos a los procedimientos de reforma del mismo.

Un material esencial a la hora llevar a cabo esta labor hermenéutica es el conjunto de los trabajos de elaboración de ambos preceptos durante el periodo constituyente, que, si bien “no determinan” necesariamente el sentido de los mismos en todos los casos, sí que son siempre —también aquí— un “importante elemento de interpretación”.¹⁶ Y, efectivamente, a ellas se ha referido la doctrina para sostener la tesis que aquí criticamos. En concreto, ha hecho fortuna —entre autores de todas las tendencias—¹⁷ que la inclusión de una cláusula de intangibilidad relativa a la indivisi-

¹⁵ Véase al respecto también a Díaz Revorio (2014, pp. 104-112).

¹⁶ STC 5/1981, de 13 de febrero.

¹⁷ Así lo han visto, incluso, los más destacados defensores de la existencia de un límite implícito a la reforma de la Constitución en el artículo 2. Por todos, Ruipérez Alamillo (2005) afirma que “Las fuerzas presentes en la Constituyente querían eludir la introducción de cláusulas de intangibilidad. La enemiga de los límites expresos se explicaba en cuanto que los mismos recordaban a las enfáticas declaraciones de la normativa fundamental del franquismo sobre los Principios del Movimiento Nacional, que son por propia naturaleza, permanentes e inalterables (artículo 3 de la Ley Orgánica del Estado, de 1 de enero de 1967)” (p. 199).

bilidad de la Nación fue expresamente rechazada durante los debates constituyentes al no prosperar las enmiendas y votos particulares que así lo pretendían. Particularmente elocuente —y hasta retador— se ha manifestado en este sentido Caamaño Domínguez (2020):

Interesa recordar que la vía de la revisión total había sido descartada en el Anteproyecto de Constitución dando lugar a dos votos particulares del grupo parlamentario de Alianza Popular que abogaba por su inclusión siempre que se acompañase de una cláusula de intangibilidad en garantía de *la integridad del territorio y la unidad política del Estado*. La ponencia rechazó expresamente la segunda parte de estas enmiendas retomando, sin embargo, la posibilidad de la revisión total y, en el ulterior Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales, se dio forma al texto actual. En consecuencia, quien sostenga que la *unidad política del Estado* es un límite implícito al poder de enmienda, deberá fundamentar su posición no sólo mediante una interpretación del texto constitucional, sino que, además, deberá explicar por qué se debe incorporar tácitamente a la Constitución un *límite* que expresamente fue rechazado por el constituyente. (p. 164)

Por supuesto, es un dato incuestionable que hubo enmiendas dirigidas a incluir expresamente en el Título X una cláusula de intangibilidad que declarara inmodificable, ni siquiera por vía de reforma constitucional, la integridad del territorio o la unidad política del Estado. Sin embargo, quedarnos exclusivamente en ese dato cierto es claramente insuficiente. La clave interpretativa de los trabajos parlamentarios de elaboración de estos preceptos no está tanto en el hecho de que esas enmiendas no fueran finalmente incorporadas al texto constitucional como contrapeso a la previsión del procedimiento de reforma total, sino el motivo de por qué aquello no sucedió.

Comencemos por recordar que no es cierto que el rechazo a tales enmiendas fuera claro y reiterado a lo largo de todo el *iter* parlamentario, como se ha pretendido decir. En el Senado no se llegó a debatir ni a votar ninguna enmienda de ese tenor porque su proponente, el Sr. Cacharro Pardo, dejó que decayera al no comparecer para su defensa ni en Comisión ni en Pleno.¹⁸ En el Congreso de los Diputados sí se debatió la enmienda núm. 157 del Sr. Carro Martínez, que pretendía añadir al último precepto del Título X un nuevo apartado que estableciera lo siguiente: “La unidad política de España y su integridad territorial son inmodificables”. Ciertamente, en su turno de defensa, el diputado dio a entender que, en su criterio, sólo con la literalidad del artículo 2 no habría una plena garantía de que, una vez incorporado el procedimiento para revisión *total*

¹⁸ BOC, Senado, núm. 157, de 6 de octubre de 1978.

de la Constitución, no pudiera verse alterada la unidad nacional o la integridad territorial del país.¹⁹ Y es también una realidad que, tanto en Comisión como en Pleno, la enmienda fue rechazada. En ambas votaciones la abstención jugó un papel determinante, lo que ya apunta en la dirección de que en el sentir de la Cámara estaba la idea de que la cláusula no era tanto no querida como no necesaria.²⁰

Pero vayamos a los argumentos: tanto el grupo parlamentario socialista como el grupo parlamentario comunista, que concentraban casi la totalidad de los votos negativos, sostuvieron abiertamente que su rechazo a la enmienda respondía exclusivamente a que ésta resultaba innecesaria por cuanto la indisolubilidad y la indivisibilidad de la Nación ya estaba plenamente garantizada en el artículo 2 CE, no en su sometimiento a un procedimiento muy agravado de reforma ex artículo 168.1 CE, como se ha dicho. Y, por supuesto, en modo alguno pretendían al rechazar la enmienda dejar esta decisión esencial abierta a reconsideración posterior por el poder de reforma. Absolutamente clarificadoras fueron, respectivamente, las explicaciones de voto de los diputados Peces-Barba y Solé Tura. El primero aseveraba lo siguiente:

Nosotros entendemos que esta enmienda es absolutamente *innecesaria* y que las preocupaciones, muy justas, que se manifiestan en la enmienda están *ya resueltas en el artículo 2*. Creemos que es malo que exista expresamente una cláusula de intangibilidad porque fija una preocupación que no existe [...]. Nosotros, por consiguiente, considerando que *no añade nada al tema*, sino que introduce una heterogeneidad en relación con el conjunto del título sobre la reforma nos oponemos a que esta enmienda prospere.²¹

Por su parte, no sólo confirmaba el mismo argumento, sino que además hacía explícito que para su grupo parlamentario la unidad de España tenía la condición de *intangible* habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 2 CE, y que lo pretendido con el rechazo de la enmienda —así se pretextó— no era otra cosa que no cerrar la puerta a futuras incorporaciones al territorio nacional de zonas bajo soberanía extrajera, confundiendo así categorías jurídicas bien distintas:

¹⁹ Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, Pleno, núm. 115, de 20 de julio, pp. 2504-2507.

²⁰ En Pleno: 129 votos en contra, 25 a favor, 112 abstenciones y 1 voto nulo. En Comisión: 17 votos en contra, 2 votos a favor y 17 abstenciones.

²¹ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, sesión núm. 24, de 20 de junio de 1978, BOC, núm. 93, de la misma fecha. El subrayado es mío.

Creo que la enmienda que propone el Grupo de Alianza Popular tiene el defecto de que es *absolutamente innecesaria* y precisamente por serlo tiene una connotación que nos parece preocupante, por decirlo de manera suave. Si esta enmienda se somete a votación, parece que va a provocar una divisoria entre los que *somos partidarios de mantener intangible la unidad de España* y los que no lo son, lo que constituye un falso planteamiento del asunto, porque la realidad no pasa por ahí. Hemos aprobado *un artículo 2 que creo que es claro y específico al respecto* [...]. Introducir, pues, ahora el problema de esa irreformabilidad absoluta nos parece innecesario [...]. Si establecemos la irreformabilidad de la integridad de España, ¿cómo va a resolverse constitucionalmente en el futuro el problema de la recuperación de Gibraltar?²²

Así, pues, a mi juicio, una correcta lectura de lo efectivamente sucedido durante el *iter* constituyente nos debe llevar a concluir que la ausencia de una cláusula de intangibilidad sobre la unidad nacional en el Título X de la Constitución no es obstáculo —antes, al contrario— para entender que dicha cláusula se encuentra ya expresa en el propio artículo 2 CE.

V. LA IRRELEVANCIA DE LA CATEGORÍA DE DEMOCRACIA NO MILITANTE A ESTOS EFECTOS

Hay un segundo argumento —aparentemente conectado con el anterior— que la mejor doctrina de nuestro país ha venido utilizando para justificar la inexistencia de límites materiales a la reforma de la Constitución. Según este argumento, nuestro sistema es un modelo de democracia no militante, en razón de lo cual los partidos independentistas son perfectamente lícitos. Por lo que esa legítima aspiración política debe tener, necesariamente, un cauce jurídico para su eventual articulación, siquiera a través de la reforma constitucional agravada del artículo 168 CE. Esto lo explicó Aragón Reyes (2019) de un modo particularmente elocuente:

En nuestro ordenamiento jurídico (como ha reconocido el Tribunal Constitucional en múltiples sentencias) son lícitos los partidos independentistas porque la Constitución ofrece vías para esa independencia. Si así no fuera (esto es, si la independencia de parte del territorio mediante una reforma constitucional estuviese radicalmente prohibida como sucede en Alemania, Francia o Italia) los partidos independentistas no podrían ser jurídicamente reconocidos, salvo que se incurriese en una contradicción insalvable, pues el Derecho no puede considerar lícita una pretensión cuya consecución es ilícita. Hay que

²² El subrayado vuelve a ser mío. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, sesión núm. 24, de 20 de junio de 1978, BOC, núm. 93, de la misma fecha.

insistir: en España los partidos independentistas son lícitos precisamente porque la consecución de la secesión territorial (eso sí, aprobada por el procedimiento del artículo 168 CE) también lo es. (p. 200)

En un sentido similar se ha pronunciado también Solozábal Echavarría (2014):

Lo mismo ocurre con el tema de la inclusión de la autodeterminación como objeto de un programa político. Aunque aquí hay alguna cuestión un poco más difícil: el artículo 6 de nuestra Constitución exige que los partidos políticos sean democráticos en su organización y en su funcionamiento, y que no sean contrarios a la Constitución. Esa conformidad constitucional de los partidos políticos me parece que hay que entenderla en el sentido de que los partidos políticos han de respetar las exigencias procedimentales de la Constitución —de una Constitución que prevé su propia reforma—, con lo cual no se puede prohibir a los partidos políticos que propongan cosas contrarias a la propia Constitución. Lo que no pueden los partidos políticos es ser enemigos de la Constitución, defender la violencia o la comisión de delitos en la consecución de sus objetivos. Pero no cabe prohibir a los partidos políticos la consecución de procedimientos pacíficos de determinados objetivos. Yo creo, naturalmente, que la autodeterminación sería una tesis absolutamente lícita (p. 202).

En esta misma línea parece haber ido también —insisto, parece— nuestro Tribunal Constitucional tanto en sus pronunciamientos sobre el proceso soberanista vasco como en los más recientes relativos al golpe institucional catalán. Así, muy sintéticamente, debemos destacar que la STC 103/2008, de 11 de septiembre, ya dispuso que para articular procesos afectantes a la “redefinición del orden constituido por la voluntad soberana de la Nación” el cauce constitucionalmente previsto “no es otro que el de la revisión total de la Constitución por la vía del artículo 168 CE”. Esta idea es recogida por la muy relevante STC 31/2010, de 28 de junio, que recordó que cualquier iniciativa que pretenda “modificar el fundamento mismo del orden constitucional tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico”, siempre y cuando “su consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución” cuyo respeto es “inexcusable”. Y esa posibilidad de consecución efectiva de objetivos tendentes a superar la indisolubilidad o la indivisibilidad de la Nación —sigue afirmando la sentencia— tiene su justificación, precisamente, en la concepción del sistema como democracia no militante:

En el contexto del Estado democrático instaurado por la Constitución, es obvio que, como tenemos reiterado, caben cuantas ideas quieran defender-

se sin recurrir a la infracción de los procedimientos instaurados [...] Y cabe, en particular, la defensa de concepciones ideológicas que, basadas en un determinado entendimiento de la realidad social, cultural y política, pretendan para una determinada colectividad la condición de comunidad nacional, incluso como principio desde el que procurar la conformación de una voluntad constitucionalmente legitimada para, mediando la oportuna e inexcusable reforma de la Constitución, traducir ese entendimiento en una realidad jurídica. En tanto, sin embargo, ello no ocurra, las normas del Ordenamiento no pueden desconocer ni inducir al equívoco en punto a la *indisoluble unidad de la Nación española* proclamada en el art. 2 CE.

Esta idea se hace ya plenamente explícita en la STC 42/2014, de 25 de marzo, en la que parecería —y esto es lo importante— que la ausencia de límites materiales a la reforma de la Constitución no es causa sino consecuencia de que el modelo sea de democracia no militante:

La primacía de la Constitución no debe confundirse con una exigencia de adhesión positiva a la norma fundamental, porque en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de democracia militante, esto es, un modelo en el que se imponga, no a el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución [...]. Este Tribunal ha reconocido que tienen cabida en nuestro ordenamiento constitucional cuantas ideas quieran defenderse y que no existe un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional.

Este modo de entender las cosas presenta no pocas flaquezas, empezando, por ejemplo, por el hecho de que en sistemas como el italiano se establece un límite material expreso a la reforma de la Constitución relativo a la indivisibilidad de la República (artículo 5), sin que de ello se derive ilicitud alguna respecto de la incorporación en los Estatutos de los partidos políticos de objetivos expresamente contrarios a dicho límite.²³ Y, también, como es lógico, una pequeña parte de la doctrina ha señalado —a mi juicio, con acierto— que la conexión de la categoría de democracia no militante con la ausencia de límites materiales a la reforma constitucional no tiene un carácter necesario.

Así, Fondevila Marón (2016) ha advertido que las cláusulas de intangibilidad “no forman parte del concepto de Democracia militante” pues

²³ Entre otros, el Partido Nacional del Veneto, Independencia República de Cerdeña o la propia Liga Norte han recogido en sus Estatutos claras referencias al objetivo político de la secesión. Valga, como ejemplo, el artículo 1 de los Estatutos de este último partido: “Este movimiento político confederal [...] tiene por objetivo lograr la independencia de la Padania mediante métodos democráticos y su reconocimiento internacional como República Federal independiente y soberana”. Véase Calamandrei (2013) y Pegoraro (2013).

éstas “hacen referencia a objetos que son protegidos de la acción del poder de revisión y no son un medio de defensa de la Democracia a través de la Constitución”. De este modo, el concepto de cláusula de intangibilidad “supera el concepto de Democracia militante porque excede el concepto de *Democracia*”. Una cosa sería, en opinión del autor, “las medidas establecidas a nivel constitucional o legal para combatir la propagación de ideologías que inciten al odio y/o a la violencia, o que supongan un atentado contra los valores establecidos en la Constitución” y otra distinta “aquellos elementos que el Poder Constituyente quiso excluir de la acción potencial del poder de reforma [...], como puedan ser la forma de Estado, la forma de gobierno, etc.”. Estaríamos, pues, ante categorías relacionadas o complementarias, pero “sin conexión directa entre ellas” (Fondevila Marón, 2016, pp. 115-117).

En un sentido similar se ha pronunciado también De Miguel Bárcena (2022), que ha distinguido entre los límites materiales a la reforma constitucional, que “aportan identidad institucional a la comunidad política” y que indudablemente suponen “una limitación al pluralismo político desde el punto de vista de la reforma constitucional, que puede ser calificada de intolerable si nos atenemos a una idea de conversación pública sin exclusiones temáticas”, y la democracia militante que, por el contrario, es “un dispositivo que busca expulsar de la legalidad a aquellos grupos que tienen como objetivo destruir la democracia representativa y el régimen de libertades que la sostiene” (pp. 17-43). Estaríamos, en opinión del autor, ante una categoría —la democracia militante— indisociable de las circunstancias históricas alemanas, que ha sido mal trasladada al caso español por el Tribunal Constitucional al vincularla con la presunta ausencia de límites materiales a la reforma:

La vinculación entre la inexistencia de una democracia militante y la ausencia de límites materiales a la reforma es un viejo error en el que sigue persistiendo contumazmente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que hizo suya sin mayor reflexión la jurisprudencia del Tribunal de Karlsruhe, sin caer en la cuenta de la peculiaridad histórica alemana. En pura hipótesis, este error puede provenir de la interpretación inicial realizada por de Otto o de una vieja introducción a la primera traducción de *Legalidad y legitimidad*, donde Schmitt pretende hacer suya -de manera oportunista- la paternidad del vínculo entre la legalidad de un partido y el límite a la facultad de reformar la Constitución. (De Miguel Bárcena, 2019, p. 83)²⁴

²⁴ De Miguel Bárcena (2020) continúa señalando en ese mismo texto que “toda democracia es una democracia militante. Esta acepción no está sustancialmente emparentada con la reforma constitucional y sus límites, cuestión que alude a la identidad institucional, sino con el abuso de derecho tal y como lo pensó inicialmente Karl Loewestein (1937) y que está

En todo caso, es este un interesante, inacabado y complejo debate. Por ejemplo, el propio Aragón Reyes (2022) ha venido matizando en los últimos años su postura original:

Ahora bien, esta tesis de que la nuestra no es una democracia militante encuentra, sin embargo, ciertos reparos, fundados en la idea misma de Constitución, lo que me conduce ahora a matizar aquella tesis, que tanto tiempo mantuve, aunque ya en los últimos años fui señalando algunos de sus inconvenientes. Si, como ha de admitirse, no hay otra Constitución auténtica que la democrática, los posibles cambios en la misma han de permitir reformarla, pero no destruirla, es decir, cambiar “de” Constitución, pero no abandonar “la” Constitución como sistema de organización política (lo que significa que el cambio, incluso total de la Constitución, habilitado por el art. 168, podría dar lugar a “otra” Constitución, siempre democrática, pero nunca, válidamente, a una dictadura, esto es, a una “no Constitución”). Cabría encontrar así una especie de límite “ontológico” a la reforma constitucional. (p. 150)

El debate va a precisar de nuevos desarrollos doctrinales y jurisprudenciales tras la reciente aprobación de la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática, que prevé, entre otras cosas, un exhaustivo régimen sancionador de determinadas actividades y manifestaciones hasta ahora perfectamente lícitas al amparo de un marco legal de democra-

expresado en la Ley Fundamental de Bonn (art. 18) y en el CEDH (art. 17). Este es el camino que ha adoptado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su abundante jurisprudencia: no se exige una adhesión positiva a la *ideología* de cualquier constitución -si pudiéramos inferir tal cosa una vez proclamado como valor el pluralismo político-, pero sí se exige una adhesión a aquella parte de la Constitución que consagra el régimen democrático y las libertades públicas. En su versión minimalista, la Constitución española tiene un límite intangible -o inviolable- de la democracia: la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes, fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE)” (p. 216).

Esta idea de que toda democracia lo es de modo militante ya la avanzó Torres del Moral (2006) en una dura crítica a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo y a la posición de la doctrina mayoritaria: “Ambos tribunales niegan que la española sea una democracia militante, con lo que asumen y dan por bueno el sentido que esta expresión ha recibido de un sector de la doctrina, que dócil y acríticamente ha sido seguido por casi todos los autores, sobre todo por la pereza que siempre produce pensar por cuenta propia. Con lo cual (es decir, asumiendo este sentido, más bien esta descalificación de la democracia militante), nuestros más altos tribunales rechazan una línea argumentativa que en este caso -y en otros similares- habría sido determinante. ¿Democracia militante española? Claro que sí, como cualquier otra democracia que se precie. Así, pues, el Preámbulo, el artículo 1, el 9.2, el 10, etcétera, configuran la idea del constituyente como una democracia avanzada, que propugna unos valores; en una palabra: el constituyente configura una democracia militante, que se fundamente en la dignidad personal y en los derechos de la persona, que se propone una política de igualdad y la libertad reales y efectivas” (p. 223). Véase también Torres del Moral (2005, pp. 105-124).

cia no militante. Será interesante conocer el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la misma.

No obstante, hay una cuestión clave que debemos destacar para situar la cuestión en sus justos términos, a los efectos que aquí interesan. Pese a la confudente redacción de algunos importantes pasajes de las sentencias del Tribunal Constitucional que hemos citado, la jurisprudencia constitucional que reitera que nuestro sistema responde a un modelo de democracia no militante está basada en un único argumento: la ausencia de cláusulas de intangibilidad en el Texto Constitucional. Esto es, pudiendo haber justificado esta posición en otro tipo de razonamientos²⁵, nuestro Tribunal Constitucional ha fundado su postura exclusivamente en esa circunstancia: no hay cláusulas de intangibilidad, y no las hay porque el artículo 168 CE prevé un procedimiento para la revisión total de la Constitución. Así lo explicó el Alto Tribunal, con meridiana claridad, en su relevante STC 48/2003, de 12 de marzo, a la luz de cuya doctrina debemos interpretar el sentido del resto de sus pronunciamientos posteriores:

En nuestro ordenamiento constitucional *no tiene cabida un modelo de democracia militante [...]*, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución. *Falta para ello el presupuesto inexcusable de la existencia de un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional que, por su intangibilidad misma, pudiera erigirse en parámetro autónomo de corrección jurídica, de manera que la sola pretensión de afectarlo convirtiera en antijurídica la conducta que, sin embargo, se atuviera escrupulosamente a los procedimientos normativos [...]. La Constitución española, a diferencia de la francesa o la alemana, no excluye de la posibilidad de reforma ninguno de sus preceptos ni somete el poder de revisión constitucional a más límites expresos que los estrictamente formales y de procedimiento.* Ciertamente, nuestra Constitución también proclama principios, debidamente acogidos

²⁵ Caamaño Domínguez (2020) ha señalado certeramente que “en los primeros años de la década de los ochenta del pasado siglo, autores como de Otto o Jiménez Campo ofrecieron fundadas razones para entender que la Constitución española de 1978 no contenía, a diferencia de la Ley Fundamental de Bonn, un principio de democracia militante y que, por tanto, *la sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico* de ciudadanos y poderes públicos (art. 9.1 CE) solo se traducían en un deber de obediencia al derecho. Una interpretación jurídica arriesgada y valiente, en términos de libertad, pues conviene recordar que la Constitución de 1978 contempla en su artículo 55.2 la nada común posibilidad de suspender individualmente ciertos derechos fundamentales que pudieran verse concernidos por investigaciones policiales y judiciales relativas a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. Previsión normativa que, fácilmente, podría haber servido, para excluir de lo constitucionalmente tolerable a quienes, sin usar la violencia, defendiesen posturas ideológicas que justificasen o diesen cobertura social a alguna de las conductas ilícitas allí referidas” (pp. 139-140).

en su articulado, que dan fundamento y razón de ser a sus normas concretas. Son los principios constitucionales, principios todos que vinculan y obligan, como la Constitución entera, a los ciudadanos y a los poderes públicos (art. 9.1 CE), incluso cuando se postule su reforma o revisión y hasta tanto ésta no se verifique con éxito a través de los procedimientos establecidos en su Título X. Esto sentado, desde el respeto a esos principios [...] *cualquier proyecto es compatible con la Constitución, siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales.*²⁶

Como es lógico, si es esta lectura del Título X de la Constitución —y, en particular, de su artículo 168— la que fundamenta la tesis de la democracia no militante, el resto de reflexiones que de esta categoría se pudieran derivar para el objeto de nuestro estudio decaen por cuanto aquí se ha dicho para invalidar esa premisa mayor de la ausencia de cláusulas de intangibilidad en nuestra Constitución. Al margen de que compartamos, en lo esencial, las objeciones planteadas por De Miguel Bárcena y Fondevila Marón, lo decisivo a nuestros efectos es que el argumento de la democracia no militante —se entienda como se entienda— no es atendible, por cuanto se sustenta en una premisa mayor que no aceptamos.

Dicho de otro modo, incluso si admitiéramos la postura mayoritaria de que, al ser nuestro sistema un modelo de democracia no militante, deben considerarse excluidos los límites materiales a la reforma de la Constitución, el juego de esta tesis sólo alcanza sentido en sede de discusión sobre límites materiales implícitos, que es el marco del debate doctrinal actual. Pero, toda vez que hemos optado por entender que en el artículo 2 CE hay un límite material expreso a la reforma de la Constitución, frente al que no cabe oponer la aplicación del procedimiento del artículo 168 CE, ningún obstáculo añadido o distinto ofrece la consideración del modelo como democracia no militante, en los términos en lo ha planteado el Tribunal Constitucional.

En mi opinión, por tanto, resulta perfectamente compatible que la indivisibilidad de la Nación se haya configurado en el artículo 2 CE como un límite material absoluto y expreso a la reforma constitucional con la licitud jurídica de partidos políticos que tengan por objetivo la secesión o el reconocimiento del derecho a la autodeterminación. Pero, aun si debiéramos partir de la tesis contraria, esto es, de la incompatibilidad entre la existencia de ese límite material y la licitud de los partidos políticos independentistas, ello no nos habría de llevar a la conclusión de que tal límite no existe sino, muy al contrario, a la de advertir que quizá el le-

²⁶ El subrayado es personal. Véase al respecto, García-Escudero Márquez (2007, p. 18).

gislador, obligado por esa previsión constitucional, debiera haber establecido la proscripción de partidos políticos con consignaran en sus Estatutos objetivos no conciliables con la decisión del constituyente.

VI. RECAPITULACIÓN

A mi criterio, pese a tener la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y al conjunto de la doctrina en posiciones indudablemente contrarias, se puede sostener que el artículo 2 CE establece clara y expresamente la indivisibilidad de la Nación como límite material a la reforma constitucional, con todas las consecuencias que de ello se pudieran o debieran derivar, independientemente de que pudieran resultar políticamente incómodas o, incluso, inconvenientes.

Así las cosas, conforme a esta lectura, no cabría reforma de la Constitución por ninguno de los procedimientos en ella previstos, ni para incorporar el derecho a la secesión de determinados territorios, ni para decidir directamente la segregación de los mismos. ¿Significa eso que no existe más cauce para articular tales pretensiones que la revolución constitucional, la apelación a un poder constituyente original y radical que nos llevaría al terreno de lo extrajurídico —*res facti, non iuris*—²⁷? Así es. La indivisibilidad es principio y también fin del pacto constituyente de 1978. No es únicamente el reconocimiento rutinario de una regla general del Derecho Constitucional —la unidad del sujeto soberano—, es un fin específico de nuestro proceso constituyente: la positivación de la intangibilidad de la unidad la Nación.

Que pudiera resultar potencialmente más conveniente encauzar una eventual secesión por vía de la reforma CE, facilitando así un modo ordenado de dar salida al conflicto político, no la hace jurídicamente viable, sólo acaso deseable —para quien sostenga ese enfoque—.

Es bien cierto lo que nos recuerda Aragón Reyes (2002): qué desalentador puede ser dejar a las generaciones del futuro “la triste obligación de expresar la voluntad al margen de la norma”, saliendo así de los márgenes propios del Estado constitucional para poder hacer Constitución; pero también qué “vana ilusión de juristas” puede llegar a ser intentar realizar la “utopía” de dotar de plena estabilidad a la democracia dejando “permanentemente abiertas las vías para que el pueblo, pacíficamente, decida” cualquier cosa (p. 19).

²⁷ De Vega García, 1985, p. 29.

Probablemente estén en lo cierto quienes advierten que no se puede juridificar la ruptura, que es, por definición, revolucionaria. Lo que es seguro es que nuestra Constitución, desde luego, no lo ha hecho; ni tampoco —y esta es mi modesta aportación al debate— deja ninguna puerta abierta para hacerlo.

VII. REFERENCIAS

- Aláez Corral, B. (2000). *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Boletín Oficial del Estado.
- Aláez Corral, B. y Bastida Freijedo, F. (2019). La acomodación constitucional de la secesión: el caso español. *Fundamentos: Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, (10), 243-298.
- Alzaga Villamil, O. (1978). *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*. Ediciones del Foro.
- Aragón Reyes, M. (2019). La reforma del Estado autonómico: mejora y no sustitución del modelo. *Fundamentos: Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, (10), 183-214.
- Aragón Reyes, M. (2002). *Constitución, Democracia y Control*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Aragón Reyes, M. (2022). Constitución y Corona. En M. Álvarez Vélez y F. de Montalvo Jääskeläinen (Coords.), *España: una democracia parlamentaria. Libro Homenaje al profesor Ignacio Astarloa Huarte-Mendi-coa*. Universidad Pontificia de Comillas.
- Blanco Valdés, R. (2003). *La Constitución de 1978*. Alianza Editorial.
- Caamaño Domínguez, F. (2020). *Federación y reforma*. Tirant lo Blanch.
- Calamandrei, P. (2013). *La Constitución inactuada*. Tecnos.
- Cámara Villar, G. (2018). Artículo 2. En Y. Gómez Sánchez (Coord.), *Estudios sobre la reforma de la Constitución de 1978 en su cuarenta aniversario* (pp. 53-59). Thomson Reuters Aranzadi.
- De Vega García, P. (1985). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Tecnos.
- De Carreras Serra, F. (2018). Artículo 2. En S. Muñoz Machado (Ed.), *Comentario mínimo a la Constitución española* (pp. 24-27). Crítica; Cortes Generales, Tribunal Constitucional.

- De Carreras Serra, F. (2014). El derecho a no decidir, pero sí a salir del mandito embrollo. En J. J. Solozábal Echavarría (Ed.), *La autodeterminación a debate* (pp. 81-92). Editorial Pablo Iglesias.
- De Miguel Bárcena, J. (2019). *Justicia constitucional y secesión: el caso del proceso soberanista catalán*. Reus.
- De Miguel Bárcena, J. (2022). Pasado y presente de la democracia militante (con especial referencia al caso español). *Revista Vasca de Administración Pública*, (122), 17-43. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.122.2022.01>
- De Miguel Bárcena, J. (2020). La persistencia del proceso soberanista ante el Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (120), 199-230. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.120.07>
- Díaz Revorio, F. (2004). *La Constitución abierta y su interpretación*. Palestra Editores.
- Díaz Revorio, F. (2014). Proceso constituyente y proceso descentralizador: ¿de dónde venimos y a dónde vamos? En J. Oliver Araujo, M. Ballster Cardell et al. (Coords.), *El futuro territorial del Estado español. ¿Centralización, autonomía, federalismo, confederación o secesión?* (99-140). Tirant lo Blanch.
- Fondevila Marón, M. (2015). Los límites a la reforma de la Constitución. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, (19), 249-260.
- Fondevila Marón, M. (2016). *La reforma constitucional en la Constitución de 1978. Un ensayo de Derecho Constitucional como ciencia teórico-práctica*. Andavira.
- García-Atance García, M. (2002). *Reforma y permanencia constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- García-Escudero Márquez, P. (2007). *El procedimiento agravado de reforma de la Constitución de 1978*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Garrarena Morales, A. (1980). *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*. Secretariado de Publicaciones, Universidad de Murcia.
- Hernández Valle, R. (1993). El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 13(37), 143-155.
- Herrero de Miñón, M. (2008). Preámbulo. En M. Casas Baamonde y M. Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario* (pp. 3-10). Wolters Kluwer.

- Jiménez Campo, J. (1980). Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución. *Revista del Departamento de Derecho Político*, (7), 81-103. <https://doi.org/10.5944/rdp.7.1980.8035>
- López Basaguren, A. (2014). La secesión de territorios en la Constitución Española. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 1(25), 87-106.
- Loewestein, K. (2018). *Teoría de la Constitución* (A. Gallego Anabitarte, Trad.). Ariel.
- Pegoraro, L. (2013). Para una clasificación dúctil de la democracia militante. *Revista Vasca de Administración Pública*, (96), 191-223.
- Pérez Royo, F. (2015). *La reforma constitucional inviable*. Libros de la Catarata.
- Rubio Llorente, F. y Álvarez Junco, J (Dirs.) (2006). *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Consejo de Estado.
- Ruipérez Alamillo, J. (2003). *Proceso constituyente, soberanía y autodeterminación*. Biblioteca Nueva.
- Ruipérez Alamillo, J. (2014). *Reforma versus Revolución. Consideraciones desde la teoría del Estado y de la Constitución sobre los límites materiales a la revisión constitucional*. Porrúa.
- Ruipérez Alamillo, J. (2003). *Proceso constituyente, soberanía y autodeterminación*. Biblioteca Nueva.
- Ruipérez Alamillo, J. (2005). Estática y dinámica constitucionales en la España de 1978. Especial referencia a la problemática de los límites a los cambios constitucionales. En S. Roura Gómez y J. Tajadura Tejada (Eds.), *La reforma constitucional: la organización territorial del Estado, la Unión Europea y la igualdad de género* (pp. 15-280). Biblioteca Nueva.
- Schmitt, C. (2019). *Teoría de la Constitución* (F. Ayala, Trad.). Alianza Editorial.
- Solozábal Echavarría, J. J. (2018). Artículo 2. En M. Casas Baamonde y M. Rodríguez Piñero Bravo-Ferrer (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario* (pp. 53-63). Wolters Kluwer.
- Solozábal Echavarría, J. J. (1998). El problema de la soberanía en el Estado autonómico. *Fundamentos: Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, (10), 461-502.
- Solozábal Echavarría, J. J. (2014). La autodeterminación y el lenguaje de los derechos. En J. J. Solozábal Echavarría (Ed.), *La autodeterminación a debate* (pp. 198-212). Editorial Pablo Iglesias.

- Tajadura Tejada, J. (2018). *La reforma constitucional: procedimientos y límites. Un estudio crítico del Título X de la Constitución de 1978*. Marcial Pons; Fundación Manuel Giménez Abad.
- Tajadura Tejada, J. (2016). La reforma de la Constitución (artículos 166-169). En T. Freixes Sanjuán y J. Gavara de Cara (Eds.), *Repensar la Constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica, Parte Primera* (pp. 257-281). Boletín Oficial del Estado.
- Tajadura Tejada, J. (2017). El Estado autonómico: el cierre del modelo. En J. Cano Bueso y R. Escudero Rodríguez (Coords.), *Estudios en homenaje a Alfonso Guerra. La Constitución a examen: la reforma de la Constitución en España* (pp. 271-290). Tirant lo Blanch.
- Torres del Moral, A. (1992). Valores y principios constitucionales. Preámbulo, preceptos del Título Preliminar y artículo 10.1. *Revista de Derecho Político*, (36), 17-26.
- Torres del Moral, A. (2005). Interpretación teleológica de la Constitución. *Revista de Derecho Político*, (63), 9-38. <https://doi.org/10.5944/rdp.63.2005.8956>
- Torres del Moral, A. (2006). Democracia militante. En F. Pérez Royo et al. (Eds.), *Derecho Constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (t. I, pp. 209-224). Thomson Aranzadi.
- Torres del Moral, A. (2005). Democracia y reforma constitucional. En M. García Herrera (Coord.), *Constitución y Democracia. Veinticinco años de Constitución democrática en España. Actas del Congreso celebrado en Bilbao los días 19 a 21 de noviembre de 2003* (vol. I, pp. 105-124). Universidad del País Vasco.
- Ugartemendía Eceizabarrena, J. y Donaire Villa, F. (2019). *La triple justiciabilidad de las reformas constitucionales. Garantías jurisdiccionales nacionales, supranacionales e internacionales*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Vera Santos, J. (2007). *La reforma constitucional en España*. Wolters Kluwer.
- Vera Santos, J. (2014). Algunas precisiones terminológicas doctrinales, curiosamente olvidadas, referidas a la definición territorial de cualquier Estado (también de España). En J. Oliver Araujo (Dir.), *El futuro territorial del Estado español. ¿Centralismo, autonomía, federalismo, confederación o secesión?* (pp. 157-172). Tirant lo Blanch.
- Vírgala Foruria, E. (2017). El modelo federal español (reforma territorial ¿federal?). En E. Álvarez Conde (Dir.), *Reflexiones y propuestas sobre la reforma de la Constitución española* (pp. 406-419). Comares.

Are There No Material Intangibility Clauses in the Spanish Constitution?¹

¿No hay cláusulas de intangibilidad material en la Constitución española?

Ignacio González García

 <https://orcid.org/0000-0003-1882-721X>

Universidad de Murcia
Email: igongar@um.es

RECEIVED: July 31, 2023.

ACCEPTED: November 1, 2023.

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2024.18.18710>

RESUMEN: El profesor Sauca Cano parte en su trabajo de una premisa comúnmente admitida por la doctrina constitucionalista de nuestro país: la Constitución Española de 1978 no recoge ninguna cláusula de intangibilidad material de carácter expreso. En el presente texto se intenta justificar, desde la óptica del Derecho Constitucional, por qué el artículo 2 de la Constitución sí establece ese tipo de cláusula expresa cuando prescribe la condición indisoluble e indivisible del sujeto titular de la soberanía.

Palabras clave: Cláusulas de intangibilidad, límite expreso, indisolubilidad, indivisibilidad, soberanía, reforma constitucional.

ABSTRACT: Professor Sauca Cano starts in his work from a premise commonly accepted by the constitutionalist doctrine of our country: the Spanish Constitution of 1978 does not contain any explicit clause of material intangibility. This text attempts to justify, from the perspective of Constitutional Law, why Article 2 of the Constitution does establish this type of explicit clause when it prescribes the indissoluble and indivisible condition of the holder of sovereignty.

Keywords: Intangibility clauses, express limit, indissolubility, indivisibility, sovereignty, constitutional reform.

CONTENTS: I. Introduction: doctrinal agreement on the non-existence of express intangibility clauses in the SC. II. Intangibility clauses: their specific wording and placement III. The indissolubility and indivisibility of the State: positive normative order IV. Procedure for a

¹ Traducción realizada por la Dra. Ioana Cornea y Mariana Esparza Castilla.

comprehensive review of the Constitution and its hermeneutic scope. V. Irrelevance of the category of non-militant democracy on these effects VI. Summary VII. Reference

I. INTRODUCTION: DOCTRINAL AGREEMENT ON THE NON-EXISTENCE OF EXPRESS INTANGIBILITY CLAUSES IN THE SPANISH CONSTITUTION (SC)

In the first part of his work, Professor Sauca brilliantly addresses the question of the incorporation of intangibility clauses into constitutional texts. He offers stimulating and useful insights from the Theory of Law perspective providing interesting remarks and categories for constitutional theorists. He concludes that the Constitution in force that we have does not contain intangibility clauses rather than that of fortuity nature provided by Article 169 SC. In other words, there would be no express limitations to constitutional reform. This is one of the arguments on which he based his claims regarding the possibility that the Spanish Constitution does provide, conversely, some *constitutional liquidity clauses* that would operate within opposite logic.

Therefore, it joins to what has always been the unanimous opinion of the constitutional doctrine of our country, backed by the jurisprudence of the Constitutional Court.² This consensus includes those who argue for the absence of absolute material limitations of any kind (Pérez Royo, 2015; Aláez Corral, 2000; García-Escudero Márquez, 2007), and those who advocate the existence of material limits of an implicit nature (Ruipérez Alamillo, 2014, 145-146; De Vega García, 1985; Fondevila Marón, 2015, p.

² See Constitutional Court Judgment (CCJ) of September 11: “El procedimiento que se quiere abrir, con el alcance que le es propio, no puede dejar de afectar al conjunto de los ciudadanos españoles, pues en el mismo se abordaría la redefinición del orden constituido por la voluntad soberana de la Nación, cuyo cauce constitucionalmente no es otro que el de la revisión total de la Constitución por la vía del artículo 168 CE. [...] La cuestión que ha querido someterse a consulta de los ciudadanos del País Vasco afecta (art. 2 CE) al fundamento del orden constitucional vigente (en la medida en que supone una reconsideración de la identidad y unidad del sujeto soberano [...]) y por ello sólo puede ser objeto de consulta popular por vía del referéndum de revisión constitucional. (The procedure that is requested to be issued herein, with the appropriate scope, would affect Spanish citizens because it would imply the redefinition of the legal system by the sovereign will of the Nation, whose constitutional course is none other than the constitutional review provided in art. 168 SC. [...] The question that has been submitted to the citizens of the Basque Country for consultation affects (art. 2 SC) the foundation of the current constitutional system (insofar it entails pondering the identity and and unity of the sovereign subject) and, thus, it can only be asked through popular consultation by means of a referendum on constitutional review. Is a matter whose institutional treatment is reserved to the procedure of art. 168 SC).”

249-260). They all agree that, without any doubt, our current Constitution has not expressly provided any clause of material intangibility.

My contribution to this debate lies in questioning, at least, the general premise shared by all, particularly, from the perspective of Constitutional Law rather than Theory of Law. Concretely, could we not understand that the constituent assembly set an express material limitation to constitutional reform when it established the *indissoluble* and *indivisible* character of the Spanish Nation, of the holder of sovereignty, in art. 2 SC of 1978?

However, we should distance ourselves from this thesis by refuting the main arguments of the doctrine that justify it. Hence, my objective is to justify: the legal viability of the express intangibility clauses and their possible formulations, the condition of foundation but also of positive decree of the indissolubility and indivisibility enshrined in constitutional art. 2, the absence of hermeneutic value in the provision of a procedure for the comprehensive review of the Constitution (art. 168.1), and, finally, the irrelevance of the non-militant democracy condition of our model on these effects. Let's take a view.

II. INTANGIBILITY CLAUSES: THEIR SPECIFIC WORDING AND PLACEMENT

Since its beginnings, constitutionalism has studied both the legality of including clauses of material intangibility to Constitutional Texts and the pertaining and potentially effectiveness from a political standpoint, or even sociological (See the overview of critical schools in García-Atance García, 2002, p. 182-187). Although there are plenty of discussions regarding the former —the strictly legal sphere (Hernández Valle, 1993, p. 151-153)—, it is true that, as Jiménez Campo has rightly pointed out, most of the arguments claimed by the constitutionalist doctrine criticizing the incorporation of these clauses into Constitutions have focused on the latter, that is, the effectiveness in political terms.³ Let us consider the example of Loewenstein:

³ Jiménez Campo, 1980, p. 94: "Más interés tiene para la interpretación de nuestra Constitución el problema de los límites expresos -textuales, como, con mayor precisión, los identifica Cicconetti- a la revisión constitucional. Como habrá ocasión de apuntar, la cuestión de la existencia de tales límites no puede, sin más, resolverse negativamente a propósito del texto fundamental español, y ello pese a que no pueda ignorarse la importancia de la previsión de una revisión total del mismo. Como es de sobra conocido, el recurso a las cláusulas de intangibilidad no escasea en el Derecho comparado, por más que dicha práctica siga siendo objeto de una aguda polémica doctrinal. Como es de sobra conocido, el recurso a las cláusulas de intangibilidad no escasea en el Derecho comparado, por más que dicha práctica siga siendo objeto de una aguda polémica doctrinal. No se trata ya de la argumentación

En general, sería de señalar que las disposiciones de intangibilidad incorporadas a una Constitución pueden suponer en tiempos normales una luz roja útil frente a mayorías parlamentarias deseosas de enmiendas constitucionales -y según la experiencia tampoco existe para esto una garantía completa-, pero con ello en absoluto se puede decir que dichos preceptos se hallen inmunizados contra toda revisión. En un desarrollo normal de la dinámica política puede ser que hasta cierto punto se mantengan firmes, pero en épocas de crisis son tan sólo pedazos de papel barridos por el viento de la realidad política (In general, it should be noted that the provisions of intangibility incorporated into a constitution may, in ordinary times, be a useful red light before parliamentary majorities seeking constitutional amendments —which experience has proved is not guarantee—, but they, by no means, may be deemed as except from any review. Under an ordinary development of political dynamics, they may sustain without changes, but in times of crisis they shall just be pieces of paper swept by the wind of political reality. Transl. Mariana Esparza Castilla) (2018, p. 192).

However, these arguments, which can be addressed from different perspectives, cannot deprive these clauses from legal value, as evidenced by the fact that they have been incorporated and effectively applied by the Constitutional Courts of many constitutional systems, particularly in Italy, as we shall see below.⁴

según la cual los límites en cuestión nunca tendrían carácter absoluto y sí sólo relativo, siendo removible el procedimiento más agravado, al modo como lo ha expuesto Biscaretti y como en España sostuvo Ruiz del Castillo. Desde un punto de vista más sociológico que jurídico, se ha afirmado la inutilidad de semejantes cautelas incapaces, se argumenta, de enfrentarse al cambio político-, cuando no su potencial *revolucionario*, en la medida en que contribuirían a obstaculizar la juridificación de determinadas demandas políticas que, desprovistas de cauce constitucional adecuado, devendrían fatalmente anti-sistema (It is more relevant to the interpretation of our Constitution the problem of express —written— limitations, as Ciconetti identifies more clearly —to constitutional review. As I will stress herein, the question about the existence of such limitations cannot, without further ado, be resolved negatively with regard to the Spanish fundamental text, even though the importance of the provision for a comprehensive review of the text cannot be ignored. As is well known, the use of intangibility clauses is common in Comparative Law, although this practice continues to be the subject of strong doctrinal controversy. It is no longer about arguing that such limitations would only be relative and never absolute, with the most aggravated procedure being removable, as Biscaretti argued and as Ruiz del Castillo stated in Spain. From a sociological rather than legal point of view, the futility of such precautions incapable, it is argued, of confronting political change, if not its revolutionary potential, insofar as they would contribute to hindering the legal procedure of certain political actions which, deprived of an adequate constitutional channel, would become fatally anti-system)“.

⁴ In this sense, García-Atance García, 2002, p. 204, claims that: “Claiming that those circumstances are useless is not enough reason to deny them of character and legal value, due to the revolutionary potential they assume, and thus hindering the legalization of certain political demands that, with no legal foresight therein, would lead to a possible revolution.”

I quote for this point what Vera Santos has argued, among other authors, to justify the origin of the clauses herein as long as “expresan la identificación de toda la Constitución con determinado régimen político, aclaran de alguna manera las posibles concomitancias y diferencias entre el poder constituyente y el poder de revisión y determina contundentemente el significado y el alcance de las funciones de la Justicia Constitucional (they express the identification of the entire Constitution with a certain political regime, clarify in some way the possible concomitances and differences between constituent and review power, and strongly determines the meaning and scope of the functions of Constitutional Justice. Transl. Mariana Esparza Castilla) (Vera Santos, 2007, p. 261).” Under the understanding that the absolute limitations to the Constitution would not mean limitations on the constituent power, since what is limited is the power of constitutional revision, which is a constituted and necessarily limited power. This led us to suggest, as Tajadura Tejada has firmly stated, that Constitutional Courts should be empowered to control those reforms that may violate both formal and material limitations that the Constitution itself imposes:

Es preciso afrontar la principal objeción que suele formularse al establecimiento de cláusulas de intangibilidad: su inoperancia. Se afirma que estas cláusulas resultan jurídicamente inútiles puesto que carecen de mecanismos o procedimientos para garantizar su efectividad. A mi juicio, la objeción deja de tener sentido en el momento mismo en que se faculta al órgano de defensa para controlar la reforma constitucional. El Tribunal Constitucional debe estar facultado para anular una reforma constitucional que no respete los límites materiales finados por la propia Constitución. En estos casos, y para evitar un enfrentamiento directo con la voluntad popular es preciso defender la necesidad de que el control de constitucionalidad de la reforma se verifique, en todo caso, siempre, antes de que ésta sea sometida a referéndum. La atribución de esta decisiva función o facultad al Tribunal refuerza su posición de supremo órgano de defensa del Texto Constitucional, y nos exige, a su vez, replantearnos el complejo y delicado diseño de esta institución como auténtica clave de bóveda del edificio constitucional (The main objection that is often raised against the establishment of intangibility clauses must be addressed: their inoperability. The argument claims that such clauses are legally useless since they lack mechanisms or procedures to guarantee their effectiveness. However, the foregoing is no longer valid when the defense agency is empowered to control constitutional reform. Constitutional Courts shall be empowered to annul a constitutional reform contravening the material limitations set forth by the Constitution. In such cases, and to avoid a direct confrontation with the popular will, the need to verify the control over constitutional reform shall be defended, always before it is submitted to a referendum. The attribution of this decisive function or power to the

Court reinforces its position as the supreme agency for the defense of the Constitutional Text requires us, in turn, to rethink the complex and delicate design of this institution as an authentic key to the vault of the constitutional building. Transl. Mariana Esparza Castilla) (Tajadura Tejada, 2016, p. 277).

The difference between what I claim hereby, and the almost unanimous criterion of the doctrine is the understanding that material intangibility clauses, which obviously should be clear and explicit therein, shall be in Title X regarding constitutional reform and shall be formulated by the wording *provision X is unchangeable/ beyond reform*.⁵ Thus is the case of the Italian Constitution, since, as ours, establishes a decentralized unitary state, rather than a federal State:⁶ there is no typical clause of immutability of the indivisibility of the Republic in the proper Title about constitutional reform therein, but the Constitutional Court (Judgments 1146/1988 and 118/2015) has understood that the wording of Article 5 therein: “La República, una e indivisible, [...] (The Republic, one and indivisible, [...]). Transl. Spanish Constitution of 1978”, refers to a constituent power’s decision that is “removed even from the power of constitutional revision”, that is, it establishes an express material limitation to constitutional reform, which does not require other formulations or greater or more explicit reinforcements in other areas of the Constitutional.

Although the standpoint of our Constitutional Court has been quite different from the Italian’s, I deemed more than reasonable to draw this potential parallel between the scope of Article 5 of the Italian Constitution and that of the even more resounding Article 2 of the Spanish Constitution. Due to the reasons hereinbelow.

III. THE INDISSOLUBILITY AND INDIVISIBILITY OF THE STATE: POSITIVE NORMATIVE ORDER

Article 2 SC is categorical in stating that the Constitution, that is, the set of all the decisions of the constituent assembly, is “based” on the indissoluble unity of the Spanish Nation, to then add that that Nation is the “common and indivisible homeland” of all Spaniards. We can only but conclude

⁵ Carreras Serra, 2014, p. 86-87: “If this item —*the indissoluble unity of the Spanish Nation*— were beyond reform, the Constitution should provide so, as other constitutions do with other dispositions (i.e., the German, Italian or French).”

⁶ Perhaps we could find ourselves in a different situation in the case of having a Federal Constitution arise from the constituent power from the States of the Federation. See Solozábal Echavarría, 2018, p. 68. See also the very suggestive reflections of Vera Santos, 2014, p.157-172.

after considering the foregoing with the provision of Article 1.2 SC, about Spanish people as the holder of sovereignty, that the constituent power, the sovereign, and its unitary condition precede the constitutional decision, as the logic may lead.

But, although it is thus unquestionable that the indissoluble unity of the Nation is a precondition and foundation of the Constitution itself, this does not mean that such a quality remains exclusively in the prior legal, the meta or the supra-positive world. Article 2 of the Constitution does not only recognize a prior reality whereby it is stated the constituent will, but also acquires, precisely by the incorporation into the constitutional text, the character of a positive constitutional decision. In other words, the Spanish Nation and its indissoluble nature precede the Constitution in time, but sovereign shall decide as well whether *constitute* this extra-legal reality and transform it into a positive mandate of the Fundamental Norm. Within its pre-existence, it is also the will of the Constituent Assembly of 1978 to endow the Spanish Nation with the status of indissoluble. To put it in Schmitt's words, the indissoluble unity would be, at once, *foundation* and *political will* of the *political being*:

Una Constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez. Se apoya en una decisión política surgida de un *ser* político, acerca del modo y forma del propio ser. La palabra *voluntad* denuncia —en contraste con toda dependencia respecto de una justicia normativa o abstracta— lo esencialmente *existencial* de ese fundamento de validez. El poder constituyente es voluntad política: ser político concreto (A constitution is not based on a norm whose justice is the foundation of its validity. It is based on a political decision by a political *being* political on the way and form of one's own being. The term *will* denounce —contrary to relying on a normative or abstract justice— the fundamentally *existential* of this validity basis. Constituent power is political will: being a concrete politician. Transl. Mariana Esparza Castilla) (Schmitt, 2019, p. 124).

Thus, my claim that the condition of prior foundation is in no way incompatible with the first normative decision of the constituent assembly seems reasonable⁷, with the consequences derived therefrom, i.e., the abolishment of the arguments claiming that Article 2 SC does not es-

⁷ De Carreras Serra, also understands that it is a normative decision of the constituent assembly, although he denies, precisely for this reason, its condition as prior to constitutional decision and, therefore, its condition as an implicit limit to constitutional reform: "The Unity of Spain is not a presupposition of the Constitution, although a literal interpretation of Article 2 SC may confuse us.

establishes a limitation to constitutional reform based on self-referentiality and positivity of the Constitution.

But, contrary to what is defended by a large part of the doctrine of our country, the author has understood that the subsequent allusion to the also “indivisible” character of the Nation adds nothing new, different, or complementary to the first statement. For example, Alzaga Villaamil understands that indissoluble and indivisible are used by the constituent as “sinónimos; califica la afirmación patria común e indivisible de todos los españoles como ‘retórica redundancia’ (synonyms; the author deems the expression of common and indivisible homeland of all Spaniards as ‘redundant rhetoric’. Transl. Mariana Esparza Castilla)” (1978, p. 970); and Herrero de Miñón goes so far as to affirm that this addition “no introduce en la Constitución ningún nuevo elemento normativo [...]. Sirvió y sirve, en el plano afectivo, para compensar los sentimientos, en este caso de recelo, que el propio legislador constituyente abrigaba al introducir en el mismo artículo la expresión nacionalidades. El lenguaje catártico, en consecuencia, pretende, tan sólo, ser enunciado. Su finalidad se agota en sí mismo (does not introduce any new normative element into the Constitution [...]). The wording served and still serves on the affective level, to compensate the feelings, in this case of suspicion, that the constituent legislator harbored when introducing the expression nationalities in the same Article. Thus, cathartic language aims only to be enunciated. Its purpose is self-exhausted. Transl. Mariana Esparza Castilla)” (2008, p. 6-7). The *indivisibility* postulated by the same Article 2 SC 78 is not an alien assertion, but a separate and distinct one from that regarding the *indissolubility*.⁸ Consequently, we may conclude that only the indissolubility is the foundation of the Constitution, and that the indivisibility of the sovereign is not a prior and extra-legal reality, but a full normative decision, now unequivocally, of the constituent assembly, which establish —self-referentiality and positivity— an explicit limit to constitutional review. In other words, the Spanish Nation, besides being originally indissoluble, would also be indivisible because the constituent has provided so and only because the constituent has provided so.

Inevitably, it is thus essential to justify that we are dealing with two perfectly differentiable and not equivalent categories. The first to stress this distinction, or at least its usefulness, although with an intention different from ours and despite initially sharing the opposite prevailing thesis, was Torres del Moral:

⁸ A whole different scenario would be if the wording therein would had been, for example, the one proposed by Cámara Villar: “The Constitution is based on the unity and indivisibility of the Spanish Nation [...]” (2018, p. 53).

En un principio se interpretó como un desliz del constituyente el hablar de *indisoluble* unidad de la nación española. Acaso un prurito literario le hizo utilizar este término por no repetir dos veces *indivisible* en el mismo precepto. Al cabo del tiempo ha resultado un acierto. La desaparición de la URSS ha puesto de relieve que una cosa es la división de un Estado y otra su disolución. La URSS no se ha dividido: se ha disuelto. Así, pues, el término *indisoluble* ha resultado ser mucho más preciso de lo que acaso pretendió el constituyente (The *indissoluble* unity of the Spanish Nation was deemed at first as a slip of the constituent assembly. A literary pruritus led using this term to avoid repeating *indivisible* twice in the same Article. After a while it turned out to be a wise decision. The disappearance of the USSR has highlighted the distinction between the State's division and its dissolution. The USSR was not divided: it was dissolved. Thus, the term *indissoluble* has turned out to be much more precise than what the constituent assembly intended. Transl. Mariana Esparza Castilla) (Torres del Moral, 1992, p. 23).

Already in the Report from the State's Council of 2006 on the government proposal to modify some parts of the Constitution, it was underlying the idea that there is no repetition when the Constitution speaks of *indissolubility* and *indivisibility*, to the point of advising to keep the current wording of that first part of Article 2 SC 78:

La referencia al derecho a la autonomía de nacionalidades y regiones sirvió a los constituyentes de vía para introducir en la Constitución la idea de lo que se ha llamado la España plural, una Nación única e indivisible, pero integrada por partes diferenciadas. A juicio del Consejo de Estado es imprescindible mantener incólume esta idea [...]. Las modificaciones que han de introducirse en el artículo 2 no afectan en modo alguno a la primera parte del precepto; es decir, a la afirmación de que *la Constitución se fundamenta en la insoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles* (The reference to the right to autonomy of nationalities and regions helped the constituent assembly to introduce into the Constitution the idea of what has been called plural Spain, a single and indivisible Nation integrated by differentiated parts. In the opinion of the Council of State, it is essential to keep this idea intact [...]. The foreseen amendments to Article 2 do not affect the first part thereof in any way; that is, the statement that *the Constitution is based on the insoluble unity of the Spanish Nation, the common and indivisible country of all Spaniards*. Transl. Mariana Esparza Castilla) (Rubio Llorente, and Álvarez Junco, 2006, p. 150-151).

It also should be noted that the Constituent Cortes rejected all the amendments submitted during the parliamentary work on this Article 2 SC aimed to eliminating the alleged repetition of these two synonyms.

More recently, Vírgala Foruria has accurately pointed out that indivisibility would fail with a hypothetical secession, but not necessarily the indissolubility, although she does not see therein a limit, express nor implicit, to constitutional reform:

Se mantiene la unidad de lo previo y la unidad de lo posterior [en caso de secesión de una parte del territorio]. La soberanía sigue perteneciendo al conjunto del pueblo español que permite en un momento dado, y por los procedimientos constitucionales establecidos, que los ciudadanos de un determinado territorio decidan la separación, reestructurándose en ese momento la unidad del Estado a la nueva situación (Hence, the unity of the former and the latter is maintained [in case of the secession of a part of the territory]. Sovereignty still belongs to the Spanish people which enables the citizens of a certain territory, at a given moment and by the established constitutional procedures, decide the separation, restructuring at that moment the unity of the State to the new situation. Transl. Mariana Esparza Castilla) (Vírgala Foruria, 2017, p. 393).

An eventual constitutional recognition of the right to self-determination would indeed be incompatible with the provision of the indissoluble unity of the Nation, but not when a constitutional reform would decide the direct secession of a specific territory. Such secession would be prohibited not by the indissolubility but by the indivisibility of the Nation established therein. It is then a decision of the constituent assembly, a normative order of constitutional rank, which goes one step further in restricting the possibilities of altering the integrity of the national territory. It is a prohibition adopted as an express and absolute limitation to the reform of the Constitution of 1978. The least —the division of the sovereign subject— is thus expressly prohibited, so that, regardless of the legal value that we may give to indissolubility as the foundation of the Constitution, it is certain that, in this way, we can hardly understand the most —the dissolution of the Nation— as permitted.

Moreover, it is formulated not only as a limit, but as a first or major premise of other constitutional decisions following, also of those provided in Part X for constitutional review. Without any doubt, the right to political autonomy, thus the entire Part VIII of the Constitution, is established and regulated under the provisions known because is based on an indispensability: the indivisibility of the Nation.⁹ However, as explained here-

⁹ See in this regard Blanco Valdés, 2003, p. 111: "And autonomy exists because there is unity, without which autonomy is simply inconceivable: unity is the logical and political presupposition of an autonomy that has been the point of arrival of the decentralization process in Spain and not, as has happened in most federal States, the starting point that has led, after

inbelow, Article 168 SC provides a procedure for the *entire* review of the Constitution, not *despite* that Article 2 establishes the indivisibility of the Nation, but *once that* this provision has shielded the unity of the sovereign subject from any subsequent reform that may sought to alter it.

IV. PROCEDURE FOR A COMPREHENSIVE REVIEW OF THE CONSTITUTION AND ITS HERMENEUTIC SCOPE

A particularly important doctrinal majority has justified the lack of any material limitation to constitutional reform, both implicit and express, exclusively because Article 168 SC has provided a procedure for the *total review* of the Constitution. This has led, beyond my understanding, to an isolated and very literal interpretation of the first paragraph thereof,¹⁰ by which some of the most relevant constitutional decisions within the Preliminary Part of the Constitution are interpreted restrictively, or simply are ignored. Aláez Corral provides a clear example of this understanding on the issue:

Si el límite material se ha podido definir como aquella disposición constitucional de estructura normativa abierta que, a través de un mandato o de una prohibición, clausura la capacidad de conocimiento de la forma jurídica suprema, resulta meridiano que tanto el artículo 169 como el artículo 168 CE establecen límites materiales respecto al procedimiento de reforma constitucional del artículo 167 CE. [...]. En el caso del artículo 168 CE, la norma adopta la forma de un mandato, obligando a seguir un determinado procedimiento agravado para proceder a esta modificación. No es posible, pues, acudir a otras disposiciones constitucionales cuyo objeto no es la regulación de la reforma constitucional, ni a disposiciones heterorreferentes de otros sistemas jurídicos, con pretendida validez autónoma, para hallar en nuestro ordenamiento

the due process of territorial structuring, to the construction of a state political unit formed by previously sovereign territories.”

¹⁰ Jiménez Campo, 1980, p. 87, 88 and 90 puts it eloquently: “From the isolated reading of article 168.1, our fundamental text has opted for a total ideological indifferentism that leads to the same foresight of its comprehensive review, rather its *destruction*. While there are plenty of precedents in other legal systems in the past or nowadays, such decision implies forgetting that, from the legal standpoint, and as De Vega recently recalled, the revision is fundamentally a problem of defending, not subverting, the Constitution, as well as of excessive confidence in the usefulness of legal channels for the abrogation of the Constitution. [...] And it is precisely the idea of law present in our Constitution what shall be considered herein. Because, as has been stated, the tension between Title X, mainly Article 168, and other provisions of the Constitution is, first of all, the tension between an apparent ideological indifferentism, which goes as far as questioning the text in its entirety, and a will of the constituent assembly, whereby crucial stances, institutional and ideological, of political coexistence organization seemed resolutely adopted.

jurídico nuevos límites materiales (If the material limitation was defined as that constitutional provision with an open normative structure that, by an order or prohibition, deprives the capacity of knowledge of the Constitution, it is imperative that Articles 169 and 168 SC establish material limitations on the procedures for the constitutional reform of Article 167 SC. [...]. In Article 168 SC, the norm takes the form of an order, compelling to follow a certain aggravated procedure to proceed with this modification. It is not possible, therefore, to resort to other constitutional provisions whose object is not the regulation of constitutional reform, nor to provisions with references to other legal systems, with alleged autonomous validity, to find new material limitations in our legal system. Transl. Mariana Esparza Castilla) (2000, p. 306).

However, a doctrinal minority, although very authoritative, has conversely understood that, even from an isolated reading of Article 168.1 SC, the provision of a procedure for total review does not imply the elaboration, by that means, of a new Constitution to replace the previous one. In the words of Solozábal Echavarría, one could “cambiar la Constitución, pero no cambiar de Constitución (change the Constitution but not change of Constitution. Transl. Mariana Esparza Castilla)” (1998, p. 475). For some reason Article 28 of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 1793, often quoted by defenders of the illegality of absolute material limitations to constitutional reforms, expressly referred to three differentiable categories: reviewing, reforming, and changing the Constitution.¹¹ An example of this line of thought can be found in the perspectives of Ugartemendía Eceizabarrena and Donaire Villa:

Los términos *reforma* y *revisión* aparecen, concretamente, en la rúbrica y el varios preceptos del Título X del texto fundamental español de 1978 con el significado de la realización de cambios en la redacción de todo o parte de los preceptos constitucionales. Pero no con el significado de poder hacer una Constitución nueva a su amparo, o, lo que es lo mismo, de poder hacer mediante él un cambio de Constitución. Incluso la revisión total que el artículo 168 permite realizar, con observancia del procedimiento en él establecido, supone hacer cambios en determinadas partes de la Constitución o en toda ella, pero no hacer otra nueva, pues eso no sería hacer cambios en la Constitución, algo que presupone su permanencia, sino hacer otra nueva, lo cual iría más allá de la idea de revisión, incluso total (The terms *reform* and *review* appear, specifically, in the rubric and several Articles of Title X within the Spanish Constitution of 1978 with the meaning of changing the wording of all or part

¹¹ Article 28 of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 1793, voted by the National Convention of June 23, 1793, and incorporated as a preamble to the French Constitution of June 24, 1793, establishes: “The people always have the right to review, reform and change the Constitution. The laws of one generation cannot compromise the generations to come.”

of the constitutional provisions. But they do not have the meaning of making a new Constitution under their protection, or what is the same, of being able to change the Constitution by means of them. Even the total review that Article 168 enables, in compliance with the procedure set forth therein, implies making changes in certain parts, or throughout, of the Constitution, but does not entail making a new one since that would not be making changes to the Constitution, which presupposes its permanence, but making a new Constitution, which would exceed the idea of review, even of total review. Transl. Mariana Esparza Castilla) (Ugartemendía Eceizabarrena, and Donaire Villa, 2019, p. 122).

We can quote García-Atance García in this same sense:

Ni aun en el supuesto de que, en el propio texto constitucional, como el presente caso -aunque no falten precedentes en el Derecho comparado-, se mencione específicamente la posibilidad de la reforma total, habrá que interpretarse literalmente porque ello supondría olvidar [...] que el instituto de revisión configura un instrumento de defensa del orden constitucional y no la vía para la destrucción. Lo cual nos autoriza a rechazar la literalidad prevista en el artículo 168 CE relativa a la reforma total, en base al argumento que se fundamenta en el carácter de defensa que el instituto de reforma asume (Even if the constitutional text itself, as the case herein —although there are plenty of precedents in comparative law—, expressly holds the possibility of total reform, it nevertheless shall be interpreted literally because this would mean forgetting [...] that the institution of review configures a defense instrument of the constitutional order and not the way to destruction. This authorizes us to reject the literal interpretation of Article 168 SC regarding total reform, due to the argument based on the defense character that the institution of reform assumes. Transl. Mariana Esparza Castilla) (2002, p. 277).

In fact, deducing that the provision of a procedure for *total* reforms of the Constitution necessarily means the prohibition of the potential clauses of intangibility that may be included throughout the Constitution would be as absurd as to understand *conversely* that the reforms deemed as *total* would affect inexcusably all Articles of the SC of 1978 and that, by doing so, it would also substantially affect the normative mandate(s) contained in each of them.

But, beyond those isolated readings of Article 168.1 SE, it is clear that, as the Constitutional Court has repeatedly recalled, the Constitution “no es la suma y el agregado de una multiplicidad de mandatos inconexos (is not the sum and aggregate of a multiplicity of unconnected mandates. Transl. Mariana Esparza Castilla.)”, and should result in “un sistema coherente en el que todos sus contenidos encuentren el espacio y la eficacia que el constituyente quiso otorgarles (a coherent system in which all its

contents find the space and effectiveness that the constituent assembly wanted to grant them. Transl. Mariana Esparza Castilla)¹² The best doctrine has also stressed the foregoing in very similar terms. By all, Rui Pérez Alamillo:

La Constitución no puede ser concebida como una serie de preceptos que se superponen y yuxtaponen los unos a los otros, de suerte tal que pueden contener soluciones contrapuestas. Por el contrario, la misma se presenta, o se ha de presentar, como un conjunto armónico de decisiones que, al ser positivizadas, conforman una norma equilibrada y coherente. Es por ello por lo que su interpretación, si pretende ser ponderada y cabal, no pueda llevarse a cabo tomando de manera aislada e individualizada cada uno de sus artículos, sino poniendo en relación unos mandatos con otros (The Constitution cannot be conceived as a series of precepts that overlap and juxtapose each other, that they may contain conflicting solutions. On the contrary, it is presented, or should be presented, as a harmonious set of decisions that, when positivized, form a balanced and coherent norm. That is why its interpretation, if it intends to be pondered and comprehensive, cannot be performed by isolating the Articles, but by relating one order with others. Transl. Mariana Esparza Castilla) (2003, p. 335).

Therefore, our Constitutional Court has also clearly stated that it is possible to separate from a strictly grammatical interpretation of constitutional articles when “exista ambigüedad o cuando la ambigüedad pueda derivar de conexión o coherencia sistemática entre preceptos constitucionales (there is ambiguity or when ambiguity may derive from connection or systematic coherence between constitutional precepts. Transl. Mariana Esparza Castilla)”,¹³ hence, in view of the usual content and structure of Constitutional Texts, as Díaz Revorio has rightly warned, “el criterio literal o gramatical se muestra manifiestamente insuficiente en esta labor interpretativa [de la Constitución], y sólo en contados casos puede resultar decisivo (the literal or grammatical criterion is manifestly insufficient in this interpretative work [of the Constitution], and only in a few cases can it prove decisive. Transl. Mariana Esparza Castilla)” (2004, p. 44). However, this is not the case at hand.

In this way the relevance of the systematic interpretation of the entire Constitution has been emphasized, which is “un todo en el que cada precepto adquiere su pleno valor y sentido en función del conjunto (a whole in which each precept acquires its full value and meaning within the whole.

¹² CCJ 206/1992 of December 27.

¹³ CCJ 10/1984 of June 14.

Transl. Mariana Esparza Castilla)¹⁴ and, of course, by the ultimate criterion as the cornerstone thereof, as Torres del Moral argues:

Las reflexiones siguientes quieren ceñirse a la interpretación finalista o teleológica de la Constitución, que tantas veces nos orienta sobre el verdadero sentido de un precepto cuando, perplejos ante su dicción literal, sus antecedentes históricos y su inserción sistemática en un capítulo o un título de la norma suprema, nos preguntamos qué es lo que en realidad se pretende con tal precepto. No se trata tanto, aunque también, de las clásicas preguntas sobre la *voluntas constitutionis* o la *voluntas constituentis*, sino, más radicalmente, cuál es el cometido o función de tal precepto en el conjunto normativo en el que se instala o en la institución que contribuye a regular jurídicamente (The next reflections want to follow the finalist or teleological interpretation of the Constitution, which so often guide us to find the true meaning of an Article when, perplexed by its literal diction, we ask ourselves what a certain precept truly aims based on the historical antecedents and its systematic insertion in a chapter or a title thereof. It is not about the classic questions on the *voluntas constitutionis* or the *voluntas constituentis* but, more radically, is about the role or function of such Articles within its set of laws and regulations or within the institution that helps to legally regulate. Transl. Mariana Esparza Castilla) (2005, p. 13).

Logically, in this context plays a key role what Garrorena Morales called “el núcleo en el que queda anudada la coherencia última del sistema constitucional (the nucleus in which the ultimate coherence of the constitutional system is knotted. Transl. Mariana Esparza Castilla)”, that is, the fundamental constitutional decisions of the Preliminary Part, or the “Constitución de la Constitución (Constitution of the Constitution. Transl. Mariana Esparza Castilla)” They are essential premises that “devienen presupuesto inexcusable -netamente privilegiado- a la hora de interpretar el sentido de cualquier norma inmersa dentro del ordenamiento que presiden (become an inexcusable, clearly privileged, presupposition when interpreting the meaning of any norm within the system they preside over. Transl. Mariana Esparza Castilla),” both *ad extra* as *ad intra* of the Constitutional Text itself (Garrorena Morales, 1980, p. 14-15 and 17).

Of course, not all the normative orders within the Preliminary Part of the Constitution have such status, but without any doubt Articles 1.2 and 2 SC share this nature. I would rather say: among all Article within the Preliminary Part that constitutes the foundation of the constitutional building, these two are the most relevant. In particular, Article 2 is one of the capital decisions regarding the political form that the Spanish peo-

¹⁴ CCJ 101/1983 of November 18.

ple have given themselves and, therefore, as Zábal Echavarría warned us, it is projected “en el resto de la Constitución, a la que informa en congruencia con su contenido (in the rest of the Constitution, which it informs in congruence with its content. Transl. Mariana Esparza Castilla)”, and this basic and founding condition is “no sólo un tributo que le reconoce el intérprete, sino que ha querido el constituyente (not only a tribute recognized by the interpreter, but also desired by the constituent. Transl. Mariana Esparza Castilla)”. Thus, Article 2, along with others of the Preliminary Part, “encabeza la Constitución, cuyas parte dogmática y orgánica no sólo antecede, sino que, en el sentido que hemos expresado, preside (leads the Constitution, whose dogmatic and organic element not only precedes but, in the sense that we have expressed, presides. Transl. Mariana Esparza Castilla) (Solozábal Echavarría, 2018, p. 61-62).” It is also revealing that, precisely on this issue of the territorial organization of power, an “compromiso apócrifo (apocryphal compromise. Transl. Mariana Esparza Castilla)” (Tajadura Tejada, 2017, p. 272-273)¹⁵ could be hardly reached during the constituent process, leaving the final configuration of the model extraordinarily open, notably deconstitutionalized, this first premise was formulated in an uncontroversial way. Consequently, when faced with the apparent contradiction between the resounding, clear, and explicit statement that the Spanish Nation is indissoluble and indivisible of the Preliminary Part and the provision of a procedure for the total review of the Constitution in Title X, we can only start from the inescapable reflection herein.

Therefore, despite that our Constitutional Court seems to have ruled otherwise, one cannot argue in any way that Article 2 SC should be interpreted based on Article 168.1 SC. The institution of reform, like the rest of the organic decisions of the Constitution, serves its permanence and, more particularly, the permanence of its foundations and fundamental decisions. It is not so much a question of giving supra/meta constitutional value to a historical reality prior to the decision of the constituent, as of understanding what were the first premises of that fundamental decision, on which, without any doubt, the development of the rest of the precepts of the Constitutional Text was based, including those relating to the procedures for its reform.

An essential source of material when carrying out this hermeneutic work is the set of works on the elaboration of both precepts during the constituent period, which although they “no determinan (do not necessarily determine. Transl. Mariana Esparza Castilla)” their meaning in all cases,

¹⁵ See also Díaz Revorio (2014, pp. 104-112).

they are always, as herein, an “importante elemento de interpretación (important element of interpretation. Transl. Mariana Esparza Castilla)”.¹⁶ And, in fact, the doctrine has referred to them for supporting the thesis herein reviewed. Specifically, it has become popular, among authors of all tendencies,¹⁷ because the inclusion of an intangibility clause relating to the indivisibility of the Nation was expressly rejected during the constituent debates when the amendments and private votes that sought to do so were unsuccessful. Particularly eloquent, and even challenging, is the claim of Caamaño Domínguez:

Interesa recordar que la vía de la revisión total había sido descartada en el Anteproyecto de Constitución dando lugar a dos votos particulares del grupo parlamentario de Alianza Popular que abogaba por su inclusión siempre que se acompañase de una cláusula de intangibilidad en garantía de *la integridad del territorio y la unidad política del Estado*. La ponencia rechazó expresamente la segunda parte de estas enmiendas retomando, sin embargo, la posibilidad de la revisión total y, en el ulterior Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales, se dio forma al texto actual. En consecuencia, quien sostenga que la *unidad política del Estado* es un límite implícito al poder de enmienda, deberá fundamentar su posición no sólo mediante una interpretación del texto constitucional, sino que, además, deberá explicar por qué se debe incorporar tácitamente a la Constitución un límite que expresamente fue rechazado por el constituyente (We should recall that procedure for the total review was discarded in the Preliminary Draft of the Constitution with two votes within the parliamentary group of Popular Alliance (Alianza Popular) that advocated its inclusion along with an intangibility clause to guarantee *the integrity of the territory and the political unity of the State*. The second part of these amendments was expressly rejected by the drafting committee, but the possibility of a total review was taken up again and, in the subsequent opinion of the Constitutional Affairs Committee, the current text was shaped. Consequently, whoever claims that the *political unity of the State* is an implicit limitation to the power of amendment, shall justified the argument not only through an interpretation of the constitutional text, but, in addition, shall explain why a *limitation* shall be tacitly incorporated into the Constitution, which was expressly rejected by the constituent assembly. Transl. Mariana Esparza Castilla) (2020, p. 164).

¹⁶ CCJ 5/1981 of February 13.

¹⁷ This has been seen by the most prominent defenders of the existence of an implicit limitation to the constitutional reform in Article 2. By all, Ruipérez Alamillo, 2005, p. 199. “The forces in the Constituent Assembly wanted to avoid the introduction of intangibility clauses. The enemy of the express limits was explained because the same recalled the emphatic declarations of the founding normative of Francoism on the Principles of the National Movement, which *they are by nature permanent and unalterable* (art. 3 of the Organic Law of the State, of January 1, 1967)”.

Of course, it is an unquestionable fact that there were amendments aimed at expressly including in Title X an intangibility clause declaring the integrity of the territory or the political unity of the State immutable, not even changeable by a constitutional reform. However, relying on that fact is insufficient. The interpretative key of the parliamentary works on the draft of this Articles does not relies in the fact that these amendments were not finally incorporated into the Constitution as a counterweight to the provision of the total reform's procedure, but on the reason that did not happen.

Let us begin by recalling that it is not true that the rejection of such amendments was clear and reiterated throughout the *iter* parliamentary, as has been portrayed. In the Senate, no such amendment was debated or voted on because its proponent, Mr. Cacharro Pardo, allowed it to lapse as he did not appear to defend it either in the Committee or in the Plenary.¹⁸ In the Congress of Deputies, Amendment No. 157 filed by Mr. Carro Martínez was indeed debated, which sought to add a new paragraph to the last Article of Title X establishing the following: "La unidad política de España y su integridad territorial son inmodificables (The political unity of Spain and its territorial integrity are unchangeable. Transl. Mariana Esparza Castilla)". Certainly, in his turn of defense, the Deputy implied that merely with the wording of Article 2 there would not be a full guarantee that, once the procedure for constitutional *total* review has been incorporated, the national unity or the territorial integrity of the country may not be altered.¹⁹ And it is also true that, both in Committee and in Plenary Assembly, the amendment was rejected. In both cases, abstention played a decisive role, which indicates that the Congress thought the clause not only unwanted but also unnecessary.²⁰

But we shall hear the arguments: both the Socialist Parliamentary Group and the Communist Parliamentary Group, which accounted for almost all the negative votes, openly claimed that their rejection of the amendment was solely because it was unnecessary since the indissolubility and indivisibility of the Nation was already fully guaranteed by Article 2 SC, not by the subjection to a very aggravated reform procedure *former* article 168.1 SC, as has been said. And, of course, by rejecting the amendment, in no way did they intend to leave this essential decision open to further reconsideration by the power of reform. The reasoning of the votes

¹⁸ Official Communications Report (OCR), Senate, No. 157, of October 6, 1978.

¹⁹ Sessions' Newsletter, Congress of Deputies, Plenary Assembly, No. 115, of July 20, pp. 2504-2507.

²⁰ On plenary Assembly: 129 votes against, 25 in favor, 112 abstentions, and 1 null vote.

of Deputies Peces-Barba and Solé Tura were explained in a straightforward way. The former stated the following:

Nosotros entendemos que esta enmienda es absolutamente *innecesaria* y que las preocupaciones, muy justas, que se manifiestan en la enmienda están *ya resueltas en el artículo 2*. Creemos que es malo que exista expresamente una cláusula de intangibilidad porque fija una preocupación que no existe [...]. Nosotros, por consiguiente, considerando que *no añade nada* al tema, sino que introduce una heterogeneidad en relación con el conjunto del título sobre la reforma nos oponemos a que esta enmienda prospere (We understand this amendment is unnecessary and that the concerns expressed in the amendment herein are already resolved in Article 2. We deemed inconvenient the existence of an expressly intangibility clause since it establishes a concern that does not exist [...]. We thus consider that this *clause does not add anything to the topic*, but rather introduces a heterogeneity in relation to the whole of the title on the reform we oppose to the improvement of this amendment. Transl. Mariana Esparza Castilla).²¹

He not only confirmed the same argument, but also made it explicit that for his Parliamentary Group the unity of Spain was *intangibile* in view of the provisions of Article 2 SC, and that what was intended by the rejection of the amendment —so it was claimed— was nothing more than not closing the door to future incorporation into the national territory of areas under foreign sovereignty, thus confusing very different legal categories:

Creo que la enmienda que propone el Grupo de Alianza Popular tiene el defecto de que es *absolutamente innecesaria* y precisamente por serlo tiene una connotación que nos parece preocupante, por decirlo de manera suave. Si esta enmienda se somete a votación, parece que va a provocar una divisoria entre los que *somos partidarios de mantener intangible la unidad de España* y los que no lo son, lo que constituye un falso planteamiento del asunto, porque la realidad no pasa por ahí. Hemos aprobado *un artículo 2 que creo que es claro y específico al respecto* [...]. Introducir, pues, ahora el problema de esa irreformabilidad absoluta nos parece innecesario [...]. Si establecemos la irreformabilidad de la integridad de España, ¿cómo va a resolverse constitucionalmente en el futuro el problema de la recuperación de Gibraltar? (I believe that the amendment proposed by the People's Alliance Group has the defect that it is unnecessary and precisely due to his connotation that seems worrying to us, to put it mildly. If this amendment is put to a vote, it will divide those who are in favor of keeping the unity of Spain intangible and those

²¹ Journal of Sessions of the Congress of Deputies, Committee of Constitutional Affairs and Public Freedoms, Session No. 24, of June 20, 1978, OCR, No. 93, of the same date. The turn is mine.

who are not, which constitutes a false approach to the issue, because the reality does not pass through there. We have approved an article 2 that I think is clear and specific about the matter at hand [...]. Thus, introducing the problem of this absolute irreformability now seems unnecessary to us [...]. If we establish the irreformability of Spain's integrity, how will the problem of the recovery of Gibraltar be constitutionally solved in the future? Transl. Mariana Esparza Castilla).²²

So, a correct reading of what happened during the *iter* constituent assembly should lead us to conclude that the absence of an intangibility clause on national unity in Title X of the Constitution is not an obstacle, on the contrary, we should understand that is already expressed in Article 2 SC itself.

V. IRRELEVANCE OF THE CATEGORY OF NON-MILITANT DEMOCRACY ON THESE EFFECTS

There is a second argument —apparently connected with the former—that the best doctrine of our country has been using to justify the non-existence of material limitations to constitutional reform: our system is a model of non-militant democracy, which means that pro-independence parties are perfectly licit; and that legitimate political aspiration must necessarily have a legal channel for its eventual articulation, even though the aggravated constitutional reform of article 168 CE. Aragon Reyes explained quite eloquent in the following:

En nuestro ordenamiento jurídico (como ha reconocido el Tribunal Constitucional en múltiples sentencias) son lícitos los partidos independentistas porque la Constitución ofrece vías para esa independencia. Si así no fuera (esto es, si la independencia de parte del territorio mediante una reforma constitucional estuviese radicalmente prohibida como sucede en Alemania, Francia o Italia) los partidos independentistas no podrían ser jurídicamente reconocidos, salvo que se incurriese en una contradicción insalvable, pues el Derecho no puede considerar lícita una pretensión cuya consecución es ilícita. Hay que insistir: en España los partidos independentistas son lícitos precisamente porque la consecución de la secesión territorial (eso sí, aprobada por el procedimiento del artículo 168 CE) también lo es (In our legal system [as the Constitutional Court has recognized in multiple judgments] pro-independence parties are legal because the Constitution offers ways for that inde-

²² The word is again mine. Journal of Sessions of the Congress of Deputies, Committee of Constitutional Affairs and Public Freedoms, Session No. 24, of June 20, 1978, OCR, No. 93, of the same date.

pendence. If this were not the case [that is, if the independence of part of the territory by means of a constitutional reform was radically forbidden, as it happens in Germany, France or Italy], the pro-independence parties could not be legally recognized, unless they incurred in an insurmountable contradiction, since the Law cannot consider lawful a pretension whose achievement is unlawful. It must be insisted: in Spain, pro-independence parties are lawful precisely because the pursuit of territorial secession [albeit approved by the procedure of Article 168 SC] is also lawful. Transl. Mariana Esparza Castilla) (2019, p. 200).

In a similar sense, Zábal Echavarría has also argued that:

Lo mismo ocurre con el tema de la inclusión de la autodeterminación como objeto de un programa político. Aunque aquí hay alguna cuestión un poco más difícil: el artículo 6 de nuestra Constitución exige que los partidos políticos sean democráticos en su organización y en su funcionamiento, y que no sean contrarios a la Constitución. Esa conformidad constitucional de los partidos políticos me parece que hay que entenderla en el sentido de que los partidos políticos han de respetar las exigencias procedimentales de la Constitución -de una Constitución que prevé su propia reforma-, con lo cual no se puede prohibir a los partidos políticos que propongan cosas contrarias a la propia Constitución. Lo que no pueden los partidos políticos es ser enemigos de la Constitución, defender la violencia o la comisión de delitos en la consecución de sus objetivos. Pero no cabe prohibir a los partidos políticos la consecución de procedimientos pacíficos de determinados objetivos. Yo creo, naturalmente, que la autodeterminación sería una tesis absolutamente lícita (The same applies to the inclusion of self-determination as the object of a political program. Although there is a slightly more complicated issue here: Article 6 of the Spanish Constitution requires that political parties be democratic in their organization and functioning, and not contravene to the Constitution. This compliance of political parties with the Constitution shall be understood in the sense that political parties must respect the procedural requirements of the Constitution, which provides its own reform, which means that political parties cannot be prohibited from proposing things contrary to the Constitution itself. What political parties cannot do is to be enemies of the Constitution, advocate violence or the commission of crimes in pursuit of their objectives. However, political parties shall not be prohibited to follow their objective by a peaceful procedure. I naturally believe self-determination would be a legitimate thesis. Transl. Mariana Esparza Castilla) (2014, p. 202).

Our Constitutional Court seems to have followed this same line both in its pronouncements on the Basque sovereignty process and in the most recent rulings on the Catalan institutional coup. Thus, we must stress briefly that CCJ 103/2008, of September 11, 2008, already provided that for articulating processes that affect the "redefinición del orden constitui-

do por la voluntad soberana de la Nación (redefinition of the order constituted by the sovereign will of the Nation. Transl. Mariana Esparza Castilla)“ the constitutionally foreseen channel “no es otro que el de la revisión total de la Constitución por la vía del artículo 168 CE (is none other than that of the total review of the Constitution pursuant Article 168 SC. Transl. Mariana Esparza Castilla)”. This idea is comprised by the relevant CCJ 31/2010, of June 28, which recalled that any initiative seeking to “modificar el fundamento mismo del orden constitucional tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico (modify the very foundation of the constitutional order has a place in our legal system. Transl. Mariana Esparza Castilla)”, if “su consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución (its effective achievement is carried out within the framework of the procedures for reforming the Constitution. Transl. Mariana Esparza Castilla)”, whose respect is “inexcusable”. And continues to claim that this possibility of effectively achieving objectives aimed at overcoming the indissolubility or indivisibility of the Nation has its justification precisely in the conception of the system as a non-militant democracy:

En el contexto del Estado democrático instaurado por la Constitución, es obvio que, como tenemos reiterado, caben cuantas ideas quieran defenderse sin recurrir a la infracción de los procedimientos instaurados [...] Y cabe, en particular, la defensa de concepciones ideológicas que, basadas en un determinado entendimiento de la realidad social, cultural y política, pretendan para una determinada colectividad la condición de comunidad nacional, incluso como principio desde el que procurar la conformación de una voluntad constitucionalmente legitimada para, mediando la oportuna e inexcusable reforma de la Constitución, traducir ese entendimiento en una realidad jurídica. En tanto, sin embargo, ello no ocurra, las normas del Ordenamiento no pueden desconocer ni inducir al equivoco en punto a la *indisoluble unidad de la Nación española* proclamada en el art. 2 CE. (In the context of the democratic State established by the Constitution, it is obvious that, as we have reiterated, there is room for any idea that wishes to be defended without resorting to the infringement of the established procedures [...]. And there is room, in particular, for the defense of ideological conceptions which, based on a certain understanding of the social, cultural and political reality, claim for a certain collectivity the condition of national community, even as a principle whereby to procure the conformation of a constitutionally legitimized will in order to translate that understanding into a legal reality, by means of the appropriate and inexcusable reform of the Constitution. Nevertheless, otherwise the rules of the legal system cannot ignore or mislead the *indissoluble unity of the Spanish Nation* set forth in art. 2 SC. Transl. Mariana Esparza Castilla).

This idea is already made fully explicit in the CCJ 42/2014, of March 25, in which it would seem that the lack of material limitations to constitutional reform is not a cause but a consequence of the legal system being a non-militant democracy:

La primacía de la Constitución no debe confundirse con una exigencia de adhesión positiva a la norma fundamental, porque en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de democracia militante, esto es, un modelo en el que se imponga, no a el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución [...]. Este Tribunal ha reconocido que tienen cabida en nuestro ordenamiento constitucional cuantas ideas quieran defenderse y que no existe un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional (The precedence of the Constitution should not be confused with the requirement of positive compliance thereto, because in our constitutional system there is no room for a model of militant democracy, that is, a model that imposes not respect for, but positive compliance to the system and, first and foremost, to the Constitution [...]. This Court has recognized that there is room in our constitutional system for as many ideas that wish to be defended and that there is no normative core inaccessible to constitutional reform procedures. Transl. Mariana Esparza Castilla).

This perspective express material limitation to constitutional reform regarding the indivisibility of the Republic (art. 5), without any illicitness derived from the incorporation of objectives expressly contrary thereto in the Statutes of the political parties.²³ Likewise, as is logical, a small part of the doctrine has pointed out—in my opinion, correctly—that there is not necessarily a relation between the category of non-militant democracy and the absence of material limitations to constitutional reform.

Thus, Fondevila Marón has warned that intangibility clauses “no forman parte del concepto de Democracia militante (are not part of the concept of militant democracy. Transl. Mariana Esparza Castilla. Transl. Mariana Esparza Castilla)” since they “hacen referencia a objetos que son protegidos de la acción del poder de revisión y no son un medio de defensa de la Democracia a través de la Constitución (refer to objects that are protected from the action of the power to review and are no means of defense for democracy through the Constitution. Transl. Mariana Esparza Castilla. Transl.

²³ Among others, the National Party of Veneto, the Independence of the Republic of Sardinia or the Northern League itself have included in their Statutes clear references to the political goal of secession. Take, for example, Article 1 of the Statutes of the latter party: “This confederal political movement [...] aims to achieve the independence of Padania by democratic methods and its international recognition as an independent and sovereign Federal Republic”. See: Calamandrei, 2013; and Pegoraro, 2013.

Mariana Esparza Castilla)". Hence, the concept of intangibility clause "supera el concepto de Democracia militante porque excede el concepto de *Democracia* (exceeds the concept of militant democracy because it exceeds the concept of Democracy. Transl. Mariana Esparza Castilla)". According to the author, one thing would be "las medidas establecidas a nivel constitucional o legal para combatir la propagación de ideologías que inciten al odio y/o a la violencia, o que supongan un atentado contra los valores establecidos en la Constitución (the measures set forth in the Constitution or by law to fight against the dissemination of ideologies that encourage hatred and/or violence, or that threaten the values therein. Transl. Mariana Esparza Castilla)" and quite another "aquellos elementos que el Poder Constituyente quiso excluir de la acción potencial del poder de reforma [...], como puedan ser la forma de Estado, la forma de gobierno, etc. (those elements that the Constituent Power wished to exclude from the possible action of the reform power [...], such as reforms by the State, government, etc. Transl. Mariana Esparza Castilla)". We would then be dealing with related or complementary categories, but "sin conexión directa entre ellas (without direct connection between them. Transl. Mariana Esparza Castilla)" (Fondevila Marón, 2016, p. 115-117).

De Miguel Bárcena has also distinguished between the material limitations to constitutional reform, which "aportan identidad institucional a la comunidad política (provide institutional identity to the political community. Transl. Mariana Esparza Castilla)" and undoubtedly entail "una limitación al pluralismo político desde el punto de vista de la reforma constitucional, que puede ser calificada de intolerable si nos atenemos a una idea de conversación pública sin exclusiones temáticas (a limitation to political pluralism from the standpoint of constitutional reform, which can be deemed as intolerable if we abide by an idea of public conversation without thematic exclusions. Transl. Mariana Esparza Castilla), and militant democracy which, on the contrary, is "un dispositivo que busca expulsar de la legalidad a aquellos grupos que tienen como objetivo destruir la democracia representativa y el régimen de libertades que la sostiene (a mechanism aimed at expelling from legality those groups seeking to destroy representative democracy and the regime of freedoms that sustains it Transl. Mariana Esparza Castilla)" (De Miguel Bárcena, 2022, p. 17-43). The author believes that we would be dealing with a category, that of militant democracy, inseparable from the German historical circumstances, which has been misinterpreted in the Spanish Constitutional Court by linking it to the alleged absence of material limitations to constitutional reform:

La vinculación entre la inexistencia de una democracia militante y la ausencia de límites materiales a la reforma es un viejo error en el que sigue persistiendo contumazmente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que hizo suya sin mayor reflexión la jurisprudencia del Tribunal de Karlsruhe, sin caer en la cuenta de la peculiaridad histórica alemana. En pura hipótesis, este error puede provenir de la interpretación inicial realizada por de Otto o de una vieja introducción a la primera traducción de *Legalidad y legitimidad*, donde Schmitt pretende hacer suya -de manera oportunista- la paternidad del vínculo entre la legalidad de un partido y el límite a la facultad de reformar la Constitución (The link between the non-existence of a militant democracy and the absence of material limitations to reform is an old error stubbornly maintained by the Constitutional Court's jurisprudence, which adopted the jurisprudence of the Karlsruhe Court without further reflection and, thus, without considering the German historical peculiarity. Hypothetically, this error may come either from the first interpretation made by de Otto or an old introduction to the first translation of *Legalidad y legitimidad* (*Legality and Legitimacy*), whereby Schmitt pretends to make his own, opportunistically, the link between the legality of a party and the limitation to the power to reform the Constitution. Transl. Mariana Esparza Castilla) (De Miguel Bárcena, 2019, p. 83).²⁴

²⁴ By Miguel Bárcena, 2020, p. 216. The author goes on to highlight therein that “toda democracia es una democracia militante. Esta acepción no está sustancialmente emparejada con la reforma constitucional y sus límites, cuestión que alude a la identidad institucional, sino con el abuso de derecho tal y como lo pensó inicialmente Karl Loewestein (1937) y que está expresado en la Ley Fundamental de Bonn (art. 18) y en el CEDH (art. 17). Este es el camino que ha adoptado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su abundante jurisprudencia: no se exige una adhesión positiva a la *ideología* de cualquier constitución -si pudiéramos inferir tal cosa una vez proclamado como valor el pluralismo político-, pero sí se exige una adhesión a aquella parte de la Constitución que consagra el régimen democrático y las libertades públicas. En su versión minimalista, la Constitución española tiene un límite intangible -o inviolable- de la democracia: la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes, fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 SC) (every democracy is a militant democracy. This meaning is not substantially related to that of constitutional reform and its limitations, a matter of institutional identity, but rather to the violation of rights as was originally conceived by Karl Loewestein (1937) and which is expressed in the Basic Law of Bonn (art. 18) and in the ECHR (art. 17). The European Court of Human Rights has taken this approach throughout its extensive jurisprudence: it is not required a positive allegiance to the ideology of any constitution -if we may infer that once political pluralism is proclaimed as a value-, but it is required an allegiance to the Constitution whereby the democratic regime and civil liberties are enshrined. In its simplest version, the Spanish Constitution has an intangible, or inviolable, limitation to democracy: the human dignity and the inherent rights, the foundation of political order and social peace) (art. 10.1 SC)”. Torres del Moral (2006, p. 223) has already developed furthermore the idea that every democracy is a militant one in a severe criticism of both the jurisprudence of the Constitutional Court and the Supreme Court as well as the stance of the mainstream doctrine: “Ambos tribunales niegan que la española sea una democracia militante, con lo que asumen y dan por bueno el sentido que esta expresión ha recibido de un sector de la doctrina, que dócil y críticamente ha sido seguido por casi todos los autores, sobre todo por la pereza que siempre produce pensar por cuenta propia. Con lo cual (es decir, asumiendo este sentido, más bien esta descalificación de la democ-

Nevertheless, this is an interesting, ongoing and complex debate, for instance, Aragón Reyes himself has been refining his original stance in recent years:

Ahora bien, esta tesis de que la nuestra no es una democracia militante encuentra, sin embargo, ciertos reparos, fundados en la idea misma de Constitución, lo que me conduce ahora a matizar aquella tesis, que tanto tiempo mantuve, aunque ya en los últimos años fui señalando algunos de sus inconvenientes. Si, como ha de admitirse, no hay otra Constitución auténtica que la democrática, los posibles cambios en la misma han de permitir reformarla, pero no destruirla, es decir, cambiar “de” Constitución, pero no abandonar “la” Constitución como sistema de organización política (lo que significa que el cambio, incluso total de la Constitución, habilitado por el art. 168, podría dar lugar a “otra” Constitución, siempre democrática, pero nunca, válidamente, a una dictadura, esto es, a una “no Constitución”). Cabría encontrar así una especie de límite “ontológico” a la reforma constitucional (However, the thesis that our democracy is not militant has, nevertheless, certain reservations based on the very idea of constitution, which now leads me to refine the thesis that I hold for so long, although in recent years I have pointed out some of its disadvantages. If, as it shall be admitted, no other authentic Constitution exists than the democratic one, the possible changes therein shall allow its reform, but not its destruction, that is, changing “of” Constitution, but not abandoning “the” Constitution as political organization system [which means, as provided by art. 168, that changing, even totally, the Constitution may lead to “another” Constitution, always democratic, but never validly to a dictatorship, a “non-Constitution”]. Thus, a kind of “ontological” limitation to constitutional reform may be observed. Transl. Mariana Esparza Castilla). (2022, p. 150).

racia militante), nuestros más altos tribunales rechazan una línea argumentativa que en este caso -y en otros similares- habría sido determinante. ¿Democracia militante española? Claro que sí, como cualquier otra democracia que se precie. Así, pues, el Preámbulo, el artículo 1, el 9.2, el 10, etcétera, configuran la idea del constituyente como una democracia avanzada, que propugna unos valores; en una palabra: el constituyente configura una democracia militante, que se fundamenta en la dignidad personal y en los derechos de la persona, que se propone una política de igualdad y la libertad reales y efectivas (Both courts deny that the Spanish democracy is militant, thus they assume and approve the meaning given to this expression by a certain sector of the doctrine, which has been followed docilely and uncritically by most authors, mainly due to the usual idleness of thinking on one’s own account. Thus, assuming the disqualification of militant democracy, our highest courts reject a reasoning that in this case, and others like it, would have been decisive. Spanish militant democracy? But of course, like any other self-respecting democracy. Thus, the Preamble, Articles 1, 9.2, 10, etc., configure the idea of the constituent power as an advanced democracy, which advocates certain values; in a word: the constituent power configures a militant democracy, based on personal dignity and human rights, and aimed at political equality and real and effective freedom. Transl. Mariana Esparza Castilla). See also Torres del Moral, 2005, p. 105-124.

The debate will require new developments on doctrine and jurisprudence after the recent approval of Act 20/2022, of October 19, on Democratic Heritage, which provides, among other things, an exhaustive sanctioning regime for certain activities and expressions hitherto perfectly lawful within a legal framework of non-militant democracy. It will be interesting to know the decision of the Constitutional Court on this matter.

However, there is a key issue that we must highlight to place the matter in its rightful terms, for the purposes of interest hereof. However, there is a key issue that we must highlight to place the matter in its rightful terms, for the purposes of interest hereof. Notwithstanding the confusing wording of some relevant passages of the Constitutional Court judgments herein, the constitutional jurisprudence that reiterates that our system is a non-militant democracy is based on a single argument: the absence of intangibility clauses in the Constitution. In other words, while this stance may be ground in another type of grounding²⁵, Spain's Constitutional Court has based its posture exclusively on this circumstance: there are no intangibility clauses, and there are none because Article 168 SC provides a procedure for the entire revision of the Constitution. The High Court thus explained, not quite clearly, in its judgment STC 48/2003, of March 12, whose doctrine should guide the interpretation of its subsequent rulings:

²⁵ Caamaño Domínguez 2020: 139-140 has rightly remarked that “en los primeros años de la década de los ochenta del pasado siglo, autores como de Otto o Jiménez Campo ofrecieron fundadas razones para entender que la Constitución española de 1978 no contenía, a diferencia de la Ley Fundamental de Bonn, un principio de democracia militante y que, por tanto, *la sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico* de ciudadanos y poderes públicos (art. 9.1 CE) solo se traducía en un deber de obediencia al derecho. Una interpretación jurídica arriesgada y valiente, en términos de libertad, pues conviene recordar que la Constitución de 1978 contempla en su artículo 55.2 la nada común posibilidad de suspender individualmente ciertos derechos fundamentales que pudieran verse concernidos por investigaciones policiales y judiciales relativas a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. Previsión normativa que, fácilmente, podría haber servido, para excluir de lo constitucionalmente tolerable a quienes, sin usar la violencia, defendiesen posturas ideológicas que justificasen o diesen cobertura social a alguna de las conductas ilícitas allí referidas (in the early eighties of the last century, authors as de Otto or Jiménez Campo offered well-founded reasons to understand that the Spanish Constitution of 1978 did not set forth, unlike the Fundamental Law of Bonn, a principle of militant democracy and that, therefore, compliance with the Constitution and the legal system of citizens and public authorities [art. 9.1 SC] only meant a duty of obedience to the law. A bold and brave legal interpretation, in terms of freedom, since we should recall that the Constitution of 1978 provides in Article 55.2 the uncommon possibility of suspending certain fundamental rights of an individual that could be affected by criminal investigations concerning the actions of armed gangs or terrorist groups. Which was a normative provision that could easily have served to exclude from what is constitutionally tolerable those who, without using violence, defended ideological stances that justify or give social cover to any of the illicit conducts referred to therein. Transl. Mariana Esparza Castilla”).

En nuestro ordenamiento constitucional *no tiene cabida un modelo de democracia militante* [...], esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución. *Falta para ello el presupuesto inexcusable de la existencia de un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional* que, por su intangibilidad misma, pudiera erigirse en parámetro autónomo de corrección jurídica, de manera que la sola pretensión de afectarlo convirtiera en antijurídica la conducta que, sin embargo, se atuviera escrupulosamente a los procedimientos normativos [...]. *La Constitución española, a diferencia de la francesa o la alemana, no excluye de la posibilidad de reforma ninguno de sus preceptos ni somete el poder de revisión constitucional a más límites expresos que los estrictamente formales y de procedimiento.* Ciertamente, nuestra Constitución también proclama principios, debidamente acogidos en su articulado, que dan fundamento y razón de ser a sus normas concretas. Son los principios constitucionales, principios todos que vinculan y obligan, como la Constitución entera, a los ciudadanos y a los poderes públicos (art. 9.1 CE), incluso cuando se postule su reforma o revisión y hasta tanto ésta no se verifique con éxito a través de los procedimientos establecidos en su Título X. Esto sentado, desde el respeto a esos principios [...] *cualquier proyecto es compatible con la Constitución, siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales* (There is no place in our constitutional order for a model of militant democracy [...], a model that demands not only respect for, but also positive adherence to the legal system and, first and foremost, to the Constitution. Therefore, it is necessary a normative nucleus inaccessible to constitutional reform procedures which, by its very intangibility, might be established as an autonomous parameter of legal correctness, so that the mere attempt to affect it would make the conduct, otherwise strictly complied with the normative procedures, unlawful [...]. The Spanish Constitution, unlike the French or German, does not exclude any of its precepts from the possibility of reform, nor does it subject the power of constitutional review to any express limitations other than those strictly formal and procedural. Certainly, our Constitution also proclaims principles, duly included in its articles, upon which its concrete norms are grounded and justified. They are constitutional principles, all binding and mandatory, like the entire Constitution, to citizens and public authorities [art. 9.1 SC], even when their reform or review is proposed and until it is successfully verified through the procedures established in Part X of the Constitution. In this sense, while respecting these principles [...] *any project is compatible with the Constitution, as long as it is not advocated by an activity that violates democratic principles or fundamental rights.* Transl. Mariana Esparza Castilla).²⁶

²⁶ The underlining is personal. See in this regard, García-Escudero Márquez, 2007, p. 18.

Logically, if the thesis of non-militant democracy is based on the interpretation hereinabove of Part X of the Constitution, particularly Article 168, any further reflections derived from this category for the purpose herein are invalidated due to statements made to nullify the major premise of the absence of intangibility clauses in the Spanish Constitution. Regardless that we agree, in essence, with the objections raised by De Miguel Bárcena and Fondevila Marón, the decisive point for our purposes is that the argument of non-militant democracy, however it is understood, is not tenable because it is based on a major premise that we do not accept.

In other words, even if we accept the mainstream opinion that, since our system is a model of non-militant democracy, the material limitations to constitutional reform should be excluded, this thesis only makes sense within the discussion of implicit material limitations, which is the framework of the current doctrinal debate. However, since we have chosen to understand that Article 2 SC contains an express material limitation to constitutional reform, which cannot be opposed by the procedure of Article 168 SC, there is no added or different obstacle for considering the model as a non-militant democracy, as the Constitutional Court has argued.

Therefore, in my opinion, it is perfectly compatible that the indivisibility of the Nation has been shaped in Article 2 SC as an absolute and express material limitation to constitutional reform with the legality of political parties whose objective is the secession or recognition of the right to self-determination. But, even if we assume the opposite thesis, the incompatibility between the existence of this material limitation and the legality of pro-independence political parties, we cannot conclude the nonexistence of such limitation, but, on the contrary, that perhaps the legislator, compelled by this constitutional provision, should have established the prohibition of political parties whose statutes contain objectives incompatible with the decision of the constituent assembly.

VI. OVERVIEW

In my opinion, despite the jurisprudence of the Constitutional Court and the whole of the doctrine in undoubtedly contrary stances, we can claim that Article 2 SC clearly and expressly establishes the indivisibility of the Nation as material limitation to constitutional reform, with all the consequences that may or should derive therefrom, regardless of whether they may be politically uncomfortable or even inconvenient.

Thus, according to this understanding of the Constitution, there would be no possibility of reforming it, by any of the procedures provided

for therein, neither of incorporating the right to secession of certain territories, nor of directly deciding the segregation thereof. Does this mean that there is no other way to achieve such claims than constitutional revolution, the appeal to an original and radical constituent power that would lead us to the extra-legal field, *res facti, non iuris*²⁷? Indeed. Indivisibility is both a principle and an end of the constituent agreement of 1978. It is more than just the standard recognition of a general norm of Constitutional Law, that of the unity of the sovereign subject, it is a specific end of our constituent process: the establishment of the intangibility of the unity of the Nation.

For those who sustain this approach, the fact that it could prove more convenient to channel a possible secession through constitutional reform, thus providing an orderly solution to the political conflict, does not make it legally feasible but only perhaps desirable.

What Aragón Reyes reminds us is quite true: how discouraging it can be to leave future generations “la triste obligación de expresar la voluntad al margen de la norma (the sad obligation to express their will outside the norm. Transl. Mariana Esparza Castilla)”, thus leaving the margins of the constitutional State to make Constitution; but also what a “vana ilusión de juristas (vain illusion of jurist. Transl. Mariana Esparza Castilla)” it can be attempting the “utopia” of providing full stability to democracy by leaving “permanentemente abiertas las vías para que el pueblo, pacíficamente, decida (permanently open the ways for the people to peacefully decide. Transl. Mariana Esparza Castilla)” anything (Aragón Reyes, 2002, p.19).

Those who warn that rupture, which is by definition revolutionary, cannot be legalized, are probably right. What is certain is that our Constitution, of course, has not done so, nor, and this is my modest contribution to the debate, does it leave any door open for doing so.

VII. REFERENCES

- Aláez Corral, B. (2000). *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*, Madrid, Boletín Oficial del Estado – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Aláez Corral, B. & Bastida Freijedo, F. (2019), La acomodación constitucional de la secesión: el caso español. In P. Requejo (Coord.), *Fundamentos: Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público*

²⁷ De Vega García, 1985, p. 29.

- e *Historia Constitucional* 10 (pp. 243-298). Parliament of the Principality of Asturias
- Alzaga Villamil, O. (1978). *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*. Ediciones del Foro.
- Aragón Reyes, M. (2019). La reforma del Estado autonómico: mejora y no sustitución del modelo. In P. Requejo (Coord.), *Fundamentos: Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional* 10 (pp. 183-214). Parliament of the Principality of Asturias
- Aragón Reyes, M. (2002). *Constitución, Democracia y Control*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Aragón Reyes, M. (2022). Constitución y Corona. In M. Álvarez Vélez & F. de Montalvo Jääskeläinen (Coords.), *España: una democracia parlamentaria. Libro Homenaje al profesor Ignacio Astarloa Huarte-Mendi-coa*. Universidad Pontificia de Comillas.
- Blanco Valdés, R. (2003). *La Constitución de 1978*. Alianza Editorial.
- Caamaño Domínguez, F. (2020). *Federación y reforma*. Tirant lo Blanch.
- Calamandrei, P. (2013). *La Constitución inactuada*. Tecnos.
- Cámara Villar, G. (2018). Artículo 2. In Y. Gómez Sánchez (Coord.), *Estudios sobre la reforma de la Constitución de 1978 en su cuarenta aniversario*. Thomson Reuters-Aranzadi.
- De Vega García, P. (1985). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Tecnos.
- De Carreras Serra, F. (2018). Artículo 2. In S. Muñoz Machado (Ed.), *Comentario mínimo a la Constitución Española*. Cortes Generales – Tribunal Constitucional.
- De Carreras Serra, F. (2014). El derecho a no decidir, pero sí a salir del mandito embrollo. In J. J. Solozábal Echavarría (Ed.), *La autodeterminación a debate*. Editorial Pablo Iglesias.
- De Miguel Bárcena, J. (2019). *Justicia Constitucional y Secesión: el caso del proceso soberanista catalán*. Reus.
- De Miguel Bárcena, J. (2022). Pasado y presente de la democracia militante (con especial referencia al caso español). *Revista Vasca de Administración Pública*, (122), January-april, 17-43. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.122.2022.01>
- De Miguel Bárcena, J. (2020). La persistencia del proceso soberanista ante el Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (120), 199-230. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.120.07>
- Díaz Revorio, F. (2004). *La Constitución abierta y su interpretación*. Palestra Editores.

- Díaz Revorio, F. (2014). Proceso constituyente y proceso descentralizador: ¿de dónde venimos y a dónde vamos?. In J. Oliver Araujo (Dir.), *El futuro territorial del Estado español. ¿Centralismo, autonomía, federalismo, confederación o secesión?*. Tirant lo Blanch.
- Fondevila Marón, M. (2015). Los límites a la reforma de la Constitución, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, (19), 249-260.
- Fondevila Marón, M. (2016). *La reforma constitucional en la Constitución de 1978. Un ensayo de Derecho Constitucional como ciencia teórico-práctica*. Andavira.
- García-Atance García, M. (2002), *Reforma y permanencia constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- García-Escudero Márquez, P. (2007). *El procedimiento agravado de reforma de la Constitución de 1978*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Garrorena Morales, A. (1980). *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*. Secretariado de Publicaciones, Universidad de Murcia.
- Hernández Valle, R. (1993). El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 13(37), enero-abril, 143-155.
- Herrero de Miñón, M. (2008). Preámbulo. In M. Casas Baamonde & M. Rodríguez Piñero Bravo-Ferrer (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*. Wolters Kluwer.
- Jiménez Campo, J. (1980). Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución. *Revista del Departamento de Derecho Político*, (7), 81-103. <https://doi.org/10.5944/rdp.7.1980.8035>
- López Basaguren, A. (2014). La secesión de territorios en la Constitución Española. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 1(25), 87-106.
- Loewestein, K. (2018). *Teoría de la Constitución*. Ariel.
- Pegoraro, L. (2013). Para una clasificación dúctil de la democracia militante. *Revista Vasca de Administración Pública*, (96), 191-223.
- Pérez Royo, F. (2015). *La reforma constitucional inviable*. Libros de la Catarata.
- Rubio Llorente, F. & Álvarez Junco, J (Dirs.). (2006). *El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del Informe y debates académicos*. Consejo de Estado-CEPC.
- Ruipérez Alamillo, J. (2003). *Proceso constituyente, soberanía y autodeterminación*. Biblioteca Nueva.

- Ruipérez Alamillo, J. (2014). *Reforma versus Revolución. Consideraciones desde la teoría del Estado y de la Constitución sobre los límites materiales a la revisión constitucional*. Porrúa.
- Ruipérez Alamillo, J. (2003). *Proceso constituyente, soberanía y autodeterminación*. Biblioteca Nueva.
- Ruipérez Alamillo, J. (2005). Estática y dinámica constitucionales en la España de 1978. Especial referencia a la problemática de los límites a los cambios constitucionales. In S. Roura Gómez & J. Tajadura Tejada (Eds.), *La reforma constitucional: la organización territorial del Estado, la Unión Europea y la igualdad de género*. Biblioteca Nueva.
- Schmitt, C. (2019). *Teoría de la Constitución*. Alianza Editorial.
- Solozábal Echavarría, J. J. (2018). Artículo 2. In M. Casas Baamonde & M. Rodríguez Piñero Bravo-Ferrer (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*. XXX Aniversario. Wolters Kluwer.
- Solozábal Echavarría, J. J. (1998). El problema de la soberanía en el Estado autonómico. In R. Punset Blanco (Coord.), *Fundamentos: Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional 1* (pp. 461-502). Parliament of the Principality of Asturias.
- Solozábal Echavarría, J. J. (2014). La autodeterminación y el lenguaje de los derechos. In J. J. Solozábal Echavarría (Ed.), *La autodeterminación a debate*. Editorial Pablo Iglesias.
- Tajadura Tejada, J. (2018). La reforma constitucional: procedimientos y límites. Un estudio crítico del Título X de la Constitución de 1978. Marcial Pons, Fundación Manuel Giménez Abad.
- Tajadura Tejada, J. (2016). La reforma de la Constitución (artículos 166-169). In T. Freixes Sanjuán & J. Gavara de Cara (Eds.), *Repensar la Constitución*. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica, Parte Primera. State Official Gazette.
- Tajadura Tejada, J. (2017). El Estado autonómico: el cierre del modelo", J. Cano Bueso & R. Escuredo Rodríguez (Coords.), *Estudios en homenaje a Alfonso Guerra. La Constitución a examen: la reforma de la Constitución en España*. Tirant lo Blanch.
- Torres del Moral, A. (1992). Valores y principios constitucionales. Preámbulo, preceptos del Título Preliminar y artículo 10.1. *Revista de Derecho Político*, (36), 17-26.
- Torres del Moral, A. (2005). Interpretación teleológica de la Constitución. *Revista de Derecho Político*, (63), 9-38. <https://doi.org/10.5944/rdp.63.2005.8956>
- Torres del Moral, A. (2006). Democracia militante. In F. Pérez Royo, et al. (Eds.), *Derecho Constitucional para el siglo XXI*. Actas del VIII Con-

- greso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Tomo I. Thomson Aranzadi.
- Torres del Moral, A. (2005). Democracia y reforma constitucional. In M. García Herrera (Coord.), *Constitución y Democracia. Veinticinco años de Constitución democrática en España. Actas del Congreso celebrado en Bilbao los días 19 a 21 de noviembre de 2003*, Vol. I, Universidad del País Vasco.
- Ugartemendía Eceizabarrena, J. & Donaire Villa, F. (2019). La triple justiciabilidad de las reformas constitucionales. Garantías jurisdiccionales nacionales, supranacionales e internacionales. Thomson Reuters Aranzadi.
- Vera Santos, J. (2007). La reforma constitucional en España. Wolters Kluwer.
- Vera Santos, J. (2014). Algunas precisiones terminológicas doctrinales, curiosamente olvidadas, referidas a la definición territorial de cualquier Estado (también de España). In J. Oliver Araujo (Dir.), *El futuro territorial del Estado español. ¿Centralismo, autonomía, federalismo, confederación o secesión?* Tirant lo Blanch.
- Vírgala Foruria, E. (2017). El modelo federal español (reforma territorial ¿federal?). In E. Álvarez Conde (Dir.), *Reflexiones y propuestas sobre la reforma de la Constitución española*. Comares.

ARTÍCULOS

ARTICLES

¿Cuándo estamos frente a un problema? Un análisis del concepto de *problema* y su aplicación a un problema normativo¹

*When are we Facing a Problem? An Analysis of the Concept
of Problem and its Application to a Normative Problem*

Sebastián Agüero-SanJuan

 <https://orcid.org/0000-0003-2772-794X>

Universidad Austral de Chile. Chile

Correo electrónico: sebastian.aguero@uach.cl

RECEPCIÓN: 3 de febrero de 2023

ACEPTACIÓN: 12 de septiembre de 2023

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2024.18.17761>

RESUMEN: Las propuestas de la teoría del derecho se pueden entender como un conjunto de soluciones a diversos problemas teórico-jurídicos. Esta manera de presentar la actividad resulta atractiva, pero no siempre es transparente, porque no explicita qué se debe conocer para entender su carácter problemático. Por ello, en este trabajo analizo el concepto de *problema* a través de la noción de predicado relacional, y a partir de ahí extraigo criterios que permiten determinar qué debe ser considerado como tal y a partir de qué consideraciones deben ser evaluadas sus soluciones. Luego, los resultados del análisis son utilizados para examinar un conocido problema normativo, mostrando así su utilidad analítica. En definitiva, se busca contribuir a un debate escasamente desarrollado en torno al concepto de problema.

Palabras claves: problema, análisis conceptual, problema normativo, lógica, solución.

ABSTRACT: The legal theory proposals can be understood as a set of different solutions to legal and theoretical problems. While presenting the subject in this way may seem attractive, it is nevertheless not always transparent because it doesn't precise what must be known to understand its problematic character. Hence, in this

¹ Lamentablemente, solo puedo agradecer de un modo genérico a quienes contribuyeron a mejorar este trabajo, porque, desde su primera formulación hasta la actualidad, han pasado demasiados años y no recuerdo todos los lugares ni a todas las personas con quienes discutí estas ideas. A todos/as ellos/as, muchas gracias; especialmente a Tuccio Lambretta, quien me instó a publicarlas. Agradezco también los dictámenes recibidos, ya que me permitieron mejorar distintos aspectos del artículo.

paper I analyze the concept of *problem* through the notion of relational predicate whereby I extract criteria to determine what should be considered a problem and by which standards its solutions should be evaluated. Afterwards, I employ the analysis results to discuss a well-known normative problem showing its analytical usefulness. The aim, indeed, is to contribute to a scarcely developed debate on the concept of problem.

Keywords: problem, conceptual analysis, normative problem, logic, solution.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Algunas precisiones preliminares sobre problema.* III. *El análisis del concepto de problema.* IV. *El análisis de un problema normativo.* V. *Conclusiones.* VI. *Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

Los planteamientos de la teoría del derecho pueden ser entendidos como diferentes respuestas o soluciones a diversos problemas teórico-jurídicos.² En este sentido, resulta recurrente encontrar afirmaciones como: “X es un problema”, “la solución al problema X” o “son problemas relevantes X, Y, Z”. Probablemente, en esta línea, las formulaciones más conocidas se encuentran en las palabras de H. L. A. Hart:

[...] We shall distinguish here three such principal recurrent issues, and show later why they come together in the form of a request for a *definition* of law or an answer to the question ‘What is law?’, or in more obscurely framed questions such as ‘What is the nature (or the essence) of law?’ (Hart, 1994, p. 6)³

[...] as with other branches of philosophy of law certain groups of questions which remain to be answered even when a high degree of competence or mastery of particular legal systems of the empirical and dogmatic studies mentioned has been gained. (Hart, 1983, pp. 88-89)

Esta manera de presentar la actividad teórico-jurídica resulta habitual y atractiva; pero al mismo tiempo no siempre es trasparente, porque no precisa todo aquello que debemos conocer o aceptar para entender tales cuestiones como problemas. En otras palabras, en general este tipo de presentaciones no entrega criterios claros respecto a ¿cómo debemos

² Véase esta interpretación en Bix (2003), quien señala: “The text will focus on the questions being answered (the problems to which the theories try to respond)” (p. 3).

³ Es importante notar que la traducción de Genaro Carrió habla de “problemas recurrentes”, ver Hart (1963, p. 7).

proceder para dar una respuesta a tales problemas? Y tampoco sugiere ¿qué necesitamos saber para evaluar sus propuestas de solución?⁴

Estas interrogantes no debieran resultar novedosas, pues basta con recordar las palabras de L. Wittgenstein:

141. When we first begin to believe anything, what we believe is not a single proposition, it is a whole system of propositions. (Light dawns gradually over the whole)

142. It is not single axioms that strike me as obvious, it is a system in which consequences and premise give one another *mutual* support. (1969, p. 21e)

En relación con la noción de *problema* en la teoría jurídica, Pablo Navarro y Cristina Redondo (2002, pp. 17-31) han sugerido que una concepción filosófica se presenta en dos etapas. La primera, de carácter destructivo, enfocada en criticar a las posiciones consolidadas y vinculada con el surgimiento y afianzamiento de una nueva perspectiva filosófica. Y la segunda, de tipo constructiva, caracterizada por dar cabida a interrogantes del siguiente tipo: ¿qué es lo que nos permite discriminar entre una buena y una mala teoría jurídica?, ¿existe algún progreso en la filosofía del derecho?, y ¿las propuestas de una teoría sirven para comprender su objeto de estudio? Aunque estos autores añaden que las respuestas a dichas preguntas constituyen en sí mismas problemáticas filosóficas, de modo que, la fase constructiva de una doctrina filosófica y la determinación de los criterios de evaluación de sus soluciones constituyen en sí mismas cuestiones filosóficas perennes.

Si lo sugerido por los autores argentinos es correcto, se debe asumir que la ausencia de criterios compartidos para reconocer cuándo una solución teórico-jurídica es acertada, involucra reconocer que el progreso de la filosofía en general, y la filosofía del derecho en particular, no podría ser evaluado por su capacidad para solucionar problemas. Esta situación motiva aún más la búsqueda de propuestas acerca de la atribución del carácter de problema o solución a ciertas cuestiones y su posible evaluación.

⁴ A modo de ejemplo, Friedrich Waismann (1974, pp. 506-507) pregunta: ¿cómo saber qué resolverá un problema dado? o ¿cómo concordar respuesta y pregunta?, ya que algunas preguntas no siempre prefiguran la respuesta, de modo que, no se presenta un vínculo obvio entre estas y sus respuestas. Por ejemplo, frente a la pregunta de Kant acerca de ¿cómo es posible la geometría?, la respuesta proporcionada por Hilbert (método axiomático) no fue considerada por Frege como tal, porque este último creía que ella más bien eludía el problema. Por tanto, Hilbert ofreció una respuesta al problema, pero no en el modo en el cual este era ideado por Frege, ya que este último buscaba solo un tipo de respuesta que encajará en su modelo.

Frente a esta tesis, como hipótesis de trabajo, en este artículo pretendo mostrar que a través del análisis del concepto de problema es posible arribar a una conclusión diversa. En concreto, sostendré que es posible utilizar algunos de los criterios concurrentes en la utilización del concepto de problema para determinar qué debe ser considerado como tal y con base en qué consideraciones deben ser evaluadas sus soluciones.⁵

Para alcanzar dicho propósito, estructuro este artículo en los siguientes apartados. Primero, realizo un conjunto de precisiones preliminares, las cuales tienen por objeto circunscribir el marco dentro del cual se desarrolla esta investigación conceptual. Segundo, desarrollo una propuesta de análisis del concepto de problema desde tres perspectivas: (2.1.) destaco la relevancia del momento de la problematización como instancia privilegiada; (2.2.) analizo la “problematización” como un predicado relacional; (2.3.) examino detalladamente la relación entre los conceptos de problema y solución, entendida como un rasgo constitutivo de la problematización; y, a modo de red conceptual, (2.4.) presento los criterios centrales que concurren en la predicación de un problema. Tercero, para mostrar la utilidad del análisis precedente, utilizo los criterios de predicación previamente esbozados para examinar el conocido problema normativo de *Normative Systems*, de manera que resulta enriquecida la noción de problema normativo utilizada por los autores argentinos. Por último, recapitulo las principales ideas del trabajo.

II. ALGUNAS PRECISIONES PRELIMINARES SOBRE PROBLEMA

Sin lugar a duda, la noción de problema es transversal al quehacer filosófico y científico.⁶ Su tratamiento se inicia junto con la cultura occidental en Grecia. El origen de la palabra “problema” es griego (πρόβλημα), la cual se entendida como algo que se arroja delante, *i. e.*, como una cuestión propuesta.⁷ Sin embargo, este auspicioso inicio contrasta con sus escasos desarrollos en la actualidad. Si se considera la gran influencia del mo-

⁵ En general, en los textos de filosofía del lenguaje se utiliza una palabra con todas sus letras en mayúscula o versalitas para aludir al concepto expresado por ella (Margolis & Laurence, 2011). De ahí que, en lo que sigue, al hablar del concepto problema en ocasiones utilice PROBLEMA.

⁶ Inclusive hay quienes sostienen que el progreso en los distintos ámbitos del saber se determina a través de la capacidad para resolver problemas (Brown, 1975, p. 177; Agre, 1982, p. 121).

⁷ Dos ejemplos de esto se encuentran en Aristóteles. Uno en el tratado “Problemas” que le es atribuido, y otro en la definición de “problema dialéctico” contenida en su “Tópica”, ver (Sánchez, 2004; Aristóteles, 2014, p. 104b).

vimiento analítico durante el pasado siglo, es curioso constatar que las explicaciones filosóficas en torno al análisis de PROBLEMA no son especialmente abundantes ni necesariamente clarificadoras.⁸

Aun así, con base en algunas propuestas filosóficas, especialmente provenientes de la filosofía de las ciencias, es posible encontrar un conjunto de ideas compartidas acerca del concepto de problema, y con base en ellas proporcionar luz suficiente para iluminar sus contornos. Estas propuestas buscan explicar cómo el objetivo de la actividad científica se plasma a través de la explicación y resolución de problemas, *v. gr.*, cómo la relevancia de una teoría científica puede estar determinada por las soluciones y explicaciones que se realizan dentro de su ámbito disciplinar. En palabras de Laudan (1977), "If problems constitute the questions of science, it is theories which constitute the answers" (p. 13).

Por ello, a modo de marco teórico, mi propuesta de análisis al concepto de PROBLEMA se circunscribe, por un lado, a los trabajos destinados al análisis de los predicados relacionales y, por el otro, a las propuestas dirigidas a clarificar el concepto de problema, especialmente, en el contexto científico y filosófico.⁹

De ahí que, a modo de objeto de estudio, el análisis se dirija a clarificar el uso de problema en contextos de investigación y no en su uso ordinario. Especialmente, este trabajo se centra en problemas vinculados con la elaboración teórica, *i. e.*, aquellos problemas a acerca del mundo/ realidad (empíricos), o bien, sobre cómo explicar, predecir o comprender el mundo (conceptuales) (Laudan, 1977, p. 15).¹⁰

En consecuencia, asumo que el concepto de problema no es primitivo ni básico. Según Strawson (1959, p. 107; 1992, p. 26), es primitivo el concepto que no puede ser analizado de un cierto modo, porque aquello que refiere no puede ser entendido como una entidad secundaria en relación con otras primarias, y es básico cuando detenta un carácter general, omnipresente y en última instancia irreductible, porque conforma el marco de nuestro pensamiento y discurso ordinario. Se podría predicar de PROBLEMA ciertas características de los conceptos primitivos y básicos, pero considero que es susceptible de análisis a través de la noción de predicado relacional y, consecuentemente, es reductible en otros elementos más básicos. Por ello, PROBLEMA no debe ser considerado como primitivo

⁸ Cresto (2007, p. 102) realiza una evaluación similar en relación con la pregunta "porqué" y una explicación científica.

⁹ Entre otros, son ejemplos de los primeros trabajos McBride (2020) y Brower (2018); mientras que, son ejemplos del segundo Brown (1975) y Hattiangadi (1978).

¹⁰ En relación con el objeto de estudio, una perspectiva más amplia en (Agre, 1982), quien realiza un análisis más extenso del concepto de problema.

ni tampoco como básico, al menos en el sentido de concepto no susceptible de análisis, como se mostrará en lo que sigue.

III. EL ANÁLISIS DEL CONCEPTO DE PROBLEMA

Existe una estrecha vinculación entre las nociones de problema y de solución, al punto de que la presencia de una condiciona la existencia de la otra. Por lo mismo, el análisis de PROBLEMA no puede ser realizado sin relacionarlo con SOLUCIÓN. Es más, sugiero que ambos conceptos deben ser considerados como los constituyentes de una relación establecida a través de la actividad de problematizar.¹¹

De ahí que, en lo que sigue, en primer lugar, utilizo el factor temporal para poner de manifiesto la importancia de la actividad de problematizar o momento de la problematización, al ser esta una instancia privilegiada para identificar problemas y emprender su análisis. En segundo lugar, caracterizo los rasgos centrales de la problematización, entendida como un predicado relacional cuyos constituyentes son problemas y soluciones. En tercer lugar, realizo un análisis más detallado del carácter interno de la relación entre PROBLEMA y SOLUCIÓN entendido como un rasgo constitutivo de la relación. Y, en cuarto lugar, poner de manifiesto qué criterios confluyen al tiempo de la problematización y contribuyen tanto a la identificación de problemas como a la adecuación de las soluciones.

1. El factor temporal para evidenciar la problematización

Una primera aproximación al análisis del concepto de problema podría utilizar el factor temporal para clarificar la identificación, solución y permanencia de algunos problemas. Un modo sencillo de ver la relación entre estas nociones consiste en vincular los adjetivos “indeseado” con la presencia de un problema P y “deseado” con su ausencia o solución S, siendo T1 la situación actual y T2, una situación futura, de manera tal que las posibles combinaciones son:

- 1) T₁ deseado (no se presenta P) y T₂ deseado (continúa sin presentarse P);
- 2) T₁ deseado (no se presenta P) y T₂ indeseado (se presenta P);

¹¹ Es interesante contrastar esta propuesta con la sugerida por otros autores como Hatiangadi (1978, p. 357), quien analiza el concepto de problema desde otra perspectiva y lo entiende como un conjunto de creencias inconsistentes con el conjunto de todas sus soluciones.

- 3) T_1 indeseado (se presenta P) y T_2 deseado (ha sido resuelto por S);
- 4) T_1 indeseado (se presenta P) y T_2 indeseado (no se ha encontrado S).¹²

Se debe tener presente que este esquema omite los casos de simultaneidad, es decir, cuando una situación se convierte en problema al tiempo que es solucionado. En esta solo la solución permite identificar a un problema como tal, porque con anterioridad dicha situación no era considerada como problemática, v. gr., cuando fruto de una investigación se proponen soluciones a problemas aún no reconocidos como tales (Laudan, 1977, p. 33).¹³

A su vez, en este esquema, el caso 2 involucra dos situaciones diversas. Por un lado, la indefectible ocurrencia de un problema en un futuro (2a) y, por otro, un futuro indeseado eventual o probable (2b). Sin embargo, en ambas situaciones el problema no ha surgido, pero surgirá o podría surgir en el futuro, de modo que, aunque aún no se presente el problema, en T_1 puede ya ser considerado como real, con la diferencia de que, en el primer caso (2a), la actividad consistiría en atenuar sus consecuencias; mientras que, en el segundo, evitar su surgimiento (2b).

En definitiva, la utilidad de este esquema temporal está en mostrar cómo todas las posibilidades muestran la importancia de la problematización, entendida como aquel momento en que un problema resulta identificado. Si no se presenta P, es porque aún no se ha problematizado acerca de él; inclusive en el caso de simultaneidad, sin problematización no hay problema ni solución, ya que dichos caracteres se obtienen únicamente después de esa instancia. Un hecho conocido solo se convierte en un problema cuando se le trata o reconoce como tal, es decir, se "problematiza" acerca de él. Así, la utilidad del factor temporal está en mostrar la importancia del momento en que se realiza la "problematización", como una instancia privilegiada para determinar la corrección del uso de la palabra "problema".¹⁴

2. *Problematizar como un predicado relacional*

A partir de lo anterior, el análisis del concepto de problema gira hacia la relación (nexo) R "problematización" y sus constituyentes "problema"

¹² Una presentación similar en Schmidt (2011, p. 260).

¹³ Siguiendo a Cresto (2007, p. 105) sobre las preguntas "por-qué": un problema solucionado no deja ser problema, pero sí sería un problema calificable de ilegítimo.

¹⁴ En el idioma español a partir del verbo "problematizar" se deriva el sustantivo deverbal "problematización", para aludir al establecimiento de una relación entre problema y solución, y su participio pasado "problematizado" para predicar el estado resultante.

P y "solución" S. Esto en virtud de que una revisión de los criterios generalmente empleados para clasificar los predicados relacionales entrega un examen más atento de los elementos y dificultades involucrados en el uso del concepto. Así, la relación es examinada a luz de (1) el número de cosas que relaciona o grado, (2) su propiedad ordenada, y (3) su carácter interno.

Grado. Es posible sostener que "P1 es solucionado por S1", o bien, que "P1 es solucionado por un rango S1...Sn". De esta manera, una relación de problematización puede poner en relación dos objetos (diádico) o un problema con un rango de soluciones como admisible (multigrado). Sin embargo, no es claro si esta relación puede ser triádica o poliádica, es decir, que se pueda vincular el mismo problema con más de una solución, y tampoco, si diversos problemas puedan ser solucionados por la misma solución. Por ejemplo, "P1 es solucionado por S1, S2 y S3" o "S1 soluciona P1, P2 y P3" (Russell, 1984 [1913], pp. 79-80; Balazs, 2004; Loux, 2006, pp. 17-45; Swoyer y Orilia, 2011).

Propiedad ordenada. Un problema P y solución S derivan de un mismo hecho o circunstancia, la "problematización", y al derivarse del mismo hecho, la diferencia entre ellos (problema P y solución S) se presenta en la imposibilidad de intercambiarlos en oraciones verdaderas. Por ejemplo, si P es solucionado por S, no se puede afirmar que S es solucionado por P, pero si se puede inferir que S soluciona P. Por lo mismo, cuando se sostiene que "S soluciona P" o que "P es solucionado por S" lo expresado es que la relación central R "problematización" (constituida por un par ordenado de objetos diferentes e incompatibles) es siempre la misma (Strawson, 1974, p. 91; Loux, 2006, pp. 17-45).¹⁵

No obstante, si el carácter de problema P o solución S deriva de la problematización, no existe acuerdo respecto a cómo responder: ¿en qué medida es posible cambiar la manera en que algo es problematizado y continuar frente al mismo problema y solución?

Carácter. Si bien las relaciones pueden presentar un carácter externo o interno, este último resulta evidente en el caso de la problematización. Una relación tiene un carácter interno cuando sus constituyentes necesitan estar relacionados entre sí de alguna manera, pues en caso contrario uno de ellos puede verse privado de su existencia. Así, dada la relevancia de la relación de problematización, para la presencia de un problema

¹⁵ Desde otra perspectiva, una afirmación del tipo "S soluciona P" debe ser entendida como dependiente de la dirección en la cual están relacionados los constituyentes que la integran, pues toda relación asimétrica está intrínsecamente dotada de una dirección y esta dirección es la que impide cualquier lectura en una dirección opuesta (Russell, 1984 [1913], pp. 84-88).

P y una solución o rango de soluciones S, su carácter es interno, pues de no presentarse la relación sus constituyentes dejarían de existir (Moore, [1919-1920] 1922, pp. 276-309; Balazs, 2004, p. 234-235).

Sin embargo, admitido el carácter interno de la relación, no existe claridad respecto de cómo este se manifiesta, porque aún es indeterminado cómo formular la dependencia entre ambos elementos, v. gr., si toda solución depende para su existencia de algún problema ¿en qué sentido pueden existir problemas sin solución?

Al analizar la problematización en términos de predicado relacional se obtiene un examen más atento de sus elementos y de las dificultades vinculadas con el uso de los conceptos “problema” y “solución”, al menos, respecto de tres cuestiones que redirigen la investigación hacia la respuesta a tres preguntas: (1) ¿es posible vincular el mismo problema con más de una solución o diversos problemas con la misma solución?; (2) ¿de en qué medida es posible cambiar la problematización y continuar frente al mismo problema y solución?; y (3) ¿en qué sentido pueden existir problemas sin solución? Intentaré responder esquemáticamente a estas tres preguntas.¹⁶

3. La relación entre problema y solución

Se puede afirmar que los conceptos de problema y solución se encuentran estrechamente vinculados entre sí y que este vínculo es constitutivo de la relación de problematización. Por una parte, la determinación de un problema involucra algún tipo de limitación acerca de qué cuenta como una solución de este; y, por otra, la adecuada presentación de un problema debe incluir algún tipo de limitación a los medios destinados para obtener la solución. De esta manera, un problema determinado no puede ser solucionado de cualquier manera ni por cualquier cosa, porque las soluciones constituyen limitaciones o restricciones al mismo.

Lo anterior no niega la posibilidad de que un problema pueda ser abordado desde diversas perspectivas y, en consecuencia, ser presentado o formulado de maneras diversas. Tampoco excluye la posibilidad de que un problema pueda ser dividido en diferentes subproblemas, o bien, moldeado por otros problemas. Más bien, solo pretende enfatizar que: el conocimiento de qué cuenta como solución es equivalente a cono-

¹⁶ En este punto, parece importante recodar las palabras de Dewey (2016, cap. 7): “The essence of critical thinking is suspended judgment; and the essence of this suspense is inquiry to determine the nature of the problem before proceeding to attempts at its solution. This, more than any other thing, transforms mere inference into tested inference, suggested conclusions into proof.”.

cer el problema que es solucionado, con independencia de si existe o no unanimidad en torno a la solución del problema (Nickles, 1981, pp. 86-88 y 110). Por ejemplo, en relación con un problema esto incluso admite que puedan existir soluciones alternativas, o bien, un conjunto de desiderátum que permiten seleccionar una solución (Hattiangadi, 1979, p. 359).

En este punto alguien podría recordar la paradoja de la búsqueda, la cual es señalada por Platón (2013) en *Menón*:

[...] que no le es posible a nadie buscar lo que sabe ni lo que no sabe, pues ni podría buscar lo que sabe —puesto que ya lo sabe, y no hay necesidad alguna entonces de búsqueda— ni tampoco lo que no sabe —puesto que, en tal caso ni sabe lo que debe buscar—.

Sin embargo, una manera de sortear esta paradoja radica en negar su segunda afirmación a partir de una doble distinción. Por un lado, discernir entre conocer una solución y detentar lo buscado y, por el otro, diferenciar diversos grados de conocimiento de lo buscado (Nickles, 1981, p. 89).¹⁷

De esta manera, la relación entre problema y solución puede ser reformulada señalando que, para conocer un problema, algún grado de conocimiento se debe tener de su solución, pero no es necesario que desde el inicio de la investigación ella se conozca a cabalidad. Al comenzar la investigación es necesario conocer algún aspecto de la solución o del rango de soluciones admisibles, pero ello no involucra que la solución se detente o haya sido alcanzada. Por lo cual, una presentación inicial de un problema debe, al menos, aludir explícita o implícitamente de modo parcial o total a sus soluciones, porque son ellas las que contribuyen a la individualidad e identidad de él. Así, es posible comenzar a responder una de las preguntas señaladas en el apartado precedente, puesto que, frente a la interrogante sobre la existencia de problemas sin solución, es necesario diferenciar entre el conocimiento (total o parcial) de la solución, y la medida en que es o puede ser alcanzada.

Si las soluciones contribuyen a la individualidad e identidad de los problemas, todo problema está delimitado por algún tipo de “estructura” (a falta de mejor expresión), la cual limita o restringe la o las soluciones posibles al mismo. La idea que busco expresar consiste en destacar que las restricciones o limitaciones se vinculan con una exigencia, la cual establece que para estar frente a un problema no basta con un simple hecho y una

¹⁷ Algunos autores, como Hattiangadi (1978, p. 349), sugieren que —más que una paradoja— en sus líneas se plasma el problema fundamental de la epistemología, ya que a lo largo de la historia las teorías epistemológicas podrían ser entendidas como respuestas a esta paradoja.

solicitud de explicación, sino que más bien resulta necesario añadir algún tipo de restricción en cuanto a qué contará como explicación, predicción, confirmación o regulación del problema (Nickles, 1981, p. 90).¹⁸

Sin embargo, lo anterior debe enfrentar las dificultades derivadas de los llamados “problemas fantasmas” y los “problemas sobredeterminados”. Un problema fantasma es aquel que no puede ser resuelto a través de ningún cambio en la configuración de sus soluciones. A su vez, un problema sobredeterminado se caracteriza por no tener soluciones compatibles con las creencias y prácticas aceptadas, pero este último puede ser solucionado si se cambia la configuración de las soluciones admisibles. El primer tipo de problema (fantasma) generalmente es ejemplificado a través de sugerir la creación de una máquina perfecta, caso que pone en cuestión la idea acerca de qué involucra conocer la solución al problema, aunque este conocimiento pueda ser parcial. En cambio, el segundo tipo (sobredeterminación) cuestiona la relación de identidad entre problema y solución, porque si es posible cambiar la delimitación de las soluciones admisibles para solucionar un problema, resulta adecuado preguntar si efectivamente se está frente al mismo problema o más bien frente a otro diverso (Nickles, 1981, p. 95).¹⁹

Si en la práctica los investigadores abandonan algunos problemas que no logran resolver y optan por modificar su configuración para alcanzar la solución, la diferencia entre problemas fantasmas y sobredeterminados puede ser mucho más tenue. Además, si en perspectiva histórica, los problemas resueltos por una generación eran los fantasmas de la otra y viceversa, la diferenciación se debilita aún más (Nickles, 1981, pp. 95-96).

Por ende, en ambos tipos de problemas la cuestión puede ser reducida a preguntar: ¿en qué medida es posible cambiar la configuración o presentación de un problema para alcanzar su solución sin convertirlo en otro? En el caso de los sobredeterminados, resulta claro; en el caso de los fantasmas, se vincula con el parcial o defectuoso conocimiento respecto de cómo satisfacer un problema sin una solución en un momento determinado.

Por consiguiente, se debe recurrir a una noción gradual de cambio y considerar que no todo cambio en la delimitación de las soluciones

¹⁸ En palabras de Nickles (1981): “I prefer to think of a problem as something quite definite, as something with a pretty determinate structure, rather than as an historically changing entity” (p. 99).

¹⁹ Como ha sugerido Hattiangadi (1978, p. 349), es importante tener presente que, más allá de los acuerdos o desacuerdos en relación con las soluciones entregadas, aquello que permite explicar los casos de soluciones independientes o simultáneas es el conocimiento compartido de un problema.

al problema convierte a este en otro distinto. Un cambio sustantivo de la delimitación de las soluciones altera o cambia el problema, porque modificar en términos sustantivos el problema no lo resuelve, sino que más bien satisface otro problema relacionado con el anterior, o bien, un problema diverso del primero. Por ejemplo, habría un cambio de problema cuando los estudiosos renuncian a un problema que se convierte en irresoluble, pero continúan su investigación modificando la configuración de este, obteniendo así un nuevo problema (Nickles, 1981, p. 95).

Si es posible desistir de resolver un problema a través de abandonar la configuración que lo define, la llamada "estructura" que configura el problema es determinante. De ahí que, sin incurrir en exageraciones, es relevante constatar cualquier movimiento conceptual, cambio de creencias o modificación de sus premisas, por pequeño que parezca, ya que la cantidad o intensidad de estos movimientos puede llegar a ser determinante al momento de evaluar si se ha cambiado o no de problema (Brown, 1975, p. 179; Nickles, 1981, p. 111).

Así puede ser respondida la interrogante surgida en torno a la propiedad ordenada de la relación "problematización", porque sería gradual la medida en que es posible cambiar la problematización y continuar frente al mismo problema y solución, o bien, convertir ellos en nuevos problemas y soluciones. La aceptación de ellas (como un todo) está determinada por un conjunto de creencias (presuposiciones), el cual es necesario conocer para entender cuál es el problema y qué se está buscando, de manera que, al rechazar este conjunto o alterar sus elementos es posible rechazar tanto el problema como sus soluciones (Brown, 1975, p. 180-181).

A partir de lo anterior, cuando digo: "tengo un problema", desde un comienzo deben estar disponibles las restricciones a su solución, es decir, debe estar determinada la solución o el rango o la clase de soluciones admisibles. Esto en virtud de que un problema se define por su solución o rango o clase de soluciones admisibles y, en consecuencia, dos problemas difieren cuando difiere la solución o el rango o la clase de soluciones admisible, *i. e.*, es posible diferenciar problemas a partir de las diferentes soluciones asociadas a ellos (Hattiangadi, 1979, p. 357; Nickles, 1981, p. 98). Si esto es adecuado, es posible responder otra de las cuestiones sobre el grado del predicado relacional problematización, ya que una misma solución no podría solucionar dos o más problemas, porque todos ellos serían el mismo.²⁰

De este modo, la correcta presentación de un problema debe mostrar qué cuenta como una solución de este, *i. e.*, son las delimitaciones a las

²⁰ Como enfatiza Hattiangadi (1979, p. 364), esto implica asumir que la identidad (de los problemas) no es una cuestión lógica, sino más bien una de carácter pragmático y contextual.

soluciones posibles las que deben constituir una guía respecto de cómo proceder para solucionar el problema. Este tipo de presentación o problematización vincula a tal punto PROBLEMA CON SOLUCIÓN que dos cosas deben ser consideradas el mismo problema si tienen la misma solución (Hattian-gadi, 1979, p. 359; Nickles, 1981, pp. 86, 97 y 113).²¹

En definitiva, centrar la atención en la relación que se presenta entre PROBLEMA y SOLUCIÓN me ha permitido responder las interrogantes formuladas en el apartado anterior y poner de manifiesto algunos de los rasgos constitutivos de todo problema. Sin embargo, esta explicitación aún resulta insuficiente para proporcionar ideas sobre qué es una respuesta o solución adecuada a un problema, pues solo se centra en precisar la citada relación. Por lo cual, si se desea tener mayor claridad respecto de cómo determinar la adecuación de la solución, el presente análisis debe girar hacia algunos de los criterios que guían el uso de PROBLEMA.

4. *Los criterios de uso de PROBLEMA*

Esta parte del análisis busca presentar los criterios que considero están involucrados en el uso de PROBLEMA, en el sentido que ellos resultan determinantes al momento de identificar un problema y evaluar la adecuación o pertinencia de las soluciones propuestas. A grandes rasgos estos criterios son: A) un trasfondo de ideas; B) un objetivo; C) una imposibilidad, y D) un requerimiento.²²

A. Trásfondo de ideas

Aquello que guía el pensamiento hacia ciertos y determinados fenómenos en desmedro de otros está determinado por consideraciones previas. Estas estimulan la visualización de problemas y, al mismo tiempo, condicionan la gama de soluciones que se desea encontrar, v. gr., cada enfoque, acercamiento o filosofía tiene sus propias ideas acerca de qué es una explicación y cuándo esta es adecuada. Por lo tanto, toda búsqueda de ex-

²¹ En un sentido equivalente, Cresto (2007, pp. 110-112) define las preguntas “por-qué” a partir de definir su respuesta o explicación.

²² En modo análogo Dewey (2016, cáp. 7) sugiere cinco pasos lógicos de un acto completo de pensar: (1) sentir una dificultad; (2) localizarla y definirla; (3) sugerir posibles soluciones; (4) razonar acerca de las sugerencias; y (5) observación y experimentación acerca de su aceptación o rechazo. A su vez, Agre (1982, p. 122) sugiere que el concepto de problema se vincula con cuatro nociones centrales: el conocimiento, la indeseabilidad, la dificultad, y el carácter de solucionable.

plicaciones o soluciones siempre tiene sus presupuestos (Boas, 1937, p. 198; Cresto, 2007, p. 104).²³

Todo problema se formula dentro de un determinado contexto y es este el que lo define, al menos, parcialmente. Si este determina qué es problemático y qué no lo es, de acuerdo con otro contexto algo puede dejar de ser problemático, o bien, convertirse en un problema diverso. Si bien la multiplicidad de contextos se presenta por diversas circunstancias, como pueden ser sus cambios en el transcurso del tiempo, un problema no puede ser disociado o extraído de su contexto o trasfondo de ideas. Por ejemplo, sin su entramado teórico no resulta posible explicar los grandes problemas empíricos de la ciencia y los estrictamente conceptuales de la filosofía (Laudan, 1977, p. 15; Nickles, 1981, pp. 91-94).²⁴

En otras palabras, la realidad por sí misma resulta insuficiente para caracterizar algo como un problema, ya sea que este se conciba como absolutamente independiente de la actividad humana o constituido por ella. Solo con algún tipo de *background*, consideraciones previas, trasfondo de ideas o presupuestos, es posible enmarcar algún objeto, fenómeno o situación como problema, porque invariablemente el acceso a la realidad está determinado por nuestras consideraciones previas. Por ejemplo, diariamente se nos presenta un abanico de posibilidades, del cual únicamente seleccionamos algunos fenómenos, no simplemente por autoafirmación, sino más bien por aplicación de dichas consideraciones y la adopción de ciertos propósitos (Brown, 1975, p. 177; Schmidt, 2011, p. 262).²⁵

En consecuencia, como sugiere Brown (1975, p. 177-182), es a partir de una presuposición o conjunto ya aceptado de creencias que se genera un problema; y también se proporcionan criterios para la aceptabilidad de las soluciones propuestas. El trasfondo de ideas o presuposiciones no solo estructuran el problema, sino que también —sin dar una respuesta específica— proporcionan una clase o rango de soluciones admisibles. Es este conjunto ya aceptado de creencias aquello que proporciona criterios para diferenciar entre problemas y pseudoproblemas; ya que estos últimos se caracterizarían por no tener un cuerpo suficientemente elaborado de creencias o presuposiciones, el cual permita reconocer qué clase de propuestas pueden contar como respuestas o soluciones a ellos.

²³ En sentido similar Dewey (2016, cap. 8).

²⁴ Un ingenioso ejemplo sobre los "genes" en Cresto (2007, p. 105).

²⁵ Algunos autores sugieren presuponer la existencia de algún tipo de realidad, para que la idea de problema no colapse en las consideraciones previas, y, de este modo, los problemas solo surjan de la interrelación entre estas con la realidad (Boas, 1937, p. 201).

B. Objetivo

El pensar de cualquier investigador no debe ser ideado como una actividad intelectual de visualización y creación de ideas de una manera absolutamente libre, sin rumbo, cuyo resultado son reflexiones aleatorias sobre distintas materias. Al contrario, más bien debe ser concebido como una actividad dirigida hacia la búsqueda de información relativamente específica, por ejemplo, determinar algunos elementos que contribuyan a mejorar su comprensión sobre algún fenómeno particular. En consecuencia, en los primeros pasos de una investigación y en la producción de algún tipo de conocimiento resulta clave cierto componente teleológico. Por lo mismo es que en la identificación de algo como un problema se ha determinado (aunque sea parcialmente) la agenda de su resolución (Boas, 1937, p. 197; Schmidt, 2011, p. 257).

Así, un problema existe sólo en relación con objetivos que no han sido alcanzados, es decir, si los problemas son obstáculos o dificultades para alcanzar objetivos, estos últimos constituyen a los primeros. Por ende, al cambiar los objetivos se puede igualmente cambiar el problema y, consecuentemente, modificar los obstáculos (Nickles, 1981, pp. 86 y 102).²⁶

C. Imposibilidad

La noción de problema está vinculada con la realización frustrada de objetivos y propósitos, de modo que en su contenido es posible identificar tres elementos: (a) una situación inicial considerada como indeseada o negativa; (b) la presencia de obstáculos que impiden alcanzar la situación deseada; y (c) una situación final en la cual se obtiene el estado deseado. Como la presentación de estos elementos no siempre es sincrónica, la situación final no es necesariamente futura, sino simplemente deseada.

Por ello, para enmarcar un objeto o situación como un problema se debe adoptar: (a) un sistema de conocimientos; (b) un objetivo del conocimiento y resolución; y (c) un análisis de las barreras y los obstáculos que dificultan alcanzar el estado deseado. En la formulación de un problema es necesario delimitar o enmarcar la solución, de manera que, por razones conceptuales, este estado deseado debe estar presente de algún modo en su presentación o reconstrucción (Nickles, 1981, p. 93; Schmidt, 2011, pp. 259-263).

²⁶ De manera equivalente respecto de la formación de los juicios (Dewey, 2016, cap. 8).

D. *Requerimiento*

La necesidad conceptual de un estado deseado implícito en la presentación de los problemas determina que al utilizar problema se realiza algún tipo de interpelación. Esta persigue destacar que existe algún tipo de deficiencia o impedimento que necesita ser abordado y, eventualmente, solucionado para arribar a un estado deseado. En palabras de Nickles (1981): “When, then, are problems? My short answer is that a problem the conditions or constraints on the solution plus the demand that the solution (an object satisfying the constraints) be found” (p. 109).

Este requerimiento se vincula con la noción de evaluación, porque antes de afirmar la existencia de un problema es necesaria la valoración de algún tipo de situación, hecho o fenómeno, para luego poder sostener su existencia y reclamar su solución. Quien está considerando tal o cual cosa como un problema lo hace de una manera parcial, al menos en el sentido de que previamente ha realizado algún tipo de evaluación. Por ende, la comprensión de la situación inicial o problematización involucra tener presente algún tipo de evaluación negativa, porque existe algún objetivo o propósito que se desea alcanzar y que no ha sido obtenido.

A partir de los cuatro aspectos recién señalados, considero se enriquece nuestra comprensión sobre los criterios subyacentes que ocurren al utilizar el concepto de problema, junto con guiar la evaluación de las soluciones que se presenten a ellos. Se estaría frente a una problematización cuando: (1) dentro de, o gracias a, un cuerpo de creencias, asunciones y prácticas esta es formulada; (2) esta se enfoca en un determinado objetivo que debe ser alcanzado; pero (3) que no es alcanzado por la presencia de diferentes dificultades u obstáculos; y, por lo mismo, (4) constituye un requerimiento de alcanzar ciertos objetivos que por diversas dificultades no son alcanzados.

Por lo tanto, la misteriosa utilización del término “estructura” para caracterizar la manera que se vincula todo problema con una solución o rango de soluciones, comienza a obtener un contenido más preciso. Las aludidas restricciones o delimitaciones de las soluciones estarían caso a caso conformadas por el trasfondo de ideas, el objetivo perseguido, las dificultades a superar y el tipo de requerimiento que se está realizando. Igualmente, la adecuación de las soluciones a determinados problemas estaría condicionada por los criterios recién presentados, v. gr., no es una solución adecuada aquella que abstrae al problema de su contexto, no satisface los objetivos perseguidos, no supera los obstáculos presentados y, en consecuencia, no logra satisfacer la interpelación. Busquemos aplicar esta propuesta a un caso ampliamente conocido.

IV. EL ANÁLISIS DE UN PROBLEMA NORMATIVO

En nuestra tradición iusfilosófica uno de los libros de referencia es *Normative Systems*, publicado por Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin en 1971. De manera indudable sus propuestas constituyen un paso hacia adelante en las explicaciones teórico-jurídicas sobre los sistemas jurídicos. Prueba patente de ello son sus diferentes traducciones y el sinfín de trabajos elaborados a partir de sus planteamientos.²⁷

En este libro, si bien la noción de “problema normativo” constituye un elemento central, no tiene un desarrollo proporcional a su relevancia, es decir, el concepto de problema es central para construir la propuesta de los autores, pero el propio texto no entrega elementos de juicio suficientes para su identificación. Por ello, utilicé los criterios perfilados en el subapartado precedente para mostrar la relevancia del concepto de problema en la elaboración teórica, junto con enriquecer la noción de problema normativo utilizada por los autores argentinos.

La importancia de la noción de problema normativo para la citada obra está en que sin un problema normativo no es posible utilizar o “hacer funcionar” el sofisticado instrumental teórico-conceptual entregado por Alchourrón y Bulygin para analizar los sistemas normativos. Sin una pregunta en torno a cuál es el estatus normativo de ciertas acciones no es posible dotar de contenido a la matriz propuesta por los autores argentinos. De ahí la relevancia del concepto de problema para su teoría, y la necesidad de delinear sus contornos.²⁸

Muestra de lo anterior está en que el análisis propuesto por los autores inicia a partir de un problema normativo, el cual es entendido como una pregunta acerca del “estatus normativo” de ciertas “acciones o conductas”. Y la selección de un problema del derecho civil argentino solo se justifica a través de una alusión genérica a su comunidad jurídica. En sus palabras: “hemos elegido un típico problema normativo, muy debatido en el Derecho Civil argentino. Es el problema de la reivindicación de cosas inmuebles contra terceros poseedores” (Alchourrón y Bulygin, 1974 [1971], p. 32).

1. ¿Cuál problema normativo?

En su libro, Alchourrón y Bulygin hablan de la elección de un “típico problema normativo” del derecho civil argentino, a saber: la reivindicación

²⁷ En igual sentido y sugerencia en Navarro (2022, pp. 17-26).

²⁸ Un mayor desarrollo de estas ideas en Agüero-SanJuan (2022).

de cosas inmuebles contra terceros poseedores. Aquí la dificultad se presenta cuando el poseedor no dueño transfiere el inmueble a un tercero, porque surge la interrogante en torno a ¿en qué circunstancias el dueño puede reivindicar el inmueble contra el tercero poseedor?

En el plano dogmático el problema surge porque la interpretación dominante de los artículos arts. 2777 y 2778 del antiguo Código Civil argentino ponía de manifiesto la falta de regulación respecto de ciertos supuestos (lagunas). Cuestión que produjo un debate en torno a cómo solucionar los casos no regulados por dichos artículos (Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], pp. 46-48; 2012, pp. 29-31).

El carácter problemático o indeseable de la situación deriva de la relevancia entregada por la teoría y la ciencia del derecho a la idea de completitud, entendida como una de las pautas de racionalidad a la cual deben adecuarse los sistemas normativos. A su vez, los obstáculos que impiden alcanzar la situación deseada es que no existen criterios ampliamente compartidos para decidir entre las distintas soluciones propuestas por la doctrina.²⁹

En cambio, para Alchourrón y Bulygin, este caso práctico sirve para esbozar un modelo simplificado de sistema jurídico, y mostrar el funcionamiento del concepto de laguna en la ciencia del derecho. Por ello, la situación final deseada o solución se obtiene al analizar el problema jurídico tradicional a luz de las modernas investigaciones lógicas y metodológicas, porque estas entregan resultados más auspiciosos, v.gr., explicitar «...que todo análisis del problema de las lagunas requiere, como paso preliminar e ineludible, la determinación del ámbito o dominio de cada uno de los tres términos de la relación [sistema normativo, Universo de casos y Universo de soluciones]» (1974[1971], p. 22-23; 2012, p. 5).

Por consiguiente, un mismo conjunto de hechos encubre dos problemas. Uno propia de la ciencia de derecho, encaminado a buscar una solución doctrinal al problema de las lagunas normativas derivadas de la interpretación de ciertos artículos. Y otro teórico-jurídico, consistente en mostrar cómo el uso de ciertos conceptos jurídicos sin precisiones metodológicas genera problemas normativos en el plano doctrinal y filosófico. Por ello, la dogmática busca colmar la laguna; mientras que, Alchourrón y Bulygin desean afinar el instrumental conceptual utilizado en el

²⁹ Importa recordar que, ante la pregunta acerca de ¿cuáles son las circunstancias fácticas relevantes para responder el problema?, los autores reseñados indican que: «La respuesta a esta pregunta depende de nuestra valoración de las distintas circunstancias que deberían ser tomadas en cuenta. Obviamente, no todas las circunstancias posibles son relevantes para nuestro problema, pero la selección de las circunstancias o propiedades relevantes es un problema valorativo.» (Alchourrón y Bulygin, 1974[1971], p. 33; 2012, p. 4).

análisis de este fenómeno jurídico. Así, en lo que sigue solo me centro en la preocupación teórico-jurídica de los autores argentinos, y no en la doctrinal.

2. *El análisis del problema normativo*

Ha llegado el momento de obtener mayor claridad respecto de cuál es la noción de “problema” utilizada por los autores a través de responder cómo ellos dotan de contenido los criterios que conforman la estructura de todo problema. Alchourrón y Bulygin facilitan enormemente esta tarea gracias a su honestidad intelectual respecto de sus presupuestos filosóficos y metodológicos, indicados en el propio *Normative Systems*.³⁰ A partir de estas líneas entrego un contenido alchourrolyginiano a: A) un trasfondo de ideas, B) un objetivo, C) una imposibilidad, y D) un requerimiento.

A. *Trasfondo de ideas*

Aquellas que desempeñan mayor influencia en guiar el pensamiento de Alchourrón y Bulygin hacia la identificación del aludido problema normativo son su (a) visión del positivismo jurídico y (b) la perspectiva filosófica por ellos adoptada. La primera en relación con la identificación del problema y la segunda respecto de las posibles soluciones.

El problema presupone la existencia de algún tipo de realidad construida o constituida por la actividad humana, un hecho socialmente construido como es el derecho.³¹ La manera en la cual Alchourrón y Bulygin capturan esta realidad deriva de la influencia recibida desde Hans Kelsen, Alf Ross y Herbert Hart (Alchourrón y Bulygin, 1974 [1971], p. 11; 2012, p. 5).

Los citados teóricos del derecho se caracterizan por tener como objeto de estudio los conceptos jurídicos, y se diferencian entre sí, entre otras cosas, por sus metodologías y/o presupuestos de trabajo.³² Dada la gran cantidad de debates derivados de la determinación del contenido expresado por la locución “positivista jurídico”, podría resultar adecuado —y quizá más sencillo— vincular el trabajo de los citados iusfilósofos simplemente

³⁰ Una guía en este sentido en (Mendonca, 2011).

³¹ Un hecho está socialmente construido, si y solo si, es necesariamente cierto que solo puede darse mediante las acciones contingentes de un grupo social (Boghossian, 2006, pp. 36-37).

³² Bastaría con recordar los compromisos neokantianos de Hans Kelsen, la influencia de la filosofía del Círculo de Viena en la obra de Alf Ross y la estrecha vinculación entre la filosofía oxoniense y los trabajos de Herbert Hart, ver (Casanovas y Moreso, 1994, p. 7).

con una “filosofía positivista”, únicamente a efectos de determinar el trasfondo de ideas sobre el cual descansa su inclinación hacia el derecho positivo como un objeto digno de estudio.

Según Leszek Kolakowski (1988 [1966]), pp. 13-23), de manera abreviada, la filosofía positivista puede ser entendida como una doctrina filosófica sobre el conocimiento humano compuesta por un conjunto de reglas, a saber: (a) solo es posible registrar lo que efectivamente se manifiesta en la experiencia, ya que las existencias sensibles no constituyen manifestaciones de otras existencias ocultas; (b) el saber abstracto constituye solo una forma de ordenar de manera concisa y clasificadora los datos obtenidos de la experiencia; (c) se niega todo valor cognoscitivo a los juicios de valor y a los enunciados normativos, se renuncia a la existencia de una esfera de valores autónomos situados fuera del mundo sensible que constituyen un punto de referencia a nuestros juicios de valor, ya que nuestros juicios de valor provienen simplemente de nuestra elección arbitraria; y (d) la convicción en la unidad fundamental del método de la ciencia, pues los modos de adquisición de un saber válido son fundamentalmente los mismos en todos los campos de la experiencia.

Esta doctrina filosófica utiliza la referencia a la realidad objetiva proveniente del naturalismo y al empirismo como método tomado desde las ciencias naturales, con la pretensión de realizar una indagación filosófica de la realidad objetiva. Surge como un intento de extraer consecuencias filosóficas del método empírico, el cual permitiría obtener especulaciones filosóficas ciertas y veraces, sustentadas en criterios del conocimiento científico (González, 1979, p. 49; Fassò, 1988, p. 133; Truyol y Serra, 2004, p. 173).

Esta corriente positivista, que se consolida en Europa durante el siglo XIX, crea un ambiente propicio para los estudios sobre los hechos positivos y contrarios a las especulaciones que rebasen los datos empíricos. En este ambiente reacio a una contemplación del derecho desde el punto de vista natural, la atención se fija en las manifestaciones más inmediatas, tangibles y concretas del derecho, como es el derecho real, ya que este fenómeno jurídico puede asimilarse con mayor facilidad a los postulados del positivismo. De este modo, la mentalidad positivista proporciona el término “positivismo” para que todas las teorías que no puedan asimilarse como supraempíricas lo adopten. Y, en el campo jurídico, se introduce como un criterio de corrección, que excluye a los valores y las visiones éticas o axiológicas sobre el derecho. De ahí que se convierta en la visión antípoda del iusnaturalismo existente hasta la fecha (Fassò, 1988, pp. 134-151; Rodríguez Paniagua, 1977, p. 171).³³

³³ Según Fariñas (1992, p. 207), la expresión derecho real es plurívoca y se suele identi-

En consecuencia, el conocimiento jurídico elaborado mediante la aplicación de los supuestos positivistas posee como noción fundamental el concepto de derecho. Este aparece bajo la forma de su determinación real, como ordenamiento efectivo de la convivencia social en un momento histórico determinado. Esta noción es central, ya que establece los cimientos sobre los cuales se construye el conocimiento jurídico científico y/o filosófico. Entrega un objeto de estudio relativamente homogéneo y delimitado, el cual permite a los juristas elaborar un conocimiento similar al obtenido en las ciencias naturales y vincularlo al progreso social (González, 1979, p. 54; Fassò, 1988, pp. 152-153).

Alchourrón y Bulygin se adhieren a lo recién señalado cuando indican:

nos parece que las normas jurídicas ofrecen considerables ventajas sobre las normas morales. Son mucho más fáciles de identificar, pues en su mayoría son creadas mediante actos conscientes de los hombres y registradas en forma escrita —al menos en lo que al derecho positivo se refiere. No se puede ignorar, además, la existencia de una antigua ciencia que se ocupa específicamente de la descripción y sistematización de las normas jurídicas. Aunque a veces se haya puesto en duda el carácter científico de la jurisprudencia, no cabe desechar sin un examen más detenido la experiencia acumulada por los juristas durante centenares, hasta millares de años. (Alchourrón y Bulygin, 1974 [1971], p. 20; 2012, p. 2)

Dentro de la complejidad de los derechos positivos, entendidos como objeto de estudio, los autores se inclinan por el estudio de los conceptos jurídicos, claramente influenciados por sus “consideraciones previas”. Por lo mismo, al vincular los conceptos jurídicos con la “jurisprudencia”, entendida como ciencia del derecho, el problema formulado por Alchourrón y Bulygin no colapsa en sus consideraciones previas, sino más bien en la interrelación entre estas y la realidad.

A su vez, respecto de la perspectiva filosófica adoptada por los autores, la que impacta en las posibles soluciones al problema planteado, resulta relevante el reconocimiento que realizan a los trabajos de Rudolf Carnap, Alfred Tarski, Willard Van Orman Quine y Georg Henrik von Wright (Alchourrón y Bulygin, 1974 [1971], pp. 11-14; 2012, p. 5-6). Por lo cual, como toda búsqueda de soluciones se realiza desde un contexto, solo

car con la positividad del derecho, en el sentido —utilizado por Henkel— de «acontecimiento fáctico de establecimiento de Derecho». Aunque, igualmente derecho real alude a la realidad del derecho o realidad jurídica, caso en el cual es identificada con las nociones de derecho legal, hecho social, hecho psicológico, sistema de normas, predicciones que realizan los jueces o instrumento de control social. A partir de lo cual, se daría lugar a diferentes direcciones dentro del “positivismo jurídico”.

dentro de este surgen respuestas a ¿qué es una explicación? y ¿cuándo esta es adecuada?

Con la excepción de von Wright, los autores citados por Alchourrón y Bulygin se caracterizan por seguir un método de “análisis” filosófico practicado, principalmente, en EE.UU., y, en este contexto, seguir el camino de la construcción lingüística vinculado a los nombres de Carnap y Quine. Para la escuela americana del “análisis constructivo”, la actividad filosófica consiste en la clarificación lógica de las proposiciones a través del método de la traducción o paráfrasis, desde un lenguaje menos explícito a otro más explícito o desde una forma confusa a otra clarificada. La principal aspiración es construir una nueva lógica capaz de proporcionar una estructura del lenguaje en la que el significado de cada elemento sea absolutamente preciso y la articulación de los elementos absolutamente claros. Mediante el uso de este aparato lingüístico básico, otros sistemas de conceptos pueden ser contruidos en una relación mutua de las partes que lo integran, los cuales tendrían la misma claridad y precisión que en una lógica formal (Strawson, 2011, pp. 32-34; García, 2011, pp. 37-38).

Sistemas conceptuales así contruidos no surgen espontáneamente, a diferencia de los lenguajes naturales, sino solamente por creación artificial. Y es precisamente en este punto en donde se sustenta la superioridad del método de construcción sobre otras posibilidades de análisis. En concreto, la ambigüedad, vaguedad e inexactitud propias de las oraciones del lenguaje ordinario desaparecen en sus contrapartidas formales, de este modo, el lenguaje formal sirve para los fines de la regimentación lingüística. Sin embargo, cabe destacar que, tal como fue practicado en Norteamérica, un rasgo distintivo del citado método no consiste únicamente en la apelación a lenguajes ideales, sino que más bien su rasgo distintivo está en el abandono de la búsqueda de proposiciones sinónimas para el *analysans* (sinónimas al *analysandum*). De manera que los resultados del análisis son paráfrasis aproximadas, nunca traducciones exactas de las oraciones analizadas (Strawson, 2011, p. 34; García, 2011, p. 38).

Alchourrón y Bulygin al presentar su visión del análisis conceptual corroboran su adhesión a lo recién señalado y, al mismo tiempo, entregan un contexto para entender con mayor base el porqué de su propuesta de sistema normativo como respuesta al problema normativo obtenido del derecho civil argentino:

La explicación o reconstrucción racional de un concepto es el método por medio del cual un concepto inexacto y vago [...] es transformado en un concepto exacto o, por lo menos, más exacto que el primitivo. En lugar de la transformación sería más correcto hablar aquí de la sustitución de un concepto

más o menos vago por otro más riguroso. El concepto que se quiere explicar se denomina *explicandum* y el nuevo concepto que lo ha de sustituir, *explicatum*. El proceso de explicación abarca dos etapas: 1) La elucidación informal del *explicandum*, y 2) La construcción del *explicatum* [...] La segunda etapa consiste en la construcción del *explicatum*, es decir, la formulación de un nuevo concepto más preciso que el anterior. El *explicatum* debe cumplir con ciertos requisitos, como: a) Debe ser lo más exacto posible, es decir, las reglas de su uso deben estar formuladas explícitamente en la forma más exacta posible [...] b) Debe tener el máximo de fecundidad, es decir, ser útil para la formulación del mayor número posible de enunciados universales [...] c) El *explicatum* debe, en lo posible, ser similar al *explicandum*, en el sentido de que se lo pueda usar en la mayoría de las ocasiones en que se usa este último. [...] Desde luego, esa similitud no puede ser total: los dos conceptos no pueden ser idénticos y ni siquiera coextensivos, ya que entonces el *explicatum* no sería más exacto que el *explicandum*. d) Por último, cabe mencionar el requisito de la simplicidad, aunque su papel es más restringido que el de los tres anteriores. En condiciones similares, cuando la exactitud, la fecundidad y la similitud con el *explicandum* corren parejas, es preferible un concepto más simple a otro más complicado. Pero la simplicidad puede ser sacrificada en aras de una mayor exactitud o fecundidad (Alchourrón y Bulygin, 1974 [1971], pp. 29-30; 2012, p. 4).

B. Objetivo

En un sentido metodológico, es posible vincular las dos fuentes de las cuales deriva el trasfondo de ideas de los autores: por un lado, el enfoque positivista con su objeto de estudio; y, por el otro, el análisis constructivo con el método empleado por ellos. De esta manera, el rol del "objetivo" consiste en entregar una finalidad que guía sus investigaciones teórico-jurídicas.³⁴

Los autores argentinos persiguen introducir claridad en el discurso de los juristas, *i. e.*, aspiran a que mediante la lógica se pueda obtener mayor precisión en el discurso jurídico. En este sentido, la actividad de Alchourrón y Bulygin está guiada por el deseo de esclarecer el discurso jurídico de los dogmáticos y/o la ciencia del derecho a través de un nuevo instrumental metodológico. Y precisamente esto es el objetivo de su actividad:

³⁴ Estas variables (método, objeto y finalidad) están estrechamente vinculadas entre sí, al punto de que la explicación de cualquier de ellos comienza a elucidar a las otras. Es interesante destacar que esto ya era destacado por Kelsen en sus primeros trabajos (1974 [1911]), pp. 31-42; 1988 [1916], pp. 76-135).

Cabe, pues, esperar razonablemente que el enfoque de los problemas tradicionales de la filosofía jurídica a la luz de las modernas investigaciones lógicas y metodológicas producirá resultados interesantes. La noción de sistema normativo parece especialmente adecuada para ese propósito. (Alchourrón y Bulygin, 1974 [1971], pp. 21-25).

C. *Requerimiento*

Antes de afirmar la existencia de un problema, es necesario algún tipo de evaluación de la situación, para solo luego poder sostener su existencia. La comprensión de toda problematización involucra considerar algún tipo de evaluación negativa, porque existe algún objetivo o propósito que se desea alcanzar y que no ha sido obtenido. Este requerimiento, en palabras de Alchourrón y Bulygin:

Por último, cabe mostrar —y éste es uno de los temas de este libro— que muchos de los problemas lógicos y metodológicos que interesan en este contexto [jurisprudencia] —tales como la completitud, la coherencia y la independencia de los sistemas normativos— han sido analizados con insistencia (aunque no siempre satisfactoriamente) por los juristas y los filósofos del derecho [...] Parecería, pues, razonable pensar que la ciencia del derecho y su objeto, las normas jurídicas, pueden constituir una base preanalítica sólida y, a la vez, un campo de aplicación interesante para la lógica deóntica. (Alchourrón y Bulygin, 1974 [1971], pp. 20-21; 2012, pp. 2-3)

D. *Imposibilidad*

Es posible saber que Alchourrón y Bulygin están comprometidos con un análisis constructivo, que su objeto de estudio es el derecho positivo, que persiguen utilizar el instrumental de la lógica para el tratamiento de temas jurídicos y, por lo mismo, que constatan un gran desajuste entre la manera en la cual los juristas realizan su actividad y los desarrollos metodológicos alcanzados en otros ámbitos del conocimiento. No obstante, en concreto, aún no resulta del todo claro: ¿cuáles son las exigencias vinculadas con el problema estudiado?

Es posible aceptar que un conjunto de disposiciones interpretadas de una manera determinada arroja un sistema normativo lagunoso. Sin embargo, por sí misma esta descripción no constituye una problematización. En este sentido, la idea de “imposibilidad”, al estar vinculada con la realización frustrada de objetivos y propósitos, concretiza el campo de estudio hacia ¿qué es aquello que no se puede realizar?, o ¿qué objetivos no son alcanzados?

Como se adelantó en la presentación del problema normativo, para Alchourrón y Bulygin el caso del derecho civil argentino solo tiene por objeto esbozar un modelo simplificado de sistema jurídico, porque ellos buscan o esperan que los problemas jurídicos tradicionales sean analizados a luz de las modernas investigaciones lógicas y metodológicas. Y aquello que ha impedido alcanzar esta situación está en la escasa utilización metodologías de otras disciplinas más desarrolladas en el análisis de problemas jurídicos. En sus palabras:

los lógicos deónticos han prestado, en su mayoría, escasa atención al derecho, y los pocos libros que han tratado de acercar la lógica a la ciencia jurídica no tuvieron mayor repercusión sobre ninguna de esas disciplinas [...] Por otra parte, este divorcio entre la lógica y el derecho tuvo consecuencias muy lamentables para la ciencia jurídica. Los juristas, no sólo no han prestado la debida atención a las investigaciones formales de los conceptos normativos llevados a cabo en los últimos veinte años, sino que incluso han logrado permanecer al margen del gran movimiento de renovación de los estudios metodológicos y de fundamentación que han revolucionado completamente la metodología de las ciencias formales y empíricas [...] Pero esto no excluye la posibilidad de aprovechar para la ciencia del derecho parte del conocimiento logrado y algunos de los métodos usados en la metodología de otras disciplinas más desarrolladas (Alchourrón y Bulygin, 1974 [1971], pp. 20-21; 2012, pp. 2-3)

V. CONCLUSIONES

Este ejercicio de análisis del concepto de problema, y aplicación de sus resultados, pretende ser una contribución en la búsqueda de criterios de identificación y presentación de problemas y, también, de la evaluación de las soluciones propuestas. En pocas palabras, a partir del análisis del concepto de problema se persigue iniciar la búsqueda de criterios de corrección, y luego, utilizar dichos criterios para mostrar su utilidad en poner de manifiesto un cuerpo de ideas vinculadas a un problema determinado y desde allí tener elementos compartidos para la evaluación de sus propuestas de solución.

Estas consideraciones no pretenden hacer depender una respuesta o solución teórico-jurídica de un auditorio o público determinado, como sugieren Navarro y Redondo respecto de las explicaciones filosóficas,³⁵ sino más bien sostener que, con independencia del auditorio, es posible

³⁵ Sus palabras son: "la verdad de las explicaciones filosóficas [...] es dependiente del auditorio en el que ellas se producen. En gran medida este auditorio determina los objeti-

vincular indisolublemente un conjunto de criterios que determinan las soluciones admisibles con un problema determinado y, consecuentemente, un conjunto de criterios de evaluación para las propuestas de solución.

La estrecha vinculación entre los problemas y sus soluciones deriva de que, por ejemplo, cuando en los textos de teoría del derecho aparecen requerimientos consistentes en "X es un problema", "falta una solución al problema X" o "son problemas relevantes X, Y, Z", no se está simplemente mostrando un objeto de estudio, sino más bien se está presentando un debate o discusión de un tema, dentro del cual se presentan el o los problemas. Siempre a partir del trasfondo de ideas adoptado por quién realiza la problematización.

De esta manera, pareciera que si se pretende realizar algún tipo de contribución a la filosofía jurídica mediante la solución de un problema determinado, es necesario adquirir el estatus de elemento imprescindible para un futuro participante en la discusión; pero este solo se logra al tener presente el contexto en que el problema se inserta. Por ejemplo, en palabras de von Wright:

A well-argued contribution to philosophy is an element in a dialogue which the next contributor cannot by-pass if he is to be au niveau with developments [...] Thanks to this fact one can speak of progress in philosophy, even though there is no away of settling the basic disagreements... (1989, p. 52)

La adquisición de este estatus no descansa simplemente en los criterios del futuro participante, sino en la consideración de aquellos elementos que permiten la realización del diálogo o discusión. Adquirir el estatus de elemento imprescindible para una futura reconstrucción del diálogo es contextual, es decir, dependiente de un conjunto de circunstancias y criterios que condicionan la atribución de dicho estatus. Y una aproximación a dichas circunstancias y criterios se realiza mediante la explicitación de todas las proposiciones que se deben asumir para apreciar la naturaleza problemática de la cuestión y las soluciones admisibles, ya que solo a partir de ellas será posible evaluar las propuestas de solución. Todo lo cual se logra mediante la presentación previa de los criterios concurrentes en la predicación de problema, entendido esto como un predicado relacional.

vos que se procuran establecer con una explicación conceptual" (Navarro y Redondo, 2002, p. 24).

VI. REFERENCIAS

- Agre, G. (1982). The concept of problem. *Educational Studies: A Journal of American Educational Studies Association*, 13 (2), 121-142. https://doi.org/10.1207/s15326993es1302_1
- Agüero-SanJuan, S. (2022). Sistema jurídico e identificación del derecho. Una posible respuesta bulyginiana a "La teoría positivista de Bulygin. Un análisis crítico" de María Cristina Redondo. *Doxa* (45), 549-579. <https://doi.org/10.14198/>
- Alchourrón, C., y Bulygin, E. (1974). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Astrea (Original publicado en 1971).
- Alchourrón, C., y Bulygin, E. (2012). *Sistemas normativos* (2a. ed.). Astrea.
- Aristóteles. (2014). *Tratados de lógica (Órganon)* (4a. ed.; M. Candel, Trad.). Gredos.
- Balazs, Z. (2004). Moral Philosophy and the Ontology of Relations. *Ethical Theory and Moral Practice*, 7(3), 229-251. <http://www.jstor.org/stable/27504314>
- Bix, B. (2003). *Jurisprudence: theory and context* (3a. ed.). Sweet & Maxwell.
- Boas, G. (1937). What is a Problem? *The Journal of Philosophy*, 34(8), 197-204. <https://doi.org/10.2307/2018873>
- Boghossian, P. (2006). *Fear of knowledge: Against relativism and constructivism*. Oxford University Press.
- Brower, J. (2018). Medieval Theories of Relations. En E. N. Zalta (Ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <https://plato.stanford.edu/entries/relations-medieval/>
- Brown, H. (1975). Problem changes in science and philosophy. *Metaphilosophy*, 6(2), 177-178. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9973.1975.tb00246.x>
- Casanovas, P., y Moreso, J. J. (1994). Prólogo. En P. Casanovas, y J. J. Moreso (Eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo* (pp. 7-8). Crítica.
- Cresto, E. (2007). ¿Cuándo preguntar 'por qué'? Observaciones sobre la dinámica de las preguntas y respuestas en una investigación científica. *Análisis Filosófico*, 27(2), 101-117. <https:// analisisfilosofico.org/index.php/af/article/view/171/141>
- Dewey, J. (2016). *How we think*. Endymion Press.
- Fariñas, M. J. (1992). Filosofía del derecho versus teoría del derecho. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (9), 207-222. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-1992-10020700222

- Fassò, G. (1988). *Historia de la filosofía del derecho. Ottocento e novecento (Vol. III)*. Società Editrice il Mulino.
- García, A. (2011). *Modos de significar. Una introducción temática a la filosofía del lenguaje* (2a. ed.). Tecnos.
- González, F. (1979). *Estudios de filosofía del derecho*. Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna.
- Hart, H. (1963). *El concepto de derecho (Genaro Carrio, Trad.)*. Abeledo-Perrot. (originalmente publicado en 1961).
- Hart, H. (1983). Problems of the philosophy of law. En H. Hart, *Essays in jurisprudence and philosophy* (pp. 88-119). Oxford University Press. (Original publicado en 1967).
- Hart, H. (1994). *The concept of law* (2a. ed.). Oxford University Press.
- Hattiangadi, J. N. (1978). The structure of problems, part I. *Philosophy of the Social Sciences*, 8(4), 345-365. <https://doi.org/10.1177/0048393178008004>
- Kelsen, H. (1974). *Tra scienza del diritto e sociologia* (G. Calabrò, Trad.). Guida Editori. (Original publicado en 1911).
- Kelsen, H. (1988). La giurisprudenza come scienza normativa o cultural. Estudio di critica metodologica (A. Carrino, Trad.). En A. Carrino, *Dio e stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito* (pp. 73-136). Edizioni Scientifiche Italiane. (Original publicado en 1916).
- Kolakowski, L. (1988). *La filosofía positivista. Ciencia y filosofía* (3a. ed.; G. Ruiz-Ramón, Trad.). Cátedra. (Original publicado en 1966).
- Laudan, L. (1977). *Progress and Its Problems*. University of California Press.
- Loux, M. (2006). *Metaphysics* (3a. ed.). Routledge.
- Margolis, E., y Laurence, S. (2005). Concepts. En E. N. Zalta, y U. Nodelman (Eds.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <http://plato.stanford.edu/entries/concepts/>
- McBride, F. (2020). Relations. En E. N. Zalta (Ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <https://plato.stanford.edu/entries/relations/>
- Mendonca, D. (2011). *Compendio de una teoría analítica del derecho. Al-chourrón y Bulygin en sus textos*. Marcial Pons.
- Moore, G. (1922). *Philosophical studies*. Routledge y Kegan Paul. (Original publicado entre 1919-1920).
- Navarro, P. (2022). *Sistemas normativos y lagunas en el derecho*. Marcial Pons.
- Navarro, P., y Redondo, M. C. (2002). Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho. En P. Navarro, y M. C. Redondo (Eds.), *La relevancia del Derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política* (pp. 17-31). Gedisa.

- Nickles, T. (1981). What is a problem that we may solve it? *Synthese*, 47(1), 86-118. <https://doi.org/10.1007/BF01064267>
- Platón. (2013). *Obras completas* (P. de Azcárate, Trad.). Centaur.
- Rodríguez Paniagua, J. (1977). *Historia del pensamiento jurídico*. Universidad Complutense de Madrid.
- Russell, B. (1984 [1913]). *Theory of Knowledge*. Routledge.
- Sánchez, E. (2004). Introducción. En Aristóteles, *Problemas* (E. Sánchez, Trad.; pp. 5-51). Gredos.
- Schmidt, J. C. (2011). What is a problem? On problem-oriented interdisciplinaryity. *Poiesis y Prax*, 7(4), 249-274. <https://doi.org/10.1007/s10202-011-0091-0>
- Strawson, P. F. (1959). *Individuals. An essay in descriptive metaphysics*. Routledge.
- Strawson, P. F. (1974). *Subject and predicate in logic and grammar*. Mehuen.
- Strawson, P. F. (1992). *Analysis and metaphysics: an introduction to philosophy*. Oxford University Press.
- Strawson, P. F. (2011). *Philosophical writings*. Oxford University Press.
- Swoyer, C., y Orilia, F. (1999). Properties. En E. N. Zalta (Ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <http://plato.stanford.edu/entries/properties/>
- Truyol y Serra, A. (2004). *Historia de la filosofía del derecho y del Estado*. Alianza Editorial.
- Waismann, F. (1974). Mi visión de la filosofía. En J. Muguerza (Ed.), *La concepción analítica de la filosofía, Vol. II* (Sol, y C. Solís, Trads.; pp. 491-528). Alianza Editorial.
- Wittgenstein, L. (1969). *On certainty* (G. Anscombe, G. von Wright (Eds.); P. Denis, y G. Anscombe, Trads.). Basil Blackwell.
- Wright, G. H. von (1989). Intellectual autobiography. En P. A. Schilpp, y L. E. Hahn (Eds.), *The philosophy of Georg Henrik von Wright* (pp. 1-55). Open Court.

Giro epistémico a la teoría del derecho desde las epistemologías feministas

Epistemic Turn to Legal Theory from Feminist Epistemologies

Juan Pablo Calvache Sepúlveda

 <https://orcid.org/0000-0003-4156-4729>

Universidad de Buenos Aires, Argentina
Correo electrónico: juanpablocalvache12@gmail.com

RECEPCIÓN: 16 de mayo de 2023

ACEPTACIÓN: 5 de septiembre de 2023

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2024.18.18126>

RESUMEN: El escrito a continuación muestra un problema de la investigación científico-jurídica respecto de los métodos, metodologías y epistemologías. Para esto, me propongo analizar las epistemologías feministas, en contraste con la epistemología jurídica hegemónica. En un primer momento, describo el desarrollo de las epistemologías y metodologías de la modernidad, específicamente el positivismo tradicional, y el cambio al positivismo lógico. En un segundo momento, señalo la denuncia que los estudios de género han realizado a las epistemologías hegemónicas. Después, refiero las contrapropuestas epistemológicas y metodológicas que el feminismo hace a partir de 1970 aproximadamente. En un cuarto momento, indico el estado conceptual del positivismo jurídico; y finiquito con problematizar el positivismo jurídico desde las contrapropuestas epistémicas y metodológicas del feminismo.

Palabras clave: feminismo, androcentrismo, hegemonía, epistemologías, metodologías, sexo, género.

ABSTRACT: This paper displays a problem of scientific-legal investigation regarding methods, methodologies, and epistemologies. Therefore, I will analyze feminist epistemologies in contrasts with the hegemonic legal one. First, I describe the development of the epistemologies and methodologies of modernity —specifically traditional positivism— as well as the shift to logical positivism. Secondly, I point out the denunciation that gender studies have made to hegemonic epistemologies and, afterwards, I mention the epistemological and methodological counterproposals that feminism has made since about 1970. Then, I outline the conceptual state of legal positivism and, finally, I conclude by problematizing legal positivism from the epistemic and methodological counterproposals of feminism.

Keywords: feminism, androcentrism, hegemony, epistemologies, methodologies, sex, gender.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Modernidad y positivismo: sesgo androcéntrico.* III. *Denuncia feminista a la epistemología hegemónica.* IV. *Propuestas desde las epistemologías feministas.* V. *Epistemología jurídica hegemónica del derecho occidental.* VI. *El positivismo jurídico ahogado por las epistemologías feministas: perspectiva de género.* VII. *Referencias.*

Soy parte de la lucha frente al racismo estructural, soy parte de quienes luchan por seguir pariendo la libertad y la justicia, de quienes conservan la esperanza por un mejor vivir, y aquellas mujeres que usan el amor maternal para cuidar su territorio como espacio de vida.

Francia Márquez

I. INTRODUCCIÓN

La epistemología, como ciencia del conocimiento, enfrenta fuertes impactos desde las discusiones que provoca abrir nuevos horizontes en las epistemologías de las diversas disciplinas, como la epistemología jurídica y las epistemologías feministas. Cada disciplina tiene un marco que delimita los alcances de la misma, y a su vez la conserva. Así, vemos que el derecho tiene unos límites marcados desde el sujeto que lo enuncia, en singular y masculino. En este sentido, para que se pueda permitir una apertura en cada disciplina, debe haber un cambio desde dos aristas: desde el paradigma del sujeto que lo profiere, y del sujeto en sí. Esto cobra relevancia en tanto que la delimitación está marcada por posiciones de poder, es decir, hay un antecedente que produce el conocimiento, y en específico pre produce la norma y el derecho.

Así las cosas, es relevante tener en cuenta la identidad del sujeto en la construcción de conocimiento, en tanto que la epistemología está marcada por cuestiones identitarias que se han ocultado bajo un paradigma hegemónico, masculino y occidental, y que el derecho no ha sido ajeno al mismo. En consecuencia, nos encontramos con la dicotomía entre sujeto-objeto en la generación de conocimiento, y la problematización que esto implica desde las epistemologías feministas.

En la literatura tradicional y hegemónica de la epistemología —sin distinción en ciencias sociales y exactas— encontramos que el conocimiento debe nacer desde lo más profundo de la objetividad, logrando con ello una supresión del sujeto, que niega su condición y reduce su actuar al mero hallazgo del camino perfecto del objeto a conocer. Los estudios críticos de finales del siglo XX, y en especial los estudios críticos

de género, han problematizado este imperativo desde varias posiciones. Una de ellas, comprende la distinción de las ciencias sociales a las ciencias exactas, la cual sigue un método positivista que no puede ser aplicado con el mismo rigor y forma como se intentó desde el círculo de Viena. Un segundo momento —que cobra relevancia para este escrito— es el reconocimiento del sujeto como parte de la generación de conocimiento, porque si bien encontramos que hay un intento por suprimir el sujeto en la epistemología tradicional, tal supresión queda a merced del paradigma masculino, lo que puede develar la condición androcéntrica de la ciencia normada.

La epistemología feminista cobra distancia desde los estudios identitarios que reconocen la diversidad en la posición de enunciación, y, a su vez, la inclusión del sujeto/a en la construcción de conocimiento. Esto puede generar no sólo cambios en la epistemología tradicional que delimita el conocimiento jurídico, sino también en la posibilidad de expandir o cambiar el derecho; o inclusive, si su rígido marco no lo permite, proponer un no-derecho desde el feminismo.

Planteado esto, este artículo, tipo *estado del arte*, se propone exponer la discusión que llevaría abordar la epistemología jurídica del positivismo normativo a partir de la literatura de las epistemologías feministas. No se pretende ahondar exhaustivamente en el desarrollo de cada categoría conceptual, sino partir del marco general de cada propuesta epistemológica. La metodología empleada para su elaboración pasa por una puesta en evidencia desde una perspectiva crítica¹ e histórica de la epistemología, cruzándola inversamente desde la epistemología jurídica hacia la revisión bibliográfica de la literatura epistémica sexo-genérica. Así, se busca responder al objetivo general de: problematizar la epistemología jurídica del positivismo normativo a partir de las epistemologías feministas. Esto será desarrollado en el siguiente orden: (I) modernidad y positivismo: sesgo androcéntrico; (II) denuncia feminista a la epistemología hegemónica; (III) propuestas desde las epistemologías feministas; (IV) epistemología jurídica hegemónica del derecho occidental; y, por último, (V) el positivismo jurídico ahogado por las epistemologías feministas: perspectiva de género.

¹ Aunque sí utilizo algunas herramientas metodológicas de la metodología crítica, en tanto me pregunto por las condiciones de posibilidad de la epistemología hegemónica a través de un uso informativo-constatativo del lenguaje en el cruce con otras propuestas epistemológicas, no es una investigación crítica en su sentido radical sino en su sentido general. Sin embargo, tampoco constituye en sí un abordaje detallado, ya que, como se indicó, sólo pretende esbozar las posibilidades a partir de un tipo de estado del arte.

II. MODERNIDAD Y POSITIVISMO: SESGO ANDROCÉNTRICO

La Modernidad, como proyecto, trajo promesas de civilización, Estado, derecho, cultura, entre otras; y a su vez, vino acompañado de un nuevo proyecto epistemológico y metodológico, el cual cimentaría la producción de conocimiento que surgiría de allí. La implosión de los diversos saberes que redujeron al *sujeto* fue un punto de partida para dar nacimiento a la subjetividad —espacio en donde se asentaría la libertad— y que generaron el perfecto espacio para que este proyecto se pudiera desarrollar. En este orden, la subjetividad se estructura a partir de aspectos como:

El individualismo: como la capacidad de hacer valer pretensiones individuales; Derecho a crítica: el mundo moderno exige que aquello que se reconozca, se justifique; Autonomía de acción: al mundo moderno pertenece que reconozcamos la autoría de nuestros actos; Filosofía idealista: lo que equivale a que, en la Edad Moderna, la filosofía se sabe reconocer a sí misma, por medio de la reflexión (Habermas 1985, citado por Robles, 2012, p. 171).

El positivismo es una epistemología híbrida que combina el racionalismo con el empirismo y la lógica deductiva con la lógica inductiva; también ha sido denominado hipotético-deductivo, cuantitativo, empírico-analista y racionalista (Pérez, 2015, p. 29). Estos cuatro aspectos marcan relevancia en la epistemología, en tanto que el positivismo —como epistemología moderna por antonomasia— obvia y pasa por alto la subjetividad que la modernidad construye, y así permanece y se ejecuta con los mismos sesgos sexistas de otras etapas de la historia de occidente, como lo fue en la Edad Media.

Además, esta individualidad, que es edificada por el sujeto, tiene dos aristas: la centralidad del sujeto en su mundo y persona, y el aislamiento corporativo por vínculos compulsivos. Esto lleva a que el sujeto moderno se encuentre en un constante salir-entrar de la Modernidad; su constitución y edificación sexo-genérica es una vuelta giratoria entre el confrontar su individualidad y regresar al pasado. Esto tiene una significación en los estudios feministas, en tanto que las mujeres fueron excluidas del proyecto de la Modernidad y de las instituciones nacientes del mismo. Por lo tanto, el sujeto moderno, por antonomasia, es hombre, masculino y patriarcal. Los códigos materiales y culturales están a la medida del hombre, que a la vez materializa a la modernidad como proyecto histórico (Lagarde, 1996).

No obstante, la Modernidad como proyecto histórico no se puede abordar de manera objetiva y atemporal, ya que sus diferentes etapas en relación con el sexo-género guardan una relación diferenciada respecto

a la producción de conocimiento y sujeto. El sistema sexo-género es propuesto por Rubin (1986), en el que hace una lectura del sistema identitario superando la lectura patriarcal, definiendo cómo las condiciones naturales del sexo interactúan con las convenciones y prácticas sociales que forman el género, y así estructurarse un sistema relacional. No es en vano que los protagonistas de los sucesos que marcaron el cambio de época —colonización, Reforma, ciencia, Ilustración, revoluciones burguesas— fueron hombres. Por ejemplo, la transición del poder secular y feudal, a un poder jurídico y Estatal, en nada diferenció la participación identitaria. Así, la ciencia, como uno de los hitos que señalan cambio de época, tampoco estuvo exenta del androcentrismo que se heredaba en cada avance.

Entonces, el desarrollo de la ciencia en la modernidad temprana estuvo marcada por el positivismo, que se caracteriza por la confianza generada entre ciencia y progreso, la resolución de los problemas por las técnicas, la posibilidad de obtener verdades absolutas y un alto margen de seguridad a través de la ciencia, así como la sustitución de la razón divina por la razón humana, entre muchas otras (Palacios-Ceña, 2008). Lo que inevitablemente lleva a constituir un paradigma de certeza y verdad absoluta, ignorando al sujeto. Así, por ejemplo, en la sustitución de la razón divina —paternal— por la razón humana, el humano es un universal masculino. Ahora bien, hay una fuerte relación entre la institucionalidad naciente en la Modernidad y la producción de conocimiento, en tanto que el conocimiento puede producirse por la legitimación que encuentra en las instituciones y, a su vez, por la legitimidad que este da a las instituciones. El naciente Estado y derecho modernos, han sido creados y ocupados por hombres, como se evidencia en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en el que el universal es el masculino.

En esta misma constante, del salir-entrar de la modernidad, de la confrontación con la individualidad y el derecho al pasado, se construye el derecho moderno, que exige un *sujeto* de derecho que pueda ser interpelado y a la vez constituido. Las interpelaciones apuntan a sujetos de derecho que ya se encuentran constituidos. Y a partir de permisiones, prohibiciones, prescripciones o mandatos lo reconstituyen y que de alguna manera esto permanece velado. Ruiz (2013) lo define de la siguiente manera:

Es como si hubiese en el origen algún sujeto de Derecho al cual dirigirse, al cual calificar, permitir o prohibir y porque él está primero es que, en un segundo momento, “la ley” lo alude, le habla, lo autoriza, lo interdicta, le establece algún lugar en el campo de la legitimidad o lo excluye de él, le otorga la palabra o lo priva de ella. Esta sucesión de interpelaciones particulares oculta eficazmente el carácter constituyente que cada una conlleva. No hay

momento de la constitución del sujeto, y después, una serie de incontables apelaciones a ese sujeto. La serie de interpelaciones constituyentes no ocurre sólo desde el nivel normativo del discurso. En el campo del imaginario social su importancia es aún mayor. En todo ese espacio en el que el discurso jurídico produce significaciones es donde la ficción del sujeto de Derecho cumple más adecuadamente su papel. Las personas que viven y sufren día a día, muchas veces sin conciencia, las marcas que el Derecho les imprime se miran, se reconocen, se atribuyen conductas, se sienten ubicadas o creen que otras personas están puestas en los espacios que “la ley” determina. (p. 25)

Esta producción del sujeto de derecho —que de alguna manera permanece oculta bajo las formas discursivas de la juridicidad— en el que éste es constituido y reconstituido, es en donde ocupan un lugar las identidades sexo-genéricas. Los textos normativos se construyen sobre la base de unas identidades “dadas” las cuales, bajo esa primera legislación, corresponden al universal masculino-hombre. Así, bajo las órdenes, mandatos, prohibiciones, permisiones, entre otras, se reconstituyen en una afirmación de un estado de cosas identitarias que se manifiesta como preeminente, o se radicaliza más en sí para conservarse como estado de normalidad.

Por otro lado, el positivismo —como metodología— naciente de la modernidad temprana se conoce por primera vez en el siglo XVII

durante una fase denominada “protopositivismo” o positivismo germinal. Nace en una etapa previa, en la que no estaba expresamente consignado como metodología científica, y en el que se contó con la intervención de grandes filósofos en algunos aspectos importantes como David Hume, Saint-Simon, e incluso con la intervención de Immanuel Kant. (Arias, citado por Pérez, 2015)²

Y concretamente su metodología plantea que

Es posible establecer leyes generales, que son permanentes independientemente del tiempo, es factible establecer las causas de los hechos, se puede desarrollar una investigación libre de valores, el enfoque metodológico predominantemente cuantitativo, se parte de teorías previamente seleccionadas, de la cual se extraen, por un enfoque hipotético-deductivo, hipótesis que se desea contrastar en la investigación para confirmarlas o desecharlas, y por

² Se hace mención a David Hume, Saint-Simon y Kant, no definiéndolos como positivistas puros, pues es claro que su categorización corresponde —dependiendo de la lectura— a una inclinación más racional; sino resaltando que algunas de sus categorías y elementos conceptuales contribuyeron al desarrollo metodológico posterior que se conoce ampliamente por sus características definidas.

último es realizada en laboratorios especialmente diseñados o ajustándose a condiciones previamente establecidas, como la selección de muestras estadísticas. (Meza, 2015)

En este punto, en el que la modernidad temprana, su epistemología y método positivista, neutro, objetivo, imparcial y universal se enuncia en masculino hegemónico y se configura androcéntricamente, es en el que afirmamos que la modernidad excluye a las mujeres, es pensado de manera discriminadora, heredando la estructura jerárquica de dominación. Lagarde (1996), afirma lo siguiente:

Como la modernidad inicial excluyó la participación de las mujeres y tuvo un curso histórico masculino, las mujeres han sido tocadas en grados muy distintos por los cambios de la modernidad y no en todos los aspectos de sus vidas. De acuerdo a la manera específica en que cada mujer integra el *habitus* de la modernidad, o a la inversa, de cuán moderno es el *habitus* de las mujeres como género y el de cada mujer. (p. 151)

Son varias las hipótesis que pueden dar explicación al sesgo que configura la epistemología positivista, entre ellas, que el género no existía y simplemente nos encontrábamos ante una sociedad cubierta por un manto masculino. Si bien, existía un estado de cosas que pudiera categorizar a los/as sujetos/as como hombres y mujeres por diversas razones, como caracteres estético-corporales ni siquiera era evidente públicamente, puesto que el velo que cubría toda la institucionalidad y el paradigma imperante no lo permitía ver. Esto sólo empieza a hacerse evidente por los reclamos públicos que hacen las mujeres ante la hegemonía imperante desde la primera ola feminista, y los demás sucesos que continúan. No obstante, en el ámbito de la epistemología y su metodología, lo único que era posible conocer era las mismas instituciones patriarcales a las cuales se les negaba su acceso; y cuando se les permitía acceder, reproducían la misma lógica patriarcal a través de la metodología anteriormente descrita.

Por último, en la metodología propuesta por el positivismo es de resaltar la extracción de teorías seleccionadas bajo un lente hipotético-deductivo: para confirmar las teorías es necesario contrastarlas con la investigación, o desecharlas (Meza, 2015). Esto quiere decir que, bajo un esquema más o menos racional, se seleccionan hipótesis que pueden dar una explicación a los fenómenos, y que, bajo un esquema riguroso, se debe encontrar el camino perfecto para llegar al objeto. En definitiva, se trata del relacionamiento entre sujeto, objeto y causa, que busca anular el sujeto para dar paso a la objetividad. Esta cuestión contraría abier-

tamente el principio de subjetividad —propio de la modernidad—, con lo cual se olvida y pasa por alto los sesgos patriarcales, reduciendo así la posibilidad de conocer la relación de poder que yace tras de él.

III. DENUNCIA FEMINISTA A LA EPISTEMOLOGÍA HEGEMÓNICA

A pesar de las críticas que cupieren a la modernidad, el positivismo y su metodología, las condiciones de la nueva época generaron la posibilidad de abrir nuevos caminos, en especial para las mujeres. El sexo reconocido dentro del discurso científico como natural-biológico, empieza a visibilizar el estado de cosas discriminador y excluyente. Se empieza a evidenciar la hegemonía sexista. Este proceso de inclusión forzada, en tanto su inserción se da a partir de hechos políticos, se puede ver desde dos perspectivas: la primera, son los matices y cambios que va ocasionando el surgimiento del género como categoría identitaria en la modernidad media; la segunda, son la inserción de las categorías de sexo en la institucionalidad y en el sistema normativo. Al respecto, Lagarde (1996), dice:

Ahora bien, las mujeres no son sólo tradicionales en cuanto a su género, son al mismo tiempo modernas. Con la modernidad, concebida como un orden *postradicional* las mujeres se abren camino como personas y como género. Y se abren camino en ellas *necesidades vitales* propias, que implican el desarrollo personal de cada mujer de acuerdo con los recursos materiales y simbólicos sociales, económicos, jurídicos, políticos y culturales, que la modernidad ha generado y puesto en circulación y sumado a los preexistentes. (p. 152)

No obstante, en el campo epistémico-metodológico todavía seguía la era androcéntrica. El cambio de la modernidad temprana a la modernidad media trajo cambios en el positivismo tradicional. Esto permitió configurar y ajustar los principios iniciales, dando paso a lo que se conoció como el “positivismo lógico”, que nace con el Círculo de Viena en 1929 con la consigna de una *concepción científica del mundo*, formado por hombres como Moritz Schlick, Max Planck, Ernst Mach, Rudolf Carnap, Hans Hahn y Otto Neurath, entre otros (Iranzo, 2020). De esto, es evidente que sus partícipes y protagonistas siguen siendo hombres, lo cual vicia la enunciación que de allí se emite, e inclusive oculta la cercanía y participación de mujeres importantes como: Olga Hahn-Neurath, Elli Heesch, Rose Rand, Else Frenkel, y Olga Tausky, entre otras. Por otra parte, el positivismo lógico también tuvo un núcleo en el Círculo de Berlín de la Universidad central de Alemania, en 1930 aproximadamente, integrado por filósofos como: Carl Gustav Hempel, David Hilbert y Richard

Von Mises. También, todos hombres. Pareciera por momentos que, círculo y androcentrismo se analogizan. Empero, que su conformación sea o no paritaria —sin dejar de ser fundamental— no determina que la producción epistémica sea diversa, plural, incluyente, y conforme al principio de subjetividad.

El Círculo de Viena rápidamente se aparta del imperativo del positivismo inicial “el proyecto de una «lógica trascendental», que aspire a establecer condiciones necesarias de posibilidad de la experiencia objetiva, es rechazado de plano” (Iranzo, 2020, p.102). Así, hay distensiones entre sus miembros en llegar a un consenso, a lo que asoman conceptos como: la unidad de la ciencia, un construccionismo de los conceptos científicos, o inclusive reconocer a la ciencia como parte de un programa social y político, cuestión que era impensable en el positivismo duro.

Pero en cuestión de teoría del conocimiento, son tres posiciones las que se pueden dilucidar. Primero, la sustitución del principio de verificación por el principio de verificabilidad, en el que se identifican algunas vivencias del sujeto. Segundo, la interpretación lógica de la probabilidad que plantea la *implicación parcial*, la cual define cómo la certeza de las premisas podían más o menos señalar una conclusión; en contraposición a la *implicación total* del positivismo tradicional, que suponía que la verdad de las premisas necesariamente suponía la verdad de las conclusiones. Tercero, la concepción de la verdad como coherencia intralingüística. Para esto se requiere distinguir dos tipos de enunciados: (1) el enunciado protocolar, que refiere al enunciado que consigna los datos de la observación; y (2) el enunciado teórico. En este sentido, la coherencia intralingüística señala que ante un eventual conflicto o contradicción entre ambos enunciados, prevalece el teórico sobre el protocolar (Iranzo, 2020).

Podemos evidenciar los cambios que hay en torno a la metodología y, *grosso modo*, podemos decir que hay un reconocimiento parcial del sujeto. Se abre la posibilidad para reconocer factores sociales y políticos. La objetividad se rompe y se parcializa en la verificación de acuerdo con los cambios a los que puede estar sujeto el resultado; y se enuncia el constructivismo. Empero, no evidenciamos un cambio en materia de género; se ignora por completo el sesgo androcéntrico. Inclusive, se podría decir que el reconocimiento parcial del sujeto no alcanza a mover el velo para mostrar quién habita esa posición. Esto dentro del contexto de principios del siglo XX, en pleno auge industrial y fordista.

No fue sino hasta la década de 1970 que la producción académica feminista empieza a cuestionar el sesgo androcéntrico de la epistemología tradicional hegemónica.³ Es cuestionada desde diversos puntos, tales

³ Previo a la década de 1970 existe literatura feminista y de movimiento de mujeres.

como los estudios coloniales, los feminismos negros, feminismos étnicos, los lesbianismos, e inclusive desde algunos sectores no identificados como feministas. Así, se critica y devela fuertemente el colonialismo académico⁴ que hacía parte de estos círculos de conocimiento anteriormente enunciados, y de la exclusión que estos provocan a todos los sujetos feminizados como: mujeres, indígenas, negros, pobres, entre otras. En este sentido, Ruiz (2016), afirma:

Paulatina y más recientemente se han incorporado al espacio académico cada vez más voces de mujeres indígenas, dando un nuevo giro a las producciones científicas sociales y transformando algunos de los postulados científicos más incuestionables sobre objetivación de lo cognoscible respecto del conocedor, es decir, las científicas como personas que conocen frente a los «objetos» de sus investigaciones. De esta manera, su interpretación y crítica feminista al androcentrismo y el etnocentrismo en las ciencias sociales han generado la construcción de herramientas de trabajo cultural entre las investigadoras y sus comunidades. (p. 24)

Al colonialismo académico le llueven fuertes críticas, como la *episteme* positivista del siglo XIX, que es considerada como “subalternización de los saberes y conocimientos que no responden al logocentrismo occidental, encarnado en la razón instrumental propia del conocimiento experto” (Mignolo, citado por Cariño, 2020). Se devela la exclusión de los otros saberes que no corresponden a las cualidades mencionadas al inicio de este artículo y a su objetividad. En ese sentido, los saberes excluidos constituyen en sí grupos de separaciones que no atienden a la realidad y a la especificidad del territorio, ni por supuesto a las mujeres y a la diversidad identitaria. “Desde sus inicios, las llamadas Ciencias Sociales se basarán en la división disciplinaria: en la separación entre objeto y sujeto, así como en la pretensión de un conocimiento objetivo, universal y descorporeizado” (Cariño, 2020, p. 272).

La inserción, desde la crítica de la omisión de los cuerpos en la producción en la teoría del conocimiento, recoge la realidad y el estado de cosas para la modernidad temprana y media, en tanto las categorías de sexo y género no hacían parte del discurso hegemónico. La corporalidad cobra relevancia en la investigación científica

No obstante, las luchas y conquistas políticas de la primera y segunda ola, permitieron una entrada y apertura institucional en entes que limitaban o prohibían su ingreso. Esto a su vez permitió la irrupción de los estudios con perspectiva de género en diversos campos disciplinares. Y a su vez, permitieron la articulación en la complejidad con los estudios raciales y diversidades y disidencias sexo-genéricas.

⁴ El colonialismo académico implica la exclusión en la producción de conocimiento de los cuerpos marcados por sexo-género, raza, etnia y clase.

no solo porque el cuerpo dota o quita legitimidad, sino porque la experiencia corporal genera un punto de vista que abre o cierra campos de ignorancia, en función de su grado de comodidad o incomodidad en el sistema social donde se encuentre (Ahmed, citado por Ruiz, 2018, p. 61).

La crítica desde el despojo del cuerpo en la epistemología positivista radica en que la actitud corporal del investigador —masculino— es concebida a través de la objetividad como distancia e imparcialidad. Es decir, que la objetividad lo tipifica como una especie de ente (Ruiz, 2018), lo cual es impensable, inadmisibile e inconducente en los estudios sociales —de género, raza, clase y etnia—, en tanto esa distancia no permite la construcción de conocimiento colectivo. Y la sumersión del investigador en la misma construcción desplaza y olvida saberes que inclusive muchas veces no caben en los esquemas literarios de la academia.

Otras críticas que surgen de la tradición epistémica hegemónica son: la ruptura de la noción de representación del conocimiento; el cuestionamiento del individualismo epistémico; la relevancia del sujeto y la subjetividad en la producción del conocimiento; la recuperación del conocimiento encamado y experiencial; el carácter transformador de las epistemologías feministas: conocimientos parciales/situados, comprometidos y responsables (Ruiz, 2018). Frente a la relevancia del sujeto y la subjetividad en la producción del conocimiento —conforme a la modernidad— ya se ha consensuado en el feminismo que no existe condición pura/incondicionada del sujeto, y que este/a se debe abordar desde su carácter social, o sea, reconocer que su producción es el resultado de la interacción entre los miembros de una comunidad y de interacciones de los sujetos con los objetos a conocer (Longino, 1993, citado por Maffia, 2007). Esto, en última instancia, es reconocer el construccionismo del conocimiento en un entorno intersubjetivo, fruto de complejas relaciones entre sujetos-sujetos, y sujetos-objetos, sin desligar ni aislar ninguno.

Son claros los sesgos y errores del positivismo y su metodología. Sin embargo, la crítica que se planteaba desde el positivismo lógico al positivismo tradicional, radicaba en un problema del lenguaje, en tanto que la verdad yacía en la coherencia intralingüística de la premisa y el resultado. Esto es cuestionado de diversas formas por el feminismo, para denunciar también que los imaginarios por los cuales se crean las premisas están ciertamente viciados por los imperativos sociales de los investigadores. En otras palabras, Maffia (2007) señala:

Se discute entonces su transparencia, su aparente referencialidad directa, para mostrar en especial el uso de metáforas. Al desarticular las metáforas usadas por científicos, quedan de manifiesto las analogías que revelan no solo

la asunción acrítica, sino incluso el refuerzo de ciertos valores sociales predominantes. Cuando esos valores implican relaciones opresivas entre los géneros, la ciencia se pone al servicio del control social.

En conclusión, *grosso modo*, los feminismos han criticado las epistemologías tradicionales desde: el sujeto incondicionado, objetividad del conocimiento, y neutralidad valorativa (Gonzales, 2001, citado por Guil, 2016), cuestión que quedó develada a completitud como vimos someramente en las anteriores páginas. Tal como señala Guil (2016), “la realidad es que durante siglos, las Mujeres han sido el secreto mejor guardado de la Ciencia, secreto que solo los Estudios de las Mujeres y de Género, han empezado hace décadas a desvelar” (p. 267). Secreto que no tendrá más lugar en la academia crítica, fruto de la fuerza del movimiento feminista y académico por abortarlo del imperativo epistémico y metodológico.

IV. PROPUESTAS DESDE LAS EPISTEMOLOGÍAS FEMINISTAS

Criticar a un modelo y a una metodología hegemónica no necesariamente implica dejar a un lado ciertos imperativos de la epistemología tradicional. Más bien, apunta a redefinir y re-conceptualizar a partir de los sesgos señalados. Por ejemplo, la definición de objetividad en la ciencia tradicional tiene unos límites controlados por la metodología y lugares de verificación del mismo, como la institucionalidad que lo rodea. Así mismo pasa con la neutralidad y la incondicionalidad del sujeto. Esto quiere decir que, si logramos nuevos consensos en torno a estos elementos, podríamos dar apertura a nuevos conocimientos y metodologías. En consecuencia, son varias las propuestas que han surgido a partir de la crítica, así como feminismos postmodernos, empirismos feministas, que a su vez se subdividen en empirismo feminista espontáneo y empirismo feminista sofisticado, y epistemologías del punto de vista (Guil, 2016).

Ahora bien, esta metodología —que he denominado hegemónica— requiere de un compromiso por parte de la comunidad que la practica. Una convención respecto a sus imperativos y exigencias. Al igual que todos los conocimientos, el conocimiento científico —y su metodología— es un proceso comunitario. La actividad cognitiva y su método es un acuerdo de prácticas que generalmente se legitiman como pruebas y su justificación y verificación (Code, 1987). Este énfasis permite reconocer que la metodología expuesta también es consecuencia de un conjunto de prácticas comunitarias, susceptibles de ser modificadas y reformuladas, como se verá más adelante.

En esta línea, hay dos autoras que presentan propuestas con grandes similitudes. Estas son Sandra Harding y Norma Blazquez. Sandra Harding propone la clasificación de los estudios feministas como: empirismo feminista espontáneo, empirismo feminista sofisticado y epistemología del punto de vista feminista. En este aspecto, Norma Blazquez propone la clasificación de los estudios feministas como: la teoría del punto de vista feminista, el posmodernismo feminista, y el empirismo feminista (Arrieta, 2018). Como se evidencia, hay coincidencia en la categorización del empirismo feminista y la teoría del punto de vista. Coinciden de manera parcial en el empirismo feminista, ya que Harding subdivide el empirismo feminista en empirismo espontáneo y sofisticado. Para efectos del escrito, me suscribiré a la dos, introduciendo en una misma categoría el empirismo espontáneo y sofisticado, y a la vez reconociendo el postmodernismo feminista.

El postmodernismo feminista parte de autoras como Donna Haraway, quienes señalan que el conocimiento es situado y obedece a estructuras lineales de poder. En este sentido, se rechaza una unidad de género con pretensión de universalidad, reconociendo las particularidades de cada contexto, atendiendo a la interseccionalidad. Así, se niega a la objetividad universal y propone una objetividad encarnada, es decir, una especie de objetividad situada que reconozca la multiplicidad de los procesos de investigación. Al respecto, Guil (2016) señala:

Plantean posturas radicales, como por ejemplo, reclamar la muerte del racionalismo, pero no como cualidad humana, sino como estructura del pensamiento científico totalizador. Igualmente luchan contra el absolutismo del pensamiento ilustrado y contra los universales sobre la naturaleza y la existencia, buscando la construcción de un conocimiento no unitario, ni dualista, ya que los dualismos estuvieron siempre al servicio de la dominación de las mujeres, de la naturaleza, de las personas afroamericanas, de los trabajadores, de los animales y de todo lo que representa el no yo masculino. (p. 282)

El empirismo feminista espontáneo plantea que los sesgos en la investigación científica —sin diferenciar profundamente en la investigación social— son susceptibles de corrección, ya que el sujeto investigador genera esta investigación sesgada consecuencia de su condición. Además, también resalta la condición social de la ciencia, y la influencia del entorno en la producción de conocimiento, pudiendo actuar en doble vía: presionando a develar sesgos, o presionando para generar sesgos. Al respecto, Arrieta (2018) dice que “además, ellas destacan el carácter social de la ciencia moderna, que incluye equipos y grupos, comunidades y sociedades, instituciones y gobiernos, lo cual tiene tanto un aspecto positi-

vo, como uno negativo” (p. 54). Es importante tener en cuenta que este no cuestiona la objetividad de la ciencia, en tanto que plantea una corrección que pueda corresponder a una fuerte confrontación desde la política; es decir, que la evidencia veraz se considera así, en tanto en el todo social se enfrente a antagonicos que puedan cuestionar su veracidad efectivamente.

Por otro lado, el empirismo feminista sofisticado sostiene que la premisa inicial se convierte en resultado, en tanto el proceso de verificación no depende de una metodología correcta para conseguir la veracidad, sino que depende del proceso de confrontación con otras premisas iniciales o hipótesis; y en tanto estas sean más antagonicas, más veraces para poder adquirir un resultado. Sostienen que las hipótesis se convierten en conocimiento cuando se someten al escrutinio de diversas perspectivas, especialmente las de aquellos con creencias y valores diferentes (Arrieta, 2018, p. 55). El empirismo feminista sofisticado, aunque se aleja del punto de vista o la radicalidad del subjetivismo, rompe con el escepticismo que exige la metrología positivista. Y para ello, reconoce que en la producción científica hay dos tipos de valores: valores contextuales y valores constitutivos. Los valores contextuales refieren a los valores que impregnan la práctica científica a partir de la cultura. Por otro lado, los valores constitutivos son los valores que determinan las prescripciones que indican la metodología científica como aceptable (Longino, 1990).

En este sentido, la propuesta que hace el empirismo feminismo sofisticado es una especie de objetividad interactiva que debe estar formada a partir de dos críticas por parte de la comunidad: una crítica en la evidencia y una crítica conceptual (Longino, 1990). La crítica en la evidencia corresponde al proceso de revisión en la recolección de pruebas que sustenten la tesis. La crítica conceptual comprende una revisión de consistencia, fortaleza y relevancia de los conceptos que sustentan la tesis en el marco comunitario epistémico. Existen elementos de la propuesta del empirismo feminista sofisticado, pero que, a efectos metodológicos de este escrito, corresponden a los suficientes para su descripción.

Las epistemologías feministas surgen con Nancy Hartsock, Dorothy Smith e Hilary Rose, quienes hacen una similitud desde la comprensión que genera el lugar de enunciación de los proletarios con el lugar de enunciación de las mujeres.

Emplearé a Marx —refiriéndose al punto de vista del proletariado—, para denominar la visión diferente que tienen las mujeres para comprender algunos aspectos de la realidad, por el hecho de estar situadas en una posición marginal respecto a la ‘visión perversa’ de quienes ostentan posiciones de poder. (Guil, 2016, p. 275)

En este sentido, se construye una condición especial y privilegiada desde la asignación social, que permite una concepción y acceso al conocimiento diferenciado en las mujeres. Es importante aclarar que esa condición obedece a razones socioculturales, y no al ejercicio de condiciones naturales/biológicas. Además, también proponen:

Disolución de la jerarquía sujeto/objeto de conocimiento, para conferirle tanta autoridad a quien investiga como a quienes participan en la investigación. Igualmente, observó la división sexual del trabajo: lo doméstico y el cuidado femenino y considerado por los varones como algo natural e instintivo, lo que les proporciona a ellos tiempo para dedicarse a la abstracción y la conceptualización, dejando a las mujeres alienadas de su propia experiencia encarnada y al margen de la sociedad. (Dorothy, 1976, citado por Guil, 2016, p. 275)

V. EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA HEGEMÓNICA DEL DERECHO OCCIDENTAL

Los efectos epistémicos y metodológicos de la modernidad recaen sobre todos los campos simbólicos y materiales. El campo del derecho, concebido como un campo simbólico, también es objetivo del positivismo y su metodología. Es amplia la discusión jurídica que se da en las facultades de derecho en torno a lo que se conoce como iusnaturalismo —derecho natural— y iuspositivismo —derecho positivo—. Todas estas discusiones se centran, además de otros aspectos, en el origen de la fuente normativa. *Grosso modo*, los pensadores más conservadores suscriben el iusnaturalismo, corriente en la que invocan fuentes naturales como fuente del derecho. Así, por ejemplo, buscan mantener los privilegios, la desigualdad y el *statu quo*, a través del mismo fundamento pre moderno. En contraste, los pensadores meros liberales se inscriben en el iuspositivismo, desarrollado principalmente a partir de la cercanía de ius filósofos al Círculo de Viena, en el que la fuente del derecho es la ley escrita. De allí que se afirme de manera igual ley positivizada o ley escrita, esto a su vez —aunque genera otro contexto epistemológico, en tanto el sujeto de quien crea el objeto-derecho— mantiene unas desigualdades, ya no provenientes de la pre modernidad, sino del modelo mero liberal. En este marco, con el auge del positivismo, principalmente el círculo de Viena, varios filósofos intentaron otorgarle un estatus científico al derecho bajo los mismos parámetros del positivismo, cuestión que veremos a continuación.

Para Kelsen (1966) “Con el nombre de positivismo jurídico se entien- de aquella teoría jurídica que únicamente concibe como ‘derecho’ al derecho positivo, por lo que no concede validez alguna a ningún otro orden

social” (p. 131). Así, la mayor parte de las discusiones sobre el positivismo jurídico⁵ se han centrado en la validez. No obstante, también hay una metodología y un sujeto-objeto claramente planteado. Guamán, Hernández y Lloay (2020) categorizan el positivismo jurídico de la siguiente forma:

El positivismo jurídico tiene dos sentidos. Primero, como un positivismo que es aquel regido por un método de investigación riguroso, sistemático y verificable, sin dogmas y sin apelaciones sobrenaturales y, segundo, un positivismo jurídico, concebido como la concepción del Derecho que eleva a la ley sobre las restantes fuentes del derecho y conceptúa al ordenamiento jurídico como un todo pleno y coherente. (p. 267)

Igualmente, lo que implica la metodología rigurosa, sistemática y verificable, es la objetividad jurídica u objetividad del derecho, tanto en la producción como en la aplicación. La verificación en la producción parte del hecho de que la fuente normativa que señala la hipótesis o premisa inicial debe corresponder con el cambio normativo fruto de la premisa final; es decir, el punto de inicio no parte de los efectos en el todo social del cambio normativo, sino de la posibilidad del cambio normativo en todo el esquema jurídico complejo, y su cambio final. En otras palabras, es un intento por suprimir las valoraciones subjetivas y las posibilidades hermenéuticas, para singularizar múltiples posibilidades en un plano meramente positivista. En consecuencia, es evidente cómo se incurren en los mismos sesgos y omisiones planteados en el positivismo hegemónico: el sujeto jurídico se suprime, se intenta imponer un camino normativo objetivo, y la valoración jurídica se neutraliza.

Ahora bien, el proceso de verificación en la aplicación parte también del desarrollo institucional del Estado de derecho. Yo lo dividiría en dos categorías. La primera de ellas es la correspondencia entre el supuesto planteado en la hipótesis frente a un problema concreto y la correspondencia en la aplicación normativa de ese supuesto; algo que, de ser afirmativo, establecería una tesis jurídica. Esto trae consigo otros problemas, como la intención de objetivizar los resultados a todo el territorio del Estado nación (siempre que se trate de normas jurídicas con aplicación nacional), y que plantea restos del Estado de derecho, en tanto pueda hacer valer en todo el territorio y población su poder por medio de los instrumentos jurídicos. La segunda categoría parte de la institucionalidad diseñada para mantener, legitimar y reproducir el modelo epistémico y metodoló-

⁵ Para efectos metodológicos se aborda la noción empleada del positivismo jurídico, sin desconocer la riqueza argumental y amplia discusión que existe en torno a las diversas perspectivas, tales como el positivismo decimonónico, el positivismo analítico, y las recientes discusiones a cerca del positivismo incluyente y excluyente.

gico como hegemónico: cooptar el discurso académico institucional. Así, por ejemplo, se crea la cátedra de teoría del derecho (obligatoria en todos los programas de pregrado de Derecho) para reproducirlo de una manera dogmática. De allí, que sea uno de los campos menos cuestionados y con más estabilidad. En este sentido, Kelsen (1966) afirma lo siguiente:

La teoría general del derecho tiene por misión la descripción del derecho positivo tal como es, sin hacer ninguna valoración de él, esto es, una descripción de lo que es y no de lo que debe ser; a ella le corresponde, además, la definición de conceptos indispensables para aquella descripción (p. 143)

No obstante, pese al intento de muchos autores y teóricos por posicionar como “ciencia dura” a los estudios jurídicos a lo largo del siglo XX y XXI, encuentro contradicciones endógenas que ni siquiera permiten compactarla como una epistemología y metodología sellada, que no dé paso a falsearse. Por ejemplo, se plantea que “para esta corriente, los juicios morales son relativos y subjetivos. No existe ningún procedimiento objetivo para demostrar la validez de ciertos juicios morales y la invalidez de otros” (Guamán, Hernández y Lloay, 2020, p. 267). Sin embargo, desconocer que los mismos juicios exégetas y literales de la norma invalidan los juicios de otros e imponen una validez objetiva. En tal caso, hay una contradicción en el planteamiento que considera que “la norma jurídica no es un imperativo de la voluntad, sino un juicio hipotético, si es A debe ser B, que expresa el enlace específico de una situación de hecho condicionante con una consecuencia condicionada” (Guzmán, 2020, p. 268). Porque esto es visiblemente inscribible en el positivismo lógico. Si bien ya no hay una consecuencia directa entre premisa inicial y premisa final, la consecuencia condicionada es lo que evidenciábamos anteriormente en la variación del posible resultado final que planteaba el positivismo lógico, lo que a su vez impone una visión de objetividad.

Es en este punto donde encontramos la ausencia de la perspectiva de género que debe abordar a la filosofía del derecho. Ya se demostró anteriormente que el sujeto jurídico se suprime en la enunciación y la valoración —cosa que oculta el posicionamiento masculino que lo origina—. De igual manera ocurre con la neutralidad valorativa, la cual, bajo diferentes propuestas epistémicas feministas como la del punto de vista, generaría un cambio epistémico radical en el campo jurídico. Una discusión que olvida e ignora la teoría del derecho es la politicidad en los procesos de producción normativa; un aspecto que los estudios de género de 1970 nos enseñaron: la politicidad del conocimiento y la relación de poder yacente detrás de cada concepto (Maffia, 2007). Como se ha dicho, el feminismo borra los muros construidos por el positivismo jurídi-

co en la diferenciación entre proceso legislativo y norma jurídica, ya que el contenido en sí de la norma también está relacionado con su proceso de creación, con la redacción en masculino universal, su proceso de producción, aplicación e interpretación por los sujetos universales-hombres que ocupan dicha institucionalidad.

Por último, y como consecuencia de la idea anterior que refiere a la relación entre Estado y derecho —asunto que se ha resuelto por el positivismo jurídico hegemónico de manera separada en tanto que el Estado legitima su proceso metodológico objetivo de creación—, así el derecho es definido como “un orden normativo, un sistema de normas coordinadas entre sí y dictadas por el poder soberano” (Velenzuela, 2015, p. 3). Por consiguiente, el conocimiento del derecho también está delimitado por el relacionamiento con la institucionalidad del poder soberano, es decir, del Estado, lo que nos lleva también a pensar una selectividad y limitación a su acceso: el Estado está conformado de manera burocrática, tecnocrática y selectiva. Esa conformación selectiva a partir de un pequeño grupo minoritario —hombre, masculino, heterosexual— se pretende universalizar. Esto nos hace concluir que el relacionamiento con el Estado es uno de los elementos determinantes que rompe la objetividad del método que plantea el objeto de enunciación universal, que a la vez legitima el positivismo jurídico y todo su entramado complejo hegemónico.

VI. EL POSITIVISMO JURÍDICO AHOJADO POR LAS EPISTEMOLOGÍAS FEMINISTAS: PERSPECTIVA DE GÉNERO

Puesto en cuestión el positivismo jurídico como epistemología-metodología jurídica hegemónica en el Estado de derecho y el Estado constitucional de derecho en occidente —y en especial en Latinoamérica—, es importante observar la posibilidad de cambio que puede ocasionarse al positivismo jurídico desde las epistemologías feministas. En este punto, surge el dilema de si es posible plantear epistemologías jurídicas feministas, o si las epistemologías jurídicas feministas no pueden constituirse en sí como método y metodología, y deben abordarse desde la perspectiva de género.

Así las cosas, la perspectiva de género es la posición desde donde se “reconoce la diversidad de géneros y la existencia de las mujeres y los hombres, como un principio esencial en la construcción de una humanidad diversa y democrática” (Lagarde, 1996, p. 13). Por otro lado, hay un problema en identificar el método y la metodología para poder determinar si pueden constituirse en sí de manera independiente. Aunque sean tratados como sinónimos, los métodos refieren a técnicas para compi-

lar información y datos, mientras que la metodología refiere a la teoría y análisis de los procedimientos de investigación y gestión de esos datos (Harding, 1987). Esto plantea un problema, en tanto que el método de investigación empleado para una investigación no varía, porque radica en la mera técnica de recopilar información: escuchar, interrogar, observar, examinar, etc. O sea, es la misma técnica utilizada, ya sea para una ciencia sesgada androcéntricamente, o feminista. Lo que puede variar es la perspectiva de género en la aplicación de la técnica. Esto justifica por qué durante el presente escrito he referido a metodologías y epistemologías —no a métodos feministas—, como nos muestras Harding (1987):

Por otro lado, el hecho de que los filósofos empleen términos tales como “método científico o “el método de la ciencia”, cuando en realidad se refieren a problemas de metodología y epistemología, es también fuente de confusiones. También ellos caen en la tentación de equiparar los rasgos novedosos de la investigación feminista con un nuevo “método de investigación”. (p. 12)

Entonces, tenemos que no se excluye la perspectiva de género de la posibilidad constructiva de una epistemología feminista. No obstante, esto varía un poco en la relación con el método o metodología jurídica, pues la recolección de datos para la aplicación de una metodología jurídica tradicional no puede exceder la literalidad o disposiciones que se consagran en los textos fuente, bien sea ley, jurisprudencia, Constitución, etc. Ahora bien, esto cambiaría siempre que la recolección o identificación de reglas no exija una positividad, sino que se encuentre injerta en prácticas que el jurista deberá identificar. En este caso, sí es posible identificar las prescripciones a partir de la diversidad sexual y/o genérica.

Teniendo en cuenta lo anterior, es viable realizar el cruce entre las diferentes epistemologías feministas planteadas —empirismo feminista espontáneo, empirismo feminista sofisticado y epistemología del punto de vista feminista— y el positivismo jurídico. Por cuestiones metodológicas, seleccionaré los rasgos más relevantes del positivismo jurídico, los cuales considero son: el derecho como prescripciones expresamente señaladas o positivizadas, objetividad del derecho en la producción, objetividad del derecho en la aplicación, y por último, algunos problemas de validez.

Para comenzar, el empirismo feminista espontáneo podría considerar a la ley escrita —y conservar su objetividad y, por lo tanto, su validez en el sistema jurídico— debido a que hay una corrección en el sujeto que la redacta y la crea; por lo que el paso de sujeto a sujetos y sujetas se hace indispensable. La objetividad en la producción también se corrige mientras haya un acople en la enunciación de la premisa inicial, reconociendo todas las posibilidades y diversidades identitarias, para que así el resultado final

no conlleve exclusiones normativas. Es decir, el supuesto en la producción normativa debe trascender la mera concepción masculina, contemplando también las posibilidades del resultado feminismo en la aplicación, para que así el resultado conserve su objetividad y no sea falseado. Jurídicamente, esto sería conservar la generalidad de la norma, pero tomar lo impersonal como personal, en el que se incluyan las demás identidades.

En cuanto a la aplicación, la discusión está abierta, debido a que se plantea la relación entre derecho-Estado e institucionalidad. Y, como han afirmado diferentes teóricos del estudio de género —como Connel (1995)—, el Estado es masculino. De allí que surja la cuestión de si un giro en el Estado y la institucionalidad representaría una feminización del Estado. O, por el contrario, sería otro estado de cosas que ameritare nuevas categorías conceptuales. Sin embargo, para el empirismo feminista espontáneo sería factible considerar que la objetividad de la aplicación del derecho se conserve, siempre y cuando se corrijan las falencias y los sesgos que hacen al Estado masculino. El feminismo empirista espontáneo aparentemente no generaría problemas de validez, ya que la corrección metodológica permitiría aplicar un sistema de reglas de conformidad con las reglas de conducta y competencia.⁶

Desde el empirismo feminista sofisticado, la validez de la ley escrita puede ser confrontada desde otras perspectivas. En este punto, cabe resaltar el lugar o posicionamiento de las diversas fuentes normativas de los sujetos colectivos feminizados, así como los grupos raciales, o los pueblos originarios. Siguiendo esta idea, la ley positivizada cobra validez en tanto su apertura de inclusión sea tan extensa que abarque todas las diversidades, y en el proceso de confrontación salga adelante. Respecto al proceso de producción normativa, la premisa inicial y la correspondencia con la premisa final o resultado —es decir, la hipótesis que plantea el imperativo normativo y su correspondencia con la realidad— cobra validez. No en tanto la metodología que aplique la premisa inicial sea la correcta, sino en tanto sea confrontado desde otras posibilidades jurídicas y ésta aún se conserve. Esto es, que su apertura a las mujeres y las diversidades de sexo-género estén incluidas en todo el proceso, incluyendo acciones afirmativas o de discriminación positiva. En la aplicación objetiva del derecho es donde esta teoría presenta problemas, ya que las otras formas de aplicación normativa, como las justicias comunitarias, o inclusive la autogestión que realizan los grupos de mujeres para resolver alternativamente los problemas, hacen que en comparación con el Estado pierdan validez.

El empirismo feminista-sofisticado, en relación con el positivismo, también presenta problemas en cuanto a la valoración, pues la norma en su literalidad se supone que está exenta de valores. Los valores contextuales

⁶ Ver más en Ross (1994).

que señala esta posición epistémica no se excluyen del positivismo jurídico, ya que la producción normativa positiva necesariamente implica en su nacimiento una valoración de las conductas que se van a regular, bien sea que se otorgue la facultad discrecional al juez o al legislador. No obstante, en el valor constitutivo sí presenta problemas, puesto que como se indicó, una vez positivizada la norma es inequívoca su aplicación en correspondencia con su semántica. Entonces, esto podría abrir la posibilidad de cuestionar a partir del significado de palabras jurídicas que en su correspondencia con su literalidad excluyan minorías, sexo, genéricas y raciales. A su vez, esta objetividad interactiva permite que sujetos de la comunidad jurídica puedan cuestionar/criticar tanto la identificación normativa como la significación, a fin de dar un alcance incluyente.

La epistemología del punto de vista da un giro radical, ya que rompe la posibilidad de objetividad por el posicionamiento y enunciación de las mujeres. Así, esta daría paso a la configuración de derechos que planteen, por ejemplo, una ley femenina que reconozca la práctica y los sentires diferenciados; y que no tenga minusvalor en relación con la ley positiva. También abre la posibilidad de nuevos campos jurídicos que imperativamente deben estar diseñados, pensados y producidos por mujeres, en razón de su condición y singularidad, más allá de la aplicación y producción objetiva. Esto permitiría reconocer, en el campo jurídico, ciertas exigencias que hasta ahora no se han reconocido, y generar la apertura para la coexistencia de las subjetividades epistémicas en el derecho como: un derecho y Estado feminista, diverso y anti patriarcal.

El posmodernismo feminista es útil para abordar múltiples problemas que el derecho hegemónico no ha solucionado. A modo de ejemplo, partir de la objetividad encarnada-situada sirve para resolver los problemas de validez normativa en contextos comunitarios en los que se impone la ley escrita, por encima del compendio normativo que han generado las comunidades. Así, la validez se segmentaría bajo cierta objetividad territorial, no correspondiente al territorio del Estado nación, sino a las particularidades de cada comunidad asentadas en el territorio. En este aspecto, la producción y aplicación objetiva se rompe y debe atender al contexto, sujeto/a, cuerpo y particularidad. La correspondencia entre la premisa normativa inicial y el resultado ya no obedecería a errores metodológicos, o procesos de confrontación desde diversas perspectivas, sino que atendería a cada marco contextual.

Por último, una alternativa metodológica la encontramos en la propuesta de Code (1987). Él señala que los conocimientos o actividades cognitivas se gestan como prácticas en una comunidad. Y estas prácticas requieren responsabilidad epistémica respecto de quien lo ejerce y quien remite al que lo ejerce. Al respecto señala:

Ampliar el concepto y ensanchar el ámbito epistemológico de la virtud intelectual no nos permite prescindir de la necesidad de seguir estándares, procedimientos de búsqueda de pruebas y justificación. Como he indicado, el hecho de que X, quien es una persona responsable epistémicamente, crea o afirme que sabe que p, no hace a p verdadera. Pero si X ha demostrado que de hecho es responsable epistémicamente, es razonable considerar seriamente su afirmación, incluso aceptarla (provisionalmente, por lo menos). Si Y quien es notoriamente irresponsable, también afirmara que P, sería mucho menos razonable tomarle la palabra. (p. 297)

Esto, acotado a la epistemología jurídica, permite reconocer el carácter convencional de la metodología positivista y develar que el único sujeto históricamente concebido con potencial de responsabilidad epistémico-jurídica es el hombre tradicional con sus caracteres. En esta misma línea, la ampliación que produciría la facultad que alguien responsable se afirme como sujeto cognoscente permite empezar a desdoblarse los bordes rígidos a nuevos saberes. Principalmente las identidades sexo-genéricas no reconocidas, o inclusive las identidades que no se identifican con las categorías que delimita el sistema sexo-género. Esto a su vez puede romper la validez formal que se impone en la rigurosidad del método, pues ante una verdad y una afirmación de verdad que pretenda visibilizar una exclusión o desigualdad sexo-genérica (en razón de la importancia del sujeto que ejerce actividad cognoscitiva en la comunidad) en el campo discursivo no presenta diferencias, pero sí presenta consecuencias en la modificación de la norma válida. Lo que permite empezar a visibilizar sesgos o exclusiones para modificar la formalidad de la norma sin prescindir por completo de la metodología.

Es amplio el campo investigativo en las epistemologías feministas con respecto a la epistemología jurídica. En conclusión, las posibilidades teóricas enunciadas marcan una descripción del problema del que hay poca producción bibliográfica. Es un reto para la filosofía del derecho romper con los bordes de la teoría del derecho a partir de una perspectiva trans, multi e interdisciplinaria que transversalice la teoría sexo-genérica y étnico-racial, para así construir un derecho más justo, que obedezca a las exigencias sociales y a los cambios de paradigma que va tomando la sociedad.

VII. REFERENCIAS

Arrieta, T. (2018). Sobre el pensamiento feminista y la ciencia. *Letras-Lima*, 89(130), 51-78. <https://doi.org/10.30920/letras.89.130.3>

- Berrio, L., Castañeda, P., Goldsmith, M., Ruiz, M., Salas, M. y Valladares, L. (Coords.) (2020). *Antropologías feministas en México: Epistemologías, éticas, prácticas y miradas diversas*. Bonilla Artigas Editores; Universidad Autónoma Metropolitana; Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades.
- Cariño Trujillo, C. (2020). Colonialidad del saber y colonialidad del género en la construcción del conocimiento. Hacia otras epistemologías feministas y apuestas decoloniales. En L. Berrio Palomo, P. Castañeda Salgado, M. Goldsmith, M. Ruiz Trejo, M. Salas y L. Valladares (Eds.), *Antropologías feministas en México, epistemologías, éticas, prácticas y miradas diversas* (pp. 269-289). UAM-I, UAM-X, UNAM.
- Code, Lorraine. (1987). *Epistemic responsibility*. University Press of New England; Brown University Press.
- Connell, R. W. (1995). The social organization of masculinity. En Connell, R. W., *Masculinities*. University of California Press, Berkeley.
- D'Auria, A. (2015). Teoría de la justicia, ciencia jurídica y crítica del derecho: contribución preliminar para un programa de crítica radical del derecho. *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, 13(26), 15-48.
- Guamán Chacha, K. A., Hernández Ramos, E. L., y Lloay Sánchez, S. I. (2020). El positivismo y el positivismo jurídico. *Universidad y Sociedad; Revista Científica de la Universidad de Cienfuegos*, 12(4), 265-269. <http://scielo.sld.cu/pdf/rus/v12n4/2218-3620-rus-12-04-265.pdf>
- Guil, A. (2016). Género y construcción científica del conocimiento. *Revista Historia de la Educación Latinoamericana*, 18(27), 263-288. https://revistas.uptc.edu.co/index.php/historia_educacion_latinoamericana/article/view/5532/5793
- Harding, S. (1987). Is There a Feminist a method? En Harding, S. (Ed.), *Feminism and methodology* (9-34). Indiana University Press. <http://rzkauk.home.mruni.eu/wp-content/uploads/harding.pdf>.
- Iranzo, V. (2020). Filosofía y ciencia en el positivismo lógico: una mirada retrospectiva. *Revista Internacional de Filosofía*, 25(1), 95-117. <https://revistas.uma.es/index.php/contrastes/article/view/7575/9411>
- Kelsen, H. (1966). ¿Qué es el positivismo jurídico? (M. de la Cueva, Trad.). *Revista de la Facultad de Derecho de México*, (61), 131-143. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/26290/23671>
- Lagarde, M. (1996). Género y feminismo. *Desarrollo humano y democracia*. Horas y horas. <http://repositorio.ciem.ucr.ac.cr/jspui/handle/123456789/259>

- Longino, H. (1993). Subjects, Power, and Knowledge. En L. Alcoff y E. Potter (Eds.), *Feminist Epistemologies* (pp. 101-120). Routledge.
- Maffia, D. (2007). Epistemología feminista: la subversión semiótica de las mujeres en la ciencia. *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, 12(28), 63-98. http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1316-37012007000100005&lng=en&tlng=es
- Meza Cascante, L. G. (2015). El paradigma positivista y la concepción dialéctica del conocimiento. *Mathematics, Education and Internet Journal*, 4(2). <https://doi.org/10.18845/rdmei.v4i2.2296>
- Palacios-Ceña, D. (2008). Modernidad, positivismo y tecnología: influencia en la enfermería y en pacientes que necesitan equipamiento tecnológico. *Index de Enfermería*, 17(3), 188-192. http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1132-12962008000300008&lng=es&tlng=es
- Pérez, J. (2015). El positivismo y la investigación científica. *Revista Empresarial*, 9(3), 29-34. <https://editorial.ucsg.edu.ec/ojs-empresarial/index.php/empresarial-ucsg/article/view/20>
- Robles, F. (2012). Epistemologías de la Modernidad: entre el etnocentrismo, el racionalismo universalista y las alternativas latinoamericanas. *Cinta de Moebio*, (45), 169-203. <https://dx.doi.org/10.4067/S0717-554X2012000300001>
- Ross, A. (1994). *Sobre el derecho y la justicia*. Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Rubin, G. (1986). El tráfico de mujeres: notas sobre la "economía política" del sexo. *Nueva Antropología*, (30), 95-145. <https://www.redalyc.org/pdf/159/15903007.pdf>
- Ruiz, A. E. C. (2013). *Teoría crítica del derecho y cuestiones de género* (Colección *Equidad de género y democracia*, 6). Suprema Corte de Justicia de la Nación; Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación; Instituto Electoral del Distrito Federal.
- Ruiz, M. y García, D. (2018). Los talleres "epistémico-corporales" como herramientas reflexivas sobre la práctica etnográfica. *Universitas Humanis*, (86), 55-82. <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/univhumanistica/index>
- Ruiz, M. (2016). Aproximaciones a los Estudios Críticos Feministas de las Ciencias Sociales en México y Centroamérica. *Revista Clepsydra*, (15), 11-33. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6139961>
- Venezuela, M. (2015). El concepto de derecho a la luz de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen. *Revista Auctoritas Prudentium*, 1(12), 30-32. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5002035>

Justificación y exculpación en tensión: sobre la extrema necesidad a propósito del caso de Jodie y Mary¹

Justification and Excuse in Tension: On the Extreme Necessity Regarding the Case of Jodie and Mary

Rodrigo Andrés Guerra Espinosa

 <https://orcid.org/0000-0003-2540-8814>

Universidad de los Andes. Chile
Correo electrónico: rguerra@uandes.cl

RECEPCIÓN: 15 de diciembre de 2022

ACEPTACIÓN: 20 de junio de 2023

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2024.18.17622>

RESUMEN: En este artículo se presenta un análisis filosófico jurídico-penal de la *extrema necesidad*, a propósito del caso de las siamesas Jodie y Mary. Así, en la primera sección realizaremos una descripción sobre el contenido del estado de necesidad en situaciones de peligro de muerte. En segundo lugar, con la finalidad de ilustrar acerca de las discusiones axiológicas que existen en relación con los criterios de proporcionalidad entre el mal que se pretende evitar y el causado, ofreceremos una solución que nos parece adecuada. En la tercera sección observaremos los presupuestos del caso de las siamesas y alguna de las líneas de argumentación que existen para justificar o exculpar su separación, sosteniendo que existen buenas razones para acoger el doble efecto en estos supuestos.

Palabras clave: doble efecto, estado de necesidad, peligro de muerte, dilema moral, ética.

ABSTRACT: This paper presents a legal-criminal philosophical analyses on the *extreme necessity* regarding the conjoined twins Jodie and Mary. Thus, to begin with, we will describe the content of the state of necessity in life-threatening situations. Secondly, we will offer a solution which we consider to be adequate to illustrate the axiological debates on the criteria of proportionality between the evil to be avoided and the evil caused. At last, we will look at the presumptions of the case

¹ Trabajo redactado en el marco del proyecto de investigación Fondecyt Núm. 11190024, "Delimitación del miedo insuperable del estado de necesidad". Agradezco los valiosos aportes y comentarios del profesor Michael S. Moore y Michael Pawlik; estos, sin duda, ayudaron a la elaboración final de este artículo monográfico. Finalmente, quiero agradecer a Natalia Quiroga Alarcón y Valentina María Radovic Merino por sus comentarios y correcciones de forma al texto.

of the conjoined twins as well as some lines of argument that justify or excuse their separation, arguing that there are good reasons to adopt the principle of double effect in these scenarios.

Keywords: double effect, state of necessity, life-threatening, moral dilemma, ethics.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Presupuestos sobre el contenido de la necesidad.* III. *Problemática axiológica de la extrema necesidad.* IV. *Presupuestos fácticos del caso.* V. *Posiciones en favor de la legítima defensa.* VI. *Perspectivas en torno a la figura del estado de necesidad.* VII. *Argumentos en favor del estado de necesidad defensivo.* VIII. *Estado de necesidad agresivo y doble efecto.* IX. *Balance general y conclusiones.* X. *Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

Existen situaciones de *extrema necesidad* que nos llevan a decidir quién vive o muere en una situación de peligro. Estas a lo largo de la historia de la filosofía nos ponen ante un conflicto de intereses, males, efectos o deberes. Pues bien, el axioma de la imponderabilidad de la vida humana aparece en el escenario, siendo difícil entregar una única solución a la problemática. De este modo, el caso de las siamesas Jodie y Mary es una situación límite, que facilita presentar la discusión que existe en relación con el estado de necesidad, es decir, un conflicto de intereses o deberes ante una situación de peligro en el que debemos decidir sacrificar alguno de estos para que el resto no perezca. Por ello, nos parece que presentar reflexiones decisivas y propias de una tradición moral clásica permiten un análisis adecuado de estas situaciones.

En la acción de separar a las siamesas existe un control de la situación que no puede ser soslayado, con independencia de las diferencias que pueden existir en la valoración del hecho conforme a reglas (Hruschka, 1994, pp. 343-356).² Pues bien, no existe otro medio menos lesivo que terminar con la vida de una estas para salvar a la otra. Las siamesas, unidas por el bajo vientre y con las espinas dorsales fusionadas, morirían en un plazo de seis meses de no ser separadas, puesto que el corazón

² En ese sentido, es muy importante indicar que las reglas las podemos observar en el sistema jurídico y estas pueden ser prohibitivas, permisivas y prescriptivas. Reglas de conducta que se diferencian de las de imputación, esto es, aquellas que permiten atribuir responsabilidad ante un control de la situación y conocimiento de infracción de la norma. Respecto a la diferencia entre reglas de comportamiento e imputación.

de Jodie suministraba oxígeno al cuerpo de Mary. La separación salvaría a Jodie, aunque Mary moriría a consecuencia de esta intervención. Si bien los padres se negaron a autorizar la operación, los tribunales la aprobaron. Según lo esperado, Jodie vivió y Mary murió como consecuencia de la intervención (England and Wales Court of Appeal [Civil Division] Decisions, A [Children], Re [2000] EWCA Civ 254 [22 September 2000]; Corral, 2016).³

Considérese que por adhesión a la prohibición de que nunca es lícito matar a un inocente, se presenta una negativa a la intervención en el caso de las siamesas cuando, de haber actuado, podría haberse salvado a una de estas. A ese agente que practica la separación, ¿sería posible atribuirle los sucesos indeseados de la intervención? (Prieto, 2019).⁴ Es evidente que aquí la problemática está situada en el mal menor (Baldo, 1994, p. 20).⁵ Ahí está, por un lado, la capacidad que tiene el agente ante un peligro para evitarlo. Sin embargo, por otro, la obligación de reflexionar en la admisibilidad de la muerte de un inocente para lograr este propósito (Tomás de Aquino, *Sth*, II-II, q. 64 a. 6; Tomás de Aquino, *St*. II-II, q. 64; Bascuñan, 2004, p. 67, n. 42).⁶ Asimismo, ¿se le podría atribuir al agente todo lo que en ese momento no evitó pero que podría haber evitado? En otras palabras, ¿cuáles serían las premisas axiológicas que harían el caso de las siamesas admisible en el estado de necesidad?

En el caso de las siamesas la autorización de la separación no es resultado de una mera comparación numérica, sino de la situación de peli-

³ Para una revisión completa de los presupuestos fácticos del caso es necesario analizar en detalle el fallo de la Corte de Apelaciones, en Inglaterra, según la referencia en el cuerpo del trabajo. También podemos observar un análisis general de los presupuestos del caso en el blog del profesor Hernán Corral.

⁴ En este contexto, debemos recordar que un padre senegalés, enfrentado al dilema de salvar a una de sus hijas siamesas o dejarlas morir a las dos, decidió no separarlas el año 2017 en el hospital de niños Great Ormond Street de Londres. En este contexto, a modo de ejemplo, la acción del padre está inserta en un modelo moral absolutista, es decir, que en este modelo nunca sería lícito terminar con la vida de un inocente.

⁵ Es importante recordar que, según Baldo, la "explicación más extendida acerca del fundamento material del estado de necesidad se basa en el principio de ponderación de intereses (aunque, junto a esta fundamentación, destaquen asimismo dos tendencias doctrinales que postulan modelos basados, bien en criterios axiológicos utilitaristas de cuño social, o bien en criterios axiológicos de solidaridad intersubjetiva)".

⁶ En este orden de ideas, se puede reconocer de forma expresa la prohibición absoluta de matar a un inocente en Tomás de Aquino. El aquinate sostenía que "de ningún modo es lícito matar al inocente". En ese sentido, también la prohibición queda erradicada en caso de ser consecuencia de una condena judicial, pues "cuando la muerte de los malos no entraña un peligro para los buenos, sino más bien seguridad y protección, se puede lícitamente quitar la vida de aquéllos". Sin embargo, el reconocimiento de tal prohibición (nunca es lícito matar a un ser humano inocente) no implica rechazar en casos de extrema necesidad la posibilidad de justificar la ocisión (muerte violenta) de un inocente por efecto colateral.

gro que las amenaza. En ese sentido, no se puede negar la disminución del riesgo que implica que una sobreviva a que ambas perezcan. Sin embargo, esto conlleva pronunciarse sobre la dignidad de la siamesa que morirá por consecuencia de la separación. Si bien es cierto que “varias vidas humanas no valen más que una; y una vida determinada no vale menos que la otra” (Goldschmidt, 1954, p. 78), ello no nos puede llevar a sostener de por sí la indisponibilidad de la vida de una de las siamesas (Wilenmann, 2016, p. 5).⁷ Pero sin poner en juicio el valor la vida de un inocente (Pawlik, 2015, pp. 21-22),⁸ no se puede negar que en ciertos supuestos es preferible salvar a una persona que aceptar la muerte de todas en nombre de la prohibición del homicidio (Bascuñán, 2004, pp. 67-67, n. 42).⁹

Ahora bien, ¿es lícito aceptar la muerte de un inocente? En general, la única forma de justificar la muerte de un inocente —fuera de un parámetro consecuencialista— sería aceptarla según la tradición del doble efecto (Bagaric, 2001, pp. 311-321).¹⁰ Este principio filosófico moral (de origen tomista) sostiene que es posible justificar acciones lícitas, necesi-

⁷ Así las cosas, según Wilenmann, es interesante reconocer que “la reconstrucción de los casos de comunidades de peligro vitales como casos extremos responde a los límites que el propio sistema se forma. En la comprensión normal del Derecho contemporáneo, las reglas que autorizan la realización de acciones lesivas, sean de aplicación exclusiva al Estado o de aplicación también a particulares, no pueden extenderse a la autorización del sacrificio de la vida de un inocente con el objeto de salvar a otros. Esto tiende a ser denominado ‘prohibición de ponderar vidas humanas’. Aquello que constituye en caso extremo al homicidio necesario para salvar a miles a partir de la muerte de uno es precisamente la inclusión de una regla de esta clase en el sistema”. En ese sentido, las vidas humanas parecieran ser ponderables, pues los efectos de una acción cuentan en este tipo de situaciones de peligro. De ahí que sea admisible un consecuencialismo moderado en el plano de la exculpación en situaciones de extrema necesidad.

⁸ En ese sentido, la vida humana adquiere gran relevancia porque permite dar lugar al resto de las libertades que contempla el ordenamiento jurídico. Se puede observar un tratamiento dogmático de esta idea en Pawlik M., “Una teoría del estado de necesidad exculpante. Bases filosófico-jurídicas y configuración dogmática”. De este modo, el sólo reconocer una situación dilemática (de vida o muerte), no es suficiente para eximir de responsabilidad al necesitado. Así pues, el estado de necesidad exige un pronunciamiento en torno a la dignidad humana del sacrificado.

⁹ En ese orden de ideas, respecto del rechazo del reconocimiento de prohibiciones morales absolutas en el contexto del principio del doble efecto y las aportaciones de Aquino. En ese sentido, es importante advertir que el doble efecto no opera en casos de legítima defensa, pues en estos estamos ante un agresor y es admisible su ocisión directa. De este modo, el doble efecto es un principio diseñado para operar en casos de extrema necesidad, es decir, casos en los cuales no existe otra alternativa que sacrificar a un inocente para evitar el peligro de muerte.

¹⁰ En ese contexto, podemos observar que una perspectiva consecuencialista y no consecuencialista entran en conflicto en el caso como observamos en la literatura especializada. Así pues, podemos observar que existe un combate moral a la hora de definir la premisa (mayor) que nos permite resolver casos de extrema necesidad. Si bien la literatura jurídico-

rias y proporcionadas (Miranda, 2012, pp. 261-262).¹¹ Es decir, acciones que pretendan evitar un mal grave, aunque tengan por efecto colateral la muerte de inocentes. De este modo, quien mata directamente a una persona comete un homicidio. Sin embargo, quien lo hace indirectamente no lo comete, si la acción es el único medio para evitar un mal sustancialmente superior en la extrema necesidad.

Si bien no sería admisible terminar directamente con la vida de un inocente, pareciera ser que en situaciones excepcionales esta alternativa sería plausible desde el doble efecto. Aquí la justificación desde el doble efecto supondría confrontar un peligro de muerte, la inexistencia de otro medio menos lesivo y una proporción entre efecto directo y colateral de la acción. Tópico que nos lleva a interesarnos por definir si la muerte de una de las siamesas es admisible según una tradición no consecuencialista, esto es, aquella que rechaza la existencia de absolutos morales. La respuesta no es fácil de encontrar y existen perspectivas que entran en conflicto. De ahí que este artículo sólo se centrará en los argumentos que se expresan en el fallo de la Corte de Apelaciones de Londres (en adelante la Corte) en relación con el doble efecto y algunas secciones que presentan el razonamiento de los jueces Brooke, Ward y Walker en torno a la problemática del estado de necesidad y la legítima defensa.

Por tanto, en la primera sección de este artículo, analizaremos el contenido del estado de necesidad según los aportes de la literatura jurídico-penal. En la segunda sección, expondremos cuáles son los parámetros de esta eximente en casos de inevitabilidad absoluta: *occisión de un inocente como única alternativa para sortear la situación de peligro*. En la tercera sección, describiremos las diferentes soluciones que se han entregado en el caso de las siamesas. Finalmente, estudiaremos la posibilidad de justificar la muerte de Mary través del estado de necesidad según los parámetros del doble efecto.

II. PRESUPUESTOS SOBRE EL CONTENIDO DE LA NECESIDAD

El estado de necesidad existe como eximente de responsabilidad en diversos sistemas jurídicos y se inserta dentro de un balance de intereses, males, daños, deberes o efectos en situaciones de peligro. Es decir, un su-

penal busca superar el combate moral entre universos éticos, todavía este está presente en una multiplicidad de trabajos sobre el estado de necesidad.

¹¹ Así pues, a modo de ejemplo, es fundamental en la aplicación de este principio escolástico considerar las exigencias de licitud, necesidad y proporcionalidad en casos de tratamiento paliativo.

puesto ante el cual no existe otra alternativa que infringir ciertos deberes, pues, de lo contrario, un mal de graves consecuencias tendría lugar afectando diferentes intereses. Ahora bien, la fuente del peligro puede originarse en la naturaleza, como en el caso de un desastre natural, terremoto, inundación, incendio, o un mal grave provocado por la acción u omisión del hombre en el plano social (Silva, 1982, p. 8).¹²

El estado de necesidad exige un peligro, ausencia de otro medio menos lesivo o perjudicial para enfrentar ese peligro, y que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se pretende evitar.¹³ Además, que la persona necesitada no genere la situación de peligro o tenga el deber de tolerarla. Si bien en modelos comparados es posible observar matices en la regulación de los requisitos del estado de necesidad (Varona, 2010, pp. 59-94)¹⁴, nos centraremos en sus efectos siguiendo la perspectiva filosófica de la tolerancia de la indiferencia (Gur-Arye, 1992, p. 230; Greenawalt, 1986, p. 107).¹⁵ Así, nos interesa analizar —en términos axiológicos— si la muerte de una de las siamesas es admisible en el estado de necesidad y nos centrarnos en la positivización de sus efectos. En ese sentido, ¿es posible ponderar vidas humanas? Y ¿cuáles serían sus parámetros en el estado de necesidad?

¹² Así las cosas, según Silva, un concepto de mal configurado de forma amplia en el estado de necesidad “es muy útil, pues permite apreciar en la comparación de males todos los elementos de la situación conflictiva con relevancia suficiente para ser tomados en consideración por un Derecho penal, atento a la realidad social. Solo de este modo se supera el planteamiento causalnaturalístico, consistente en la comparación estricta de los bienes lesionados, procedimiento de más sencilla factura pero que profundiza mucho menos en la real esencia del problema”. Y, asimismo, nos parece que este exige un criterio axiológico en casos de extrema necesidad. De ahí que sea posible sostener la aplicación del principio del doble efecto en casos trágicos de necesidad. De lo contrario, solo sería admisible un criterio utilitarista o consecuencialista en la ponderación de males.

¹³ Ponderación de males que requiere considerar el presupuesto concreto del caso y los criterios axiológicos de los cuales dispone el intérprete. En ese sentido, en el Código Penal chileno reconoce en su artículo 10, núm. 11, circunstancia tercera, que para evitar un mal grave actual o inminente se exige “que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita”. Por eso, es necesario un criterio axiológico para ponderar los males en juego.

¹⁴ En ese sentido, el contenido de la necesidad nos puede ayudar en la búsqueda de patrones comunes de interpretación. Esto más allá de las particularidades positivas que pueden exhibir el modelo español o alemán.

¹⁵ En este contexto, distinguir entre los efectos justificante y exculpantes del estado de necesidad desde un lineamiento positivo imponen un criterio moral unitario, que ha generado controversia en el estado de necesidad y en el campo de la filosofía del derecho, con especial crítica de su reconocimiento en el Código Penal alemán. En este contexto, sería admisible pensar que los efectos en la necesidad (sean justificantes o exculpantes) deben operar con posterioridad a la aplicación de la norma. De ahí que, más allá de los parámetros positivos del estado de necesidad, existiría un espacio de tolerancia de la imprecisión en favor del intérprete para determinar los efectos de esta eximente de responsabilidad.

En este contexto, el estado de necesidad debe ser resultado de una decisión razonable y fundada (Hörnle, 2010, p. 9).¹⁶ De lo contrario, podríamos fomentar comportamientos que pongan en riesgo intereses jurídicos relevantes en búsqueda de erradicar el hambre, la falta de suministro de medicamentos o incluso la estabilidad democrática de un país (D'Ors, 1995, p. 125; Anders, 2008, p. 28).¹⁷ Aceptar el estado de necesidad como regla general fomentaría la autotutela ante un conflicto de deberes. Por ello, los tribunales asumen con dificultad los desafíos dogmáticos que presenta (Chiesa, 2011, p. 104).¹⁸ De este modo, si los indigentes tuvieran siempre la posibilidad por razones de humanidad de violar la morada ajena no existiría la propiedad privada, pues la necesidad se encontraría siempre abierta a cualquier tipo de intervención (STS 2-VII-1979 [A .2981]).¹⁹ La necesidad podría estar cubierta de cierta anarquía y sería ajena a toda consideración axiológica. Así, graves atentados contra la vida podrían ser justificados en nombre de la necesidad, y la conexión entre

¹⁶ Así pues, según Hörnle, resolver los supuestos de estado de necesidad siempre es una materia compleja. De ahí que estos casos se puedan “contemplar desde tres perspectivas distintas: una perspectiva neutral respecto a quien actúa y a la víctima, una perspectiva centrada en quien actúa y una perspectiva centrada en la víctima. Tal como se mostrará, la solución depende de cuál de estos puntos de partida adopte (con frecuencia, sin reflejarlo conscientemente) quien lleva a cabo la valoración”. Estas perspectivas (actor-víctima-tercero imparcial) nos permiten tener una visión completa del estado de necesidad desde la perspectiva del juzgador y evitar decisiones apresuradas en la solución del caso.

¹⁷ En este contexto, según D'Ors, en relación con el tiranicidio, como hipótesis de extrema necesidad, se observen dudas en su aplicación en la literatura más contemporánea. Así pues, se ha sostenido que esta materia ha perdido importancia en la literatura más contemporánea, pues “el abuso «tiránico» del poder, es decir, en propia ventaja y no en defensa del bien común, suele ser hoy, no de una persona, sino de un grupo, muchas veces anónimo, que no puede ser eliminado; por lo demás, esta doctrina nunca ha dejado de presentar dificultad de cómo se puede decir que se incurre en tiranía”. Con todo, en la filosofía se observa un reconocimiento la justificación del tiranicidio desde los parámetros escolásticos del estado de necesidad en Anders. Pues bien, si con medios pacíficos “no se pudo combatir a los Hitler del pasado ni se puede combatir a los de hoy... tampoco pueden aceptarse como «métodos de lucha» meras inactividades como, por ejemplo, los ayunos”.

¹⁸ De ahí que la pregunta esté en si estamos dispuestos abrir una puerta que después no podamos cerrar. En ese sentido, según Chiesa, algunos han sostenido que abiertamente la ponderación de vidas podría “abrir una caja de Pandora que es preferible mantener cerrada” en el estado de necesidad.

¹⁹ En ese contexto, en el ordenamiento jurídico penal chileno se establece que el delito la violación de morada “no es aplicable al que entra en la morada ajena para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo hace *para prestar algún auxilio a la humanidad o a la justicia*” según lo dispuesto en el artículo 145 del Código Penal chileno. Así, la violación de morada por necesidad sería una excepción y no una regla general. Asimismo, el Tribunal supremo español ha indicado en la materia que “en tales casos el presupuesto necesitado se halle al borde de la extenuación o de perecer por inanición...”.

un derecho penal liberal democrático y una moral intersubjetiva podría verse inmersa en un estado caótico de cosas (Miranda, 2014, p. 313).²⁰

Con todo, el estado de necesidad no puede ser tan rígido para no justificar o exculpar comportamientos que afecten intereses o deberes jurídicos. De ahí que conducir a una persona gravemente enferma a un hospital —sin respetar las luces rojas— para salvarla de un desenlace fatal, no pueda ser considerada una acción de buenas a primeras moralmente justificada. Pues bien, existe cierta tensión en la exposición de terceros a un daño y salvar a un enfermo gravemente accidentado, con independencia de que alguien pueda ser premiado de resultar exitosa la acción.

A continuación, nos centraremos en la problemática axiológica que se presenta en el estado de necesidad en situaciones trágicas. Si bien existen diferentes posibilidades de por qué un agente decide un determinado curso de acción en el estado de necesidad, nos interesa centrarnos en sus efectos en el caso de las siamesas.

III. PROBLEMÁTICA AXIOLÓGICA DE LA EXTREMA NECESIDAD

Uno podría indicar que existe una diferencia en llevar a una persona al hospital que sufre una rotura traumática de la aorta —con infracción de las leyes del tránsito— porque la ambulancia no llegará a tiempo, a realizar esta acción porque un pariente cercano se quebró un brazo. Si bien uno en el primer caso podría sostener que existe un peligro de muerte, ello no implica rechazar de por sí la idea de un estado de necesidad en el segundo. El estado de necesidad no exige en todos los casos un peligro de muerte. Sin embargo, demanda en los casos que se terminará con la vida de un inocente que sea el único medio practicable, con independencia del criterio axiológico que se utilice para definir los parámetros de justificación o exculpación (Guerra, 2018, pp. 67-108).²¹

²⁰ Así, por ejemplo, no cabe olvidar el caso de Dudley y Stephens de 1884 donde dos marineros resultaron culpables por matar a un grumete (Parker) para salvar sus vidas. En este caso sostener como justificación moral el deseo de los naufragos en sólo sacar los intestinos de Parker y aceptar como un efecto colateral no deseado la muerte del grumete Parker es problemático. En ese sentido, según Miranda, la acción de Dudley y Stephens “es injustificable incluso como único recurso para salvar sus vidas, ello ha de deberse a que hay un desorden intrínseco en el acto, lo que significa que lo que se intenta es matar a Parker”.

²¹ En la literatura es posible observar que la esencia del estado de necesidad está en la inevitabilidad, es decir, en la selección del medio menos lesivo y perjudicial para enfrentar el peligro. De este modo, en situación trágicas de estado de necesidad, la cláusula de subsidiariedad (selección del medio menos lesivo o perjudicial) se transforma en la selección del único medio tratándose del sacrificio de inocentes.

Ahora bien, ¿cómo clasificar aquellas situaciones que permiten terminar con la vida de un inocente? Hasta donde podemos observar, una de las primeras formas de clasificación se observa en la obra de Suarez. Así, los peligros de muerte pueden presentarse en modo extrínseco e intrínseco (Suarez, 1967, p. 329).²² Las modalidades intrínsecas provienen de la fragilidad humana por sed o hambre. Sin embargo, las extrínsecas proceden de causas externas como la guerra o la tempestad. En estas habitualmente la ley positiva no obliga al agente en situación de peligro. Si bien en las formas extrínsecas el temor “normalmente no excusa de la ley...” (Suarez, 1967, p. 329), uno puede sostener que “no existe regla tan general y segura que no puede fallar una vez, por tanto, para formar el juicio definitivo, siempre hay que atender a las circunstancias particulares de cada caso” (Suarez, 1967, p. 329).

Es precisamente el reconocimiento de peligros extrínsecos en la tradición moral clásica lo que permite relacionar la muerte de inocentes con la *extrema necessitas*. Si bien podríamos colocar el caso de la tabla de salvación en este grupo, también podríamos pensar, por ejemplo, en situaciones de peligro de muerte durante el embarazo. En estos casos el médico puede inducir el parto si tiene por propósito salvar la vida de la mujer según el doble efecto. Si bien en casos de embarazo ectópico, cervical, preclamsia, entre otros, se admite la posibilidad de terminar con la vida del que está por nacer, se busca evitar un peligro para la mujer. Posibilidad que es rechazada en caso de existir otro medio menos lesivo para salvarla (RGSt 63, 211; García, 2011, pp. 129-144).²³

²² Así, uno puede observar en Suarez que, si bien el agente tiene control, volición y conocimiento de la comisión de un hecho antijurídico, no es posible (sea por factores endógenos o exógenos) en un peligro de muerte atribuirle responsabilidad.

²³ De esta forma, a modo de ejemplo, es importante considerar el caso del llamado aborto terapéutico, respecto de una mujer que presentaba una depresión reactiva, lo que dio lugar a un estado de necesidad suprallegal para justificar un aborto en la sentencia del *Reichsgericht* de 11 de marzo de 1927. La mujer tuvo relaciones sexuales con un turista mientras se encontraba sometida a un tratamiento neurológico por trastornos nerviosos. Al mencionarle la probabilidad de que estuviera embarazada, corroborada por los resultados del examen ginecológico, se descontroló emocionalmente manifestando tendencias suicidas. El neurólogo determinó que existía en esta mujer un peligro real de suicidio como resultado de una depresión reactiva generada por el embarazo. Por ello, dicho profesional convenció al médico ginecólogo que le practicó el examen que provocara un aborto para terminar con el peligro de suicidio de la paciente. Descansado el ginecólogo en el diagnóstico del neurólogo, no especialista en psiquiatría, practicó el aborto. Sin embargo, en este caso resulta posible asumir el peligro de suicidio de la paciente, sometiéndola a un tratamiento psiquiátrico o a un control clínico permanente. La muerte del no nacido no parece ser la respuesta para evitar la realización del peligro. La dignidad humana conoce como límite que no permite matar a un ser humano inocente. El homicidio cometido en estado de necesidad no transforma en lícito lo ilícito. De lo contrario, según García, daríamos una extensión excesiva

Esta cuestión conceptual sobre el peligro de muerte también nos lleva a preguntarnos cuál es el criterio axiológico que define la justificación en estos casos. En otras palabras, qué permite calificar que la inducción al parto es meritoria según el doble efecto. Hemos de señalar que para el doble efecto la muerte de un inocente es únicamente conciliable con que *a pesar* y no *por* su muerte es posible evitar el peligro. Así, dinamitar a un inocente o cortarlo en pedazos con un hacha para sortear una situación de peligro está estrictamente prohibido, pues *por* la muerte de un inocente y no *a pesar* de esta se estaría superando el peligro. Sin embargo, no podemos negar que existen cuestionamientos sobre sólo justificar *occisiones indirectas* en el estado de necesidad. En ese sentido, pareciera ser dominante en la literatura jurídico-penal una perspectiva consecuencialista, pues una tradición moral clásica supondría el reconocimiento de prohibiciones morales que no serían *virtualmente absolutas* dependiendo de sus consecuencias. Esta última concepción restringiría en exceso la aplicación del estado de necesidad (Guerra y Madrid, 2020, pp. 247-283).²⁴

Esta negación de las prohibiciones morales absolutas surge en la filosofía moderna gracias al consecuencialismo (Anscombe, 2005, pp. 95-122; Massini-Correas, 2014, p. 36).²⁵ De este modo, la aceptación del doble efecto resulta inadmisibles para la doctrina dominante (Coninx, 2012, p. 219; Silva, 2017, pp. 1-19).²⁶ Pues bien, el doble efecto es un principio que reconoce la existencia de absolutos morales y acepta la muerte

a situaciones de necesidad para la admisión de abortos que serían punibles y que atentaría contra la dignidad humana, porque la fuente de peligro sería la enfermedad mental de la mujer y no la existencia del feto.

²⁴ En este contexto, Guerra y Madrid critican la visión psicológica del doble efecto que presentan autores como Miranda y otros en la literatura. Así, en oposición a la tesis de Miranda, Guerra y Madrid sostienen que el doble efecto es una metarregla que opera en casos de estado de necesidad y legítima defensa (en los que se termine por efecto colateral con la vida de un inocente) desde una psicología común o exotérica.

²⁵ En este contexto, son claros los aportes de Anscombe en la materia. Pues bien, esta autora sentencia que existen absolutos morales que son centrales en el desarrollo de la ética, es decir, prohibiciones de ciertas acciones que son inaceptables con independencia de sus consecuencias, como el homicidio de un inocente. Sin embargo, también deberán ponderarse las circunstancias en las que se encuentra el agente para definir el acto como injusto o propio de un asesinato en situaciones límites.

²⁶ Sin embargo, las críticas que sostiene el derecho penal son válidas en lo que concierne a las problemáticas que suscita en materia de dolo eventual en el sistema jurídico. Así pues, respecto a la problemática de compatibilizar el doble efecto con el dolo directo de primer y segundo grado en materia penal. También es importante destacar, según Silva, que “la doctrina del Derecho penal humanitario en materia de daños colaterales se ha construido sobre la base de la teoría escolástica del doble efecto y, con ello, excluyendo el dolo directo de segundo grado (llamado dolo indirecto) con respecto al efecto no pretendido”.

de inocentes sólo por efecto colateral. En ese sentido, si bien se puede justificar la ocisión de un inocente, esta sólo sería admisible desde los parámetros de una muerte indirecta no-constitutiva de homicidio. De ahí la importancia del doble efecto en rechazo de una perspectiva meramente consecuencialista.

Todo lo cual nos lleva a pensar que es obvio que si un peligro amenaza a un sector de la sociedad esta puede seleccionar mecanismos de defensa según diferentes parámetros (Merkel, 2000; Pawlik, 2002, pp. 67-69; Coninx, 2012, pp. 148-165).²⁷ Sin embargo, ¿cuáles serían los límites de esta selección? Por ejemplo, podríamos esterilizar a enfermos mentales que podrían tener relaciones sexuales en un hospital psiquiátrico, si tienen la capacidad mental de niños de 5 años y el embarazo provocaría en ellos una tendencia suicida y el embarazo provocaría en ellos una tendencia suicida o si los anticonceptivos fueran imposibles de ser suministrados a estos pacientes o no tengan la posibilidad de consentir sobre su propia esterilización (Loveless J., Allen M. y Derry C., 2018).²⁸ Ciertamente, llegamos, pues, a la conclusión de que la decisión de enfrentar una situación de peligro a través de una intervención no resulta fácil de justificar y no está exenta de consideraciones axiológicas.

En principio una dogmática moderna no tendría problemas en el caso de pacientes críticos que no puedan consentir —en una intervención médica de alto riesgo— en dejar la decisión en sus familiares o subsidiariamente en un cuerpo calificado de doctores. Sin embargo, esta alternativa no deja de ser compleja porque está abierta a las consideraciones de aquellos que tomen la decisión. También podría suceder que la situación de peligro no sea una amenaza para estos pacientes y ejecutar algún medio de salvación constituiría un atentado a su autonomía. Por ejemplo, se podría presentar en el caso de que una mujer embarazada inconsciente que en la etapa final de su embarazo requiera de una cesárea. Ahora bien, supongamos que sus creencias religiosas definen la cesárea como un acto contrario a la doctrina que profesa y sus fami-

²⁷ En este contexto, es importante que la axiología de las ponderaciones de intereses, males o deberes en el estado de necesidad considera en su literatura el principio de solidaridad. De ahí que la problemática filosófica de los criterios de justificación que podemos observar en la solidaridad puedan estar dotadas de diferentes de modelos de justicia. Así pues, es legítimo preguntarse por el baremo de la ponderación desde un modelo liberal o incluso neokantiano.

²⁸ Se observa casos similares de necesidad en la doctrina comparada sobre consecuencias psiquiátricas desastrosas. En ese sentido, en diversos supuestos la extrema necesidad conlleva la ponderación o compensación de principios como la dignidad humana, pues tomar la decisión de esterilizar a un paciente no deja de ser una decisión compleja en casos de extrema necesidad.

liares decidan que muera junto a su hijo en el hospital. En ese contexto, ¿sería posible practicar la cesárea en el mejor interés de la mujer y la vida del que está por nacer?

No cabe duda alguna que una simple alusión a la autonomía de la mujer en el caso enunciado sería una respuesta fácil para aceptar el resultado fatal (Nozick, 1973, pp. 32-35).²⁹ Si el mal grave sólo recae sobre su cuerpo, no existirían vacilaciones para justificar desde parámetros consecuencialistas la disponibilidad de su propia vida (Cornacchia, 2004, pp. 107 y ss).³⁰ En efecto, la vida de la mujer se sacrificaría dentro de los parámetros de su autonomía y sus familiares ponderarían las consecuencias. Sin embargo, la situación cambia considerándose el interés de la vida del que esta por nacer. ¿Podría negarse que tales actos afectan a un inocente? ¿Hasta dónde estaríamos dispuestos a llegar en favor de la autonomía?

Ante este escenario hemos de concluir que el consecuencialismo —o una simple adhesión al principio de autonomía— no aporta razones convincentes para rechazar la tesis del doble efecto: cada inocente tiene una dignidad que le es inherente a su propia existencia. Así, el consecuencialismo presenta una arbitrariedad en el rechazo de absolutos morales en casos de estado de necesidad.

Finalmente, después de haber examinado los elementos diferenciadores de la extrema necesidad, nos toca centrarnos en cómo inciden en la filosofía del derecho a partir del caso de las siamesas. Aunque tenemos presente que la separación de estas podría ser criticada desde un inicio por no considerar la decisión de los padres (Rodgers, 2001, pp. 515-526),³¹ en adelante estudiaremos los presupuestos del caso y las formas de solución que ha entregado la literatura.

²⁹ En este sentido, incluso ante una amenaza inocente, es decir, en una situación en la que nos es posible atribuir a una persona el peligro que genera para terceros, se ha sostenido la necesidad de encontrar un criterio normativo, contra lo dispuesto en el segundo imperativo categórico kantiano, que resuelva todos estos casos y no algunos de forma aislada. De ahí que el aludir sólo al menoscabo de la autonomía no sea suficiente.

³⁰ El principio del daño en materia penal sostiene que cada persona tiene derecho a realizar conductas según su propia conciencia. Sin embargo, estas no pueden afectar a terceros. Así pues, este principio se utiliza en el campo de la dogmática penal en algunos casos para justificar la eutanasia.

³¹ Uno podría cuestionar desde una moral perfeccionista que Mary deba morir, pues sería mejor dos muertes a cometer un homicidio. Así, una posición moral absolutista (recalcitrante) nos podría llevar siempre a la conclusión de evitar todo tipo de acción o sacrificio de inocentes en la extrema necesidad.

IV. PRESUPUESTOS FÁCTICOS DEL CASO

Se comienza a trabajar en este artículo en atención a la decisión de apelar a la decisión de separar a las siamesas por parte de sus padres. Estas se encontraban unidas por el abdomen bajo y Mary sólo podía vivir por una arteria en común con su hermana. En ese contexto, los pulmones y el corazón de Mary eran muy deficientes para suministrar sangre a su cuerpo y la evidencia médica indicó que ambas morirían, salvo que la separación tuviera lugar antes de los seis meses de vida.

Los padres de las siamesas eran católicos y no podían consentir en matar a una de sus hijas, aunque esta acción permitiera salvar a una de ellas. La Corte en el caso en cuestión permitió que intervinieran varias partes interesadas, incluso la Iglesia católica, para tener diferentes perspectivas sobre la cuestión. Así, el caso conlleva la siguiente pregunta: ¿los doctores cometerían un homicidio en el caso en cuestión? Y de ser así, ¿existe alguna eximente de responsabilidad penal que pueda ser aplicada al caso? En ese contexto, incluso algunas voces sostuvieron que sería admisible la operación en el mejor interés de Jodie. Sin embargo, es claro que no es en el mejor interés de alguien ser sacrificado.

La Corte debió enfrentar uno de los dilemas más complejos de la medicina donde diferentes tradiciones morales son irreconciliables. Si bien algunos sostienen que la problemática del caso está en una mera justificación del homicidio, esta es más compleja y extensa. Pues bien, la omisión de separación conllevaría irremediabilmente la muerte de ambas, y no sería posible de dejar tematizar el derecho de los padres a oponerse a la operación. Con todo, la Corte sostiene que el estado de necesidad puede justificar una intervención médica en el caso de las siamesas, pues el derecho de los padres a rehusar un tratamiento médico es subsidiario a los mejores intereses de un menor. Pero entiéndase bien: la problemática de este artículo está sólo centrada en si la separación de las siamesas puede ser justificada según la tradición del doble efecto. Pues bien, si la separación es en el mejor interés de Jodie, es ineludible que la vida de Mary tiene un valor indiscutible, aunque estuviese deteriorada y fuera del alcance de toda ayuda médica.³²

³² Aquí debemos advertir que disentimos del razonamiento del juez Ward parcialmente. Pues bien, este sostuvo en el caso de las siamesas que era en el mejor interés de Mary morir. Nos parece que los fundamentos no están en el mejor interés de Mary, sino más bien en la regla de oro, esto es, en una regla de empatía para con otro en casos de peligro de muerte en los que estamos condenados de forma inminente a morir y en los cuales prolongar nuestra vida sólo conllevaría que el resto de los involucrados fallezcan. Ello, en conocimiento que nuestra muerte por efecto colateral sería la única alternativa para que el resto de los afectados pueda salvarse de un peligro de muerte.

V. POSICIONES EN FAVOR DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

Los argumentos en favor de la legítima defensa están fundados en que Mary físicamente mata a Jodie. Según las pruebas periciales, Mary utiliza el corazón y los pulmones de Jodie para recibir sangre oxigenada. Esta situación tendrá por consecuencia que el corazón de Jodie falle y muera al modo que le sea suministrado un veneno progresivamente en su cuerpo. De esta forma, el juez Ward se preguntó cómo era justo que Jodie tuviera que tolerar esta situación. Si bien no era necesario etiquetar a Mary como una agresora injusta (*an unjust aggressor*) en la triste situación en la que se encontraba, no tenía dudas en la posibilidad de calificar el acto ajustado a los parámetros de la legítima defensa.³³

Ahora bien, este razonamiento es difícilmente compatible con la legítima defensa en sentido estricto. Mary no controla la situación, no realiza una valoración negativa del ordenamiento jurídico y no cumple con las exigencias mínimas de *volición* que se requieren para estar en presencia de un hecho imputable a su persona. En ese sentido, el juez Brooke se muestra moderado en relación con esta posición en torno a una legítima defensa. Si bien consideró que Mary está matando a Jodie, porque utiliza los pulmones y el corazón de esta para oxigenar la sangre de su cuerpo, optó por no derivar de ello una agresión injusta. En concreto, Brooke señaló:

There are also sound reasons for holding that the *threat which constitutes the harm to be avoided does not have to be equated with 'unjust aggression'*, as Professor Glanville Williams has made clear in Section 26.3 of the 1983 edition of his book. None of the formulations of the *doctrine of necessity* which I have noted in this judgment make any such requirement: in this respect it is different from the doctrine of private defence. (énfasis añadido)

Es decir, que la defensa en este caso persigue un fin: evitar la amenaza de un daño que no es equiparable a una agresión injusta y que es propia de la doctrina de la necesidad.

³³ Al respecto, el juez Ward sostuvo: “The reality here —harsh as it is to state it, and unnatural as it is that it should be happening— is that Mary is killing Jodie. That is the effect of the incontrovertible medical evidence and it is common ground in the case. Mary uses Jodie’s heart and lungs to receive and use Jodie’s oxygenated blood. This will cause Jodie’s heart to fail and cause Jodie’s death as surely as a slow drip of poison. How can it be just that Jodie should be required to tolerate that state of affairs? One does not need to label Mary with the American terminology which would paint her to be «an unjust aggressor», which I feel is wholly inappropriate language for the sad and helpless position in which Mary finds herself. I have no difficulty in agreeing that this unique happening cannot be said to be unlawful. But it does not have to be unlawful”.

A primera vista, omitir separar a Mary de Jodie traerá por consecuencia la muerte de esta. ¿Pero se puede afirmar que Mary es una agresora injusta? En este orden de ideas, Walker plantea la analogía de un menor de seis años que ingresa al patio de juego de un colegio y dispara de forma indiscriminada. Walker indicó que, si bien no es posible atribuir este comportamiento ilegal al menor de seis años, sería posible matarlo en legítima defensa de terceros.³⁴ Ciertamente, el acto del menor cumple con los requisitos de una imputación fáctica, porque existe un mínimo de libertad (volición) en el proceso de disparar el arma. El hecho que acomete el menor de 6 años podría ser subsumido en la regla prohibitiva del homicidio en la fase de valoración del hecho conforme a la norma. Sin embargo, en una imputación de segundo nivel (jurídica) no sería admisible sostener que el menor *a sabiendas* infringe el ordenamiento jurídico. Pues bien, en esta imputación jurídica falta de la capacidad psicobiológica para atribuir la acción por ausencia de discernimiento (Guerra, 2020, pp. 327-328, 335-336).³⁵

En este orden de ideas, ante la imposibilidad de clasificar el acto de separación dentro de los parámetros de alguna defensa, Walker se preguntó: “¿Es este menor de seis años inocente en los términos de significación moral?”. En esa línea, Walker se manifestó incapaz de responder esta pregunta. Sin embargo, nos da a entender que en caso de adivinarse se aventuraría a señalar que Mary no es moralmente inocente, al igual que el niño que ingresa a un colegio y dispara indiscriminadamente. Walker se declaró competente para indicar que matar a un niño de seis años en la defensa de otros estaría plenamente justificado, de la misma forma que remover a Jodie de la amenaza fatal del daño que constituye Mary. El juez Ward no ve ninguna diferencia esencial entre el recurso a la legítima defensa y el hecho de que los médicos acudieran en defensa de Jodie para eliminar la amenaza de daño mortal que suponía para ella el hecho de que Mary le drenara su sangre.³⁶

³⁴ Así las cosas, Ward indicó: “The six-year-old boy indiscriminately shooting all and sundry in the school playground is not acting unlawfully for he is too young for his acts to be so classified. But is he ‘innocent’ within the moral meaning of that word [...]? I am not qualified to answer that moral question [...]. If I had to hazard a guess, *I would venture the tentative view that the child is not morally innocent.* What I am, however, competent to say is that in law killing that six-year-old boy in self-defence of others would be fully justified and the killing would not be unlawful”.

³⁵ Por ello, la imputación jurídica exige en el agente la capacidad de comprender la infracción del ordenamiento. De lo contrario, podríamos estar en un supuesto de inimputabilidad por falta de discernimiento o trastorno del juicio de la realidad.

³⁶ De modo el juez Ward indicó lo siguiente: “I can see no difference in essence between that resort to legitimate self-defence and the doctors coming to Jodie’s defence and removing the threat of fatal harm to her presented by Mary’s draining her life-blood. The availability

VI. PERSPECTIVAS EN TORNO A LA FIGURA DEL ESTADO DE NECESIDAD

Todas las situaciones de peligro contienen una multiplicidad de factores que son importantes de considerar en el estado de necesidad. Las diferentes posibilidades de interpretación nos sumergen en la incertidumbre. De ahí que algo tan sencillo como el hurto famélico no sea en absoluto simple, excepto en la medida que ciertos presupuestos dogmático nos hagan creer que lo sea. Además, el hecho que la necesidad pueda ser codificada en diferentes formas, que van desde algunas que sólo ponen énfasis en el peligro o la cláusula de subsidiariedad, hasta la más avanzada pureza en términos semánticos, hace que la comprensión del estado de necesidad y su interrelación con otras disposiciones jurídicas resulte especialmente compleja.

Esta dificultad que presenta el estado de necesidad se incrementa por el hecho de que su regulación positiva tiene diferentes alcances espaciotemporales, pues puede estar dominada, a modo de ejemplo, por problemas particulares en torno a las situaciones de violencia que se genera en el ámbito de la familia, o consideraciones dogmáticas de amplio alcance en la sociedad (*Constitutio Criminalis Theresiana*, 1769, p. 22).³⁷ De ahí que el conocido caso de la tabla de salvación, el derribo de aeronaves agresoras que son conducidas por terroristas con pasajeros inocentes, o actos de tortura a terroristas que oculten armas de destrucción masiva, tengan un espacio común en el lenguaje de la dogmática penal.

De este modo, el estado de necesidad ¿es una exigente que permite el sacrificio de cualquier bien jurídico? ¿Es una exigente que solo opera respecto de bienes patrimoniales? ¿Es un instrumento para terminar con la vida de inocentes en situaciones de peligro de muerte? En las dos primeras preguntas, la necesidad adquiere una jerarquía de valores en las cuales es suficiente una razón proporcionada. En cambio, en la última existe una carga axiológica insoslayable en la ponderación de sus consecuencias. Así pues, ¿cómo se reduce la complejidad de la necesidad hasta convertirse en un tópico manejable considerando la multiplicidad de sus fuentes primarias? Si bien no se puede desconocer sus particularidades

ty of such a plea of quasi self-defence, modified to meet the quite exceptional circumstances nature has inflicted on the twins, makes intervention by the doctors lawful”.

³⁷ Entender el estado de necesidad como una forma de miedo de muerte se puede observar en las Partidas. En estas se establece (L. 7, tit. 33, p. VII) que el concepto *metus* alude a un miedo a la muerte, a sufrir un tormento en el cuerpo o incluso ser privado de la libertad, entre otras hipótesis, véase Pacheco (1888, pp. 161 y 170). También esta expresión se puede observar en la *Constitutio Criminalis Theresiana* o primer Código Penal de Austria en su artículo 11, § 8. En este párrafo también se aludía a la necesidad y al miedo en relación con a la categoría de *vis metus* (art. 11, § 8).

en modelos comparados, es posible que, en alguna oportunidad, tengamos que llegar a un punto de encuentro.

Consideremos algunos de los ejemplos que en la literatura se proponen en extrema necesidad. En un naufragio a millas de tierra firme, podemos devorar a uno de los tripulantes para sobrevivir a un estado de inanición. En semejantes casos existe un reconocimiento del estado de necesidad (Goldschmidt, 1954, p. 81).³⁸ Si bien los hechos distan de ser parecidos a los que observamos en el caso de las siamesas, el suicidio voluntario de unos de los naufragos podría justificarse según una tradición moral clásica. De ahí que en casos de antropofagia exista la posibilidad de ponderar las consecuencias en términos no utilitaristas. Es decir, un sacrificio altruista que es resultado de una selección aleatoria que no tiene por fin el suicidio (efecto colateral) sino salvar un mayor número de vidas (efecto directo). En ese sentido, la muerte sería un resultado *per accidens* del efecto buscado: salvar a un mayor número de personas.

El rechazo a identificar la necesidad con casos de homicidio, nos parece que es resultado de una doctrina no-utilitarista. Así, la muerte de un inocente es sólo admisible en casos de extrema necesidad por efecto colateral. Esta aceptación del doble efecto también viene reforzada por otros supuestos. De esta forma, se nos plantea en el caso de aquel alpinista que, colgando en un precipicio junto a su compañero, se ve en la obligación de cortar la cuerda para sobrevivir y no caer al precipicio. Si bien no sería un acto heroico cortar la cuerda, ¿podría calificarse como antijurídico? No sería deseable salvar una vida que perder dos en esta situación. Asimismo, qué sucedería si nos encontramos en un avión y el motor estrepitosamente falla, no sería mejor aterrizar en una calle donde hay un menor número de personas que en un estadio donde se celebra un concierto masivo.

En concreto, parece razonable exponer en estos casos ciertas precisiones que favorecen la aplicación del doble efecto. Así, en el caso de los alpinistas la muerte se provoca de forma colateral y busca liberarse de la otra persona que lo arrastra a una muerte segura. Por tanto, es a pesar de la muerte de un inocente que el otro alpinista se salva. En efecto, uno podría preguntarse si cortar la cuerda en el caso que no estuviera otro alpinista en el otro extremo y en su lugar estuviera una mochila llena

³⁸ Observamos un reconocimiento del estado de necesidad en el caso de 1640 de la isla Saint Christophe. En este caso siete marineros ingleses son afectados por una tempestad. Los marineros quedaron a la deriva por diecisiete días en el Océano Indico. Uno de estos propuso sortear quien debía ser sacrificado y perdió. El resto de los tripulantes de la embarcación lo estrangularon y se alimentaron de su carne. En este caso fueron absueltos por necesidad.

de instrumentos de alpinismo. Si la respuesta es afirmativa, podríamos indicar que no es el simple hecho de matar a un inocente lo que nos salva, más bien el hecho de cortar la cuerda.

En el caso del avión que sufre un desperfecto se busca minimizar el desenlace fatal que presentará el aterrizaje. Para que pueda operar el doble efecto se requiere que a pesar de la muerte de los inocentes logremos salvarnos y no por su muerte. Por ello, en este escenario deberíamos ponderar el efecto directo de salvación *versus* el efecto colateral de matar un mayor o menor número de inocentes. Por su parte, en el caso de las siamesas la pregunta es si podemos deliberadamente matar a una persona ponderando los efectos la acción. El efecto buscado sería salvar a una de las siamesas y el colateral la muerte de una de estas. No es el hecho de la separación lo que mata a Mary, sino la imposibilidad de poder subsistir unida a su hermana.

Ahora bien, según el juez Brooke, existen dos objeciones insuperables para que la necesidad pueda operar en favor de los acusados en casos de antropofagia como el de Dudley y Stephens.³⁹ La primera objeción se centraría en determinar ¿quién sería el juez de este tipo de necesidad? Además, ello nos conduciría a identificar ¿cuál es la medida que deberíamos aplicar para ponderar las vidas en juego? La segunda objeción es que aceptar una línea de defensa desde la necesidad en estos casos nos llevaría a un divorcio entre ley y moral. Sin embargo, nada de lo expuesto es aplicable en el caso de las siamesas. Mary está condenada a una muerte temprana, ninguna persona o medio tecnológico puede extender su vida porque su corazón, pulmones y cerebro son inútiles. Mary vive gracias a la extracción de sangre del sistema circulatorio de su hermana.⁴⁰ Aun así, vale la pena señalar que en el caso de Dudley y Stephens el náu-

³⁹ Tres supervivientes del yate Mignonette fueron desembarcados de una barcaza de vela alemana en Falmouth en septiembre de 1884. El día que desembarcaron, los tres describieron las circunstancias en las que el cuarto miembro de la tripulación, el grumete Parker, había sido asesinado por Dudley y Stephens y devorado en su vigésimo día de supervivencia por ellos y Brooks en alta mar debido a la falta de agua y comida.

⁴⁰ Sobre este punto, Brooke sostuvo: "I have considered very carefully the policy reasons for the decision in *R v Dudley and Stephens*, supported as it was by the House of Lords in *R v Howe*. These are, in short, that there were two insuperable objections to the proposition that necessity might be available as a defence for the Mignonette sailors. The first objection was evident in the court's questions: Who is to be the judge of this sort of necessity? By what measure is the comparative value of lives to be measured? The second objection was that to permit such a defence would mark an absolute divorce of law from morality. *In my judgment, neither of these objections are dispositive of the present case. Mary is, sadly, self-designated for a very early death. Nobody can extend her life beyond a very short span. Because her heart, brain and lungs are for all practical purposes useless, nobody would have even tried to extend her life artificially if she had not, fortuitously, been deriving oxygenated blood from her sister's bloodstream*" (énfasis añadido).

frago sacrificado (el grumete Parker) se resistió a ser devorado como alternativa (Goldschmidt, 1954, p. 84).⁴¹ También no está claro si la *ley del mar* puede justificar la necesidad⁴², como tampoco los límites del doble efecto en estos casos.

Por otra parte, no podemos desconocer que algunos sostuvieron que sería inmorale e inadmisibile salvar a Jodie, si salvándola se debía terminar con la vida de Mary de forma anticipada. Esto, aunque la vida de Mary sea muy breve y estuviese condenada a morir. Si bien pareciera ser que ninguna Corte estaría capacitada para diferenciar las filosofías que entran en conflicto.⁴³ Una Corte sólo podría sostener con alguna certeza en este caso que la respuesta no es obvia y sería difícil sostener un divorcio tajante entre derecho y moral. Finalmente, la Corte enfatizó en el caso de las siamesas que era un caso único y no podía ser considerado un precedente. Pues bien, podríamos pensar que esta decisión podría ser aplicada para justificar en el caso que un paciente no puede sobrevivir la posibilidad de matarlo. Por ello, es importante considerar las circunstancias únicas del caso de las siamesas.

Al analizar los presupuestos conceptuales de la extrema necesidad realizamos una exposición de sus aspectos fundamentales. Ahora podemos centrarnos en un análisis crítico de estos, para definir si esta exigente puede ser aplicada en el caso de las siamesas desde el plano de la inexigibilidad. Antes de iniciar esta sección del artículo debemos indicar que el

⁴¹ En este contexto, según Goldschmidt, es razonable pensar que “de ninguna manera se excusa la omisión de no haber echado la cuestión [de ser sacrificado a la] suerte de modo que cada uno de ellos, aunque no se contaba con el consentimiento del grumete, [tuviera] la misma posibilidad de ser sacrificado o de lograr el alejamiento del peligro”.

⁴² Con el término “ley del mar” hacemos alusión a la costumbre de practicar el [canibalismo](#) con la finalidad de supervivir a un naufragio. Costumbre en la que los participantes deciden quién debe ser sacrificado a través de un sorteo. Como parte de los antecedentes históricos en la obra “Las costumbres del mar” de Samuel Plimsoll se observa un gran número de casos similares en el siglo XIX de naufragios que practicaron el canibalismo en condiciones extremas.

⁴³ Así las cosas, es interesante destacar que el juez Brooke sostiene lo siguiente en el fallo: “It is true that there are those who believe most sincerely—and the Archbishop of Westminster is among them—that it would be an immoral act to save Jodie, if by saving Jodie one must end Mary’s life before its brief allotted span is complete. For those who share this philosophy, the law, recently approved by Parliament, which permits abortion at any time up to the time of birth if the conditions set out in Section 1(1)(d) of the Abortion Act 1967 (as substituted) are satisfied, is equally repugnant. But there are also those who believe with equal sincerity that it would be immoral not to assist Jodie if there is a good prospect that she might live a happy and fulfilled life if this operation is performed. *The court is not equipped to choose between these competing philosophies.* All that a court can say is that it is not at all obvious that this is the sort of clear-cut case, marking an absolute divorce from law and morality, which was of such concern to Lord Coleridge and his fellow judges” (énfasis añadido).

caso de las siamesas generó una serie de argumentos en contraposición. De ahí que, incluso en los campos de la Medicina, Derecho y Teología, no sea pacífica la forma de resolver la materia. Así, algunos en la dogmática penal continental resuelven el caso desde el estado de necesidad exculpante, el estado de necesidad defensivo y en la doctrina comparada a través de las defensas de *duress* (Chiesa, 2011, p. 107; Fleming, 1998, p. 107; García-Ripoll, 2006, p. 194)⁴⁴ o *necessity* (Varona, 2010, p. 62).⁴⁵

Ahora bien, las referencias a la figura del estado de necesidad exculpante reflejan la problemática de eximir de responsabilidad frente a un acto demeritorio. Así, esta tesis queda más clara cuando se observa el tratamiento que Silva Sánchez hace del caso de las siamesas y en consideración de la indisponibilidad de la vida humana. Por ello, el análisis de este autor nos permite caracterizar la problemática y realizar un análisis detallado de la comprensión dogmática de esta eximente. Silva Sánchez (2009) afirma que el criterio para sostener la presencia de un estado de necesidad exculpante se observa en la filosofía kantiana. Este indica que

Kant entendía que, en casos como el de la tabla de Carnéades, la sostenida ilicitud del hecho no debía, sin embargo, conducir a sancionar penalmente a quien, por instinto de autoconservación, realiza tal conducta antijurídica; concretamente, hablaba de que el hecho, siendo injusto, debía reputarse *imponible*. Ésa es la solución que, en general, se acepta hoy en día para estos casos. Se habla de un estado de necesidad que, aunque en absoluto justifica la conducta del sujeto, permite disculpar lo que ha hecho, atendiendo a la situación crítica en que él obra. (Silva, 2009, p. 116)

Esta síntesis de la argumentación kantiana resulta atractiva, pues explica cómo exculpar una conducta homicida y por qué puede la separación de las siamesas no ser sancionable dentro de los parámetros de la inexigibilidad. Sin embargo, dos puntos de contraste se pueden formular contra la idea de un estado de necesidad exculpante en el caso de las siamesas

⁴⁴ En este contexto, se observa una vinculación entre el concepto de estado de necesidad exculpante y *duress* en la doctrina comparada.

⁴⁵ En este orden de ideas, según Varona, “dependiendo del ordenamiento penal las eximentes de este tipo reciben denominaciones diferentes, aunque las figuras básicas son las de estado de necesidad y miedo insuperable (coacción, *Duress*). Lo fundamental, insisto, es que, sea cual sea su denominación exacta, estamos ante facultades de auto-protección que conllevan la lesión de bienes jurídicos protegidos por el Derecho en un caso en el que las personas implicadas son merecedoras de idéntica protección por parte del derecho, ya que ninguna de ellas (como en el típico ejemplo de los dos naufragos que nadan en pos de la tabla salvadora) tiene responsabilidad alguna en la creación del peligro, y por ello no han de tolerar la pérdida de sus bienes jurídicos”.

(Goldschmidt, 1954, pp. 79, 80, n. 26).⁴⁶ El primer punto radica en que la separación de las siamesas contempla dos procesos causales que son dependientes uno del otro: la separación de las siamesas mediante la cirugía y la muerte de una de estas. La separación tiene como resultado y consecuencia segura la muerte de la otra siamesa. La salvación de una es consecuencia cierta de la acción de separación. El segundo punto de contraste proviene del doble efecto, y consiste en que el efecto no deseado sea colateral, esto es, que no sea un medio para alcanzar el efecto ulterior. El efecto colateral de la separación es la muerte de una de las siamesas y no es un medio para conseguir el efecto inmediato. De esta forma, no es por (*per se*) la muerte de Mary que Jodie se salva, sino es a pesar (*per accidens*) de la muerte de la segunda que la primera se salva.

Es posible que los dos puntos presentados no sean admisibles en el razonamiento del derecho penal contemporáneo, ya que la comprensión de las causales de justificación y exculpación proviene de una tradición kantiana que reconoce la imponderabilidad de la vida en los parámetros de justificación. En cualquier caso, la axiología de la imponderabilidad permite observar el problema que existe en el caso de las siamesas: el hecho de justificar la muerte de un inocente en el estado de necesidad.

Para que lo dicho sea una alternativa, la dogmática requiere indagar en la búsqueda de criterios axiológicos que permitan identificar cuáles serían los parámetros normativos de tales conclusiones. De esta forma, nos parece que una comprensión en términos meramente consecuenialista no sería el camino adecuado para llegar a estas. Es más, sería importante determinar cuáles son las premisas axiológicas que guían el razonamiento jurídico en estas operaciones y no sencillamente invocar la imponderabilidad de la vida humana como suerte de baremo en el campo de la exculpación. Nos parece que esta respuesta es insatisfactoria como fundamento de la inexigibilidad.

VII. ARGUMENTOS EN FAVOR DEL ESTADO DE NECESIDAD DEFENSIVO

Otra respuesta que la doctrina penal ha explorado en el caso de las siamesas es el estado de necesidad defensivo. Este criterio, que tiene recepción

⁴⁶ Si bien parece ser de toda lógica, según Goldschmidt, que "los jueces no pueden autorizar la realización de conductas ilícitas, aunque éstas, vistas *a posteriori* en su contexto concreto, resulten disculpables... al autorizar la realización de un hecho antijurídico... de modo contrario a Derecho", según Silva (2009, p. 116), nos interesa centrarnos en el análisis del hecho de la separación. También es posible observar esta línea de razonamiento en consideración a la teoría de la diferenciación y algunos de los postulados de Pufendorf y Matthaeus.

en el ordenamiento jurídico civil alemán y aplicación analógica en materia penal, se sostiene en el reconocimiento de la fuente de peligro que constituye Mary para Jodie (Koch, 2011, pp. 129-144).⁴⁷ En este sentido, quien daña o destruye una persona ajena para evitar, a sí mismo o a otro, un peligro representado por esta no actúa de manera antijurídica. Esto, si dicho daño o destrucción es necesario para evitar el peligro, y si el daño no es desproporcionado en relación con el peligro. Así, el reconocer la fuente de peligro en un inocente presenta diferentes nudos problemáticos: el primero consiste en imputar a Mary la fuente del peligro; el segundo, en que la *indeterminación semántica* del concepto *peligro* puede introducir consideraciones utilitaristas o consecuencialistas en la ponderación de vidas humanas (Wilenmann, 2016, p. 40);⁴⁸ el tercero, en que no sería admisible un criterio axiológico que permita la diferenciación entre un efecto directo y uno colateral en los parámetros de la justificación.

En el estado de necesidad defensivo el agente que practica la separación realiza una acción que recae sobre la siamesa que representa el peligro. Para enfrentar la situación, el médico debe practicar la cirugía con el propósito de salvar a la siamesa que tiene la posibilidad de sobrevivir. Ahora bien, la separación conllevará la muerte de la siamesa en peores condiciones, pues esta no puede sobrevivir sin su hermana. El médico conoce de la situación de riesgo y llega a la determinación (autorizado por el poder judicial) que la muerte de la siamesa que se encuentra más débil es una consecuencia compensada por los beneficios de la cirugía. En ese contexto, se puede sostener que el hecho de separar a las siamesas reúne todos los requisitos de un estado de necesidad defensivo: existe una situación de peligro de muerte inminente, y se realiza una acción con el objetivo de salvar a una de las siamesas de la fuente de peligro que cons-

⁴⁷ Se puede observar un tratamiento de la problemática en la dogmática alemana dando un especial énfasis a la figura del estado de necesidad defensivo. En ese sentido, Mary sería una fuente de peligro para Jodie. Por eso, se podría justificar su muerte a través de la atribución de ese peligro a su esfera de competencia. Sin embargo, esta idea es sumamente forzada y cuestionable, pues Mary no crea el peligro y es más bien víctima de la situación junto su hermana.

⁴⁸ En ese sentido, según Wilenmann, “no es, de esta forma, el origen del peligro, ni mucho menos la atribución de responsabilidad por éste, lo que explica la voluntad de aplicar (elusivamente) el estado de necesidad defensivo —o el consentimiento presunto— en estos casos, sino el hecho de que los casos en cuestión impliquen la presencia de una comunidad de peligro con distribución unilateral o al menos asimétrica de posibilidades de salvación. Ello quiere decir, sin embargo, que precisamente por ello la concesión de una facultad de actuar *no puede ser justificada por consideraciones relativas a la responsabilidad de los afectados*. Al contrario, si uno intenta justificar directamente la concesión de una facultad de actuar a partir de categorías de responsabilidad, muy probablemente llegue a la conclusión de que ésta no puede justificarse” (énfasis añadido).

tituye para esta su hermana. El estado de necesidad defensivo justifica la muerte de una de las siamesas porque es fuente de peligro de la otra. Sin embargo, este no justificaría el hecho de matar a un inocente que no constituya fuente de peligro. En otras palabras, la solidaridad es mínima, pues la acción recae sobre la fuente o persona que genera el peligro.

Pero dar muerte a una de las siamesas también nos posiciona en la discusión de los medios y fines en la teoría de la acción. Este problema se presenta con relación a cómo daremos muerte a una estas. De ahí que aceptar sólo el estado de necesidad defensivo —a modo de justificación— sea insuficiente. El médico debería sólo considerar qué tipo de instrumental utilizará para terminar con la vida del inocente, y su acción estaría centrada únicamente en terminar con la vida de un inocente para salvar la de otro. Resulta, pues, que, de seguir el razonamiento expuesto, el estado de necesidad defensivo no podríamos contar con los aportes del doble efecto. En primer lugar, cómo identificar si la muerte del inocente es un efecto colateral. Ninguna consideración que sólo se base en la noción de imputación de un peligro a un inocente puede dar respuesta coherente a la problemática. En segundo lugar, la muerte de inocentes no se puede limitar a una teoría que sólo adquiere sentido desde los parámetros positivos de una disposición del ordenamiento civil alemán. En tercer lugar, la acción del médico solo se centra en salvar a una de las siamesas y omitiría un pronunciamiento en torno a la dignidad de la parte afectada. Esto requiere especial atención porque hemos aplicado las consideraciones del doble efecto en la siguiente sección.

VIII. ESTADO DE NECESIDAD AGRESIVO Y DOBLE EFECTO

Si bien el razonamiento de la Corte se califica de utilitarista (Loveless J., Allen M. y Derry C., 2018, p. 418),⁴⁹ es una mirada que puede presentar algunos matices. En ese sentido, si la Corte sólo hubiera ponderado la satisfacción de los intereses de una de las siamesas involucradas, podríamos afirmar dicho resultado en la decisión. Sin embargo, la Corte advierte

⁴⁹ Se califica el razonamiento de la Corte como utilitarista, con independencia del reconocimiento del juez Ward y Brooke, que la operación no era en el mejor interés de Mary. Sin embargo, nos parece que esta idea es una aproximación injusta a los razonamientos de la sentencia. Pues bien, en el fallo se analiza la doctrina del doble efecto y los jueces llegan a la conclusión que sólo es admisible en casos de aborto y eutanasia indirectos. De este modo, tenemos dudas de que el fallo sea un simple reflejo del utilitarismo (tosco), pues se considera la posibilidad de aplicar la distinción entre un efecto directo y colateral en el caso de las siamesas. Sin embargo, nos parece que el tribunal es prudente sobre este punto en el caso debido al concepto de intención oblicua.

que la intervención médica practicada no es un precedente general por las consecuencias que podría tener en pacientes que irremediablemente están condenados a morir en un breve período de tiempo. Además, la Corte, también hace alusión especialmente a la problemática del doble efecto en el caso, aunque no existe un reconocimiento expreso de sus postulados en su solución.

Por eso la perspectiva del juez Walker nos resulta particularmente interesante. Él mismo expone algunas de las virtudes del doble efecto en casos de necesidad. Por ejemplo, se muestra partidario de destacar la doctrina del doble efecto en el uso de tratamientos paliativos, que ha sido debatido por filósofos morales y juristas durante milenios. En este tipo de casos, el efecto directo y el colateral no deseado —denominado intención oblicua (*oblique intention*) por Bentham— se puede ilustrar en el suministro de drogas paliativas a un paciente terminal.⁵⁰ Así, paliar un dolor intenso en un paciente por medio del uso de morfina puede acelerar su muerte. Si bien Walker sustenta que el doble efecto puede tener aplicación en estos casos, indicó que no puede ser relevante para justificar la conducta dirigida en contra de Mary. Ello, salvo en caso de aceptar que el mero hecho de restablecer la integridad corporal de Mary a través de la separación —incluso en el momento de la muerte— es un fin en sí mismo lícito en interés de ambas siamesas.⁵¹ Si bien esta vía interpretativa conduce a una aceptación parcial del doble efecto, nos permite incorporar su discusión en la necesidad.

Pero ¿con base en qué criterios hemos de incorporar el doble efecto? Al fin y al cabo, al aceptar su incorporación identificamos la admisibilidad de un criterio axiológico en la justificación de la necesidad. Por eso,

⁵⁰ Así las cosas, Walker sostuvo: “This is the doctrine (or dilemma) of double effect which has been debated by moral philosophers (as well as lawyers) for millennia rather than centuries. In one class of cases the good purpose and the foreseen but undesired consequence (what Bentham called ‘oblique intention’) are both directed at the same individual. That can be illustrated by a doctor’s duty to his patient. The doctor may in the course of proper treatment have to cause pain to the patient in order to heal him. Conversely, he may in order to palliate severe pain, administer large doses of analgesics even though he knows that the likely consequence will be to shorten the patient’s life. That was recognised by Lord Donaldson MR in the passage of his judgment in *Re J* which I have already cited (note its references to primary purpose and side effects; similar language was used by Ognall J in his summing-up to the jury in *R v Cox* (1992), the case of the doctor who administered potassium chloride to a dying patient)”.

⁵¹ Walker sostiene sobre este punto: “In these cases the doctrine of double effect prevents the doctor’s foresight of accelerated death from counting as a guilty intention. This type of double effect cannot be relevant to conduct directed towards Mary *unless the mere fact of restoring her separate bodily integrity, even at the moment of death, can be seen as a good end in itself and as something which ought to be achieved in the best interests of Mary as well as Jodie*”.

¿cuáles son sus requisitos específicos para que pueda operar en el caso de las siamesas? Primero, se requiere identificar que estamos frente a una situación de peligro actual o inminente. Segundo, que no exista otro medio menos lesivo para sortear la situación terminando colateralmente con la vida de un inocente. Finalmente, que exista proporcionalidad entre el efecto directo y el colateral. En ese contexto, a primera vista, las siamesas son parte de una comunidad de peligro perfecta y asimétrica, pues la situación de peligro que experimentan evidentemente no es circunstancial y sólo una tiene la posibilidad de sobrevivir. Este peligro sólo puede ser conjurado a través de una acción que tendrá por efecto colateral la muerte de una de las siamesas. Así, no es la acción de la separación lo que mata a Mary, sino la incapacidad de sobrevivir por su cuenta.

Las consecuencias de este razonamiento son relevantes: cualquier decisión sobre la separación requiere la verificación de los elementos del doble efecto. Este adopta así la función de una ponderación que va más allá de los efectos de la acción de separación. En consecuencia, nos presenta una barrera de contención frente a la irremediable occisión directa de un inocente. Esta perspectiva introduce una distinción entre occisiones directas e indirectas más precisa en términos de volición y voluntariedad, pero también en cuanto a la valoración del hecho de la separación conforme a la regla del estado de necesidad. De ahí que la mera representación del peligro sea un criterio insuficiente cuando está en juego la vida de un inocente.

Al igual que algunos autores, creemos que el estado de necesidad defensivo presenta indeterminación semántica en el concepto de peligro. Esta dificultad es crucial, pues el estado de necesidad agresivo justifica la afectación de una persona que no es fuente de peligro y sobre la cual recae los efectos de la acción. Esta modalidad permite sostener que el afectado no está facultado para prohibir la interferencia en su esfera de organización, si esta es necesaria para evitar un peligro actual y el daño que amenaza es desproporcionadamente grande en comparación con el causado por el necesitado. De ahí que no sea admisible para la doctrina dominante aceptar la muerte de un inocente en estos casos, pues el peligro no es imputable a la persona afectada (solidaridad de máximos).

Ahora bien, desde el punto de vista del estado de necesidad agresivo, ¿sería posible llegar a considerar admisible la muerte de un inocente? Así, a modo de ejemplo, aunque en el caso de las siamesas no sea imputable el peligro a Mary, ¿sería admisible justificar la separación? Aquí nos parece que el doble efecto se regiría por una regla de oro (a modo de empatía) que permitiría aceptar la muerte de un inocente por efecto colateral. En otras palabras, no deberíamos someter a otro a una muerte

segura, si irremediablemente estamos condenados a morir y las probabilidades de sobrevivir están previamente distribuidas en favor de uno de los agentes involucrados.

Esto nos lleva al punto fundamental de este trabajo en torno a la doctrina del doble efecto. Son las distinciones propias de un efecto directo e indirecto —en el proceso de ponderación— las que permiten razonar fuera de parámetros consecuencialistas, esto es, en un marco ético en el cual “siempre habrá seres humanos desechables que deberán ser sacrificados en aras de un bien mayor” (George y Tollefsen, 2012, p. 95). El desafortunado consecuencialismo escapa a la distinción de una acción directa (*per se*) o colateral (*per accidens*). Por ello, si bien al doble efecto le ha sido concedido un espacio en la filosofía (Anscombe, 2001a, pp. 247-260; 2001b, pp. 50-66), es importante reconocer sus aportes en materia penal (Moore, 2009, p. 43).⁵² De lo contrario, la carga argumentativa necesaria en relación con la dignidad humana es excluida en la extrema necesidad.

IX. BALANCE GENERAL Y CONCLUSIONES

Lo que hemos sostenido en este artículo nos lleva a una propuesta radical. Sin embargo, nos parece que hemos demostrado por qué puede ser acogida en el caso de las siamesas y ser dogmática válida. Esta propuesta consiste en aceptar el doble efecto en casos de estado de necesidad. El doble efecto es un criterio que nos permite, desde parámetros no consecuencialistas, enfrentar situaciones de extrema necesidad en las cuales es posible una disminución del daño ante la situación de peligro. De este modo, si bien es admisible la muerte de un inocente por efecto colateral, esta admisibilidad debe serlo desde los parámetros de la inevitabilidad en casos de extrema necesidad. En segundo lugar, el doble efecto presenta similitudes con los parámetros del estado de necesidad defensivo, pero este se extiende más allá de sus requerimientos, pues nos permite tematizar con mayor coherencia el estado de necesidad agresivo sin recurrir

⁵² Respecto de esta problemática de introducción del doble efecto en materia penal, el eminente trabajo del penalista Michael S. Moore nos hace preguntarnos cómo es posible distinguir entre una voluntad directa e indirecta y, asimismo, cómo es posible justificar por efecto colateral la muerte de un inocente si es que la voluntad no se dirige hacia el efecto deseado. En ese sentido, no sería posible justificar una acción bajo los parámetros del doble efecto si la voluntad no se dirige hacia el efecto deseado, aunque las condiciones se presenten como necesarias (único medio disponible para soslayar la situación de peligro) y proporcionadas (salvar a un mayor número de personas, a una persona en una situación de peligro de muerte, entre otras hipótesis).

a consideraciones artificiosas en términos de imputación. En tercer lugar, en el caso de las siamesas la separación es, por tanto, justificable y supone una respuesta moralmente admisible fuera del campo de la exculpación.

X. REFERENCIAS

- Anders, G. (2008). *Estado de necesidad y legítima defensa (violencia sí, o no)*. Centro de Documentación Crítica.
- Ansambe, G. E. M. (2001a). War and Murder. En P. Woodward (Ed.), *The Doctrine of Double Effect; Philosophers Debate a Controversial Moral Principle* (pp. 247-260). University of Notre Dame Press.
- Ansambe, G. E. M. (2001b). Medalist's Address: Action, Intention, and 'Double Effect'. En P. Woodward (Ed.), *The Doctrine of Double Effect. Philosophers Debate a Controversial Moral Principle* (pp. 50-66). University of Notre Dame Press.
- Ansambe, G. E. M. (2005). *La filosofía analítica y la espiritualidad del hombre*. EUNSA.
- Bagaric, M. (2001). The Jodie and Mary (Siamese Twins). *Journal of Law and Medicine*, (8), 311-321.
- Baldo, F. (1994). *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las "situaciones de necesidad" de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda* (2a. ed.). Bosch.
- Bascuñan A. (2004). La píldora del día después ante la jurisprudencia. *Revista de Estudios Públicos*, 95, 43-89.
- Chiesa L. (2011). Caso La Mignonnete. En P. Sánchez Ostiz (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal* (pp. 95-109). La Ley.
- Coninx, A. (2012). *Das Solidaritätsprinzip im Lebensnotstand. Zufall, rationale Entscheidung und Verteilungsgerechtigkeit*. Nomos.
- Constitutio Criminalis Theresiana (Law for the Austrian Empire except Hungary from Maria Theresa of Austria with facsimile and text) (1769). Johann Thomas von Trattner. <https://archive.org/details/ConstitutioCriminalisTheresiana-1768>
- Cornacchia, L. (2004). Algunas reflexiones en torno al suicidio y la eutanasia. *Cuadernos de Política Criminal*, 83, 91-116.
- Corral, H. (2016). Separación de siameses. *Blog de Hernán Corral*. <https://corraltalciani.wordpress.com/tag/separacion-de-siameses/>
- D'Ors, A. (1995). *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo*. Civitas.
- De Aquino, T. *Suma de Teología*, II-II, q. 64 a. 6

- England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decisions, A (Children), Re [2000] EWCA Civ 254 (22 September 2000). <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2000/254.html#sectionII-8>
- Fleming, J. (1998). *The law of Torts* (9a. ed.). LBC information Services.
- García, P. (2011). Caso de la depresión reactiva. En P. Sánchez Ostiz (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal* (pp. 129-142). La Ley.
- García-Ripoll, M. (2006). *Ilícitud, culpa y estado de necesidad. Un estudio de responsabilidad extrancontractual en los Código Penal y Civil*. Dykinson.
- George, R. y Tollefsen, C. (2012). *Embrión. Una defensa de la vida humana*. Rialp.
- Goldschmidt, W. (1954). El estado de necesidad ante el derecho natural. *Revista de Estudios Políticos*, 78, 37-84.
- Greenawalt, K. (1986). Distinguishing Justifications from Excuses. *Law & Contemporary Problems*, 49(3), 89-108. <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3860&context=lcp>
- Guerra, R. (2018). Sentido y límites de la inevitabilidad en el estado de necesidad. *Ius et Praxis*, 24 (3), 67-108.
- Guerra, R. y Madrid, R. (2020). Universos éticos y la metarregla del doble efecto en el estado de necesidad. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, (14), 247-283. <https://doi.org/10.22201/IJ.24487937E.2020.14.14911>
- Guerra, R. (2020). Dolo y conciencia de antijuricidad: ¿Una relación funcional en la imputación? En Andrea Perin (Ed.), *Imputación penal y culpabilidad* (pp. 323-340). Universidad Andrés Bello.
- Gur-Arye, M. (1992). Should a Criminal Code Distinguish Between Justification and Excuse? *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 12(2), 215-235. <https://doi.org/10.1017/S0841820900001399>
- Hörnle, T. (2010). Matar para salvar muchas vidas. Casos difíciles de estado de necesidad desde la perspectiva filosófico-moral y jurídico-penal. *InDret*, (2), 1-31. http://www.indret.com/pdf/744_es.pdf
- Hruschka, J. (1994). Reglas de comportamiento y reglas de imputación (F. Baldo, Trad.). *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 47(3), 343-356. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46461>
- Koch, A. (2011). Strafbarkeit der Trennung siamesischer Zwillinge? *R. V. Decker*, (158), 129-144.
- Loveless J., Allen M. y Derry C. (2018). *Complete Criminal Law: text, cases and materials*. Oxford University Press.
- Massini-Correas, C. (2014). Sobre ética y filosofía analítica Elizabeth Anscombe y la filosofía moral moderna. *Opúsculo Filosófico*, 2(21), 1-41.

- Merkel, R. (2000). La filosofía, ¿"convidado de piedra" en el debate del derecho penal? Sobre la desatención de la dogmática penal a los argumentos filosóficos (y algunos equívocos generalizados a propósito de la cláusula de ponderación de intereses en el estado de necesidad: primer inciso del §34 StGB). En C. M. Romeo Casabona (Dir.). *La insostenible situación del derecho penal* (pp. 181-212; P. Sánchez Ostiz, Trad.). Comares.
- Miranda, A. (2012). Eutanasia, suicidio asistido y principio del doble efecto; réplica al profesor Rodolfo Figueroa. *Revista Médica de Chile*, 140(2), 261-265.
- Miranda, A. (2014). *El principio del doble efecto*. Olms.
- Moore, M. (2009). *Causation and Responsibility. An Essay in Law, Morals and Metaphysics*. Oxford University Press.
- Nozick, R. (1973). *Anarchy, State and Utopia*. Basic Books.
- Pacheco, J. (1888). *El Código Penal concordado y comentado*. Imprenta de la Viuda de Perinat y Compañía.
- Pawlik, M. (2002). *Der rechtfertigende Notstand: zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten*. Gruyter.
- Pawlik, M. (2015). Una teoría del estado de necesidad exculpante. Bases filosófico-jurídicas y configuración dogmática. *InDret*, (4), 1-33.
- Prieto, M. F. (2019, 7 de agosto). Padre senegalés finalmente tomó una decisión sobre sus hijas siamesas: no las separará. *Diario El Mercurio*. <https://www.emol.com/noticias/Tendencias/2019/08/07/957197/Padre-senegales-finalmente-tomo-una-decision-sobre-sus-hijas-siamesas-no-las-separara.html>
- Rodgers J. (2001). Necessity, Private Defence and the killing of Mary. *Criminal Law Review*, (2001), 515-526.
- Silva, J. (2009). *Tiempos de Derecho penal. Escritos breves sobre teoría y práctica, vida social y economía*. Editorial B de F.
- Silva, J. (1982). Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 35(3), 663-691.
- Silva, J. (2017). Asesinatos selectivos en la "guerra punitiva" contra el terrorismo. *Indret*, (1), 1-19.
- Suárez, F. (1967). *Tratado de las leyes y de Dios legislador, vol. 2* (J. Egúllor, Trad.). Instituto de Estudios Políticos.
- Varona, D. (2010). El miedo insuperable y la "ética del hormiguero": reflexiones sobre el papel de las eximentes fundadas en la inexigibilidad de otra conducta. *Revista de Estudios de la Justicia*, (12), 59-94.
- Wilenmann, J. (2016). Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad. *InDret*, (1), 1-54.

Propuesta cuasi-voluntarista del derecho internacional como derecho: grupos autocontenidos internacionales

Quasi-Voluntarist Proposal of International Law as Law: International Encompassing Groups

Diego Isaac Amador Magaña

 <https://orcid.org/0000-0002-5659-2258>

Universidad Autónoma de Baja California. México
Correo electrónico: amador.diego13@uabc.edu.mx

Eduardo Elías Gutiérrez López

 <https://orcid.org/0000-0002-9171-8813>

Universidad Autónoma de Baja California. México
Correo electrónico: elias.gutierrez@uabc.edu.mx

RECIBIDO: 24 de noviembre de 2022
ACEPTADO: 11 de noviembre de 2023

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2024.18.18823>

RESUMEN: Los Estados confederados proyectan la existencia de un doble sistema normativo: federal y local. Esto provoca el surgimiento de colisiones y contradicciones entre ambos sistemas, lo que se pensaría debería ser resuelto por el derecho internacional, atendiendo el principio de subsidiariedad, no obstante, esto no siempre es así, ya sea porque el derecho internacional no regule ese caso concreto o bien, porque el Estado en cuestión no haya otorgado su consentimiento y la respuesta no le sea vinculante. Estas reflexiones invitan a contrastar la naturaleza de las normas del derecho local y del derecho internacional, pues mientras que las primeras son asociativas, dado que no necesariamente requieren ser consentidas para ser vinculantes, las segundas, aparentemente, sí requieren el consentimiento de los Estados para que tengan efectos vinculantes. En este artículo pretendemos postular una posible solución al problema del conflicto entre los distintos órdenes normativos, partiendo desde una postura cuasi-voluntarista. Las obligaciones cuasi-voluntarias son aquellas que no surgen del consentimiento, pero tampoco completamente de los roles que tienen los Estados en el sistema internacional. Estas obligaciones nacen en el núcleo de grupos dominantes, a los que llamaremos grupos autocontenidos en el ámbito internacional, que tienen como rol la creación y socialización de las normas y obligaciones de derecho internacional, logrando que los otros grupos simplemente las sigan como si tuvieran un deber de hacerlo.

Para ello, servirá como referencia el análisis del caso de las disímiles normas migratorias entre California y Texas dentro de Estados Unidos.

Palabras clave: derecho internacional, consentimiento, regla de reconocimiento, tratados internacionales, grupos autocontenidos.

ABSTRACT: The Confederate States project the existence of a double regulatory system: federal and local. This causes the emergence of collisions and contradictions between both systems, which one would think should be resolved by international law, considering the principle of subsidiarity, however, this is not always the case, either because international law does not regulate that specific case or well, because the State in question has not given its consent and the response is not binding on it. These reflections invite us to contrast the nature of the norms of local law and international law, since while the former is associative, given that they do not necessarily require consent to be binding, the latter, apparently, do require the consent of the States to be binding. that have binding effects. In this article we intend to postulate a possible solution to the problem of conflict between the different normative orders, starting from a quasi-voluntarist position. Quasi-voluntary obligations are those that do not arise from consent, but neither do they arise completely from the roles that States have in the international system. These obligations are born in the core of dominant groups, which we will call self-contained groups in the international sphere, whose role is the creation and socialization of the norms and obligations of international law, ensuring that other groups simply follow them as if they had a duty to do so. To do this, the analysis of the case of the dissimilar immigration regulations between California and Texas within the United States will serve as a reference.

Keywords: international law, consent, rule of recognition, international treaties, self-contained groups.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La visión convencional.* III. *Problematizando la visión convencional: las reglas secundarias.* IV. *Contractualismo.* V. *La crítica de Dworkin al derecho internacional: el argumento circular.* VI. *Una propuesta híbrida: Grupos autocontenidos internacionales.* VII. *Conclusión.* VIII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad observamos que los Estados federales o confederados podrían tener un doble sistema normativo: el sistema federal y el sistema local. Pensemos un ejemplo sencillo en donde podamos observar una disparidad en las normas migratorias. California y Texas, ambos tienen sus cortes, sus reglas y sus formas de creación y cambio de reglas, así como sus culturas morales. Pero, mientras California declara sus ciuda-

des santuario,¹ Texas tiene una política migratoria restrictiva. Estas dos políticas contrarias convergen con las políticas migratorias federales (que son ellas mismas restrictivas). Al mismo tiempo existe cierta libertad para que cada Estado decida cómo seguir dichas políticas.

Pero también es pertinente observar cómo en el caso de California y Texas hay una serie de elementos que solemos pasar por alto. En primer lugar, la Constitución de los Estados Unidos delega el control fronterizo y de aduanas al gobierno federal, mientras que los gobiernos locales crean políticas para recibir e integrar inmigrantes. En segundo lugar, las ciudades encuentran un espacio de acción en el vacío legal que establece su propia Constitución al conferir responsabilidades sobre el control fronterizo, a través de una competencia exclusiva. Pero, de forma paralela, eso permite que sean los gobiernos locales los que generan sus políticas de recepción migratoria (Cruz, 2019). Esto es un problema porque cuando menos se crean dos órdenes normativos sobre la migración. Un primer orden es la Constitución de los Estados Unidos que ordena un control estricto de las fronteras por parte del gobierno federal y, por otro lado, un segundo orden a nivel local que permite que los gobiernos decidan cómo recibir migrantes.

Ante este choque de órdenes normativos, una posible respuesta sería acudir al derecho internacional como un tercer sistema, el cual debería funcionar de acuerdo con el principio de subsidiariedad. Este principio requiere que el derecho internacional complemente los vacíos legales que encontramos en el derecho "local". Sin embargo, en el derecho internacional tampoco encontramos respuesta ante este problema, dado que no establece abiertamente cómo deberían ser las políticas migratorias. Tampoco propone una fórmula para dirimir este choque de órdenes normativos.

A esta falta de respuestas debe sumarse que el derecho internacional no funciona de forma automática, sino sólo bajo el previo consentimiento de los Estados. Esto les da una característica distinta a las normas del derecho internacional en comparación con las normas de derecho "local". Las reglas del derecho local se podrían entender como vinculantes que no necesariamente requieren ser consentidas. Mientras que las del derecho internacional aparentemente sí requieren el consentimiento de los Estados para que tengan efectos vinculantes. Esto último conlleva a teorizar sobre

¹ Pese a que no existe un consenso sobre lo que, en estricto sentido, se entiende por ciudad santuario, se establece que aluden a espacios incluyentes con personas migrantes y refugiadas y en las que esa inclusión se refleja con el acceso a servicios públicos básicos con independencia de su situación migratoria (Godoy y Bauder, 2021).

la naturaleza del derecho internacional y si puede ser considerado como un sistema normativo.

En este artículo pretendemos postular una posible solución al problema del conflicto entre los distintos órdenes normativos del derecho internacional, partiendo desde una postura cuasi-voluntarista. Voluntarista se refiere al consentimiento de los Estados para acordar ciertas normas que los han de regir en el ámbito internacional. Las obligaciones no voluntarias se llaman asociativas porque son aquellas que tenemos por el rol que jugamos dentro de ciertos grupos. Pero podemos imaginar obligaciones "cuasi-voluntarias" que no surgen del consentimiento, pero tampoco completamente de los roles que tienen los Estados en el sistema internacional. Son obligaciones no rechazadas, pero tampoco adquiridas por consentimiento.

Nuestra tesis central es que en la arena internacional hay grupos dominantes, a los que llamaremos grupos autocontenidos en el ámbito internacional, los cuales se encargan de crear y socializar las normas y obligaciones a las que llamamos derecho internacional, mientras que los otros grupos simplemente las siguen como si tuvieran un deber de hacerlo.

Si todo va bien, entonces los grupos autocontenidos internacionales deberían servir para afrontar el problema de ejemplos mediante su analogía con lo que sucede en el derecho local, pues así se explicaría la naturaleza normativa del derecho internacional que permitirá resolver los conflictos entre órdenes normativos.

Vamos a seguir la discusión en el siguiente orden. Primero, se planteará una visión convencional, la cual consiste en partir de la perspectiva de H. L. A Hart sobre el derecho y el derecho internacional. Esta visión convencional consiste en pensar en el derecho como una serie de normas que tienen sanciones, así, desde su forma más intuitiva posible, veremos las características normativas del derecho internacional y de cómo es que esta visión realmente no ayuda a entender el derecho internacional.

Una vez problematizada la visión convencional de derecho para entender el derecho internacional y visto que no nos alcanza, tocaría el turno de la visión contractualista, una donde se requiera forzosamente la voluntad de los Estados para crear normas. A esto lo llamamos una visión voluntarista. Sin embargo, esta visión, como se observará más adelante, cae una falacia circular de acuerdo con Ronald Dworkin, por lo que corresponderá, en el apartado final, dar nuestra respuesta a este problema a través de señalar que la naturaleza del derecho internacional es una cuasi-voluntarista.

II. LA VISIÓN CONVENCIONAL

En esta sección se aborda la visión convencional del derecho. En concreto, la perspectiva de Hart en torno a la composición normativa del derecho. Posteriormente, se discute la crítica de Hart al derecho internacional, a partir justamente de esta visión convencional y, en particular, a la ausencia de, por un lado, reglas secundarias de cambio y adjudicación y, por otro lado, a la carencia de sanciones centralmente organizadas.

Hart, en su famoso libro *The Concept of Law*, criticó el supuesto de la existencia del derecho internacional. Recordemos que Hart cree que el derecho es un sistema de normas jurídicas primarias y secundarias. Las reglas primarias son entendidas como reglas que prohíben y permiten acciones, mientras que las reglas secundarias son las de cambio y adjudicación (Hart, 1994, p. 81). Esto significa que son las reglas secundarias las que permiten cambiar otras reglas o bien, adjudican los deberes o derechos que tienen las personas dentro de una sociedad. Según Hart, existe una regla secundaria especial que permite a los funcionarios de la judicatura *reconocer* a un conjunto normativo de reglas primarias como aquellas que forman parte de su propio sistema normativo.² Esta según Hart es la regla de reconocimiento. Hart lo explica así: “Las reglas del primer tipo se refieren a acciones que implican movimientos o cambios físicos; las reglas del segundo tipo prevén operaciones que conducen no sólo a movimientos o cambios físicos, sino a la creación o variación de deberes u obligaciones” (1994, p. 81).

El problema es que el derecho internacional carece de normas secundarias de cambio, adjudicación y de reconocimiento que especifiquen las fuentes del derecho internacional (Hart, 1994, p. 214; May, 2010, p. 53; Kutz, 2010, p. 101). Básicamente la preocupación de Hart es que el derecho internacional parece un derecho compuesto solamente de normas primarias (Hart, 1994). Hart señala:

The absence of an international legislature, courts with compulsory jurisdiction, and centrally organized sanctions have inspired misgivings, at any rate in the breasts of legal theorists. The absence of these institutions means that the rules of states resemble that simple form of social structure, consisting only of primary rules of obligations, which, when we find it among societies of individuals, we are accustomed to contrast with a developed legal system. (Hart, 1994, p. 214)

² A esto Hart lo denomina *punto de vista interno*, el cual consiste en observar la normatividad desde los lentes de las personas que aceptan el propio derecho (Hart, 1994).

Ahora bien, hasta este punto, si se han entendido los conceptos clave de Hart se puede retomar la crítica y señalar que, para él, el derecho internacional sólo contiene estas normas básicas que imponen obligaciones. Pero al carecer de las instituciones señaladas, dígase cortes o legislaturas internacionales, no podrían existir las reglas secundarias. Por ende, en términos de Hart, el derecho internacional carecería de una característica esencial para ser llamado *derecho*.

Algunos internacionalistas han respondido a esa crítica de Hart subrayando que el derecho internacional, además de contar con reglas prescriptivas también tiene principios que hacen que estas reglas se obliguen entre sí. Estos principios funcionan como reglas secundarias que los Estados deben obedecer, es decir, cubren el espacio de una regla prescriptiva, creando una especie de regla de reconocimiento que determina la validez de todas las normas, como es el caso del principio *pacta sunt servanda* (Acosta y León, 2018, p. 53).

Sin embargo, lo anterior no responde del todo el cuestionamiento de Hart, pues las reglas secundarias no sólo otorgan validez, sino que establecen la creación o variación de las reglas primarias. Estos principios de derecho internacional sólo funcionan como fundamentos de legitimidad, pero no como reglas secundarias o de reconocimiento.

Es importante destacar que Hart no niega que el derecho internacional sea derecho, sino que afirma que carece de reglas secundarias que sí tiene el derecho doméstico. Más aún, Larry May precisó que el propio Hart sí reconoció que el derecho internacional podía ser llamado derecho propiamente, pero que en contenido y no en forma, es similar al derecho doméstico por la ausencia de la regla de reconocimiento (May, 2010, p. 81), cosa que bien se puede desprender de la cita de Hart arriba.

Pero entonces para entender el juicio de Hart sobre la naturaleza del derecho internacional, vamos por partes. En el análisis de Hart, lo primero será atender la razón de la falta de sanciones centralmente organizadas en el derecho internacional y posteriormente atender específicamente a la idea de que el derecho internacional tenga reglas secundarias.

Hart sostiene en su argumento que en el sistema internacional no existen elementos institucionalizados que determinen sanciones específicas en casos de transgresión (Hart, 1994, p. 217). Un sistema de sanciones organizado centralmente requiere un representante que pueda emitir directrices que a su vez puedan ser cumplidas por los sujetos de dichas órdenes. Pero lo que convierte al sistema de sanciones en una organización central es que sus normas se originan en un cuerpo de representantes con un poder específico. En nuestras sociedades modernas podemos pensar en el poder legislativo de un Estado donde la Cámara de Repre-

sentantes es un grupo central que organiza aquellos mandatos que califican conductas como permitidas.

En derecho interno, nadie cuestiona que la ley requiera obediencia de las personas dentro de su jurisdicción. Lo que cuestionan es si la aplicación de la ley fue correcta. Esto es diferente a preguntar si existe una obligación política de obedecer la ley. Pero en este caso, estamos hablando de dos cosas diferentes, es decir, por un lado, la sugerencia de que la ley como tal obliga y debe ser cumplida, y por el otro, la cuestión filosófica acerca de si existe una obligación política de obedecer la ley.³

A manera de conclusión de esta sección, podemos afirmar que, desde la visión convencional del derecho, hay serias dudas para reconocer al derecho internacional como derecho. En primer lugar, porque al no haber claridad con relación a sus normas de cambio, de adjudicación y de reconocimiento o bien, de cortes o legislaturas internacionales, parece que se limita a ser un derecho de normas primarias, lo que, de acuerdo con Hart y su visión convencional, no podría conferir su caracterización como derecho.

Por otro lado, el que haya principios dentro del derecho internacional que operen como fundamento de las normas primarias, no es suficiente para que éstos adquieran un rol de normas secundarias (Acosta y León, 2018, p. 53). Finalmente, la visión convencional identifica en la ausencia de un sistema central de sanciones otra razón para que el derecho internacional no pueda etiquetarse como derecho, pues no se encuentra en su composición un órgano de representación que tenga encomendada la labor de determinar y aplicar las sanciones correspondientes por el incumplimiento de las normas primarias.

No obstante, la evolución del derecho internacional ha permitido el surgimiento de actores internacionales con facultades no previstas en la época de la crítica hartiana.⁴ Por ejemplo, la facultad de emitir sanciones desde los sistemas universal y regionales de derechos humanos a los Estados que hubiesen aceptado la jurisdicción de tribunales supranacionales y la vinculación a tratados internacionales. Esto se abordará en la siguiente sección.

³ Para saber más, véase los textos de: Klosko, G. (2008). *Political Obligations*. Oxford University Press. Cfr. Gilbert, M. (2008). *A Theory of political obligation Membership, Commitment, and the Bonds of Society*, Clarendon Press-Oxford University Press; Simmons, A. J. (1981). *Moral principles and Political obligations*. Princeton Academic Press.

⁴ También es valioso agregar que, en este mundo globalizado en donde los avances tecnológicos son varios al grado de permitirnos estar interconectados más allá de las fronteras, hay una transformación del espacio y de las reglas jurídicas más allá de las fronteras convencionales (Sager, 2023, pp. 72-73).

III. PROBLEMATIZANDO LA VISIÓN CONVENCIONAL: LAS REGLAS SECUNDARIAS

En esta sección se contraargumenta la visión convencional del derecho y, en específico, la crítica de Hart al derecho internacional. Para tal finalidad se aluden dos casos que presentan sanciones en el ámbito internacional: el caso de *Al Hassan Ag Abdoul Aziz* de la Corte Penal Internacional y el caso *Digna Ochoa y Familiares vs México* de la Corte IDH para responder el cuestionamiento de Hart con respecto a la ausencia de sanciones en el derecho internacional. Por otro lado, se analiza la vigencia de la otra crítica de Hart, es decir, la falta de reglas secundarias para la adjudicación y el cambio, todo ello a través de la posibilidad de que en el derecho internacional exista una especie de parlamento internacional frente a la estaticidad de sus tratados.

Sin duda alguna, la obligación política es un debate apasionante, pero Hart no se refiere en ninguna parte de su crítica a este aspecto de la discusión. En su argumentación y en sus premisas defiende que la ley en su expresión más común es un conjunto normativo que debe cumplirse porque son mandatos basados en amenazas. Hart tiene un buen punto aquí: la ley para ser aplicada requiere un sistema de sanciones, pues no tiene sentido tener un “sistema legal” que todo el mundo puede tener la libertad de desobedecer.

Sería fácil señalar que Hart se equivoca pues actualmente tenemos sanciones en el ámbito internacional que se dan a través de las cortes internacionales. Miremos unos ejemplos para este punto: un caso de la Corte Penal Internacional (CPI) como el de *Al Hassan Ag Abdoul Aziz*, quien está bajo custodia de la CPI desde 2019 hasta hoy. *Al Hassan* es sospechoso de crímenes contra la humanidad presuntamente cometidos en Tombuctú, Malí. Esto se dio en el contexto de un ataque generalizado y sistemático de los grupos armados Ansar Eddine/*Al Qaeda* en el Magreb Islámico contra la población civil de Tombuctú y su región, entre el 1 de abril de 2012 y el 28 de enero de 2013 (CPI, 2018).

Lo importante es notar que el caso de *Al Hassan* se trata claramente de la primera vez que el derecho internacional considera a una persona como penalmente responsable, imputándole sanciones específicas. También esto podría verse desde casos como la Corte IDH donde los Estados son los sujetos responsables.⁵ Esto podría ser problemático en la distribución de obligaciones del Estado para cumplir la sentencia del Tribunal,

⁵ Aquí debemos interpretar “Estado” como un conjunto de personas que trabajan para el Estado y lo representan como “autoridades del Estado”. Esto se debe a que, en sus sentencias, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no distingue de “gobierno”, “población” y “Estado”. Esto se debe a que cuando señalan a un Estado como responsable

en el sentido de que no está claro quién exactamente es el responsable de las violaciones a derechos humanos. No es propiamente una persona concreta como en el otro ejemplo, pero eso no impide visualizar la existencia de sanciones.

Otro caso ejemplificativo es *Digna Ochoa y Familiares vs México*, en el que la Corte IDH decide que México tiene responsabilidad internacional debido a la violación de diferentes artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos y otras normas internacionales como *Belem Do Para* (Corte IDH, 2021). En este caso, la Corte le ordena al Estado que debe continuar con las investigaciones “...que sean necesarias para determinar las circunstancias de la muerte de la señora Digna Ochoa y, en su caso, procesar y eventualmente sancionar al o los responsables de su muerte...”. Así como proporcionar “el tratamiento médico y/o psicológico, psiquiátrico o psicosocial que requieran las víctimas” (Corte IDH, 2021, p. 61).

Estos dos ejemplos podrían ser buenos para contrastar las ideas de Hart sobre la falta de un “sistema de sanciones organizado centralmente” y quizá, como dice Larry May, Hart con estos dos tribunales, podría afirmar algo distinto a sus críticas en los sesenta (May, 2010). Pero hay algo importante a rescatar que consideramos que mantiene vigente la crítica de Hart y es lo que refiere a las reglas secundarias para la adjudicación y el cambio, en conjunto con la conocida *regla de reconocimiento*.

Consideremos lo siguiente. En un Estado, como la teoría liberal y democrática sostiene, existen parlamentos y tribunales. Eso permite que exista un sistema centralizado para crear dichas normas sancionadoras y lo más importante, que puedan existir cambios y adjudicaciones. La adjudicación en el ámbito normativo no es problemática con respecto del derecho internacional, pues los ejemplos de ambos tribunales internacionales (la CPI y la Corte IDH) nos permiten asignar deberes que los Estados como agentes tienen que cumplir. Esto nos lleva a otro problema que Hart señala en su libro. La problemática entre ser soberano y ser sujeto a normas que abordaremos más adelante. Por lo pronto consideramos importante continuar con el sistema centralizado y las reglas secundarias.

Algo que adolece el sistema internacional y en sí el derecho internacional es propiamente de la existencia de un parlamento internacional. Piense el derecho en sus aspectos más básicos posibles, un conjunto normativo creado —desde el punto de vista liberal— por representantes estatales en un parlamento, los cuales enmiendan el derecho existente, es decir, permiten cambios. Hart menciona que las reglas primarias tienen

de violaciones a derechos humanos, se refieren al cuerpo de autoridades que conforman el Estado.

una característica *estática* que necesita remedio para que los funcionarios puedan reconocer adecuadamente el derecho, este remedio se conoce como *regla de cambio* (Hart, 1994, p. 95).

Esta *regla de cambio* consiste en conferir poderes a personas en específico para que puedan introducir nuevas reglas primarias al sistema normativo (Hart, 1994, pp. 95-96). Esta es la labor de los legisladores al final del día y es algo de lo que podríamos decir que carece el sistema internacional. En el derecho internacional los tratados parecen quedar estáticos: sólo se integran observaciones de los comités internacionales que los interpretan. Pero dichas observaciones no constriñen y por eso son conocidas como *soft law*. Esto es problemático porque no terminan por ser entonces reglas primarias que imponen obligaciones.

Sobre esto, una plausible respuesta está en lo que Hart propiamente no dice y que Christopher Kutz, destaca: Hart “[...] did not himself take up the possibility that such normative systems might be decentralized [...]” (Kutz, 2010, p. 105). Esto significa que los sistemas normativos no necesariamente requieren de estar centralizados para tener un sistema organizado de sanciones. Además, como Kutz señala, se puede entender que la visualización de Hart y su entendimiento del derecho, podrían ser compatibles con esta característica del *soft* y *hard law* del derecho internacional (Kutz, 2010).

Esto último se conecta principalmente con dos cosas: (I) las reglas secundarias y la regla de reconocimiento y (II) el punto de vista interno. Desde el punto de vista de las reglas secundarias y la regla de reconocimiento sí se puede afirmar que el sistema de reglas puede funcionar de manera descentralizada, pues en un sistema internacional los sujetos del derecho reconocen el *soft* y *hard law* como parte de su sistema de fuentes del derecho (como es el caso de las normas de *ius cogens*). Además de que las interpretaciones que dan los tribunales les permiten establecer una especie de regla de cambio a través de la interpretación de las normas primarias, puesto que las decisiones de los tribunales nos pueden servir como una regla que armoniza el estado actual de las leyes con los sucesos que vive una sociedad en un momento actual, como se puede observar con los precedentes judiciales (Gómora, 2018, p. 35). Esto no es un asunto menor, pues al reconocer las normas crean cambios en dicho sistema normativo con las observaciones que se hacen sobre los tratados.

El visualizar así el derecho internacional nos da la pauta para comprender los dos niveles en los que se maneja en la actualidad el derecho internacional, es decir, sistema universal y sistema regional, cuando menos, en materia de derechos humanos y su protección. Pero esto tampoco es un tema menor, pues los sistemas regionales también tienen su forma

de parlamentarismo, tal es el caso de la Unión Europea y su parlamento europeo. El ejemplo claro de cómo se crean nuevos acuerdos que insertan nuevas reglas primarias que van a ser reconocidas es el propio Brexit.

Esto último lleva entonces al (II) punto de vista interno. Se puede entender éste como aquel en el que las personas o grupos aceptan voluntariamente y cooperan para mantener las reglas y se ven unos a otros en términos de reglas, hay una condición de aceptación en las reglas y participación voluntaria en el sistema normativo (Hart, 1994, p. 91) mientras que el punto de vista externo no requiere una aceptación, simplemente seguirlas por miedo al castigo (Hart, 1994, p. 95).

Como conclusión de esta sección, es claro que el avance del derecho internacional ha permitido el surgimiento de sanciones tanto en los sistemas universales como en los regionales, lo que contrasta con la óptica hartiana con relación a la inexistencia de sanciones en el ámbito internacional. Por lo que, podríamos proponer que quizá el propio Hart aceptaría que el *soft* y *hard law* del derecho internacional que operan actualmente, podrían corresponder en algo a su visión convencional del derecho. Sobre todo, a partir de las normas *ius cogens*, es decir, las que se consideran imperativas y las interpretaciones de los tratados internacionales que realizan los tribunales de estos sistemas y que delinear cambios comparables a las reglas de cambio de la visión convencional.

Ahora bien, el análisis del punto de vista interno de Hart nos obliga a discutir la forma en que los grupos aceptan voluntariamente las reglas y cooperan para mantenerlas, esto da pauta para el siguiente apartado en el que se analiza la perspectiva contractualista.

IV. CONTRACTUALISMO

En esta sección se analiza la esencia contractualista o voluntarista del derecho internacional. Este abordaje nos lleva a otra crítica de Hart relacionada con la soberanía y la problemática de ser soberano y sujeto de derecho que se experimenta en el derecho internacional. Lo que necesariamente nos lleva a los argumentos de Avishai Margalit y Joseph Raz para identificar la naturaleza de los grupos que, dentro del derecho internacional, tienen facultades para otorgar su consentimiento de manera vinculante.

El derecho internacional tiene una esencia contractualista y, sobre todo, "voluntarista" por ello, el punto de vista interno es compatible, así como las reglas secundarias en cierta medida; esto nos lleva a pensar que es plausible pensar, como Kutz lo hace, que desde la perspectiva hartiana se puede hablar de un sistema de sanciones organizado tanto

central, en un sistema universal, como descentralizado en los sistemas regionales. El problema ahora gira en torno a la segunda parte de la crítica, el ser soberano y sujeto de derecho al mismo tiempo.

El segundo punto de la crítica de Hart hacia el derecho internacional radica en la idea confusa sobre cómo se entiende la soberanía, es decir, por qué los Estados son soberanos y sujetos de derecho al mismo tiempo (Hart, 1994). Hart nos dice que entendamos el concepto de soberanía como: “independiente” (Hart, 1994, p. 223), “un Estado soberano es aquel que no está sujeto a ciertos tipos de control, y su soberanía es aquella área de conducta en la que es autónomo” (Hart, 1994, p. 223).

Al respecto, Hart argumenta que no está muy claro qué es un Estado soberano, en principio porque la idea de que alguien o algo es soberano reside en que es un poder supremo que no puede estar atado a otros controles, sin embargo, un Estado puede ser soberano y al mismo tiempo estar sujeto a reglas fuera de sus límites territoriales (Hart, 1994).

La demostración hartiana en este punto sobre la vaguedad del concepto de “Estado soberano” consiste en señalar Estados que se someten a otros poderes fuera de sus límites territoriales. Un ejemplo claro de ello —y que consideramos el mejor de los que menciona Hart por ser el que mejor se adapta a la actualidad— es el de los Estados Confederados (Hart, 1994).

Esta idea de Estados confederados nos parece atractiva ya que hoy en día podemos ver Estados como los Estados Unidos de América, México e incluso la Unión Europea como un conjunto de Estados que se acogen a un gobierno central para crear un sistema de normas que delimitan ciertos “estados” a un poder fuera de sus territorios. Esto es compatible con la idea de Hart, ya que reconoce este tipo de gobierno.

Pero la principal crítica de Hart en este punto entre la confusión de ser soberano y sujeto de derecho se divide en dos partes:

a) La primera es que Hart señala que las teorías voluntaristas, es decir, las que hablan de que los Estados soberanos en el derecho internacional adquieren obligaciones por su propia voluntad, en palabras más sencillas, se limitan a sí mismos. Pero ello no explica cómo es que esa sea la única vía para que los Estados soberanos puedan autoimponerse obligaciones (a través de tratados que requieren consentimiento). Visto desde otra perspectiva, también se puede preguntar: ¿por qué esta visión de la soberanía debe ser aceptada en el derecho internacional?

b) La segunda radica en la incoherencia de que los Estados soberanos por su propia voluntad se sometan al derecho internacional creando obligaciones internacionales, pero estas obligaciones se deduzcan no de nor-

mas que ellos establecieron de antemano, sino de la voluntad de aceptar dichas obligaciones.

Esto último requiere un poco más de explicación (Hart, 1994). El problema es que, normalmente en el derecho interno, los Estados tienen un Parlamento que puede crear normas que establezcan obligaciones, esto es una forma de autoimposición de obligaciones a través de sus propios mecanismos de creación normativa. Esta forma de autoimposición de obligaciones contrasta con la aspiración de los Estados de ser soberanos y de mutuo acuerdo crear una serie de obligaciones internacionales, para, a su vez crear una serie de normas que contengan dichas obligaciones.

Como menciona Michael Blake (2001), la razón de la diferencia recae en que los miembros de una comunidad política son los que acuerdan cómo crear sus instituciones a través de una legítima y justificada limitación de su propia autonomía. La autonomía puede ser entendida como la capacidad de las personas a autogobernarse (Raz, 2009). Similarmen- te los Estados autónomos son aquellos que no reciben órdenes porque son ellos las máximas autoridades dentro de su territorio.

Así pues, si hemos interpretado correctamente a Hart, en el ámbito internacional el problema radica en que es incoherente señalar que existen obligaciones internacionales creadas por la voluntad de los Estados y que sólo por ello son obligatorias, sin atender a la forma de creación normativa. Esto explicaría por qué para Hart es sumamente importante entender qué es un Estado soberano y por qué sería incoherente pensar que por ser soberano también puede ser sujeto de derecho. Incluso en las teorías contractualistas de la filosofía política se habla de crear instituciones para crear normas basadas en principios con los que crear un sistema de normas.

Aun cuando pretendamos hacer un “cambio de enfoque”, como sugieren López-Farjeat y Lozano Ortega (2023), y mirar las tensiones entre lo local y lo internacional y adoptemos lo que los autores llaman una “confederación democrática”, lo cierto es que este tipo de organizaciones políticas recaen también en el argumento contractualista del cual se objeta la inconsistencia entre ser un Estado soberano y ser sujeto de derecho.

A manera de conclusión de esta sección, la crítica hartiana al derecho internacional nos permite abrir un abanico de reflexiones, de las cuales podemos afirmar hoy en día que dicha crítica, más que descalificar el derecho internacional, nos permite una especie de fundamento voluntarista, pues la regla de reconocimiento y el punto de vista interno, nos llevan de la mano a pensar en que voluntariamente los Estados otorgan un con-

sentimiento para participar en un sistema internacional y crear reglas primarias y secundarias de forma descentralizada y centralizada.

Esto nos lleva a un problema relacionado con las críticas de Dworkin que a continuación se explican. Una vez analizadas dichas críticas daremos cuenta de la propuesta voluntarista.

V. LA CRÍTICA DE DWORKIN AL DERECHO INTERNACIONAL: EL ARGUMENTO CIRCULAR

En esta sección damos entrada a la crítica de Dworkin al derecho internacional, particularmente, al problema del argumento circular. Con el cual Dworkin sugiere que no podemos fundamentar el derecho internacional únicamente en el consentimiento de los Estados para crear derecho. Asimismo, también explicamos la propuesta de Dworkin sobre el fundamento del derecho internacional, así como una crítica a esta idea.

Dworkin señala que los fundamentos para reconocer las reglas del derecho internacional como derecho, requieren de un ajuste entre las reglas primarias y secundarias (en especial la regla de reconocimiento) (Dworkin, 2013). Dworkin critica que existe un argumento circular en los intentos del positivismo legal Hartiano de fundamentar, en el consentimiento, al derecho internacional como derecho (Dworkin, 2013).

La circularidad consiste en que la soberanía se necesita para poder otorgar el consentimiento a través de tratados internacionales que generan normas y obligaciones. A su vez, podemos explicar que un Estado soberano puede estar vinculado por normas internacionales gracias al consentimiento que el Estado voluntariamente da para estar vinculado. Esto nos lleva al argumento circular de Dworkin porque si suponemos que los Estados consienten la forma en la que se han de obligar de acuerdo con el derecho, existe un problema con la costumbre internacional como fuente de derecho. Donde, para que la costumbre obligue, se requiere que sea una práctica aceptada y que se siga porque es reconocida como derecho. Pero, si aceptamos esto, caeríamos en una circularidad porque para preguntarnos qué prácticas hemos consentido para que sean derecho, nos estaríamos preguntando si hemos consentido o no en primer lugar (Dworkin, 2014).

El punto importante es que nuestro esfuerzo inicial por llamar “voluntarista” a una propuesta de defensa del derecho internacional como derecho basado estrictamente en el consentimiento, nos lleva a un argumento falaz y, por ende, a un rotundo fracaso. La razón es que, si afirmamos que son los Estados quienes crean el derecho internacional porque

son soberanos y sólo por serlo podrían crear derecho internacional, para identificar qué normas han consentido, irremediablemente tendremos que preguntarnos si han consentido en primer lugar, en pocas palabras, caemos en la objeción de Dworkin.

Pero si miramos con atención la propuesta de Dworkin tampoco sería una buena idea para la justificación del derecho internacional como derecho. Dworkin apunta a que el derecho internacional no puede descansar en el consentimiento porque sería un argumento circular, pero que si trasladamos el debate a lo que sucede en la jurisprudencia doméstica quizá encontremos una respuesta al problema internacional (Dworkin, 2013). Esto recae en la idea que tiene Dworkin del derecho, es decir, uno que se basa en principios morales. Dichos principios tienen importancia para él al momento de definir la base del derecho internacional en el principio moral de prominencia.

En *Justice for hedgehogs*, Dworkin define al derecho como una rama o subdivisión de la moralidad política (Dworkin, 2011, p. 405). Esto es importante porque quiere decir que los jueces, en su labor interpretativa, frecuentemente proporcionan argumentos político-morales para adjudicar los casos. Esto sirve para explicar, desde el punto de vista de Dworkin, la necesidad de buscar principios morales que sean compatibles con el derecho internacional como fundamento del derecho. También sirve para jerarquizar las fuentes del derecho internacional (Dworkin, 2013), porque el consentimiento, como respuesta al fundamento del derecho internacional no ayuda en realidad a descifrar la jerarquía dentro de las fuentes del derecho internacional, sobre todo en el aspecto de las normas de *ius cogens*. Esto se debe a que dichas normas son costumbres aceptadas por un grupo considerable de Estados que aceptan dichas costumbres y las convierten en normas perentorias para todos los Estados, hayan o no aceptado dichas costumbres (Dworkin, 2013).

Para muchos autores, esta búsqueda de principios no hace otra cosa sino pretender generar mayor legitimidad para el derecho internacional. Por ello se dice que, con el derecho internacional de los derechos humanos y, los tribunales internacionales que resuelven sobre dichos temas, se confiere mayor legitimación al derecho internacional y a los mismos Estados (Martín, 2020, p. 140).

Esto último nos vuelve a remitir al problema de la circularidad. Pues dentro de las fuentes del derecho internacional se diría algo como lo siguiente: “el consentimiento dota de sentido a las normas perentorias conocidas como *ius cogens*, las cuales son fuente de derecho internacional, así como las normas y los tratados que se firmen y la costumbre internacional, estas son obligatorias porque fueron consentidas”.

Como se puede observar, la circularidad deja sin explicar por qué el consentimiento es la base. Más bien nos remite a sus fuentes, y a su vez sus fuentes nos remiten de nuevo al consentimiento. Tampoco serviría señalar el principio de *pacta sunt servanda*, pues como dice Dworkin, esto nos remite a un problema del tipo: "¿qué fundamenta nuestras promesas?" (Dworkin, 2013). Nuevamente, si nos atrevemos a señalar el consentimiento, caeríamos en este mismo ejercicio de repetir hasta el cansancio que el consentimiento es la base: "yo prometo x porque consentí x y x es una promesa porque así la consentí, por lo tanto, x se debe cumplir porque así lo consentí", como se aprecia, esto es circular.

Por ello, tiene sentido que Dworkin reclame que se necesita de un principio moral como lo es el principio de prominencia. Este principio señala que, si un grupo de Estados con un número significativo de población han desarrollado y están de acuerdo en un código de prácticas, ya sea por tratado u otras formas de coordinación entre ellos; los otros Estados tienen un deber *prima facie* de suscribirse a esa práctica con la salvedad de que este deber se cumple sólo si una práctica más general a tal efecto mejoraría la legitimidad del Estado suscriptor y el del orden internacional en su conjunto (Dworkin, 2013, p.19).

Puede señalarse que Dworkin insiste en que existe la salvedad sobre si aceptar ese deber mejoraría la legitimidad del Estado suscriptor y el orden internacional en su conjunto. Pero esto también lleva de forma irremediable al consenso para crear fuentes de derecho internacional.

Explicuemos esto de forma más profunda y por partes. En primer término, también es circular señalar que los deberes *prima facie* son la fuente del derecho internacional. Cuando menos, desde nuestra interpretación así lo parece porque nos orilla a preguntarnos de dónde deducimos dichos deberes. Desde la perspectiva de Dworkin, "de los tratados u otras formas de coordinación", esto irremediablemente nos liga con el consenso. Piense, por ejemplo, en que si señalamos que estos deberes se crean por el consentimiento y lo que fundamenta dichos deberes es el consentimiento, y esos deberes se deben cumplir porque así fueron consentidos, esto se vuelve de nuevo circular.

Ahora bien, quizá podamos dar una interpretación distinta a esto y pensar los deberes *prima facie* como lo hace David Ross; es decir, como ciertos deberes que no son deberes propiamente que tenemos a primera vista (Ross, 2009, pp.20-21). Si esto es así, la situación de dicho principio dworkiniano se complejiza un tanto.

Esto se debe a que, si estos deberes se pueden deducir de una primera vista, tendríamos que admitir que la práctica reiterada de dichas costumbres internacionales de un grupo significativo de Estados con una

población determinada es lo que nos lleva a considerar que estos deberes se consagran y fundamentan una fuente de derecho internacional. A esto en la teoría del derecho se le llama costumbre como fuente de derecho. Esto implica dos principios: primero *opinio juris sive necessitatis* y segundo la *inveterata consuetudo*. Ambos son principios que nos indican que, por un lado, necesitamos la convicción de que una obligación existe y nos somete a su cumplimiento (*opinio juris*) y, por el otro, el reconocimiento de una práctica reiterada (*inveterata consuetudo*).

Aquí es donde está el problema central en la interpretación de Dworkin, hay una especie de consenso tácito en el reconocimiento de dichas prácticas que nos someten y consideramos como obligatorias. Esto nos conduce a un mayor drama, que consiste en que si no es un principio moral como advierte Dworkin (o por lo menos nuestra interpretación de él), ni tampoco la regla de reconocimiento de Hart, parece entonces que el derecho internacional está condenado a un híbrido extraño de algo que no podemos entender claramente como derecho. Toca el turno pues, a dar una serie de consideraciones que creemos que pueden ser útiles para este problema.

VI. UNA PROPUESTA HÍBRIDA: GRUPOS AUTOCONTENIDOS INTERNACIONALES

Hasta este punto hemos puesto sobre la mesa la visión convencional del derecho internacional y cómo es que esto nos lleva a un argumento contractualista para su fundamento, esto es porque se basa estrictamente en el consentimiento que otorgan los Estados para crear derecho. También vimos cómo esto crea un problema que muy bien apunta Dworkin, es decir, esto es una falacia circular pues para determinar la naturaleza del derecho internacional diríamos que fue algo consentido y que es valioso porque fue consentido por quienes otorgaron su consentimiento y se debe cumplir porque así lo consintieron. Al mismo tiempo, observamos cómo la propuesta de Dworkin de un principio moral mayor es problemática porque implica pensar qué grupos son los que pueden dictar cuál es el derecho que debemos seguir como comunidad.

Como se advirtió, esta idea de Dworkin nos conduce a pensar que quizá la naturaleza del derecho internacional requiera un híbrido entre las propuestas de Hart y las de Dworkin. Es por ello, que en esta sección atenderemos ese híbrido al cual llamaremos: grupos autocontenidos internacionales. Asimismo, retomaremos los ejemplos mencionados al inicio para demostrar cómo esta propuesta híbrida permite explicar de mejor manera el derecho internacional.

Partamos de dos ideas centrales. En primer lugar, consideramos que, a la fecha, ningún positivista se atrevería a separar derecho y moral tan tajantemente, o cuando menos a no señalar que existen ciertas conexiones entre derecho y moral (Vega, 2014). Con esto en mente podemos ampliar nuestra discusión acerca de la naturaleza del derecho internacional evitando disputas estériles sobre su naturaleza.

En segundo lugar, hay que recordar que, si la propuesta “voluntarista” está comprometida necesariamente con el consentimiento como fundamento del derecho, el problema es que esto nos remite a una interpretación contractualista del derecho internacional como se puede desprender de los argumentos de Hart y al mismo tiempo al argumento circular de Dworkin.

La idea ahora es generar un argumento que evite la falacia circular y al mismo tiempo permita considerar al derecho internacional como derecho, pero sin emplear el contractualismo o una idea de derecho internacional que se base estrictamente en el consentimiento. Por ello, nosotros propondremos lo que se podría llamar una visión “cuasi-voluntarista” del derecho internacional.

Esta idea consiste en señalar primero que, en la arena internacional, como en las comunidades domésticas, existen un tipo especial de grupos que pueden crear y socializar a los miembros del grupo de manera que cierto tipo de reglas se tornen vinculantes.⁶ En segundo lugar, existen obligaciones que se adquieren simplemente por pertenecer de cierta manera a ese tipo de grupos especiales. Este tipo de relación es “cuasi-voluntaria” porque no se requiere consentir las reglas que imponen obligaciones, sino que, al ser un grupo el que crea y socializa las reglas que son vinculantes, los demás grupos tienen una obligación *prima facie* de seguir dichas reglas.

Al final lo que queremos argumentar es que existe un grupo dominante de Estados quienes establecen relaciones internacionales que socializan a los Estados de manera que crean y sostienen reglas que funcionan como el derecho; de manera que cada nuevo miembro de esa comunidad internacional debe simplemente acatar el derecho por jugar un rol en ese grupo.

⁶ Una idea muy sencilla a la que podemos apelar son los regímenes de ciudadanía, donde es a través de estos que ocurre la regulación de los derechos y obligaciones dentro de un Estado (Mosqueda, Chávez y Tigau, 2023). Con esto en mente, creemos que es importante analizar el caso doméstico y la forma en la que crean derecho para compararlo de forma analógica con el derecho internacional.

Este argumento está basado entonces en una analogía con el caso doméstico. Así que conviene ir por pasos. Primero hay que analizar cómo ocurre la socialización en el ámbito doméstico mediante los grupos autocontenidos y cómo esa socialización se relaciona con el derecho. A continuación, veremos si ocurre algo suficientemente parecido en el caso de la comunidad internacional. Finalmente veremos si los grupos autocontenidos internacionales pueden explicar los ejemplos con los que comenzamos.

Comencemos con el caso doméstico a través de los argumentos de Avishai Margalit y Joseph Raz, quienes buscan una manera justificada de determinar qué tipo de grupo —nación, pueblo grupos étnicos, etcétera—, dentro del derecho internacional, es el que tiene la facultad de otorgar su consentimiento de manera vinculante (Margalit y Raz, 1990, p. 443).

Margalit y Raz sostienen que la discusión sobre quién puede dar su consentimiento para aceptar el derecho internacional comienza señalando qué son los pueblos o naciones que forman parte del Estado. Después, tendríamos que explicar quiénes conforman estos pueblos o naciones. Una forma de hacerlo es entenderlos como grupos de individuos que constituyen instituciones y normas que pueden tener esta libertad de autogobierno y autodeterminación. Margalit y Raz llaman a estos grupos “Encompassing Groups”, es decir, grupos que crean y sostienen el proceso de socialización (Margalit & Raz, 1990).

Los “Encompassing Groups” reúnen seis características: 1) tienen un carácter común y una cultura común que abarca diferentes aspectos importantes de la vida y una cultura que puede abarcar una variedad de formas o estilos de vida, actividades, ocupaciones, búsquedas y relaciones; 2) una cultura de grupo; 3) reconocimiento mutuo; 4) autoidentificación; 5) sentido de pertenencia, y 6) “Son grupos anónimos donde el reconocimiento mutuo está asegurado por la posesión de una característica general” (Margalit & Raz, 1990, pp. 443-447).

Estas características que reúnen los “Encompassing Groups” también se pueden notar en el derecho internacional. Esto es, porque al igual que sucede dentro de los Estados, es un grupo en específico quienes socializan y crean de forma legítima el derecho que ha de ser aplicable a todos los miembros de la comunidad. Esta analogía es aplicable porque en el proceso de construcción del derecho y su socialización normativa, tanto los Estados como miembros de una comunidad y los grupos dentro de un Estado, siguen a un grupo en específico que socializa y crea el derecho aplicable a la comunidad. Por lo tanto, ambos comparten las mismas características.

La razón de por qué consideramos que es aplicable recae en cómo entendemos que se forman estos grupos en la comunidad internacional. Para ello, hay que echar un ojo a la propia comunidad internacional y obviar que se compone de Estados. Sin embargo, un primer factor que podría objetarse es que si bien, de forma laxa podría sostenerse que la totalidad de Estados conforman una comunidad, no menos cierto es que cada Estado está delimitado por sus fronteras, cosa que no sucede al interior de un Estado como lo podría ser Estados Unidos.

Si regresamos un poco a los ejemplos que se mencionaron al inicio, es fácil apreciar que California y Texas no tienen fronteras con sus estados confederados aledaños, es decir, no tienen un tipo de “control fronterizo” como sí lo tendrían con el otro Estado vecino, en este caso, México. Para que nuestra analogía sobreviva es necesario dar respuesta a este conflicto.

La forma en que consideramos que se puede resolver este problema es seguir los argumentos de Enrique Camacho sobre el análisis del concepto de frontera. Camacho nos brinda un concepto en el que se sostiene que son una “[...] estructura básica de instituciones y organizaciones intergubernamentales [...]” que crean tanto al interior como al exterior un régimen de seguridad (Camacho, 2021, p. 227).

Esto quiere decir que las fronteras más que una delimitación propia de un Estado en específico tienen una dualidad en donde son un colectivo de Estados que comparten las fronteras y que deciden cómo organizarse y crear poder político que va a regir a distintos grupos de personas, tanto connacionales como extranjeros.

Esta noción de frontera como un *Sistema integrado de instituciones fronterizas* (Camacho, 2021), nos permite ver de forma más amplia que la relación, por ejemplo, entre California y Baja California, respecto al poder político en la migración puede ser visto como un acuerdo normativo por parte de estos dos grupos, para constituir California como una ciudad santuario, mientras que, los acuerdos que tiene Texas son distintos.

Si ponemos sobre la mesa esta idea de sistema integrado de instituciones fronterizas y los grupos autocontenidos internacionales podemos decir que las relaciones amplias que tienen los Estados al compartir instituciones les permite distinguir estos grupos autocontenidos que se encargarán de crear las normas y deberes que todos han de seguir, mientras que, los demás que participan en este esquema, asumen deberes aparentes (*prima facie*) de seguir dichas normativas.

Esto nos lleva a pensar que los oficiales internacionales que aplican el derecho pueden crear una regla de reconocimiento al estilo de Hart, pues asumen que aquellos que han creado el derecho en primera instancia, así como aquellos que lo siguen, forman parte de una misma comu-

nidad que comparte instituciones y costumbres que les permite adjudicar sanciones.

En resumidas cuentas, esta propuesta es cuasi-voluntarista porque, por un lado, tenemos a los grupos autocontenidos internacionales quienes acuerdan de forma voluntaria las normas y obligaciones a las que llamaran derecho y, por otro, están los demás miembros de la comunidad internacional quienes aceptarán que es derecho. Al mismo tiempo, esta es una propuesta híbrida porque reúne las características de Dworkin, al plantear, por un lado, la existencia de obligaciones *prima facie* de seguir el derecho creado por un grupo dominante dentro de la comunidad internacional y, por otro, se sigue la lógica hartiana de instituciones voluntarias que se componen de reglas primarias que se acuerdan entre esos grupos autocontenidos, mientras que se crean reglas secundarias de cambio y adjudicación a través de las instituciones internacionales.

Si retomamos completamente el ejemplo del inicio podríamos decir lo siguiente respecto al derecho internacional, el derecho local y la problemática que se observa con las políticas migratorias. Al principio dijimos que Estados Unidos establece competencia federal exclusiva para crear leyes migratorias, pero les da a sus entidades federativas la potestad de crear políticas migratorias para aplicar esas leyes. Esto produce que tengamos casos como el Texas y California que crean leyes que pueden acompañar la política restrictiva de la migración como lo hace la federación o bien, crear políticas contrarias porque está permitido por la ley que así se hagan, como es el caso de las ciudades santuario.

Ante este conflicto normativo, si acudimos al derecho internacional desde su subsidiariedad y como lo hemos definido desde la propuesta cuasi-voluntarista, podríamos decir que el derecho internacional avala la creación de políticas restrictivas de la migración porque así los grupos autocontenidos internacionales a través de su sistema integral de instituciones fronterizas han acordado que sea, esto a su vez crea obligaciones de *prima facie* de seguir estas normas creadas por los grupos autocontenidos respecto al control fronterizo. Esto se puede observar cuando atendemos que los Estados buscan regular los controles fronterizos, en vez de tener políticas fronterizas de fronteras abiertas. En el caso que nos ocupa, el derecho internacional viene a acompañar a los mandatos de la federación al establecer normas de visado que los demás Estados deben seguir.

Por lo tanto, podemos decir que esta perspectiva híbrida que hemos puesto en la mesa podría dar solución a los conflictos normativos internos acudiendo al derecho internacional y cómo este derecho es creado a través de su naturaleza cuasi-voluntarista.

VII. CONCLUSIÓN

A lo largo de este texto se puso sobre la mesa la discusión del derecho internacional y su naturaleza desde un caso en concreto. Se tomó el ejemplo de las políticas y las leyes migratorias en Estados Unidos, donde la competencia de la creación de dichas normas es exclusivamente federal, mientras que las entidades federativas crean sus políticas migratorias respecto a lo que ordena la federación, asimismo, se aprecia una discrepancia normativa donde el derecho internacional tendría un campo de acción para ayudar en estos vacíos legales. Sin embargo, el entendimiento convencional del derecho internacional no ayuda a resolver estos problemas puesto que caería en una falacia circular como lo menciona Dworkin, por ello, a pesar de poder alegar que existen reglas primarias y secundarias (como lo dice Hart) en el derecho internacional, es necesario crear un híbrido que pueda escapar de esta naturaleza netamente voluntarista.

Por ello, la necesidad de apostar por una visión cuasi-voluntaria, la cual consiste en señalar que el derecho internacional se crea por grupos autocontenidos que pueden crear normas y socializarlas para que los demás grupos asuman como deberes *prima facie* a través del sistema integral de instituciones fronterizas y propiamente las instituciones que comparten a nivel internacional. Donde se permite observar cómo esta visión híbrida ayudaría en los vacíos legales internos a través de cómo se crean las normas que los demás grupos aceptan sin necesidad de dar su consentimiento.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, E. & León, J. (2018). Una mirada al derecho internacional desde H. L. A. Hart. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 23(2), 50-57. <http://doi.org/10.5281/zenodo.1798940>
- Blake, M. (2001). Distributive Justice, State Coercion, and Autonomy. *Philosophy & Public Affairs*, 30(3), 257-296. <https://www.jstor.org/stable/3557924>
- Camacho Beltrán, E. (2021). Los contornos del diseño fronterizo. En A. Estany y M. Gensollen (Eds.), *Diseño institucional e innovaciones demográficas*. Universidad Autónoma de Aguascalientes, Universitat Autònoma de Barcelona.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2021). "Caso Digna Ochoa y familiares vs. México" disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_447_esp.pdf

- Corte Penal Internacional (2018). *Case The Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*. ICC-01/12-01/18
- Cruz, E. (2019). The spectrum of sanctuary cities in the United States: Contrasting the genesis and practices of proimmigrant local policies. *Estudios Fronterizos*, 20. <https://doi.org/10.21670/ref.1908029>.
- Dworkin, R. (2013). A new philosophy for international law. *Philosophy & Public Affairs*, 41(1), 2-30. <https://www.jstor.org/stable/42703839>
- Dworkin, R. (2014). Una nueva filosofía para el derecho internacional. *Lecturas y Ensayos*, 93, 275-284.
- Dworkin, R. (2011). *Justice for hedgehogs*. Harvard University Press.
- Gilbert, M. (2008). *A Theory of political obligation Membership, Commitment, and the Bonds of Society*. Clarendon Press-Oxford University Press.
- Godoy, M. y Bauder, H. (2021). Ciudades santuario y solidarias en América Latina: una revisión de literatura. *Migración y Desarrollo*, 19(36), 89-113.
- Gómora, Juárez, S. (2018). *Un análisis conceptual del precedente judicial*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Hart, H.L.A. (1994). *The concept of law*. Clarendon Press.
- Klosko, G. (2005). *Political Obligations*. Oxford University Press.
- Kutz, C. (2010). On Visibility and Secrecy in International Criminal Law. En P. Cane, *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century* (pp. 97-105). Hart Publishing.
- López-Farjeat, L. Xavier y Lozano Ortega, T. (2023). Democratic Confederalism: An Alternative for Facing Tensions Between Global Citizenship and Localist Citizenship, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, (17), 47-68. <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2023.17.18207>
- Margalit, A. y Raz, J. (1990). National self-determination. *The journal of philosophy*, 87(9), 439-461.
- Martinón, R. (2020). La legitimidad normativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal internacional. *Andamios*, 17(42), 121-145. <https://doi.org/10.29092/uacm.v17i42.737>
- May, L. (2010). International Criminal Law and the Inner Morality of Law. En P. Cane, *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century* (pp.76-96). Hart Publishing.
- Mosqueda, A., Chávez, R. y Tigau, C. (2023). Citizenship Regimes and Exclusion: Historical Analysis of Legislation on Illegalized Migration in the US. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, (17), 121-145. <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2023.17.18211>

- Raz, J. (2009). *The morality of freedom*. Clarendon Press.
- Ross, W. D. (2009). *The right and the good*. Oxford University Press.
- Sager, A. (2023). Radical Republican Citizenship for a Mobile World. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, (17), 69-88. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2023.17.18208>
- Simmons, A. J. (1981). *Moral principles and Political obligations*. Princeton Academic Press.
- Vega Gómez, J. (2014). *Ensayos de filosofía jurídica analítica*. Dykinson.

¿Iuspositivismo o iusnaturalismo en bioética? A propósito de la relación entre derecho natural y biojurídica

Legal Positivism or Legal Naturalism in Bioethics? Regarding The Relationship Between Natural Law and Biolaw

Javier Saldaña Serrano

 <https://orcid.org/0000-0002-2050-034X>

Universidad Nacional Autónoma de México
Correo electrónico: javiers@unam.mx

RECIBIDO: 15 de agosto de 2023

ACEPTADO: 20 de octubre de 2023

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2024.18.18471>

RESUMEN: En los tiempos actuales, una materia que viene estudiando la relación entre derecho y bioética es la que se conoce como bioderecho o biojurídica, la cual trata de ofrecer una respuesta a los problemas más polémicos de la ética de la vida. Para suministrar elementos al contenido de tal disciplina se exponen en este trabajo algunos argumentos del derecho natural clásico aristotélico-tomista, mostrando cómo la corriente positivista del derecho adolece de razonamientos fuertes y, sobre todo, reivindicando la idea de dignidad de la persona humana basada en su naturaleza humana. Este dato ontológico es la clave para entender el bioderecho o biojurídica y, en general, los problemas de la bioética.

Palabras clave: bioética, bioderecho, biojurídica, derecho natural, persona, dignidad humana, justicia, bien común, derechos humanos.

ABSTRACT: Currently, the subject that has been studying the relationship between law and bioethics is known as biolaw, which tries to offer an answer to the most controversial problems of the ethics of life. This paper discusses some arguments of the Aristotelian-Thomistic natural law to provide elements to the subject matter of such discipline. It shows how legal positivism theory lacks compelling reasoning and, above all, vindicates the idea that dignity of human beings is based on their human nature. This ontological data is the key to understanding biolaw and, in general, the problems of bioethics.

Keywords: bioethics, biolaw, natural law, person, human dignity, justice, common good, .

SUMARIO: I. *Planteamiento de problema.* II. *Una pregunta nada trivial. ¿Bioderecho o biojurídica?.* III. *Noción general de biojurídica.* IV. *Una teoría del derecho natural. El iusnaturalismo clásico.* V. *Pro-*

I. PLANTEAMIENTO DE PROBLEMA

Abordar las relaciones entre iusnaturalismo y bioderecho o biojurídica no se presenta como una tarea sencilla; esto por varias razones. La primera atañe a los propios nombres de las materias a considerar. En el caso del iusnaturalismo, el nombre mismo plantea problemas de comprensión, no sólo porque con esta expresión nos referimos a una gran diversidad de teorías que explican particulares maneras de entender el derecho natural (Carpintero Benítez, 2000, pp. 167-236), sino porque en culturas jurídicas tan legalistas y positivistas como la mexicana, cualquier teoría iusnaturalista es apenas conocida.

En el caso del bioderecho o la biojurídica también hay problemas con su denominación, pues aún existen importantes discusiones académicas sobre cuál sería la terminología correcta; incluso algunos han llegado a plantear que la expresión más precisa no es ninguna de las dos, sino que debería de ser la de bionomótica (Serrano Ruiz-Calderón, 2001, p. 62). Sobre esto habría que decir que, si bien las expresiones bioderecho o biojurídica resultan extrañas, más aún resulta bionomótica.

Los problemas que entraña la relación del iusnaturalismo con el bioderecho o biojurídica no atañen únicamente a su significado, envuelven también cuestiones de fondo relativas al contenido mismo de estas disciplinas, es decir, atañen, nada menos y nada más, a sus propias bases filosóficas y, en definitiva, ontológicas.

En el caso del iusnaturalismo, ¿cuenta esta corriente de pensamiento con el aparato teórico suficiente para responder a los avances en bioética? Dicho en otras palabras, ¿puede el iusnaturalismo, con su fórmula de la "determinación de lo justo", concretar la justicia ante los avances biotecnológicos? Estas preguntas muestran la complejidad referida, y como se alcanza a observar no prevén respuestas sencillas.

Las soluciones a las anteriores preguntas tratarán de ser ofrecidas en las líneas que a continuación se presentan. El itinerario que se seguirá es el siguiente: *i)* como un dato previo conviene aclarar terminológicamente las expresiones bioderecho, biojurídica y iusnaturalismo; *ii)* la exposición sistemática de lo que considero es el contenido esencial del iusnaturalismo, reflejado en al menos cinco argumentos básicos: *a)* persona humana; *b)* la dignidad de la persona; *c)* la idea de justicia; *d)* el bien común y la democracia, y *e)* los derechos humanos. Es obvio lo amplio de cada uno de

estos temas, de ahí el carácter puramente introductorio y casi enunciativo de los mismos; esto porque nuestro propósito es mostrar cómo el iusnaturalismo está en mejores condiciones que los conceptos iuspositivistas de responder a las prácticas bioéticas en los que muchas veces ésta se basa.

Es necesario formular una advertencia. En este trabajo no se encontrará una respuesta unívoca a los variados y complejos problemas de la bioética, sino sólo un acercamiento básico a la problemática general de esta materia desde algunas bases iusfilosóficas, especialmente iusnaturalistas. Así, no se ofrecerá un tratamiento profundo sobre aspectos específicos de la bioética; la mención que se hará a ésta sólo será a sus aspectos más generales, dado que ni los problemas de hecho ni el tratamiento del derecho natural son los mismos en todos los dilemas bioéticos. Así, teniendo como base el derecho natural, acudiré principalmente, aunque no únicamente, al pensamiento de uno de los más importantes iusnaturalistas del siglo XX y principios del XXI, el profesor español Javier Hervada, quien sin duda representó esta corriente de pensamiento en su forma más fidedigna.

II. UNA PREGUNTA NADA TRIVIAL: ¿BIODERECHO O BIOJURÍDICA?

Señalábamos en renglones precedentes que el conjunto de problemas que acarrea el hoy llamado bioderecho o biojurídica comienzan desde su propia denominación: ¿cuál es la forma correcta de llamar a la disciplina jurídica que estudia los problemas de la bioética, bioderecho o biojurídica?, ¿qué implicaciones acarrea nombrarle de una u otra forma? Estas preguntas no son baladíes y en algunas culturas jurídicas resultan especialmente relevantes por la manera en la que se entiende y obedece al derecho.

En México, por ejemplo, se tiene la creencia de que el derecho es sólo el derecho positivo (normas) dado autoritativamente. Esta es la manera estándar del positivismo jurídico que en esta cultura nos enseñó Kelsen y sus seguidores. Así, por ejemplo, uno de los representantes del iuspositivismo kelseniano en México, comentando el concepto total de dicha corriente, como es el del mandato dirá:

[...] Si se prescinde de entidades metafísicas y supramundanas y se concentran las consideraciones teóricas sobre los hechos y acontecimientos empíricos, la teoría del derecho que toma al mandato como modelo, total o parcial, del derecho, llega necesariamente a la conclusión de que el objeto de conocimiento de la jurisprudencia o ciencia del derecho es el derecho positivo,

i.e., el derecho puesto o establecido (producido) por actos humanos (Schmill, 2003, p. 26).

Con esta cita se puede mostrar cómo esta tradición es la que ha imperado en México, al menos en los últimos tiempos.

La conclusión lógica de la idea anterior no será otra que la tajante separación entre descripción y valoración. Así, para el positivismo jurídico necesariamente se debe excluir cualquier juicio de valor sobre el contenido de las normas. Tal esquema nos muestra un dato muy simple pero esclarecedor, y es el hecho de que para esta corriente de pensamiento sólo es derecho el que encuentra su origen en una fuente humana, prescindiendo de cualquier criterio ético o moral en sus contenidos normativos.

La consecuencia inmediata de tal forma de pensar es que la justicia —valor por antonomasia en el derecho—, no tendría lugar, ésta simplemente desaparecería de dicho modelo jurídico, ya no sólo a nivel de la ciencia del derecho, sino también a nivel normativo y decisonal. Desde este esquema la justicia sería —como siempre la consideró Kelsen— algo meramente subjetivo, algo apetecible, pero sólo subjetivamente apetecible. El profesor vienés no escatimó esfuerzos para repetir esta idea una y otra vez: “[...] A las normas de derecho positivo corresponde una realidad social determinada, no así a las normas de justicia. En este sentido, el valor del derecho es objetivo, mientras que el valor de la justicia es subjetivo” (Kelsen, 1979, p. 263). Y más adelante repetirá: “[...] Los juicios de justicia no pueden ser objetivamente comprobados; por tanto, una ciencia del derecho no tiene lugar para ellos” (p. 263).

¿Por qué se ha hecho este breve excurso? La respuesta es fácil, porque claramente tiene una fuerte influencia en los problemas bioéticos que encierra el bioderecho o biojurídica, dado que de aceptar este modelo tendríamos que inferir de aquí que la legalización de tales problemas (lo puesto en una norma general) deberá rechazar cualquier referencia a juicio de valor alguno, principalmente la justicia, asumiendo como único criterio la obediencia a lo puesto. Así, se consideraría que lo debido, lo lícito y hasta lo bueno es lo autorizado o impuesto por el derecho positivo. ¿Tiene esto alguna relevancia a la hora de explicar y elegir el nombre de la materia: bioderecho o la biojurídica?

Ángela Aparisi respondería que sí, aportando además algunas ideas importantes para explicar esto. Dice la profesora española que

atendiendo al contenido de los diversos autores, podría afirmarse que la biojurídica y el bioderecho remitirían a niveles de conocimiento distinto. En general, el bioderecho abordaría el estudio de las realidades o fenómenos bioéticos —es decir, de los diversos conflictos que surgen en el ámbito de las relaciones

humanas, como consecuencia de la incorporación de las nuevas tecnologías a las ciencias de la salud—, desde la perspectiva de la ciencia jurídica. Lo fundamental, por ello, es que se trata de aproximaciones desde el derecho positivo (2007, p. 80).

En cambio, la biojurídica abordaría también los problemas que encierra la bioética, pero no desde una perspectiva puramente positivista, sino desde una faceta más amplia y más general. En definitiva, en la biojurídica se realizaría una reflexión filosófica-jurídica mucho más profunda y completa a la ofrecida por el bioderecho. Si esto es así —y me parece un criterio preciso de distinción—, entonces se puede aceptar que en la reflexión de la biojurídica pueden introducirse elementos no puramente positivistas, sino también axiológicos, por ejemplo, aquellos propios del derecho natural.

Esta distinción hecha por la profesora Aparisi la recoge de una de las más importantes bioetistas italianas como es la profesora Laura Palazzani, quien expresamente señala lo siguiente: “Los términos «biojurídica» y «bioderecho» (distintos en la lengua italiana, pero indistintos en otras lenguas) remiten a disciplinas académicas encuadradas, respectivamente, en el ámbito de la filosofía del derecho y del derecho privado” (Palazzani citada por Aparisi Miralles, 2007, pp. 80-81). En igual sentido, otros autores han reconocido en los mismos términos esta idea al señalar: “la perspectiva biojurídica [...] presupone una precisa especulación filosófico-jurídica: sobre el fundamento de una adecuada definición del derecho, competencia de la filosofía del derecho, la biojurídica parece capaz [...] de expresar una teorética convincente acerca de temas bioéticamente relevantes” (p. 81).

Según las ideas anteriores, mientras el bioderecho aborda los problemas de la bioética desde el derecho positivo, la biojurídica estudiaría estos mismos cuestionamientos desde la filosofía del derecho, teniendo, por tanto, una perspectiva más general y, por tanto, de mayor fundamentación filosófica.

¿Qué aspectos iusfilosóficos son los que podría comprender la biojurídica? Siguiendo en esta parte a la profesora Aparisi estos serían principalmente tres:

- 1) El problema conceptual, que incluiría el contenido mismo de la biojurídica y su delimitación normativa, superando dicho escaño y abriéndose a otros saberes como los provenientes de las ciencias biomédicas (2007, p. 82). Así, la biojurídica no podría ser conceptualizada ni comprendida exclusivamente desde el prisma normativista.

- 2) La dimensión axiológica. En esta parte la biojurídica está llamada a resguardar todos aquellos principios y valores que legitimarían y fun-

damentarían la disciplina, entre ellos, sin duda, el más importantes sería el de la dignidad humana y el de los derechos humanos como criterios de justicia. “En definitiva, como se puede advertir, ésta sería la dimensión más práctica, y específica, de esta disciplina, centrada, básicamente, en la justificación de la promoción, o prohibición, de determinados contenidos normativos, partiendo del principio de la dignidad humana y de los derechos humanos en juego” (2007, p. 83).

3) Una última cuestión consistiría en la serie de interconexiones entre la biojurídica y la realidad social, para que desde ésta pudiera generarse una transformación social. “En esta sección se incluirían, por ello, no sólo la temática de las relaciones entre cambio social y cambio jurídico, sino también la influencia del bioderecho en la transformación de la sociedad y la reflexión sobre las funciones sociales del mismo” (2007, p. 83).

III. NOCIÓN GENERAL DE BIOJURÍDICA

Expuesto lo anterior, puede decirse que la biojurídica es la aproximación que el derecho hace a los temas relacionados con la bioética; es decir, es la respuesta que desde el mundo filosófico-jurídico se da al surgimiento y problemática que plantea esta materia y sus disciplinas afines. Se trata, “de un punto de vista que parte tanto de la estructura del Derecho, su característica relacional principalmente, como de los valores que necesariamente debe asumir” (Serrano Ruiz-Calderón, 2001, p. 64).

Así, la biojurídica se constituye en una materia que actúa como puente entre la bioética y el derecho, teniendo siempre como misión el respeto de la dignidad humana ante el avance de las nuevas tecnologías, dándole a éstas un carácter más humanístico. En este trabajo y por las razones expuestas seguiremos esta nomenclatura.

IV. UNA TEORÍA DEL DERECHO NATURAL. EL IUSNATURALISMO CLÁSICO

Señalamos en renglones precedentes que la cultura jurídica mexicana se encuentra fuertemente arraigada en una posición iuspositivista, la cual ha sido predominante en casi todos los ámbitos del derecho. Esto ha traído como consecuencia el olvido del pensamiento iusnaturalista. Si a esto sumamos el poco interés por la filosofía del derecho que algunos juristas tienen, es lógico suponer que dicha corriente simplemente se desconozca. Esta es la razón por la que hay pocos autores que expongan con rigurosidad la riqueza científica de tan fecunda tradición mexicana. Sin embargo,

el hecho de que en los tiempos recientes dicha doctrina se encuentre relegada por diferentes razones, no quiere decir que sea incapaz de ofrecer argumentos suficientemente rigurosos a la hora de abordar los problemas más significativos que el derecho y la bioética plantean.

En primer lugar, iusnaturalismo —como se señaló— es un nombre genérico, empleado para referirse a todas aquellas teorías jurídicas que aceptan la existencia de un derecho natural (Serna, 2010, pp. 642-645). En este trabajo, el derecho natural desde el que se abordarán las relaciones con la bioética será uno en particular, aquel que echa raíces en Aristóteles, continúa su historia con la jurisprudencia romana clásica (s. I a.C.-130 d.C.) y alcanza su más alta expresión con Tomás de Aquino. No es el lugar para desarrollar *in extenso* el tema de este específico derecho natural; sólo bastará destacar algunos de sus rasgos más generales del mismo para efectos de la exposición que queremos hacer.

Quien inició la explicación de este iusnaturalismo fue Aristóteles al haber establecido que el derecho de la *polis* se compone por lo «justo natural» y lo «justo legal» (Arist., *EN*, V, c.7, 1134b-20). Por su parte, los juristas romanos clásicos (Gayo), también conocieron y emplearon el derecho natural en los problemas que enfrentaron cuando tuvieron que relacionarse con los pueblos y territorios conquistados (D.1,1,9, tb., Gayo, en *Inst.*, I, 158; D.4.5.8; D.1.1.11); pero fue Tomás de Aquino quien llevó este derecho a su máxima expresión.

Para esta concepción el derecho natural es lo justo, “aquella cosa que la virtud de la justicia impele a dar a otro por constituir lo suyo. En otras palabras, lo justo es lo suyo de cada cual, su derecho, aquello que la justicia da” (Hervada, 1993a, p. 42). A “esas cosas que corresponden a cada sujeto, lo suyo, le llamamos lo justo” (Hervada, 2002, p. 22).

En esta corriente de pensamiento el elemento decisivo a la hora de explicar el derecho natural es el de «deuda» o «deber», por eso Hervada dirá que la cosa se hace jurídica, se hace *ius*, o derecho, cuando ésta adquiere su calidad de *debida* (1993a, p. 45). Así, “el derecho es la cosa justa (*ipsa res iusta*), lo cual significa que el derecho es [...] el bien o la cosa debida a un sujeto que es su titular; y que tal cosa es adecuada al sujeto según cierto modo de igualdad, que es lo que la hace justa” (Hervada, 1992, p. 502).

El reconocimiento del derecho natural genera —como es lógico suponer— la existencia de relaciones y situaciones jurídicas en las que se ponen en juego —evidentemente—, derechos, deberes y facultades de los hombres que entre ellos son exigibles. Son relaciones que involucran criterios de derecho natural que deben tenerse presentes en cualquier práctica jurídica, máxime si éstas aparecen en la experimentación bioética o tecno-

lógica. Estas relaciones jurídicas de derechos y deberes las ha explicado magistralmente Hervada al señalar que una relación jurídica es la que existe entre dos o más sujetos por razón de sus respectivos derechos o cosas (bienes) que les pertenecen (Hervada, 1993a, pp. 50-51).

Así, sigue diciendo el profesor español, lo justo importa en su doble aspecto, tanto como derecho como de deuda: “El primero de los aspectos mira sobre todo al titular del derecho, puesto que manifiesta lo que es lo justo en relación a él: lo que tiene que recibir. El segundo aspecto mira particularmente al sujeto de la acción de la justicia, aquel que tiene que dar [...]” (Hervada, 1993a, p. 53). Esto genera el derecho natural tal y como nos lo explicó Tomás de Aquino, cuando señaló que lo justo era una acción adecuada a otro según cierto modo de igualdad, pudiendo ser hecha —tal adecuación— de dos maneras: por «naturaleza» o por «convención», sea esta pública o privada (Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, II-IIa, q.57. a.2.).

Desde estos presupuestos metodológicos quedan establecidos meridianamente los elementos básicos de cualquier relación jurídica, a saber: 1) el titular del derecho; 2) el objeto o materia sobre la que versa éste; 3) el sujeto obligado, esto es, quien está constreñido a cumplir con el objeto del derecho, y 4) el fundamento o base justificadora del derecho. Veamos ahora cómo desde esta perspectiva es posible abordar los problemas que la bioética plantea.

V. PROBLEMAS GENERALES EN BIOÉTICA

Señalamos al principio del escrito que éste no es un trabajo de bioética, pero esto no obsta para identificar aquel conjunto de problemas —al menos los más significativos— que se reconocen en tal disciplina y en los que evidentemente se hallan relaciones jurídicas de no fácil solución. ¿Cuáles son algunos de estos problemas bioéticos que ameritan respuestas jurídicas? De una larga lista podemos señalar los siguientes:

principio o inicio de la vida humana como la eugenesia, fertilización asistida médicamente, genoma humano, embriones, ensayos clínicos con células madre, fecundación *posmortem*, experimentación en humanos, parto humanizado, maternidad subrogada, dignidad, optimización de recursos en medicina intensiva, utilización o no del soporte vital artificial, muerte digna, autonomía, consentimiento informado, acceso a las nuevas tecnologías en procedimientos, en terapias, en medicamentos, negación a recibir transfusión sanguínea por testigos de Jeová, adopción de embriones. (Araujo-Cuauro, 2019, pp. 591-617)

Complementado los problemas anteriores, se han propuesto igualmente los siguientes temas correspondientes a problemas de la ética privada:

La sexualidad y la procreación, la fecundación *in vitro* y la esterilidad, el diagnóstico prenatal, la esterilización para evitar la procreación, el aborto y el estatuto de los embriones, la ingeniería genética y la experimentación, los trasplantes de órganos, el sida, la vejez, la muerte y el encarnizamiento terapéutico, el sufrimiento y el dolor. (Viola, 1998, p. 33)

Indudablemente, las anteriores cuestiones han llevado al reconocimiento expreso de que la bioética —y en general las ciencias de la vida— han tenido en los últimos años un avance y desarrollo como nunca antes se había experimentado en la historia de la humanidad. Por eso no es difícil encontrar afirmaciones como la siguiente: “Las ciencias de la vida están asistiendo en las últimas décadas a un crecimiento y desarrollo sin precedentes. Los datos que consiguen desvelar la investigación y experimentación desarrolladas por la nueva genética nos permiten conocer las características biológicas individuales vinculadas con la herencia, contribuyendo así a la ampliación del conocimiento de los seres humanos sobre sí mismos” (Blázquez-Ruiz, 2006, p. 31).

A partir de afirmaciones como la anterior se apuesta —casi a ciegas— por el progreso científico y técnico, creyendo que todo avance que pueda lograrse en la ciencia y técnica —por ese solo hecho— es bueno y debería permitirse y plasmarse en la legislación.

Sin duda, hemos de reconocer que muchos de esos avances científicos han traído importantes beneficios a la humanidad, que un sinnúmero de éstos han salvado millones de vidas humanas, y que su impacto en la salud debe que ser igualmente reconocido y aplaudido, pero también hemos de aceptar que no todo logro científico ha de ser aceptado sin más, y este recelo debe ser aún mayor en aquellas prácticas que tienen como pretensión el dominio de la vida y de la naturaleza, pues aunque estos avances pueden presentarse como positivos, aún tienen que ser sometidos a exámenes éticos y jurídicos.

Así, convendría ser más cautelosos al respecto, porque como la historia nos ha enseñado, muchos avances científicos también han servido para exterminar a grandes porciones de la humanidad, dañando gravemente a la persona humana, a su dignidad, a la justicia y al bien común. No olvidemos el furor que produjo el descubrimiento de la energía nuclear cuando prometió ser la energía del futuro, pero también no se nos deberían olvidar las devastadoras consecuencias que esta energía acarreó para el mundo en momentos tan lamentables como la Segunda Guerra Mun-

dial, o episodios como Chernóbil o Fukushima, por mencionar algunos. Ya Ballesteros nos había advertido lo erróneo que es aceptar el cientificismo extremo como criterio de prosperidad: “la inevitabilidad del progreso histórico conduce al desvanecimiento de la distinción entre el bien y el mal como calificativos de la acción humana. Lo que cuenta es el resultado del proceso. El mal, en cuanto necesario históricamente, se convierte en bien” (2000, pp. 36-37).

Como acertadamente también se ha escrito por otro autor:

Es cierto que en los ambientes filosóficos y científicos serios y avanzados, el cientificismo positivista está hoy abandonado. Pero subsiste —e incluso se extiende— el cientificismo como ideología, es decir, como concepción del mundo que pretende ser científica, pero que, en realidad, no es sino un conjunto de valoraciones, representaciones y mitos, al servicio de inconfesados intereses de dominio. (Alonso, 1999, p. 213)

Las reservas que debemos tener acerca de los progresos en el dominio de la vida y de la naturaleza entrañan un problema aún mayor, que consiste en desmitificar la tesis de una supuesta neutralidad axiológica en la ciencia y en la técnica. No es verdad que la investigación en bioética — particularmente aquella que se realiza sobre seres humanos— sea neutral en términos morales. Como bien se ha señalado

[...] conviene advertir que ni la experimentación genética ni la actividad biotecnológica pueden considerarse axiológicamente neutrales. Pues ni la ciencia ni la investigación están ni pueden situarse más allá del bien y del mal. De hecho, concurren muy diversos factores tanto en lo concerniente a su génesis como a su motivación y proceso. Todo lo cual requiere, por consiguiente, un examen riguroso del uso que se haga, posteriormente, en cuanto a sus respectivas aplicaciones. (Blázquez-Ruiz, 2006, pp. 19-20)

La falsa neutralidad del progreso científico abre las puertas a las reflexiones éticas y jurídicas, particularmente las hechas por el derecho natural, ya que, como todos sabemos, ha sido este derecho, y no el positivismo jurídico, el que en sus aspectos metodológicos ha asumido juicios de valor (justicia) como criterios orientadores de la *praxis* humana, entre otras, por supuesto, las que pueden hacerse en el terreno de la bioética. Cabe así afirmar, sin ninguna cortapisa, que el derecho natural no sólo es capaz de ofrecer respuestas sólidas a los dilemas bioéticos, sino que también estos dilemas se constituyen en el mejor banco de prueba de su alcance y juridicidad, y esto porque en temas como el inicio o fin de la vida humana, la fertilización medicamente asistida, la experimenta-

ción con células madre, la maternidad subrogada o el vientre de alquiler, los bancos de embriones para su experimentación, etcétera, inciden en la configuración nuclear de los derechos del hombre, donde existen relaciones jurídicas que contienen deberes y facultades propias de las relaciones de justicia y, por tanto, exigibles ante las personas.

Desde esta perspectiva, el problema jurídico que trae aparejado el conjunto de cuestiones bioéticas relevantes para el derecho natural consistirá en responder la pregunta sobre si existe algún *bien* «naturalmente justo», anterior a los consensos sociales que permita reconocerlo (vida, integridad, salud, individualidad, etcétera) en alguien, y que, no siendo respetado por dichos consensos sociales, merezca el calificativo de injusto.

Desde nuestro punto de vista, serían cinco las ideas que el iusnaturalismo clásico podría aportar en la construcción de una bioética más sólida y rica en contenidos. Estos cinco argumentos sirven también para contrarstar los dos posicionamientos desde los que se abordan los problemas de la materia anunciada, a saber: una bioética basada en presupuestos iuspositivistas y otra enraizada en postulados iusnaturalistas. Así, en primer lugar, se ha de mencionar la noción de “persona humana” como sujeto de derecho. En segundo lugar, la razón justificativa de todo el derecho, su fundamento último, a saber, “la dignidad de la persona humana”. En tercer lugar, la virtud por antonomasia de cualquier relación jurídica natural, esto es, “la justicia”. En cuarto lugar, el ámbito político en el que se desarrollan las relaciones jurídicas de los hombres, es decir, “la forma de gobierno democrático y el bien común” que debe perseguir, y, en quinto lugar, la expresión contemporánea de todo esto como lo es la idea de los “derechos humanos”.

VI. APORTES IUSNATURALISTAS A LA BIOJURÍDICA

1. *La persona humana. Sujeto del derecho*

A. *La noción de Kelsen sobre la persona*

Como se sabe, el derecho se inserta en las relaciones interpersonales y éstas generan las propiamente jurídicas, las cuales tienen como protagonista al hombre, quien es su titular, es decir, aquel ser a quien los bienes o las cosas le son *debidas*. En el lenguaje jurídico, y como todos sabemos, el titular del derecho es el hombre, denominado siempre como persona, persona humana. Así, el derecho nace por el hombre y no por ningún otro ser. Esto lo tuvieron claro los juristas romanos; así, por ejemplo, Hermogenia-

no dirá: “así, pues, por causa del hombre ha sido constituido el derecho” (Digesto, 1, 5, 1.).

Si esto es así, parece oportuno exponer cuál ha sido la manera en que las dos principales corrientes del pensamiento jurídico explican la idea de persona. ¿Cómo ha comprendido el derecho positivo a la persona? ¿Cuál es la noción de persona empleada por la cultura jurídica dominante y que ha alcanzado las reflexiones bioéticas? De las respuestas que ofrezcamos a estas preguntas dependerá la posición que asumamos respecto a la biojurídica y, en consecuencia, la licitud o ilicitud de las prácticas bioéticas.

Crítico de los dualismos tradicionales, Kelsen, en varios lugares de su obra se referirá a la persona como una creación del derecho, como un constructo de éste. En este punto la tesis central del pensador vienés es que “la persona física sólo es una persona jurídica” (Kelsen, 2009, p. 182), negando de inicio cualquier realidad que no sea la que el derecho crea. Esto lo remarcará en forma contundente de la siguiente manera:

La denominada persona física es, por lo tanto, no un hombre, sino la unidad personificada de las normas jurídicas que obligan y facultan a uno y el mismo hombre. No se trata de una realidad natural, sino de una construcción jurídica creada por la ciencia del derecho; de un concepto auxiliar para la exposición de hechos jurídicamente relevantes. En este sentido, la denominada persona física es una persona jurídica (Kelsen, 2009, p. 184).

Según la sentencia anterior, la persona física ni es física ni tampoco es natural, sino sólo una persona jurídica.

Sigue diciendo el profesor vienés más adelante: “«Ser persona», o «tener personalidad jurídica» es idéntico a tener obligaciones jurídicas y derechos subjetivos. La persona, como «portador» de obligaciones jurídicas y derechos subjetivos, no es, por cierto, algo distinto de esas obligaciones y derechos, como cuyo portador es representado” (Kelsen, 2009, pp. 182-183).

La identificación entre persona y personalidad jurídica nos muestra claramente el reduccionismo en el que Kelsen incurre, porque para él todo individuo es exclusivamente persona jurídica en la medida en la que las normas del derecho positivo así lo establecen, reduciendo con esto a la persona a lo puramente normativo.

Finalmente, señalará Kelsen:

Persona jurídica es la unidad de un conocimiento de un conjunto de obligaciones jurídicas y derechos subjetivos. Puesto que esas obligaciones jurídicas y esos derechos subjetivos son estatuidos por normas jurídicas —o más co-

rectamente: puesto que esas obligaciones y derechos son normas jurídicas—, el problema de la persona consiste, a la postre, en el problema de la unidad de un conjunto de normas. (Kelsen, 2009, pp. 183-184)

En la propuesta kelseniana la totalidad del ser humano, compuesta por la unidad física y psicológica, es dejada de lado, para destacar de ella sólo su conducta regulada por normas jurídicas.

Como puede observarse, en la teoría kelseniana se excluye cualquier dimensión ontológica de la persona pues para él esto y las consecuencias que se derivaran de ello no son sino infiltraciones iusnaturalistas que tratan de justificar derechos previos al Estado, algo completamente inadmisibles. El que comprendió meridianamente el pensamiento kelseniano sobre este punto fue Luis Recaséns Siches, quien en una cita larga pero especialmente esclarecedora nos dirá:

El sujeto del derecho no es jamás, en sentido formal, el hombre como realidad psicofísica, sino una construcción jurídico-normativa. No es el ser humano íntegro el que funciona en el derecho como sujeto del mismo como centro de imputación de una serie de contenidos normativos, sino un elemento ideal, a saber, una cualidad especial que consiste en que muchos de sus actos figuren como elementos de las proposiciones jurídicas. (1934, p. 60)

¿Qué consecuencias acarrea todo esto para el derecho, la biojurídica y, en general, para la bioética? Evidentemente la primera consecuencia es por demás clara, pues hoy prácticamente todos los códigos civiles siguen a Kelsen en su concepción de persona y personalidad, reconociendo por tanto que sólo son estas personas las únicas titulares de derechos, entre ellos los derechos humanos que se encuentran en juego en la biojurídica, ya que todos estarían sometidos a lo que las normas de derecho positivo —especialmente las constitucionales— establecieran. Así, por ejemplo, el artículo 22 del Código Civil Federal mexicano establece: “La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código”.

En el caso de los derechos humanos, por ejemplo, un seguidor de Kelsen como es Ulises Schmill dirá: “Estos derechos son ‘fundamentales’ en la medida que se tenga como referencia para hacer la construcción correspondiente del reflejo subalterno los preceptos de la Constitución que establecen facultades jurídicas, que es la norma fundamental positiva de un orden jurídico” (2003, p. 134).

Si nos referimos ya a un tema particular de la biojurídica, podemos decir que para una inmensa lista de autores el embrión humano no es persona como realidad psico-física. Así, por ejemplo, uno de los pensadores que sostuvo esta tesis en la cultura jurídica mexicana fue Jorge Carpizo, quien, al opinar sobre la discusión del aborto en México, señaló que

La Constitución sí se refiere en forma implícita al derecho a la vida humana, porque está protegiendo los derechos fundamentales de la persona —expresión que la Constitución emplea en diversos artículos y, a veces, la identifica con individuo. Persona sólo es el ser humano y la organización a la cual el derecho atribuye esa cualidad—. (2008, p. 16)

Y más adelante continúa diciendo este autor positivista: “El embrión no es persona. Desde luego que en él existe vida, pero no vida humana porque —como ya vimos—, aún no se ha formado la corteza cerebral” (p. 16).

Con estas referencias, Carpizo —y quienes así piensan— no hace sino repetir la vieja idea kelseniana de la separación entre persona (concepto jurídico) y hombre o ser humano (ser biológico y psicológico). De este modo, no hace falta ser muy avisado para darse cuenta de que es la idea de persona que Kelsen propuso la que se encuentra en el fondo de las reconocidas por la bioética individualista y liberal (Ramírez García, 2009, pp. 34-36).

B. La idea de persona para el iusnaturalismo clásico

En rigor, la concepción kelseniana de persona —como la propuesta positivista misma— han sido ya fuertemente objetadas, y en algunos casos tal visión reduccionista del derecho resulta hoy insuficiente para muchas de las exigencias —teóricas y prácticas— que el derecho requiere en temas como, por ejemplo, la argumentación jurídica, la interpretación en el derecho, el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho global, o los problemas más acuciosos de la bioética y la biojurídica. De ahí que autores como Atienza o Ruiz Manero (2007, pp. 7-26) no duden ni un minuto en proponer que se deje atrás al positivismo jurídico, por su ineficiencia para dar respuesta cabal a muchas de las cuestiones que plantean las materias señaladas. Pero más allá de esta propuesta, lo fundamental —cara a la bioética y a la biojurídica—, es la sustitución de la concepción de persona que propuso Hans Kelsen, y que ha sido objeto de numerosas críticas (Errazuriz Mackena, 1986, pp. 221-229).

Una visión más completa de la persona es la propuesta por el derecho natural, el cual, en su vertiente tomista, señalará que persona “significa

lo que en toda naturaleza es perfectísimo, es decir, lo que subsiste en la naturaleza racional [...]” (Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I, q, 29. a. 3.), no considerándola como un simple centro de imputación normativa. Así, la comprensión de la persona humana está basada en al menos tres argumentos centrales: 1) el reconocimiento de un sentido ontológico (filosófico) de la persona y un sentido jurídico; ambos distintos pero no separados, pues se predicen de una misma realidad; 2) la persona es por naturaleza titular de derechos y obligaciones; 3) la personalidad que otorga el derecho no es una concesión de las normas legisladas, sino el reflejo del respeto y consideración de ciertos criterios naturales preexistentes.

a. Sentido filosófico y sentido jurídico de persona

Respecto del primer argumento, conviene señalar que el derecho natural parte de entender a la persona en su sentido ontológico (filosófico) y en su sentido jurídico, ambos diferentes, pero no separados. El sentido filosófico del concepto de persona hace referencia a que ésta posee inteligencia y al poseerla tiene libertad (Hervada, 1993b, p. 257), siendo estas características las que lo hacen dueño de su propio ser, reflejando así un dominio sobre sí mismo. “La persona es dueña de sus actos ontológicamente, esto es, por la razón es capaz de dominar el curso de sus actos. Pero a la vez es dueña de su propio ser, en el sentido de que se autopertenece a sí misma y es radicalmente incapaz de pertenecer a otro ser” (Hervada, 1993a, p. 116). Es un dominio ontológico porque la razón orienta sus propios actos y a la vez el ejercicio de la libertad que ellos encarnan.

Reforzando lo anterior, Renato Rabbi-Baldi resumirá cabalmente la postura iusnaturalista al señalar que ser persona en el sentido filosófico “connota al ser ‘que domina su propio ser’, de donde ese dominio de sí, ‘en su radicalidad ontológica’, es ‘el distintivo del ser personal y el fundamento de su dignidad’” (2016, p. 81). De este modo, el derecho natural reconoce el autodomínio de sí mismo como la característica clave para reconocer a la persona.

Por su parte, el sentido jurídico de la persona reconoce que hay una realidad natural previa al derecho positivo que ya es jurídica. No suponer este dato previo, como lo hace el positivismo jurídico, implicaría considerar al ser humano en un completo estado de ajuridicidad. Así —dice Hervada—, hay una condición mínima de juridicidad natural donde se reconoce la existencia de derechos naturales, haciéndose más evidente “que ser persona tiene su origen en la naturaleza, porque el hombre es por naturaleza, no ya capaz de derechos y obligaciones, sino titular de derechos y deberes” (1993a, p. 120).

De este modo, la persona desde el punto de vista jurídico no sólo es considerada a nivel instintivo y sensitivo, sino fundamental y principalmente racional y libre, capaz de satisfacer sus inclinaciones materiales, morales y espirituales, y siendo —por tanto— titular de bienes y derechos que le son propios. Con meridiana claridad Ilva Miriam Hoyos Castañeda dirá al respecto que ser persona en sentido jurídico “es una dimensión del ser persona que consiste en estar relacionada con otros en calidad de acreedora y deudora, de tener bienes, atributos a cualquier título, como algo suyo” (Hoyos y Ilva, 1989, p. 532).

Ahora bien, como se señaló anteriormente, el hecho de que el sentido filosófico y jurídico de la persona sean distintos no significa que haya que concebirlos en forma separada, antes bien, se encuentran estrechamente unidos y sin su conjunción la comprensión de la persona no sólo es incompleta sino tajantemente reductivista. Como acertadamente el propio Hervada ha señalado, la “persona en su sentido jurídico es un concepto que está contenido radicalmente en el de persona en sentido ontológico” (1993a, p. 117).

b. La persona como titular de derechos y obligaciones

La persona —como venimos explicándola—, es el sujeto del derecho, y esto significa que existe en el hombre una juridicidad natural previamente dada, la cual le permite unirse con los demás. Siendo un ser relacional por naturaleza, está conectado jurídicamente con los otros seres y, en consecuencia, es por naturaleza protagonista del sistema jurídico. Al ser el hombre persona por naturaleza, es entonces titular de derechos naturales, los cuales generan deberes respecto de los otros hombres; estos derechos y deberes son entonces los que constituyen las relaciones jurídicas naturales, aquellas que después tendrán que ser especificadas y reguladas por el derecho positivo.

¿Qué repercusiones acarrea todo esto de cara al derecho positivo, la bioética y la biojurídica? La respuesta es relativamente sencilla, y consiste en que todo ser humano es persona y como tal es titular de derechos naturales, los que ni la legislación, ni la técnica biomédica ni las investigaciones científicas puede violentar o transgredir. Si todo ser humano es persona y ésta es titular de derechos, entonces los deberes que genera para el resto de los seres humanos no serán otros que los de respeto absoluto e incondicionado a esa juridicidad natural preexistente del hombre y, en consecuencia, a sus derechos naturales.

C. Personalidad jurídica y el derecho positivo

Lo último permite entrar al tercer punto de la cuestión, que es el de la personalidad jurídica que el derecho positivo debe reconocer a toda persona humana. La idea central para esta perspectiva es que solo poseen personalidad jurídica aquellas personas a quien el derecho positivo les da esta categoría; en consecuencia, quien no sea considerado persona no gozará de personalidad jurídica alguna. Así, y de acuerdo con lo que venimos exponiendo, negar la personalidad jurídica de alguien es negar esa juridicidad natural de la que hemos hablado, dejándose esta concesión a un puro acto de voluntad como es el que produce el derecho positivo.

La historia está llena de ejemplos en los que se negó personalidad jurídica a seres humanos; pensemos por un momento en el régimen nazi, donde el derecho positivo fue el único criterio que determinó la existencia tanto de persona como de personalidad jurídica de éstas. ¿Debemos entender de esta forma a la persona? ¿Dónde quedó para los millones de seres humanos que murieron la juridicidad natural y sus derechos en ella contenidos? Sobre este punto, dice Renato Rabbi-Baldi:

En efecto: si el hombre no fuera naturalmente sujeto de derecho, entonces no habrían sido una injusticia la esclavitud en las numerosas sociedades que por siglos la practicaron y legislaron, y no lo sería en aquellos lugares donde todavía de hecho o de derecho pervive; o la política del *apartheid* por la cual algunas naciones privaron, por razón de la raza, a determinados grupos del ejercicio de ciertos derechos, etcétera. (2016, p. 87)

En el mismo sentido, dirá Hervada que “la falta de reconocimiento de la personalidad a categorías o grupos de hombres por parte del derecho positivo no constituiría de suyo una injusticia” (Hervada, 1993a, p. 121).

El hombre, como sujeto del derecho, es titular de un conjunto de derechos naturales; en primer lugar, los más fundamentales, como la vida, la integridad física, su individualidad y singularidad, etcétera. Si no se reconoce a la persona como sujeto y titular de estos derechos y tampoco se reconoce personalidad jurídica alguna, como lo hace el positivismo jurídico, no se estaría en condiciones de admitir como violaciones a sus derechos si se dispone de ellos en cualquier forma, como se dispone de éstos en aquellas prácticas bioéticas permitidas por el derecho positivo o confirmadas por los fallos constitucionales de los jueces. Los ejemplos de esto último sobran. Véase, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Constitucional español, como la STC 53/1985 sobre la despenalización del aborto; la STC 212/1996 sobre la donación y utilización de embriones, y la STC 116/1999 sobre la ley de reproducción asistida, etcétera (Ollero,

2006, p. 25). Y en el caso de México, las acciones de inconstitucionalidad 146/2007 y 147/2007, entre otras muchas.

2. Dignidad de la persona humana. ¿Autonomía o naturaleza?

A. Autonomía de la voluntad

En íntima relación con lo último apuntado se encuentra otro argumento usualmente empleado en la justificación y defensa de muchos dilemas bioéticos; nos referimos al tema de la dignidad humana, asunto sobre el que en tiempos recientes se ha puesto mucho interés reflejado en diversos escritos, los cuales, como es obvio, la explican de diversas maneras y con distintos significados (Melendo y Millán-Puelles, 1996). Sin embargo, y a pesar de la diversidad que puede haber sobre esta idea, es posible detectar, al menos, dos grandes modos de entenderla: 1) una corriente pretendidamente kantiana, basada en la autonomía de la voluntad, y 2) otra propuesta, más bien clásica, que entiende a la dignidad de la persona como algo que pertenece a la esencia del hombre, a su naturaleza como ser humano.

En el caso de la primera corriente, suele atribuírsele a Kant su paternidad; sin embargo, esta afirmación está aún en discusión, pues hay incluso autores que niegan terminantemente no sólo que sea Kant el padre de dicho argumento (la dignidad basada en la autonomía de la voluntad), sino que de éste se lleguen a conclusiones tan radicales como la *absolutización* de la autonomía de la voluntad (Beuchot, 1995, p. 23). No es éste el lugar para desarrollar los postulados kantianos sobre estos temas, ni tampoco sus críticas, ya hay trabajos que lo han hecho con bastante solvencia; sólo mencionaremos más adelante sus aspectos más generales siguiendo en esta sección los aportes del profesor Pedro Serna.

Al preguntarse Kant por una ley para todos los seres racionales, propone como axioma fundamental el siguiente: "obra sólo según la máxima a través de la cual puedas querer al mismo tiempo que se convierta en una ley universal" (Kant, 1999, p. 173). A esto se le ha conocido tradicionalmente como "imperativo categórico kantiano".

Más adelante, al reflexionar sobre la autonomía como fundamento de la dignidad de la persona dirá:

La autonomía de la voluntad es la constitución de la voluntad por la cual ésta es una ley para sí misma (independientemente de toda constitución de los objetos del querer). El principio de la autonomía es, así pues: no elegir sino de tal modo que las máximas de la propia elección estén comprendidas a la vez en el mismo querer como ley universal. (Kant, 1999, p. 211)

Los dos argumentos establecidos anteriormente suelen emplearse para reconocer a la autonomía de la voluntad como el dato que habría de caracterizar a un hombre digno. Así, cualquier decisión que este hombre tome, siempre que esté basada en dicha autonomía, tendrá que ser respetada y eventualmente reconocida y protegida por el derecho.

Pensadores que justifican sus posturas desde las anteriores coordenadas son muchos y muchos también los bioéticos que los siguen. Así, por ejemplo, por mencionar un clásico debate, recordemos el llevado a efecto entre J. J. Thomson y John Finnis sobre el tema del aborto, retomado después por Ronald Dworkin en el libro *The philosophy of law*. Aquí, para justificar dicha práctica, Thomson resumirá en la parte conducente del trabajo lo siguiente: "Sin duda la madre tiene derecho a decidir qué pasará con su cuerpo; todo el mundo concedería esto" (Thomson, 1977, p. 113).

Otra práctica típicamente bioética que es justificada desde la defensa de la autonomía de la voluntad es la eutanasia. Uno de los más fuertes defensores de esta posición ha sido John Harris, quien se pregunta: ¿Qué podemos hacer cuando no es posible conciliar el interés por el bienestar de una persona y el respeto a sus deseos?, señalando a continuación:

Para responder a esta pregunta necesitamos recordar la idea fundamental del valor de la libertad: la libertad de elección. La autonomía, la libertad para elegir entre dos concepciones contrapuestas acerca de cómo y por qué vivir es lo que permite que nuestras vidas verdaderamente sean nuestras. El valor de nuestra vida es el que nosotros le adjudicamos, y esto lo hacemos, en la medida de lo posible, modelando nuestra vida por nosotros mismos" (Harris, 2004, p. 35).

Como se alcanza a ver, la autonomía de la voluntad se ha convertido en el argumento más importante a defender para caracterizar a una persona como ser digno, y esta defensa no solo se ha hecho en el ámbito anglosajón. En lengua castellana, uno de los teóricos que más ha defendido esta manera de entender la dignidad de la persona ha sido el profesor español Gregorio Peces-Barba Martínez, para quien la idea de dignidad es solo producto de la Modernidad, no encontrándose la misma en ningún otro momento de la historia.

En distintos lugares de su obra, el exrector de la Universidad Carlos III insistirá en la afirmación anterior.

La vinculación de la dignidad con la idea de autonomía tiene dos momentos [...]. En uno, autonomía significa capacidad de elección, libertad psicológica, el poder de decidir libremente, pese a los condicionamientos y limitaciones de nuestra condición. No está garantizado que elijamos bien, también podemos equivocarnos, pero ése es un riesgo que debemos correr si queremos

ser seres humanos dignos que escogen el camino a seguir. En el segundo momento, autonomía significa libertad e independencia moral, que es la situación de la persona que ha elegido bien, es decir, que sigue las reglas que ella misma se ha dado como consecuencia del ejercicio de la libertad de elección. (Peces-Barba Martínez, 2005, p. 63)

En resumen, para esta posición, es la autonomía de la voluntad la característica esencial que identifica a un ser digno. Así, dicha postura ha servido para justificar temas bioéticos tan controvertidos como el aborto, la eutanasia, la experimentación con embriones humanos, el vientre subrogado, etcétera. En estos asuntos la dignidad de una persona es evaluada de acuerdo con la autonomía de su voluntad y, sobre todo, en el respeto incondicionado que se haga de ésta.

Ahora bien, ¿es sólo la autonomía de la voluntad el dato a tomar en cuenta para que una persona sea digna? ¿Puede la consideración de algo tan fundamental como la dignidad reducirse a un dato puramente fenoménico?

La respuesta a la pregunta anterior ha de responderse negativamente. Pedro Serna ha reconocido lo verdadero de la tesis kantiana a propósito de que la autonomía constituya el dato distintivo de la dignidad de una persona, pero también ha señalado que la conducta realizada con base en dicha autonomía debe estar comprendida a la vez en el mismo querer como ley universal, esto es, tiene que ser el mismo querer para cualquier persona, si se aspira a que el comportamiento sea elevado a ley universal, como el mismo Kant lo había propuesto (1998, pp. 39-45). Así, mientras no se pase el test de universalidad, la sola autonomía poco puede servir para fundamentar la dignidad de la persona.

Esta crítica al argumento de la autonomía de la voluntad, defendido por los seguidores de la bioética liberal, ha sido denunciada por Eduardo García Máynez, quien reconoció que ya Hartmann había demostrado “que la noción kantiana de autonomía es contradictoria” (García Maynez, 1999, p. 23). Más contundente será en la siguiente cita:

Pero si ese imperativo exige de nosotros que la máxima de la acción pueda ser elevada, por nuestra voluntad, a la categoría de ley de universal observancia, el principio de la autonomía resulta considerablemente restringido, ya que sólo será posible escoger aquellas máximas que valgan *objetivamente* para todo ser racional. Ello significa que la universalidad de las normas éticas no deriva de la voluntad del obligado, sino que se impone a éste, independientemente de lo que en cada caso concreto pueda querer. ¿No resulta entonces que aparece ante el albedrío humano como una instancia heterónoma y, por tanto, como negación del principio de autonomía? (García Maynez, 2002, p. 62)

Como se ve, han sido importantes las objeciones teóricas que a la autonomía de la voluntad se le han formulado, pero las consecuencias prácticas de tal absolutización son aún más graves. Con razón ha dicho Pedro Serna que si la tesis a defender es que una persona solo es digna en la medida en que se reconoce y respeta su autonomía de la voluntad, ¿qué pasaría entonces con aquellos seres humanos que no gozan, o a quienes ya no se les reconoce tal autonomía? ¿Qué estatus tendrían los embriones a los que no se les reconoce autonomía? ¿Y los que se encuentran en estado de coma, los ancianos que ya no gozan de una plena autonomía, o los enfermos mentales? (1998, p. 38).

Como ha señalado el mismo autor, si son coherentes quienes defienden la tesis anterior tendrían que afirmar que estas personas no son dignas y, por lo tanto, no hay ninguna afectación a sus derechos si se les priva de la vida, o se dispone de ellos en cualquier otra forma. Pero afirmar esto implicaría cuestionar toda la teoría general de los derechos humanos basada en la condición de persona, “pues no hay acto más fuerte de disposición sobre un ser humano que establecer si lo es o no” (Serna, 1998, p. 44). ¿Quién puede considerarse investido de legitimidad para trazar la línea divisoria, la frontera de la humanidad para decir quién debe o no nacer, quién debe o no ser objeto de respeto? (p. 45).

B. Dignidad de la persona y naturaleza humana

Ante las críticas reseñadas anteriormente, es necesario reconducir el estudio sobre la idea de dignidad humana más allá de la simple autonomía de la voluntad. Aquella otra vía ha de estar en sintonía con el soporte filosófico-ontológico de persona que describimos en renglones precedentes. Así, la alternativa tiene como presupuesto básico la idea expresada por Millán Puelles al señalar: “Por ello es por lo que el rango o nivel ontológico del hombre puede y debe considerarse como el de una persona en lo que atañe a la naturaleza necesaria para llegar realmente a esa preeminencia o dignidad” (2002, pp. 463-464).

Es el rango ontológico el que determina el carácter de persona y en el que se reconoce la preeminencia de la dignidad de ésta. La tradición filosófica ha identificado el dato ontológico —común y universal en todos los hombres— siempre con la idea de “naturaleza humana”, la cual se encuentra en todos y cada uno de los seres que pertenecen a la especie *homo sapiens*. Así, sólo se puede predicar la idea de dignidad humana si se acepta como dato universal de toda la especie la existencia de una naturaleza humana común, es decir, igual en todo ser humano. Así, no se comete ningún error si se afirma que la idea de dignidad de la persona

que debería manejarse tanto en la biojurídica como en la propia bioética es la de naturaleza humana, la cual nos remite necesariamente a la corriente del derecho natural clásico.

La idea de naturaleza humana que fundamenta la dignidad de la persona está en el corazón mismo de la bioética y de los derechos humanos, y así ha sido recogida en prácticamente todos los documentos internacionales importantes protectores de los derechos humanos después de la Segunda Guerra Mundial. Por solo mencionar dos de éstos pensemos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del 2 de mayo de 1948, la cual establece en el segundo de sus considerandos, "Que, en repetidas ocasiones, los Estados Americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana" (Hervada y Zumaquero, 1992, p. 103). Y al inicio de su preámbulo señala: "Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por *naturaleza* de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros" (Hervada y Zumaquero, 1992, p. 103). Con estas referencias se confirma lo dicho por Hervada y Zumaquero (1992), a propósito de lo significativo de este texto, al señalar que el lenguaje que emplea en su contenido presenta una fuerte afinidad con el iusnaturalismo clásico por esa referencia implícita a la naturaleza humana (p. 102).

A la zaga del documento anterior, la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, establece también, desde el mismo primer considerando, "que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana" (Hervada y Zumaquero, 1992, p. 135).

Más adelante, la propia Declaración Universal señalará en su quinto considerando: "Que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y *el valor de la persona humana* y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres [...]" (Hervada y Zumaquero, 1992, p. 138). Confirmando esta idea el mismo artículo 1o. dispone que "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos [...]" (Hervada y Zumaquero, 1992, p. 140). Así, parece claro entonces que para éste y el anterior documento americano (y lo mismo podemos decir del resto de los documentos internacionales de derechos humanos) aquello que al hombre corresponde por su ser, es decir, por naturaleza, es su dignidad ontológica.

Sirvan solo las referencias a los textos anteriores para mostrar que el concierto internacional asume una posición iusnaturalista al introducir ideas como las de "dignidad intrínseca", "el valor de la persona humana", "seres iguales en dignidad", "dotados por naturaleza, de razón", etcétera. Expresiones éstas de corte claramente iusnaturalistas que no hacen depender la dignidad humana de la autonomía de la persona, o de la voluntad irrestricta de ésta, sino de un dato constitutivo de su ser, a saber, el de "naturaleza humana", el de su "dimensión ontológica". De esta forma, podemos afirmar que aquello que identifica al hombre y por el cual es persona digna es su propia naturaleza humana.

Contra esta afirmación se han desatado innumerables objeciones hechas desde los más diversos ángulos, las cuales se preguntan qué tipo de naturaleza es la que caracteriza al hombre para considerarlo digno. Evidentemente que las respuestas ofrecidas a este cuestionamiento son de lo más variado, y van desde las que niegan la existencia de tal naturaleza (Chomsky y Foucault, 2006), hasta aquellas otras que la reducen a lo solamente empírico. Un ejemplo de esta última posición fue la propuesta de Bobbio, quien pensó que la naturaleza humana podría estar radicada en la del más fuerte (2000, p. 131).

La propuesta anterior no es la del iusnaturalismo clásico. La idea central para esta corriente de pensamiento es que "la dignidad es algo absoluto que pertenece a la esencia y en consecuencia radica en la naturaleza humana: es la perfección o intensidad de ser que corresponde a la naturaleza humana y que se predica de la persona, en cuanto ésta es la realización existencial de la naturaleza humana" (Hervada, 1992, p. 449).

Ahora bien, tal naturaleza se expresa a través de una serie de tendencias o inclinaciones, de ahí que sea comprendida como una naturaleza tendencial o teleológica, radicada en el reino de los fines, los cuales tienden a la consecución de unos bienes conformes con la ley natural. Una naturaleza que presenta un "carácter normativo, pero no por lo que ya es, sino por lo que aspira a ser, por el fin ínsito en ella, por la perfección a la que está llamada" (Serna, 1989, p. 181).

La naturaleza que hace al ser humano persona y, por lo tanto, digno, la había explicado desde el siglo XIII Tomás de Aquino, al describir las tendencias o inclinaciones naturales del hombre que se hayan en esa estructura o constitución intrínseca del ser humano como fines (bienes) a los que tiende. "En efecto los fines naturales están presentes en la constitución *intrínseca* del ser humano como *ordenaciones a los fines*, en forma de *inclinaciones naturales*, entendiendo por tales la conformación o estructura corpóreo-espiritual hacia los fines y la tendencia natural hacia ellos" (Hervada, 1992, p. 451). Esas inclinaciones naturales que tienden

a unos fines o bienes son lo que después serán el contenido de los derechos naturales del hombre.

¿Cómo está constituida esa naturaleza o estructura humana y cuáles son esas inclinaciones naturales del hombre? Uno de los tomistas más importantes del momento, como lo es Mauricio Beuchot, ha destacado que esa estructura está dividida en tres niveles. El primero es el orgánico-vegetativo en el que se da la vida y los apetitos naturales: "Allí se sitúa la nutrición, el desarrollo o crecimiento y la generación" (Beuchot, 2002, p. 22). Así, en este nivel encontramos aquellas inclinaciones naturales para conservar la vida o la integridad física como bienes o fines, lo que después será objeto del derecho a la vida (Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I-II, q. 94, a. 2.).

El segundo nivel de esa estructura ontológica de la que habla Beuchot (2002, pp. 22-23), es el que se refiere al nivel sensorial de la persona, donde se da la vida cognoscitiva y apetitiva, aquí estaría todo aquello que se refiere a los sentidos, tanto externos como internos y por sólo mencionar un derecho claramente identificable en este nivel estaría el bien del reconocimiento de las formas bellas, contenido del derecho a la experiencia estética o literaria, como lo llamaría John Finnis (2000, p. 119).

Finalmente, estaría el nivel de la naturaleza humana que nos identifica y singulariza como persona, a saber, el nivel racional de tal naturaleza, en donde se ubican bienes tan fundamentales para la existencia humana como el de la sociabilidad, base de los derechos de asociación y de participación en colectividad. También estaría aquel bien que naturalmente inclina al hombre a buscar la verdad, tanto en el terreno de los conocimientos terrenos como divinos, donde claramente encontramos derechos trascendentales como el de la educación y libertad religiosa, de conciencia o pensamiento, etcétera (Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I-II, q. 94, a. 2.).

Así, se puede decir entonces que todo aquel ser que posee esta naturaleza humana o estructura ontológica, es un ser digno, o es titular de una intrínseca dignidad. Concluiríamos con una cita más que esclarecedora de Javier Hervada, la cual resume perfectamente el tema de la dignidad para el iusnaturalismo que venimos exponiendo. Dice el profesor español: "La dignidad es algo absoluto que pertenece a la esencia y en consecuencia radica en la naturaleza humana y que se predica de la persona, en cuanto ésta es la realización existencial de la naturaleza humana" (Hervada, 1992, p. 449).

Desde aquí, parece claro que algunas prácticas y experimentos desarrollados en humanos, como el aborto, la eutanasia, la fecundación *in vitro*, los realizados en los bancos de embriones, etcétera, instrumentali-

zan a los seres humanos y los hacen medios para intereses de todo tipo, muchos de éstos inconfesos, violentando con esto su naturaleza y su intrínseca dignidad. En el derecho natural, por el contrario, hay una indisponibilidad de ellos y de su cuerpo porque son titulares de una dignidad en donde se reconocen la existencia de derechos naturales y fundamentales que imposibilita disponer de ellos.

3. La justicia como criterio de reconocimiento de los derechos naturales

La afectación directa a la dignidad y, en definitiva, a los derechos de la persona humana cuando se instrumentaliza a través de las prácticas bioéticas trae aparejada la transgresión a otro concepto básico del iusnaturalismo clásico: la noción de justicia. Esta es la tercera idea general que queremos tratar en relación con la biojurídica y la forma en que es explicada por el iuspositivismo y iusnaturalismo. Dice acertadamente Hervada y Zumaquero: “No hay justicia posible, si no se parte del sincero reconocimiento de lo que al hombre corresponde en virtud de su propio ser, por naturaleza: la dignidad ontológica, y en consecuencia intrínseca, así como los derechos y deberes que le son inherentes” (1992, p. 135).

A. La concepción iuspositivista de Kelsen sobre la justicia

Señalábamos en renglones precedentes la fuerte influencia que el pensamiento kelseniano ha ejercido en prácticamente toda la cultura jurídica mexicana, y que ha alcanzado casi todos los aspectos de la vida jurídica. Uno de éstos (además del tema de la persona) es el de la justicia, la que es abordada por el profesor vienés desde el más férreo escepticismo ético. Son varios lugares de su obra donde se puede identificar esta postura.

Una primera posición asumida por Kelsen y repetida ininidad de veces es la de señalar que existen tantas definiciones de justicia que no se sabría con precisión cuál de todas ellas sería la correcta. La consecuencia lógica de este razonamiento es que, si hay tantas formas de entenderla y éstas son tan variadas y subjetivas, más convendría olvidarse de ella. Esta denuncia la apuntó claramente el profesor vienés, quien, al tratar, por ejemplo, la labor del juez en su intento de concretar la referida virtud a través de la aplicación de la norma dirá: “[...] Contrariamente a la opinión sostenida por la persona que juzga, esta norma no es, sin embargo, objetiva, sino depende de su propio interés subjetivo. De ahí que no haya un único patrón de justicia; lo que de hecho encontramos son muchos ideales diferentes y, frecuentemente, en conflicto” (Kelsen, 1979, p. 263).

La afirmación anterior tiene un antecedente teórico, el cual considera que la norma misma y, en general, todo el derecho positivo, sólo puede ocuparse de aquellos datos que la realidad empírica le ofrece, pero no de ideales de justicia. Dirá el mismo autor vienés: “[...] A las normas de derecho positivo corresponde una realidad social determinada, no así a las normas de justicia” (Kelsen, 1979, p. 263).

Javier Hervada ha podido reconstruir la noción normativista de justicia ofrecida por Hans Kelsen señalando que para el pensador vienés —en el mejor de los casos— dicho valor sólo puede expresarse en una norma jurídica: la norma de la justicia. Al respecto, Kelsen, citado por Hervada, dirá:

Este comportamiento social del hombre será justo cuando sea conforme a una norma que lo prescribe; es decir, que lo instaure como deber. Será injusto, en cambio, cuando sea contrario a una norma que prescribe un determinado comportamiento que a causa de ello ha adquirido valor de justicia. La justicia de un hombre es la justicia de su comportamiento social. Y la justicia de su comportamiento social consiste en que es conforme a una norma que constituye el valor de justicia. Esta norma puede ser, pues, denominada norma de justicia. (Hervada, 1992, p. 117)

La imposibilidad de hablar de justicia en la mente del más importante sistematizador del derecho del siglo XX alcanzará no sólo al derecho positivo y a su aplicación, sino la misma reflexión científica del mismo. Reconstruyendo el pensamiento kelseniano se tendría que decir que si consideramos a la justicia como el juicio de valor por antonomasia en el derecho, éste quedará radicalmente excluido de su particular modo de entender la ciencia al señalar: “[...] Los juicios de justicia no pueden ser objetivamente comprobados; por tanto, una ciencia del derecho no tiene lugar para ellos” (Hervada, 1992, p. 117).

Como se ve, la propuesta general que el pensador vienés ofrece sobre la justicia es de un radical escepticismo, considerándola como un ideal, algo inalcanzable y sólo reservado para la divinidad. Es muy clara la respuesta que da a la capital pregunta ¿qué es la justicia? diciendo: “La Justicia es, pues, un secreto que Dios revela, en el mejor de los casos, a unas pocas personas selectas que no pueden comunicárselo a las demás” (Kelsen, 1991, p. 47).

En conclusión, Kelsen terminará remitiendo la idea de justicia al mundo ideal, al terreno de las aspiraciones y de los sentimientos más profundos del hombre. Tal carácter lo sintetiza al decir: “La Justicia absoluta es un ideal irracional, o, dicho en otras palabras, una ilusión, una de las ilusiones eternas del hombre” (1991, p. 59).

De este modo, el modelo expuesto por Kelsen, y seguido por el positivismo jurídico que representó, nunca pudo considerar la posibilidad de admitir el criterio de justicia, y siempre que tuvo la oportunidad de escribir contra ella lo hizo.

En sintonía con lo que venimos exponiendo parece claro que si no hay derechos naturales de las personas (cuando éstas son objeto de experimentos bioéticos), no habrá en consecuencia ningún criterio de justicia que sea considerado violado, ¿qué justicia puede predicarse de prácticas que consideran a las personas como instrumentos para determinados fines, como, por ejemplo, la fecundación *in vitro*, o quienes se encuentran congelados en los bancos de embriones, etcétera? Más aún, los seguidores de la bioética liberal dirían que se falta a la justicia de no cumplir con aquel ordenamiento jurídico que permite u ordena la realización de esas y otras prácticas similares.

B. *La justicia como virtud en el derecho natural clásico*

La idea del iusnaturalismo clásico sobre el punto que venimos tratando es completamente diferente. La justicia para esta corriente no sólo es un argumento central a la hora de explicar el derecho, sino constitutivo de la concreción de lo justo. Así, nada más alejado del pensamiento iusnaturalista que entender a la justicia como un ideal irracional; es todo lo contrario, la posición del derecho natural hace considerarla tan real y objetiva como el derecho mismo, de modo que desde esta posición el contenido de la justicia será siempre concreto, práctico y real. Muy poco tiene de ideal entregar la cantidad de dinero que se adeuda al acreedor por la compraventa de una casa, o transmitir a otra persona un bien de la misma especie y calidad en el contrato de mutuo, o el derecho a la vida o integridad física de las personas objeto de experimentación.

En segundo lugar, es verdad que a lo largo de la historia, particularmente en los tiempos recientes, asistimos a una gran diversidad de concepciones sobre la justicia, pero en los orígenes de esta expresión —los cuales se remontan al primer libro de *La República* de Platón, continuada después por Aristóteles y los juristas romanos—, la fórmula acuñada por Ulpiano, y recogida en el D.1,1,10, sigue teniendo la misma fuerza y actualidad en el derecho, baste como muestra la actividad jurídica desarrollada en el mundo judicial de prácticamente todos los países del mundo. Así, para Roma, igual que para hoy, la justicia es “dar a cada uno lo suyo”, y esto significa dar o restituir su derecho. “La justicia es la constante y firme voluntad de dar siempre a cada uno lo que es suyo” (*Justitia est constans et perpetua voluntas jus summ cuique tribuendi*).

Ahora bien, para la corriente iusnaturalista, quien está llamado a concretar la justicia determinando lo justo de cada quien no es el político con sus leyes. Quien discierne y da a cada uno lo suyo es el jurista, y de éste, principalmente, el juez. Para el iusnaturalismo clásico entonces es el juez el que en última instancia está obligado a determinar lo justo en el caso concreto.

En tercer lugar, la corriente que venimos explicando entiende que la justicia no puede estar determinada exclusivamente por la ley (como lo creyó el positivismo jurídico, particularmente Kelsen). Esto no significa que la ley tenga que ser dejada de lado desentendiéndose de ella; lo que el iusnaturalismo rechaza es que la ley sea el único criterio para determinarla: "La justicia no es *originariamente* un efecto de la norma, no nace de la ley y, por eso, no es una dimensión originaria —nacida— de la política. A la política y, por lo tanto, a la ley, la justicia *les es dada*. Y se las da el derecho (las cosas justas). No es algo *puesto* originariamente por la ley y la política. Por eso, hacer derivar todo derecho de la ley, impide entender la justicia" (Hervada, 2002, p. 35).

La idea central de la justicia para el iusnaturalismo clásico consiste esencialmente en ser un acto segundo. Si la virtud anunciada consiste en dar a cada uno lo suyo, es decir, su derecho, es lógico que previamente exista *lo justo o su derecho*, para que después pueda concretarse la justicia. En el caso específico del tema que venimos exponiendo, eso que es lo justo son los derechos naturales del hombre, es decir, su vida, su integridad física o moral, su identidad, su individualidad o singularidad, sus libertades, etcétera. "Entonces la justicia —consistiendo en dar a cada uno su derecho— se reducirá a darle a la persona humana estos derechos" (Hervada, 2002, pp. 38-39). De este modo, la justicia sigue —como acto segundo— a la existencia y reconocimiento de previos derechos naturales de la persona. Dice Javier Hervada: "En cada hombre ve la dignidad humana, en cada hombre contempla el ser exigente dotado de derechos" (2002, p. 49).

Considerando lo anterior, es claro que, a los seres humanos tratados como objetos en la experimentación de las prácticas bioéticas no les son respetados sus derechos naturales y, en consecuencia, se comete injusticia contra ellos. Prácticas abortistas aprobadas por legislaciones y decisiones judiciales que las amparan; eutanasias; de maternidad subrogada; de congelación de embriones, etcétera, son muestra clara de la radical injusticia que se comete contra el ser humano y contra sus derechos naturales más elementales.

Lo señalado hasta acá no es suficiente para tener un panorama completo sobre el concepto de justicia; es necesario referirse también a otra

idea básica en el iusnaturalismo como es el de igualdad. Con este criterio se mide lo que se ha de entregar, devolver, restituir, lo suyo de las personas. En primer lugar, hay una igualdad ontológica en todos los seres humanos y por tanto merecen una igualdad de trato. De este modo, la igual consideración de persona de todos los seres humanos, así como su igual dignidad, hace que el reconocimiento y respeto de sus derechos sea igual en todos ellos, lo mismo en el concebido no nacido que en el ya nacido y desarrollado. El primero es tan persona como el segundo.

Ahora, al ser igual su consideración de persona y dignidad, el feto, el enfermo terminal, el anciano, etcétera, merecerían igual protección de sus derechos naturales, específicamente el relativo al derecho a la vida y desarrollo. Por lo tanto, el tratamiento jurídico por parte del Estado debería garantizar más ampliamente esos derechos. Esta es —según creo— la manera en que debe entenderse el artículo 4.1. de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos que a la letra dice: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

Este tipo particular de igualdad —la igualdad en cuanto a la titularidad en los derechos esenciales o naturales— Hervada la ha resumido en cinco puntos: 1) sólo existe una condición de persona ante la ley, sin clases o grados; 2) todos los hombres son personas ante la ley y a todos se les reconoce la personalidad jurídica; 3) al ser todos igualmente personas, todos son sujetos de derechos y obligaciones con la misma fuerza, intensidad y extensión; 4) los derechos y deberes tienen todos la misma razón de debitud y exigibilidad —la misma fuerza de derecho— sin que prevalezcan los derechos de unos sobre otros; 5) todos tienen los mismos e iguales derechos inherentes a la personalidad, a la condición de persona: los derechos de la personalidad, sin diferencias derivadas de alguna condición (Hervada, 1993c, p. 233).

La explicación anterior es la base de la igualdad genérica, aquella por la que se tiene que tratar por igual a todos los seres humanos, pero hay otra igualdad íntimamente relacionada a esta igualdad sustancial que completa la explicación de la justicia para el iusnaturalismo, es la relativa a la comparación que se hace entre las cosas que las personas tienen derecho a recibir: igualdad aritmética e igualdad geométrica. En el primer caso, la igualdad se da en la comparación entre las cosas debidas entre personas que se toman como iguales. En el segundo tipo, igualdad es aquella en la que la persona recibe de la colectividad aquello que es igual, proporcionalmente, al fin de la acción distributiva de bienes por parte del Estado.

De esta manera se ve claramente cómo mientras para el iuspositivismo no se puede hablar de justicia por ser ésta un ideal irracional (o la pura obediencia de lo que la norma establece), para el iusnaturalismo la justicia existe, es real, y no se reduce a lo que la norma declara, sino que acepta que hay un conjunto de derechos naturales que respetándose se concreta ésta. Así, a todos los seres humanos que se instrumentalizan en prácticas bioéticas se les están negando sus derechos naturales más fundamentales y, en consecuencia, se les está violando el criterio también más elemental de justicia.

4. *La forma de gobierno democrático y bien común*

El espacio donde se observan y operan conceptos como los de persona, dignidad y justicia es el ámbito público, representado en un sistema de gobierno. ¿Cuál es la forma de gobierno en la que se explicarían mejor las anteriores ideas y que contribuyen así a un bien común? Evidentemente que esta pregunta sigue siendo hoy objeto de fuertes disputas doctrinales, pero lo que queda claro es que el sistema en el que nos ha tocado vivir es el democrático; por tanto, es necesario asomarse a éste para saber si es compatible la protección de esos presupuestos básicos del derecho con dicho sistema o forma de gobierno. En definitiva, de lo que se trata es de saber si en el sistema democrático cabe la idea de persona, dignidad y justicia como expresiones generales del bien común.

No se comete ningún error si se afirma que el mundo occidental ha conocido dos grandes formas de entender y vivir el régimen democrático. El primero corresponde al mundo antiguo o clásico, fundamentalmente grecolatino; el segundo, al mundo moderno. La explicación de la experiencia vivida en Grecia nos la propuso Aristóteles. Para él, la democracia tiene como ideal el gobierno de la multitud, ya que todos los que son iguales en el censo lo son en el gobierno (Arist., Pol., Lib. III-V).

Sin embargo, y más allá de las críticas que Aristóteles formularía a dicha forma de gobierno (Arist., EN., Lib. VIII-X), supo que la labor esencial de éste es la de asumir una función directiva, orientadora de la *polis*, capaz de conducir a los ciudadanos al logro de un bien mayor del puramente individual. En el origen de dicha organización no solamente se buscaba la satisfacción de las necesidades materiales y vitales, sino sobre todo la búsqueda de la virtud de los ciudadanos; sólo así se puede entender la defensa que hiciera Aristóteles de la primera colectividad humana, la familia, o el decidido apoyo que hizo del matrimonio heterosexual (Mayer, 1994, p. 28). En este contexto, "La existencia de un interés social

racional y la capacidad humana de acceder a él no hacen superfluo el gobierno” (García-Huidobro, 1997, p. 32).

Queda claro entonces que la primera vivencia democrática del hombre occidental reconocía y apoyaba la idea de un bien colectivo, de un bien común social consistente en el resguardo de aquellos bienes humanos (familia, hijos, trabajo, matrimonio, etcétera) capaces de hacer florecer la *polis*. De este modo, tres serían los argumentos en los que se basa la teoría de la democracia aristotélica: 1) la naturalidad de la *polis*, es decir, la idea de que el origen del Estado está basado en un dato natural; 2) la primacía del bien común por encima del bien individual, y 3) la función directiva y promocional de la autoridad (Castaño, 2012, p. 2).

Por su parte, el punto de arranque de la democracia en el mundo moderno se encuentra en los movimientos revolucionarios del siglo XVIII, los cuales culminaron con dos documentos paradigmáticos: la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Éstos sintetizan el pensamiento liberal del mundo moderno (Bobbio, 2005, pp. 35-38).

El primero establecería claramente que la Declaración de Derechos ha sido “hecha por los representantes del buen pueblo de Virginia, reunidos en asamblea plenaria y libre; derechos que pertenecen a ellos y a su posteridad, como la base y fundamento del gobierno” (Hervada y Zumaquero, 1992, p. 24). Por su parte, la Declaración francesa en su artículo 1o. señalará: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales no pueden fundarse más que en la utilidad común” (Hervada y Zumaquero, 1992, p. 40). En ambas declaraciones, pero fundamentalmente en la segunda, se propone una nueva tesis del gobierno y de los derechos humanos claramente liberal e individualista, alejada de la consideración del bien común que en el mundo clásico se tuvo. Ya no es la comunidad sino el individuo el que tendría más peso.

Reconociendo algunas notas típicas del mundo moderno, Sergio Raúl Castaño dirá sobre el último punto que aquí ya hay un desplazamiento del bien, el fin y la felicidad como primer principio del orden práctico en provecho del deber y la obligación [...] Consiguientemente el bien común es negado como primer principio del orden político, y en su lugar aparece el poder. El signo distintivo de la estatalidad ya no será la autarquía (autosuficiencia en el bien común), sino la soberanía (posesión del poder decisorio último). Es decir, que no se reconoce a las relaciones de integración, sino a las de subordinación, como el dato fundante de la realidad social [...]. En la misma línea, el centro de la vida jurídica deja de ser la virtud de la justicia y sus concreciones conductuales, para adquirir supremacía incontestable la norma (2012, pp. 32-33).

Las dos formas de comprensión de la democracia que acabamos de describir son diametralmente distintas, y esta distinción se enfatiza cuando se cuestionan sus bases morales. Para el pensamiento clásico, la *polis* tuvo su origen en un dato natural (el lenguaje) a través del cual el hombre podía decir aquello que era bueno y malo, lo que era justo e injusto (Arist., *Pol.*, I, 2, 1253 a 15). En cambio, el mundo moderno habría de caracterizar al hombre como un individuo aislado, egoísta, capaz de ser un lobo para el hombre, por eso la necesidad de renunciar a sus derechos naturales y pactar el Estado-social (Gettell, 1959, pp. 354-360). Desde aquí, el único compromiso social que tuvo no sería otro que el de la utilidad personal, exaltándose así el bien privado del individuo y separándolo del bien común público. La idea de este bien, como la entendió el mundo clásico, había quedado sepultada, utilizándose al derecho igualmente para este fin (Ballesteros, 1986, p. 30).

A. *La postura iuspositivista sobre el bien común y la democracia*

Como sabemos, para el positivismo jurídico, uno de los postulados centrales de su filosofía moral es el relativismo, considerado como la única postura en la que se puede sostener la democracia. La consecuencia lógica de este planteamiento es —como lo señalamos anteriormente— renunciar a la idea bien común, o sólo considerarla a partir de un bien puramente utilitario basado en las leyes. El representante más conspicuo de esta posición fue, sin duda, Hans Kelsen. Dice el profesor vienés en su escrito sobre *Los fundamentos de la democracia*:

Por esta misma razón es errónea la doctrina con arreglo a la cual la democracia presupone la creencia de que existe un bien común, objetivamente determinable y de que el pueblo es capaz de conocerlo y de hacer de él, consiguientemente, el contenido de su voluntad. Si esta doctrina tuviese razón, la democracia no sería posible. Porque es fácil mostrar que no existe algo así como un bien común objetivamente determinable, que a la pregunta de qué sea el bien común únicamente se puede responder por medio de los juicios de valor subjetivos, los cuales pueden diferir sustancialmente de una a otra persona y que, aunque el bien común existiera, el hombre medio, y por tanto el pueblo, difícilmente sería capaz de conocerlo (1988, p. 209).

Claramente puede observarse cómo la democracia para Kelsen sólo puede fundarse en el relativismo moral, criterio que conceptualmente excluye cualquier referencia al bien común. La asunción de tal relativismo cobra un papel fundamental para la legislación de cualquier Estado, porque la creación de normas ya no tendrá ningún referente objetivo del que

pueda asirse, conformándose así con la pura forma y validez determinadas por su procedimiento de creación.

Aceptando la participación en el gobierno y, por tanto, en la creación y aplicación de las normas, Kelsen reconocerá que cualquiera que sea el tipo de democracia imperante (directa o representativa) esto no tiene por qué afectar el hecho de considerarla sólo como una cuestión de “procedimiento, de método específico de creación y aplicación del ordenamiento social que constituye la comunidad; éste es el criterio distintivo de ese sistema político al que se llama propiamente democracia” (Kelsen, 1988, p. 210). A la luz de esto, es claro entonces que buscar en estos argumentos alguna función o finalidad propia de las leyes para reconducir a los ciudadanos al bien común sería impensable.

¿Qué repercusiones tiene todo esto en nuestra exposición sobre la bioética y biojurídica? La respuesta es especialmente clara y contundente: si no hay una noción de democracia basada en el bien común, o existiendo ésta no se considera a la persona como el fin de la misma y de sus derechos más fundamentales, entonces cualquier práctica bioética que se haga sobre ella, autorizada por el derecho positivo, tendría que ser considerada legal y por tanto aceptable. Si no hay una idea de bien, o éste es relativo, cualquier práctica vale.

En este punto, Kelsen seguramente conoció la serie de experimentos con seres humanos que el nazismo hizo en los campos de concentración durante la Segunda Guerra Mundial, los cuales estuvieron justificados desde lo que el derecho positivo le permitía. Consecuente como siempre fue en sus postulados ius-filosóficos, el profesor vienés escribiría al respecto: “Desde el punto de vista de la ciencia del derecho, el derecho durante la dominación nazi fue derecho. Podemos lamentarlo, pero no negar que fue derecho” (Citado por Garzón Valdés, (comp.), 1999, p. 8.), y, por lo tanto, legitimador de dichas acciones, agregaríamos nosotros.

B. La concepción iusnaturalista de bien común y de la democracia

La visión iusnaturalista de la democracia y del bien común es radicalmente distinta a la señalada anteriormente. Desde luego, el derecho natural no niega dicho sistema de gobierno, lo que rechaza es el democratismo, es decir, que sólo sea lo democrático aquello que en última instancia determine lo que es legítimo y por tanto justo (Hervada, 1993b, p. 658). A esto el propio Hervada llamaría “idolatría de la democracia” (Hervada, 1993b, p. 658), la cual corre el riesgo de justificar cualquier cosa, incluso violentar los bienes y derechos más esenciales de la persona, como nos lo ha enseñado la historia.

La democracia como forma de gobierno debe tener un fundamento objetivo donde se justifique y se garantice lo esencial de la persona, y éste no puede ser simplemente el voto mayoritario. La democracia, dice Hervada, “necesita estar justificada en una racionalidad objetiva, que señale su legitimidad y su necesidad para un orden político justo, al mismo tiempo que marca sus límites (que no son otros que los marcados por su fundamento, esto es, por la dignidad humana)” (1993b, p. 658). Es en la dignidad humana donde se encuentra el fundamento de dicho sistema democrático y este fundamento no es otra cosa que los bienes y derechos de las personas, los cuales no tienen su origen en el simple acuerdo de los hombres, “sino que son reconocidos por todos como una atribución anterior a todo acuerdo (*i. e.*, racional, ‘natural’) y sin cuyo respeto por todos no tendría sentido vivir respetando los acuerdos” (Orrego, 2008, p. 24).

Ahora bien, el dato consustancial al régimen democrático, sin el cual no tendría sentido respetar ningún acuerdo, es el “bien común”, el cual está basado en aquel conjunto de bienes y derechos propios de las personas. La idea de bien común estaría entonces en el corazón mismo de tal sistema de gobierno. Tomas de Aquino, confirmando esta idea dirá “Que el bien común es el fin de las personas individuales que viven en comunidad como el bien del todo es el fin de cada una de las partes” (Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, II-II, q. 58. ad.3). Si trasladamos a un lenguaje contemporáneo esta idea diríamos que el bien común sería aquel conjunto de bienes humanos que deben ser alcanzados por las personas en cualquier comunidad política independiente.

En la línea descrita anteriormente, una de las aportaciones iusnaturalistas contemporáneas más interesantes sobre el bien común y, en definitiva, la forma de gobierno democrática, es la que actualmente propone el profesor emérito de la Universidad de Oxford, John Finnis, para quien “La principal preocupación de una teoría de la ley natural es explorar las exigencias de la razonabilidad práctica en relación con el bien de los seres humanos, quienes, porque viven en comunidad, enfrentan problemas de justicia y derechos, de autoridad, derecho, y obligación” (Finnis, 2000, p. 379).

Con esto, Finnis —contrario a la propuesta kelseniana— y en línea claramente iusnaturalista, apuesta rotundamente por el bien común de la comunidad política, basado, en primer lugar, en un conjunto de bienes humanos básicos que el hombre ha de buscar para su autorrealización personal y que constituirán después el contenido de los derechos naturales o fundamentales del hombre. De este modo, no sólo se confía en la existencia de dicho bien —expresión de ese conjunto de bienes—, sino

también de un sistema de gobierno fuerte, crítico de un relativismo axiológico, promotor y garante de ese bien común.

Finnis reconoce que hay al menos tres significados de bien común. El primero afirma que hay “un bien común para los seres humanos, puesto que la vida, el conocimiento, el juego, la experiencia estética, la amistad, la religión y la libertad en la razonabilidad práctica son buenas para todas y cada una de las personas” (Finnis, 2000, p. 184). El segundo sentido del bien común, dirá Finnis, sería que “cada uno de estos valores humanos es él mismo un ‘bien común’, puesto que puede ser participado en un número inagotable de personas en una variedad inagotable de formas o en una variedad inagotable de ocasiones” (2000, p. 184).

Entonces las leyes dadas por la autoridad política estarían dirigidas al bien común, estableciendo aquello que es de interés general, creando las condiciones sociales necesarias para que los ciudadanos puedan alcanzar su desarrollo personal. De ahí que el mismo Finnis termine reconociendo como sentido focal del bien común el siguiente: “un conjunto de condiciones que capacitan a los miembros de una comunidad para alcanzar por sí mismos objetivos razonables, o para realizar razonablemente por sí mismos el valor (o los valores), por los cuales ellos tienen razón para colaborar mutuamente (positiva y/o negativamente) en una comunidad” (Finnis, John, 2000, p. 184).

5. *Derechos naturales o derechos fundamentales*

A. *La concepción iuspositivista de los derechos humanos*

Todo lo señalado hasta aquí tendrá como corolario el tema de los derechos humanos. La persona humana, su dignidad, la justicia y el bien común del sistema democrático no se comprenderían sin una referencia a los derechos humanos. Y aunque ya se ha dicho bastante sobre esto en las páginas anteriores, pasemos sucintamente revista a algunos de los tópicos centrales de estos derechos.

Lo primero que hemos de señalar es que la teorización de los derechos humanos plantea un problema muy serio para el derecho positivo, y es que un positivista coherente vería con bastante escepticismo este asunto. Así, el mismo padre de la legislación —como se le conoce a Bentham—, en varios lugares de su obra (véase Bentham, 1962), criticará duramente la idea de derechos humanos, calificándolos como “derechos naturales imaginarios” (Bentham, 2005, p. 168), “sinsentidos sobre zancos” o de “bastarda ralea de monstruos”. ¿Por qué tan duras descalificaciones? Evidentemente la respuesta tiene que venir de su rechazo a que

podrían existir derechos anteriores al derecho positivo como los del derecho natural (Massini Correas, 1994, p. 47).

Más recientemente, Eugenio Bulygin uno de los más importantes y reconocidos iuspositivistas, señalará la imposibilidad de hablar sobre derechos humanos absolutos. Dirá al respecto: “Es claro que, si no hay normas morales absolutas, objetivamente válidas, tampoco puede haber derechos morales absolutos y, en particular, derechos humanos universalmente válidos” (1987, p. 83). Y aunque el profesor argentino acepta que se puede hablar de derechos humanos (relativos a cada contexto histórico), terminará señalando que éstos no son algo dados, sino sólo exigencias o prestaciones que se formulan al orden jurídico positivo (1987, p. 83).

En esta misma línea, uno de los más citados iuspositivistas contemporáneos, Luigi Ferrajoli, reconocerá, sin duda, la existencia de derechos humanos, pero éstos no serán más que aquellos que un ordenamiento jurídico positivo determine. Así, justamente dirá: “[...] Los derechos, más allá de nuestras opciones morales y del propio «tejido objetivo del contractualismo político y de la ética liberal en la que nacieron», existen en un determinado ordenamiento si y sólo si han sido producidos por normas pertenecientes al mismo” (Ferrajoli, 2001, p. 324).

Es verdad que Ferrajoli reconocerá la universalidad de los derechos fundamentales y que éstos corresponden a todas las personas, pero la categoría de persona —como buen positivista que es— sólo es para unos cuantos. “Persona, en el plano de la teoría del derecho, no equivale a ‘ser humano’, sino más bien al status de los sujetos, cualesquiera sean, normativamente previstos como presupuestos de situaciones jurídicas y, específicamente, de los derechos de las personas” (Ferrajoli, 2001, p. 334).

Finalmente, en la cultura jurídica mexicana, el seguidor de las anteriores ideas ha sido Ulises Schmill, para quien los derechos humanos o derechos fundamentales no dejan de ser meros derechos subjetivos, calificándolos como “reflejos subalternos de las normas que establecen facultades”. Así, dirá el autor referido que los considerados como derechos subjetivos —como los derechos fundamentales— “no son otra cosa que reflejos subalternos de las normas que establecen obligaciones o restricciones de normas que establecen prohibiciones” (Schmill, 2003, p. 125).

B. Derechos humanos como derechos naturales

La visión que el derecho natural clásico tiene de los derechos humanos es completamente diferente a la propuesta iuspositivista. Las razones para comprobar esta afirmación son muchas. La primera —meramente

nominal— nos la enseña la propia historia, ya que tanto la Declaración de Derechos Virginia de 1776, como la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, utilizan la expresión “derechos naturales”, no emplean la locución derechos positivos o derechos subjetivos. El primer documento apela a la naturaleza de los hombres calificando los derechos como ‘innatos’. El segundo documento no duda en decir que el pueblo francés reconoce los “Derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre”.

Así, al ser considerados derechos naturales, se entendió que eran derechos preexistentes al derecho positivo, anteriores a cualquier ordenamiento jurídico, recordándonos con esto lo que Aristóteles nos había enseñado a propósito de que el derecho de la *polis* es en parte natural (pre-positivo) y en parte legal (positivo). Es esa parte natural del derecho lo que hoy llamaríamos derechos humanos, los cuales deberían ser reconocidos en el derecho positivo. Esto lo ha explicado magistralmente Javier Hervada al señalar: “Lo que la teoría de los derechos humanos ha aportado, tanto el pensamiento político como el pensamiento jurídico, es la conciencia de que existe un núcleo de derechos inherentes a la persona, no otorgados por ley positiva, que el poder y la sociedad no pueden violar y deben reconocer y garantizar” (Hervada, 1993b, pp. 654-655).

En segundo lugar, la preexistencia de los derechos naturales constituye el núcleo objetivo de juridicidad que se encuentra fundamentado en la dignidad de la persona humana. Así, el dato clave para el iusnaturalismo cuando explica los derechos humanos como derechos naturales es la dignidad, la cual expresa una dimensión del hombre que pone en evidencia los derechos (Hervada, 1993b, p. 667).

Ahora bien, la idea de dignidad como dato en el que radican los derechos humanos sólo se puede predicar de la persona, y en este sentido significaría “una excelencia o eminencia en el ser, en virtud de la cual el hombre, no sólo es superior a los otros seres, sino que posee una perfección en el ser, una eminencia o excelencia ontológicas absolutas (es decir, no relativas) que lo sitúan en *otro orden del ser*” (Hervada, 1993b, p. 669). Por esa eminencia y excelencia los derechos humanos sólo pertenecen al ser humano.

En tercer lugar, a la pregunta ¿qué hace a una persona digna y por tanto titular de derechos humanos? La respuesta no puede ser otra — como lo vimos— que el de la naturaleza humana; es decir, aquel dato común que todos los seres humanos poseen. Entonces, la dignidad hay que predicarla de la naturaleza humana, y porque todo ser humano la posee es también por la que todos éstos son personas con todos los derechos humanos o naturales inherentes a su dignidad o naturaleza.

¿Qué consecuencias acarrea lo anterior? Al menos dos grandes consecuencias respecto a los derechos humanos. La primera es que todos los hombres tienen igual dignidad, pues la naturaleza es igual en todos, y al poseerla tienen por tanto los mismos derechos naturales. La segunda es que esta dignidad no admite grados ni de unos hombres respecto de otros ni en un mismo hombre, por lo que no es posible afirmar que haya una gradación en la titularidad de los derechos humanos. Así, “[...] todo hombre tiene igual dignidad desde el primer instante en que comienza a existir hasta el último instante de su existencia: ni la edad, ni la salud, ni el nacimiento, ni cualquier otra condición o evento disminuyen o aumentan la dignidad inherente a la persona humana [...]” (Hervada, 1993b, p. 671). En conclusión, decir que el hombre es un ser digno, es afirmar que todo hombre, en cualquier momento de su existencia, es persona, y que ninguna práctica bioética puede instrumentalizar esa dignidad ni violentar esos derechos naturales.

Derechos humanos como la vida, al goce de su integridad física y mental, el derecho a su individualidad o singularidad, a la experiencia estética, al trabajo, a la educación, a la sociabilidad, etcétera, son derechos humanos naturales que pertenecen al hombre por esa estructura ontológica que es su dignidad o naturaleza humana.

VII. CONCLUSIONES

Primera: la materia que mejor explica el tratamiento iusfilosófico de los problemas bioéticos es la biojurídica y no el bioderecho, ya que ésta aborda dichos problemas no desde el derecho positivo, sino desde la reflexión filosófica. Al lado del problema conceptual, la biojurídica se refiere a los problemas axiológicos de la bioética, a la consideración de buenas o malas prácticas.

Segunda: el concepto de persona que explica el iusnaturalismo clásico no la reduce a ser un centro de imputación normativa, sino que la desarrolla en un sentido más amplio e integral, el cual abarca tanto su radicalidad ontológica como jurídica. Esta última se encuentra basada en la primera y por ella se entiende que hay una juridicidad anterior a lo que el derecho positivo puede decir de la persona, constituyéndose por tanto en el centro de las relaciones de debitud y exigibilidad.

Tercera: la dignidad de la persona humana no puede estar justificada en la pura autonomía de la voluntad, sino en un dato común a todas las personas, como lo es el de su naturaleza humana. Considerada un dato real, la naturaleza humana nos muestra cuál es la serie de inclinaciones na-

turales del hombre que tienden a una serie de fines o bienes en los cuales están basadas relaciones jurídicas de debitud y exigibilidad y que deberían ser los criterios que orienten las prácticas bioéticas.

Cuarta: la justicia no puede ser considerada como un ideal irracional, menos cuando se trata de prácticas bioéticas en las que se involucran seres humanos, pues en éstas se encuentran implicados derechos naturales de las personas que no pueden ser violentados o transgredidos por la legislación positiva de los Estados, a riesgo de que si se dan entonces decimos que se comete injusticia.

Quinta: el bien común social no puede estar basado en el relativismo ético, porque dicha postura moral llevaría a negar el conjunto de derechos que los hombres poseen por naturaleza. Por el contrario, el bien común ha de estar basado en esos bienes y derechos propios de los seres humanos que ayudan al florecimiento personal y social de las personas. Cuando en una legislación se permiten prácticas bioéticas que atentan contra esos bienes desaparece cualquier concepción de bien común.

Sexta: los derechos humanos no pueden ser los derechos otorgados y puestos por el hombre en una legislación positiva, sino aquellos derechos que tiene por su propia naturaleza, siendo por tanto derechos naturales, los cuales deben ser respetados por cualquier legislación y ninguna práctica bioética deberá transgredir. Los derechos humanos son los criterios de justicia que deben orientar e informar la producción de la norma o la interpretación de ésta; en definitiva, son derechos que tienen que ser reconocidos por cualquier ordenamiento jurídico.

Séptima: es claro que el tratamiento que se puede hacer de los problemas concernientes a la bioética desde el derecho, es decir, el abordaje de los mismos a través de la biojurídica, sólo puede ser hecho desde dos posicionamientos: o se asume una posición iuspositivista, o se reconoce una postura iusnaturalista. La primera no ha podido ofrecer ningún límite a los graves problemas que implica la manipulación de los seres humanos en las prácticas bioéticas; la segunda, en cambio, delinea perfectamente los límites que dichas prácticas no pueden transgredir. Estos límites vienen determinados por el carácter de persona de todo ser humano, de su intrínseca dignidad y de los derechos naturales que le son inherentes. Así, la propuesta iusnaturalista reconoce que el respeto a esos derechos y a esa dignidad es un dato objetivo, y que su respeto constituye un criterio de justicia y una observancia del bien común en un verdadero Estado de derecho.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- Aristóteles. (1985). *Ética Nicomaquea* (2a. ed.). Gredos.
- Aristóteles. (2018). *Política* (2a. ed.). UNAM.
- Kant, I. (1999). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Ariel.
- Tomás de Aquino. (1998). *Suma de teología* (4a. ed.). Biblioteca de Autores Cristianos.
- Agüero Aguirre, S. (Comp.). (1992). *Lecturas de filosofía del derecho*. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.
- Alonso, C. (1999). *La agonía del cientificismo. Una aproximación a la filosofía de la ciencia*. Eunsa.
- Aparisi Miralles, A. (2007). Bioética, bioderecho y biojurídica (Reflexiones desde la filosofía del derecho). *Anuario de Filosofía del Derecho*, (24), 63-84.
- Araujo-Cuauro, J. C. (2019). La biojurídica o el bioderecho como mediador de los nuevos dilemas biomédicos. *Telos*, 21(3), 591-604. <https://doi.org/10.36390/telos213.06>
- Artigas, M. (1999). *Filosofía de la ciencia*. Eunsa.
- Atienza, M., y Ruiz Manero, J. (2007). Dejemos atrás el positivismo jurídico. *Isonomía*, (27), 7-28.
- Ballesteros, J. (2000). *Posmodernidad: decadencia o resistencia* (2a. ed.). Tecnos.
- Bentham, J. (2005). *Teoría de las ficciones*. Marcial Pons.
- Bentham, J. (1962). *The Works of Jeremy Bentham* (T. II.). Russel.
- Beuchot, M., (1995). *Derechos Humanos, iuspositivismo y iusnaturalismo*. UNAM.
- Beuchot, M., (2002). *Los principios de la filosofía de Santo Tomás de Aquino*. Imdosoc.
- Blázquez-Ruiz, F. J. (2006). Nueva genética, regulación jurídica y privacidad. En Héctor Gros Espiell (Ed.), *10 palabras clave en Nueva genética* (pp. 31-74). Editorial Verbo Divino.
- Bobbio, N. (2000). *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Gedisa.
- Bobbio, N. (2005). *Liberalismo y democracia*. Fondo de Cultura Económica.
- Bulygin, E. (1987). Sobre el status ontológico de los derechos humanos. *Doxa*, (4), 79-84. <https://doi.org/10.14198/DOXA1987.4.05>
- Carpintero Benítez, F. (2000). *Historia breve del Derecho Natural*. Colex.
- Carpizo, J. y Valadés, D. (2008). *Derechos Humanos, Aborto y Eutanasia*. UNAM.
- Castaño, S. R. (2012). *Lecturas críticas sobre el poder político*. UNAM.
- Chomsky, N. y Foucault, M. (2006). *La naturaleza humana: Justicia versus poder. Un debate*. Kaltz.

- Domingo, R. (2008). *¿Qué es el derecho global? (2a. ed.)*. Thomson-Aranzadi.
- Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trotta.
- Finnis, J. (2000). *Ley Natural y Derechos Naturales*. Abeledo-Perrot.
- García-Huidobro, J. (1997). *Naturaleza y política*. Edeval.
- García Maynez, E. (2002). *Filosofía del Derecho (13a. ed.)*. Porrúa.
- García Maynez, E. (1999). *Introducción al estudio del derecho (50a. ed.)*. Porrúa.
- Garzón Valdés, E. (1999). *Derecho y Filosofía (3a. ed.)*. Fontamara.
- Gettell, G. R. (1959). *Historia de las ideas políticas I*. Nacional.
- Harris, J. (2004). La Eutanasia y el valor de la vida. En Keown, J. (Comp.), *La Eutanasia examinada. Perspectivas éticas, clínicas y legales*. Fondo de Cultura Económica.
- Hervada, J. (2002). *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*. Eunsa.
- Hervada, J. (1993). *Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, en Escritos de Derecho Natural (2a. ed.)*. Eunsa.
- Hervada, J. (1993b). *Escritos de derecho natural (2a. ed.)*. Eunsa.
- Hervada, J. (1993a). *Introducción crítica al derecho natural (7a. ed.)*. Eunsa.
- Hervada, J. (1993c). *Los eclesiasticistas ante un espectador*. Eunsa.
- Hervada, J. (1992). *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*. Eunsa.
- Hervada, J. y Zumaquero, J. (1992). *Textos internacionales de derechos humanos I (2a. ed.)*. Eunsa.
- Herrera Frago, A. (2022). *Derechos humanos: Perspectivas de juristas iusnaturalistas. T. I: Sustento histórico, antropológico y filosófico de los derechos humanos*. Tirant lo Blanch.
- Hoyos, Castañeda, I. M. (1989). *El concepto jurídico de persona*. Eunsa.
- Ibarra Palafox, F., Carrillo Salgado, A. F., Hernández Manríquez, J., Muñoz Mendiola, J.C., (Coords.). (2023). *Hans Kelsen, ante el siglo XXI. Un diálogo crítico*. UNAM.
- Kelsen, H. (1991). *¿Qué es la justicia?*. Ariel.
- Kelsen, H. (1998). *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Debate.
- Kelsen, H. (2009). *Teoría Pura del Derecho (16a. ed.)*. Porrúa.
- Massini Correas, C. I. (1994). *Los derechos humanos en el pensamiento actual (2a. ed.)*. Abeledo-Perrot.
- Massini Correas, C. I. (2020) *Dignidad humana, derechos humanos y derecho a la vida. Ensayos sobre la contemporánea ética del derecho*. UNAM.

- Melendo, T. y Millán-Puelles, L. (1996). *Dignidad: ¿Una palabra vacía?*. Eunsa.
- Millán, Puelles, A. (2002). Persona, en *Léxico filosófico* (2a. ed.). Rialp.
- Lagunes López, O. N., y Urrea Carrillo, M., (Coords.). (2020). *De la deconstrucción a la confección de lo humano. Género y derechos humanos*. BUAP.
- Olivé, León. (2012). *El bien, el mal y la razón. Facetas de la ciencia y de la tecnología*. UNAM.
- Ollero, A. (2006). *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*. Thomson-Aranzadi.
- Orrego, C. (2008). Presentación a Hervada, J., *Introducción crítica al derecho natural*. Ábaco de Rodolfo de Palma.
- Peces-Barba Martínez, G. (2005). Dignidad humana, en *10 palabras clave sobre derechos humanos*. Editorial Verbo Divino.
- Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (2016) *Teoría del derecho, corregida, aumentada y actualizada con el Código Civil y Comercial, de la Nación, Ley 26994* (4a. ed.). Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Ramos-Kuri, M., Herrera Fragoso, A., Santos, M., J. (Coords.). (2019). *El embrión humano. Una defensa desde la antropología, la bioética del desarrollo y los derechos humanos*. Tirant lo Blanch.
- Ramírez García, H. (2009). *Vida Humana y aborto. Ciencia, Filosofía, Bioética y Derecho*. Porrúa.
- Recaséns Siches, L. (1934). Estudio preliminar sobre la Teoría Pura del Derecho y del Estado. En Hans Kelsen, *Compendio de Teoría General del Estado*. Bosch.
- Robles Morchon, G. (1989). *Las limitaciones de la Teoría Pura del Derecho*. UNAM.
- Saldaña Serrano, J. (2014). *Derecho natural. Tradición, falacia naturalista y derechos humanos*. UNAM.
- Schmill, U. (2003). *Teoría del derecho y del Estado*. Porrúa.
- Schoupe, J. P. (1984). La concepción realista del derecho. *Persona y Derecho*, (11), 555-633. <https://doi.org/10.15581/011.32648>
- Serna, P. (1989). Modernidad, posmodernidad y derecho natural: un iusnaturalismo posible. *Persona y Derecho*, (20), 155-188.
- Serna, P. (1998). El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo. En Serna, P. y Massini, C.I. (Coords.), *El derecho a la vida*. Eunsa.
- Serna, P. (2010). Iusnaturalismo. En González, A. L. (Ed.). *Diccionario de filosofía*. Eunsa.
- Serrano Ruiz-Calderón, J. M. (2001). Bioética y Derecho. En Tomás Garrido, G, M. (Coord.), *Manual de Bioética*. Ariel.

- Serrano Villafañe, E. (1977). *Concepciones lusnaturalistas Actuales* (2a. ed.). Universidad Complutense.
- Tamayo y Salmorán, R. (1976). *Sobre el sistema jurídico y su creación*. UNAM.
- Thomson, J., J. (1997). A defense of Abortion. En Dworkin, R. (Comp.), *The Philosophy of Law*. Oxford University Press.
- Villoro Toranzo, M. (1982). *Introducción al estudio del derecho* (5a. ed.). Porrúa.
- Viola, F. (1998). *Dalla natura ai diritti. I luoghi dell'etica contemporanea*. Laterza.

The Constitutional Essentials of Immigration and Justice-Based Evaluations

Fundamentos constitucionales de la inmigración y evaluaciones basadas en la justicia

Enrique Camacho-Beltrán

 <https://orcid.org/0000-0001-6876-8460>

Universidad Nacional Autónoma de México
Correo electrónico: enrique.camacho@comunidad.unam.mx

RECIBIDO: 6 de octubre de 2023

ACEPTADO: 1 de diciembre de 2023

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2024.18.18622>

ABSTRACT: The aim of this paper is to offer a broad characterization of the kind of account that I believe cannot plausibly face conclusively the problem of the ethics of immigration restrictions in a non-ideal world at the level of the constitutional essentials. I argue that justice-based accounts of immigration controls fail to normatively evaluate what immigration controls do to outsiders subjected to them in non-ideal conditions, so judgments of justice by themselves tend to be overall bad for the interest of immigrants. I explain this by insisting that a prior question about the legitimacy of immigration controls have been overlooked by familiar accounts. A full account of the ethics of immigration suitable for guiding constitutional essentials should be able to connect distinct kinds of justice-based evaluations in order to ask both, what legitimacy requires from territorial institutional control as well as what justice requires from immigration policy.

Keywords: justice, legitimacy, immigration, political self-determination, territorial rights, nationalism, statism.

RESUMEN: El objetivo de este trabajo es ofrecer una amplia caracterización del tipo de relato que, en mi opinión, no puede afrontar de forma plausible y concluyente el problema de la ética de las restricciones a la inmigración en un mundo no ideal a nivel de lo esencial constitucional. Argumento que las explicaciones de los controles de inmigración basadas en la justicia no evalúan normativamente lo que los controles de inmigración hacen a los extranjeros sometidos a ellos en condiciones no ideales, por lo que los juicios de justicia por sí mismos tienden a ser globalmente malos para los intereses de los inmigrantes. Explico esto insistiendo en que una cuestión previa sobre la legitimidad de los controles de inmigración ha sido pasada por alto por los relatos conocidos. Un análisis completo de la ética de la

inmigración adecuado para orientar los fundamentos constitucionales debería ser capaz de conectar distintos tipos de evaluaciones basadas en la justicia para preguntar tanto qué exige la legitimidad del control institucional territorial como qué exige la justicia de la política de inmigración.

Palabras clave: justicia, legitimidad, inmigración, autodeterminación política, derechos territoriales, nacionalismo, estatismo.

SUMMARY: I. Introduction. II. Justice-based accounts of immigration controls. III. Political Legitimacy and the ethics of immigration. IV. First objection: is Political Legitimacy really different from Liberal Legitimacy?. V. Second objection: There are other conceptions of legitimacy that already perform the job. VI. Conclusion. VII. Bibliography.

I. INTRODUCTION

Liberal philosophers (Rawls, 1971; Barry, 1995; Dworkin, 2002) typically hold that—at least in the realm of ideal theory—¹ one of the most basic roles of a conception of justice regarding controversial issues such as immigration, is to establish some guidelines for laws and policies by asking what justice requires at least in the case of constitutional essentials (Rawls, 2001, p. 13).² Constitutional essentials are norms demanding respect to basic rights and liberties. They are also basic principles that structure the form of government and the main political structures and processes, for instance the norms determining whether a system is parliamentary or presidential or the norms determining the requirements to vote (Rawls, 1993, pp. 227-229).

Some believe that this liberal outlook is best explained by a particular view of liberalism constrained to this political domain of the constitutional essentials (Miklosi & Moles, 2014; Williams, 2012; Quong, 2010). This kind of “political liberalism” asserts that a conception of justice could be defended without invoking any particular comprehensive conception of the good (Rawls, 1993, pp. 10-13, 154-157). Some liberals appeal to a particular version of this idea to illuminate problems of applied ethics such as immigration:

¹ Roughly ideal theory discusses what justice requires within a theoretical model of society while non-ideal theory or theories of injustice ask what is required by morality as a whole or by justice in real-life scenarios. See Valentini (2012a) for an account of what different conceptions of justice require for the case of immigration see Barry, B., & Goodin (2015).

² I also discussed some difficulties of the applications of this kind of framework to controversial cases in my forthcoming *Tópicos* paper (2024).

Justice as Fairness: Is a group of principles and ideas of political philosophy designed to serve as a guiding framework of deliberation and reflection which helps us reach political agreements on at least the constitutional essentials regarding a society as a fair system of social cooperation of free and equal citizens (Rawls, 2001, p. 18), over time from one generation to the next, in conditions of comprehensive pluralism (Rawls, 1993, p. 12, 144-45; 1971, p. 75).³ This idea of a well-ordered society in turn should also provide some guidance in thinking about non-ideal theory (Rawls, 2001, p. 13).

Some liberals attracted by this guiding force of *Justice as Fairness* endorse a parallel conception of public reason as well, in order to explain the wrongness of coercively imposing one's views about how best to live. In the most general sense, public reason requires that the moral or political rules that regulate our common life are in some sense, justifiable or acceptable to all those persons to whom the rules purport to apply (Quong, 2010; Gaus, 1996; Williams, 2000). In a thumbnail,

Liberal Legitimacy Determines whether political power is justified. "Political power, as the power of free and equal citizens, is to be exercised in ways that all citizens as reasonable and rational might endorse in the light of their common human reason" (Rawls, 2001, p. 84; 1993, p. 217). In addition: "Our exercise of political power is fully proper only when it is exercised in accordance with a constitution the essentials of which all citizens as free and equal may reasonably be expected to endorse in light of principles and ideals acceptable to their common human reason" (Rawls, 1993, p. 137).

From these two views about two main political virtues, justice and legitimacy and their role in the deliberation of constitutional essentials, many liberals argued that what justice requires from border policies is members to exercise control over their society's composition, including the right to exclude whomever they see fit in accordance with their interest to preserve justice among them (Macedo, 2007; Walzer, 2008; Miller, 2014). In the *Law of Peoples*, Rawls himself stated that it is not permitted to migrate into other people's territory without consent and the state is the agent qualify to enforce this: an important role of government, however arbitrary a society's boundaries may appear from a historical point of view, is to be the representative and effective agent of a people as they take re-

³ Along with constitutional essentials the principles of justice are devised to guide the deliberation of matters of basic justice. But I do not mention them above as in turn matters of basic justice are concerned about basic economic and social justice and other issues not covered by a constitution (Rawls, 1993, pp. 227-229). But the nature, localization and extension of borders are matters clearly determined by the constitution.

sponsibility for their territory and its environmental integrity, as well as for the size of their population (Rawls, 2002, p. 38).

So many liberals also endorse a version of *Membership*:

The right of political self-determination of a society consist in the exercise by its members of rightful control over that society composition as they see fit, including the right to exclude whomever they decide in accordance with their interest to preserve justice among them.

In this view the main aim of the ethics of immigration is to exclude non-members because relationships of justice among members will be jeopardized if outsiders are let in. Famously, David Miller (2015) and Christopher Heath Wellman (2011) among others endorsed this view. But some other liberals extract almost the opposite conclusions from *Justice as Fairness* and *Liberal Legitimacy*. They reject that the scope of *Membership* should be limited to the scope of legal jurisdiction and societies. Instead, they propose that the scope of *Membership* should include all human beings.

They thus endorse a version of

Humanity: The relevant set of individuals where relationships of justice must be established is in principle unbounded. Thus, it is unjust for people to face worse opportunities because of their nationality. As a result, members of political communities do not have a right to exclude whomever they see fit.

Joseph Carens (2013) and Arash Abizadeh (2008) are two central proponents of this view. Defenders of these two views claim to be both liberals in the sense they won't reject the ideological core of *Justice as Fairness* and *Liberal Legitimacy*. But then the confrontation between *Membership* and *Humanity* seems puzzling because it is difficult to determine what is then unjust about immigration. Note however that *Humanity* does not assume any role towards the constitutional essentials. It seems it is simply assumed that the constitutional essentials are informed by questions of justice which are domestic in nature; regardless of considerations of global ethics such as *Humanity*. This seems an unjustified bias that makes non-national members vulnerable to the interest of members.

In this vein, much more recently Amy Reed Sandoval (2016) and José Jorge Mendoza (2014) argued that the injustice of immigration is much more located in its enforcement and the resulting disproportionated harassment to US citizens and residents. To survey, interrogate and apprehend seriously marginalize latino/a citizens, legal residents because they are perceived as members of a group that routinely "endure a common set of unjust constraints on the basis of being perceived to be undocu-

mented and thus deportable” (Reed-Sandoval, 2016, p. 375). This means that an unexpected and almost invisible effect of immigration policies presumably guided by *Membership*, is to disproportionately and impermissibly harm certain groups. Consequently, another task of judgments of justice is to highlight or denounce this kind of hidden effects.

As a result, some social philosophers endorse a version of oppression: Migrants or people perceived as migrants or of migrant origin are categorized by society as members of a devaluated social group relative to a dominant highly valued group of full members within society. As a result, their social status and interests are attributed less value than the status and interests of the dominant group. This in turn results in less access to the protection of their rights and to valuable goods and opportunities (Young, 1990; Haslanger, 2016; DiAngelo, 2016).

Oppression is a power imbalance between dominant and minorized social groups (Cudd, 2006, p. 4). A group is minorized when its access to symbolic and material social goods is restricted by members of dominant groups. The restriction is so deep, pervasive and powerful that even what it means to be member of these groups is interpreted and thus misrepresented by members of the dominant group, so members of the minorized groups lack the very capacity to understand and interpret their own lives. Thus, membership to these groups is socially devaluated as members suffer injustices that they perceive as natural or deserved. On time, society as a whole learns how to ignore such injustices, so we need to devise certain theoretical point of view to unlearn what we grown accustomed. This point of view or perspective is constructed by critical theory.

Note that in contrast with *Membership* and *Humanity*, *Oppression* is not straightforwardly normative. Rather, its view is mainly descriptive in a way that allows to conceptualize the kind of injustices that dominant groups of society insist in naturalize or normalize. This kind of outlook is central for the methodology of social sciences, as it establishes the conditions of possibility of knowledge about social groups. But knowledge of this kind has to deal precisely with the conditions where social groups socializes us in ways that create several biases in our views as we are in fact cultured to see all these as natural.

In the face of it, it seems that what justice requires from immigration controls may be underdetermined as the injustice of immigration can either be a specific form of harm or wrong bestowed to members of society (*Membership*), to humans in movement (*Humanity*) or a failure to structure societies where dominant groups do not devalue vulnerable groups (*Oppression*). If claims of justice are under-determined, we cannot transfer

arguments and claims from *Humanity to Oppression* and back to *Membership*. This in turn seriously impair the possibility of using judgments about justice or claims of injustice to guide our discussion and assessment of the constitutional essentials related to immigration problems.

This is the subject of this paper. However, I will not try to decide what justice requires from immigration controls all-things-considered. My aim instead will be to find a way around this underdetermination by identifying a way to construct the conceptual space where claims of *Membership*, *Humanity* and *Oppression* can be productively related to each other as distinct levels of analysis regarding the nature of justice. In this paper I will lay the first stone: the political and moral virtue of legitimacy may be a common currency as much as we can understand the term independently from justice itself. We begin by deciding what sorts of immigration controls are legitimate for the case of liberal democracies.

The paper is ordered as follows. In the second section I characterize the kind of account that I think it cannot by itself guide the discussion of the constitutional essentials of immigration. The third section allows me to open the conceptual setting I hope will allow to transfer moral standards between these different ways to articulate claims of justice I invoked above. Sections four and five serve to discuss some objections against my account.

II. JUSTICE-BASED ACCOUNTS OF IMMIGRATION CONTROLS

In this section I wish to distinguish and compare distinct justice-based consideration that are ordinarily invoked when we discuss the constitutional essentials implied in immigration controls. Consider again our first justice-based level of analysis where morality requires the protection of the rights of members of society:

Membership: The right of political self-determination of a society consists in the exercise by its members of rightful control over that society composition as they see fit, including the right to exclude whomever they see fit in accordance with their interest to preserve justice among them.

As we saw, this view takes *Justice as Fairness* and *Liberal Legitimacy* as the core of the ethics of immigration controls because relationships of justice among members cannot be established, or at least are very difficult to establish, until non-members are not definitely excluded from the obligations and benefits that derive from membership (Blake, 2013). For instance, it seems that *Membership* accommodates well the nationalist concern about the value of communitarian culture (Gellner, 1983;

Miller, 1994; Tamir, 1993; Ignatieff, 1994; Gams, 1998). Under this interpretation, national or cultural identity has the kind of value that requires states to exclude outsiders in order to cherish and cultivate the distinctive culture necessary for the production of certain important social goods.⁴ Correspondingly, *Membership* can also accommodate the claim that the protection of members' basic human rights (specially their collective right of self-determination and association) can only be secured inside the boundaries of the state, because only states are the agents that could perform the job of enforcing the protection of human rights (Wellman, 2011).⁵

Elsewhere I suggested that these two interpretations of *Membership* could be complementary in a way that strengthens the support for exclusionary immigration controls: restrictive immigration controls would be required to protect the kind of cultural outlook that is not only aesthetically and symbolically distinctive, but also the culture that makes possible the kind of protection of rights that identifies unique ways to take care of each other throughout society (Camacho-Beltrán, 2022). However, I also suggested that the central problem of this composite form of *Membership* is that it tends to wrongly disregard the interests of would-be immigrants in the justification of immigration restrictions just by assuming that the interest of members is more important or relevant.⁶

This possibility allows me to take a step back and distinguish three different kinds of questions. First, we could ask as we have done, how much can members of liberal democracies benefit from the institutions of *Membership* without harming immigrants? (Camacho-Beltrán, 2022) When we ask question like this, still we find ourselves in the terrain of *Justice as Fairness*, where we are required to distribute benefits and burdens. Yet, to be sure about the result of our deliberations and how we may apply them to reality we must apply the test of critical theory. As Williams ex-

⁴ There are two main challenges against nationalist arguments for immigration controls. First, it seems they are empirically incorrect. The argument becomes conditional to the fact that limiting immigration is really necessary and/or sufficient to secure nationalist social goods. (Blake, 2015, p. 528; Wellman & Cole, 2011, p. 50; Caney, 2001, pp. 981-982). Second, even if the claim is empirically correct, we have to know if those who seek to restrict immigration have a moral right to do it. Nationalism does not have an answer for this: They seem to conflate a group's cultural right of self-determination with political rights of self-determination (Lægaard, 2006; 2007; Camacho-Beltrán, 2017).

⁵ I believe the main challenge to this view is that it collapses into a form of statism incoherent with liberalism as it is the states rather than individuals who decides who is let into the society. See also Stainer, 1992.

⁶ Camacho-Beltrán, 2020. See also Abizadeh, 2008.

plains “people can be drilled by coercive power itself into accepting its exercise” (Williams, 2005, p. 6).

In the oppressive political arrangements familiar to us, society impose to us certain views about how we all fit in it, and this views often establish biases in the way we interpret ourselves and the surrounding social reality. When we ask about our own biases and how the result of our deliberations from *Membership* may be devaluating groups in a way that may seem natural to us because precisely of these biases, then we are challenging *Membership* from *Oppression*. This is a justice-based evaluation because the test highlights injustices that we grow accustomed ignoring.

Consider *Oppression* again:

Migrants or people perceived as migrants or of migrant origin are categorized by society as members of a devaluated social group relative to a dominant highly valued group of full members within society. As a result, their social status and interests are attributed less value than the status and interests of the dominant group. This in turn results in less access to the protection of their rights and to valuable goods and opportunities (Young, 1990; Haslanger, 2016; DiAngelo, 2016).

As stated above, Reed-Sandoval and Mendoza use *Oppression* to highlight something that often gets overlooked: the effect policies oriented by *Membership* has in members themselves when they are collectively identified as immigrants regardless to their immigration or citizenship status. But *Oppression* also can go deeper. *Oppression* may be offering a way to put forward legitimate claims that *Membership* hides beneath, since *Membership* simply assumes a theoretical equality between all citizens and remains unaware that in the unjust societies we now know, groups of citizens are routinely humiliated, demeaned and discriminated because who they are perceived as members of socially devaluated groups.

The very fact of oppression seems to indicate that at least *Membership*, as expressed in the interpretations I considered above, may be empirically questionable. We need tangible evidence to show that in fact culture or basic rights can, in fact, only be protected when borders are exclusionist. The argument becomes conditional to the fact that limiting immigration is really necessary and/or sufficient to secure some special good such as culture or the exclusivity of certain associations (Blake, 2014, p. 528; Wellman & Cole, 2011, p. 50; Caney, 2001, p. 981-982). But even if the claim was empirically correct, *Oppression* may be pointing even deeper.

Given the interpretations of *Membership* we considered before may be enforcing forms of oppression by creating and sustaining the formation of unjustly and disproportionately disadvantaged groups without

access to symbolic and material goods, we have to ask a more primitive question: those who seek to restrict immigration have a moral right to do it? Elsewhere I insisted that there is no conceptual connection between on one hand, the right to control the evolution of social constructs like *the people, the culture or even the territory* and on the other, the right to control who comes to this *land*. While the collective may have the right to control their imaginaries, why should this mean they have also the right to control something material like the land? The transit between the imaginary and the material is never justified (Camacho-Beltrán, 2020). As Hidalgo explains, the moral permissibility of establishing a legal jurisdiction of political institutions do not entail the moral permissibility of any policy or exercise of political power issue by those institutions (Hidalgo, 2012, p. 16). In other words, *Membership* is grounded in a putative analytical connection between rights of political self-determination (the imaginary) and unqualified rights of exclusion that does not exist (the material).

Membership entails the assumption that what justifies the state, justifies also their exclusionist border policy. *Oppression* helps us to see that rights of association, cultural rights and rights for exclusion may be exercised in harmful illegitimate ways that cannot be justified. Specific exercises of these rights must be justified in morally self-standing terms.⁷ Absent this connection, the argument becomes incoherent or at least illiberal: *Membership* seems to be always impermissibly obstructing the freedom of someone: either members who wish to associate and bring in outsiders or outsiders who cannot exercise their freedoms unless they get in (Freiman & Hidalgo, 2016; López-Guerra, 2020).

Now, of course this does not deny the importance of state's freedom of association, or the possibility of grounding rights to reject would-be immigrants in terms that satisfy at least *Justice as Fairness* and *Liberal Legitimacy* (or better in terms that satisfy Political Legitimacy as I will claim below), it only shows that *Membership* fails to perform the straight forward justificatory job that defenders of exclusion hope, for it can only establish by itself a limited right for members to constitute their group, but it does not provide full permission to discriminate non-members particularly if this happens in the harmful ways that *Oppression* highlighted (Blake, 2014; Van der Vossen, 2015; Fine, 2010; Lister, 2010).

But the point is straightforward: as I argued elsewhere, *Membership* does not establish any kind of exclusionist rights over the land from which defenders of *Membership* wish to exclude non-members (Camacho Beltrán, 2019, p. 6). The appropriate group and bounded land to which *Mem-*

⁷ See Blake (2014 p. 530) and Blake (2012).

bership applies is merely assumed, which begs the question. There is not principled way to support the claim that the relevant membership should only apply to the states we know.

From this, some writers wish to conclude that *Membership* should be expanded into the whole set of human beings as a single group (Carens, 1987; Cole, 2001; Caney, 2007; Abizadeh, 2008; Kukathas, 2010).

As we saw, these writers thus endorse

Humanity: The relevant set of individuals where relationships of justice must be established is in principle unbounded. Thus, it is unjust for people to face worse opportunities because of their nationality. As a result, members of political communities do not have a right to exclude whomever they see fit.

It is very difficult to object to *Humanity* from *Oppression* because *Humanity* appeals to our highest moral hopes of what a just society would ideally look like. But perhaps this is weakness too. Notice that *Humanity* precludes the possibility of exclusion grounded in considerations of *Justice as Fairness* and *Liberal Legitimacy* even if it endorses these virtues. Accordingly, under *Humanity*, *Justice as Fairness* and *Liberal Legitimacy* indeed take into account the interest of would-be migrants. The problem is that the concerns of humanity may be distributive, but they seem territorially unbounded. In order to see this, first note that *Humanity* is coherent only if we assume that states have *certain* moral character now that will allow them to evolve into other morally superior arrangements whatever they will be. They need to possess the kind of moral character suitable to take responsibility for the transnational effects of their deeds (Dworkin, 2013).

Certainly, as stated in section one, part of the task of normative, interpretative and evaluative political theory is to determine the moral character of liberal democracies. John Rawls (1971) for instance famously characterized this moral character as a fair system of social cooperation between free and equal members. Joseph Raz (1986) believes that the moral character resides in the capacity of the society to accommodate value-pluralism. Ronald Dworkin (2011) believed that a state has a moral character when it is a community that endorses certain moral principles like dignity. Accordingly, defenders of *Membership* believe that what the moral character (either cooperative society, pluralistic people or a community of values) requires from immigration controls, is to protect relationships of justice among members by excluding outsiders (either cooperation, pluralism or the communitarian protection to dignity). But in contrast, *Humanity* has an idiosyncratic view of that moral character that is not addressed to liberal democracies. Instead, *Humanity* poses the very different problem of what kind of political units or arrangements morality requires for glob-

al distributive justice to obtain.⁸ But it is not clear whether cooperative associations, pluralistic peoples or moral communities could be equally expanded globally somehow. Furthermore, *Humanity* does not indicate how the process of expansion needs to be undertaken in order to avoid the creation of oppressive effects.

To be sure we can assume that *Humanity* is true without having to face any normative consequence whatsoever unless we insist in the immediate dissolution of liberal states regardless of the immediate effects. Furthermore, according to Christiano, if the route to *Humanity* is through the successful operation of liberal democracies with the purported *transnational moral character*, then immigration states must not undermine the proper functioning of those states (Christiano, 2008b). Crucially, on closer inspection *Humanity* does not reject *Membership tout-court*, because, if open immigration were to undermine the proper functioning of democratic states, then that would undermine, in the long run, what *Humanity* prescribes as well. To put in in another way, in order to reach *Humanity*, we will need to transit through a transnational interpretation of *Membership* first. But at the end this analysis shows that the three levels of analysis (*Membership*, *Oppression* and *Humanity*) cannot properly inform the constitutional essentials each by itself. We need to create a common ground to allow them to link with each other in a complementary way. Let's explore this in the next section.

⁸ *Humanity* implicitly invokes a cosmopolitan revisionist approach. There are many complex variations of this cosmopolitan account of liberal equality that I cannot revise in detail here. Instead, what *Humanity* is meant to highlight is the idea discussed before that *Membership* includes the ungrounded assumption that the main locus for justice and legitimacy of immigration is membership. As there are any reasons to narrow the scope of justification (of border exclusion) to *Membership*, *Membership* should be expanded to the whole set of human beings dissipating thus the rationale for exclusion (Carens, 1987; Cole, 2001; Caney, 2007; Abizadeh, 2008; Kukathas, 2010). Of course, there is no reason to restrict the influence of accounts such as *Humanity* to prescriptive political theory. Once we identify an attractive prescription, we can get back to evaluative political theory to see how far are from that ideal the institutions we know, and after that we can get back to normative theory in order to engineer how here and now, we can make institutions to take a step forward in that direction. But this is an entirely different problem from the one suggested by the contrast between *Membership* and *Humanity*. I assume that defenders of *Membership* have their own ideals which seem different from the cosmopolitan ideals. And I assume that *Membership* is somehow coherent with those ideals they have. What my contrast is meant to suggest is that defenders of *Humanity* have seldom used their ideas to evaluate our current migratory institutions and establish normative guidelines that could show how they can get closer to those ideals in a way that shows that *Membership* is inconclusive or incoherent. An exception of this is the latest book of Carens (2013).

III. POLITICAL LEGITIMACY AND THE ETHICS OF IMMIGRATION

I believe the first step to open a common ground for different assessments of justice is to realize that there is a certain morally minimalist perspective behind both *Membership* and *Humanity* that establish the fundamental requirement to avoid *Oppression* regarding the deliberation of constitutional essentials.⁹ What matters is the protection of people's basic rights, autonomy and social stand insofar as this protection is instrumental for *resisting society*—to use Haslanger's voice—in the creation, reproduction and nourishment of oppressive relations. The distinction between *Membership* and *Humanity* arises only once we ask who the liable agent is (for violations to the requirements of *Oppression*).

If the state is currently the only liable agent, then *Membership* explains the scope of that responsibility, except that this cannot ground the unqualified kind of exclusionist rights that Miller or Wellman first hoped. It only may ground limited exclusion when needed to create and maintain such relations of mutual responsibility towards the requirements of justice or rather of the moral character of liberal democracies. But as we saw, we may interpret this character in an expansive way looking forward to *Humanity*. So, this may transcend the states we now know, as more stringent requirements of justice may arise once the institutional conditions and organizational technologies allow for them (and in a globalized world, we need normative frameworks capable of making sense of claims that transcend *Membership*). Let's unpack this.

Now, my suggestion is to take a step back and assess these varieties of moral character (cooperative society, plural people or ethical community) but *outside Membership, Humanity and Oppression* with a different currency: *Political Legitimacy*. In order to adjudicate what the moral character requires outside its core cases of discussion of constitutional essentials; we may need to pose the question outside *Justice as Fairness* and *Liberal Legitimacy* with a different currency. The obvious currency will be to judge the effects of *Membership* and *Humanity* from the point of view of what kind of society is good.

I believe in this field often we seek to determine what kinds of restrictions are appropriate for the moral character of liberal democracies re-

⁹ This means that *Membership* and *Humanity* are different conceptions of justice in immigration but I assume they have a good idea about a concept of justice they want to satisfy. *Membership* seems mainly concerned about how to satisfy the substantive claims of citizens while *Humanity* seems mainly concerned about which political arrangements may satisfy the substantive claims of everyone. About the difference between concept and conceptions of justice see Rawls (2001a, p. 5). For concepts of justice see Cohen (2008, p. 279)

garding the administration of borders. From this, two particular concerns emerge. First, the most familiar makes us challenge how immigration controls are exercised. For example, we could ask if a specific immigration policy is just, efficient, adequate, etc. But as we saw *Oppression* forces us to ask the logically prior questions. In this case we could ask whether states have an entitlement to enforce immigration controls in the first place. This entails also to challenge the claim that, in general, states have the right to a monopoly of unilateral control or dominion over immigration controls.

Accordingly, if the role of the ethics of immigration is to determine what kinds of immigration restrictions are appropriate for liberal democracies, then, in order to define the terms of *the moral character of liberal democracies* in immigration we must first try to determine the requirements of *legitimacy* in immigration. This in turn will restrict the deliberation of the constitutional essentials related with immigration control.

In order to see this, consider the example of the constitutional essentials related to territory and land. I believe we should endorse: *Political Legitimacy*, determines who or what can guarantee a stable regimen able to secure order, protection, safety, trust, and cooperation (Williams, 2005, p. 3-5).

Note that *Political legitimacy* and *Liberal legitimacy* differ greatly from each other. Consider again

Liberal Legitimacy: Determines whether political power is justified. "Political power, as the power of free and equal citizens, is to be exercised in ways that all citizens as reasonable and rational might endorse in the light of their common human reason" (Rawls, 2001, p. 84; 1993, p. 217).

"Our exercise of political power is fully proper only when it is exercised in accordance with a constitution the essentials of which all citizens as free and equal may reasonably be expected to endorse in light of principles and ideals acceptable to their common human reason" (Rawls, 1993, p. 137).

The main difference between *Liberal Legitimacy* and *Political Legitimacy* is that the former is parasitic or dependent from *Justice as Fairness* while the latter is in principle unbounded and more primitive. This means that *Liberal Legitimacy* and *Political Legitimacy* are parasitic from *Political Legitimacy*. *Liberal Legitimacy* works within the dominion of liberal societies while *Political Legitimacy* evaluates any exercise of political power. While *Liberal Legitimacy* and *Justice as Fairness* are intermingled and easily conflated (Valentini, 2012b), *Political Legitimacy* is not only a form of political justice as in *Justice as Fairness*, it constitutes an independent form of moral evaluation through practical reasoning. This is because *Liberal*

Legitimacy and *Political Legitimacy* already express a determined interpretation of the moral character which is bounded to cooperative societies.

Now consider the kind of relation that *Political Legitimacy* may establish with *Oppression*. Recall *Oppression* seldom establishes a normative standard about how things should be, rather it seeks to highlight how bad they are, especially when ideologies and propaganda try to hide reality from us. In some ways *Oppression* constitutes a realist approach. We could ask if our ideas of the moral character have influenced immigration policy in any way that improves or worsens the life of migrants or other groups. But this approach is trivial for the conceptual evaluation of what kind of moral character should liberal democracies adopt. Instead, *Oppression* allows to test the consequences of adopting this or that models of moral character. As we saw, this crucially allow us to detect biases and unwarranted assumptions.

As a result, guided by *Oppression* we could use *Political Legitimacy* to challenge the questioned interpretations of *Membership*. This will constitute an application of *Political Legitimacy* to a specific case. For instance, we could ask who can permissibly decide about the putative rights members claim to have over the territory they claim is theirs, and what is the permissible scope and limits of these kinds of decisions? What are the extension and limits of the position of dominion citizens claim over the territory? When we ask questions like these, we find ourselves in the terrain of *Political legitimacy*. From that conceptual environment, we are questioning *Membership* by adopting a point of view from *Humanity* after we considered objections from *Oppression*.

For instance, as suggested Camacho elsewhere (2020) we should endorse:

Bordered Land: the use of political power to enforce immigration restrictions should be justified. It is justified when a legitimate liberal democracy possesses rights over the land it wishes to enclose when the exercise of this power is necessary to protect the rights of everyone including the basic rights of non-members.

Note that *Bordered Land* has clear advantages over *Membership*. Recall, *Membership* had overlooked the interest of non-members without any right to do so, since the right to exclude from the group is not analytically connected with the right to exclude from the territory. In contrast *Territory* preserves *Membership*'s original concern with the wellbeing of members without disregarding the rights of outsiders; for their interest and wellbeing is to be taken into account before any rights over the territory could be established insofar as considerations of legitimacy are more primitive.

Bordered Land is a conception of legitimacy for the case of liberal democracies but is different from *Political Legitimacy* because *Bordered Land* is specifically applied in the case of borders and appropriation of land. I proceeded in a similar fashion with *Justice as Fairness* as I began with a general concept which in turn was interpreted and specified by conceptions appropriated for the case such as *Membership* and *Humanity*. Similarly, the concept of *Political legitimacy* determines who or what can guarantee a stable regimen able to secure order, protection, safety, trust, and cooperation (Williams, 2005, pp. 3-5) while *Bordered Land* explains what it means to guarantee order in a liberal democracy but specifically by enforcing borders (which is an exercise of political power).

As discussed in section one, the defence of migratory exclusion makes no sense if the state in question has not good claims of rights over the land. According to *Membership*, political self-determination may ground the right to exclude outsiders from membership; but members have no right to exclude outsiders from a territory over which they have no right. So, we must turn to the moral dimension of land appropriation to seek for an explanation of that putative right.

Before we move on and consider some objections an important clarification is in order. Legitimacy has several dimensions: it is not only about what people in fact endorse even if they are wrong. That is a merely empirical dimension of legitimacy. But when we assess how well our endorsed political institutions and their authorized exercise of political power live up to our moral conceptions, we have to deal with legitimacy in normative and interpretative ways. Legitimacy is a normative virtue when it determines what exercises of political power people should accept as morally justified. This dimension obtains from practical abstract reasoning. And as divergent to both these ideal and empirical dimensions, legitimacy is an interpretative judgment when it determines what people could accept as justified *pro-tanto* in their actual circumstances. This dimension obtains from confronting what people actually endorse with what should be endorsing.

For instance, as a prescriptive matter we can say states that forbid women to vote *should* be illegitimate even if some people actually endorse it. And that is indeed true for liberal democracies here and now, even if there are still some communities that outlaw it. But all-things-considered, states which forbid vote to women were legitimate one century ago. And for those people at that time that was legitimate even in interpretative terms considering the facts and moral outlook they had. After all, limited voting rights were only gained by women in Finland, Iceland, Sweden and some western U.S. states in the late 19th century. But our moral

outlook produces a different judgment. Thus, in applied ethics we need to gather the relevant context in order to make a case-for-case pro-tanto moral judgment.¹⁰

Of course, these considerations greatly exceed the objectives of this paper. But for the purposes of this paper, it should be enough to assume that *Political Legitimacy* is an interpretative judgment that takes a normative view of the virtue of legitimacy in a way that takes into account what most of the people actually endorse. So *Political legitimacy* offers a critical view informed by *Oppression*, so it highlights the moral bias introduced by *Membership* and even *Humanity*. In that way the three levels of analysis of justice can play in the same ground.

IV. FIRST OBJECTION: IS POLITICAL LEGITIMACY REALLY DIFFERENT FROM LIBERAL LEGITIMACY?

Now before concluding let's consider some objections to my account. In this section I will ask if Political Legitimacy can really scape the orbit of Justice as Fairness and Liberal Legitimacy. I believe it can, as it would be regrettably reductionist to subsume all public morality to distributive problems of justice. In the next section I will consider the possibility that other conceptions of legitimacy already perform the job I assigned to *Political legitimacy*. I hope I can show that other conceptions of legitimacy are already affected by ideological biases, so we need precisely the kind of critical view Political legitimacy allows to introduce from *Oppression*.

Let's begin with the first objection. Some liberals will forcefully resist *Political legitimacy* as a virtue independent from the liberal values as I invoked them with *Justice as Fairness* and *Liberal Legitimacy*, but it is a great—but not uncommon mistake—to think that, because we see distributive justice as especially important in public morality, we must make everything especially important in public morality into distributive justice as understood by *Justice as Fairness*. Indeed, most people in most societies never have problems with the police, courts, armies or special government bureaux. Most people will never wish to emigrate to other country, challenge the nature of the political arrangement or overturn a government. Hence, their interests are far more affected by matters of distributive justice and the protection of human rights than say the assessments of public morality in matters such as immigration. Still, matters of public morality can be highly important without being matters of distributive

¹⁰ I discuss this problema of moral progress in my forthcoming paper in Tópicos.

justice because they define the moral character of our democracies as a whole. Some of these issues are problems of political legitimacy that transcend the scope of *Liberal Legitimacy* constrained by *Membership*, such as consideration about the goodness of society in terms of a stable regimen able to secure order, protection, safety, trust, and cooperation.

But *Liberal Legitimacy* eschews this approach with good reasons as famously Rawls insisted that liberalism and political theory do not have any means to identify the right account of a good society. According to Rawls a conception of justice has to be independent from comprehensive moral theories because otherwise pluralism would prevent any way of consensus and stability in society.

The distinction is clear but not sharp. Justice and legitimacy are both political virtues because they both assess how well institutions protect the dignity of those over whom they extract obedience and allegiance and those over whom they exercise political power. But as we saw they evaluate different things. The idea that institutions ought to protect dignity includes the requirement that political power should be consistent with the equal objective value of the life everyone (Dworkin, 2011, p. 13-19). So, the use of political power, coercion and the distribution of burdens and benefits should not be arbitrary, but it should be solely addressed to maintain the conditions that make possible, in turn participation, social cooperation and compliance without requiring that any member or group give up their autonomy, authenticity and self-respect.

This means coercive power needs to be exercised with equal concern. While the concept of justice determines what we owe to each other; the concept of legitimacy is more primitive, because it serves as a moral background for justice. The concept of legitimacy determines who or what can guarantee a stable regimen able to secure order, protection, safety, trust, and cooperation (Williams, 2005, pp. 3-5). This allows legitimacy to connect our intuitions regarding what we owe to other members (*Membership*), what we owe to any person (*Humanity*), and what we owe to those harmed by society as a whole regardless of their membership (*Oppression*).

The problem is that, even if the distinction I made turns to be meaningful, it can be still argued that perhaps *Political Legitimacy* is indeed different from *Liberal Legitimacy*, but precisely when we apply *Political Legitimacy* to the specific case of liberal democracies, then, *Political* and *Liberal Legitimacy* become at least co-extensional because of the constraints of the case itself. If this is true, the distinction is merely analytical. But this objection is misleading.

In order to see this, notice that general concepts need to be particularized and qualified into conceptions appropriated for each case.¹¹ Of course the case in hand are liberal democracies. In a liberal democracy to treat everyone with equal concern means that everyone could develop the minimum degree of capacities to take full part in the cooperative life of society.

Here we find again the requirements of Oppression: citizens need to be able to think about themselves as a valid source of legitimately reasonable claims, instead of thinking themselves as being submitted to fortune or crucially to the arbitrary will of others (as highlighted by *Oppression*) (Rawls, 2001, p. 20). That means a legitimate liberal democracy must provide the conditions for everyone to be a member without losing one's dignity. Participation, social cooperation and compliance with the rule of law should not be seen as something that implies losing one's dignity (Dworkin, 2001, p. 205).

Notice that as powerful and compelling *Justice as fairness* is, it remains—as constrained by Rawls himself—a conception of justice appropriate *only* for the case of the basic structure and the constitutional essentials. The concept of justice requires many other conceptions of justice such as restorative justice, transgenerational justice, allocative justice; retributive justice etc. (Rawls, 2001, pp. 10-11). I assume that the same happens with legitimacy and many conceptions of legitimacy may be invoked for other cases where democratic legitimacy is not required.

I cannot discuss this in full here. But I suspect that much of the confusion between these two virtues derives from the fact that for some cases legitimacy and justice may be co-extensional. Rawls was mainly interested in the problem of justification and endorsement of a conception of legitimacy in conditions of pluralism. In that specific case, a conception of justice is grounded in *Liberal legitimacy*. *Liberal legitimacy* is a form of political justice. Rawls is right in stressing that public institutions of a liberal democracy are just when they distribute the burdens and benefits from social cooperation as they are owed (Rawls, 2001, pp. 5-6). He is also right to claim that in a liberal democracy legitimacy requires the authority of the state to be publicly justifiable (Rawls, 2000, p. 12). But in turn authority is justified only when it is just. As a result, in this specific case the distance between justice and legitimacy is merely conceptual *and not substantive*.

But legitimacy and justice are not co-extensional in every possible case, so they should be conceptually distinguished. This analysis of the

¹¹ About the difference between concept and conceptions of justice see Rawls (1971, p. 5). For concepts of justice see Cohen (2008, p. 279).

conceptual relationship between legitimacy and justice, importantly explains why (i) in the conceptual literature about distributive justice for the basic structure of liberal democracies, the two concepts merge (Slate, 2015; Song, 2012; Rossi, 2014) and also (ii) why in many factual cases what is just may not be legitimate and what is legitimate may not be just. But for the purposes of this work it suffice to say that justice assess distributions and their effects; and legitimacy asses the kind of social order and the moral rights it upholds.

For instance, it is a matter of justice if we consider the effect that nationality tests have in minority groups, or the effects of high levels of immigration has in trust and cooperation among citizens. But when we ask what kind of political arrangement, we need in order to accommodate those conflicting claims of justice, we are in fact asking how we legitimately interpret the relative value between cultural homogeneity and diversity, between freedom and equality, between order and liberty, between security and plurality and so on. This latest kind of questions about legitimacy are the kind I think we can and should take on before we adjudicate problems of justice. Again, questions about legitimacy seem somehow more primitive than questions about justice since what is morally required seems prior to what is owed, because justice always assumes certain cooperative institutional order with a moral character which allows the questions of justice to arise (Rawls, 2001, pp. 5-10).

V. SECOND OBJECTION: THERE ARE OTHER CONCEPTIONS OF LEGITIMACY THAT ALREADY PERFORM THE JOB

Let's consider the second objection. So far, I argued we need to apply and particularize *Political legitimacy* in a case-by-case approach, so we can see how it performs for the case of immigration constitutional essentials. I suggested to apply *Political legitimacy* first to the case of exclusion of would-be immigrants from the occupied and appropriated land, so I suggested to apply to that case *Bordered land*, as an instance of Political legitimacy to that specific case. But there are of course many other conceptions of legitimacy related with *Bordered Land*. For instance, democratic legitimacy, the legitimacy of the law, public reason, constitutional legitimacy, international legitimacy; etc. Accordingly, we may challenge it by saying that its job is already covered by other conceptions of legitimacy. This would make *Bordered land* plainly trivial.

So, I should briefly explain in which sense *Bordered Land* is the relevant case for the constitutional essentials related with immigration in con-

trast with these other forms of legitimacy. This will show the unique job that *Political legitimacy* delivers when we instantiate it into conceptions like *Bordered land* applicable to specific problems of constitutional essentials. Given the lack of space I will focus on democratic legitimacy and constitutional legitimacy.

One obvious candidate to perform the task in hand is *democratic legitimacy*. Democratic legitimacy is one normative conception of legitimacy that justifies some exercises of political power by means of a decision-making process constrained by moral values. Democratic legitimacy is attractive mainly, first, because it is typically understood as a form of political justice in the sense that settles procedures to take decisions, thus giving what we owe to each other politically as free and equals in conditions of reasonable pluralism and dissent (Rawls, 2001, p. 146; Buchanan, 2002, p. 711). Note that this may take us back to *Justice as Fairness* and *Liberal Legitimacy* where the distance between justice and legitimacy, if any, is merely procedural (Valentini, 2012b). If democratic legitimacy performs the task of evaluating immigration restrictions, then my view becomes trivial.

The question then, is whether democratic legitimacy can transcend *Membership*. According to some writers, democratic legitimacy can indeed perform the task of evaluating immigration restrictions because it establishes that those who are coerced by immigration controls are entitled to be taken into account (Abizadeh, 2008 and Abizadeh, 2012; Fine, 2010). The act of constituting civic borders is always an exercise of political power over outsiders because the very act of constituting borders disenfranchises the outsiders (Abizadeh, 2008, p. 46). According to liberal and democratic principles, this kind of coercion must either be removed or justified. Under this view, immigration controls may be legitimate insofar as they succeed to give voice to the people they coerce, including would-be migrants. Consequently, when we coherently endorse democratic legitimacy, we should also endorse multilateral justification of immigration controls.

This view is attractive but goes too quickly. This expansive view may accommodate the kind of transnational moral character required for discussing the constitutional essentials of immigration; but it misplaces the scope of democratic legitimacy by conflating the issue of what it is for a liberal democracy to enforce immigration controls with the reasons why nations have emerged in the first place. Furthermore, as theories of secession suggest, we can distinguish between the general legitimacy of the state from the legitimacy of state's various exercises of political power like those implied by territorial control.

What borders do to outsiders cannot be described as coercive in the same sense as taxes and tort law may be (Miller, 2010b, pp. 112-117).

But even if we admit that borders may be somehow coercive, this still leaves open the possibility that the kind of coercion borders impose is not the one that requires democratic justification. Not all requirements of justification demand democratic justification and presumably there are certain kinds of coercion that do not necessarily require democratic justification. Abizadeh simply goes too quickly to assume that a single act of coercion such as the erection of borders by itself will raise demands of governmental democratic legitimacy. The upshot is this: if only coercion from the basic structure and matters of constitutional essentials trigger demands of democratic justification, that means that the scope of democratic legitimacy coincides too with the scope of *Justice as Fairness* and *Liberal Legitimacy*. But crucially, problems of immigration remain so to say, *outside* the scope of democratic legitimacy and distributive justice. So we need to check in with other forms of legitimacy.

Constitutional legitimacy offers a more promising panorama. In a constitutional regime democracy is much more than majority rule because laws and statutes must be consistent and coherent with certain fundamental principles or essentials (Rawls, 2001, p. 145; Dworkin, 1985, p. 215). Typically, the will of the majority is limited by minority's rights. Minorities have certain rights that must be protected such as freedom of speech and freedom of worship. In the case that concerns us, qualified government officials must bring immigration restrictions under a single coherent scheme of principles (Dworkin, 1985, p. 216). Freiman and Hidalgo (2016) elucidate how difficult this may prove to be challenging. According to them coherence may require from us to choose between abide to liberal principles or endorse immigration restrictions but not both. The upshot is that on closer examination, if the reasons offered by defenders of *Membership* are sound and insiders have the right to limit freedom of movement, freedom of association and freedom of labour of would-be immigrants, then coherence requires that we accept further limits to other core liberties for insiders, because freedom of speech, freedom of conscience, and freedom of reproduction also change the demographic and cultural composition of society; and makes no difference if the influence comes from outside, because citizens can too convert to faiths or values originated in other countries (Freiman & Hidalgo, 2016, p. 10). The problem is that constitutional legitimacy remains evaluative and leaves the normative job for other conceptions of legitimacy. Indeed, constitutional legitimacy helps us to determine whether immigration controls are constitutional or nor; they won't play the role of determining whether those who wish to instil immigration controls have the moral right to do so.

VI. CONCLUSION

I hope I made a convincing case for the idea that justice in immigration may require a pluralistic analysis assembling different kind of justice-based evaluations. Although perhaps there are many more evaluations than the ones I considered here, I believe *Membership*, *Oppression* and *Humanity* provide a good sample of blending short-sighted moral claims, ideal long-sighed hopes and urgent claims for systematic evils. The upshot is we cannot successfully discuss the constitutional essentials of immigration just by invoking justice-based considerations that cannot capture the whole picture. Hopefully *Political legitimacy* can open a conceptual space that allows many more applications than the one I suggested with *Bordered land*. I think we can offer similar analysis regarding natural resources such as the air, costs and the basins of rivers. But for now, what matters is to taste the kind of philosophical methodology that could be more appropriate for facing the kind of deliberation that constitutional essentials demand. On this vein recall I claimed that for establishing a stable ground for deliberation regarding constitutional essentials *Political Legitimacy* needs to be (i) freestanding from comprehensive morality and (ii) freestanding from *Justice as Fairness* and *Liberal Legitimacy* themselves. It is worth noticing that I have not said anything to show this is possible or even plausible. But I certainly take up this challenge in my upcoming paper at *Tópicos*.

VII. BIBLIOGRAPHY

- Abizadeh, A. (2008). Democratic Theory and Border Coercion No Right to Unilaterally Control Your Own Borders. *Political theory*, 36(1), 37-65. <https://www.jstor.org/stable/20452610>
- Abizadeh, A. (2012). On the demos and its kin: Nationalism, democracy, and the boundary problem. *American Political Science Review*, 106(04), 867-882. doi:10.1017/S0003055412000421
- Barry, B. y Goodin, R. E. (Eds.). (2015). *Free movement*. Routledge.
- Barry, Brian. (1995). *Justice as Impartiality*. Oxford University Press.
- Blake, M. (2001). Distributive justice, state coercion, and autonomy. *Philosophy & Public Affairs*, 30(3), 257-296. <https://www.jstor.org/stable/3557924>
- Blake, M. (2012). Immigration, Association, and Antidiscrimination. *Ethics*, 122(4), 748-762. <https://www.jstor.org/stable/10.1086/666327>

- Blake, M. (2013). Immigration, jurisdiction, and exclusion. *Philosophy & Public Affairs*, 41(2), 103-130. <https://www.jstor.org/stable/42703847>
- Blake, M. (2014). The right to exclude. *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 17(5), 521-537. <https://doi.org/10.1080/13698230.2014.919056>
- Buchanan, A. (2002). Political Legitimacy and Democracy. *Ethics*, 112(4), 689-719. <https://doi.org/10.1086/340313>
- Camacho Beltrán, E. (2023). ¿Tenemos deberes de respetar los controles fronterizos de los estados?. En López-Farjeat & Coronado, *Migración, territorio y fronteras: perspectivas del fenómeno migratorio*. Alios Ventos
- Camacho Beltrán, E. (2020). How and when are we right to Prioritize the interests of residents and Citizens?. *World Affairs*, 183(1), 8-39. <https://doi.org/10.1177/0043820020906798>
- Camacho Beltrán, E. (2022). Just Public Charge. En Vereza, M. y Tigau, C. (Eds.), *Trump's legacy in immigration policy postpandemic challenges for Biden*. UNAM/CISAN.
- Camacho Beltrán, E. (2015). Conservative libertarianism and ethics of borders. *Temas (México)*, 48, 227-261. <https://doi.org/10.21555/top.v0i48.678>
- Camacho Beltrán, E. (2017). Nationalism and crisis. *Temas (México)*, (52), 427-454. <https://doi.org/10.21555/top.v0i52.836>
- Camacho Beltrán, E. (2016). The moral character of immigration controls. In *Migración= Migration= Migração: Universidade de Santiago de Compostela 18-20 Set. 2015, Instituto Internacional Casa de Mateus* (pp. 19-40). Instituto Internacional Casa de Mateus.
- Caney, S. (2001). International Distributive Justice. *Political Studies*, 49, 974-997. <https://doi.org/10.1111/1467-9248.00351>
- Caney, S. (2007). Justice, Borders and the Cosmopolitan Idea: A Reply to Critics. *Journal of Global Ethics*, 3(2), 269-276.
- Carens, J. H. (1987). Aliens and citizens: the case for open borders. *The review of politics*, 49(02), 251-273.
- Carens, J. (2013). *The ethics of immigration*. Oxford University Press.
- Cole, P. (2001). *Philosophies of Exclusion: Liberal Political Theory and Immigration*. Edinburgh University Press.
- Cohen, G. A. (2008). *Rescuing Justice and Equality*. Harvard University Press
- Christiano, T. (2008). Immigration, political community, and cosmopolitanism. *San Diego L. Rev.*, 45, 933.
- Cudd, A. E. (2006). *Analyzing oppression*. Oxford University Press.
- DiAngelo, R. (2016). *What Does it Mean to Be White?*. Peter Lang.

- Dworkin, R. (1985). *A matter of principle*. Oxford University Press.
- Dworkin, R. (2002). *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Harvard University Press.
- Dworkin, R. (2011). *Justice for hedgehogs*. Harvard University Press.
- Dworkin, R. (2013). A new philosophy for international law. *Philosophy & Public Affairs*, 2-30.
- Fine, S. (2010). Freedom of Association Is Not the Answer. *Ethics*, 120(2), 338-356. <https://doi.org/10.1086/649626>
- Freiman, C., & Hidalgo, J. (2016). Liberalism or immigration restrictions, but not both. *J. Ethics & Soc. Phil.*, 10, 1.
- Gans, C. (1998). Nationalism and immigration. *Ethical Theory & Moral Practice*, 1(2), 159-180.
- Gaus, G. (1996). *Justificatory Liberalism: An Essay on Epistemology and Political Theory*. Oxford University Press
- Ernest, G. (1983). *Nations and nationalism*. Cornell University Press.
- Haslanger, S. (2016). What is a (social) structural explanation?. *Philosophical Studies*, 173(1), 113-130.
- Hidalgo, J. S. (2014). Freedom, immigration, and adequate options. *Critical review of international social and political philosophy*, 17(2), 212-234.
- Ignatieff, M. (1994). *Blood and Belonging*. Vintage
- Kukathas, C. (2010). The Case of Open Immigration. En Cohen, A. y Wellman C. (Eds.). *Contemporary Debates in Applied Ethics*. Blackwell.
- Lægaard, S. (2006). Feasibility and stability in normative political philosophy: the case of liberal nationalism. *Ethical theory and moral practice*, 9(4), 399-416.
- Lægaard, S. (2007). David Miller on immigration policy and nationality. *Journal of Applied Philosophy*, 24(3), 283-298. <http://www.jstor.org/stable/24355044>
- Lister, M. (2010). Immigration, association, and the family. *Law and Philosophy*, 29(6), 717-745.
- López-Guerra, C. (2020). Immigration, Membership, and Justice. En Allen, D. y Somanathan, R. (Eds.). *Difference without Domination: Pursuing Justice in Diverse Democracies*. University of Chicago Press.
- Macedo, S. (2007). The moral dilemma of US immigration policy: Open borders versus social justice?. In *Debating immigration* (pp. 63-82). Cambridge University Press.
- Mendoza, J. (2014). Discrimination and the Presumptive Rights of Immigrants, *Critical Philosophy of Race*, 2 (1), 68–82. <https://doi.org/10.5325/critphilrace.2.1.0068>

- Miklosi, Z. y Moles, A. (2014). Disagreement and legitimacy. *Res Publica*, 20(1), 1-8.
- Miller, D. (1995). *On nationality*. Oxford University Press.
- Miller, D. (2008). Immigrants, Nations, and Citizenship*. *Journal of political philosophy*, 16(4), 371-390.
- Miller, D. (2010). Why immigration controls are not coercive: a reply to Arash Abizadeh. *Political theory*, 38(1), 111-120.
- Miller, D. (2014). Immigration: The Case for Limits. *Contemporary*. En A. Cohen and C. Wellman (Eds.), *Debates in Applied Ethics* (pp. 363-375). John Wiley & Sons.
- Miller, D. (2015). Justice in immigration. *European Journal of Political Theory*, 1-19.
- Peter, F. (2009). *Democratic legitimacy*. Routledge.
- Quong, J. (2010). *Liberalism without Perfection*. Oxford University Press.
- Rawls, J. (2001). *Justice as fairness: A restatement*. Harvard University Press.
- Rawls, John. (1993). *Political liberalism*. Columbia University Press.
- Rawls, J. (1971). *A theory of justice*. Harvard University Press.
- Rawls, J. (2002). *The law of peoples: with, the idea of public reason revisited*. Harvard University Press.
- Raz, J. (1985). Authority, Law and Morality. *The Monist*, 68(3), 295-324. <https://doi.org/10.5840/monist198568335>
- Raz, J. (1986). *The morality of freedom*. Clarendon Press.
- Stainer, H. (1992). Libertarianism and the transnational migration of people. En Barry y Goodin (Ed.), *Free Movement* (pp.87-94). Pennsylvania State University Press.
- Sleat, M. (2015). Justice and Legitimacy in Contemporary Liberal Thought. *Social theory and practice*, 41(2), 230-252. <http://www.jstor.org/stable/24332279>
- Simmons, A. J. (1996). Associative political obligations. *Ethics*, 247-273.
- Simmons, A. J. (1999). Justification and Legitimacy. *Ethics*, 109(4), 739-771.
- Simmons, A. J. (2001). On the territorial rights of states. *Nous*, 35(s1), 300-326.
- Stilz, A. (2009). Why do states have territorial rights?. *International theory*, 1(02), 185-213.
- Valentini, L. (2012a). *Ideal vs. Non-ideal Theory: A Conceptual Map*. *Philosophy Compass*, 7(9), 654-664.
- Valentini, L. (2012b). Assessing the global order: justice, legitimacy, or political justice?. *Critical review of international social and political philosophy*, 15(5), 593-612.

- Van der Vossen, B. (2014). Immigration and self-determination. *Politics, Philosophy & Economics*, 14(3). <https://doi.org/10.1177/1470594X1453316>
- Walzer, M. (2008). *Spheres of justice: A defense of pluralism and equality*. Basic books.
- Wellman, C. H. (1995). On conflicts between rights. *Law and philosophy*, 14(3), 271-295.
- Wellman, C. H. (1996). Liberalism, Samaritanism, and political legitimacy. *Philosophy & public affairs*, 25(3), 211-237.
- Wellman, C.H. & Cole, P. (2011). *Debating the Ethics of Immigration: Is there a Right to Exclude?*. Oxford University Press
- Williams, A. (2000). The Alleged Incompleteness of Public Reason, *Res Publica*, 6(2), 199–211.
- Williams, A. (2012). The priority view bites the dust?. *Utilitas*, 24(3), 315-331.
- Williams, B. (2005). *In the Beginning Was the Deed: Realism and Moralism in Political Argument*, Princeton University Press.
- Young, I. M. (1990). *La justicia y la política de la diferencia*. Cátedra.
- Ypi, L. (2013). A Permissive Theory of Territorial Rights. *European Journal of Philosophy*, 21(1).

Reseñas bibliográficas

Chiassoni, P. (2019). *El problema del significado jurídico*. Fontamara.

Iván González del Valle

 <https://orcid.org/0009-0007-1624-9416>

Universidad Nacional Autónoma de México. México

Correo electrónico: igvalle1385@hotmail.com

RECIBIDO: 8 de noviembre de 2023

ACEPTADO: 18 de noviembre de 2023

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2024.18.18740>

La reseña que nos ocupa es sobre la obra más reciente de Pierluigi Chiassoni, *El problema del significado jurídico*, texto que navega entre la discusión sempiterna del formalismo y del realismo, pero de una manera profunda aborda elementos nuevos al debate desde la filosofía del lenguaje y el análisis de la interpretación de las disposiciones, ya sea desde su consideración como una actividad y sobre todo como un producto.

El texto nos ilustra sobre la importancia del contextualismo y del realismo constructivista en la interpretación y significación de disposiciones jurídicas que entraña de fondo la pregunta sobre la creación judicial de normas, pero sobre todo de la utilidad pragmática del mismo al momento de decidir un caso, expone con mayor detalle cada uno de estos apartados de los cuales podemos aprender los juristas (Chiassoni, 2019, p. 150).

Chiassoni esboza su teoría de cómo construir el significado jurídico desde dos vertientes, orientado a los hechos y a los textos.¹ No obstante, se centra en la primera modalidad desde el acervo metodológico y del respeto a la ideología y visión del intérprete, pero al amparo de ciertas reglas de preferencia y desde la integración de normas explícitas para deducir normas implícitas.

El abordaje de este libro en materia de interpretación jurídica es novedoso, en atención a que el autor se centra en elementos forma-

¹ Guastini suele distinguir entre interpretación en abstracto (orientada a los textos) e interpretación en concreto (orientada a los hechos). La primera en normas explícitas abstractas, resolviendo eventuales problemas de ambigüedad y sin preocuparse por la aplicación de las normas a los casos individuales. La segunda consistiría, en cambio, en calificar los casos individuales de conformidad a las normas abstractas previamente identificadas: se centra en la tensión o denotación de los términos descriptivos presentes en las normas abstractas y solución a eventuales problemas de vaguedad o textura abierta (Chiassoni, 2019, p. 193).

les metodológicos de la interpretación jurídica, en cómo construir semántica-metodológica e ideológicamente la disposición normativa como un constructo de diversas cuestiones contextuales. Este libro nos brinda una visión analítica del “cómo” desentrañar el significado jurídico de las disposiciones.

Este texto rebasa los análisis meramente conceptuales cognoscitivos de la filosofía del derecho y en particular de la teoría de la interpretación jurídica, al decirnos bajo qué parámetros prácticos metodológicos es posible llegar a una respuesta correcta o bien cómo lo sostiene Chiassoni, a una respuesta adecuada al caso en concreto.

La obra se divide en cinco apartados, que parten desde lo conceptual del discurso interpretativo y su necesidad de verdad, pasando por la forma en cómo elegir estas reglas interpretativas y métodos en una especie de juego con determinadas condiciones y desde luego la inevitabilidad de tomar el contexto en serio, todo ello bajo un marco de contención a la discrecionalidad de la interpretación y finalmente hasta llegar a un esbozo teórico de un realismo pragmático que reúna los elementos lingüísticos y metodológicos para la construcción de disposiciones aplicables a un contexto determinado.

Fiel a la escuela analítica italiana, y con apoyo de la filosofía del lenguaje, Chiassoni ofrece, en el primer capítulo, un análisis pormenorizado de la relación entre la interpretación jurídica y la verdad, haciendo una distinción interesante entre el significado que ha de atribuirse a las disposiciones desde la dualidad proceso-producto. Citando a Kelsen, hace patente que “los juristas están todavía buscando una teoría de la interpretación jurídica” (Chiassoni, 2019, p. 118).

Suscribe la tesis de que el significado de las disposiciones se construye a partir de un proceso típicamente reflexivo, holístico y reinterpretativo desde el realismo pragmático, basado en un marco terminológico y conceptual sobre la lingüística y expone un marco conceptual al respecto del cual pueden obtener provecho los juristas para lidiar con los problemas de lógica y de verdad.

Inicialmente, el texto desentraña las distintas formas de interpretación, ya sea en sentido propio o práctico. La primera de ellas habrá de analizarla en dos submodalidades, textual y metatextual. En lo que refiere a la interpretación textual aborda esta búsqueda interminable de los juristas por el “significado jurídicamente correcto de una disposición con vistas a un propósito práctico” (Chiassoni, 2019, pp. 22-35).

El autor acepta que si bien no es viable una respuesta correcta, al poderse presentar muchas de ellas dependiendo del método y del código interpretativo, sí dibuja una propuesta de que sí hay una especie de so-

lución adecuada al caso al señalar que esta es posible gracias a la utilización del código interpretativo, que permite desplegar el mejor conjunto de argumentos en aras de presentar a la interpretación-producto que se propone como la única jurídicamente correcta para el caso de que se trata. Para ello, clarifica el concepto de disposiciones de manera novedosa, a través de la noción de normas explícitas e implícitas, valiéndose de la distinción de Guastini, al apuntar que las normas explícitas se consideran lo que el enunciado-en-contexto expresa, que es distinto a lo que el enunciado puede implicar, no sólo lo que dice, sino las inferencias que se pueden llegar a realizar a partir de éste, y hace la distinción de las normas implícitas que son enunciados normativos donde, por un lado, no son el significado de alguna disposición determinada y, por el otro, se forman a partir de un conjunto de normas, explícitas o implícitas, previamente identificadas, mediante un método “aprobado” de elaboración (Chiassoni, 2019, pp. 162-163).

Como parte de sus conclusiones, Chiassoni puntualiza las características de las “normas implícitas” la cuales aduce no han sido formuladas por autoridad normativa alguna y no pueden ser consideradas como significados (plausibles) o como implicaciones lógicas de ninguna disposición normativa determinada, sino que por medio de la construcción de normas implícitas los intérpretes llevan a cabo una actividad legislativa disimulada cuya conclusión se da a partir de un razonamiento que incluye premisas que son normas explícitas. En la mayoría de los casos, tales razonamientos, no son lógicamente válidos, es decir, no son deductivos y, segundo, incluyen premisas que no son normas explícitas, sino esquemas conceptuales y teorías dogmáticas (Chiassoni, 2019, pp. 162-165).

Como parte de la metodología propuesta que entrelaza la interpretación como actividad y como producto, hace referencia a las reglas de traducción como instrucciones sobre cómo debe llevarse a cabo la traducción de una disposición en una o más normas explícitas, ya sea al interpretarlas en su significado literal, a partir de la intención del legislador, o en su caso desde la perspectiva teleológica, de los principios, de procedimiento y de las reglas de preferencia (Chiassoni, 2019, p. 168).

Es de resaltar la importancia que le da el autor a esta serie de opciones metodológicas de las que el intérprete se puede hacer valer como parte de las distintas reglas de un juego lingüístico que habrá de aplicar a un contexto determinado para la solución de un caso en concreto, esto en el entendido de que la actividad interpretativa y los objetivos perseguidos son susceptibles de variaciones o cambios según la posición e intereses del intérprete. Lo anterior en aras de evitar la arbitrariedad en la decisión judicial, ya que no pasa desapercibido que en la interpretación

la voluntad juega un papel prioritario, puesto que es un hecho que el intérprete decide a favor de un significado como el "correcto" de la disposición, excluyendo los demás que estima "inadecuados" o "falsos".

Asimismo, analiza cómo los juzgadores no solo reflexionan a partir de sus ideologías jurídicas y sus posturas metodológicas, sino que también, a veces, lo hacen basados en sus intereses materiales, por lo que de su subjetivismo deviene la selección y el uso de un código interpretativo. Por lo tanto, el autor es enfático al mencionar que más allá de las técnicas, reglas, códigos y contextos en los que se pueda llevar a cabo una interpretación de disposiciones en casos "difíciles", lo cierto es que la ponderación de principios a utilizar dependerá de la ideología del intérprete y no así de una teoría de los valores que permita delimitar aún más la discrecionalidad judicial.

Visibiliza algunas de las repercusiones de la interpretación como producto, como es la multiplicidad de significados de todo acto de comunicación, la naturaleza problemática de la noción del significado explícito, la omnipresencia de la interpretación pragmática, basada en el contexto y la prioridad del contexto sobre el sistema y la ideología jurídica imperante. Aclara que, si bien es cierto que cualquier texto normativo puede asumir más de un significado, la elección del intérprete será inevitablemente discrecional y no podrá ser descrita como un acto cognoscitivo.

Como parte del juego justificatorio que realizan los jueces, señala que lo que se pretende es adscribir sentido o valor a algún elemento jurídico de conformidad con alguna "teoría" dogmática o jurisprudencial que el intérprete jurídico considere correcta, pero tampoco está exenta de los peligros de este decisionismo, a lo cual, ataja muy bien el autor la dispersión que puede acontecer en la interpretación, conteniendo uno de los problemas más grandes de la discrecionalidad judicial, al resaltar que ningún texto puede interpretarse a sí mismo, puesto que nada impide que los intérpretes adopten opiniones axiológicas diferentes.

Esta especie de cajón de sastre lo organiza a partir de una serie de métodos, reglas y contexto pragmático e ideológico que va a contener estas decisiones para que puedan estar dotadas de verdad y ser las más adecuadas posibles sustentadas en un razonamiento legal basado en la selección del código interpretativo y el conjunto de recursos interpretativos que permiten identificarlo. Y sobre todo reconoce el valor de la interpretación metatextual, que abarca una amplia gama de actividades que preceden a la misma, generándose algunos productos respectivamente, que sirven para resolver problemas como son enunciados de estatus institucionales, de integración, de identificación de lagunas, de identificación de antinomias y de identificación de jerarquías.

Coincido con el autor en cuanto a que la actividad interpretativa se da desde una teoría sustentada en el decisionismo racional, reglas de índole interpretativas, metodológicas, de traducción, así como el rol de los intérpretes en una especie de juego interpretativo, consistente en la determinación del significado de uno o más enunciados para algún propósito cognoscitivo o práctico y en donde habrán de adoptar un código interpretativo, analizar el contexto y la elección de recursos interpretativos, basados en las prácticas jurídicas. Y no solamente desde el literalismo que caracteriza al positivismo en una visión formalista del derecho en los hechos.

En gran parte del texto hace una crítica a la interpretación en sentido propio y en función cognoscitiva, al señalar que la misma no sirve para decidir alguna controversia sometida a decisión, ni coadyuva para sugerir cómo un caso debería decidirse para resolverse correctamente, más bien sólo proporciona información de la capacidad hermenéutica de las disposiciones. Es enfático en que en la ejecución propiamente "interpretación del derecho" es de carácter cognoscitivo.

Dentro de este enfoque analítico conceptual, analiza la vinculación entre la lingüística con el derecho y la interpretación jurídica, siendo puntual sobre los lenguajes duros que abogan por la elaboración de aparatos conceptuales rigurosos, los cuales cierran deliberadamente todo espacio a las fallas estructurales de los lenguajes naturales, como la ambigüedad, la vaguedad, la textura abierta, en tanto que los lenguajes blandos funcionan de modo tal que no dejan espacio para un núcleo fijo de referencia, sea positivo o negativo, siendo susceptibles de diversas interpretaciones atendiendo a los métodos, contextos e ideologías del intérprete.

Siendo enfático acerca de cómo la interpretación intenta dotar, mediante herramientas metodológicas e ideológicas, de significado a un texto normativo, elegido entre las reglas del lenguaje, los métodos y recursos interpretativos aceptados por la comunidad de los intérpretes y las construcciones conceptuales elaboradas por la ideología jurídica, por lo que se decanta por suscribir una versión constructorista del realismo pragmático.

El autor adopta la posición del no cognoscitismo y crítica el cognoscitismo, al sostener que los enunciados interpretativos, son resultado de una interpretación textual de las disposiciones y no son nunca susceptibles de verdad empírica, para ello sugiere que las verdades pragmáticas y sistémicas dependen de opciones prácticas fundamentales acerca de los objetivos a perseguir y de los estándares de corrección sistémico. Parte de la inevitabilidad de que los términos descriptivos a interpretar resulten indeterminados a causa de su "borrosidad", ya sea por su vaguedad, ac-

tual o potencial, denominada "textura abierta", se torna necesario establecer cuál es el significado apropiado de las disposiciones respecto de un caso individual. Resalta cómo cambia de adjetivo de "correcto" a "apropiado", dando la posibilidad a la solidez argumentativa y no así a criterios de corrección moral.

Como parte del apartado conceptual, Chiassoni clasifica a los productos de las interpretaciones como enunciados conjeturales, clasificándolos en metodológicos, ideológicos y creativos, destacando para su teoría de la integración (creación judicial) estos últimos, en atención a que éstos procuran identificar nuevos significados posibles para las disposiciones existentes, en la medida en que no pertenecen ni al marco metodológico ni al ideológico de significados de la disposición bajo consideración, pero pueden ser identificados y puede argumentarse en su favor apelando a algún nuevo método interpretativo y a un conjunto de recursos interpretativos relacionados con él. Por esta razón, dicho autor aboga por los enunciados creativos.

De ahí que sea innegable el constructivismo en atención a que, al no haber ninguna norma explícita adecuada para decidir el pleito, el juez tiene que elaborar, o como lo dice Chiassoni "construir", nuevas disposiciones con base en reglas interpretativas de traducción, procedurales y de preferencia o prioridad, que se añaden al conjunto de normas previamente identificadas, y parte de esta actividad radica en que las presenta como la más adecuada. A mi parecer, este es uno de los aportes más significativos de la obra, el debate sobre las tesis de la construcción jurídica versus el formalismo duro en donde se decide desde el derecho a través de la subsunción y no de elementos diversos tanto de índole metodológica, contextual e ideológica.

Entrelaza ciertas cuestiones sobre los criterios de verdad e interpretación y se cuestiona si estas disposiciones como producto, como resultado de la actividad interpretativa: ¿qué verdad tienen en mente cuando pretenden que las "proposiciones interpretativas" son susceptibles de verdad? ¿Qué condiciones de verdad pueden turnarlas verdaderas? ¿Qué verdad puede ajustarse a esas entidades? Y empieza a desarrollar un apartado sobre la verdad empírica, pragmática y sistémica.

La interpretación como resultado es fruto del conjunto del acervo de herramientas metodológicas propias de la argumentación y de la profesión jurídica, como lo es la interpretación correctiva, la interpretación sistémica, constitucional y toda la técnica que realice dependerá de la interpretación de una disposición.

En el segundo capítulo delinea una teoría de los juegos interpretativos, exponiendo los rasgos y reglas principales del mismo por medio de una

comparación con el juego de la interpretación conversacional. Este juego de interpretación de disposiciones legales es algo complejo, puesto que para poder dar solución al caso, se deberán aplicar numerosas reglas de traducción, apelando, ya sea, al significado lingüístico ordinario, al significado lingüístico especializado, a la intención del legislador, a la intención del buen legislador, al del propósito objetivo de la ley, a los de precedentes judiciales, a la historia, a las doctrinas de los juristas, a los principios constitucionales, a la naturaleza de las cosas, entre otros, de conformidad con las reglas de selección y reflexiones metodológicas.

Asimismo, alude que dichos juegos interpretativos necesitan ser llevados a cabo según una cierta regla de propósito que establece el objetivo que los participantes deben perseguir, el cual puede ser ora la adscripción del significado que sea moral o teológicamente correcto, ora el respeto por la intención comunicativa del autor, ora propiciar una comprensión profunda de la obra interpretada o bien el aumento del conocimiento, la promoción del bien común, la satisfacción de los intereses propios del intérprete, mostrar los enunciados a interpretar de la mejor manera, entre otros.

Y a su vez, este juego interpretativo ha de incluir reglas de selección, reglas de traducción, reglas de procedimiento y reglas de preferencia que en su conjunto dan instrucciones para preferir un resultado interpretativo sobre los diversos resultados en competencia, así como recursos interpretativos que fungen como los insumos necesarios para poner en funcionamiento las prescripciones interpretativas.

Resalta que la interpretación siempre se da dentro de un contexto, es decir, se relaciona con un código interpretativo y con un conjunto de recursos que se tienen, por lo que es garrafal pensar que hay un significado jurídico "absolutamente" correcto, esto obedece al hecho de que los operadores jurídicos al justificar interpretaciones-producto, en una suerte de normas explícitas que utilizan un código interpretativo, el cual contiene reglas que a menudo los intérpretes mismos han especificado y precisado con arreglo a los recursos interpretativos, y puesto en el "correcto" orden de prioridad procedural o entre resultados, a efecto de evitar una discrecionalidad tan abrupta y que la misma se dé en el marco de la prudencia interpretativa.

En el capítulo tercero, parafraseando a Dworkin, Chiassoni señala que hay que tomar en serio el contexto al hablar de las circunstancias en las que se desarrollan las disposiciones jurídicas, en la primera parte hace una presentación sintética de dos teorías del significado jurídico de la interpretación jurídica que compiten en el ámbito de la filosofía del derecho contemporánea: el formalismo semántico y el realismo prag-

mático y en la segunda sobre las importancia del debate entre literalistas y contextualistas y el provecho que los intérpretes pueden obtener (Chiassoni, 2019, p. 115).

En una defensa del realismo, el autor nos proporciona una reconstrucción de la disputa entre literalismo y contextualismo en la filosofía del lenguaje y de la lingüística contemporáneas, exponiendo las posturas clave que las caracterizan. La tesis fundamental del literalismo es que los enunciados son independientes del contexto, se bastan a sí mismos para su significación semántica completa, son portadores de valor de verdad o de condiciones de acatamiento, es el mismo en cualquier circunstancia. De ahí que esta distinción sea importante para sustentar su teoría realista, en donde es importante toda una serie de elementos a considerar desde el intérprete, la forma metodológica y la intención de éste en aras de obtener un resultado, un producto que debe ser el adecuado dentro de un todo, desde el contexto de las partes y de lo que está en discusión.

Es claro al señalar que ningún intérprete se vale de un solo método, sino que hay una gran variedad de métodos, tan es así que los jueces en su construcción tienden regularmente a la creación de reglas por selección, pero también crean, integran o descubren nuevos significados por medio del juego de no remiendo, corrección o integración y las aplican contextualmente a dicha tarea interpretativa.

El texto se inclina por una teoría de la interpretación en su forma de integración, es decir, aboga por una clase de creación judicial, ello lo debate al final de su obra al mencionar que la interpretación judicial consiste en una empresa creativa en al menos cinco modos: por selección, por reparación, por corrección, innovación metodológica, y finalmente por integración. Por selección, cuya atribución a una misma disposición puede justificarse con métodos interpretativos e ideologías jurídicas corrientes. O por reparación siempre que los jueces recomponen el significado objetivo de una disposición allí donde se revele afectado por ambigüedad o vaguedad. También se crea derecho por corrección siempre que el significado objetivo de una disposición se conciba como sustancialmente incorrecto o equivocado. También se puede dar por innovación metodológica si los jueces dan un nuevo significado a una disposición, con base en un método interpretativo nuevo, nunca empleado antes y que, o bien, algún nuevo conjunto de recursos interpretativos permite usar viejos conjuntos de recursos de otro modo. Y finalmente la interpretación judicial "crea derecho" por integración si los jueces añaden a un conjunto de normas previamente identificadas alguna norma nueva implícita, lo que ocurre como resultado de formas retóricas de alguna norma (a menudo explícita) del sistema en cuestión.

Si bien es útil esta defensa de la creación judicial, me parece que Chiassoni no abunda sobre la legitimidad de estas interpretaciones y a mi consideración también confunde un poco con la metodología que expone sobre la integración. Lo anterior, en virtud de que esta visión construccionista (creación judicial) formalmente es cuestionable con base en la teoría de las fuentes, no obstante, es una necesidad ante la complejidad de los sistemas jurídicos dotar de elementos interpretativos a los jueces para generar e individualizar las disposiciones al caso en el contexto que éste se encuentre. Por lo que materialmente los jueces crean derechos, ya sea integrando o generando nuevos significados a partir de disposiciones existentes, conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a los principios generales del derecho.

Al estilo de Hamlet, Chiassoni se debate entre “descubrir o integrar”, si se trata de un positivismo en todas sus variantes donde el juez debe buscar y encontrar la disposición más adecuada o de un realismo donde el aplicador hace uso de diversos elementos para generar una norma aplicable al caso, esto lo realiza a través de un análisis a ambas posturas en las que crítica al formalismo pragmático y desarrolla una defensa a favor del realismo pragmático desde una concepción construccionista del significado jurídico que toma en cuenta el contexto del intérprete, la intención de la actividad y el objetivo del resultado, sin dejar de lado la importancia de la ideología.

Esta tesis deviene de la necesidad de superar una visión, todavía influyente en la teoría del derecho, acerca de que la interpretación jurídica consiste, al menos en algunos casos, en el “descubrimiento” o la simple “comprensión” del significado jurídico y de que es necesario brindar una explicación clara de la noción de “creación” interpretativa. Amplía la crítica a los cognoscitivistas integrales en tanto que la interpretación textual, es siempre cuestión de conocimiento objetivo, ya que equivale a aferrar el significado de las disposiciones para su aplicación a casos individuales. Y respecto a los cognoscitivistas moderados alude que aun cuando existen casos fáciles, aceptan que existen también casos en que esa actividad no puede ser una mera cuestión de conocimiento objetivo y debe ser, en cambio, cuestión de decisión y evaluación, los denominados “casos difíciles” (Chiassoni, 2019, p. 197).

Es muy importante en su obra, la idea de los enunciados de integración, los cuales establecen que cierta norma ha de agregarse a un determinado conjunto normativo cual componente ulterior e implícito, siendo el resultado de un razonamiento integrativo jurídicamente correcto, que deviene de actividades de la interpretación textual y metatextual (Chiassoni, 2019, p. 165).

Como parte del debate de fondo del presente texto, que es la superación del positivismo (formalismo), y lo inevitable del realismo (construccionismo jurídico), Chiassoni defiende la postura de la construcción normativa que entraña el uso de un código interpretativo así como de un conjunto de recursos interpretativos y depende, en última instancia, de la actitud cooperativa de cada intérprete frente al texto, a la autoridad emisora y al orden jurídico en su conjunto, la cual puede ser efecto de la adopción de alguna ideología jurídica.

Me parece que se queda corto en el debate sobre la creación judicial de derechos *per se*, puesto que no profundiza en esta problemática respecto al actuar de los jueces en torno a si los mismos son auxiliares en la maquinaria de la exigibilidad de los derechos humanos o si a partir de sus determinaciones crean o amplían contenido de derechos o incluso si llegan a formular nuevos derechos humanos, es muy interesante y sobre todo la legitimidad al desarrollar estos “nuevos contenidos”. Tampoco abunda en las críticas sobre que esta concepción favorezca un activismo judicial ilegítimo debido a que los mismos carecen de poder político, donde le están vetadas las funciones ejecutivas y legislativas y mucho menos se ocupa de un análisis teórico a esta situación como lo hace más adelante en uno de sus artículos,² aun cuando ello hubiera abonado mucho al problema de la significación de las disposiciones en cuanto a actividad-producto y en cuanto a la discrecionalidad que sí expone claramente.

Como antesala a sus conclusiones, en el capítulo cuarto desarrolla un estudio sobre el núcleo de la teoría del marco, que se distingue por: la distinción entre disposiciones, normas explícitas y en sentido de normas implícitas; la distinción entre interpretación-actividad e interpretación-producto, por un lado, e integración-actividad e integración-producto por el otro; la dimensión argumentativa de la interpretación y de la integración; la concepción de la argumentación interpretativa e integrativa como juegos institucionales; la distinción entre interpretación en función práctica e interpretación en función cognoscitiva; las tesis gemelas de la ambigüedad metodológica universal y de la ambigüedad ideológica potencial y la idea de que las normas generales del derecho escrito sean marcos de interpretaciones-producto y la concepción minimalista del derecho escrito.

Asimismo, en este apartado pone en tela de juicio a la teoría de la recuperación, que defiende que los legisladores producen normas que en

² En su texto “Creación Judicial del derecho” Chiassoni acepta que ante el triunfo del antiformalismo en sus múltiples variantes y derivado de la actividad jurisdiccional tanto en sistemas jurídicos de civil como de common law, sea teóricamente acertado —y no sea pues un disparate ni inconcebible— hablar de creación judicial de derecho. Chiassoni, P. (2021). Creación judicial de derecho. *Revista Cubana de Derecho*, 1(1), 144-184.

su mayoría son casos unívocos y determinados, criticando esta noción al señalar que hay una indeterminación lingüística en algunas disposiciones y que por ende deber ser considerada una actividad de integración que habrá de enfrentarse a problemas como el sentido común de los juristas, la neutralidad ideológica y la adecuación conceptual.

Finalmente, en el último capítulo al defender el construccionismo jurídico, Chiassoni define el aparato terminológico y conceptual de trasfondo. Acto seguido esclarece la concepción de realismo y formalismo, luego da paso a una especie de formalismo pragmático y finalmente expresa su visión de realismo pragmático.

El formalismo semántico, nos advierte Chiassoni, se ubica entre el formalismo interpretativo y el escepticismo interpretativo, al tener como referencia las relaciones entre las palabras y los enunciados del discurso jurídico autoritativo, criticándolo al señalar su usencia de especificidad semántica, en atención a la propia naturaleza lingüística de los problemas interpretativos a partir de la indeterminación lingüística de los enunciados, la cual depende de dos factores: la ambigüedad y la vaguedad.

Crítica abiertamente cómo es que hay quienes todavía proclaman que los jueces tan solo deben "descubrir" el significado verdadero, objetivo, de las disposiciones legales, bajo el supuesto de que hay situaciones en las que la interpretación judicial de las disposiciones sólo sería cuestión de conocer y entender un significado objetivo.

Al respecto, considera que persiste la vaguedad de términos descriptivos contenidos en las disposiciones, así como la ambigüedad semántica de las disposiciones, las lagunas, los conflictos normativos, la incertidumbre acerca de la correspondencia entre el contenido semántico y el contenido prescriptivo de una disposición, así como la incertidumbre acerca de las implicaciones de una disposición.

Como parte de la interpretación pragmática, expone algunos métodos que habrán de conducir a la identificación del significado intencional explícito de los enunciados-instancia, ya sea por medio de la desambiguación, la precisión, saturación, el enriquecimiento, la sustitución y, por último, mediante confirmación.

Enfatiza el rol que los intérpretes deciden ocupar, a través del uso de reglas que apuntan al significado del hablante, a la intención del hablante, al propósito del intercambio lingüístico son una decisión afectada por la posición institucional y por cómo la perciben; sus intereses y objetivos inmediatos, y aquellos a medio y largo término, y las restricciones institucionales y culturales que estiman, por lo que todos estos elementos acotan su libertad de maniobra, contrario al contextualismo que toma en cuenta la mutación de las disposiciones de conformidad con los con-

textos de preferencia, en particular la intención del hablante y la posible multiplicidad de significados.

La teoría de la recuperación presenta a la interpretación jurídica (en sentido propio) tendiente en recuperar las normas jurídicas contenidas en una disposición, estando este conjunto compuesto usualmente por una sola norma; identificarse será, y no podrá ser el resultado de una actividad diferente, de integración jurídica, creación judicial o doctrinal, construcción jurídica, etcétera. Por lo que toda norma que no pueda ser identificada mediante interpretación (en sentido propio) es una norma implícita.

El objetivo de la interpretación práctica y del constructivismo jurídico consiste en que ambos puedan también contribuir a establecer "lo que es" o lo que prescribe el derecho en una experiencia jurídica cualquiera. En contraste con el formalismo, expone una defensa del realismo pragmático caracterizándolo como la combinación de pragmática e interpretativismo. Por un lado, propone una concepción del significado jurídico y de la interpretación jurídica inspirada por la pragmática de la interpretación, en cuanto actividad reflexiva y valorativa. Es interesante su propuesta de "interpretación" de las disposiciones y sobre todo cómo ésta constituye una respuesta al problema de la indeterminación del derecho.

Es una realidad la interpretación judicial como creación judicial, derivada del hecho de que los razonamientos jurídicos tanto en la parte metodológica como en el producto ayudan a situar y a dimensionar el papel de la interpretación en el derecho ante la necesidad de proporcionar reglas claras que puedan aplicarse directamente, sin necesidad de nuevas guías, o, en su caso, la necesidad de proporcionar reglas que puedan plantearse en términos generales, reglas abiertas especificadas al momento de su aplicación. Para identificar que ninguna nueva regla de precedente puede surgir de la reproducción de alguna regla jurídica previa que ya existía en el derecho positivo vigente, de modo que sólo la variación a través de la interpretación puede servir como el mecanismo a través del cual los tribunales pueden introducir pequeños cambios o transformaciones en el derecho, no obstante, no todo es discrecionalidad, puesto que dentro de dicha creación o interpretación debe realizarse sobre algo previamente dado, en este caso, en un contexto de normas jurídicas sin las cuales ésta no podría presentarse.

Por último, es muy importante su apreciación sobre el principio de prudencia interpretativa, el cual sostiene que los jueces, al interpretar una disposición, pueden ejercer la máxima discrecionalidad interpretativa compatible con la exigencia de presentar el producto de su interpretación conforme a derecho, en observancia del principio de legalidad, esto es, deben juzgar con arreglo al derecho. Asimismo, refiere sobre la importan-

cia de la máxima de precisión, de selección y de integración, en donde cada juez puede añadir nuevas reglas interpretativas y, en particular, nuevas reglas de traducción, a las ya disponibles en la cultura jurídica, en aras de llegar al resultado interpretativo que considere jurídicamente correcto, siempre dentro de los límites de este principio.